

Université de Montréal

**Femmes autochtones et intersectionnalité : féminisme
autochtone et le discours libéral des droits de la personne**

par
Sarah-Maude Belleville-Chenard

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en droit
option recherche

Juillet 2015

© Sarah-Maude Belleville-Chenard, 2015

Mots clefs / Key words	iv
Résumé / Abstract	iv
Abréviations	vi
Avant-propos	x
Introduction	1
Partie 1. Théorie de l’intersectionnalité et femmes autochtones au Canada	4
1.1 Mise en contexte : le problème de l’internalisation du colonialisme	4
1.1.1 Rôle des femmes et impact de la colonisation	4
1.1.2 Colonisation profonde et internalisation	11
1.2 La théorie de l’intersectionnalité : définitions et application en contexte autochtone canadien	14
1.2.1 Les différentes facettes de la théorie de l’intersectionnalité	14
1.2.1.1 Intersectionnalité structurelle	16
1.2.1.2 Intersectionnalité représentationnelle.....	16
1.2.1.3 Intersectionnalité politique.....	18
1.2.1.4 Discrimination intersectionnelle.....	19
1.2.2 La théorie de l’intersectionnalité appliquée aux femmes autochtones du Canada.....	22
1.2.2.1 Intersectionnalité structurelle	23
1.2.2.2 Intersectionnalité représentationnelle.....	24
1.2.2.3 Discrimination intersectionnelle et intersectionnalité politique.....	26
1.2.3 Discrimination intersectionnelle et jurisprudence : la question du statut d’« Indien » 26	
1.2.3.1 Lavell et Bédard c. Canada (1973) : le statut des femmes exclues en droit interne	29
1.2.3.2 L’affaire Lovelace (1981) et ses suites : le statut des femmes exclues en droit international	32
1.2.3.3 Sawridge : la contestation de la loi C-31	36
1.2.3.4 Corbière (1999) : le problème de l’exclusion des non-résident(e)s.....	38
1.2.3.5 McIvor (2009) : le statut des enfants des femmes exclues avant 1985.....	42
1.2.4 Intersectionnalité politique et jurisprudence : la question d’une tribune d’expression particulière pour les femmes autochtones.....	48
1.2.4.1 AFAC c. Canada (1994) : la négation de la nécessité d’une tribune d’expression particulière	48
1.2.4.2 Les suites de l’affaire AFAC.....	53
Partie 2. Revendications des femmes autochtones : des théories libérales aux perspectives féministes autochtones	59
2.1 Pistes de solution : les théories libérales et démocratiques, et le recours aux ordres juridiques autochtones	60
2.1.1 Autonomie gouvernementale ou autodétermination?	61
2.1.2 Théories libérales et démocratiques concernant les relations inter et intragroupes ...	62
2.1.2.1 Will Kymlicka : une théorie libérale des droits des minorités	63
2.1.2.1.1 La préservation des « cultures sociétales », un prérequis nécessaire à l’autonomie individuelle.....	64
2.1.2.1.2 Le problème des contraintes externes et des contraintes internes.....	65
2.1.2.1.3 La distinction à faire entre structure de culture et caractère de culture	70

2.1.2.2 Monique Deveaux : la reconnaissance de l'agentivité des individus	72
2.1.2.2.1 Reconceptualiser le problème : comprendre les intérêts en cause	73
2.1.2.2.2 Décisions collectives : le critère de la légitimité démocratique	75
2.1.2.2.3 Une théorie fondée sur l'agentivité.....	80
2.1.2.3 Tim Schouls : une théorie fondée sur le concept d'identification et sur le pluralisme relationnel.....	83
2.1.2.3.1 Politique identitaire et théorie pluraliste : un changement de paradigme nécessaire .	84
2.1.2.3.2 Une théorie de l'identité fondée non pas sur la différence, mais sur un processus d'identification	86
2.1.2.3.3 La théorie de l'identification et les peuples autochtones du Canada.....	87
2.1.2.3.4 Théorie pluraliste : le pluralisme relationnel.....	90
2.1.3 Bref retour sur les théories libérales et démocratiques de Kymlicka, Deveaux et Schouls.....	93
2.1.4 Le recours aux ordres juridiques autochtones.....	98
2.1.4.1 John Borrows : la reconnaissance des ordres juridiques autochtones au Canada	98
2.1.4.2 L'affaire des Pueblos de Santa Clara et le respect des droits des femmes	102
2.1.4.3 La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et le respect des droits des femmes.....	105
2.2 Les différentes perspectives des femmes autochtones : un accent mis sur les rapports de pouvoir	111
2.2.1 La controverse entourant le discours libéral des droits de la personne	113
2.2.1.1 Objections pratiques à l'encontre de l'application de la Charte	113
2.2.1.2 Objections culturelles au discours libéral des droits de la personne	115
2.2.1.3 Convergences des critiques autochtones et féministes du libéralisme.....	120
2.2.2 De l'importance d'éviter l'essentialisme.....	122
2.2.2.1 L'essentialisation des cultures autochtones.....	122
2.2.2.2 L'essentialisation des femmes.....	127
2.2.3 Les conflits intra-communautaires du point de vue des féministes autochtones	129
2.2.3.1 Les femmes comme priorité : une question de pouvoir politique	130
2.2.3.2 Une analyse des rapports de pouvoir fondée sur le genre.....	133
2.2.3.3 Et la Charte...?.....	136
Conclusion	142
Bibliographie.....	147

Mots clefs / Key words

Femmes autochtones/ Féminisme/ Féminisme autochtone/ Droit autochtone/

Intersectionnalité/ Fédéralisme

//

Indigenous women/ Feminism/Indigenous feminism/ Indigenous law/ Intersectionality/

Federalism

Résumé / Abstract

Les femmes autochtones vivent une discrimination intersectionnelle, en ce qu'elle provient d'au moins deux sources: le genre et la race (ou la culture), et qu'elle est plus complexe que la somme de ses sources. Par conséquent, les revendications des femmes autochtones se situent sur au moins deux plans: elles ont des revendications comme autochtones au sein de la population canadienne et comme femmes à l'intérieur de leurs communautés.

Partant de la prémisse que l'État canadien doit reconnaître le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et par le fait même le droit autochtone, nous nous interrogeons sur les moyens qui permettraient aux femmes autochtones d'exercer l'influence nécessaire pour faire reconnaître et accepter leurs revendications politiques et juridiques dans les processus décisionnels de leurs communautés.

Féminisme et revendications autochtones sont-ils nécessairement antinomiques? Pour certaines auteures autochtones, une approche libérale fondée sur la « structure des droits » est incompatible avec les valeurs autochtones. Comment surmonter ces objections en apparence inébranlables? Le problème des femmes autochtones est-il simplement une affaire de « droits » non reconnus? N'est-ce pas plutôt un problème de rapports de pouvoir à l'extérieur, mais également à l'intérieur, des communautés?

Nous tentons dans ce qui suit de démontrer qu'au-delà d'un cadre théorique basé sur les droits de la personne, une approche basée sur le principe démocratique permettrait aux femmes autochtones de faire valoir leurs revendications en tant que femmes et en tant qu'autochtones d'une manière plus efficace. En effet, la participation démocratique de tous les membres de la communauté permettrait de contourner les problèmes théoriques liés à une dichotomie entre droits individuels et collectifs, en mettant l'accent sur le processus décisionnel plutôt que sur la valeur des décisions en découlant. Dans cette perspective, féminisme et revendications autochtones peuvent s'allier avantageusement.

//

Indigenous women live an intersectional discrimination, in that it comes from at least two sources: gender and race (or culture), and is more complex than the sum of its sources. Therefore, the claims of indigenous women are on at least two fronts: as Aboriginals, they claim their right to self-determination, but they also claim their rights as women inside their own communities.

Starting from the premise that the Canadian state must recognize the right of self-governement to indigenous peoples and thereby indigeneous law, we question the ways in which indigenous women are to exercise influence to gain recognition and accept their political and legal claims in decision-making process of their communities.

Are feminist and indigenous claims necessarily contradictory? For some indigenous authors, a liberal approach based on human rights is incompatible with indigenous values. How to overcome these apparently unshakable objections? Is the native women's problem simply a question of unrecognized rights? Is it not rather a problem of power relations outside, but also inside communities?

In what follows, we try to show that beyond a theoretical framework based on human rights, the democratic principle-based approach would allow indigenous women to assert their claims as women and as an indigenous in a more efficient manner. Indeed, the democratic

participation of all community members would bypass the theoretical problems related to a dichotomy between individual and collective rights, with an emphasis on decision-making rather than on the value of the resulting decisions. In this perspective, feminism and native claims can ally advantageously.

Abréviations

AFAC	Association des femmes autochtones du Canada
APN	Assemblée des Premières Nations
APNQL	Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador
BIM	Biens immobiliers matrimoniaux
CNFM	Conseil National des Femmes Métisses
DNUDPA	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
FAQ	Femmes autochtones du Québec, Inc.
ICRA	Indian Civil Rights Act (É-U)
LI	Loi sur les Indiens
RNM	Ralliement National Métis

Merci à mon directeur, Jean Leclair, de m'avoir transmis sa passion et une partie de son savoir. Merci à Sébastien, pour m'avoir soutenue tout au long de cette aventure. Merci à mon père Martin et à ma mère Christiane, pour leur amour inconditionnel et leur appui indéfectible.

À toute ma famille.

“Aboriginal feminism is part of that small critical discourse that increases the depth and the health of democracy. And it is precisely because it is a marginal, much maligned discourse that it is particularly important to be attentive to it, because in our communities and in our societies, those without power have the most difficulty being heard, and yet they have the most revealing analyses to contribute to a discussion of power relations.” - Joyce Green, Cahier Dialog, 2007-04 p. 43

Avant-propos

Considérant que tout individu a une subjectivité inhérente et que nul propos ne peut être totalement neutre et objectif, j'aimerais commencer ce texte en mettant cartes sur table. J'aborderai le sujet qui m'intéresse du point de vue qui est le mien; celui d'une femme blanche dans la vingtaine provenant d'une famille francophone de la classe moyenne et ayant vécu la plus grande partie de ma vie dans une région urbaine québécoise assez homogène. Ce positionnement est d'autant plus important puisque j'aborderai, dans les pages qui suivent, des questions qui touchent à des cultures autochtones dont je ne peux prétendre faire partie.

Je peux toutefois affirmer que mon intérêt pour ces questions découle d'une démarche profondément ancrée dans mon identité. En effet, bien que je provienne d'une région qui jouxte une communauté autochtone, j'ai été ignorante des enjeux autochtones pendant les 20 premières années de ma vie, comme, d'ailleurs, la plupart des Canadiennes et des Canadiens. Comment est-ce possible de vivre et de grandir sur un territoire qui a été colonisé et n'a pas été cédé, mais d'ignorer ce fait? Ou du moins, d'en ignorer les effets réels sur les populations qui occupaient ce territoire et sur nos relations avec celles-ci? D'ignorer la manière dont des peuples ont pu avoir une relation toute spéciale avec un territoire, qui leur a été ravi par ceux qu'on nous a dit être les « découvreurs » de l'Amérique. Car, bien que je me souvienne de mes cours d'histoire sur ceux qui ont « découvert l'Amérique », sur le rapport Durham, les patriotes et la Crise d'octobre, il ne me reste pratiquement aucun souvenir d'avoir étudié l'apport des autochtones à cette société (mis à part certains faits anecdotiques comme la consommation de courges et de maïs, ainsi qu'un remède au scorbut à base de thuya occidental). Mais surtout, mon parcours scolaire m'a laissée tout à fait ignorante en ce qui concerne les dérives du colonialisme au Canada et ses conséquences sur les peuples autochtones. C'est donc en grande partie dans une démarche visant à me « décoloniser » que j'entreprends l'écriture de ce mémoire.

Je vise ainsi à me positionner comme une alliée dans un débat qui pourrait paraître étranger à ma personne, mais qui me touche spécialement sur deux plans. Tout d'abord, en tant que femme, j'ai bien entendu des préoccupations communes avec les femmes autochtones. Nous

verrons toutefois que leurs préoccupations ne peuvent être assimilées à celles des féministes blanches, leur identité ethnique ne pouvant être distinguée de leur identité de genre. Deuxièmement, comme Québécoise et comme Canadienne je suis particulièrement concernée par la nécessité de trouver des moyens de « mieux vivre ensemble ». C'est-à-dire que, puisque nous, autochtones et non-autochtones, occupons un territoire commun, et en dépit d'un passé tragique, nous devons trouver des moyens de vivre en harmonie et de dépasser nos différends pour construire une société qui soit représentative de valeurs partagées. Car c'est ainsi que nous pourrons, tous ensemble, construire un avenir plus prometteur pour tous les peuples constituant ce pays, et pour tous les individus qui font partie de ces peuples.

Introduction

Comme nous l'avons mentionné dans l'avant-propos de ce texte, c'est donc dans cet objectif de décolonisation personnelle, mais aussi avec le souci d'aborder la question dans une perspective résolument axée sur les droits des femmes autochtones que nous nous intéresserons à leurs revendications ainsi qu'à leur affirmation politique. Alors que la question des milliers de femmes autochtones disparues ou assassinées bat son plein au Canada, nous avons aussi ressenti le besoin de faire un plaidoyer d'*empowerment*. En effet, l'étude des questions entourant le phénomène sociologique de ces disparitions est d'une importance primordiale pour les femmes autochtones. Nous avons toutefois cherché à démontrer la force et l'endurance des femmes autochtones dans leurs combats politiques et juridiques.

Comme nous le verrons plus loin, les revendications des femmes autochtones sont souvent différentes de celles des groupes représentant spécifiquement les intérêts des autochtones et de ceux représentant les intérêts des femmes. En fait, nous verrons que les femmes autochtones cherchent à faire le pont entre les différentes sources d'oppression qui les touchent et donc, que leurs revendications ne peuvent être assimilées à celles d'un groupe qui ne partage pas une partie de leur identité (leur sexe ou leur culture).

Nous nous questionnerons donc plus spécifiquement sur la manière dont les femmes autochtones articulent leurs revendications. Revendications féministes et revendications autochtones sont-elles nécessairement incompatibles, comme le prétendent certaines? Nous tenterons de démontrer qu'au contraire, ces revendications sont hautement compatibles et qu'en réalité, une perspective féministe autochtone est plus que désirable si on aspire collectivement à quelque idéal de justice au sein de la société canadienne et des communautés autochtones.

Femmes autochtones et intersectionnalité

Dans la première partie de ce mémoire, nous dresserons le portrait de la situation juridique et politique des femmes autochtones au Canada. Nous considérons essentiel de commencer notre analyse par un survol historique de la condition des femmes autochtones au Canada afin

d'établir les fondements de leur situation actuelle et donc, de leurs revendications. Par la suite, nous nous attarderons plus spécifiquement aux revendications des femmes autochtones relativement à la société dominante depuis les années 1970 au Canada. Pour mieux comprendre leurs revendications, nous nous baserons sur la théorie de l'intersectionnalité, qui nous permet de percevoir les femmes autochtones comme étant au carrefour de plusieurs sources d'oppression. Nous verrons donc comment cette théorie, développée par les tenantes du mouvement féministe noir des États-Unis, peut s'appliquer à la situation des femmes autochtones au Canada. Après avoir défini le concept d'intersectionnalité et dressé une typologie de ses manifestations, nous appliquerons ici deux aspects de l'intersectionnalité aux femmes autochtones, soient la discrimination intersectionnelle et l'intersectionnalité politique.

En ce qui concerne la discrimination intersectionnelle, nous nous attarderons principalement aux luttes des femmes autochtones afin de faire modifier les règles sur le statut d'Indien établies par la *Loi sur les Indiens*. Ensuite, nous verrons que l'intersectionnalité politique que subissent les femmes autochtones explique que leurs revendications spécifiques sont marginalisées à l'intérieur des différents groupes de revendications qui priorisent un seul aspect de l'identité (femmes ou autochtones), c'est-à-dire qui embrassent des perspectives identitaires « monistes ». Nous nous interrogerons donc sur l'intérêt de fournir, dans certaines circonstances, une tribune d'expression particulière aux femmes autochtones afin de faire valoir leurs intérêts spécifiques.

Féminisme autochtone et discours libéral des droits de la personne

Dans la deuxième partie, nous nous questionnerons plus particulièrement sur la manière dont les femmes autochtones articulent leurs luttes au sein même de leurs communautés. On dira donc ici qu'elles ont des revendications féministes relativement aux groupes dominants de leurs propres communautés. Afin de mieux comprendre leurs revendications, nous étudierons les théories politiques de certains auteurs qui reconnaissent la nécessité de fournir aux peuples autochtones la possibilité de s'autodéterminer sur le plan interne. Puisque notre sujet d'intérêt est plus spécifiquement la question des femmes autochtones, nous examinerons comment ces auteurs s'attaquent à la question de la protection des droits des minorités à l'intérieur des groupes autochtones.

Finalement, nous étudierons spécifiquement la manière dont les femmes autochtones elles-mêmes articulent leurs revendications. Nous verrons qu'un débat concernant l'application des principes libéraux des droits de la personne aux gouvernements autochtones a fait rage à un certain moment. En effet, certaines femmes autochtones ont refusé la possibilité d'appliquer ces principes en contexte autochtone en raison d'un supposé conflit culturel. Par contre, d'autres croient en la nécessité d'inclure de tels outils afin de protéger les droits des minorités à l'intérieur de leurs communautés. Nous verrons que ces divergences d'opinions, loin d'être fondées sur des différences culturelles irréconciliables, semblent plutôt fondées sur des enjeux de pouvoir, au sein des communautés, mais aussi entre les communautés autochtones et la société dominante. Nous constaterons également que la participation *politique* des femmes autochtones est indispensable à la mise en place d'un projet politique inclusif et représentatif des intérêts de tous les membres des peuples autochtones.

Avant de débiter, notons que la question de l'identité autochtone est une notion sujette à débat et que les termes qu'on emploie pour la définir sont parfois mal définis.¹ Dans le cadre du texte qui suit, lorsque nous utiliserons le terme « autochtone » ou « peuples autochtones », nous ferons référence aux premiers habitants du territoire. En contexte canadien, nous parlerons des peuples en faisant référence aux groupes des Premières nations, des communautés inuites et de la nation Métis. Lorsque nous utiliserons le terme « membres des Premières nations », nous voudrions parler des individus qui se considèrent membres d'une nation indienne et qui sont reconnus comme tels par une communauté indienne identifiée, qu'ils aient ou non le statut d'Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*. Finalement, lorsque nous emploierons le terme « Indien » ou « Indienne », nous désignerons alors spécifiquement les individus assujettis à la *Loi sur les Indiens*.

¹ Kenneth Coates, « Being Aboriginal: The Cultural Politics of Identity, Membership, and Belonging Among First Nations in Canada » dans *Les peuples autochtones au Canada: avenir et identités*, Association d'études canadiennes, Montréal, Michael Behiels, 1999, 23-43.

Partie 1. Théorie de l'intersectionnalité et femmes autochtones au Canada

1.1 Mise en contexte : le problème de l'internalisation du colonialisme

1.1.1 Rôle des femmes et impact de la colonisation

Les études anthropologiques et historiques démontrent que les peuples autochtones avaient des modèles sociaux, politiques et économiques très différents avant le contact avec les Européens. Sans affirmer qu'il existait une égalité formelle entre les sexes, on constate que les rôles et les privilèges accordés selon le genre étaient généralement beaucoup plus susceptibles de favoriser l'autodétermination individuelle et l'accomplissement de soi.² Au moment du contact, les femmes iroquoiennes, par exemple, bénéficiaient d'un statut beaucoup plus favorable que les femmes européennes : lignage matrilineaire, possibilité de décider unilatéralement de se séparer, contrôle de leur propre sexualité, reconnaissance d'un certain pouvoir politique, etc.³

Selon l'anthropologue Roland Viau, il est toutefois primordial de ne pas tomber dans l'idée mythique et « au goût du jour » de sociétés iroquoiennes précoloniales *matriarcales*. De l'avis de Viau, « ces formations culturelles représentaient des types d'organisation communautaire où les rapports entre les sexes s'articulaient sur des bases relativement égalitaires »,⁴ malgré une répartition rigide des tâches, et qui ne constituaient pas pour autant des organisations sociales matriarcales.

² Deborah Bird Rose, « Land Rights and Deep Colonizing. The Erasure of Women » (1996) 3:85 *Aboriginal Law Journal* 6-14; Gerdine Van Woudenberg, « Des femmes et de la territorialité. Début d'un dialogue sur la nature sexuée des droits des autochtones » (2004) 34:3 *Recherches amérindiennes du Québec* 75-86; Teresa Nahanee, « *Danse avec un Gorille* »: *Les Femmes Autochtones, la Justice et la Charte*, document préparé pour la Table Ronde sur les Questions Judiciaires, Organisée par la Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1992; Rauna Kuokkanen, « Myths and realities of Sami women: A post-colonial feminist analysis of the decolonization and transformation of Sami society » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood Publishing, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 72-92; Aparna Polavarapu, « Reconciling Indigenous and Women's Rights to Land in Sub-Saharan Africa » (2013) 43:1 *Georgia Journal of international and comparative law* 1-33.

³ Natalie Zemon Davis, « Iroquois Women, European Women » dans *Feminist Postcolonial Theory: A Reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, Reina Lewis et Sara Mills, 2003, 135-160.

⁴ Roland Viau, *Femmes de personne: Sexes, genres et pouvoirs en Iroquoisie ancienne*, Boréal, Montréal, 2005 à la p 16.

Dans son livre *Femmes de personne : Sexes, genres et pouvoirs en Iroquoisie ancienne*, l'anthropologue prend le parti de déconstruire ce mythe. Il démontre qu'au moment du contact, les femmes détenaient une place significative dans plusieurs domaines de la vie quotidienne ainsi qu'« une grande autorité sociale et [qu'elles] jouissaient d'une indiscutable autonomie. »⁵ Malgré tout, l'auteur croit qu'il serait exagéré de dire que les femmes occupaient une position « fortement marquée » dans les sociétés iroquoiennes anciennes.

C'est plutôt les observateurs venus d'Europe (hommes-blancs-catholiques) qui, transportant avec eux leur vision du monde ainsi que leurs stéréotypes, auraient cru être en présence d'une société traditionnellement dominée par les femmes. Car évidemment, lorsqu'on dresse le portrait de sociétés précoloniales qui ne connaissaient pas l'écriture et qu'on tente de déterminer la place qu'y occupaient les femmes, on doit tenir compte du fait que les premiers observateurs de ces sociétés étaient pour la plupart des hommes européens (Marie de l'Incarnation étant l'une des rares exceptions à cette règle) qui jugeaient de ce qu'ils voyaient selon les standards propres à leurs sociétés.⁶

La colonisation, ou peut-être encore davantage l'apparition de l'économie de marché, a toutefois modifié profondément les rapports de pouvoir dans les communautés autochtones et a enlevé aux femmes le statut particulier qu'elles détenaient dans leurs sociétés. Plusieurs théories se côtoient quant au moment et à la manière dont la colonisation a effectivement modifié les rôles sociaux liés au genre dans les communautés autochtones.

Tout d'abord en ce qui concerne les peuples autochtones dans le monde, les pouvoirs coloniaux ont considéré ces communautés comme étant inférieures à la société occidentale. En effet, le Darwinisme et l'évolution des sciences naturelles parallèlement aux sciences humaines ont permis de créer un univers social dans lequel certaines conditions, actions ou habitudes étaient considérées comme normales, et d'autres déviantes.⁷ C'est donc la théorie

⁵ *Ibid* à la p 83.

⁶ Devon Abbott Mihesuah, *Indigenous American Women: Decolonization, Empowerment, Activism*, University of Nebraska Press, Lincoln, 2003 à la p 41 et ss.; Viau, *supra* note 4.

⁷ Ian Duncanson et Nan Seuffert, « Mapping Connections: Postcolonial, Feminist and Legal Theory » (2005) 22 *Australian Feminist Law Journal* 1-14.

évolutionniste qui aurait fondé la croyance en la supériorité de certains peuples par rapport aux autres. Quoique rien ne puisse justifier factuellement de telles distinctions entre le normal et le déviant, le bon et le mal, ces dictats ont permis de justifier les politiques d'assimilation des peuples considérés inférieurs ou primitifs. Comme l'exprime bien Irene Watson : « Universal notions of civility justified the demonisation of our 'nativeness' and were used to destroy our relationships to land and our sovereign Aboriginal being. »⁸ Parmi tous les problèmes engendrés par cette situation, on doit compter le fait pour les femmes autochtones d'avoir hérité du statut social peu enviable alors réservé aux femmes européennes à la même époque.

Dans une perspective australienne, les professeurs Duncanson et Seuffert avancent une autre explication des profondes modifications sociales dans les sociétés autochtones, particulièrement en ce qui concerne le statut de la femme. Selon eux, lorsque les pouvoirs coloniaux ont compris que la minorité autochtone constituait une catégorie politique « problématique », deux solutions ont été avancées pour éviter les problèmes liés à la souveraineté : l'affirmation simple, mais violente du pouvoir impérialiste et la redéfinition des statuts dans les sociétés autochtones (classes sociales et genre).⁹ On a donc assisté à l'assimilation forcée des peuples autochtones au moyen de l'imposition de la structure sociale de la société dominante.

Selon Aparna Polavarapu, qui s'intéresse à l'interaction des règles coutumières et des règles étatiques en Afrique subsaharienne ainsi qu'à leur influence sur les droits de la personne, les élites locales ont profité de la présence coloniale pour renforcer leur contrôle sur les femmes et les jeunes. En effet, malgré le fait que les terres fussent historiquement la propriété exclusive des hommes, les règles coutumières prévoyaient de nombreux mécanismes de protection concernant l'accès des terres aux femmes. Or les lois coloniales et postcoloniales ont ignoré ces nuances, éliminant les droits que les femmes avaient jusqu'alors.

Selon Polavarapu, le processus a procédé ainsi : puisque les autorités coloniales ont choisi d'appliquer les règles coutumières aux autochtones, elles ont questionné les autorités

⁸ Irene Watson, « Aboriginality and the Violence of Colonialism » (2009) 8:1 Borderlands E-Journal 1-8 à la p 2.

⁹ Duncanson et Seuffert, *supra* note 7 à la p 3.

traditionnelles afin de définir la nature de ces règles. Ces autorités, généralement masculines, ont évidemment présenté leur propre version des règles coutumières, s'octroyant un plus grand contrôle sur les terres. Cherchant ensuite à répondre à la migration des femmes vers les villes, les gouvernements coloniaux ont légiféré pour reconnaître aux chefs une autorité sur la migration des femmes, et plus tard sur le mariage, etc. On constate ainsi que les règles coutumières actuelles ont été profondément influencées par les gouvernements coloniaux conjointement avec les élites locales.¹⁰ Les gouvernements postcoloniaux ont par la suite encouragé l'implantation de normes occidentales privilégiant les droits individuels plutôt que les normes sociales qui protégeaient auparavant les droits des femmes, accroissant l'insécurité de celles-ci quant à l'accès aux terres cultivables. Selon Polavarupu, « the Western conceptualization [of land tenure] is incomplete in that it does not incorporate the customary social structures which require, rather than permit, differing land rights to various groups, especially considering the needs of the community. »¹¹ Selon l'auteure, on a donc assisté, en Afrique subsaharienne, à une alliance entre les dirigeants politiques coloniaux et les chefs traditionnels, au service de l'intérêt supérieur des anciens et d'une plus grande discrimination envers les femmes.¹²

D'un autre côté, on constate que l'envahissement colonial des terres autochtones a profondément modifié l'environnement des communautés qui étaient régies par des structures sociales et économiques intrinsèquement liées à la nature qui les entourait. En effet, traditionnellement, les individus obtenaient une forme de « prestige » dans leurs communautés en accomplissant les tâches qui leur étaient réservées en fonction du sexe, et qui nécessitaient une connaissance et un accès au territoire et aux ressources naturelles. Selon Gerdine Van Woudenberg qui étudie spécifiquement la situation des populations wabanakies au Québec,

L'exploitation de la terre par les colonisateurs et les processus de dépossession ont envahi [les espaces où les gens apprenaient et développaient leur position et leur identité en relation aux autres], forçant les communautés wabanakies à redéfinir non

¹⁰ Polavarapu, *supra* note 2 à la p 16.

¹¹ *Ibid* à la p 19.

¹² *Ibid* à la p 22.

seulement les paramètres du « soi », mais encore plus spécifiquement ceux du genre et du prestige.¹³

Cette explication réfère donc à un processus qui a pu s'effectuer sur une période s'étendant à plus ou moins long terme. Selon Roland Viau, ce processus ne s'est pas effectué de manière linéaire et il est primordial de considérer le fait que les rôles sociaux ont évolué au rythme des changements que la colonisation a apportés au sein des communautés. C'est d'après lui ce qui expliquerait « le mythe de la société matriarcale ». Effectivement, les femmes iroquoïennes n'auraient pas perdu de pouvoir à court (1600-1650) ou moyen terme (1650-1850). En fait,

Tout donne à penser que les pouvoirs de fonction et de décision détenus par les femmes d'âge mûr, notamment dans les domaines de la politique, de la guerre et de la paix, ont même été accrus à partir de la seconde moitié du XVII^e siècle pour faire face à une conjoncture particulière et à des conditions d'existence matérielles changeantes.¹⁴

Les nombreuses guerres, qui forçaient les hommes à quitter de plus en plus longtemps leurs communautés, auraient donc eu pour effet d'accroître le pouvoir social et politique des femmes autochtones. C'est donc plus tard que les femmes iroquoïennes perdront l'influence qu'elles détenaient et ce, semble-t-il jusqu'à se voir affligées d'un statut inférieur à celui que détenaient leurs ancêtres maternelles ayant vécu avant le contact. Selon Viau, cette question reste à explorer, mais il demeure qu'« en établissant une nouvelle division sexuelle rigoureuse, mais inégale des tâches, l'ère industrielle redistribuera les rôles, modifiera les valeurs et actualisera l'établissement de rapports d'exploitation. »¹⁵

Dans un contexte spécifiquement canadien, l'implantation de politiques d'assimilation et de contrôle mises en place par l'État, fondées sur la conviction paternaliste et raciste que l'acculturation aux valeurs euro-canadiennes serait bénéfique aux peuples autochtones, a eu de graves conséquences sur les Premières Nations. Dans le cadre de notre démarche, il s'avère nécessaire d'établir brièvement les jalons essentiels de l'évolution de la législation canadienne

¹³ Van Woudenberg, *supra* note 2 à la p 80.

¹⁴ Viau, *supra* note 4 à la p 102.

¹⁵ *Ibid* à la p 108.

qui a défini et redéfini l'identité autochtone et indienne au cours des années. En effet, selon la professeure Bonita Lawrence, « understanding how colonial governments have regulated Native identity is essential for Native people, in attempting to step away from the colonizing frameworks that have enmeshed our lives, and as we struggle to revive the identities and ways of living that preceded colonization. »¹⁶ Nous croyons que cette démarche est essentielle, non seulement pour les Premières Nations, mais aussi pour toutes les Canadiennes et tous les Canadiens.

Le terme « Indien », qui crée une scission artificielle entre les autochtones, a été défini dans une loi canadienne pour la première fois en 1850.¹⁷ Cette première définition était très large et incluait de manière générale « toute personne réputée appartenir à un groupe d'Indiens, ainsi que toute personne [ayant] épousée un Indien ou qui [avait] été adoptée par des Indiens. »¹⁸ L'adoption en 1857 de *l'Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux sauvages*¹⁹ a créé le processus d'« émancipation », en vertu duquel un Indien pouvait renoncer à son statut et ainsi bénéficier des attributs de la citoyenneté (par exemple, le droit de vote aux élections fédérales). Le concept d'émancipation a évolué au cours des années et pouvait être volontaire ou non, comme dans le cas où un Indien entrait à l'université, devenait médecin ou avocat.²⁰

La définition d'« Indien » s'est restreinte au fil des ans et, en 1869, le gouvernement a pour la première fois instauré la règle selon laquelle une femme indienne qui mariait un non-Indien perdait automatiquement son statut.²¹ Cette loi prévoyait aussi que seuls les hommes détenaient le droit de voter aux élections de leur bande, empêchant de fait les Indiennes de

¹⁶ Bonita Lawrence, « Gender, Race, and the Regulation of Native Identity in Canada and the United States: An Overview » (2003) 18:2 *Hypatia* 3-31 à la p 4.

¹⁷ *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada*, SC 1850, ch 42, 13&14 Vic, art 5.

¹⁸ Megan Furi et Jill Wherrett, *Questions relatives au statut d'Indien et à l'appartenance à la bande*, Étude générale, BP-410F, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2003 à la p 2.

¹⁹ *Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S Prov C 1857, 20 Vict, c26, art IV.

²⁰ Ken Coates, *La Loi sur les Indiens et l'avenir de la gouvernance autochtone au Canada*, Centre national pour la gouvernance des Premières Nations, 2008 à la p 3, en ligne : <http://fngovernance.org/ncfng_research/coates_fr.pdf> (consulté le 16 mars 2015).

²¹ *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'Acte 31 Victoria, chapitre 42*, LC 1869, c6, art 6.

participer à la vie politique de la bande. Elles devront attendre jusqu'en 1951 pour se faire reconnaître ce droit.²² Cette imposition de concepts coloniaux dans l'organisation sociale des Premières Nations a représenté une brisure particulièrement importante avec l'ère d'échanges précédente, alors que les femmes autochtones pouvaient encore avoir un poids politique, social et économique considérable.²³

Par ailleurs, la *Loi constitutionnelle de 1867* a conféré au gouvernement fédéral le pouvoir exclusif de légiférer en ce qui concerne « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens »²⁴, pouvoir en vertu duquel le gouvernement a fusionné les lois existantes pour former la *Loi sur les Indiens* de 1876. Cette loi a eu pour conséquence de faire reposer la définition du statut d'Indien sur la base d'un système familial patrilinéaire. En effet, un Indien y était défini comme toute personne mâle de sang indien réputé appartenir à une bande indienne particulière, les enfants de cette personne et toute femme mariée légalement à cette personne.²⁵

Ce système de filiation patrilinéaire et discriminatoire s'est perpétué dans la *Loi sur les Indiens* jusqu'à sa modification en 1985.²⁶ En effet, l'art 12(1) (b) de la loi de 1951 enlevait le statut d'Indienne aux femmes, dès lors qu'elles se mariaient avec un non-Indien, ainsi qu'à leurs enfants mineurs ou à naître. Cette législation a eu de graves implications sociales dans les communautés autochtones : « legally enveloped by the status of their husbands, women were ostracized from their own tribal and clan divisions and dispossessed of their ability, within matrilineal or bilateral structures, to transmit property and rights to their children. »²⁷ Cette loi a donc eu pour effet de modifier profondément les relations familiales et

²² Commission royale sur les peuples autochtones, *Une relation à définir, première partie*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et des services du Canada, 1996 à la p 295.

²³ Susan Sleeper-Smith, « Women, Kin and Catholicism: New Perspective on the Fur Trade » dans *In the Days of Our Grandmothers: A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, Mary-Ellen Kelm et Lorna Townsend, dir, 2006, 26-55.

²⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict, c3 (RU), art 91(24).

²⁵ *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, C 18, 1876, art 3, en ligne : C. 18, 1876 <<http://www.tidridge.com/uploads/3/8/4/1/3841927/1876indianact.pdf>> (consulté le 26 mars 2015).

²⁶ *Loi sur les Indiens*, LRC (1985), ch 1-5.

²⁷ Carol Williams, « “She Was the Means of Leading into the Light”: Photographic Portraits of Timshian Methodist Converts » dans *In the Days of Our Grandmothers: A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, Mary-Ellen Kelm et Lorna Townsend, dir, 2006, 117-145 à la p 137.

communautaires, créant ou renforçant un système patrilinéaire et patriarcal qui souvent, ne s'accordait pas avec les traditions des communautés. Selon Joan Sangster, « nowhere is the example of reordering of kin relations more blatant than in the Indian Act, designed to create a patriarchal family unit in First Nations societies that already had a variety of kinship systems, including many matrilineal and matrilocal ones. »²⁸

Comme nous l'avons vu plus haut, la perte de valeur du statut social des femmes dans les communautés autochtones n'est toutefois pas fondée exclusivement sur l'établissement de normes sexistes concernant le statut dans la *Loi sur les Indiens*. L'adoption de ces normes a plutôt permis la représentation et la perpétuation d'un processus social beaucoup plus complexe lié à la colonisation « in which Indian men's political, economic, and cultural roles and responsibilities were elevated and empowered while those of Indian women were devalued. »²⁹ Tous ces facteurs ont été à la source de nombreux problèmes sociaux et d'une redéfinition des genres et des classes sociales, ayant un impact profond et durable sur la valeur accordée aux femmes dans les sociétés autochtones contemporaines.

1.1.2 Colonisation profonde et internalisation

Pour bien comprendre l'importance de l'attention qu'on doit porter à la situation des femmes autochtones, il est donc primordial de comprendre les effets qu'a eus la colonisation sur les rôles sociaux dévolus selon le genre au sein des peuples des autochtones. En effet, même en considérant que les femmes autochtones occupaient une place enviable dans les sociétés précoloniales, le fait demeure que leur situation actuelle est tout à fait différente³⁰, et c'est sur cette base qu'on doit fonder notre analyse. La professeure australienne Deborah Bird Rose utilise le terme « *deep colonization* » pour qualifier le défi auquel les femmes (et les hommes) autochtones doivent s'attaquer. Elle décrit ainsi à la fois le concept de colonisation profonde et

²⁸ Joan Sangster, « Native Women, Sexuality, and the Law » dans *In the Days of Our Grandmothers: A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, Mary-ellen Kelm et Lorna Townsend, dir, 2006, 301-335 à la p 307.

²⁹ Joanne Barker, « Gender, Sovereignty, and the Discourse of Rights in Native Women's Activism » (2006) 7:1 *Meridians: feminism, race, transnationalism* 127-161 à la p 132.

³⁰ Voir entre autres Joanna Seraphim, « Confrontations entre le discours, la situation actuelle et les traditions: la place des femmes métisses du Manitoba sur la scène politique autochtone canadienne » (2014) 38:2 *Anthropologie & Sociétés* 175-192.

le défi de ceux qui s’y attaquent : « conquest embedded within institutions and practices which are aimed toward reversing the effects of colonisation. »³¹ En d’autres mots, la colonisation profonde a perverti les institutions chargées de la décolonisation, en permettant l’internalisation des valeurs sexistes du conquérant au sein même de ces institutions.

Le concept de colonisation profonde peut s’appliquer à plusieurs situations complexes liées, par exemple, aux réclamations territoriales : d’un côté, on redonne l’accès privilégié à des terres aux autochtones, ce qui participe de la décolonisation. Mais d’un autre côté, on marginalise les femmes dans le cadre de ce processus « en donnant une valeur probante privilégiée aux connaissances des hommes et à leurs modes d’utilisation du territoire »³², ce qui renforce les effets que la colonisation a eus sur les femmes autochtones :

Land claims often focus on that which gets deemed to be traditionally male activities such as hunting, trapping, and fishing. While these are represented as ‘Aboriginal practices’, they are actually focused on men’s practices and erase women’s traditional practices, such as berry picking, as well as fluidity and variation with gendered labour.³³

La colonisation profonde procède donc de l’internalisation des valeurs et des règles sociales de la société dominante par les communautés autochtones, par le biais d’un processus d’acculturation. L’auteure mohawk Patricia Monture-Angus décrit ainsi ce phénomène :

Many of the rules developed to protect Indians are now used by Indians against Indians, particularly against Indian women. This is an indication that the colonized have accepted their colonization. As a result of the internalization of colonization, the colonizer can step back from the devastation caused by their acts.³⁴

Dans la section 1.2.3, nous discuterons plus spécifiquement des règles concernant le statut d’Indien, tel que défini dans la *Loi sur les Indiens*. Il s’agit d’un autre exemple de l’effet de la colonisation profonde sur les peuples autochtones au Canada. En effet, la loi a créé une fiction

³¹ Deborah Bird Rose, *supra* note 2 à la p 6.

³² Van Woudenberg, *supra* note 2 à la p 76.

³³ Emily Snyder, « Indigenous Feminist Legal Theory » (2014) 26:2 Canadian Journal of Women & the Law 365-401 aux pp 377-378.

³⁴ Patricia Monture-Angus, *Thunder in my soul. A Mohawk woman speaks*, Fernwood, Halifax, 1995 à la p 135.

juridique en construisant l'identité « indienne » sur la base de critères artificiels. Cette construction est toutefois devenue un aspect important de l'identité culturelle autochtone au Canada et doit être considérée comme telle.³⁵ Par ailleurs, selon l'auteure Bonita Lawrence il est important de ne pas simplement considérer que les Indiens statués ont été « *brainwashed* », et ont accepté, comme naturelles, les catégories identitaires coloniales qu'on leur a imposées. En effet, des avantages réels et tangibles « including an increased chance of a community's survival »³⁶ reviennent aux communautés qui peuvent prouver leur éligibilité au statut d'Indien.

La colonisation profonde, en plus d'effacer le pouvoir et la présence des femmes autochtones dans leurs communautés, rend la tâche de celles qui veulent s'y opposer encore plus difficile : ces femmes cherchent à critiquer les effets de la colonisation sur les peuples autochtones, sans toutefois remettre en question l'ensemble du projet de décolonisation.

L'internalisation de la colonisation a donc une influence profonde sur la manière dont les femmes autochtones revendiquent leurs droits. En effet, les objectifs nationalistes autochtones ont souvent été déconnectés des demandes formulées par les femmes, bien qu'ils soient en apparence similaires. Selon la professeure crie Kiera Ladner, cette apparente déconnexion est due au fait que les organisations qui défendent la souveraineté autochtone et les conseils de bandes ont eux-mêmes été colonisés. Les femmes autochtones se sont donc souvent retrouvées dominées par les règles étrangères, tout en continuant de souffrir du patriarcat local, des structures religieuses et des règles traditionnelles. De manière générale, les femmes ont d'ailleurs trop souvent eu à choisir entre leurs revendications en tant que femmes, et leurs revendications nationalistes.³⁷ Pour Ladner, le projet de décolonisation doit permettre « *to both decolonise gender and gender decolonisation* »³⁸, c'est-à-dire que le concept de genre doit être décolonisé et que la décolonisation doit intégrer une analyse fondée sur le genre. En

³⁵ Voir *McIvor v The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, [2007] BCSC 827 au para 123 et ss.

³⁶ Lawrence, *supra* note 16 à la p 11.

³⁷ Hilary Charlesworth, Christine Chinkin et Shelley Wright, « Feminist Approches to International Law » (1991) 85:4 *American Journal Of International Law* 613-645.

³⁸ Kiera Ladner, « Gendering Decolonization, Decolonizing Gender » (2009) 13:1 *Australian Indigenous Law Review* 62-77 à la p 70.

d'autres mots, les rôles sociaux associés au genre et les relations entre les sexes doivent s'émanciper de l'influence coloniale et le projet de décolonisation doit être attentif à l'influence des politiques sur les personnes des différents genres.

1.2 La théorie de l'intersectionnalité : définitions et application en contexte autochtone canadien

1.2.1 Les différentes facettes de la théorie de l'intersectionnalité

La pensée intersectionnelle est née bien avant la deuxième vague du féminisme³⁹, mais ses prémisses fondamentales se sont développées à partir des années 1970 comme une double critique : celle du féminisme et du mouvement antiraciste.⁴⁰ Cette théorie aujourd'hui consacrée⁴¹ doit son nom à la juriste Kimberlé Crenshaw. Issue du courant féministe africain-américain et contributrice majeure à la *critical race theory*, Crenshaw, en 1989, fut la première à utiliser cet outil analytique interdisciplinaire sous le nom d'« intersectionnalité ».⁴² Le phénomène de l'intersectionnalité peut être décrit comme le résultat indirect d'une combinaison de rapports de domination qui situent un individu à l'intersection de différents facteurs de vulnérabilité sociale. Selon Kimberlé Crenshaw, la manière dont la race et le genre interagissent se décline en trois types d'intersectionnalité : *structurelle*, *politique* et *représentationnelle*.⁴³ Nous décrierons brièvement ces concepts ci-après, avant de discuter de la discrimination intersectionnelle. Plus loin, nous appliquerons ces concepts à des situations factuelles qui touchent spécifiquement les femmes autochtones au Canada.

³⁹ « L'aspect le plus révolutionnaire du féminisme des années 1970, dit de deuxième vague, a été l'affranchissement des femmes par rapport à leurs rôles d'épouse et de mère. (...) Les féministes de la première vague, à la fin du 19e siècle et au début du 20e, avaient [quant à elles] surtout été préoccupées par l'obtention du droit de vote. » Francine Pelletier, *Second début. Cendres et renaissance du féminisme*, Atelier 10, 07, coll Documents, Montréal, 2015 à la p 17.

⁴⁰ Voir Sirma Bilge, « De l'Analogie à l'Articulation: Théoriser la Différenciation Sociale et l'Inégalité Complexe » [2010] 176-177 *L'Homme et la Société* 43-64.

⁴¹ Jennifer C Nash, « Theorizing Race, Theorizing Racism: New Directions in Interdisciplinary Scholarship » dans *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Ashgate, coll Ashgate Research Companion, Farnham, England, Margaret Davies et Vanessa E Munro, 2013, 125-138 à la p 132.

⁴² Kimberlé Crenshaw, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics » [1989] *University of Chicago Legal Forum* 139-167.

⁴³ Kimberlé Crenshaw, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color » (1991) 43:6 *Stanford Law Review* 1241-1299.

Mais tout d'abord, notons que la théorie de l'intersectionnalité a fait l'objet de critiques acerbes de la part de féministes, surtout en ce qui concerne son utilisation pratique en droit. Pour certaines, dont Rachel Chagnon, l'aspect intrinsèquement adversarial et opportuniste du litige juridique fait en sorte que les juristes sont d'abord et avant tout préoccupés par la défense des intérêts de leurs clients. Pour les juristes, l'intersectionnalité ne serait donc qu'un concept parmi d'autres pouvant être instrumentalisé au profit de leurs clients, remettant ainsi en question son utilisation informée, pertinente et juste. Cela est peut-être vrai, mais il en va de même de toutes les perspectives nouvelles sur le droit, lesquelles sont toutes également susceptibles d'être récupérées par des avocats et avocates mercenaires. Mais plus fondamentalement, l'intersectionnalité ne permettrait pas de protéger les droits des femmes particulièrement à risque de ne pas être adéquatement représentées.⁴⁴ Effectivement, la réduction de l'oppression vécue par un individu à ses caractéristiques personnelles ne permettrait pas le recul nécessaire afin de percevoir les structures et les systèmes d'oppression plus vastes. Selon Joanne Conaghan, « [W]hile it [la théorie de l'intersectionnalité] acts as an aid to the excavation of inequality experiences at a local level, it tells us little about the wider context in which such experiences are produced, mediated and expressed. »⁴⁵

Bien que cette critique a le mérite de faire ressortir le risque d'une analyse atomistique de la situation des femmes autochtones, nous croyons que l'intersectionnalité est un cadre théorique qui permet précisément de montrer la complexité des dynamiques sociales dans lesquelles sont inscrites les femmes autochtones. Quoi qu'il en soit, nous avons fait le choix d'utiliser la théorie de l'intersectionnalité puisque nous croyons qu'elle est la meilleure manière de bien saisir la situation des femmes autochtones, dans une perspective féministe *et* autochtone.

⁴⁴ Rachel Chagnon, « Constats sur la difficile intégration d'une analyse intersectionnelle en droit canadien: le traitement de la polygamie dans l'affaire Bountiful » (2014) 26:2 *Nouvelles pratiques sociales* 187-199.

⁴⁵ Joanne Conaghan, « Intersectionality and the feminist project in law » dans *Intersectionality and Beyond: Law, power and the Politics of Locations*, Routledge-Cavendish, New-York, Emily Grabham, Davina Cooper, Jane Krishnadas et Didi Herman, 2009, 21-48 à la p 28.

1.2.1.1 Intersectionnalité structurelle

Le premier type d'intersectionnalité dont nous discuterons, l'*intersectionnalité structurelle*, est le fait que les différentes variables de l'identité des femmes autochtones, femmes *et* autochtones (on pourrait aussi ajouter l'orientation sexuelle ou le milieu de vie, par exemple), ne sont pas toujours prises en considération dans le cadre de l'adoption de lois ou de politiques publiques à visées sociales. Celles-ci sont en effet généralement formulées en fonction de *l'une ou l'autre* de ces identités, et les besoins des femmes autochtones sont donc plus difficilement comblés en raison de l'absence de compréhension ou de considération de leur expérience distinctive. La discrimination qu'elles vivent ne peut être totalement assimilée à celle vécue par les femmes non-autochtones, ni à celle vécue par les hommes autochtones; elle est souvent unique en son genre et les place à un niveau des plus désavantageux dans la hiérarchie sociale.

Crenshaw donne l'exemple de l'accès des femmes africaines-américaines aux foyers pour femmes victimes de viol. Selon elle, la marginalisation physique et culturelle de ces femmes dans la société fait en sorte que l'information qui pourrait les aider doit leur être directement adressée afin de les rejoindre. Les centres doivent donc allouer plus de ressources pour la dissémination de l'information dans les communautés africaines-américaines que dans les communautés blanches.⁴⁶ Selon nous, il est possible de faire une analogie avec les femmes autochtones au Canada et au Québec, et plus particulièrement avec l'information disponible (ou indisponible) pour les femmes des communautés isolées au sujet de leurs droits matrimoniaux, entre autres.⁴⁷

1.2.1.2 Intersectionnalité représentationnelle

Deuxièmement, toujours selon Crenshaw, l'intersectionnalité représentationnelle renvoie à l'idée selon laquelle la représentation que se fait un individu ou un groupe des femmes

⁴⁶ *Ibid* à la p 1251.

⁴⁷ Voir entre autres *Biens Immobiliers Matrimoniaux. Projet de loi S-4: Loi concernant les foyers familiaux situés dans les réserves des premières nations et les droits ou intérêts matrimoniaux sur les constructions et terres situées dans ces réserves*, Femmes Autochtones du Québec Inc, 2010, en ligne : <http://www.faq-pnw.org/sites/default/files/publications/Bill%20S-4%20report_FR.pdf> (consulté le 9 janvier 2015).

racisées peut influencer sur l'analyse faite d'un problème social. Ainsi, elle remarque que, lorsqu'on fait face à différentes formes de violence dirigée envers des femmes racisées (un viol par exemple), la perception des événements varie selon que l'analyse de ceux-ci est faite par un groupe antiraciste ou féministe. Or, selon Crenshaw, « when one discourse fails to acknowledge the significance of the other, the power relations that each attempts to challenge are strengthened. »⁴⁸ Il est donc primordial de bien saisir l'identité spécifique de la personne victime d'un crime ou d'un acte discriminatoire afin d'en saisir la portée et la signification. Par exemple, lorsqu'on étudie la situation de plus de 1000 femmes autochtones disparues ou assassinées au Canada⁴⁹, on doit analyser le phénomène social propre à cette situation; il ne s'agit pas que de femmes ou que de personnes autochtones, il s'agit plutôt de *femmes autochtones*, à qui des stéréotypes particuliers peuvent être accolés et qui vivent la discrimination d'une manière tout à fait unique, en fonction des différents facteurs identitaires les définissant.⁵⁰ L'intersectionnalité de ces facteurs crée donc une vulnérabilité tout à fait particulière qui doit être perçue dans sa globalité.

Par ailleurs, la violence que vivent les femmes racisées peut être liée à la manière dont elles sont représentées dans l'imagerie socioculturelle. Or, selon Crenshaw, la contestation de ces images échoue généralement à considérer l'intersection entre la race et le genre dans la construction populaire de l'image des femmes de couleur. Une analyse de l'*intersectionnalité représentationnelle* doit donc inclure « both the ways in which these images are produced through a confluence of prevalent narratives of race and gender, as well as the recognition of how contemporary critiques of racist and sexist representation marginalize women of color. »⁵¹ L'auteure observe par exemple que, dans le cas de la poursuite d'un groupe de rap africain-américain pour contenu culturel obscène, « historical linkages between images of Black male sexuality and violence permit the singling out of « lightweight » rappers for prosecution among all other purveyors of explicit sexual imagery. » Pour certains

⁴⁸ Crenshaw, *supra* note 43 à la p 1282.

⁴⁹ La Presse Canadienne, « Plus de 1000 cas de femmes autochtones assassinées ou disparues », *La Presse* (5 janvier 2014).

⁵⁰ Pour un récit intéressant concernant la disparition de certaines de ces femmes, voir Emmanuelle Walter, *Soeurs volées: Enquête sur un féminicide au Canada*, Lux, Montréal, 2014.

⁵¹ Crenshaw, *supra* note 43 à la p 1283.

commentateurs la légitimation des chansons rap du groupe, incluant les propos sexistes qu'elles véhiculaient, pouvait servir d'outil antiraciste puisqu'il s'agissait selon eux d'une expression artistique propre à ce groupe culturel (le rap étant ici considéré comme une forme d'expression spécifique aux africains-américains et leur permettant de s'émanciper, en quelque sorte). Bien entendu, pour Crenshaw les revendications culturelles ne peuvent justifier la tolérance de la misogynie.⁵² En fait,

Whether these practices are a distinctive part of the African-American cultural tradition is decidedly beside the point. The real question is how subordinating aspects of these practices play out in the lives of people in the community, people who share the benefits as well as the burdens of a common culture.⁵³

L'auteure observe alors que ces chansons dégradantes avaient pour effet de perpétuer des stéréotypes négatifs concernant la sexualité des femmes africaines-américaines, mais que cette perspective a été complètement évacuée par certains commentateurs qui y voyaient au contraire un aspect important du mouvement d'émancipation des noirs.

1.2.1.3 Intersectionnalité politique

Troisièmement, le concept d'*intersectionnalité politique* souligne le fait que les femmes autochtones font partie d'au moins deux groupes marginalisés qui ont parfois des objectifs politiques divergents. En effet, les intérêts d'un groupe de revendication sont généralement définis spécifiquement en fonction d'une seule caractéristique, le genre ou la race par exemple, à l'exclusion des expériences particulières des membres du groupe qui sont doublement marginalisés. Selon Crenshaw, « racism as experienced by people of color who are of a particular gender – male – tends to determine the parameters of antiracist strategies, just as sexism as experienced by women who are of a particular race – white – tends to ground the women's movement. »⁵⁴ Le discours de ces groupes n'échoue donc pas simplement à reconnaître la question « additionnelle » de la race ou du genre, mais échoue à articuler toutes les dimensions nécessaires à la réelle compréhension du sexisme ou du racisme, empêchant les

⁵² *Ibid* à la p 1293.

⁵³ *Ibid* à la p 1294.

⁵⁴ *Ibid* à la p 1252.

femmes racisées de se reconnaître pleinement dans l'un ou l'autre des groupes de revendication.

Selon Crenshaw, l'un des aspects les plus troublants de cet échec est que, souvent, chaque analyse nie implicitement la validité de l'autre. Ces formes de déni présentent un dilemme politique particulièrement difficile pour les femmes autochtones. En effet, selon l'auteure africaine-américaine, « adopting either analysis constitutes a denial of a fundamental dimension of our subordination and precludes the development of a political discourse that more fully empowers women of color. »⁵⁵ Cette réalité traduit donc l'importance pour les femmes autochtones d'articuler un discours qui leur est propre et de se voir reconnaître la légitimité pour le diffuser. Nous verrons toutefois dans la section 1.2.3 que les tribunaux et les gouvernements font parfois échec à cette possibilité. Nous examinerons aussi, dans la deuxième section de notre mémoire, la manière dont les femmes autochtones vivent cette intersectionnalité politique au sein de leurs communautés civiles et politiques.

1.2.1.4 Discrimination intersectionnelle

Puisque ce qu'on nomme *l'intersectionnalité* permet la théorisation des structures de domination en fonction de l'identité,⁵⁶ la *discrimination intersectionnelle* en est probablement la manifestation la plus claire dans la vie des individus dont les caractéristiques personnelles font qu'ils se retrouvent à l'intersection de deux ou plusieurs facteurs de marginalisation. Selon Sirma Bilge et Olivier Roy, la prémisse centrale de l'intersectionnalité comme outil analytique de la discrimination est formulée ainsi :

La discrimination est rarement l'effet d'un rapport de domination exclusif sans lien avec d'autres rapports d'inégalité; l'indifférence à ce caractère imbriqué de la domination et son corollaire, les mouvements d'émancipation exclusifs (monistes) combattant soit le sexisme, soit le racisme, soit l'exploitation capitaliste, maintiennent en place un système (re)producteur d'inégalités sociales.⁵⁷

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Crenshaw, *supra* note 43.

⁵⁷ Sirma Bilge et Olivier Roy, « La discrimination intersectionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire » (2010) 25:1 *Canadian Journal of Law & Society* 51-74 à la p 56.

Cette théorie a par la suite été utilisée dans d'autres contextes où de multiples facteurs de discrimination peuvent être observés chez une même personne⁵⁸, et s'appliquera donc, pour notre propos, aux femmes autochtones du Canada. Patricia Monture-Angus exprime ainsi le sentiment qu'elle vit par rapport à cette discrimination :

I am not woman first and Mohawk second. If indeed a linear relationship exists it operates in the opposite way. The experience however does not feel like a linear one, but layered like an onion (or perhaps more complexly). To achieve true equality we must resist the desire to simplify matters by creating artificial hierarchies of our « isms » and hierarchies within those experiences.⁵⁹

De manière générale, une méthode fondée sur l'intersectionnalité vise donc à reconnaître et à combattre les inégalités qui proviennent de l'interaction de plusieurs facteurs de discrimination, et qui créent une forme de discrimination nouvelle.⁶⁰ Selon Iris Marion Young, la théorisation de l'intersectionnalité doit dépasser les facteurs identitaires, et se fonder sur une évaluation structurelle des obstacles qui surviennent dans la vie de chaque individu et qui les placent devant une série de choix différents. Selon elle,

While attributes of individuals also condition how they will be identified and treated by others, the primary account of gender or racial inequality here is structural. They describe a set of relationships among assumptions and stereotypes, institutional policies, individual actions following rules or choosing self-interest, and collective consequences of these things, which constrain the options of some at the same time as they expand the options of others.⁶¹

Pour bien comprendre la situation vécue par les femmes autochtones, il est donc utile de considérer leur situation au sein de la « structure sociale » dans son ensemble. Young la conçoit ainsi :

⁵⁸ C Nash, *supra* note 41.

⁵⁹ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 121.

⁶⁰ Catharine A MacKinnon, « Intersectionality as method: A note » (2013) 38:4 Signs published by The University of Chicago press 1019-1030.

⁶¹ Iris Marion Young, « Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice » (2001) 9:1 The Journal of Political Philosophy 1-18 à la p 11.

Individual people occupy varying positions in the social space, and their positions stand in determinate relation to other positions. The structure consists in the connexions among the positions and their relationships, and the way the attributes of positions internally constitute one another through those relationships.⁶²

Donc chaque individu occupe une position plus ou moins enviable dans l'espace social en fonction des stéréotypes qui sont associés à ses caractéristiques personnelles, des relations et des politiques sociales qui en découlent, etc. Si l'on considère que l'atteinte de l'égalité sociale est représentée par un point médian dans cette structure, on constate qu'il est beaucoup plus difficile pour les individus dont la position de départ est plus éloignée de ce point de réaliser leur potentiel en tant qu'individu, que pour ceux qui ont plus de « chance » en partant. En fait,

Basic social structures consist in determinate social positions that people occupy which condition their opportunities and life chances. These life chances are constituted by the ways the opportunities are related to one another to create systematic constraints or opportunities that reinforce one another like wires in a cage.⁶³

Pour Marion Young, il ne s'agit toutefois pas d'évacuer les différences liées aux groupes pour se concentrer sur l'individu de façon atomistique. L'auteure croit en effet qu'il demeure important, au-delà de la spécificité du vécu de chaque individu, d'évaluer les inégalités sur le plan des groupes sociaux (autochtones, femmes, homosexuels, etc.), afin de mieux saisir les injustices vécues par les individus faisant partie d'un groupe ou d'un autre :

Evaluating inequality in terms of social groups enables us to claim that some inequalities are unjust because such group-based comparison helps reveal important aspects of institutional relations and processes. Specifically, identifying inequalities according to group categories helps identifying *structural* inequalities.⁶⁴

Par ailleurs, les auteurs ne s'entendent pas tous sur la question de savoir *comment* ces sources de discriminations interagissent. Alors que certains considèrent qu'on doit concevoir le résultat comme l'addition des différentes sources de discrimination, d'autres croient qu'une multiplication des facteurs est plus réaliste, ou encore, que toute tentative de formulation mathématique est vaine et que la situation doit être analysée au cas par cas, afin de

⁶² *Ibid* à la p 12.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid* à la p 2.

comprendre l'interaction des différentes sources de discrimination.⁶⁵ Selon Laurel Weldon, cette analyse présente un avantage majeur puisque « it admits the possibility that the ways that social structures affect one another vary over space and time. Some axes might be more salient or politicized in some contexts than in others. »⁶⁶ Dans le cadre de l'analyse de la jurisprudence qui suit, nous nous rallierons à cette dernière perspective, que Bilge nomme holiste, et qui semble selon elle « plus prometteuse pour en capter le *rapport constitutif* [des axes de domination], c'est-à-dire pour offrir une analyse qui ne porte pas sur une des catégories préexistantes qui s'influencent par la suite mutuellement, mais sur des processus de leur co-construction. »⁶⁷

1.2.2 La théorie de l'intersectionnalité appliquée aux femmes autochtones du Canada

Comme nous venons de le voir, il est essentiel, afin de bien saisir l'oppression vécue par les femmes autochtones au Canada, d'adopter une perspective intersectionnelle. Effectivement, comme le mentionne Glen Coulthard :

The oppression of Indigenous women in Canada cannot be adequately understood when separated from the other axes of oppression that have converged to sustain it over time. In the settler-colonial context of Canada, these power relations of course include patriarchy, but also white supremacy, capitalism, and state domination.⁶⁸

L'intersectionnalité vécue par les femmes autochtones au Canada peut épouser les quatre dimensions décrites dans la section 1.2.1. Nous les examinerons toutes ci-après, mais, par souci d'économie d'espace et de temps, nous n'étudierons en détail que la discrimination intersectionnelle et l'intersectionnalité politique.

⁶⁵ S Laurel Weldon, « The Structure of Intersectionality: A Comparative Politics of Gender » (2006) 2:2 Politics Gender 235-248.

⁶⁶ *Ibid* à la p 244.

⁶⁷ Bilge, *supra* note 40 à la p 61.

⁶⁸ Glen Sean Coulthard, *Red skin, white masks: Rejecting the colonial politics of recognition*, Minneapolis, MN, University of Minnesota Press, 2014 à la p 96.

1.2.2.1 Intersectionnalité structurelle

Dans un premier temps, il serait pertinent d'étudier la législation qui vise à promouvoir les droits des femmes autochtones et de se demander si elle prend en considération *l'intersectionnalité structurelle* qui les affecte. Comme nous l'avons vu précédemment, l'inégalité structurelle, définie par Young comme « a set of reproduced social processes that reinforce one another to enable or constrain individual actions in many ways »⁶⁹, peut résulter entre autres de stratégies d'intervention législatives ou sociales mal adaptées à la situation spécifique qu'elles cherchent à transformer. En effet, selon Jean-François Gaudreault-Desbiens et Diane Labrèche, le *contexte social du droit* peut être créateur d'inégalités dans l'accès au droit, ou d'exclusion dans l'accès au système juridique au sens large.⁷⁰ Il importe de faire la distinction entre *discrimination* et *exclusion*, le deuxième concept étant celui qui nous préoccupe ici.

Cette situation pose également la question de *l'effectivité du droit*, c'est-à-dire le fait de « bien se préoccuper de son adéquation avec les comportements sociaux et des écarts éventuels (comme autant de manifestations d'ineffectivité) entre les normes juridiques et la réalité sociale qu'elles sont censées régir, entre le droit et l'expérience. »⁷¹ En d'autres mots, quel est le degré de réalisation sociale des règles énoncées par le droit? L'ineffectivité d'une norme peut être due à un manque de contrôle de la part de ceux qui doivent la faire appliquer, à un manque de clarté de la norme ou à un manque d'accessibilité pour celles et ceux à qui elle est destinée, par exemple.

D'une manière plus large, l'étude des *effets du droit* est aussi pertinente pour notre propos en ce qu'elle prend en considération « non pas seulement [les] effets directs sur les comportements, mais [les] fonctions plus générales que la loi est susceptible de remplir (par exemple de cohésion ou d'intégration sociale). »⁷² Dans une perspective féministe autochtone, les règles de droit devraient être étudiées selon une analyse fondée sur le genre et remplir une

⁶⁹ Young, *supra* note 61 à la p 2.

⁷⁰ Voir Jean-François Gaudreault-Desbiens et Diane Labrèche, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'influence culturelle dans la pratique des juristes*, Yvon Blais, Cowansville, 2009.

⁷¹ Jacques Commaille, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga/ Lamy-Puf, Paris, Denis Alland et Stéphane Rials, 2003, *sub verbo* « Effectivité » à la p 583.

⁷² *Ibid* à la p 584.

fonction de décolonisation, tout en favorisant l'amélioration des conditions de vie des femmes autochtones. Par exemple, la *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux* (L.C. 2013, ch.20) ainsi que les démarches ayant mené à son adoption pourrait représenter un bon terrain d'exploration pour ces questions.

En effet, certaines organisations de femmes autochtones ont dénoncé le manque de consultation auprès des groupes concernés ainsi que l'absence de soutien financier visant à mettre en application la législation.⁷³ Or, premièrement, si l'objectif de la loi est de mettre un terme à une situation discriminatoire qui touche les Indiens, et plus particulièrement les femmes indiennes, cela n'exige-t-il pas un processus consultatif poussé auprès des communautés et des individus touchés? Considérant en plus que le préambule de la loi rappelle « que le gouvernement du Canada a reconnu que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale constitue un droit ancestral et qu'il est d'avis que la meilleure façon de mettre en œuvre ce droit est de procéder par négociation », les *effets* de la loi seront-ils ceux qu'on visait? Deuxièmement, la crise de logement qui frappe plusieurs communautés rend difficile l'application de certaines dispositions de loi qui visent à accorder le foyer familial à l'un des conjoints en cas de violence familiale.⁷⁴ On se demande donc si, dans un tel contexte, la loi sera *effective*.

1.2.2.2 Intersectionnalité représentationnelle

Dans un deuxième temps, il nous semble qu'il serait particulièrement pertinent d'étudier l'influence de *l'intersectionnalité représentationnelle* sur les décisions des tribunaux canadiens dans les affaires touchant les droits de la personne et la discrimination envers les femmes autochtones. En effet, la discrimination doit être perçue comme étant le produit de l'interaction de plusieurs facteurs, y compris les stéréotypes et la manière dont les individus sont représentés dans l'univers social. Dans le cas qui nous occupe, il est donc important de

⁷³ Femmes Autochtones du Québec, *supra* note 47 et; *Le projet de loi S-2: Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, Ottawa, ON, Association des femmes autochtones du Canada (FAC), 2011, en ligne : <<http://www.nwac.ca/fr/le-projet-de-loi-s-2-loi-sur-les-foyers-familiaux-situ%C3%A9s-dans-les-r%C3%A9serves-et-les-droits-ou-int%C3%A9r%C3%AAts>> (consulté le 8 janvier 2015).

⁷⁴ *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, LC 2013, ch 20 aux art. 16 et 20.

comprendre la construction sociale de l'imagerie populaire qui entoure les femmes autochtones en lien avec la discrimination dont elles sont victimes.

Selon l'Américaine Devon Abbott Mihesuah, le manque d'images positives pour décrire les femmes autochtones dans l'imagerie populaire rend la « découverte de soi » particulièrement difficile pour celles-ci.⁷⁵ En effet, depuis le contact, les autochtones américains ont été à la fois idéalisés, vilipendés, admirés, craints et détestés par les Euro-Américains. Selon Mihesuah, ces images positives et négatives des autochtones sont devenues partie intégrante de la culture américaine et continuent d'exercer une puissante influence sur l'image de soi des autochtones américains. Plus particulièrement, l'image populaire de la femme autochtone américaine est différente et se présente plutôt de manière binaire : d'un côté, on retrouve l'image de la « princesse », la fille attirante et pure du chef qui cherche généralement à quitter sa tribu pour marier un homme blanc, et de l'autre, la « *squaw* », une femme sale, servile, hâve, abusée et sexualisée. On note ici au passage que ces images sont typiquement états-uniennes et qu'une étude de la situation canadienne pourrait servir à nous éclairer davantage.

Mais en plus de constater que ces images ont une influence certaine sur l'estime de soi des femmes autochtones, il serait intéressant d'étudier comment cette imagerie peut influencer la manière dont les procureurs abordent les causes de discrimination envers les femmes autochtones. Il serait aussi intéressant d'étudier la manière dont les juges décident des causes qui touchent les femmes autochtones en général. Car même si l'on présuppose avec raison l'objectivité du juge, il faut bien reconnaître que le droit n'est pas neutre. On dira qu'« il véhicule au contraire des valeurs qui témoignent des forces en présence dans l'environnement social ainsi que des limites potentielles de leur capacité d'influence. »⁷⁶

⁷⁵ Devon Abbott Mihesuah, « Finding a Modern American Indigenous Female Identity » dans *Indigenous American Women: Decolonization, Empowerment, Activism*, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 2003, 81-112 à la p 81.

⁷⁶ Gaudreault-Desbiens et Labrèche, *supra* note 70 à la p 82.

1.2.2.3 Discrimination intersectionnelle et intersectionnalité politique

Dans un troisième temps, nous verrons dans la section qui suit que les tribunaux canadiens ont été longs à reconnaître la *discrimination intersectionnelle* vécue par les femmes autochtones. Heureusement, les juges sont de plus en plus conscients des phénomènes de *double discrimination*. Ce terme semble être plus largement utilisé dans la jurisprudence que celui de *discrimination intersectionnelle*, que nous privilégions par ailleurs, puisqu'il permet de mieux saisir l'aspect particulièrement complexe et unique de la discrimination vécue. En effet, comme nous l'avons expliqué plus haut il ne s'agit pas tant de l'addition ou de la multiplication des formes de discrimination, mais plutôt d'une forme de discrimination nouvelle qui fait en sorte que l'individu se retrouve à l'intersection de plusieurs facteurs de vulnérabilité.

Par ailleurs, nous verrons finalement que *l'intersectionnalité politique* n'est pas aussi facilement reconnue par les tribunaux canadiens. En effet, la voix des femmes autochtones n'est pas toujours reconnue en ce qu'on l'assimile souvent à la voix des groupes autochtones en général (ou encore à celle des groupes de femmes), reléguant leur discours particulier dans la marginalité.

1.2.3 Discrimination intersectionnelle et jurisprudence : la question du statut d'« Indien »

Au Canada, les tribunaux qui doivent étudier des questions qui concernent les droits de la personne ont de plus en plus recours à une approche dite « contextualisée » de la discrimination.⁷⁷ Une telle approche « insiste moins sur les caractéristiques de la personne et davantage sur la façon dont la société la traite » et prend également en compte « les préjugés dont le groupe auquel la personne appartient a été victime au cours de l'histoire. »⁷⁸ Or, lorsqu'on est en présence de motifs multiples de discrimination, une analyse contextualisée permet certainement une meilleure perception de l'intersectionnalité. Peut-on en conclure que

⁷⁷ Commission ontarienne des droits de la personne, *Approche intersectionnelle de la discrimination: pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, 9 octobre 2001, en ligne : <www.ohrc.on.ca> (consulté le 21 janvier 2015).

⁷⁸ *Ibid* à la p 2.

les tribunaux canadiens ont aujourd'hui assimilé le concept de la discrimination intersectionnelle?

Tout d'abord, on doit savoir que la Cour suprême reconnaît aujourd'hui davantage qu'avant la discrimination intersectionnelle, mais que son application concrète demeure un phénomène rare.⁷⁹

Pour cause, l'énumération fermée des motifs de discrimination figurant dans la *Charte canadienne des droits et libertés* [ci-après « la *Charte* »]⁸⁰, comme autant de catégories exclusives, « entretient le traitement séparé de ces motifs, comme si chaque personne ne pouvait subir qu'une forme de discrimination à la fois ».⁸¹ Selon Colleen Sheppard, cette situation « requires individuals to isolate and highlight one aspect of their identity as the explanation for the discriminatory treatment. »⁸² Or, selon la *Commission ontarienne des droits de la personne*, lorsque l'approche du tribunal est axée sur un seul motif de discrimination, « la décision stratégique concernant le motif auquel associer les preuves est souvent fondée sur le choix du motif le moins “désagréable”. »⁸³ Selon la Commission, cela a donc souvent pour effet de supprimer le motif « race » de l'équation, probablement en raison du fait que « l'Amérique [nous croyons que ceci s'applique aussi au Canada] se berce parfois de l'idée qu'elle est devenue une société post- raciale. »⁸⁴ Selon Colleen Sheppard, la reconnaissance par les tribunaux des « motifs analogues » à ceux énumérés à l'article 15(1), permet toutefois d'étendre « the possibility of fluid, specific and ever-changing categories that resonate with the complexity of multiple identities. »⁸⁵

⁷⁹ Colleen Sheppard, *Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2010 à la p 31 et ss.

⁸⁰ *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, c 11, 1982.

⁸¹ Bilge et Roy, *supra* note 57 à la p 53.

⁸² Colleen Sheppard, « Grounds of discrimination: Towards an inclusive and contextual approach » (2001) 80:3 *Canadian Bar Review* 893-916 à la p 911.

⁸³ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 77 à la p 11.

⁸⁴ Jean-Frédéric Légaré-Tremblay, « Une Amérique postraciale? », *Le Devoir*, éd 24 août 2013, en ligne : <http://www.ledevoir.com/international/etats-unis/385928/une-amerique-postraciale> (consulté le 6 août 2015).

⁸⁵ Sheppard, *supra* note 82 à la p 914.

Dans le cadre de notre analyse, nous nous concentrerons sur certains jugements qui touchent à la discrimination instituée par la *Loi sur les Indiens*⁸⁶ et qui affecte les femmes autochtones, principalement en ce qui concerne le statut d'Indien.⁸⁷ Nous prendrons le parti de démontrer que le concept de discrimination intersectionnelle est de mieux en mieux compris et articulé par les tribunaux. En étudiant les causes *Lavell*, *Lovelace*, *Sawridge*, *Corbière* et *McIvor* en ordre chronologique, on pourra mieux comprendre l'évolution de la compréhension des tribunaux canadiens de la discrimination vécue par les femmes autochtones. Nous verrons finalement qu'il demeure des failles dans la législation concernant le statut d'Indien et que certaines formes de discrimination, intersectionnelles ou non, peuvent perdurer.

Afin de mieux comprendre la situation, revenons brièvement sur le statut réservé aux femmes autochtones dans la législation canadienne. Comme on l'a vu plus haut, la législation concernant le statut d'Indien a varié considérablement au cours des années et a gagné en complexité en raison des effets en découlant sur plusieurs générations. Il convient toutefois de comprendre que les règles prévues, dans plusieurs cas, ne reflétaient pas les traditions des Premières Nations. Elles étaient plutôt fondées sur des normes occidentales qui évacuaient la descendance matrilineaire. L'article 12(1) (b) de la *Loi sur les Indiens* prévoyait jusqu'en 1985 que toute femme Indienne qui mariait un non-Indien perdait automatiquement son statut, ne pouvait le transmettre, et le faisait perdre à ses enfants mineurs. En revanche, un Indien qui mariait une non-Indienne ne perdait pas son statut, mais le transmettait au contraire à sa nouvelle conjointe ainsi qu'à leurs enfants. Cette situation signifiait que la femme ainsi dépossédée et ses enfants se voyaient dépourvus de plusieurs avantages, dont la possibilité de vivre dans leur réserve natale ou d'hériter de biens immobiliers qui y étaient situés, mais surtout, « the major loss to a person ceasing to be an Indian is the loss of the cultural benefits of living in an Indian community, the emotional ties to home, family friends and neighbours, and the loss of identity. »⁸⁸

⁸⁶ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 26.

⁸⁷ Pour une étude plus approfondie de la mise en application du concept de discrimination intersectionnelle en droit antidiscriminatoire, nous référons le lecteur à l'étude de Bilge et Roy, *supra* note 57.

⁸⁸ Le Comité des Droits de l'Homme citant les observations de la demanderesse: *Sandra Lovelace v Canada*, Communication No R6/24, UN Doc Supp No 40 (A/36/40) at 166 (1981) au para 9.9, en ligne : Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981)

Nous qualifierons cette discrimination d'*intersectionnelle*, puisqu'elle se situe à la jonction de deux rapports de domination : soit la domination des peuples autochtones par les autorités coloniales qui ont créé des normes artificielles d'appartenance, et la domination des femmes par les hommes (autochtones et non-autochtones) qui ont édicté des règles d'appartenance au désavantage des femmes. Le fait d'être une femme en plus d'être indienne constitue donc un fardeau social encore plus lourd, lequel a été édifié par la *Loi sur les Indiens*.

Par ailleurs, pour bien comprendre la suite des choses, notons que la loi de 1951 a introduit la « clause mère grand-mère » selon laquelle une personne enregistrée à la naissance perdait son statut et son appartenance à la bande à l'âge de 21 ans, dans le cas où ses parents s'étaient mariés après l'entrée en vigueur de la loi de 1951 et que sa mère et sa grand-mère paternelle avaient obtenu leur statut uniquement par le mariage avec un Indien.

1.2.3.1 Lavell et Bédard c. Canada (1973) : le statut des femmes exclues en droit interne

Jeannette Vivian Lavell et Yvonne Bédard sont deux autochtones qui ont perdu leur statut d'Indienne à la suite de leur mariage avec un non-Indien. Les deux femmes contestaient, dans des affaires séparées, la validité de l'art. 12(1) (b) *LI* qui leur avait fait perdre leur statut. À cette époque, la *Charte* n'avait pas encore été adoptée et Lavell et Bédard faisaient donc valoir que la disposition était discriminatoire *en raison de leur sexe*, contrairement à l'article 1(b) de la *Déclaration canadienne des droits*⁸⁹ qui protège le droit de tout individu, « quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe [...], à l'égalité devant la loi et à la protection devant la loi [...] ».

Dans l'affaire *Lavell*, le juge de première instance a comparé la situation des femmes autochtones mariées avec celle des femmes canadiennes mariées. Il a déterminé que madame Lavell, en se mariant, était sur un pied d'égalité avec toutes les autres Canadiennes mariées et

<<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/cc245da4e1c73a55c1256a16003b21a8?Opendocument>> (consulté le 13 juillet 2015).

⁸⁹ *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960 c44.

ne vivait donc pas de discrimination.⁹⁰ Selon le juge, l'émancipation des Indiens constituait une forme de récompense pour celles et ceux qui avaient su se défaire de leur identité indienne et donc, madame Lavell ne pouvait prétendre être désavantagée de ce fait. Or, selon toute logique, on aurait plutôt dû utiliser le groupe comparatif des hommes indiens, puisqu'on plaidait que les dispositions étaient discriminatoires en vertu du sexe.

Corrigeant le tir, la Cour d'appel fédérale a statué que l'art. 12 (1) (b) *LI* était inopérant puisqu'il privait l'intimée, Indienne à la naissance, du droit de continuer à être inscrite comme membre de la bande Wikwemikong en raison de son mariage.

Dans l'affaire *Isaac et al. v. Bédard*⁹¹, le juge Osler de la Cour suprême de l'Ontario s'est fondé sur l'arrêt *Lavell* pour déclarer, de la même manière, que l'art. 12(1) (b) *LI* était inopérant. À cette étape, les deux femmes s'étaient donc vues reconnaître la discrimination spécifique dont elles avaient été les victimes en raison de la législation.

Les deux causes ont toutefois été portées en appel par le procureur général du Canada et entendues ensemble par la Cour suprême. Notons par ailleurs qu'en raison d'un « perceived clash between the individual rights of Native women and the collective rights of First Nations communities to recognition and self-determination »⁹², certaines organisations autochtones comme la *National Indian Brotherhood* (qui allait devenir l'APN en 1982) sont intervenues à l'encontre de Lavell et Bédard. En 1973, la majorité des juges de la Cour suprême jugèrent en défaveur des deux femmes, affirmant que la *Loi sur les Indiens* ne violait pas l'article 1(b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Écrivant pour la majorité, le juge Ritchie a tout d'abord légitimé la législation fondée sur la race en ce qui concerne les « Indiens ». En effet, puisque l'art. 91(24) *LC 1867* prévoit que le Parlement fédéral a le pouvoir exclusif de légiférer pour les matières qui concernent « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens », la *Déclaration* ne peut rendre la *Loi sur les Indiens* inopérante, même en prenant le parti de démontrer qu'elle est discriminatoire. Selon la majorité, cela équivaldrait à nier les pouvoirs

⁹⁰ *Lavell c Procureur général du Canada*, [1971] CF 347; 22 DLR (3d) 188.

⁹¹ *Bédard v Isaac*, [1972] 2 OR 391.

⁹² Coulthard, *supra* note 68 à la p 86.

assignés au Parlement en vertu de la Constitution. En fait, le juge Ritchie est d'avis que « la compétence législative exclusive assignée au Parlement [...] n'aurait pu efficacement être exercée sans que soient adoptées des lois prescrivant les qualités requises pour qu'une personne ait droit au statut d'Indien [...] »⁹³.

La majorité a ensuite déterminé, et c'est là où l'échec à reconnaître la discrimination est flagrant, que l'« égalité devant la loi » signifiait l'« égalité de traitement dans l'application des lois du Canada devant les fonctionnaires chargés d'appliquer la loi et devant les tribunaux ordinaires du pays. »⁹⁴ Or, puisque les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ne sont applicables qu'aux Indiens, la majorité considère qu'on ne peut établir de comparaison factuelle avec les autres membres de la société en générale afin d'en vérifier l'aspect discriminatoire. Suivant cette logique, puisque la *Loi sur les Indiens* régit exclusivement les membres de ce groupe identitaire, que la décision de retirer leur statut à Lavell et Bédard respectait la *Loi sur les Indiens* et que toutes les femmes autochtones étaient assujetties à cette législation, la majorité de la Cour a déterminé qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à l'égalité.

On constate donc que l'analyse de la majorité s'est restreinte à une analyse de *l'égalité formelle*; c'est-à-dire le droit de tous les citoyens canadiens de se voir appliquer la loi *de la même manière*, qu'ils soient un « haut fonctionnaire » ou « tout autre citoyen ordinaire ». La majorité a échoué à considérer *l'égalité réelle*, c'est-à-dire la manière dont la loi peut affecter différemment les individus en fonction de leurs caractéristiques particulières. Mais plus encore, cette analyse s'est limitée à celles et ceux auxquels la loi était applicable, sans comparaison possible avec la population non assujettie à la *Loi sur les Indiens*, rendant ainsi sans effet les mots « quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur ou son sexe » de l'art. 1 de la *Déclaration*. Selon Patricia Monture-Angus, « the Court could not understand that this pile of discrimination (race) and that pile of discrimination (gender), amount to more than nothing. The court could not understand the idea of double discrimination. »⁹⁵

⁹³ *Procureur général du Canada c Lavell*, [1974] RCS 1349 à la p 1359.

⁹⁴ *Ibid* à la p 1373 [notre soulignement].

⁹⁵ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 136.

De leur côté, les juges dissidents ont plutôt interprété la *Déclaration* en donnant un effet à la mention des motifs de discrimination prévus l'art. 1. Le juge Laskin, dans sa forte dissidence, a reconnu la possibilité d'une discrimination qui transcende les catégories pour affecter spécifiquement les femmes autochtones :

Il me semble que la prétention selon laquelle une distinction fondée sur le sexe ne va pas à l'encontre de la *Déclaration canadienne des droits* lorsque cette distinction s'applique seulement aux Indiens visés par la Loi sur les Indiens en est une qui s'accommode de l'inégalité raciale même au-delà des limites [que la jurisprudence] a jugé inacceptables.⁹⁶

Selon les juges minoritaires, les dispositions de la *Déclaration* ne peuvent être écartées en ce qui concerne la *Loi sur les Indiens*. Contrairement à la majorité, ils ont considéré que « le traitement discriminatoire fondé sur la race, la couleur ou le sexe n'est pas compris dans l'attribution de ce pouvoir législatif [le pouvoir exclusif du Parlement de légiférer sur les Indiens et les terres réservées pour les Indiens]. »⁹⁷

1.2.3.2 L'affaire Lovelace (1981) et ses suites : le statut des femmes exclues en droit international

À la suite de l'affaire *Lavell*, la question du statut des femmes indiennes fut portée devant le *Comité des droits de l'Homme*⁹⁸, un organe composé d'experts indépendants qui surveille la mise en œuvre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁹⁹ par les États parties. Le *premier protocole facultatif*¹⁰⁰ lié au *Pacte* permet effectivement à un individu de porter plainte directement contre l'un des États signataires, dont le Canada.

Sandra Lovelace, née Indienne Malécite, a perdu son statut après avoir marié un non-Indien en 1970. Après avoir divorcé de son mari, elle désirait retourner vivre dans sa communauté d'origine, mais en était empêchée en raison de la perte de son statut d'Indienne. En 1977, elle

⁹⁶ *Procureur général du Canada c Lavell*, supra note 93 à la p 1383.

⁹⁷ *Ibid* à la p 1389.

⁹⁸ *Sandra Lovelace v Canada*, supra note 88.

⁹⁹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 RTNU 171.

¹⁰⁰ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés AG 2200 A (XXI), Doc off AG NU, 1976, art 5(4), (entrée en vigueur : 23 mars 1976, ratification du Canada 19 mai 1976).

présenta donc une communication écrite au Comité pour examen. Puisqu'un individu doit avoir épuisé tous les recours internes avant de porter sa cause devant le Comité¹⁰¹, madame Lovelace fit valoir avec succès que la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Lavell* créait un précédent suffisamment lourd pour porter sa cause directement devant l'instance de droit international.

Dans sa première communication écrite, madame Lovelace fit valoir que la *Loi sur les Indiens* était discriminatoire en vertu du sexe et que le Canada violait par le fait même les articles suivants du *Pacte* :

- *Article 2(1)* : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe [etc.] »
- *Article 3* : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte. »
- *Article 23(1)* : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. »
- *Article 23(4)* : « Les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire. »
- *Article 26* : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »
- *Article 27* : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion ou d'employer leur propre langue. »

Même si le Comité a reconnu que la *Loi sur les Indiens* créait une distinction *de jure* sur la base du sexe, il a déterminé qu'il ne pouvait appliquer les dispositions du *Pacte* au mariage et

¹⁰¹ *Ibid*, art 2.

à la *perte de statut* de Lovelace, puisque ces événements étaient antérieurs à son entrée en vigueur au Canada, en 1976. Le Comité a donc décidé que la plainte devrait être évaluée sur la base des effets continus que subissait madame Lovelace; c'est-à-dire principalement le fait qu'elle ne pouvait pas vivre à l'endroit où elle le désirait, dans la réserve Tobique. Pour cette raison, le Comité a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'évaluer si le Canada avait violé les articles 2 et 3 du *Pacte*, protégeant les individus contre la discrimination en vertu du sexe ou de la race, et a plutôt fondé son raisonnement sur l'article 27 du *Pacte*, jugeant que madame Lovelace s'était vue privée du droit « to enjoy [her] own culture and to use [her] own language in community with other members of [her] group. »¹⁰² Bien que le droit de résider dans une réserve ne soit pas expressément protégé par cet article, le Comité a jugé que, dans le cas spécifique de madame Lovelace, la *Loi sur les Indiens* interférait directement avec l'objectif de l'article 27 puisqu'il n'existait aucun endroit en dehors de la réserve Tobique où retrouver une telle communauté.

En conclusion, le Comité a spécifié que le cas de Sandra Lovelace devait être considéré à la lumière de l'échec de son mariage puisque « it is natural that in such a situation she wishes to return to the environment in which she was born, particularly as [sic] after the dissolution of her marriage her main cultural attachment again was to the Maliseet band. »¹⁰³ Dans cette situation précise, il n'apparaissait pas raisonnable de priver Sandra Lovelace du droit de résider dans la réserve et donc, le fait de nier son appartenance à la bande était une atteinte injustifiable à ses droits en vertu de l'article 27 du *Pacte*.

Bien que cette décision ait été favorable à Sandra Lovelace, le Comité a évité la question de la discrimination en fondant sa décision sur *le droit à la culture, à la langue et à la religion des personnes appartenant aux minorités*. Le jugement aurait-il été différent si Mme Lovelace avait été encore mariée? La question demeure. Il est par ailleurs intéressant de noter que l'un des membres du Comité a choisi d'écrire une opinion individuelle, dans laquelle il explique

¹⁰² *Sandra Lovelace v Canada*, supra note 88 au para 13.2.

¹⁰³ *Ibid* au para 17.

que les articles 2(1), 3, 23(1) et (4) et 26 ont aussi été violés puisque certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* étaient discriminatoires, en particulier en raison du sexe.¹⁰⁴

À la suite de cette décision et dans la foulée de l'adoption de la *Charte* en 1982, le gouvernement a finalement décidé d'intervenir pour modifier une situation qui apparaissait de moins en moins conciliable avec les valeurs de justice et d'égalité qu'il promouvait. Est alors né le projet de loi C-31, visant à redonner leur statut à des milliers de femmes autochtones ainsi qu'à leurs enfants.¹⁰⁵ Une fois adoptée, la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*¹⁰⁶ a permis aux femmes ayant perdu leur statut d'Indienne, ainsi qu'à de leurs enfants, de demander d'être (ré)inscrits au *Registre des Indiens*. Lorsque ceux-ci sont réinscrits, ils sont aussi réintégrés dans leur bande d'origine. La modification a aussi aboli l'émancipation et créé la « clause limitant la deuxième génération » qui empêche de transmettre le statut après deux générations successives de mariages entre Indiens et non-Indiens.¹⁰⁷ Nous verrons d'ailleurs un peu plus loin que cette disposition demeure problématique.

Les modifications à la LI ont par ailleurs permis aux bandes d'assumer le contrôle de leur code d'appartenance pour l'avenir, faisant en sorte que certains Indiens inscrits peuvent maintenant être dépourvus de rattachement à une bande. Par ailleurs, les modifications législatives prévoyaient aussi que les personnes autorisées à être enregistrées avant 1985, incluant les femmes non-indiennes ayant acquis le statut en mariant un Indien ainsi que leurs enfants, conserveraient leur statut. La « clause mère grand-mère » a aussi été abrogée et toute personne ayant perdu son statut pour cette raison pouvait dès lors être réinscrite au *Registre*.¹⁰⁸ À partir de 1985, le mariage n'a plus aucune incidence sur le statut d'une personne (celle-ci ne peut acquérir ou perdre le statut d'Indien du fait de son mariage à un indien ou un non-indien).

¹⁰⁴ *Ibid*, Appendice.

¹⁰⁵ Selon Statistique Canada, plus de 114 000 personnes avaient été ajoutées à la population des indiens inscrits en vertu de ces dispositions en date de l'année 2002. Voir Vivian O'Donnell et Susan Wallace, *Femmes au Canada: rapport statistique fondé sur le sexe*, 89-503-X, Statistique Canada, 2011 aux pp 225-226.

¹⁰⁶ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, SC 1985, c27, s4.

¹⁰⁷ Furi et Wherrett, *supra* note 18 à la p 6.

¹⁰⁸ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 26 à la p 6(1)(c).

Finalement, notons que le processus ayant mené à la nouvelle loi a été laborieux puisque certains groupes avaient peur qu'une réinscription massive d'individus ne vienne obérer les ressources disponibles pour les bandes indiennes ou qu'elle ait pour effet de « diluer » les cultures des Premières Nations.¹⁰⁹ Nous verrons d'ailleurs que ces modifications législatives ne devaient pas être la fin du combat juridique contre la discrimination vécue par les femmes indiennes en ce qui concerne leur statut.

1.2.3.3 *Sawridge* : la contestation de la loi C-31

Dans l'affaire *Sawridge*, trois bandes de l'Alberta (*Sawridge*, *Ermineskin* et *Sarcee*) contestaient les modifications apportées à la LI en 1985. Le litige s'est échelonné sur une période de plus de 20 ans, de janvier 1986 à juillet 2012, période pendant laquelle un nombre impressionnant de requêtes intérimaires ont été produites par les demandeurs.

Le premier procès a débuté en 1993. Les demandeurs soutenaient alors que les modifications à la *Loi sur les Indiens* empiétaient sur leurs droits ancestraux.¹¹⁰ En effet, selon eux, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protégeait leur droit de décider eux-mêmes de leurs règles d'appartenance et ne permettait pas qu'on puisse imposer des membres supplémentaires aux diverses bandes. Les intervenants, le *Conseil national des autochtones du Canada*, le *Native Council of Canada* (Alberta) et la *Non-status Indian Association of Alberta*, s'opposaient toutefois aux demandeurs.

Durant le procès, les demandeurs ont invité des aînés à témoigner. Ces derniers ont fait part de leurs craintes quant au surpeuplement des réserves et à la menace d'acculturation des peuples autochtones. Ils ont mentionné leurs craintes par rapport aux « époux de race blanche » qui intégreraient les réserves avec les femmes réinscrites et du danger de « l'homme blanc » qui viendrait dans les réserves en voulant y imposer « ses propres valeurs et le mode de vie qu'il connaît ».

¹⁰⁹ *McIvor v Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, [2009] BCCA 153 au para 27, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [2009] CanLII 61383 (SCC).

¹¹⁰ *Bande de Sawridge c Canada*, [1996] 1 CF 3.

L'action fut finalement rejetée au motif que la *Loi constitutionnelle* garantit les droits ancestraux et issus de traités également aux personnes des deux sexes.¹¹¹ La Cour a jugé que, s'il existait anciennement des coutumes qui permettaient à un époux Indien d'amener son épouse non-indienne résider dans la réserve, mais qui interdisait aux femmes indiennes de faire de même, ces droits ont été éteints par l'article 35 (4) de la *Charte* qui prévoit que les droits ancestraux ou issus de traités sont garantis également aux personnes des deux sexes. Selon la Cour, « cette disposition de la Constitution vise à établir l'égalité des droits entre les personnes des deux sexes, indépendamment des droits ou responsabilités de chacun à une époque antérieure. » Finalement, la Cour considère qu'il est impossible d'écarter l'application des modifications législatives de 1985 sur la base de deux fondements : « un fondement possible, l'article 15, et un fondement absolu, le paragraphe 35(4). »¹¹²

Cette décision a par la suite été annulée, non pas sur le fond, mais pour cause de crainte raisonnable de partialité de la part du juge. Un nouveau procès a alors été ordonné.¹¹³ Celui-ci a commencé en janvier 2007, avant que l'action ne soit à nouveau rejetée après que les demandeurs aient informé le juge qu'ils ne présenteraient aucune preuve supplémentaire. Puisque la demande en justice provenait de la bande de Sawridge, et en l'absence de preuve présentée contre la Couronne, l'action fut automatiquement rejetée.¹¹⁴ Une série de requêtes concernant les dépens et la forme ont aussi été rejetées par la suite.

Au-delà des détails concernant l'aboutissement du litige, cette cause démontre à quel point la question des droits des femmes et la relation entre ces droits et le concept d'autodétermination des peuples autochtones demeurent sources de division à l'intérieur des communautés. L'argument contre la réintégration des femmes indiennes selon lequel les gouvernements des Premières Nations, et non pas l'État fédéral, possèdent le droit fondamental de déterminer leurs règles d'appartenance sur la base de leurs propres traditions culturelles et politiques

¹¹¹ *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, supra note 80, art 34(4).

¹¹² *Bande de Sawridge c Canada*, supra note 110.

¹¹³ *Sawridge Band v Canada*, [1997] 3 FC 580.

¹¹⁴ *Sawridge Band v Canada*, [2008] FC 322.

semble avoir un poids important à première vue. Toutefois, selon Bonita Lawrence¹¹⁵ et Glen Coulthard, « in practice [...] the sovereignty argument has been indelibly shaped by the sexist grammar of state Indian legislation over time. »¹¹⁶ Il s'agit là d'un exemple fort probant de l'internalisation des valeurs imposées aux peuples autochtones par le biais du colonialisme. En effet, la discrimination inhérente à la loi est perçue comme un simple problème de droits individuels associé aux femmes, alors que, comme nous l'avons vu plus haut, ces normes sexistes découlent de valeurs imposées par l'État colonisateur et non pas des traditions culturelles ou politiques proprement autochtones.

1.2.3.4 Corbière (1999) : le problème de l'exclusion des non-résident(e)s

Dans l'affaire *Corbière*¹¹⁷, les demandeurs, en leur nom et au nom de tous les membres non résidents de la bande Batchewana, cherchaient à faire déclarer inopérant l'article 77(1) de la *Loi sur les Indiens* qui prévoit que pour participer aux élections de la bande, les membres doivent résider « ordinairement sur la réserve ». Ils faisaient valoir que cette disposition était discriminatoire et donc, incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte*.

Même si elle ne porte pas directement sur la question des femmes autochtones, l'affaire *Corbière* est intimement liée à leurs droits puisqu'un grand nombre de femmes réinscrites après 1985 vivent en dehors de leur réserve d'origine. Cette affaire démontre les enjeux de la surpopulation des réserves indiennes. Effectivement, « tout comme celle de bon nombre d'autres premières nations, l'histoire de la bande Batchewana a été marquée par la perte de la majeure partie de son assise territoriale traditionnelle »¹¹⁸ et le nombre de membres de la bande a augmenté de façon spectaculaire depuis 1985, alors que le pourcentage de membres de la bande vivant dans la réserve a chuté abruptement : « En 1985, 71,1 % des 543 membres inscrits de la bande vivaient dans les réserves. En 1991, seulement 32,8 % des 1426 membres inscrits habitaient dans la réserve. »¹¹⁹

¹¹⁵ Bonita Lawrence, « *Real* » *Indians and others: Mixed-blood urban Native peoples and indigenous nationhood*, UBC Press, Vancouver, 2004.

¹¹⁶ Coulthard, *supra* note 68 à la p 92.

¹¹⁷ *Corbière c Canada*, [1999] 2 RCS 203.

¹¹⁸ *Ibid* au para 27.

¹¹⁹ *Ibid* au para 30.

Suivant le test énoncé dans l'arrêt *Law*¹²⁰, la majorité de la Cour a tout d'abord déterminé qu'en niant aux membres hors réserve le droit de voter à l'égard de l'administration de leur bande, la *Loi sur les Indiens* établissait une distinction « qui dénie l'égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal ».¹²¹ Elle devait ensuite déterminer si la distinction était discriminatoire.

Pour ce faire, la Cour choisit de baser son analyse sur un motif analogue à ceux énumérés à l'article 15 (1); c'est-à-dire le double caractéristique « autochtonité-lieu de résidence ». Elle devait déterminer si, « de par son objet ou ses effets, la distinction est source de discrimination à la lumière des faits en l'espèce. »¹²² Selon la Cour, un motif analogue est « à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu, mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. »¹²³

Dans son raisonnement, la majorité a reconnu qu'« il peut se révéler nécessaire de reconnaître des motifs analogues “inclus” afin de pouvoir examiner utilement la discrimination à l'intérieur d'un même groupe. »¹²⁴ Cela signifie qu'un motif de discrimination (ici le lieu de résidence) peut être limité à une partie de la population (ici les Indiens au sens de la *LI*), et constituer une forme de discrimination nouvelle et spécifique, que nous qualifions ici d'intersectionnelle.

Sur la base des facteurs pertinents énoncés dans *Law*, soient « la pré-existence d'un désavantage ainsi que la correspondance du droit touché et son importance »¹²⁵, la Cour a jugé que :

¹²⁰ *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497.

¹²¹ *Corbière c Canada*, *supra* note 117 au para 4.

¹²² *Ibid* au para 10.

¹²³ *Ibid* au para 13.

¹²⁴ *Ibid* au para 15.

¹²⁵ *Ibid* au para 17.

Bien qu'il existe des sujets d'intérêts purement locaux qui ne touchent pas aussi directement les intérêts des membres hors réserve des bandes indiennes, la privation complète de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve.¹²⁶

La Cour conclut que cette situation perpétue certains stéréotypes selon lesquels « les Autochtones hors réserve ne sont pas intéressés à participer concrètement à la vie de leur bande ou à préserver leur identité culturelle, et qu'ils ne sont donc pas des membres de leur bande aussi méritants que les autres »¹²⁷ et donc, que la privation du droit de vote découlant du par. 77(1) est discriminatoire. En effet, selon la majorité « cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'art. 15 et entraîne un déni du droit à l'égalité réelle. »¹²⁸

Finalement, la majorité a déterminé que la disposition ne pouvait être préservée au terme des trois étapes de l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte*. Premièrement, la majorité est convaincue « que la restriction du droit de vote a un lien rationnel avec l'objectif de la loi, qui est de donner voix au chapitre, en ce qui concerne les affaires de la réserve, seulement aux personnes les plus directement touchées par les décisions du conseil de la bande. »¹²⁹ La restriction aux droits n'est toutefois pas justifiée au regard de la deuxième étape, puisqu'il n'a pas été démontré que la disposition portait le moins atteinte possible aux droits garantis par l'art. 15. En effet, la majorité considère qu'il n'a pas été démontré qu'il était nécessaire de nier complètement le droit des membres hors réserves de participer au processus démocratique de leur bande. En guise de réparation, la Cour a déclaré que l'art. 77 (1) *LI* devait se lire en excluant les mots « et réside ordinairement sur la réserve » qui rendent la disposition incompatible avec l'art. 15 (1) de la *Charte*, et a suspendu la prise d'effet de cette déclaration pour 18 mois.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid* au para 18.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid* au para 21.

Dans son jugement minoritaire (4 juges), mais concordant, la juge L'Heureux-Dubé insiste sur l'importance d'accorder « une attention particulière au contexte des personnes touchées par la loi en cause et à la façon dont celle-ci a une incidence sur ces personnes. »¹³⁰ Dans cette perspective, la juge souligne l'importance de prendre en compte le fait que la situation touche directement les intérêts de deux groupes marginalisés, ici les membres des Premières Nations en général et plus particulièrement, les membres des Premières Nations qui résident hors réserve. Or, « dans l'analyse d'une demande mettant en cause des intérêts potentiellement opposés de groupes minoritaires, il faut être particulièrement sensible à leurs réalités et à leurs expériences, ainsi qu'à leurs valeurs, à leur histoire et à leur identité. »¹³¹ Elle rappelle que l'analyse fondée sur l'art. 15(1) doit assurer la protection du droit à l'égalité, « qu'il y ait un ou plusieurs groupes défavorisés ou minoritaires qui soient touchés »¹³². On reconnaît ici une analyse de la discrimination qui est hautement contextualisée et qui prend en compte deux facteurs de discrimination qui interagissent pour créer une forme de discrimination nouvelle. Malgré qu'elle ne nomme pas explicitement la théorie de l'intersectionnalité, la juge L'Heureux-Dubé raisonne donc d'une manière qui n'est pas sans rappeler la pensée intersectionnelle.

La juge signale par ailleurs que, dans le contexte en présence, « les femmes autochtones, que l'on peut dire doublement défavorisées en raison de leur sexe et de leur race, font partie des personnes particulièrement touchées par les mesures législatives se rapportant aux membres hors réserve des bandes indiennes. »¹³³ Les juges minoritaires prennent ainsi acte de la vulnérabilité particulière des femmes autochtones en raison de « leur histoire et leur situation dans les sociétés canadienne et autochtone. »¹³⁴ La juge L'Heureux-Dubé constate en effet que « bon nombre des personnes touchées » sont des femmes qui ont été réinscrites en vertu de C-31 ou les descendants de ces femmes. Même si le critère applicable dans cette affaire n'était pas la discrimination intersectionnelle, on comprend donc que les juges minoritaires ont reconnu un phénomène qui, pour le moins, s'en rapproche fortement.

¹³⁰ *Ibid* au para 64 [soulignements de la juge].

¹³¹ *Ibid* au para 67.

¹³² *Ibid*.

¹³³ *Ibid* au para 72.

¹³⁴ *Ibid*.

Finalement, puisque le législateur n'a pas modifié la loi à la suite de la période de 18 mois qui lui était accordée, les membres hors réserve ont obtenu le droit de voter aux élections de leurs bandes respectives dans le cadre du régime de la *Loi sur les Indiens*. En d'autres mots, le texte de loi demeure inchangé, mais on doit maintenant l'interpréter en fonction de la décision dans l'arrêt *Corbière*.

Selon la *Commission ontarienne des droits de la personne*, cette affaire, parmi d'autres, témoigne « d'un mouvement vers une approche intersectionnelle et contextualisée » de la discrimination, et « invite les organismes de défense des droits de la personne à emboîter le pas en appliquant les motifs existants d'une façon qui favorise le plus possible l'approche intersectionnelle. »¹³⁵

1.2.3.5 McIvor (2009) : le statut des enfants des femmes exclues avant 1985

Sharon Donna McIvor, une autochtone inscrite à la suite des amendements législatifs de 1985, a intenté une poursuite civile en 1989 pour que son statut puisse être transmis à ses petits-enfants.¹³⁶ Son fils, Charles Jacob Grismer, était co-demandeur dans cette affaire. Tous deux soutenaient que l'article 6 *LI* était discriminatoire parce qu'il traitait les descendants des femmes indiennes qui ont épousé un non-Indien avant 1985 différemment des descendants des hommes indiens qui ont épousé une non-Indienne avant 1985.¹³⁷ Au moment du procès, Mme McIvor était inscrite sous 6(1) (c) et son fils sous 6(2). Tous deux soutenaient que M. Grismer devrait avoir un statut équivalent celui des Indiens inscrits sous 6(1) afin de pouvoir transmettre son statut à ses enfants, malgré le fait que sa femme ne soit pas une Indienne. Toutefois, les parties convenaient alors que le libellé de la loi n'était pas discriminatoire en soi. Effectivement, depuis la modification législative de 1985, personne n'a gagné ou perdu son statut pour cause de mariage; un enfant dont les deux parents sont inscrits

¹³⁵ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 77 à la p 21.

¹³⁶ *McIvor v Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, *supra* note 109.

¹³⁷ *La Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens. Aperçu*, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, 15 septembre 2010, en ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100032430/1100100032431>> (consulté le 15 janvier 2015).

est un Indien; et un enfant dont l'un des parents est Indien peut être inscrit, à moins que ce parent lui-même n'ait qu'un seul parent indien.

Lors des modifications législatives de 1985, les enfants des femmes réinscrites, qui sont nés avant 1985 ont pu être réinscrits sous l'article 6(2). Or, pour pouvoir être inscrit, un enfant doit avoir au moins un parent inscrit sous l'article 6(1). Donc, les enfants des femmes réinscrites qui mariaient un non-Indien (ou une non-Indienne) ne pouvaient pas transmettre leur statut à leurs enfants. Mme McIvor et son fils se retrouvaient dans cette situation puisque, ayant marié une non-Indienne, M. Grismer ne pouvait transmettre son statut à ses enfants. Jusqu'à présent, la situation des demandeurs ne présente pas de problème de discrimination puisque la loi ne prévoit pas d'exception.

Mme McIvor et son fils soutenaient toutefois que la loi demeurait discriminatoire, car elle reconduisait certains aspects du régime antérieur, perpétuant son impact sur le statut des descendants des femmes réinscrites. En effet, un droit acquis a été reconnu aux personnes possédant le statut avant 1985; c'est-à-dire que les femmes non-indiennes ayant obtenu le statut en mariant un Indien avant 1985 ont pu conserver leur statut et le transmettre à leurs enfants, comme si elles l'avaient obtenu à la naissance. Mme McIvor et son fils prétendaient que cette partie de la loi violait la *Charte* en incorporant, par référence, le régime discriminatoire qui existait avant 1985.

Dans sa défense, le *Registraire des Affaires Indiennes et du Nord Canada* soutenait tout d'abord que le traitement discriminatoire résultait uniquement *d'événements ayant eu cours avant l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte*. Or, puisque celle-ci ne s'applique pas rétroactivement, il soutenait que les demandeurs n'avaient pas de cause d'action valable. En effet, si la discrimination était fondée sur le mariage de Mme McIvor avec un non-Indien, alors il se serait agi d'un « événement » antérieur à la *Charte* et donc, ne pouvant y être assujéti. La Cour a toutefois déterminé que la violation était *continue* et que le fait qu'elle ait débutée avant 1985 n'était pas pertinent en l'espèce. Selon les trois juges, la discrimination alléguée par Mme McIvor n'était pas fondée sur le mariage, mais bien sur son sexe. De plus, la demande était fondée bien d'avantage sur le fait que ses petits-enfants ne pouvaient obtenir

le statut d'Indien, que sur le statut de Mme McIvor elle-même. Or ceux-ci sont nés après l'entrée en vigueur de la *Charte*. Finalement, la Cour rappelle que, si la situation avait eu lieu avant 1985, les petits-enfants de « l'hypothétique frère » de Mme McIvor auraient perdu leur statut à l'âge de 21 ans, en raison de la « clause mère grand-mère ». Or en raison de l'élimination de cette règle avec les modifications législatives de 1985, ce ne serait toutefois plus le cas aujourd'hui. Les petits-enfants de Mme McIvor se voyaient ainsi d'autant plus désavantagés par rapport aux petits-enfants de « l'hypothétique frère » en raison de l'adoption des modifications de 1985, un *événement ayant eu lieu après l'entrée en vigueur de la Charte* et donc, soumis à l'article 15. En effet, selon le Barreau du Québec :

Non seulement ces amendements n'ont pas maintenu une catégorie de personnes dans ses droits existants (le groupe « comparateur »), mais ils ont, en fait, amélioré leur statut à partir du 17 avril 1985, par rapport à celui qu'elles possédaient en vertu de la version antérieure de la loi. Ce faisant, les amendements de 1985 ont eu pour effet de créer un désavantage encore plus grand pour les demandeurs, quant au statut à accorder à un enfant issu d'un mariage mixte, selon que le statut d'Indien est celui de la mère ou du père.¹³⁸

Pour juger du fond de cette affaire, la Cour a déterminé que les articles 25¹³⁹ et 38¹⁴⁰ de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'étaient pas pertinents en l'espèce, contrairement aux allégations des demandeurs. Elle s'est plutôt penchée sur l'application des critères de l'arrêt *Law*, afin de déterminer si on était bel et bien en présence d'une forme de discrimination contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Tout d'abord, la Cour a déterminé que la possibilité de transmettre le statut d'Indien à ses enfants ou à ses petits-enfants avait une valeur spirituelle et culturelle significative, et devait donc être reconnu comme un bénéfice de la loi auquel l'art. 15 de la *Charte* devrait s'appliquer.

Ensuite, la Cour a choisi de baser son analyse sur le groupe de comparaison proposé par les demandeurs : M. Grismer proposait de comparer son groupe (individus nés avant le 17

¹³⁸ Pierre Chagnon, en tant que bâtonnier du Québec, *Commentaires sur le projet de loi C-3 - Loi favorisant l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens en donnant suite à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, avril 2010 à la p 1 [Notre soulignement].

¹³⁹ Cet article prévoit que les droits garantis par la Charte ne portent pas atteinte aux droits ancestraux, issus de traités ou autres, des peuples autochtones du Canada.

¹⁴⁰ Cet article prévoit les normes de procédure normale de modification de la Constitution du Canada.

avril 1985, d'une femme indienne mariée à un non-Indien) avec le groupe des individus nés avant le 17 avril 1985 d'un homme indien marié avec une non-Indienne. Pour démontrer l'aspect discriminatoire de la situation, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc examiné la situation de « l'hypothétique frère » de Mme McIvor, qui aurait lui aussi marié une non-Indienne avant 1985. Dans ce cas de figure, la situation serait différente pour ses petits-enfants puisque l'art. 6(1) (a) permet à tout Indien inscrit avant 1985 de conserver son droit. Les enfants du couple composé d'un Indien (« l'hypothétique frère » de Mme McIvor) et d'une femme ayant acquis le statut d'Indienne par le mariage avec un Indien avant 1985, auraient obtenu le statut d'Indien en vertu de 6(1) et pourraient donc le transmettre à leurs enfants, même advenant le fait qu'ils marient un non-Indien. Leurs enfants seraient alors inscrits sous 6(2) et ne pourraient transmettre leur statut s'ils mariaient une ou un non-Indien.

La Cour d'appel a jugé que le facteur de discrimination selon lequel la demande devait être analysée était le sexe. Pour juger de sa compatibilité avec l'art. 15, la Cour s'est fondée sur l'arrêt *Kapp* de la Cour suprême.¹⁴¹ Dans cette affaire, les juges ont reconnu que les tribunaux avaient démontré certaines difficultés dans l'application du test strict établi dans l'arrêt *Law* qui visait à déterminer, en quatre points, s'il y avait eu atteinte à la dignité humaine des demandeurs. La Cour est donc revenue à une analyse plus souple visant à déterminer s'il y avait eu traitement discriminatoire. Aux termes de cette analyse, la Cour d'appel a conclu que les dispositions contestées étaient l'écho d'une discrimination historique envers les femmes puisqu'elles perpétuaient l'idée reçue selon laquelle les femmes sont moins dignes.

La Cour devait finalement évaluer si la législation pouvait être préservée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Elle a tout d'abord reconnu l'aspect réel et urgent des objectifs ayant mené aux modifications législatives de 1985, en particulier la préservation des droits existants. Ensuite, la Cour a reconnu qu'il y avait un lien rationnel entre les objectifs et la loi. En ce qui concerne le critère de l'atteinte minimale, les modifications législatives de 1985 n'ont pu remplir ce critère puisqu'au contraire, elles ont eu pour effet d'élargir l'inégalité pré-existante entre le groupe de M. Grismer et le groupe comparatif. Au final, les modifications législatives

¹⁴¹ *R c Kapp*, [2008] 2 RCS 483.

n'ont donc pas pu être préservées grâce à l'article premier. En raison de la complexité de la situation, la Cour a suspendu pour une année la déclaration d'invalidité des articles 6(1) (a) et (c) pour que le Parlement ait le temps d'étudier la situation et de modifier la loi.

C'est à la suite de cette affaire que le Parlement a adopté, en 2010, le projet de loi C-3, la *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*¹⁴² afin de remédier à la situation. La principale modification proposée dans ce projet de loi était l'ajout de l'alinéa 6(1) (c.1) à la *LI*, qui venait essentiellement accorder le statut à toute personne :

- Dont la mère a perdu le statut d'Indienne à la suite d'un mariage avec un non-Indien;
- Dont le père est un non-Indien;
- Qui est né après que sa mère ait perdu le statut d'Indienne, mais avant le 17 avril 1985 à moins que les parents de la personne ne soient mariés entre eux avant cette date; ET
- Qui a eu un enfant avec un non-Indien.

Ces amendements étant faits sur mesure pour répondre à la situation de l'affaire *McIvor*, certains considèrent que des problèmes demeurent quant aux règles concernant le statut dans la *Loi sur les Indiens*.¹⁴³

Par exemple, on peut se questionner sur la pertinence et les répercussions du sous-alinéa 6(1) (c.1) (iv) qui prévoit que l'individu qui voudrait être réinscrit sous l'article 6(1) plutôt que 6(2) doit avoir un enfant pour être admissible. Selon le Barreau du Québec et l'Association du Barreau canadien, cette situation est problématique en raison du fait qu'elle crée une nouvelle distinction qui n'est pas justifiée.¹⁴⁴

¹⁴² *Loi sur l'Équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, LC 2010, c18.

¹⁴³ Bernard Duhaime et Josée-Anne Riverin, « Double Discrimination and Equality Rights of Indigenous Women in Quebec » (2010) 65 *University of Miami Law Review* 903-922 à la p 915.

¹⁴⁴ Pierre Chagnon, en tant que bâtonnier du Québec, *supra* note 138; Association du Barreau Canadien, *Projet de loi C-3 - Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, Mémoire présenté au Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, Ottawa, Section National du Droit des Autochtones, 2010.

Cette situation soulève le spectre potentiel d'une discrimination relevant d'un « statut familial », puisqu'une personne ne pourrait bénéficier du passage du paragraphe 6(2) au paragraphe 6(1) qu'à la condition d'avoir un enfant. Des personnes pourraient être désavantagées si le code d'appartenance de leur bande refuse l'appartenance aux Indiens inscrits en vertu du paragraphe 6(2) et si elles vivent dans une collectivité où le statut en vertu du paragraphe 6(2) plutôt que 6(1) fait l'objet d'une certaine stigmatisation.¹⁴⁵ Finalement, l'organisation Femmes autochtones du Québec dénonce le fait que cette réforme législative ne vienne pas mettre un terme aux aspects discriminatoires de la « clause limitant la deuxième génération » édictée en 1985.¹⁴⁶ Allant dans le même sens, le Barreau du Québec note également que le cas des enfants nés de femmes indiennes, mais dont la paternité n'est pas déclarée demeure problématique. Effectivement, ces enfants sont enregistrés sous 6(2) puisqu'on présume que leur père est un non-Indien. Suivant la logique de la loi, le statut ne pourra donc être transmis après deux générations de pères non-identifiés. Or plusieurs raisons peuvent pousser une femme à ne pas identifier le père de son enfant lorsqu'il provient de sa communauté, comme les problèmes de violence ou les différents jeux de pouvoir.

En conclusion, nous notons une avancée importante dans la compréhension et l'application de la théorie de la discrimination intersectionnelle par les tribunaux canadiens dans les affaires qui touchent le statut des femmes indiennes. Effectivement, les tribunaux sont passés de l'ignorance de la discrimination envers les femmes établie par la *Loi sur les Indiens* (pensons ici à l'affaire *Lavell*) à une reconnaissance de la double discrimination (pensons ici à l'affaire *Corbière*) et à la reconnaissance d'une forme de discrimination complexe et limitée dans le temps par l'effet des modifications législatives de 1985 (l'affaire *McIvor*).¹⁴⁷ Bien entendu,

¹⁴⁵ Association du Barreau Canadien, *supra* note 142.

¹⁴⁶ Femmes autochtones du Québec inc., *Comment définir l'identité et la citoyenneté autochtones: Enjeux et pistes de réflexion*, Kahnawake, 2012, en ligne : <<http://www.faq-qnw.org/sites/default/files/publications/QNW-FAQ-M%C3%A9moire%20Identit%C3%A9%20et%20citoyennet%C3%A9%20autochtone%20FINAL%20FR.pdf>> (consulté le 18 mai 2015).

¹⁴⁷ Notons ici qu'au moins un auteur considère que l'affaire *McIvor* échoue à reconnaître le fait que la discrimination fondée sur le sexe est intimement liée à la discrimination fondée sur la race. Selon lui, l'arrêt *McIvor* raconte à nouveau l'histoire d'une fiction eurocentrique séparant « femme » et « indien ». L'auteur soutient que le droit canadien continue ainsi à utiliser la « quiddité indienne » comme stratégie pour miner la souveraineté autochtone. En effet, le critère du « blood quantum », tel qu'imposé aux peuples autochtones,

l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a fourni des munitions aux défenseurs des droits des femmes autochtones et a poussé les juges à adopter une approche plus contextualisée de la discrimination. Nous verrons toutefois dans la prochaine section qu'une meilleure compréhension de la théorie de la *discrimination intersectionnelle* n'est pas synonyme d'une meilleure compréhension des formes d'intersectionnalité sous-jacentes et plus ténues, comme *l'intersectionnalité politique*.

1.2.4 Intersectionnalité politique et jurisprudence : la question d'une tribune d'expression particulière pour les femmes autochtones

En plus d'être victimes de *discrimination intersectionnelle*, les femmes autochtones se frappent souvent au problème de *l'intersectionnalité politique*, c'est-à-dire le fait de devoir partager leurs énergies à l'intérieur d'au moins deux groupes marginalisés qui peuvent avoir des revendications et des objectifs politiques divergents. Lorsqu'on convient de cette difficulté, il devient selon nous évident qu'il est primordial de donner une tribune particulière aux groupes de femmes autochtones lorsque les enjeux discutés les touchent directement. Dans l'affaire *Association des femmes autochtones du Canada*¹⁴⁸, la Cour suprême a toutefois considéré que la présence des groupes autochtones mixtes était suffisante pour permettre la représentativité des membres des deux sexes, au regard de la preuve présentée.

1.2.4.1 AFAC c. Canada (1994) : la négation de la nécessité d'une tribune d'expression particulière

Pour comprendre l'importance de cette affaire, rapportons-nous à la période suivant immédiatement l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Tout d'abord, l'article 35(1) *LC 1982* reconnaît et confirme les « droits existants – ancestraux et issus de traités – des peuples autochtones du Canada ». L'article 37, aujourd'hui abrogé, prévoyait, quant à lui, qu'une conférence constitutionnelle devrait se tenir dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle, afin de définir l'étendue de ces droits. Des représentants des peuples autochtones ainsi que des Territoires-du-Nord-Ouest et du Yukon devaient officiellement être

mènera ultimement à la dilution de la population indienne. Voir: Martin J Cannon, « Race Matters: Sexism, Indigenous Sovereignty, and McIvor » (2014) 26:1 *Canadian Journal of Women & the Law* 23-50.

¹⁴⁸ *Association des Femmes Autochtones du Canada c Canada*, [1994] 3 RCS 627.

invités à se joindre aux dirigeants des provinces pour participer à ces négociations. Quatre conférences ont finalement été tenues entre 1983 et 1987.

Lors de la première conférence, les femmes autochtones réussirent à faire inclure un amendement à la *Constitution* prévoyant que les droits et bénéfices prévus à l'article 35(1) devaient être garantis aux femmes comme aux hommes (art. 34(4)). Cette modification a constitué un tour de force, considérant que les organisations de femmes autochtones avaient été formellement exclues de la table des négociations et que la plus puissante des quatre organisations participant aux débats, l'APN, avait tout d'abord refusé cet amendement, prétendant que celui-ci « would unduly infringe on the authority of First Nations to 'determine membership criteria in light of their own perceptions of the traditions and needs of Indian people.' » L'organisation a toutefois modifié sa position à la fin de la deuxième journée de conférence, « likely because it did not want to be perceived as promoting another agenda with gender discriminatory implications. »¹⁴⁹ La marginalisation politique des femmes autochtones dans les débats constitutionnels allait se perpétuer au cours des années suivantes, atteignant un point culminant avec l'affaire *AFAC c. Canada*.

Cette affaire a pris naissance dans le cadre des discussions qui devaient mener à la signature de l'Accord de Charlottetown. Puisque l'une des propositions en vue de réformer la constitution était de consacrer un droit général à l'autonomie gouvernementale autochtone, le gouvernement fédéral a décidé de tenir des discussions et de financer quatre groupes autochtones nationaux (l'Assemblée des premières nations, le Conseil national des autochtones du Canada, le Ralliement national des Métis et l'Inuit Tapirisat du Canada). N'ayant pas été invitée à participer aux discussions, l'AFAC a tenté de se faire reconnaître le droit de représenter les femmes autochtones. Selon Joyce Green,

Central to NWAC's [AFAC] position was the issue of sex discrimination and lack of gendered analysis within Aboriginal communities, in political elites and in

¹⁴⁹ Coulthard, *supra* note 68 à la p 89.

constitutional proposals and the need to protect Aboriginal women's human rights against real or potential abuse by Aboriginal and settler governments.¹⁵⁰

Selon l'AFAC, la prédominance masculine dans les groupes financés constituait une discrimination fondée sur le sexe et expliquait qu'il y avait peu de chance que la majorité adopte le point de vue des femmes, favorables à l'application de la *Charte* à d'éventuels gouvernements autochtones. Les femmes autochtones rejetaient l'approche « attendre et voir » : « NWAC leaders, some of whom had themselves been reinstated to Indian status by Bill C-31, were reluctant to trust that women's equality rights would be safeguarded by Aboriginal governments in the absence of federal laws requiring them to do so. »¹⁵¹

Selon Deveaux, les femmes autochtones étaient préoccupées du fait que la question de la violence envers les femmes autochtones n'avait pas été adéquatement traitée par les dirigeants de leurs communautés et donc, rien ne permettait de croire qu'il en serait autrement dans le futur. En effet, selon un document de FAQ (alors l'*Association des Femmes Autochtones du Québec*) publié en juin 1992, en plein cœur des débats constitutionnels, les femmes autochtones revendiquaient « fortement » le respect des droits collectifs des Premières Nations, mais considéraient que :

Si l'autonomie gouvernementale est nécessaire pour les nations autochtones, elle n'a de sens que si elle ne mène pas à concentrer encore plus de pouvoirs dans les mains de quelques individus et que si elle contribue à développer une qualité de vie démocratique qui s'appuie sur la participation la plus large possible de tous les membres, hommes et femmes, formant les communautés.¹⁵²

En ce qui concerne la position des groupes autochtones qui voulaient que les futurs gouvernements autochtones ne soient assujettis à aucune loi canadienne (incluant la *Charte*), Monique Deveaux croit que « it had more to do with the perceived inappropriateness of liberal

¹⁵⁰ Joyce Green, « Balancing Strategies: Aboriginal Women and Constitutional Rights in Canada » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 140-159 à la p 150.

¹⁵¹ Monique Deveaux, *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford University Press, Oxford, 2006 à la p 134.

¹⁵² Femmes Autochtones du Québec, *Bâtir l'avenir en toute égalité*, Association des femmes autochtones du Québec, 1992 à la p 6.

democratic norms and principles and with the genesis of the document than with any explicit desire to challenge specific individual rights. »¹⁵³

En réponse à la demande de l'AFAC d'obtenir des subventions et une participation égale à celles des autres organismes autochtones, le ministre responsable des Affaires constitutionnelles a soutenu dans une lettre adressée à l'Association que « les associations nationales représentaient les personnes des deux sexes et qu'il encourageait l'AFAC à travailler au sein des collectivités autochtones pour s'assurer que ses opinions soient entendues et transmises. »¹⁵⁴ Or selon Sharon Dona McIvor, « the conflict between feminists and non-feminists within the Aboriginal community has resulted in an organized effort by the predominantly male Aboriginal organizations to provide women's forums within their own groups over which they have more control. »¹⁵⁵

Dans cette affaire, l'AFAC prétendait que le gouvernement ne pouvait pas fournir, *de façon discriminatoire*, une tribune pour favoriser l'expression. L'Association fondait sa demande sur une combinaison des articles 2(b) et 28 de la *Charte*, qui protègent respectivement la liberté d'expression et l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes. Subsidiairement, elle faisait valoir que l'art. 15 qui protège le droit à l'égalité devant et aux bénéfices de la loi prescrivait l'obligation de fournir une tribune aux femmes autochtones dans le cadre des discussions constitutionnelles.

Infirmant la décision de la Cour d'appel fédérale¹⁵⁶ (qui avait par ailleurs simplement émis un jugement déclarant que le gouvernement du Canada avait restreint la liberté d'expression des femmes autochtones d'une façon contraire à la *Charte*), la majorité de la Cour sous la plume du juge Sopinka affirma qu'aucune preuve ne démontrait une atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte*. La majorité a expliqué que l'action gouvernementale avait pour but

¹⁵³ Monique Deveaux, « Conflicting Equalities? Cultural Group Rights and Sex Equality » (2000) 48 *Political Studies* 522-539 à la p 526.

¹⁵⁴ *Association des Femmes Autochtones du Canada c Canada*, *supra* note 148 à la p 636.

¹⁵⁵ Sharon Donna McIvor, « Aboriginal Women Unmasked: Using Equality Litigation to Advance Women's Rights » (2004) 16 *Canadian Journal of Women & the Law* 106-136 à la p 109.

¹⁵⁶ *Native Women's Assn of Canada v Canada*, [1992] 3 CF 192.

d'encourager la liberté d'expression et l'échange d'idées entre le gouvernement et les organismes invités et que, puisque l'art. 2(b) « ne comprend pas des modes particuliers d'expression », le gouvernement n'avait pas l'obligation de financer les groupes marginalisés dans le processus démocratique. L'AFAC faisait alors valoir que, « si le gouvernement choisit de verser des sommes d'argent et de donner voix au chapitre à des organismes autochtones dirigés par des hommes et défavorables à la Charte, il a alors l'obligation constitutionnelle de le faire de façon équitable et en conformité avec la Charte. »¹⁵⁷ Mais, selon la majorité, la liberté d'expression garantie par la *Charte* « ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de consulter quiconque. »¹⁵⁸ En effet, la majorité soutient qu'on ne peut, chaque fois que le gouvernement du Canada choisit de financer ou de consulter un certain groupe, s'attendre à ce qu'il soit également tenu de financer un groupe censé représenter le point de vue contraire, au risque de produire des « répercussions insoutenables ».¹⁵⁹

De plus, la preuve présentée ne permettait pas d'établir que les associations financées étaient moins représentatives du point de vue des femmes autochtones que l'AFAC. Selon la preuve présentée par les groupes autochtones intervenants, l'AFAC n'était pas le seul organisme à soutenir qu'il fallait maintenir la *Charte* dans un éventuel gouvernement autochtone.

En ce qui concerne les droits à l'égalité garantis à l'art. 15, il semble que l'AFAC ait fourni beaucoup moins d'énergies à traiter de cet argument, alors que la Cour a jugé que les prétentions de l'AFAC tenaient davantage d'un argument fondé sur cet article.¹⁶⁰ La Cour rejette donc cet argument d'emblée.¹⁶¹

Bien qu'elle en vienne à la même conclusion que la majorité, la juge L'Heureux-Dubé reconnaît la possibilité que le gouvernement ait une obligation positive de fournir une tribune aux groupes marginalisés dans certaines situations. Selon elle,

¹⁵⁷ *Association des Femmes Autochtones du Canada c Canada*, supra note 148 au para XLII.

¹⁵⁸ *Ibid* à la p 663 [Notre soulignement].

¹⁵⁹ *Ibid* au para LIII.

¹⁶⁰ *Ibid* au para LVIII.

¹⁶¹ *Ibid* au para LXXVIII.

Lorsque le gouvernement s'engage effectivement à faciliter l'expression de vues, il doit le faire d'une manière qui soit respectueuse de la Charte. À cet égard, il faut souligner que les situations factuelles dans lesquelles le gouvernement peut être tenu à une obligation positive de fournir une tribune spécifique sont forcément tributaires de la nature de la preuve présentée par les parties.¹⁶²

Or au regard de la preuve, la juge L'Heureux-Dubé estime que l'AFAC « n'a pas été empêché d'exprimer ses vues, bien qu'elle n'ait pas eu l'occasion de le faire de la façon souhaitée. » La situation factuelle ne donne donc pas lieu à une obligation positive de la part du gouvernement.

Dans l'année qui suivit la décision, l'AFAC a par ailleurs été invitée à participer aux rencontres entre les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux des Affaires autochtones avec les autres organisations autochtones à prédominance masculine. L'Association est d'ailleurs devenue l'une des cinq organisations autochtones reconnues.¹⁶³ Selon Sharon McIvor, l'arène judiciaire a ainsi permis à l'association de faire valoir ses intérêts de manière plus efficace : « While still fighting for its cause through political channels, the NWAC has entered the court arena both to escape the 'inhospitable political landscape' and to seek the rightful place of Aboriginal women among the recognized Aboriginal groups. »¹⁶⁴

1.2.4.2 Les suites de l'affaire AFAC...

Selon Glen Coulthard, considérant que les organisations de femmes autochtones avaient été exclues des négociations constitutionnelles post-1982 et que plusieurs conseils de bande ont admis ouvertement chercher des moyens de contourner leurs obligations en vertu de la Loi C-31,

The concerns expressed by the Native Women's Association of Canada were not without merit. The result, unfortunately, has been a zero-sum contest pitting the

¹⁶² *Ibid* à la p 667.

¹⁶³ McIvor, *supra* note 155 à la p 128.

¹⁶⁴ *Ibid* à la p 129.

individual human right of Indigenous women to sex equality against the human rights of Indigenous peoples to self-determination.¹⁶⁵

Par ailleurs, il est intéressant de noter qu'en 2006, la Cour suprême a refusé d'entendre une cause similaire; celle du Conseil national des femmes Métisses (CNFM) en appel d'un jugement de la Cour fédérale d'appel.¹⁶⁶ Dans cette affaire, le CNFM et Sheila Genaille, une femme métisse, contestaient leur exclusion d'un programme de formation et de création d'emplois pour les Autochtones mis en œuvre par le gouvernement du Canada. Ce programme découlait d'une entente signée en 1995 entre le Ralliement national Métis (RNM) et le gouvernement. Selon ces femmes, leur exclusion de tous les aspects du programme, c'est-à-dire des consultations, de l'administration, des ententes et du financement, constituait une violation de leur droit à l'égalité garanti par les articles 15 et 28 de la *Charte*. Elles réclamaient plusieurs réparations, dont leur inclusion officielle à l'entente et une ordonnance précisant que l'entente devrait être interprétée de manière à ce que le financement destiné à la création d'emplois et à la formation soit offert également aux hommes et aux femmes. Comme dans l'affaire de l'AFAC, les femmes métisses cherchaient donc à se faire reconnaître une voix spécifique au sein de leurs groupes, dans les discussions avec le gouvernement fédéral. Toutefois, il est intéressant de noter que l'AFAC participait au programme en question, mais que le CNFM distinguait ses intérêts sur la base de la race.

Pour établir une différence de traitement, les femmes devaient prouver que l'exclusion de leur groupe des négociations et des ententes avait pour effet de traiter les femmes métisses différemment en raison de leur sexe. Selon la Cour, « pour y parvenir, les demandeurs doivent d'abord démontrer que le CNFM représente les intérêts des femmes métisses et ensuite que le RNM, qui prétend représenter toutes les populations métisses, ne répond pas aux besoins et aux intérêts des femmes métisses. »¹⁶⁷

¹⁶⁵ Coulthard, *supra* note 68 à la p 90.

¹⁶⁶ *Métis National Council of Women and Sheila D Genaille v Attorney General of Canada*, [2006] CanLII 28081 (CSC) ; *Conseil national des femmes Métisses c Canada*, [2006] CAF 77.

¹⁶⁷ *Conseil national des femmes Métisses c Canada*, [2006] CAF 77 au para 50.

Or comme dans l'affaire AFAC, la Cour a déterminé que la preuve ne justifiait pas les conclusions demandées. Selon la Cour, rien ne permettait d'affirmer que le RNM était moins représentatif des femmes métisses concernant les programmes d'accès à l'emploi que le CNFM. De plus, la preuve ne permettait pas d'affirmer que le RNM défendait des positions surtout masculines ou accordait une préférence aux Métis de sexe masculin dans la négociation, l'administration et le décaissement de sommes au titre des programmes d'accès à l'emploi. Finalement, rien ne permettait d'établir que les femmes métisses étaient plus favorables au CNFM qu'au RNM.

Dans cette affaire, les demanderesses semblent avoir fortement négligé d'apporter une preuve convenable à la Cour pour soutenir leur demande. Par ailleurs, on note que le juge n'a fait aucun état de la question de l'obligation positive du gouvernement de fournir une tribune. La Cour a plutôt émis un jugement fondé uniquement sur la (ou l'absence de) preuve pertinente présentée.

Les conclusions à tirer de la jurisprudence concernant les femmes autochtones

Comme on l'a vu, les femmes autochtones ont dû se battre pour que leur soit reconnu le droit à l'égalité concernant le statut d'Indienne. Tout d'abord, l'affaire *Lavell*, jugée avant l'adoption de la *Charte*, est l'exemple d'un échec à reconnaître la discrimination réelle vécue par les femmes autochtones et qui résulte de *l'intersectionnalité structurelle* qui les positionne à l'intersection de plusieurs facteurs de vulnérabilité. L'affaire *Lovelace*, jugée au *Comité des droits de l'Homme* ainsi que l'adoption de la *Charte*, ont toutefois amené le gouvernement à modifier les dispositions discriminatoires avec l'adoption du projet de loi C-31.

Par la suite, la Cour fédérale a confirmé la constitutionnalité des modifications législatives et le caractère essentiel de la protection de l'égalité des sexes en ce qui concerne la reconnaissance des droits ancestraux dans l'affaire *Sawridge*. Bien que cette décision ait par la suite été annulée et qu'une nouvelle demande dans le même sens pourrait être déposée, on note qu'elle semble avoir mis fin à la question pour l'instant. Dans l'affaire *Corbiere*, la Cour a reconnu qu'un type de discrimination intersectionnelle (autochtonité-lieu de résidence) pouvait être un motif analogue aux motifs de discrimination prévus dans la *Charte*. La juge

L'Heureux-Dubé a aussi reconnu que cette double caractéristique touchait davantage les femmes autochtones que les hommes et que celles-ci en souffraient donc davantage. Finalement, l'affaire *McIvor* et les modifications législatives qui s'en suivirent ont permis aux petits-enfants des femmes réintégrées d'avoir un statut égal à celui qu'ils auraient eu si ces dernières n'avaient pas été désinscrites en raison de leur mariage. Grâce à l'acharnement de plusieurs femmes autochtones et bien que certaines failles demeurent, on constate donc que la législation discriminatoire concernant le statut d'Indien a finalement été modifiée pour le mieux.

Par ailleurs, depuis 1985, il est possible pour les bandes autochtones de prévoir leurs propres règles d'appartenance. Cela constitue évidemment un pas important vers l'autodétermination des Premières Nations, mais demeure un sujet délicat sur le plan politique.¹⁶⁸ En effet, selon Joyce Green « some of these codes are racist and sexist in their effect, and some seem to resurrect the discriminatory formula of the pre-1985 Indian Act, now presented as 'custom'. »¹⁶⁹ Cette situation démontre l'importance de s'intéresser à *l'intersectionnalité politique* et de garantir aux femmes autochtones et aux autres groupes marginalisés à l'intérieur des communautés autochtones une voix dans le cadre des discussions menant à l'autodétermination de leurs peuples. Qui sont celles et ceux qui pourront participer à l'élaboration du projet politique autochtone? Malheureusement, on a vu que les tribunaux semblent réfractaires à reconnaître *l'intersectionnalité politique* vécue par les femmes autochtones, c'est-à-dire le fait que celles-ci aient des intérêts uniques qui peuvent diverger de ceux des hommes autochtones et des femmes non-autochtones. Dans l'affaire *Association des Femmes Autochtones du Canada*, l'AFAC faisait valoir que la représentation des intérêts spécifiques des femmes autochtones, spécialement lorsqu'ils sont opposés aux intérêts dominants, requiert qu'on leur accorde une place spécifique pour exprimer leurs vues. La Cour a pu craindre qu'en acceptant un tel argument, elle soit submergée de demandes provenant de personnes prétendant être mal représentées par les organisations parlant en leur nom. Mais même en admettant cette situation, nous croyons que le manque d'égard de la part du ministre

¹⁶⁸ EJ Dickson-Gilmore, « "More Mohawk than my Blood": Citizenship, Membership, and the Struggle over Identity in Kahnawake » dans *Les peuples autochtones au Canada: avenir et identités*, Association d'études canadiennes, Montréal, Michael Behiels, 1999, 44-62.

¹⁶⁹ Green, *supra* note 150 à la p 150.

pour l'AFAC et le refus de la Cour de reconnaître un statut à l'association lorsqu'elle a voulu se faire reconnaître une voix dans le cadre des discussions constitutionnelles tend à confirmer un manque de considération à l'endroit des intérêts particuliers des femmes autochtones en ce qui concerne l'autodétermination de leurs peuples.¹⁷⁰

En 2007, c'est-à-dire avant le processus de consultations ayant mené à l'adoption de la *Loi sur les foyers familiaux*, Joyce Green écrivait qu'il y avait peu de développements récents concernant les droits des femmes autochtones et insistait sur la nécessité de développer une analyse fondée sur le genre en ce qui concerne les droits autochtones.¹⁷¹ Bien que peu de jugements récents nous indiquent que la jurisprudence ait évolué en cette matière, on constate que la volonté politique a peut-être cheminé plus rapidement sur cette question. En effet, l'AFAC et l'association des femmes inuites du Canada Pauktuutit sont aujourd'hui reconnues comme des « organisations autochtones représentatives », ce qui signifie qu'elles reçoivent du financement du gouvernement fédéral. La hauteur du financement accordé à ces organisations nous semble toutefois minime lorsque comparée au financement accordé aux groupes à prédominance masculine. Selon le site du ministère des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, les organisations féminines auront reçu pour les années 2014-2015 un financement total de 992 048 \$, contre un financement total de 4 809 810 \$ pour les organisations à prédominance masculine.¹⁷²

Après avoir constaté, dans la partie 1, que la *discrimination intersectionnelle* vécue par les femmes tend à être de plus en plus reconnue dans la jurisprudence canadienne, nous avons constaté que ce fait ne signifie pas que *l'intersectionnalité politique* vécue par les femmes autochtones, soit pour autant reconnue. Dans la partie II, nous verrons que cette question est d'autant plus importante dans le cadre du projet politique et juridique autochtone. En effet, nous soutenons que cette partie de l'équation, c'est-à-dire la participation *politique* des

¹⁷⁰ Voir *Métis National Council of Women and Sheila D Genaille v Attorney General of Canada*, [2006] CanLII 28081 (CSC) ; *Conseil national des femmes Métisses c Canada*, [2006] CAF 77.

¹⁷¹ Green, *supra* note 150 à la p 149.

¹⁷² *Financement de base pour les organisations autochtones représentatives*, Gouvernement du Canada, 12 septembre 2012, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1347468975911/1347469133809>> (consulté le 8 juin 2015).

femmes autochtones, est indispensable à la mise en place d'un projet politique inclusif et représentatif des intérêts de tous les membres des peuples autochtones.

Partie 2. Revendications des femmes autochtones : des théories libérales aux perspectives féministes autochtones

Comme nous l'avons vu dans la partie 1, Kimberlé Crenshaw parle d'*intersectionnalité politique* pour décrire la situation des femmes qui doivent diviser leurs énergies entre deux groupes ayant des revendications également importantes pour elles, mais dont les intérêts politiques sont parfois — souvent — divergents.¹⁷³ Le problème réside dans la difficulté d'articuler ces différentes revendications et de mener une lutte sur plusieurs terrains à la fois lorsque ceux-ci sont occupés par une majorité de personnes qui n'ont qu'une idée à défendre : dans ce cas-ci, les droits des femmes ou les droits des peuples autochtones.

De façon plus ciblée, le féminisme autochtone cherche à faire le pont entre deux critiques : la contestation du colonialisme et celle du patriarcat. Peu de femmes autochtones s'affichent publiquement comme « féministes » et celles qui le font sont souvent identifiées comme des adversaires politiques par la société dominante, mais aussi par les élites autochtones dont elles contestent le pouvoir. Elles sont aussi critiquées par certains autochtones, hommes et femmes, qui remettent en cause leurs motivations et leur « authenticité » :

It is as though some authority has decided that Aboriginal women cannot be culturally authentic, or traditional, or acceptable, if they are feminist. Indeed, some women find themselves criticized for being tools of colonial ideology or for being traitors to their communities.¹⁷⁴

Les revendications féministes peuvent-elles être cohérentes avec le discours des droits des peuples autochtones? Dans la mesure où les précautions pour éviter toute forme d'essentialisme sont prises, il semble que de telles revendications ne soient pas incompatibles. D'ailleurs, certaines femmes autochtones, bien que peu nombreuses, s'affichent publiquement comme féministes, sans renier leur appartenance autochtone et en embrassant le plus souvent les causes associées à leur groupe culturel.

¹⁷³ Crenshaw, *supra* note 43 à la p 1251.

¹⁷⁴ Joyce Green, « Taking account of Aboriginal Feminism » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 20-32 à la p 25.

2.1 Pistes de solution : les théories libérales et démocratiques, et le recours aux ordres juridiques autochtones

Nous étudierons premièrement certaines théories politiques qui reconnaissent des droits spécifiques aux groupes minoritaires et plus particulièrement le droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Plus précisément, cette autodétermination confère aux groupes autochtones le droit d'établir leurs propres règles de droit. Dans cette perspective, nous verrons qu'il devient primordial de tenir compte de la place des individus marginalisés à l'intérieur de ces groupes, puisqu'elle met en exergue toute la question de la présence (ou de l'absence) de pouvoir politique et juridique des minorités internes.

Nous verrons que, selon plusieurs auteurs, le processus menant à l'autodétermination des peuples autochtones doit être profondément démocratique, en ce qu'il ne doit pas marginaliser davantage les groupes internes qui ont une voix discordante, mais plutôt permettre à tous les membres des communautés de faire valoir leurs intérêts afin d'en arriver à des solutions qui soient justes et à l'image de la volonté des membres de la communauté. Pour certains, l'intégration de la *Charte* devient donc un « mal nécessaire » qui permet l'intégration de valeurs qui peuvent être considérées comme « étrangères », mais qui peut assurer l'intégration de tous dans le projet autochtone.

Par la suite, nous verrons que d'autres auteurs, quant à eux, plaident pour la reconnaissance des ordres juridiques autochtones au Canada. Cette solution présente l'avantage de participer pleinement d'un processus de décolonisation en redonnant aux communautés autochtones le pouvoir de créer et d'administrer leurs normes juridiques. Pour notre propos, nous nous concentrerons plus particulièrement sur la place accordée aux femmes autochtones dans le processus de revalorisation et de réintégration des normes autochtones. Nous verrons toutefois que certaines questions demeurent quant à la question du respect des droits des femmes, dans l'éventualité où ces ordres juridiques ne soumettraient pas les gouvernements autochtones à l'application de la *Charte*.

2.1.1 Autonomie gouvernementale ou autodétermination?

Tout d'abord, il est important de noter qu'il semble exister une certaine confusion chez les auteurs en ce qui concerne la différence entre *l'autonomie gouvernementale* et *l'autodétermination* des peuples autochtones. La distinction des termes est importante, car, alors que le droit à l'autodétermination est fondé sur le « droit inhérent des peuples à disposer d'eux-mêmes »¹⁷⁵ et ouvre la porte à l'indépendance étatique, le droit l'autonomie gouvernementale n'est qu'une manifestation du droit de s'autodéterminer *sur le plan interne*, c'est-à-dire à l'intérieur de la structure constitutionnelle de l'État englobant. Les propos des auteurs du *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* jettent un peu de lumière sur ces concepts :

Même s'ils sont étroitement reliés, les deux concepts sont distincts et ont des répercussions différentes dans la pratique. L'autodétermination désigne le droit d'une nation autochtone de choisir comment elle sera gouvernée : de déterminer, par exemple, si elle devrait se doter d'institutions gouvernementales ou se joindre aux gouvernements populaires qui regroupent tant des autochtones que des non-autochtones. Par comparaison, l'autonomie gouvernementale est une conséquence naturelle de l'exercice du droit à l'autodétermination et désigne le droit des peuples d'exercer leur autonomie politique. L'autodétermination fait référence au pouvoir collectif de choisir, tandis que l'autonomie gouvernementale est l'une des conséquences de ce choix.¹⁷⁶

Malgré le fait que l'on conçoive bien que cette distinction constitue un enjeu symbolique important pour les Peuples autochtones, pour notre propos, et en dehors des considérations d'ordre strictement juridiques, nous faisons le constat que ceux qui prônent l'autonomie gouvernementale ou l'autodétermination, le font généralement dans la poursuite d'un objectif similaire. En effet, ceux-ci cherchent à fournir des outils conceptuels et théoriques pour permettre la reconnaissance du droit des peuples autochtones d'être maîtres d'eux-mêmes et de se penser collectivement de manière autonome. Il nous arrivera donc d'utiliser les deux termes de manière interchangeable, selon les termes employés par les auteurs que nous citerons. Toutefois, puisque nous sommes d'avis que l'avenir des peuples autochtones du

¹⁷⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 114.

¹⁷⁶ Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 22, vol 2, à la p. 195.

Canada se déploiera inévitablement dans les limites de l'État canadien, lorsque nous prendrons la parole, nous utiliserons l'expression *autonomie gouvernementale* ou *autonomie politique*.

2.1.2 Théories libérales et démocratiques concernant les relations inter et intragroupes

Selon Patricia Monture-Angus, un profond conflit culturel entre la société dominante et les peuples autochtones rend l'autodétermination inévitable. Ce conflit serait fondé sur les valeurs profondes à la base des institutions et des traditions de ces sociétés : force et coercition contre consensus et coopération. Selon elle, « we must peel back the layers of misunderstanding of both the dominant culture and First Nations culture[s] which currently shape our cross-cultural (mis)communications. »¹⁷⁷ Elle conclut que si les membres des Premières Nations sont incapables d'accepter les valeurs sous-jacentes du système dominant — ce que son propos sous-entend – ils ne pourront jamais participer pleinement dans ce système, rendant la solution de l'autodétermination incontournable.

La nécessité de l'autonomie politique peut toutefois se fonder sur d'autres principes philosophiques et politiques qui nous semblent plus probants. En effet, selon plusieurs auteurs libéraux, le gouvernement canadien a le devoir de reconnaître le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. En effet, nous verrons que Will Kimlycka, Monique Deveaux et Tim Schouls se sont faits les défenseurs des droits des groupes minoritaires à l'intérieur des États libéraux. Finalement, de cette reconnaissance politique doit découler la reconnaissance du droit autochtone, comme une conséquence de l'autonomie politique des peuples autochtones.

Par ailleurs, puisque notre travail se penche surtout sur la question des femmes et de la place politique qu'elles peuvent occuper dans le processus menant à l'autonomie politique des peuples autochtones, nous devons utiliser une grille d'analyse basée sur le genre, c'est-à-dire une grille d'analyse qui cherche à cerner l'impact des politiques sur les individus, selon leur sexe.

¹⁷⁷ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 195.

2.1.2.1 Will Kymlicka : une théorie libérale des droits des minorités

Dans son ouvrage *La citoyenneté multiculturelle*¹⁷⁸, Will Kymlicka tente de trouver un moyen de rallier les revendications des minorités culturelles avec celles des groupes marginalisés à l'intérieur de ces communautés. Pour lui, « une perspective libérale se fonde sur la *liberté au sein* du groupe minoritaire et sur *l'égalité entre* les groupes minoritaires et majoritaires. »¹⁷⁹

Pour comprendre la théorie de Kymlicka, il est important de distinguer entre les *minorités nationales* et les *minorités ethniques immigrantes* qui composent un État. Selon Kymlicka, il existe effectivement deux grands modèles de diversité culturelle : les États polyethniques et les États multinationaux. Un État polyethnique résulte de l'immigration et de la formation de « groupes ethniques » minoritaires qui cherchent (et doivent chercher) à s'intégrer à la société. Pour ces groupes, « l'objectif n'est pas de devenir une nation séparée et autonome par rapport à la société d'accueil, mais d'en modifier les institutions et les lois afin qu'elles soient mieux adaptées aux différences culturelles. »¹⁸⁰

D'un autre côté, un État multinational résulte « de l'intégration, dans un État devenu plus vaste, de cultures auparavant autonomes et territorialement délimitées ». ¹⁸¹ Il s'agit donc de l'amalgame dans un État de plusieurs *minorités nationales* qui cherchent à « se maintenir comme sociétés distinctes, parallèles à la culture majoritaire, et exigent leur autonomie sous une forme ou sous une autre afin d'assurer leur survie en tant que sociétés distinctes. »¹⁸² Il convient de dire que le Canada est un État polyethnique, en raison de l'immigration de plusieurs membres de différentes cultures, *et* un État multinational, en raison de la fédération de trois groupes nationaux distincts (Anglais, Français et Autochtones).¹⁸³ Nous nous intéresserons ici spécifiquement à *l'aspect multinational* du Canada, puisque notre propos concerne la relation entre les divers *groupes nationaux*.

¹⁷⁸ Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Boréal, Montréal, 2001.

¹⁷⁹ *Ibid* à la p 218.

¹⁸⁰ *Ibid* à la p 24.

¹⁸¹ *Ibid*.

¹⁸² *Ibid*.

¹⁸³ *Ibid* à la p 32.

2.1.2.1.1 La préservation des « cultures sociétales », un prérequis nécessaire à l'autonomie individuelle

Pour comprendre l'importance des revendications des groupes culturels minoritaires, on doit tout d'abord rappeler que l'État ne peut être « culturellement neutre ». Le terme « culture » peut avoir plusieurs significations, mais Kymlicka utilise le terme « culture sociétale » pour définir celles qui sont généralement fondées sur une histoire, une langue, des institutions et des pratiques communes. Selon Kymlicka, ces cultures sociétales n'ont pas toujours existé, mais sont plutôt le résultat de la modernisation, du développement de l'économie moderne ainsi que de l'apparition de l'État providence. Par ailleurs, on comprend aisément qu'un État ne puisse reconnaître qu'un nombre limité de jours fériés, de langues officielles, etc., et donc, que ses institutions ne peuvent être culturellement neutres puisqu'elles sont fondées sur les caractéristiques de la culture dominante. C'est ainsi que les cultures minoritaires qui ne se voient pas intégrées dans les institutions de l'État, et qui ne sont donc pas des cultures sociétales, ont de fortes chances de disparaître, comme autant de groupes assimilés à la culture majoritaire.

Par ailleurs, Kymlicka reconnaît que les peuples autochtones du Canada ne forment pas simplement des sous-groupes au sein d'une culture commune, mais qu'ils « ont résisté à cette intégration à la culture commune et ont cherché à protéger leur existence distincte en consolidant leurs propres cultures sociétales. »¹⁸⁴ Tout comme les Québécois, il s'agit donc de minorités nationales ayant des cultures sociétales distinctives à l'intérieur de l'État canadien et qu'on doit chercher à protéger.

Mais puisque Kymlicka ne reconnaît pas une valeur intrinsèque à la culture, pourquoi s'intéresser ainsi à leur viabilité? Parce que le libéralisme de Kymlicka est fondé sur la valeur fondamentale de liberté, qui ne peut exister selon lui sans cultures sociétales. Pour comprendre cet argument, il faut dire un mot de la centralité du concept de liberté dans la pensée de Kymlicka.

¹⁸⁴ *Ibid* à la p 119.

Le philosophe rejette l'idée paternaliste selon laquelle l'État (ou toute autre entité) serait mieux placé que l'individu pour choisir la meilleure manière de vivre sa vie. En fait, il soutient que « l'idée d'une faillibilité et d'une révisabilité de nos croyances concernant la vie bonne est au cœur de la tradition libérale »¹⁸⁵ et donc, rien ne justifie qu'on restreigne la liberté de l'individu au motif qu'il pourrait faire « de mauvais choix ». Selon lui, « mener une vie bonne » suppose donc deux conditions : qu'une personne puisse décider de la meilleure manière de vivre sa vie, sans subir de discrimination ni de sanction; et qu'elle puisse remettre en question ses croyances et réviser ses positions, à la lumière de toute information ou de tout argument tiré d'une autre culture. « Les individus doivent donc disposer des moyens leur permettant de prendre conscience des différentes conceptions de la vie bonne, ainsi que de l'aptitude à évaluer intelligemment ces conceptions. »¹⁸⁶

Or, puisque l'existence de plusieurs cultures sociétales suppose l'existence d'un plus large éventail de pratiques et d'institutions sociales, leur préservation favorise la liberté individuelle de choisir celle qui nous convient le mieux. Mais en plus de nous donner plusieurs options, notre culture sociétale donne aussi un sens aux différentes options qui se présentent à nous, les rendant ainsi signifiantes. Selon Kymlicka, les individus demeurent donc les principaux artisans de leur propre vie et doivent avoir les moyens de ce faire. En d'autres mots,

La liberté que les libéraux veulent conférer aux individus n'est pas essentiellement la liberté de s'émanciper de leurs propres langue et histoire, mais consiste plutôt en la liberté de se mouvoir au sein de leur culture sociétale, de se distancer des rôles culturels particuliers, de déterminer les caractéristiques de la culture qui valent la peine d'être développées et celles dont on peut se détourner.¹⁸⁷

2.1.2.1.2 Le problème des contraintes externes et des contraintes internes

Puisque nous nous intéressons à l'étude des droits des femmes autochtones relativement à la double critique qu'elles font du patriarcat et du colonialisme, il est primordial de se

¹⁸⁵ *Ibid* à la p 121.

¹⁸⁶ *Ibid* à la p 122.

¹⁸⁷ *Ibid* à la p 134.

questionner sur la relation entre droits individuels et collectifs; les revendications féministes étant généralement associées aux droits individuels, alors que les revendications des peuples autochtones le sont plutôt aux droits collectifs. En effet, ces deux catégories de droits ont souvent été considérées comme incompatibles; un constat qui a souvent eu pour conséquence de faire taire les voix divergentes au sein des peuples autochtones, comme celles des femmes.

Toutefois, selon Kymlicka, il est primordial de dépasser cette dichotomie et de constater que les droits collectifs peuvent favoriser les droits individuels. Le raisonnement va comme suit : la protection des droits collectifs procède généralement de la volonté de préserver la culture sociétale d'un groupe minoritaire en raison de l'inévitable biais de l'État pour la culture majoritaire. Comme nous l'avons vu plus tôt, il s'agit donc essentiellement de préserver les institutions et la langue commune des individus qui composent ce groupe. Or cette préservation permet d'offrir un plus grand éventail de choix sur le « marché de la culture » et donc, de favoriser les droits individuels de *liberté* et d'*autonomie*. Mais puisque la culture n'a pas de valeur intrinsèque et qu'elle ne doit être préservée qu'en tant que cadre dans lequel les individus peuvent effectuer des choix libres, cette équation ne vaut que si une telle culture sociétale favorise (ou du moins n'empêche pas) les individus qui la composent de choisir, parmi les différentes manières de vivre leur vie, celle qui leur convient le mieux. Cette liberté de choix implique donc la possibilité qu'on choisisse de vivre d'une manière qui ne soit pas conforme aux traditions de sa culture ou qui soit même opposée aux valeurs qu'elle véhicule.

En fait, plutôt que de distinguer droits individuels et collectifs, Kymlicka mise sur la distinction fondamentale entre les demandes des groupes minoritaires concernant des *contraintes externes*, c'est-à-dire des mesures de protection vis-à-vis des décisions politiques ou économiques externes, prises par la société dans son ensemble, et les *contraintes internes*, c'est-à-dire les mesures qui visent à « protéger le groupe contre les effets déstabilisateurs de la *dissidence interne* ». ¹⁸⁸ Cette perspective permet à Kymlicka d'éviter l'écueil de la dichotomie entre droits collectifs et individuels, en élaborant un fondement théorique permettant de répondre aux revendications des groupes culturels. Alors que les demandes des groupes

¹⁸⁸ *Ibid* à la p 59.

concernant les contraintes externes mettent principalement en jeu la valeur fondamentale de l'égalité (entre les différents groupes), les contraintes internes mettent plutôt en jeu la valeur fondamentale de la liberté (des individus).

Contraintes externes

Tout d'abord, les groupes nationaux peuvent exiger une *protection externe*, c'est-à-dire une protection par rapport aux décisions de la société multinationale; on pense ici aux revendications des groupes autochtones par rapport à la société canadienne. Ces mesures de protection visent à protéger l'existence et l'identité du groupe « en limitant les effets des décisions prises au sein de la société dans son ensemble. »¹⁸⁹ Kymlicka avance trois arguments qui militent en faveur de l'accord de droits spécifiques aux groupes minoritaires en général et de l'autonomie gouvernementale aux minorités nationales en particulier.

Premièrement, ces revendications doivent être protégées, pour autant qu'*elles favorisent l'égalité entre les différents groupes* et qu'elles ne permettent pas à un groupe d'en opprimer un autre. En effet, les groupes minoritaires « n'ont ni le pouvoir de négociation, ni le poids électoral qui leur permettraient de s'imposer lorsque sont débattues des questions relatives aux ressources et aux politiques essentielles à la survie de leur culture. »¹⁹⁰ Or, puisque les groupes majoritaires n'ont pas ce problème, l'octroi de droits politiques spécifiques à des groupes minoritaires (droit à l'autonomie territoriale, droit de veto, droits linguistiques, droits de représentation au sein des institutions centrales, etc.) peut permettre de réduire les inégalités entre les groupes. C'est donc dire que *l'égalité réelle* exige, dans le cas des minorités nationales, que l'on accorde un traitement différent à certains groupes politiquement et économiquement marginalisés.

Deuxièmement, selon Kymlicka les accords historiques conclus entre les groupes nationaux, incluant les traités avec les Premières nations, doivent être respectés. En effet, ces accords « définissent les termes de l'autorité que l'État canadien a acquise sur ces groupes. »¹⁹¹

¹⁸⁹ *Ibid* à la p 60.

¹⁹⁰ *Ibid* à la p 160.

¹⁹¹ *Ibid* à la p 171.

Kymlicka souligne toutefois avec justesse que la signification de plusieurs de ces traités fait l'objet de contestations et que, d'un autre côté, certains groupes autochtones n'ont pour leur part signé aucun accord avec l'État canadien. Dans ces cas, on s'en remet à l'argument d'égalité mentionné précédemment. D'ailleurs, ces deux arguments doivent aller de pair, afin de ne pas figer dans le temps des accords qui peuvent devenir désuets. En effet, « dans la mesure où il est toujours nécessaire d'interpréter, de mettre à jour et de réviser ces accords, il faut pouvoir les fonder sur une théorie plus complète de la justice. »¹⁹²

Finalement, la diversité culturelle contribue à la richesse de la vie des individus et doit ainsi être favorisée dans une société libérale. Selon l'auteur, cet argument est particulièrement intéressant en ce qui a trait aux peuples autochtones « dont les modes de vie traditionnels offrent un modèle fécond de relation avec l'environnement (...) alors qu'on reconnaît de plus en plus souvent que les façons de faire occidentales à l'égard de la nature sont autodestructives et doivent être modifiées. »¹⁹³ Toutefois, comme le souligne Kymlicka, cet argument pose certains problèmes, entre autres le risque d'essentialiser les cultures traditionnelles et donc, « il ne faut pas y accorder trop d'importance dans la défense des droits nationaux. »¹⁹⁴

Par ailleurs, Kymlicka considère que les mesures de protection externes ne sont pas nécessairement synonymes d'un désir d'isolement culturel. Selon lui, l'attribution de l'autonomie gouvernementale aux peuples autochtones ne relève pas d'une volonté de protéger la « pureté » ou l'« authenticité » de leurs cultures, mais bien « de permettre à de petites nations d'interagir avec des nations plus grandes sur une base plus équitable » et « de pouvoir décider quand et comment elles s'approprient les réussites qui se signalent dans le monde. »¹⁹⁵ D'ailleurs, Kymlicka rappelle que ce sont souvent les cultures majoritaires qui ont insisté sur la « pureté » des cultures minoritaires. Nous n'avons qu'à penser ici aux droits ancestraux reconnus par la Cour suprême, basés sur une certaine « authenticité » des pratiques ancestrales, ou encore à la notion d'« Indien » défini par la *LI*.

¹⁹² *Ibid* à la p 175.

¹⁹³ *Ibid* à la p 176.

¹⁹⁴ *Ibid* aux pp 176-177.

¹⁹⁵ *Ibid* à la p 152.

En définitive, la raison qui pousse Kymlicka à défendre l'importance des cultures sociétales ne réside pas dans leur valeur intrinsèque, mais plutôt dans la thèse que c'est grâce à leur culture que les individus peuvent avoir accès à des opinions signifiantes. En effet, c'est par la compréhension d'un lexique commun qui correspond au « lexique quotidien de la vie sociale, incarné dans les pratiques propres à tous les champs de l'activité humaine »¹⁹⁶ que les individus peuvent saisir le sens des pratiques sociales et juger intelligemment de la manière de conduire leur vie.

Contraintes internes

Les groupes nationaux exigeront parfois le pouvoir d'imposer des *contraintes internes*, c'est-à-dire des contraintes adressées aux membres du groupe et qui impliquent la limitation de leurs libertés civiques et politiques. Or, selon Kymlicka, ces exigences ne peuvent être admises dans une société libérale si elles « limitent le droit des membres du groupe à remettre en question les autorités traditionnelles et à réviser les pratiques courantes »¹⁹⁷. En effet, le philosophe défend le droit des minorités nationales de protéger leurs cultures sociétales distinctes, mais insiste du même souffle sur l'importance pour ces cultures de respecter les droits des minorités internes. Notons que, bien que les femmes ne soient pas un groupe « minoritaire » à proprement parlé, il s'agit d'un groupe marginalisé et sous-représenté au sein des communautés autochtones et donc, d'un groupe qui présente le risque de faire l'objet de contraintes internes, comme nous le verrons d'ailleurs un peu plus loin.

Alors que selon certains auteurs la valeur de *tolérance* envers les groupes culturels peut fonder une attitude de laisser-faire vis-à-vis des contraintes internes des groupes non libéraux¹⁹⁸, Will Kymlicka considère au contraire que « ce qui fait la spécificité de la tolérance libérale, c'est précisément son engagement en faveur de l'autonomie individuelle – c'est-à-dire l'idée que les individus doivent être libres d'évaluer et, éventuellement de réviser les buts qu'ils poursuivent. »¹⁹⁹ Effectivement, à la base du libéralisme demeure l'idée selon laquelle « les individus doivent avoir la liberté et la capacité de remettre en question et, éventuellement, de

¹⁹⁶ *Ibid* à la p 115.

¹⁹⁷ *Ibid* à la p 61.

¹⁹⁸ Kymlicka s'oppose ici entre autres à la théorie de Chandran Kukathas.

¹⁹⁹ Kymlicka, *supra* note 178 à la p 225.

réviser les pratiques traditionnelles de leur communauté, dès lors qu'ils en sont venus à penser qu'elles ne méritent plus leur allégeance. »²⁰⁰

Mais que se passe-t-il dans les « cas difficiles » où des groupes culturels minoritaires cherchent à imposer des contraintes à leurs membres qui sont irréconciliables avec les valeurs libérales? Selon Kymlicka, la situation sera assez rare et, dans les cas qui se présenteront, les libéraux ne peuvent assumer qu'ils peuvent imposer leurs valeurs aux autres groupes. Selon lui, il est préférable de favoriser la promotion du libéralisme et puisque les formes les plus permanentes de libéralisation résultent de réformes internes, les libéraux à l'extérieur des cultures non libérales devraient privilégier l'apport de leur soutien aux réformateurs libéraux à l'intérieur des communautés en question.²⁰¹ Il faut chercher les bases d'un accord possible entre la culture majoritaire libérale et la ou les cultures minoritaires non libérales et encourager de façon non coercitive les réformes à l'intérieur de ces cultures. En effet, un gouvernement fédéral ne sera justifié de procéder à une intervention au sein d'une minorité nationale que « dans les cas de violations flagrantes et systématiques des droits de la personne, tels que l'esclavage ou le génocide. »²⁰² Notons dès maintenant que, dans le cas qui nous occupe, et puisque nous nous intéressons spécifiquement à la question de l'intersectionnalité sous plusieurs formes vécues par les femmes autochtones, nous considérons que ces réponses ne sauraient être satisfaisantes.

2.1.2.1.3 La distinction à faire entre structure de culture et caractère de culture

De ce qui précède, on comprend que Kymlicka distingue la *structure* de la culture et le *caractère* de la culture.²⁰³ Selon lui, seule la *structure de culture* doit impérativement être préservée, c'est-à-dire les institutions et la langue qui sont à la base de la communauté culturelle. Au contraire, le caractère de la culture doit pouvoir s'adapter à la volonté des membres de la communauté, préservant ainsi leur liberté. La théorie de Kymlicka favorise

²⁰⁰ *Ibid* à la p 218.

²⁰¹ *Ibid* à la p 238.

²⁰² *Ibid* à la p 240.

²⁰³ Voir Annie-Ève Collin, *Le libéralisme multiculturel de Will Kymlicka en perspective*, Thèse. Philosophie (Maîtrise), Université de Montréal, 2009.

l'autodétermination des peuples autochtones puisqu'il s'agit en fait de permettre à des groupes nationaux d'être régis par leurs propres institutions et donc de préserver la *structure* de leurs cultures tout en insistant sur la protection de la dissidence au sein des groupes culturels. Notons ici que l'une des institutions fondamentales de toute société est sans contredit *le système juridique* qui régit l'action de ces membres. Par contre, *les règles* qui sont appliquées par l'organe judiciaire sont modifiables au gré des changements sociaux et font donc partie du caractère de la culture.

Par ailleurs, Kymlicka ouvre le débat quant aux solutions menant à la stabilité des États multinationaux. Même si elles ne peuvent suffire à convaincre différentes cultures de demeurer ensemble au sein d'un même pays, il croit, contrairement à Patricia Monture-Angus, que des valeurs communes peuvent fonder l'unité nationale canadienne.²⁰⁴ Selon Kymlicka, « la seule façon de promouvoir un sens de la solidarité et du but commun, dans un État multinational, passe par la prise en compte des identités nationales ».²⁰⁵ Or si la prise en compte de l'identité autochtone passe par l'autodétermination, il est primordial de s'interroger sur la manière d'en favoriser la réalisation au Canada.

Comme nous l'avons expliqué, selon Kymlicka, les revendications des groupes nationaux minoritaires concernant l'autodétermination sont valables pour se protéger des *contraintes externes*, mais pas pour créer ou perpétuer des *contraintes internes*. Quelles seront alors l'étendue et la nature de la prise en main des institutions autochtones, y compris du système juridique, par les principaux intéressés? Qui pourra et comment pourra-t-on décider des valeurs véhiculées par les nouvelles institutions et des règles de droit qui seront adoptées? Le libéralisme de Kymlicka ne force pas la remise en cause des valeurs traditionnelles (qui peuvent être oppressives ou non) d'un groupe culturel, mais la rend possible en permettant la dissidence et en empêchant les contraintes internes qui la musèlent.

Par contre, nous croyons que la théorie de Kymlicka ne permet pas de bien saisir les conflits culturels en ce qui concerne les rôles entre les sexes, du moins en ce qui concerne les

²⁰⁴ Kymlicka, *supra* note 178 à la p 264.

²⁰⁵ *Ibid* à la p 267.

minorités nationales. En effet, elle ne permet pas de répondre à la question « quelle version de la culture doit-on préserver? » ou plutôt « la version de qui? » D'ailleurs, même s'il énonce clairement que les contraintes internes ne sont pas acceptables dans un État libéral, il ne donne pas de solution véritable à leur contestation, autre que le support indéfectible des libéraux à la cause des minorités réformatrices à l'intérieur de ces communautés.²⁰⁶ Par ailleurs, Monique Deveaux souligne le fait que l'insistance de Kymlicka sur l'importance de l'autonomie personnelle est fondée sur une perspective libérale qui ne correspond pas au caractère communautaire des peuples autochtones.²⁰⁷ Nous verrons ci-après que certains auteurs se sont plutôt penchés sur le processus décisionnel par lequel les membres de groupes culturels minoritaires peuvent choisir de remettre en cause, ou non, leurs valeurs et pratiques traditionnelles. Pour eux, il n'est pas non plus question d'implanter des règles provenant de l'État libéral, sauf en ce qui concerne le processus décisionnel lui-même.

2.1.2.2 Monique Deveaux : la reconnaissance de l'agentivité des individus

Dans son livre *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Monique Deveaux cherche à répondre à la question suivante : « How should cultural disagreements and conflicts about women's status, roles, and arrangements be understood, and how should they be mediated or resolved in democratic societies? »²⁰⁸ L'auteure reconnaît donc d'emblée qu'il existe des tensions entre les demandes des peuples autochtones pour la reconnaissance de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, et les revendications féministes libérales et fondées sur les droits de la personne pour la reconnaissance de l'égalité universelle et législative des femmes. Il s'agit toutefois selon elle d'un conflit de valeur hautement surévalué, car il s'agit bien davantage de la conséquence des jeux de *pouvoir* et de la volonté des uns et des autres d'accroître ou de conserver l'influence qu'ils détiennent sur leur communauté.

En adoptant une perspective axée sur les relations de pouvoir à l'intérieur des groupes culturels dont les pratiques ont pu être remises en question par l'État ou par certains de leurs

²⁰⁶ Sarah Song, *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge University Press, coll Contemporary Political Theory, Cambridge, 2007 à la p 22 et ss.

²⁰⁷ Deveaux, *supra* note 151 à la p 33 et ss.

²⁰⁸ *Ibid* à la p 10.

membres, on comprend que les membres de ces groupes doivent occuper un rôle central dans les débats entourant d'éventuelles réformes. On pourrait d'ailleurs ajouter, et nous y reviendrons plus tard, qu'il s'agit aussi d'un conflit politique entre les groupes minoritaires et dominants à l'intérieur de l'État.

2.1.2.2.1 Reconceptualiser le problème : comprendre les intérêts en cause

Suivant cette approche, le problème des droits des femmes dans les communautés culturelles minoritaires à l'intérieur des États libéraux doit être reconceptualisé. Plutôt que de baser l'évaluation des pratiques contestées sur la question « Quelles pratiques culturelles minoritaires peuvent être admises par l'État libéral et lesquelles de ces pratiques doivent être prohibées? », on doit plutôt se pencher sur le *processus* entourant la remise en question et l'éventuelle modification de ces pratiques. Pour ce faire, Deveaux propose de débiter avec une série de questions à propos des pratiques contestées et du contexte dans lequel elles sont pratiquées ou remises en cause :

Why and how has a particular custom come to be questioned or contested? Who is insisting that a practice should take a particular (traditional or amended) form, and who benefits from this? Whose authority is challenged, and whose is reinforced, by a dispute over a particular custom, or by the introduction of a new form of that custom?²⁰⁹

Par ailleurs, ces questions pourront dépasser le cadre strict du groupe culturel minoritaire visé afin de comprendre la manière dont les normes et les institutions de la communauté majoritaire peuvent permettre de renforcer les pratiques sexistes à l'intérieur des communautés minoritaires.²¹⁰ Ce questionnement plus large permettra donc de comprendre les motivations réelles des individus qui contestent ou soutiennent ces pratiques. On pourra ainsi favoriser un débat ouvert et honnête impliquant les motivations politiques et stratégiques des différentes parties intéressées. Selon Deveaux, « such a politically focused framework for mediating

²⁰⁹ *Ibid* à la p 90.

²¹⁰ Par exemple, on peut ici penser à l'influence de la *Loi sur les Indiens* et de la création du statut d'Indien sur les relations de pouvoir entre les sexes dans les communautés autochtones.

cultural conflicts better reflects the practical, strategic, and intracultural nature of many actual cultural disputes about social customs in liberal democratic states. » Le fait de dévoiler ces intérêts stratégiques permet de constituer des foyers de discussions favorables au dialogue, à la négociation et aux compromis politiques.

On doit noter que l'auteure ne nie pas le fait que certains conflits interculturels puissent être dus à des conflits de valeur, mais elle insiste sur le fait qu'il ne s'agit généralement que d'un motif apparent, derrière lequel se cachent souvent des intérêts stratégiques ou des visées politiques. Par ailleurs, certains de ces conflits ont *aussi* pour origine la volonté de conserver une certaine identité culturelle distincte. Les conflits culturels peuvent donc avoir une dimension morale et une dimension stratégique ou politique.²¹¹

Après avoir déterminé les intérêts et enjeux politiques en cause, on doit se questionner sur la nature d'un processus juste pouvant servir à la médiation du conflit culturel à l'intérieur d'une société libérale plurielle. À la base, « just procedures for resolving disputes about cultural practices are ones that affected citizens on the whole endorse as fair and politically legitimate, within broad constraints of democratic legitimacy. »²¹² Cette prétention est fondée sur la prémisse selon laquelle les individus devraient pouvoir participer à la création ainsi qu'à la contestation des structures sociales et culturelles dont ils font partie. Cela étant bien entendu fondamental à la légitimité de ces structures.

En d'autres mots, alors que Kymlicka prône une approche basée sur le dialogue interculturel entre les communautés majoritaires et minoritaires, Deveaux propose de son côté une approche permettant aux groupes minoritaires d'être plus indépendants et de résoudre leurs conflits à l'interne.

²¹¹ L'auteure donne l'exemple des disputes concernant les codes d'appartenance sévissant au sein des communautés des Premières Nations au Canada et des nations indiennes aux États-Unis. Ces disputes sont premièrement dues à la volonté de conserver l'identité autochtone, mais aussi de contrôler la division des ressources de la communauté, comme on a pu le voir un peu plus tôt dans la première partie. Deveaux, *supra* note 151 à la p 104.

²¹² *Ibid* à la p 91 [Notre soulignement].

2.1.2.2.2 Décisions collectives : le critère de la légitimité démocratique

Avant toute chose, on doit comprendre que, selon le modèle de Deveaux, les résultats des délibérations ne seront pas nécessairement conformes aux idéaux libéraux, mais qu'ils seront néanmoins admissibles si le processus ayant mené aux décisions respecte les critères de la légitimité démocratique. Effectivement, l'auteure croit qu'il est primordial de prendre au sérieux le principe de légitimité démocratique dans le contexte de la diversité culturelle et donc, d'assumer que les résultats puissent diverger des valeurs de la société libérale majoritaire.

Par contre, la théorie de Deveaux présente l'avantage de mettre l'accent sur la question du pouvoir, de l'autorité et de la légitimité à l'intérieur des groupes culturels concernés. *L'inclusion politique* des individus directement concernés est ainsi un critère essentiel à la légitimité et à la viabilité des réformes proposées au sein du groupe. Cette perspective permet donc de hausser le degré de légitimité des décisions, autant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe. En effet, on comprend facilement que la reconnaissance de la validité du processus détermine largement le degré d'acceptation des décisions contraignantes qui en découleront.

Cette approche peut sembler contradictoire, puisque Deveaux exclut la possibilité qu'on puisse s'opposer à l'inclusion politique des femmes sous des prétextes culturels, tout en affirmant que sa théorie ne vise pas à imposer une pensée libérale aux communautés minoritaires non libérales. Elle insiste effectivement sur le fait qu'il est essentiel de ne pas exiger que *les résultats* soient conformes aux valeurs libérales, mais certains pourraient objecter qu'elle exige tout de même l'adoption de concepts libéraux, malgré le fait qu'ils ne soient applicables qu'au *processus décisionnel*. Nous croyons toutefois qu'il est possible de concevoir que les principes d'agentivité et d'égalité qui sont à la base des processus décisionnels démocratiques puissent se fonder sur des préceptes autochtones ou autres, qui n'ont pas nécessairement pour

source la pensée et des valeurs proprement libérales. Effectivement, ces principes n'ont pas à avoir une origine exclusivement occidentale.²¹³

Dans une entrevue donnée au réseau APTN, la professeure autochtone Val Napoleon répond aux questions de l'animateur Michael Hutchinson.²¹⁴ À un certain moment, ce dernier raconte la discussion qu'il a eue avec une femme autochtone au sujet de l'autonomie gouvernementale. Cette femme était convaincue de la nécessité de la reconstruction des communautés autochtones et elle croyait fermement que cela devait passer par l'autonomie gouvernementale. Paradoxalement, elle a toutefois terminé la discussion en affirmant qu'elle ne voudrait jamais permettre à son peuple « to have power over me ». Selon l'animateur, il s'agissait d'une question de confiance : « because of whatever was going on in her community, she was afraid of her own people. » En réponse à cela, Napoleon affirme qu'elle est heureuse que la question soit soulevée en raison de la facilité avec laquelle on pourrait tomber dans le piège de l'idéalisation romantique des ordres juridiques autochtones. Mais ce qu'elle souhaite vraiment pour cette femme, « is that she would be a part of that rebuilding process. » En effet, selon Napoleon, la revitalisation des normes autochtones doit se faire de manière transparente et justifiable. Il doit y avoir des débats entre les membres des communautés qui peuvent tous avoir des interprétations différentes des histoires qui sont à la base des normes autochtones. Comme on le constate, Napoleon ne cherche pas à imposer des normes occidentales dans un processus de revitalisation des ordres juridiques autochtones, mais elle souhaite que tous les membres des communautés puissent faire partie de ce processus. On conçoit donc que la théorie de Deveaux puisse être applicable sans l'imposition de valeurs étrangères aux peuples autochtones, mais dans le respect de l'égalité et de l'agentivité de tous les membres des communautés.

Par ailleurs, l'approche de Deveaux permet de sortir la légitimité démocratique de l'arène politique formelle, puisqu'elle reconnaît que « the scope of democratic activity is much wider

²¹³ D'ailleurs, l'État libéral canadien aurait lui-même certainement avantage à mesurer sa propre performance démocratique au regard de la manière dont ses institutions favorisent certains détenteurs de pouvoir au détriment d'autres acteurs politiques.

²¹⁴ *Indigenous lawyer talks historic laws and nations, Face to Face*, APTN, 14 avril 2015, en ligne : Face to Face <<http://aptn.ca/news/2015/04/14/indigenous-lawyer-talks-historic-laws-nations-face-face/>> (consulté le 3 juin 2015).

than this, and so should cause us to rethink the basis of democratic inclusion and legitimacy. »²¹⁵ On doit donc reconnaître que l'activité démocratique peut inclure des formes de résistance culturelle, la récupération et la réinvention des pratiques culturelles, dans les sphères privées et publiques. Pensons ici aux diverses actions du mouvement Idle No More, qui est l'exemple d'un mouvement d'action populaire mis sur pied par des femmes autochtones et qui s'inscrit activement dans la lutte collective des peuples autochtones du Canada.²¹⁶ Le fait de prendre en compte ces activités permet aussi de dresser un portrait plus clair « of the actual or lived forms of contested social practices and the experiences they comprise ». ²¹⁷ Afin de donner leur appui à des réformes démocratiques ou libérales, les institutions de l'État libéral peuvent par ailleurs appuyer ces formes distinctes d'expression démocratique, autant à l'intérieur des communautés culturelles que dans la société en général, en fournissant à des groupes d'intérêts une tribune d'expression particulière ou un financement leur permettant de mener à bien leurs activités. Pensons ici par exemple à l'arrêt *AFAC c. Canada* dont nous avons discuté dans la section précédente, ou au financement d'organisations comme Femmes Autochtones du Québec par certains programmes du gouvernement fédéral.²¹⁸

Pour que le processus décisionnel soit démocratiquement légitime, Deveaux croit qu'il doit répondre à certaines exigences. À la base de sa théorie démocratique, Deveaux soutient que les débats entre les participants au sujet des coutumes contestées doivent être *ouverts et justes*. Cela signifie qu'on doit reconnaître les pouvoirs relatifs de chacun des participants afin de ne pas creuser encore plus le gouffre entre eux. On doit permettre à tous de s'exprimer et on doit viser une *égalité réelle* entre les différents participants au débat. Il est donc primordial que l'accès aux pouvoirs ou aux ressources du groupe n'ait aucune influence sur la question de savoir « Qui peut participer aux débats? » Le processus démocratique doit prioritairement prendre en compte et chercher à réduire les jeux de dominations internes, grâce aux trois principes qui seront expliqués plus bas, soient la non domination, le caractère révisable des décisions et l'inclusion politique.

²¹⁵ Deveaux, *supra* note 151 à la p 95.

²¹⁶ Coulthard, *supra* note 68 à la p 159 et ss.

²¹⁷ Deveaux, *supra* note 151 à la p 93.

²¹⁸ Nous verrons, en conclusion, que ce financement est à l'heure actuelle remis en question.

Premièrement, on doit *éviter toute forme de domination* entre les participants. C'est-à-dire que les débats doivent respecter les droits et libertés des participants, incluant la liberté d'expression et le droit de participer à la vie politique de son groupe sans être sujet à l'intimidation ou à la coercition. La coercition peut mettre à mal l'égalité politique de différentes manières : « by excluding some individuals from deliberation; by preventing less powerful interlocutors from presenting concerns or proposals through threats of unfavorable repercussions; or by controlling voting through similar means. »²¹⁹ Toutes ces formes d'exclusion ou de contrôle des délibérations par une partie de la population doivent donc être évitées.

Deuxièmement, on doit permettre la *révisabilité des décisions* prises par le groupe. En effet, la perspective de changements possibles peut faciliter les compromis, mais surtout « it acknowledges the gradual character of real changes and the ways in which a range of processes *outside* of legislation – processes of a social, cultural, or economic nature – contribute to the transformation of customs and cultural arrangements. »²²⁰ La possibilité de réviser les décisions permet ainsi d'éviter l'essentialisation des pratiques culturelles et implique le fait que les membres du groupe puissent contester ces pratiques publiquement. Ces contestations doivent pouvoir s'effectuer sans crainte de représailles de la part des dirigeants traditionnels de leur communauté ou d'autres membres de celle-ci.

Finalement, la légitimité démocratique des débats requiert que l'on assure une large *inclusion politique*. Ce principe implique bien entendu la nécessité de donner à toutes et à tous la possibilité d'exprimer leurs vues, et non seulement aux dirigeants du groupe. Mais plus encore, « this means not only ensuring that such opportunities are available, but also making every effort to prevent 'extra-political or endogenous forms of influence, such as power, wealth, and preexisting social inequalities' from impacting deliberation and its outcomes. »²²¹ Celles et ceux dont les opinions risquent d'être marginalisées peuvent donc avoir un droit

²¹⁹ Deveaux, *supra* note 151 à la p 114.

²²⁰ *Ibid* à la p 116 [Italiques de l'auteure].

²²¹ *Ibid* à la p 115.

d'être entendu adapté. De plus, celles et ceux qui seront directement touchés par les décisions prises peuvent aussi avoir une tribune élargie. On doit aussi impérativement se demander *quels individus* privés de leurs droits peuvent avoir besoin d'exprimer leurs préoccupations et plus encore, on doit se demander si ces individus ont *le moyen* de critiquer, de résister et de modifier certaines pratiques, que ce soit par le biais de modes d'expression ou de contestation formels ou informels. Ces principes devraient par ailleurs s'appliquer non seulement aux groupes minoritaires, mais aussi à l'État libéral canadien.

La légitimité démocratique telle que perçue par Deveaux implique donc nécessairement la participation politique des femmes. Se questionnant sur la possibilité que les femmes d'un groupe appuient ou du moins ne contestent pas une règle les empêchant de participer à la vie démocratique de leur groupe, Deveaux répond :

It is difficult if not impossible to imagine a scenario in which such a policy could be arrived at democratically, under conditions of non-domination and non-intimidation. Wherever customs and cultural arrangements subordinate women and harm them in tangible ways, there are signs of resistance; these are not always easy to recognize, however, especially as they often occur in informal, even private, spaces.²²²

D'ailleurs, une plus grande inclusion politique peut aussi passer par le développement des *sites informels* de débats ou de contestations politiques et sociales. Comme mentionné plus haut, ce développement peut être encouragé par une aide gouvernementale; on pense notamment à l'implication de l'État dans le financement d'organismes faisant la promotion des intérêts des femmes.²²³

Afin de pouvoir mieux appuyer les femmes dans leurs démarches, et afin de percevoir le caractère politique et normatif de ces interventions, il est donc important d'élargir notre compréhension de la légitimité politique. Plus spécifiquement, les expressions et activités démocratiques informelles devraient aussi être observées et comprises comme « preuve » de

²²² *Ibid* à la p 117.

²²³ Il est toutefois important de reconnaître qu'en finançant certains groupes plutôt que d'autres, on n'échappe pas non plus à une certaine forme de paternalisme qui se traduit par le choix des groupes qui, aux yeux du bailleur de fonds, « méritent » ce financement.

l'activité démocratique des citoyens dans les délibérations au sujet des coutumes contestées. En effet, ces contestations en dehors du forum habituel des débats juridiques ou parlementaires peuvent donner de bons indices sur le niveau de légitimité sociale des pratiques contestées.

En résumé, le modèle de Deveaux s'appuie sur l'importance du débat entre les participants au sujet la signification, de l'utilité et de la destinée des pratiques sociales contestées, dans le but de négocier un compromis. L'objectif n'est donc pas de résoudre un conflit moral, de s'entendre sur des valeurs partagées ou même de parvenir à un consensus normatif entre l'État libéral et les groupes culturels. Il s'agit plutôt de trouver un terrain d'entente au sujet de la réforme des coutumes qui reflète un compromis entre les *considérations de justice* et les *intérêts (politiques, sociaux et économiques)* des membres du groupe touché. Comme nous l'avons mentionné plus haut, ce compromis doit par ailleurs toujours demeurer sujet à révision.

2.1.2.2.3 Une théorie fondée sur l'agentivité

Alors que la plupart des penseurs libéraux qui cherchent à balancer les intérêts des groupes culturels minoritaires avec ceux de leurs membres marginalisés assoient leur théorie sur l'importance de l'*autonomie* des individus au sein du groupe, Deveaux insiste pour sa part sur l'importance de l'*agentivité* des membres des communautés dont les coutumes sont sujettes à débat. En effet, les conceptions libérales de l'autonomie sont généralement fondées sur deux prérequis essentiels « for authentic decision-making and agency »²²⁴, soit la capacité de faire des choix autonomes et la disponibilité de diverses options quant à la manière de mener leur vie. Or selon Deveaux, alors que la première condition peut s'avérer compatible avec les groupes culturels traditionnels, la seconde ne l'est pas et est questionnable en elle-même : pourquoi le manque d'options disponibles, comme tel, devrait-il être un indicateur décisif de la présence ou de l'absence d'autonomie pour les femmes? « While expanding women's social choices and options is no doubt beneficial, we need to see that in their everyday lives, women

²²⁴ Deveaux, *supra* note 151 à la p 162.

already do negotiate decisions even within constrictive contexts. »²²⁵ Cette perspective risque donc de négliger la possibilité que les individus puissent faire preuve d'agentivité, même lorsqu'ils évoluent dans des environnements constrictifs ou traditionnels. Par exemple, il est primordial de distinguer la tradition des mariages arrangés, auquel un individu peut accepter d'adhérer librement et suivant ses valeurs (se marier, avoir des enfants, perpétuer la tradition, etc.), des mariages forcés qui eux, sont inacceptables dans une société libre et démocratique. De son côté, la théorie de Deveaux permet de reconnaître l'agentivité des femmes de manière beaucoup plus large, en prenant en compte non pas la quantité de choix qui s'offrent à elles, mais les expressions de réflexivité ou d'activité critique, comme la subversion de traditions culturelles de l'intérieur. Pour elle, l'agentivité doit donc être comprise comme toute activité ou expression qui signale la réponse à une norme sociale, à une coutume ou à un rôle prédéfini. Cette perspective permet aussi ultimement d'évaluer la validité et la légitimité démocratique des pratiques culturelles contestées.

En somme, la théorie de l'agentivité de Deveaux « attempts to draw attention to the myriad ways in which women in traditional cultures challenge, revise, and reaffirm aspects of cultural practices and arrangements, and argues that in doing so, they are exercising a form of procedural autonomy. »²²⁶ Une perspective fondée sur l'agentivité doit donc inclure une plus grande subjectivité qu'une perspective fondée sur l'autonomie. Par exemple, l'agentivité inclut les processus psychologiques des individus et les réponses qui, d'un point de vue extérieur à la culture de l'individu, ne seraient pas nécessairement identifiés comme illustrant des formes d'action et d'indépendance. On doit donc reconnaître que les individus puissent vivre selon des pratiques culturelles importantes « to their own sense of themselves as members of families and communities »²²⁷, même si celles-ci supposent un manque évident de « choix ». On doit donc comprendre que selon Deveaux, pour compter comme une expression d'agentivité, les actions d'un individu « need only be reflexive to the extent that they reflect or help to secure something that a person has cause to value. »²²⁸

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid* à la p 173.

²²⁷ *Ibid* à la p 178.

²²⁸ *Ibid.*

Par ailleurs, Monique Deveaux reconnaît le problème des « préférences adaptatives », c'est-à-dire le fait que « those who do participate in deliberation and decision-making about contested practices may simply endorse existing practices, as a consequence of lacking the necessary distance and critical reflexivity required to scrutinize their cultural arrangements. »²²⁹ Or selon elle, la meilleure manière d'attaquer ce problème est de soutenir l'agentivité des individus dans un grand nombre de contextes, plutôt que de simplement rejeter ce qu'elles déclarent préférer. Encore une fois, l'idée est donc de soutenir les manifestations démocratiques d'opposition à certaines pratiques. On peut donc financer des groupes d'intérêts comme les associations de femmes autochtones par exemple. Selon Deveaux, « a more democratic and egalitarian framework for evaluating and making decisions about contested cultural practices can help direct attention to the challenge of empowering vulnerable members of cultural communities as opposed to simply protecting them in a paternalistic fashion. »²³⁰

En définitive, le fait de formuler le problème en terme de conflits politiques rend les tensions entre les revendications pour l'égalité des sexes et pour la souveraineté autochtone plus faciles à résoudre. La médiation de ces tensions nécessite toutefois une transformation des relations de pouvoir à l'intérieur des communautés autochtones (afin de donner une plus grande voix aux femmes), mais aussi entre les communautés et l'État canadien (afin d'en finir avec la domination historique des communautés autochtones). En plaçant les membres de la communauté au centre des débats concernant le futur de leurs pratiques culturelles, on exprime un profond respect envers cette communauté et on reconnaît l'égalité de ses citoyens.

On constate par ailleurs que, dans la saga de l'affaire *AFAC c. Canada*, le gouvernement, puis la Cour suprême, ont échoué à reconnaître l'agentivité des femmes autochtones en ne soutenant pas leur volonté d'élargir le débat démocratique. En fait, ces institutions ont même soutenu la volonté de certains groupes autochtones dominés par des hommes de faire taire les femmes, alors que celles-ci cherchaient à intégrer le forum politique formel. En portant leur cause devant les tribunaux et en exprimant haut et fort leur désaccord, on constate toutefois que les femmes autochtones ont utilisé des modes de contestation démocratique qui leur ont

²²⁹ *Ibid* à la p 92.

²³⁰ *Ibid* à la p 126.

ultimement permis d'être entendues. Effectivement, elles ont par la suite été intégrées aux discussions provinciales-fédérales, comme mentionné plus haut.

2.1.2.3 Tim Schouls : une théorie fondée sur le concept d'identification et sur le pluralisme relationnel

Tout comme Monique Deveaux, Tim Schouls croit que les conflits entre les droits des peuples autochtones et les droits des groupes marginalisés à l'intérieur de ces communautés ne doivent pas être perçus comme des chocs de valeurs. Allant encore plus loin, il rejette l'idée selon laquelle il s'agit de la lutte pour la préservation d'une culture commune ou d'une identité politique, et affirme qu'il s'agit simplement du résultat de *luttés politiques* intra et inter-communautaires. Pour élaborer sa théorie, Schouls part du constat que l'autonomie gouvernementale autochtone est généralement discutée comme une question de préservation culturelle ou d'autodétermination nationale. L'hypothèse la plus commune que partagent les tenants de ces approches veut que l'autonomie gouvernementale survienne du désir de conserver « a list of cultural and national traits of community identity. »²³¹ L'identité est ici comprise comme l'ensemble des traits de la culture et de la nation qui sont uniques aux communautés autochtones. La survie de la communauté est alors comprise comme étant dépendante de la préservation de ces traits, et l'autonomie gouvernementale est perçue comme le meilleur moyen pour y parvenir.

Dans son livre *Shifting Boundaries*, Schouls cherche à démontrer que les approches fondées sur *la préservation de la culture* et sur *l'autodétermination nationale* sont erronées ou tracent un portrait incomplet du phénomène complexe de l'autonomie gouvernementale autochtone. Effectivement, les approches fondées sur la culture partent généralement de la prémisse selon laquelle les spécificités culturelles autochtones sont essentielles et immuables, négligeant ainsi l'aspect souvent conflictuel de la (re)définition de ces traditions au sein même des communautés. De l'autre côté, les approches nationalistes sont fondées sur la prémisse selon laquelle l'appartenance à une Nation autochtone représente la source première de toutes les

²³¹ Tim Schouls, *Shifting boundaries. Aboriginal Identity, Pluralist Theory and the Politics of Self-government*, UBC Press, Vancouver, 2003 à la p IX.

relations et identités politiques autochtones. Or nous verrons que, pour Schouls, l'identité est un phénomène beaucoup plus complexe.

Dans le but d'élaborer une nouvelle théorie justifiant l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones au Canada qui aurait des bases plus solides que celles qui sont généralement présentées, Schouls développe son approche en se fondant sur une compréhension de l'identité fondée sur *l'identification* et sur la théorie du *pluralisme relationnel*. Il fonde son approche sur deux principes normatifs découlant du pluralisme relationnel qui doivent guider les relations entre les groupes ainsi que les relations entre les individus à l'intérieur des groupes : l'idée politique d'*égalité* et l'*absence de domination*.

2.1.2.3.1 Politique identitaire et théorie pluraliste : un changement de paradigme nécessaire

De manière générale, Schouls remarque l'émergence dans le paysage politique de plusieurs formes de politiques identitaires [« *identity politics* »], c'est-à-dire l'émergence de conflits ethniques qui prennent la forme de conflits entre différentes cultures, religions ou affiliations politiques. Bien qu'on ne puisse prétendre identifier une forme universelle de politique identitaire, Schouls remarque qu'elles partagent toutes un trait commun, soit le fait d'être mises de l'avant par des groupes d'individus qui perçoivent leur identité comme étant en danger. Ces groupes souffrent généralement d'un déficit de pouvoir politique par rapport au pouvoir exercé par l'État dans lequel ils se trouvent, ce qui fonde leurs revendications.

Dans la perspective d'une politique identitaire fondée sur la *différence*²³², l'approche dominante selon Schouls, l'*identité* d'une communauté ethnique est généralement perçue comme ce qui la distingue des autres, et comme étant ontologiquement fondée sur des traits culturels et politiques objectifs. Si on choisit d'embrasser cette perspective, afin d'éviter que l'identité d'un groupe ne soit perdue, la communauté doit à tout prix préserver les traits historiques qui la distinguent des autres. Le bien-être des membres de la communauté est donc directement associé à la force et à la vitalité de leur culture commune. Selon Schouls, « the

²³² On peut ici penser à la théorie de Kymlicka, par exemple: Kymlicka, *supra* note 178.

basic claim here is that personal identity is formed in a symbiotic relationship with a collective identity nourished by the culture that the community shares. »²³³ Pour ces auteurs, dont Kymlicka, la culture doit être comprise comme « a comprehensive way of life ». Kymlicka considère effectivement que la culture donne aux individus un horizon de *sens* essentiel à leur condition humaine.

Une autre caractéristique de l'approche fondée sur la différence est que l'expérience de la culture commune est souvent intimement liée au nationalisme. Comme les groupes culturels, les nations sont généralement identifiées comme des communautés maintenues ensemble grâce à des liens objectifs concernant l'histoire, la langue et la culture. Les membres de ces groupes culturels ou de ces nations utilisent ces liens de manière subjective afin de créer un sens « of shared nationhood ». Ces caractéristiques propres à la Nation sont ensuite érigées en éléments fondateurs de l'identité de la communauté et, tout aussi importantes, les sources de ce qui permet de distinguer cette communauté des autres. Comme les cultures, la nation est donc perçue comme étant essentielle aux individus puisqu'elle leur fournit un ou des modes de vie uniques et situés au cœur de l'identité. La distinction entre les communautés culturelles et nationales réside toutefois dans le fait que ces dernières réclament le contrôle de leur territoire et un pouvoir politique afin de pouvoir exprimer leur manière distincte de vivre. Donc, « self-government is understood to be the right of a nation because it is what nations are said to need to survive as distinct societies. »²³⁴

Or le problème de ces arguments réside dans le fait qu'ils reposent essentiellement sur l'idée selon laquelle il existe une différence profonde et immuable entre les fondements des sociétés autochtones et canadienne, une posture qui est difficilement soutenable. Nous reprendrons ici les propos éclairants de Jean Leclair à ce sujet :

Je ne mets pas en doute le caractère holiste et intuitif des savoirs autochtones. Je ne conteste pas le lien intime qu'ils entretiennent avec le territoire ou leur enracinement dans une matrice spirituelle. Je reconnais également que le mode de transmission de ces savoirs ne s'apparente pas exactement au nôtre. Ce que je récusé, par contre, c'est

²³³ Schouls, *supra* note 231 à la p 4.

²³⁴ *Ibid* à la p 7.

l'idée d'une unanimité sur le contenu de ces savoirs, sur le type de réponses auxquelles ils ouvrent la porte ou sur la nature des valeurs partagées par les Autochtones auxquels ils donnent accès. Qu'il y ait consensus sur un certain nombre de choses, soit. Unanimité sur tout? Non.²³⁵

Si on arrive à ébranler l'idée pour le moins fragile selon laquelle il existe des différences profondes, immuables et consensuelles entre les fondements de nos sociétés, on remet en question par le fait même la pertinence de l'autodétermination des peuples autochtones, dans une perspective différentialiste. Loin de permettre l'agentivité, la perspective différentialiste force ainsi l'essentialisation de cultures qui ont dès lors avantage à être le plus « authentiques » possible. On en vient donc à restreindre l'autonomie et la liberté des membres marginalisés ou réformateurs de ces communautés.

2.1.2.3.2 Une théorie de l'identité fondée non pas sur la différence, mais sur un processus d'identification

Selon Tim Schouls, la théorie politique identitaire fondée sur la *différence* est dangereuse, car en plus de remettre en question la souplesse des identités culturelles, elle a aussi pour résultat de diviser les individus au niveau le plus profond de leur existence. Selon lui, l'identité doit plutôt être perçue comme étant fondée sur un phénomène d'*identification*, c'est-à-dire « the self-defining process of communities and their corresponding inner structures. »²³⁶ Cette perspective reconnaît que l'identité humaine est malléable et qu'elle peut être modelée pour atteindre différents objectifs politiques communs, comme l'appropriation ou la conservation de ressources extérieures, qui, autrement, seraient difficilement justifiables face aux autres groupes en l'absence de cette « identité commune ». Bien que les différences demeurent un facteur important en ce que la plupart des communautés demeurent historiquement, culturellement et politiquement uniques, ces différences sont perçues comme d'importance moindre et donc, ontologiquement secondaires du point de vue de l'identité elle-même. En fait, ce qui motive les membres du groupe à agir ensemble est le désir de participer au

²³⁵ Jean Leclair, *Penser le Canada dans un monde désenchanté*, conférence prononcée à l'occasion de la série Voir grand 2015 organisée par la Fédération des sciences humaines et par l'Université d'Ottawa, Université d'Ottawa, 4 juin 2015 [manuscrit non publié].

²³⁶ Schouls, *supra* note 231 à la p 3.

processus actif d'autodéfinition du groupe. L'identité n'est donc pas associée directement à un *contenu* culturel ou national en soi, mais plutôt « to a sense of intergenerational continuity forged around subjective criteria of shared destiny established by those both inside and outside the group. »²³⁷

2.1.2.3.3 La théorie de l'identification et les peuples autochtones du Canada

Dans son livre *Shifting Boundaries*, Schouls s'intéresse particulièrement aux revendications d'autodétermination des peuples autochtones du Canada. Il remarque qu'une grande partie de leur identité commune a été forgée sur la base d'une histoire commune et des conséquences dévastatrices du colonialisme qu'ils partagent. C'est ce passé « tragique et héroïque »²³⁸ qui est à la *source* de l'identité autochtone et qui justifie la création de frontières avec l'État canadien pour assurer la survie d'une identité autochtone différenciée. Schouls insiste donc sur l'importance de savoir distinguer les *sources* de l'identité autochtone de ses *aspects*, soit les éléments culturels et politiques qui la constituent. Il soutient que ces éléments culturels n'ont *pas de valeur en soi* et ne sont que l'expression d'une identité qui demeure fluide. Ils sont en fait utilisés pour définir les *frontières* qui séparent les Premières Nations des autres groupes culturels.

La perspective de Schouls présente l'avantage de créer une fondation de l'identité beaucoup plus solide pour les communautés autochtones que le recours à l'équation risquée que font certains entre les aspects culturels et politiques concrets de l'identité et les sources de celle-ci. Cet amalgame risque de permettre d'assumer que, lorsque des aspects spécifiques de l'identité autochtone sont transformés, l'expérience de l'autochtonité en tant que telle est perdue, plutôt que simplement modifiée. Au contraire, pour Schouls l'important n'est pas la préservation des différences culturelles et politiques en soi, mais bien la préservation de *frontières* entre les communautés, frontières dont la justification se fonde sur les *sources* de l'identité distincte. Ces frontières ont pour fonction de protéger les membres du groupe qui peuvent exercer

²³⁷ *Ibid* à la p 10.

²³⁸ [Notre traduction].

« their communal interest in being self-defining across a whole range of identity options. »²³⁹
La théorie de Schouls, tout comme celle de Deveaux, permet donc d'éviter l'écueil de l'essentialisme identitaire en reconnaissant « that human identity is malleable and that it can be shaped to meet different kinds of political objectives. »²⁴⁰

L'auteur reconnaît qu'il existe bien entendu des caractéristiques culturelles qui peuvent différencier les autochtones des non-autochtones. Mais ce qu'il veut démontrer est plutôt le fait que ces différences culturelles ou nationales ne sont pas essentielles au caractère de la relation et à la solidité des frontières entre les communautés autochtones et l'État canadien. Dans cette perspective, le concept de nations autochtones devrait être perçu comme un outil politique qui permet aux dirigeants autochtones d'établir des frontières entre leurs communautés et le gouvernement canadien afin de réussir à obtenir et conserver les ressources qu'ils considèrent comme centrales à la capacité d'autodéfinition de leurs communautés.

En étudiant les transcriptions des consultations publiques de la *Commission royale sur les Peuples autochtones*²⁴¹, Tim Schouls remarque qu'il y a une constante remarquable à travers le Canada en ce qui concerne les concepts et les catégories utilisés par plusieurs témoins pour raconter leurs histoires et leurs aspirations. Il remarque le fait que les témoins accordent énormément d'attention à l'existence actuelle de différences politiques et culturelles. Ils semblent donc favoriser une approche identitaire différentialiste. On peut comprendre cette insistance comme étant une manifestation du fait que l'identité autochtone peut être assimilée à ses expressions politiques et culturelles actuelles. Au Canada, le fait d'être Autochtone serait donc, par définition, être culturellement et politiquement différent de la société dominante. Dans cette perspective, les nations autochtones sont vouées à la préservation de leurs cultures distinctes. De plus, la gouvernance d'une « société étrangère » —canadienne en l'occurrence— a fait violence à ces identités culturelles uniques et donc, les peuples autochtones devraient avoir le droit de se gouverner eux-mêmes.

²³⁹ Schouls, *supra* note 231 à la p 70.

²⁴⁰ *Ibid* à la p 9.

²⁴¹ Commission royale sur les peuples autochtones, *supra* note 22.

Au contraire, dans une perspective fondée sur une approche de l'identité comme résultat de l'*identification*, on cherche plutôt à établir une nouvelle relation entre la société canadienne et les peuples autochtones; une relation dans laquelle « Aboriginal peoples are no longer measured by the standards of Canadian society but act as a people, distinct from and equal to other Canadians, empowered to determine their own future. »²⁴² Dans un tel cas, les attributs ou différences culturelles ne sont pas perçus comme ayant une importance intrinsèque, et ne sont pas non plus assimilés aux sources de l'identité autochtone. Elles sont plutôt conçues comme l'expression de l'identité autochtone, utilisée afin de forger et de maintenir l'identité des individus et du groupe, et ce, dans le but de conserver des frontières entre les communautés autochtones et non-autochtones.

Ce qu'on peut conclure d'une telle approche est donc que les autochtones veulent pouvoir choisir leurs propres autorités politiques et administrer leurs affaires internes selon leurs propres priorités. Ce qui importe pour les communautés autochtones est donc la préservation, non pas des différences politiques et culturelles comme telles, mais plutôt des frontières qui séparent les communautés autochtones et non-autochtones entre elles. On inverse donc le processus; dans le cadre d'une approche différentialiste, l'autodétermination permet de préserver une culture différente, alors que dans la perspective de Schouls, c'est la préservation des frontières comme telles qui est primordiale, et de là découle la possibilité pour les communautés autochtones de choisir leurs institutions et de préserver les traditions culturelles et politiques qu'ils choisiront.

On constate aussi qu'une perspective différentialiste (ou culturaliste) pousse les autorités autochtones à insister sur une « authenticité » culturelle qui n'est ni réelle ni désirable pour les individus qui cherchent à exprimer leurs différences ou leurs revendications à l'intérieur de leurs communautés. En fait, comme Schouls le mentionne, ce que signifie être autochtone peut varier selon les individus. Par exemple, l'expérience de l'« autochtonie » peut varier grandement d'un individu à l'autre selon qu'ils vivent dans une communauté éloignée ou en ville, selon leur genre, leur âge, leur profession, leur niveau d'éducation, etc. Dans cette

²⁴² Schouls, *supra* note 231 à la p 69.

perspective, le fait d'être autochtone, en dehors du fait de partager les mêmes ancêtres et d'avoir « a shared experience of communal historical continuity »²⁴³, ne peut être compris en se référant à quelque source culturelle ayant autorité en raison de son caractère prétendument évident ou universellement reconnu.

Selon Schouls, le problème des droits des minorités doit donc être compris en terme de *relations de pouvoir*, autant *entre* les communautés autochtones et l'État canadien, qu'*au sein* même des communautés autochtones. Selon lui, on doit éviter de voir le problème des relations entre les Autochtones et l'État canadien comme étant basé sur de supposées différences culturelles irréconciliables. Afin d'éviter ce que Schouls considère être une forme de réductionnisme binaire, on doit comprendre que les dirigeants autochtones et l'État canadien sont en compétition pour les ressources disponibles et le pouvoir politique. C'est d'ailleurs cette relation qui fonde les tensions entre les différents groupes.

Nous verrons ci-bas que la théorie pluraliste fondée sur une approche relationnelle est celle qui permet le mieux de s'agencer avec la théorie de l'identification telle que conçue par Schouls.

2.1.2.3.4 Théorie pluraliste : le pluralisme relationnel

Selon Schouls, les tenants du *pluralisme relationnel* se préoccupent de la présence d'inégalités systémiques entre les groupes sociaux et cherchent à répondre aux cas où une concentration des pouvoirs a eu pour résultat une inhabilité soutenue des groupes ou des individus marginalisés d'exercer un pouvoir et un contrôle sur leurs propres vies. Cette théorie s'applique donc à la situation des peuples autochtones au Canada puisque, comme nous l'avons vu précédemment, le colonialisme a eu pour conséquence de marginaliser les peuples autochtones, tant au niveau économique que social et politique.

Du point de vue du pluralisme relationnel, ce qui importe n'est pas la différence culturelle comme telle, mais les sortes de relations qui forgent l'identité et plus encore, *qui* a le pouvoir

²⁴³ *Ibid* à la p 84.

de définir ces relations. On doit comprendre que, pour Schouls, les individus ne sont pas la source de la formation de l'identité du groupe, mais ce sont plutôt les *structures sociales* et les *relations* entre les individus qui créent cette identité commune. Bien entendu, l'auteur reconnaît qu'on ne peut évacuer complètement la question de l'influence de l'individu, puisque les procédés de définition de l'identité sont fluides par nature, et sont donc constamment redéfinis par l'action des membres du groupe. En effet, qui d'autres que les individus peuvent être à la source du changement?²⁴⁴

La théorie de Schouls se fonde donc sur l'idée selon laquelle la justice requiert que les groupes autochtones aient accès à l'indépendance et à l'autodétermination nécessaire pour créer des frontières permettant à leurs membres de définir leur identité commune. Effectivement, la théorie de l'identification suggère que l'expression de l'identité d'une nation doit refléter les choix de ses membres. Par ailleurs, la théorie du pluralisme relationnel suggère que l'égalité à l'intérieur des groupes, mais aussi entre ceux-ci, est primordiale. Suivant cette théorie, le développement des individus est tributaire de la capacité du groupe dont ils font partie de se développer. On constate donc que deux éléments sont particulièrement importants pour justifier le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones selon Schouls : l'existence de communautés organisées, indépendantes et profondément liées au territoire avant la colonisation, ainsi que le désir collectif des autochtones d'avoir leurs propres instruments politiques, sociaux et économiques afin d'assurer le développement de leurs communautés.

Selon l'auteur, il est avant tout primordial de comprendre la manière dont le colonialisme a affecté les relations entre les peuples autochtones et les gouvernements canadiens. Un tel examen nous permet de nous apercevoir que les autochtones n'ont pas simplement été opprimés individuellement à la suite de la colonisation, mais aussi en tant que communautés. Donc, puisque le pluralisme relationnel s'attaque à la distribution inégale des pouvoirs, on doit considérer les affiliations communautaires autochtones comme des formes légitimes de mobilisation politique. Schouls n'identifie pas une forme de gouvernement autonome qui soit

²⁴⁴ Jean Leclair, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales » (2009) 14:1 Lex Electronica.

préférable ou applicable dans tous les cas. Par contre, il croit qu'« Aboriginal self-government is primarily about trying to find ways to integrate Canada politically based on the idea of coordinating rather than subordinating Aboriginal communities and their governments. »²⁴⁵

Dans cette perspective, les gouvernements autochtones autonomes représentent des tentatives de leurs dirigeants d'établir des relations politiques flexibles avec les autres gouvernements, basées sur des décisions mutuellement acceptables, concernant le partage des pouvoirs sur le territoire, les ressources et les individus. En fait, selon Schouls « justice requires that Aboriginal communities possess power commensurate with their need to overcome their position of social and economic disadvantage and with their right to be self-defining within Canada at both individual and community levels. »²⁴⁶ Les communautés autochtones devraient donc pouvoir développer et exprimer les éléments de l'identité commune qu'ils choisissent, *que ceux-ci soient distinctifs ou non*. L'issue centrale du problème ne doit donc pas être le droit de préserver une culture distincte, mais bien *le droit plus large des communautés autochtones de s'autodéfinir au sein du Canada*.

On comprend ainsi que, afin que le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale soit pleinement réalisé, les négociations entre les gouvernements autochtones et l'État canadien doivent être basées sur la participation pleine et entière ainsi que sur le consentement de toutes les parties impliquées dans le processus. Par contre, et c'est là que toute la question des droits des femmes surgit, on peut exiger des membres d'un groupe qu'ils acceptent les identités que leur prescrit leur communauté, dans la seule mesure où les membres ont le pouvoir et donc *la possibilité de participer à la (re)définition de ces identités*.

Au cœur de la théorie de Schouls, on remarque donc l'importance de l'autodétermination des peuples *et* des individus. Une perspective qui s'accorde avec une vision féministe autochtone : les communautés autochtones doivent donner à leurs membres le même pouvoir ou la même influence d'autodéfinition que ce qu'ils demandent pour leur communauté à l'intérieur du Canada. Tout comme Deveaux, Schouls insiste sur l'agentivité des membres de la

²⁴⁵ Schouls, *supra* note 231 aux pp 124-125.

²⁴⁶ *Ibid* à la p 135.

communauté et sur l'importance de reconnaître les formes d'autonomie ou de mobilisations démocratiques qui peuvent sortir du cadre démocratique formel.

Par l'élaboration de sa théorie, Schouls tente de favoriser l'émergence d'un cadre théorique qui permettrait aux peuples autochtones et à l'État canadien d'établir de nouvelles relations plus fructueuses. Selon lui, une approche fondée sur les différences culturelles ne fait qu'alimenter le problème en bloquant les parties dans une relation conflictuelle et acrimonieuse. Le fait de caractériser cette relation en termes de lutte pour les ressources et pour un positionnement politique, passant par des requêtes des communautés autochtones pour obtenir plus de pouvoir ou de ressources, permet donc de reconnaître la source réelle des conflits entre les nations autochtones et l'État canadien. Cette transparence permet, comme le croit Monique Deveaux, d'identifier plus facilement des méthodes efficaces pour régler les litiges. Effectivement, alors qu'une approche fondée sur de supposés conflits culturels irréconciliables nous mène directement dans une impasse, les approches de Schouls et de Deveaux nécessitent que toutes les parties mettent cartes sur table, et permet ainsi de percevoir les compromis possibles. En fait, selon Schouls, « when Aboriginal self-government is framed in relational terms, the goal of equality in relations between Aboriginal and Canadian governments is more open to cultural and political coexistence, solidarity, and interdependency. »²⁴⁷

2.1.3 Bref retour sur les théories libérales et démocratiques de Kymlicka, Deveaux et Schouls

Tout d'abord, la théorie de Kymlicka nous donne une idée de départ de ce qui peut justifier l'autodétermination des peuples autochtones. En effet, l'auteur considère que les peuples autochtones, en tant que minorités nationales, ont droit à la préservation de leurs cultures. Selon lui, les cultures n'ont pas de valeur en elles-mêmes, mais méritent d'être préservées en tant que « cultures sociétales », c'est-à-dire en tant que cultures fondées sur une langue, une histoire et des institutions communes. En effet, la préservation des cultures sociétales permet de fournir aux individus différentes options significatives, parmi lesquelles ils auront la liberté de choisir la meilleure manière de vivre leur vie.

²⁴⁷ *Ibid* à la p 180.

Selon Kymlicka, les peuples autochtones devraient avoir droit à une plus grande autonomie au sein du Canada sur la base des accords historiques, mais surtout, car celle-ci permet de favoriser une plus grande égalité entre les groupes nationaux qui forment le Canada. Toutefois, l'auteur considère que les contraintes internes, c'est-à-dire des contraintes exercées au sein même des communautés à l'encontre de certains membres et ayant pour résultat de limiter leurs libertés civiles ou politiques, sont inacceptables à l'intérieur d'un État libéral et démocratique. Par contre, selon nous, Kymlicka n'apporte pas de solution satisfaisante dans les cas où des contraintes internes seraient effectivement imposées à l'encontre d'un groupe marginalisé. Or, puisque nous désirons nous pencher plus spécifiquement sur les droits des groupes marginalisés à l'intérieur des communautés autochtones, nous avons étudié les théories de Monique Deveaux et de Tim Schoul, qui nous semblent plus éclairantes à ce sujet.

Pour sa part, Deveaux croit que l'inclusion politique des groupes marginalisés est essentielle, ce qui implique non seulement leur participation dans les débats concernant les sujets qui les concernent, mais aussi le financement de leurs activités pour mener à une meilleure participation de leur part. Après avoir étudié l'arrêt *AFAC c. Canada*, elle constate qu'à l'époque du litige, il n'existait pas de forum démocratique grâce auquel les peuples autochtones et leurs dirigeants auraient pu s'engager dans un débat plus substantiel sur la manière de protéger les droits des femmes et d'assurer leur inclusion au sein de la gouvernance autochtone. En l'absence d'un tel forum, les femmes n'ont eu d'autre choix que d'intenter une action en justice afin de contrer leur exclusion politique et le danger immédiat qu'elles pressentaient concernant l'éventualité d'une immunité des gouvernements autochtones à l'encontre de la *Charte*. Dans la foulée de cette affaire, les femmes autochtones et leurs organisations n'ont pas réussi à en arriver à un consensus entre elles ou à persuader les organisations autochtones dominantes comme l'APN de modifier leur position. Mais qui peut prétendre qu'un groupe représentant des intérêts féminins (ou féministes) n'est pas légitime en raison du fait qu'il n'arrive pas à présenter une position de consensus? En exige-t-on autant des groupes qui représentent les intérêts dominants?

Comme Deveaux, Schouls considère que le défi n'est pas tant de réussir à équilibrer les droits des individus marginalisés avec les intérêts du groupe, mais plutôt de gérer les différentes revendications (formelles ou informelles) pour l'accès au pouvoir au sein du groupe. Dans la perspective de Schouls, les actions politiques des membres marginalisés d'un groupe, qui sont souvent perçues comme des attaques contre l'« authenticité » de la culture, devraient plutôt être perçues comme des tentatives en vue de transformer les relations de pouvoir à l'intérieur de la communauté, de permettre d'étendre la participation politique et de favoriser la création d'un milieu de vie plus inclusif. Généralement, la motivation profonde des individus contestataires n'est donc pas de mettre à mal la structure de leur société, mais de prendre la place qui leur revient au sein de cette structure.

En effet, appliquant sa théorie aux femmes et aux jeunes autochtones, Schouls constate que leurs revendications ne peuvent être réduites à une « campagne en faveur des droits individuels ». Il remarque que plusieurs femmes et jeunes autochtones affirment que les pouvoirs, à l'intérieur de leurs communautés, sont trop souvent concentrés entre les mains de quelques-uns. Il s'ensuit donc l'expression d'inquiétudes relativement à la manière dont un éventuel gouvernement autonome serait administré (comme on l'a vu dans l'affaire *AFAC*). En fait, selon lui « most Aboriginal women and youth do not fear cultural oppression in their communities as much as exclusion from the political decision-making processes of their communities. »²⁴⁸

Les femmes autochtones partagent donc avec les autres membres de leurs communautés la volonté d'établir et de préserver des frontières avec les communautés non-autochtones afin de se protéger contre les tentatives d'ingérence venues de l'extérieur. Elles revendiquent toutefois le pouvoir de participer à la (re)définition des identités au sein de leurs communautés et cherchent à conquérir ou à conserver le pouvoir politique qu'elles estiment nécessaire à cette fin. Comme nous le verrons dans la prochaine section, c'est cette double revendication qui fait la spécificité du féminisme autochtone.

²⁴⁸ *Ibid* à la p 181.

On constate que la théorie de Schouls et plus particulièrement celle de Deveaux, permettent de reconnaître l'agentivité des individus, y compris en matière politique :

Cultural members are, after all, valuing agents, capable of forming judgments, and of understanding and arguing about the value of their cultural practices. There is no good reason to limit these capacities strictly to nonpolitical evaluative activity; political agency is a central part of what it is to have rational (nonidealized) autonomous agency.²⁴⁹

Reconnaître l'agentivité, c'est aussi reconnaître que les décisions politiques que les individus prendront collectivement ne seront pas nécessairement celles auxquelles ont aurait pu s'attendre, d'un point de vue extérieur. Par contre, comme les deux auteurs le soulignent, il est primordial de permettre à cette agentivité individuelle de s'exprimer au sein des communautés. Alors que tous deux insistent sur l'importance de donner une voix politique aux femmes, Deveaux insiste sur un processus qui devrait, selon elle, être profondément démocratique.

En ce qui concerne la question de l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones, Schouls croit que cela peut constituer un instrument politique facilitant le processus menant à une plus grande inclusion en ce qui concerne l'autodéfinition des communautés autochtones :

If the collective Aboriginal right to self-definition is exercised in a manner that does not protect the participatory rights of individual Aboriginal persons such as women, youth, and urban dwellers, the justification for protecting the collective right is itself questionable. Seen in this light, the Charter's equality rights are not in the first instance about assuring individual Aboriginal persons the right to decide on, revise, and pursue their own distinct conceptions of the good from the cultural mainstream Aboriginal communities, although on occasion this may be their intent if the context demands it. Rather, the equality rights can also be seen as a tool to safeguard the rights of Aboriginal women, youth, and urban dwellers to participate in the communal process of building Aboriginal lives that correspond to their own priorities. »²⁵⁰

En d'autres mots, l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes permet d'assurer un processus suffisamment inclusif de tous les membres de la communauté

²⁴⁹ Deveaux, *supra* note 151 à la p 222.

²⁵⁰ Schouls, *supra* note 231 aux pp 168-169.

ainsi que la prise en compte des intérêts de chacun dans le cadre de la prise de décisions touchant les intérêts communs. Bien entendu, la *Charte* n'est d'aucune utilité pour l'amélioration de plusieurs situations décrites dans les témoignages de la *Commission royale*, comme la discrimination, la domination et la violence dont plusieurs souffrent dans leurs relations interpersonnelles à l'intérieur des communautés. Mais elle présente au moins l'avantage de donner aux individus autochtones les outils conceptuels pouvant leur servir à critiquer les figures d'autorité qui refusent de partager leurs pouvoirs et permet d'éviter que d'éventuelles distributions injustes des ressources ne se fassent dans l'impunité. Comme nous l'avons vu plus haut, « community and individual liberty should thus be seen as irrevocably linked; individual freedom of choice within community is what makes it possible for members to carry on in their common project of developing community. »²⁵¹

Au-delà de la protection des droits individuels, la *Charte* permet donc d'assurer un certain équilibre des pouvoirs à l'intérieur des communautés, leur permettant ainsi de se développer d'une manière qui soit inclusive des intérêts de tous. D'ailleurs, la prise en compte des intérêts des membres marginalisés des communautés dans les décisions du groupe qui ont une visée d'autodétermination permet un *empowerment* autant personnel que collectif, ce qui rejoint la perspective autonomiste de plusieurs féministes autochtones.

En résumé, afin de bien comprendre la lutte des femmes autochtones, on doit saisir l'aspect hautement politique des tensions entre les groupes autochtones et les gouvernements canadiens, mais on doit aussi percevoir l'aspect hautement politique des tensions à l'intérieur même des communautés. Tout d'abord, on constate qu'il existe une méfiance accrue des peuples autochtones vis-à-vis des normes juridiques de la société canadienne, due à une longue histoire de domination située au cœur de la relation entre les peuples autochtones et le gouvernement canadien. Et donc, un changement de cap fondamental doit s'effectuer en ce qui concerne les relations de pouvoir entre les communautés autochtones, leurs dirigeants, ainsi que leurs homologues étatiques. Ces changements doivent être plus particulièrement axés sur le sujet de l'autodétermination des peuples autochtones.

²⁵¹ *Ibid* à la p 171.

On doit par ailleurs aussi considérer la situation des femmes autochtones (et des autres groupes marginalisés) à l'intérieur de leurs communautés. En effet, celles-ci vivent l'exclusion politique de la gouvernance de certains conseils de bande et continuent de subir les conséquences de la perte de leur statut en raison des règles discriminatoires de la *LI*. Les communautés et les instances autochtones doivent donc reconnaître que les femmes ont souffert d'une manière particulière des pressions coloniales sur leurs communautés. L'État canadien doit de son côté assumer sa part de responsabilité dans la marginalisation politique, sociale et économique des peuples autochtones et plus particulièrement des femmes autochtones.

2.1.4 Le recours aux ordres juridiques autochtones

Après avoir étudié certaines théories libérales et démocratiques qui sont favorables à la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones, mais qui posent aussi la question des droits individuels à l'intérieur de ces groupes, nous nous pencherons ici sur une autre voie théorique validant la reconnaissance de l'autodétermination des peuples autochtones au Canada.

Pour plusieurs intellectuels autochtones, mais aussi allochtones, l'autodétermination doit passer par la reconnaissance des ordres juridiques autochtones et donc, la reconnaissance de la normativité autochtone appliquée aux autochtones. Puisque nous nous intéressons plus spécifiquement à la question des droits des femmes autochtones, nous nous interrogerons par ailleurs sur le respect, par ces ordres juridiques, des droits individuels et plus spécifiquement des droits des femmes.

2.1.4.1 John Borrows : la reconnaissance des ordres juridiques autochtones au Canada

Tout d'abord, notons que le Canada est un État juridiquement pluraliste en ce qu'y cohabitent au moins deux systèmes juridiques distincts, le droit civil et la common law, qui offrent parfois des solutions différentes pour des problèmes analogues. Or, selon l'auteur anishinabe John Borrows, on devrait ajouter à cette liste un troisième ordre juridique largement

méconnu : le droit autochtone. En fait, l'existence du droit autochtone, qu'il s'agisse de règles coutumières ou de normes adoptées par un pouvoir législatif autochtone, fait en sorte qu'il serait plus approprié de parler du Canada comme d'un État multijuridique.²⁵² Selon Borrows, il est essentiel, dans une perspective de décolonisation, de reconnaître que les systèmes juridiques autochtones *existent* au Canada et *ne sont pas inférieurs* aux systèmes coloniaux, mais qu'ils ont une valeur intrinsèque et doivent être revitalisés.

D'après Borrows, on doit tout d'abord reconnaître que les normes juridiques autochtones ne sont pas uniquement coutumières, mais peuvent provenir d'une ou de plusieurs autres sources parmi lesquelles : les lois sacrées, les lois de la nature, la délibération et les normes adoptées par un pouvoir législatif autochtone.²⁵³ Le fait de reconnaître qu'il existe de nombreuses sources de droit autochtone permet aussi de mettre en lumière son caractère vivant et sa capacité à se renouveler.

Mais au-delà de la reconnaissance tacite du droit autochtone au Canada, Borrows croit que la structure fédérale et le statut particulier des peuples autochtones devraient justifier une reconnaissance explicite des ordres juridiques autochtones. En fait, selon lui la structure fédérale du Canada est conçue pour faciliter l'expression des normes, des coutumes et des traditions particulières des différentes régions du pays (provinces, territoires, villes). Les droits protégés par la *Charte* permettent quant à eux de donner le pouvoir aux différentes populations de mettre en pratique leurs cultures et leurs traditions respectives, ainsi que de poursuivre leurs buts et leurs aspirations, mais dans les limites de ce que la loi autorise à l'intérieur d'une société juste et démocratique. En fait, « Canada's founders rejected the idea of forced cultural coercion, at least as it related to the most critical challenges they encountered : French and English, juridical, cultural, religious, and linguistic differences. »²⁵⁴ Malgré le fait que ce cadre n'ait pas été historiquement étendu aux peuples autochtones, Borrows croit qu'il n'est pas trop tard pour y remédier.

²⁵² John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010 à la p 105.

²⁵³ *Ibid*, ch 2 [Notre traduction].

²⁵⁴ *Ibid* à la p 125.

D'ailleurs, selon les rédacteurs du rapport de la *Commission vérité et réconciliation* la revitalisation du droit autochtone participe aussi essentiellement d'une démarche de réconciliation entre les peuples. La Commission a été mise en place dans l'objectif de reconnaître les torts causés aux Autochtones par les pensionnats indiens ainsi que du besoin de poursuivre la guérison. Elle a pour objectif de mobiliser les Autochtones et les non-Autochtones afin de les guider dans un processus menant à la réconciliation des peuples et à de nouvelles relations fondées sur la compréhension et le respect. Les commissaires ont donc parcourus le Canada afin de recueillir les témoignages de survivants et des individus ayant été marqués par l'expérience des pensionnats indiens. Or selon les rédacteurs du rapport, « reconciliation will be difficult to achieve until Indigenous peoples' own traditions for uncovering truth and enhancing reconciliation are embraced as an essential part of the ongoing process of truth determination, dispute resolution, and reconciliation. »²⁵⁵ Les rédacteurs du rapport croient qu'on doit reconnaître aux peuples autochtones l'autorité, la responsabilité et la capacité de s'attarder à leurs différends en adoptant des normes pour régir leurs propres sociétés.²⁵⁶ La Commission recommande que le gouvernement fédéral, en collaboration avec les organisations autochtones, « fund the establishment of Indigenous law institutes for the development, use, and understanding of Indigenous laws and access to justice in accordance with the unique cultures of Aboriginal peoples in Canada. »²⁵⁷

Bien qu'il croit en l'importance d'intégrer les peuples autochtones dans le système fédéral canadien, Borrows insiste sur le fait qu'il ne s'agit pas de l'assimilation des peuples autochtones à la société dominante. Au contraire,

Each of Canada's legal traditions must remain strong to ensure peace, order, and good government. Canadians must therefore strive to develop and extend societal cohesion through common allegiance to Confederation's historical and legal framework. At the same time, differences in traditions must not be sacrificed to overreaching attempts to enforce civic solidarity. The country's constitutional goal is to reconcile unity and

²⁵⁵ *Honouring the Truth, Reconciling for the Future. Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, 2015 à la p 256, en ligne :

<http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Exec_Summary_2015_05_31_web_o.pdf> (consulté le 15 juin 2015).

²⁵⁶ *Ibid* à la p 258.

²⁵⁷ *Ibid* à la p 260.

diversity, to recognize continued interdependence even in the face of a measured independence. »²⁵⁸

La démocratie canadienne est donc fondamentalement liée aux objectifs concurrents d'unité et de diversité, et leur coordination doit inclure la promotion de l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones. En effet, ces peuples occupent une place particulière au sein du fédéralisme canadien : « they are not just another culture or minority group. »²⁵⁹ Selon Borrows, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît les peuples autochtones comme un groupe politique fondateur du Canada, ce qui fournit une justification pour la continuité de leurs traditions juridiques. En effet, selon la doctrine de la continuité, les lois autochtones n'ont pas été éteintes lors de la conquête ou plus tard, mais ont plutôt été absorbées dans le droit canadien dont elles font maintenant partie. D'ailleurs, si l'un des objectifs actuels du fédéralisme canadien vise la réconciliation avec les peuples autochtones, il devient nécessaire de reconnaître leurs ordres juridiques. Selon lui, pour qu'il soit effectif, le constitutionnalisme canadien doit donc permettre de cultiver et de raffiner les lois qui permettent de concrétiser les aspirations et les perspectives des peuples autochtones au côté des autres traditions juridiques canadiennes. Or afin de faire une plus grande place au droit autochtone dans la constitution canadienne, il est primordial de se défaire des préjugés qui perdurent par rapport au droit autochtone.

Finalement, en se basant sur l'expérience états-unienne, le professeur Kent McNeil croit que « effective self-government involves not only the power to make and administer Aboriginal laws, but also the authority to enforce those laws within Aboriginal communities. »²⁶⁰ C'est-à-dire que non seulement des normes proprement autochtones doivent être adoptées et mises en application, mais les disputes qui en découlent doivent aussi être entendues devant des tribunaux autochtones dont les juges connaissent la culture et les traditions de la communauté, au moins en première instance.

²⁵⁸ Borrows, *supra* note 252 aux pp 126-127.

²⁵⁹ *Ibid* à la p 129.

²⁶⁰ Kent McNeil, « Aboriginal Governments and the Charter: Lessons from the United States » (2002) 17:2 *Canadian Journal of Law & Society* 73-105 à la p 103.

2.1.4.2 L'affaire des Pueblos de Santa Clara et le respect des droits des femmes

Si les revendications d'autodétermination des peuples autochtones sont exaucées et que les traditions autochtones se voient reconnues et affirmées, comment s'assurer que les femmes aient non seulement une place politique, mais que leur égale dignité soit reconnue à l'intérieur de leurs communautés? Car, bien entendu, il est essentiel d'éviter la romantisation des cultures autochtones et de reconnaître qu'il existe actuellement des normes autochtones, comme certains codes d'appartenance, qui sont discriminatoires envers les femmes.

Pour illustrer le problème, nous utiliserons ici l'exemple de l'affaire *Santa Clara Pueblo v Martinez*²⁶¹, un arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis en 1978. Notons tout d'abord que les tribus autochtones sont considérées comme des « nations domestiques dépendantes » (« domestic dependant nations ») par le droit états-unien, et ce, depuis les années 1830.²⁶² Les bandes sont donc libres de déterminer leurs critères d'appartenance et les gouvernements tribaux ne sont pas assujettis aux garanties concernant les droits civiques contenues dans le *Bill of Rights*.²⁶³

Dans les années 1960, au moment où le mouvement pour les droits civiques bat son plein, le Congrès adopte le *Indian Civil Rights Act (ICRA)*²⁶⁴ « to place tribal governments and courts under limitations similar to those placed on the federal and state governments by the Amendments to the Constitution. »²⁶⁵ En fait, la loi reprend l'essentiel du *Bill of Rights*, mais reconnaît certaines exceptions, prenant en considération les caractéristiques uniques des différentes tribus. Certaines d'entre elles se sont malgré tout opposées à l'application de la loi, car elles considéraient que celle-ci minait leur droit à l'autonomie gouvernementale et mettait en péril leurs coutumes ainsi que leurs traditions.²⁶⁶

²⁶¹ [1978] 436 US 49.

²⁶² Depuis les affaires *Cherokee Nation v Georgia*, [1831] 30 US (5 Pet) 1 et *Worcester v Georgia*, [1832] 30 US (6 Pet) 515.

²⁶³ Le gouvernement fédéral a établi un standard de 25% de sang indien pour être reconnu comme tel, mais les tribus ont le dernier mot pour l'admission de leurs membres. Selon Bonita Lawrence, au moins une tribu accepte les individus prouvant 1/256e de sang indien, alors que d'autres vont demander 1/2 de sang indien du côté de la mère. La plupart des tribus ont toutefois adoptées le standard fédéral. Lawrence, *supra* note 16 à la p 17.

²⁶⁴ *Indian Civil Rights Act of 1968*, 25 UCS 1301-1304.

²⁶⁵ McNeil, *supra* note 260.

²⁶⁶ *Ibid.*

Dans l'affaire des Pueblos de Santa Clara, une femme puebla et sa fille réclamaient que le code d'appartenance de leur tribu cesse de traiter de manière discriminatoire les enfants nés d'un membre féminin de la tribu qui se mariait à un homme non-membre. En effet, alors que ces enfants ne pouvaient faire partie de la tribu, les enfants de membres masculins issus de leur union à des femmes non-membres faisaient automatiquement partie de la tribu. Puisque la plaignante était mariée à un homme Navajo, sa fille ne pouvait pas être membre de la tribu dans laquelle elle avait pourtant grandi. Selon les plaignantes, la discrimination basée sur le sexe prévue dans la loi de la tribu pueblo violait le ICRA et devait donc être modifiée.²⁶⁷

Dans son jugement majoritaire, le juge Marshall détermina que, puisque les cours fédérales n'étaient pas expressément investies de la compétence pour appliquer le ICRA, les tribus autochtones n'étaient donc pas assujetties à leur juridiction, sauf dans les cas d'*habeas corpus* dont le ICRA prévoit explicitement qu'ils peuvent être entendus par les cours fédérales. Selon le juge, « as separate sovereigns pre-existing the Constitution, tribes have historically been regarded as unconstrained by those constitutional provisions framed specifically as limitations on federal or state authority. »²⁶⁸

À la suite de l'adoption de la loi, et avant l'affaire des Pueblos de Santa Clara, les cours fédérales jugeaient généralement des allégations de contravention au ICRA par les gouvernements tribaux. Mais depuis lors, les actions en cours fédérales ont donc été limitées aux questions d'*habeas corpus* et les dispositions substantielles de la loi font maintenant partie de la juridiction exclusive des cours tribales. Or en ce qui concerne le cas de madame Martinez et de sa fille, « given that the judicial authority of the Pueblo was vested in the Tribal Council, their chances of obtaining a remedy were therefore nil. »²⁶⁹ Dans l'affaire des Pueblos de Santa Clara, la Cour suprême des États-Unis a ainsi reconnu que l'application des protections constitutionnelles aux citoyens autochtones constituait une immixtion indésirable

²⁶⁷ Andra Pearldaughter, « Martinez v. Santa Clara Pueblo - Sexual Equality under the Indian Civil Rights Act » (1978) 6:1 American Indian Law Review 187-204.

²⁶⁸ *Santa Clara Pueblo v Martinez*, *supra* note 261 au para 56.

²⁶⁹ McNeil, *supra* note 260 à la p 89.

de la culture dominante dans les affaires internes des tribus autochtones, portant ainsi atteinte à l'autonomie que leur garantissait le droit constitutionnel états-unien.

On perçoit ici clairement le conflit entre la protection des droits individuels et le maintien de la souveraineté et des traditions autochtones.²⁷⁰ Mais dans le contexte d'aujourd'hui, au Canada, qu'en est-il du respect des droits des groupes marginalisés à l'intérieur des communautés autochtones? Peut-on croire qu'ils seraient respectés si on reconnaissait les ordres juridiques autochtones, comme le propose John Borrows?

Dans son article *Aboriginal Governments and the Charter : Lessons from the United States*, le professeur Kent McNeil se demande si la solution états-unienne est *effectivement* inadéquate pour protéger les droits individuels, comme le prétendent plusieurs critiques. L'auteur rappelle que lors de la décision *Martinez* en 1978, plusieurs tribus étaient dépourvues de cours tribales, mais que, depuis, en réaction à cette décision, il y a eu une rapide augmentation de leur nombre. Par ailleurs, McNeil rapporte que la *United States Commission on Civil Rights* a reconnu en 1991 que certaines cours tribales présentaient des problèmes d'indépendance judiciaire. Toutefois, « in their view the solution was not federal court review, but increased funding for tribal courts, education of tribal councillors on the role of the judiciary and the importance of judicial independence, and intertribal appellate systems. »²⁷¹ En fait, selon la Commission, les problèmes de sous-financement étaient beaucoup plus pressants que ceux concernant directement les décisions des cours tribales.

Reconnaissant que les contextes historiques et constitutionnels sont différents entre les deux pays, McNeil croit que les enjeux fondamentaux sont remarquablement similaires et que le Canada peut tirer des leçons de l'approche états-unienne. Selon lui, la Cour suprême du Canada devrait éventuellement adopter la même solution que celle des États-Unis :

²⁷⁰ Gloria Valencia-Weber, « Santa Clara Pueblo v. Martinez: Twenty-five Years of Disparate Cultural Visions. An Essay Introducing the Case for Re-argument Before the American Indian Nations Supreme Court » (2004) 14:1 The Kansas Journal of Law & Public Policy 49-66.

²⁷¹ McNeil, *supra* note 260 à la p 94.

In addition to the fact that, like the provisions of the American Bill of Rights, s. 32 of the Charter does not explicitly refer to Aboriginal governments, preservation of the distinctive cultures and traditions of the Aboriginal nations is as much a constitutional principle in modern-day Canada as it is in the United States.²⁷²

Selon McNeil, les conséquences de l'affaire des Pueblos de Santa Clara quant aux droits des femmes autochtones ont peu de chance de se produire au Canada, même dans l'éventualité où la *Charte* ne serait pas applicable aux gouvernements autochtones. En effet, l'art. 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un article qui ne fait pas partie de la *Charte*, spécifie que les droits autochtones et issus de traités prévus à l'art. 35(1) sont garantis également aux femmes et aux hommes. Or puisque, selon l'auteur, l'autonomie gouvernementale est reconnue et affirmée par la constitution canadienne de 1982 à l'article 35(1), l'exercice de ce droit est donc assujéti à l'obligation prévue à l'article 35(4).

2.1.4.3 La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et le respect des droits des femmes

En ce qui concerne le droit international, notons que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)²⁷³, adoptée le 13 septembre 2007, reconnaît les droits humains, individuels et collectifs des peuples autochtones. En effet, l'article premier de la *Déclaration* prévoit que :

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'Homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'Homme.

La *Déclaration* fût adoptée après plus de vingt ans de négociations et de consultations entre des représentants des peuples autochtones, des États et d'autres acteurs insitutionnels. Elle est considérée comme un événement historique signifiant « the beginning of the realisation of the

²⁷² *Ibid* à la p 99.

²⁷³ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale, 13 septembre 2007, en ligne : Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf> (consulté le 6 janvier 2015).

vision, aspirations and basic rights of indigenous peoples living in all parts of the globe. »²⁷⁴ Lors de son adoption, seulement quatre États s’y sont opposés: les États-Unis, la Nouvelle-Zélande, l’Australie et le Canada. Comme toute résolution de *l’Assemblée Générale des Nations Unies*, la DNUDPA n’impose pas de règles contraignantes aux États qui l’ont appuyée, mais « elle les engage politiquement, comme déclaration d’intention, signalant leur volonté d’adopter un comportement respectueux vis-à-vis des peuples autochtones. »²⁷⁵ Lors de son adoption, le gouvernement canadien s’opposait à de nombreuses dispositions de la *Déclaration*, dont celles touchant au territoire, au consentement préalable, libre et éclairé, à l’autodétermination, à la propriété intellectuelle et aux questions militaires.²⁷⁶ Quoiqu’il en soit, le gouvernement canadien a finalement donné son appui du bout des lèvres à la *Déclaration* en 2010.²⁷⁷

La DNUDPA enchâsse une série de droits collectifs d’une très grande importance (droit à l’auto-détermination [art. 3], droit de décider de leurs propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes [art. 33 (1)]²⁷⁸, droit de s’administrer eux-mêmes [art. 4], etc.), ce qui a constitué une évolution importante en ce qui concerne les standards du droit international. Par ailleurs, plusieurs États ainsi que certains auteurs ont exprimés leurs craintes face à la possibilité que la reconnaissance de ces droits collectifs puisse affecter les droits des

²⁷⁴ Erica-Irene Daes, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Background and Appraisal » dans *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Hart Publishing, coll Studies in International Law, Oxford and Portland, Oregon, Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, 2011, 11-40 à la p 11.

²⁷⁵ Karine Gentelet, Doris Farget et Christopher Campbell-Durufflé, « Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones: valeur et pertinence » (2010) 23:1 *Nouvelles pratiques sociales* 130-136 à la p 131.

²⁷⁶ *Ibid* à la p 135.

²⁷⁷ En effet, dans son *Énoncé [...] appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, le gouvernement fédéral a précisé que son adhésion était conditionnelle au fait que « les principes de la Déclaration [pouvaient être interprétés] de façon conforme à [la] Constitution et à son cadre juridique », et que ce « cadre unique [...] demeurera[it] la pierre angulaire de nos efforts visant à promouvoir et à protéger les droits des Autochtones canadiens. » En ligne: <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>> (consulté le 8 octobre 2015).

²⁷⁸ « [S]ans préjudice [toutefois] du droit des autochtones d’obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l’État dans lequel ils vivent. ».

individus à l'intérieur des communautés autochtones et plus particulièrement, les droits des femmes.²⁷⁹

Notons que l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) a travaillé de concert avec d'autres représentants d'organisations et de peuples autochtones, incluant des membres du *Global Indigenous Women's Caucus*, afin de s'assurer que la discrimination basée sur le sexe et de la violence seraient expressément incluses dans la Déclaration.²⁸⁰ Grâce au travail de l'AFAC et des autres groupes faisant la promotion des droits des femmes, certains droits particuliers ont été enchâssés dans la *Déclaration*. Par exemple, l'article 22(2) prévoit que les États et les peuples autochtones doivent prendre les mesures nécessaires pour « veiller à ce que les femmes et les enfants autochtones soient pleinement protégés contre toutes les formes de violence et de discrimination et bénéficient des garanties voulues. » L'article 9 prévoit que « les autochtones, peuples et individus, ont le droit d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone, conformément aux traditions et coutumes de la communauté ou de la nation considérée. » L'article prévoit spécifiquement que « aucune discrimination quelle qu'elle soit ne saurait résulter de l'exercice de ce droit. » Selon Megan Davis, professeure au *Indigenous Law Centre of Australia*, la *Déclaration* « appreciates the serious challenges facing Indigenous women. »²⁸¹

Effectivement, les communautés autochtones font face à un problème criant concernant la violence faite aux femmes. Cette situation a d'ailleurs été décriée non seulement par des ONG comme *Amnistie Internationale*²⁸², mais par les instances internationales dont le *Comité pour l'élimination de la discrimination envers les femmes* (CEDEF) ainsi que le *Comité des droits de l'Homme*, qui ont tous deux reconnus le problème de la violence vécue par les femmes

²⁷⁹ Alexandra Xanthaki, « The UN Declaration on the rights of indigenous peoples and collective rights: What's the future for indigenous women? » dans *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, 2011, 413-431.

²⁸⁰ M Celeste McKay et Craig Benjamin, « A vision for fulfilling the indivisible rights of indigenous women » dans *Realizing the UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Triumph, hope, and action*, Purich Pub., Saskatoon, Jackie Hartley, Paul Joffe and Jennifer Preston, 2010, 156-168 à la p 159.

²⁸¹ Megan Davis, « International human rights law, women's rights and the Intervention » (2009) 7:10 *Indigenous Law Bulletin* 11-14 à la p 1.

²⁸² *No more stolen sisters. The need for a comprehensive response to discrimination and violence against Indigenous women in Canada*, AMR 20/012/2009, London, UK, Amnesty International, 2009.

autochtones au Canada.²⁸³ Ajoutant sa voix aux appels lancés au pays pour l'ouverture d'une enquête nationale sur les cas de femmes autochtones disparues et assassinées, le comité de la CEDEF affirme que le Canada a violé ses obligations internationales en vertu de la *Convention sur l'Élimination de toute Discrimination envers les Femmes*²⁸⁴ en omettant d'enquêter sérieusement sur les raisons qui en font les cibles d'actes violents répétés. Le comité considère « as an important and crucial step the State party's acknowledgement that violence against Aboriginal women and girls is linked to socio-economic disadvantage. »²⁸⁵ Selon le comité, la mise en place de mesures effectives concernant l'éducation, le support aux familles, la santé, la sécurité et le logement pourraient améliorer la situation socio-économique dans les communautés autochtones et donc, assurer une plus grande sécurité aux femmes autochtones. Ces initiatives doivent toutefois être impérativement liées aux *besoins réels des communautés* afin de s'attaquer efficacement aux sources de la vulnérabilité des femmes autochtones. Effectivement, le comité croit que :

The restrictive focus of measures taken to address violence against Aboriginal women, the limited outreach of programmes to communities, the lack of disaggregated data, the limited co-ownership by Aboriginal communities of the programmes developed by the State party, and the lack of a coordinated large-scale approach to address the issues of violence against Aboriginal women, attest to the inadequacy of existing programmes in terms of content and scope.²⁸⁶

De plus, le comité souligne l'importance de la manière dont les services policiers répondent aux problèmes, leur attitude envers les victimes, la protection qu'ils leur apportent et la manière dont ils conduisent les enquêtes. Malheureusement, le comité note l'accessibilité et l'efficacité limitée des procédures de plaintes et des remèdes apportés aux proches des femmes autochtones disparues ou assassinées.

²⁸³ *Report of the inquiry concerning Canada of the Committee of the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/OP8/CAN/1, United Nations, 2015, en ligne : <http://www.fafia-fai.org/wp-content/uploads/2015/03/CEDAW_C_OP-8_CAN_1_7643_E.pdf> (consulté le 17 juin 2015); *Concluding observations on the sixth periodic report of Canada*, CCPR/C/CAN/6, Human Rights Committee, 2015, en ligne : <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/CAN/6&Lang=en> (consulté le 29 septembre 2015).

²⁸⁴ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, adoptée par l'Assemblée générale des NU le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

²⁸⁵ *Supra* note 283 à la p 26.

²⁸⁶ *Ibid* au para 187.

L'absence de réponse aux problèmes socio-économiques vécus dans les communautés autochtones ainsi que la mauvaise prise en charge par la police des cas de femmes autochtones disparues ou assassinées résultent donc, selon le comité, en une violation grave du droit des femmes autochtones à la vie et à la sécurité, ainsi qu'à leur intégrité physique et mentale. Malgré tout, suite à la publication du rapport, le gouvernement canadien « a officiellement exprimé son désaccord avec les conclusions du comité. Il a ainsi rejeté de nouveau la possibilité de mettre sur pied une commission d'enquête publique sur la question. »²⁸⁷

Par ailleurs, la DNUDPA est aussi applicable en conjonction avec les autres outils des droits de l'Homme, comme la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination envers les femmes*.²⁸⁸ En se basant sur ces instruments, plusieurs femmes autochtones plaident pour une approche holistique cherchant à créer un équilibre entre les droits individuels et collectifs. Selon certains, la manière dont la société dominante voit et traite les peuples autochtones est directement liée à la violation du droit à la sécurité des femmes autochtones.²⁸⁹ Selon celles et ceux qui défendent une approche holistique, l'imposition de décisions prises par l'État, le déracinement et la dépossession des communautés, ainsi que les attaques contre la culture et les langues traditionnelles sont des facteurs critiques pour le bien-être des communautés et donc la violence faite aux femmes.²⁹⁰ La violation des droits collectifs entraînerait donc la violation des droits individuels dans plusieurs cas.

Notons par ailleurs que, comme nous l'avons vu, les réclamations des femmes autochtones du Canada vont souvent plus loin que le droit à la sécurité et à l'absence de discrimination, en ce qu'elles réclament aussi une voix politique au sein de leurs communautés. Or l'article 44 reconnaît quant à lui que les droits et libertés reconnus dans la *Déclaration* sont garantis de la même façon aux hommes et aux femmes. Finalement, l'article 46 (3) prévoit que les

²⁸⁷ La Presse Canadienne, « L'ONU presse le Canada d'enquêter sur les femmes autochtones disparues ou tuées », *Le Huffington Post* (3 juin 2015), en ligne : http://quebec.huffingtonpost.ca/2015/03/06/lonu-presse-le-canada-d_n_6817890.html (consulté le 17 juin 2015).

²⁸⁸ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, *supra* note 284.

²⁸⁹ M Celeste McKay et Craig Benjamin, *supra* note 280 aux pp. 156-168.

²⁹⁰ Xanthaki, *supra* note 279.

dispositions de la *Déclaration* devront être interprétées « conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l’homme, d’égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi. »

Par ailleurs, les peuples autochtones ont participé activement aux négociations entourant l’adoption de la *Déclaration* et la soutiennent largement. Lors de son adoption, Les Malezer, président du Caucus mondial des peuples autochtones a affirmé « qu’avec l’adoption de la *Déclaration*, l’ONU et les peuples autochtones avaient trouvé un terrain d’entente. Le texte n’est à la fois ni l’expression de la seule volonté des Nations Unies ni le reflet du point de vue exclusif des autochtones. C’est le fruit d’un respect mutuel. »²⁹¹ En effet, selon l’auteure Alexandra Xanthaki, « the process of adoption of the Declaration was unique; never before has the development and adoption of a human rights instrument been driven so much and so successfully by the interested party, the transnational indigenous movement. »²⁹²

Au Canada, les Chefs de l’Assemblée des Premières Nations l’ont adoptée par voie de la résolution n^o 37/2007.²⁹³ Au début de l’année 2015, le député fédéral cri Romeo Saganash a déposé un projet de loi privé visant à intégrer la *Déclaration* – qui n’est pas un outil juridique contraignant – en droit canadien.²⁹⁴ Le projet de loi a toutefois été défait lors du vote de la Chambre des communes, le 6 mai 2015.²⁹⁵ Le 5 juin dernier, *Le Devoir* rapportait que Ghislain Picard, le Chef de l’APNQL « press[ait] les provinces canadiennes, au premier chef le Québec, à “adapter leurs politiques sur la base des principes” de la *Déclaration* des Nations

²⁹¹ Nations Unies, *Au terme de plus de vingt ans de négociations, l’Assemblée Générale adopte la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, en ligne : <<http://www.un.org/press/fr/2007/AG10612.doc.htm>> (consulté le 6 avril 2015).

²⁹² Xanthaki, *supra* note 279 à la p 413.

²⁹³ Assemblée des Premières Nations, « Mettre en oeuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », en ligne : Secteurs de politique <<http://www.afn.ca/index.php/fr/secteurs-de-politique/mettre-en-uvre-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones>> (consulté le 6 avril 2015).

²⁹⁴ Nunatsiaq news, « Romeo Saganash sponsors bill to recognize indigenous peoples’ rights », *Nunatsiaq online* (17 mars 2015), en ligne : Nunatsiaq online <http://www.nunatsiaqonline.ca/stories/article/65674federal_bill_wants_canadian_law_to_recognize_indigenous_peoples_rights/> (consulté le 6 avril 2015).

²⁹⁵ Romeo Saganash, *Les Conservateurs laissent tomber les Peuples Autochtones*, NPD, 5 juin 2015, en ligne : <<http://romeosaganash.npd.ca/les-conservateurs-laissent-tomber-les-peuples-autochtones>> (consulté le 7 juin 2015).

Unies sur les droits des peuples autochtones, à défaut d'avoir persuadé Ottawa d'y souscrire. »²⁹⁶ Ces observations démontrent donc que les représentants des peuples autochtones du Canada appuient largement la *Déclaration* dans sa forme actuelle, incluant les droits individuels et collectifs, ainsi que l'expression particulière de la protection des droits des femmes.

Dans le contexte actuel et pour les raisons qui précèdent, il semble qu'aujourd'hui au Canada les droits des femmes autochtones soient beaucoup plus susceptibles d'être respectés au sein des communautés autochtones, même advenant le cas où la *Charte* ne leur serait pas applicable. Toutefois, comme notre but n'est pas ici de déterminer si la *Charte* devrait s'appliquer ou non aux gouvernements autochtones, nous nous contenterons donc de dire, à l'instar de Kent McNeil, que la réflexion sur le sujet doit être profonde, et qu'on doit toujours rester conscient que « the imposition of Canadian values and norms on the Aboriginal peoples perpetuates colonialism and – as our history teaches us so well – simply does not work. »²⁹⁷

2.2 Les différentes perspectives des femmes autochtones : un accent mis sur les rapports de pouvoir

Après avoir étudié la question des droits des peuples autochtones à l'autodétermination et donc, à l'établissement (ou au rétablissement) de leurs propres normes juridiques, notamment en ce qui concerne l'appartenance, il est primordial de se questionner sur la place que pourront occuper les groupes d'individus minoritaires ou marginalisés à l'intérieur de ces communautés. Plus précisément, nous nous intéressons ici à la question de la place des femmes. Mais d'où provient la nécessité d'étudier cette question? Au-delà des principes libéraux d'égalité, de non-discrimination et de démocratie qui nous mènent résolument vers la prise en compte de tous dans un tel processus, une question (d'absence) de pouvoir politique et juridique fait surface selon Val Napoleon. En effet, un peu partout où il y a résurgence des règles normatives traditionnelles « indigenous women are erased from the land both legally

²⁹⁶ Marco Bélair-Cirino, « Réconcilier sans ouvrir la Constitution? », *Le Devoir*, éd vendredi 5 juin 2015 à la p A1.

²⁹⁷ McNeil, *supra* note 260 à la p 104.

and politically. »²⁹⁸ Cette situation est particulièrement criante dans certains états de l'Afrique subsaharienne²⁹⁹ où des systèmes juridiques coutumiers ont été implantés, comme en Namibie³⁰⁰ ou en Éthiopie³⁰¹, mais ne doit pas être perdue de vue en contexte canadien.

L'inclusion des femmes dans le processus de revitalisation des normes autochtones est donc une question clé pour plusieurs auteures, dont Napoleon : « Since power dynamics are always a part of social relationships, we need to ask whose power is preserved through oppressive cultural, legal, or social norms. »³⁰² Le défi des peuples autochtones est donc de s'assurer que leurs propres traditions juridiques puissent résoudre les conflits contemporains, y compris les violations des droits de la personne.³⁰³

Mais, dans le contexte autochtone canadien, profondément affecté par les dérives du colonialisme dont les désastreux résultats se font toujours sentir, plusieurs se questionnent sur la légitimité de l'utilisation des outils « occidentaux » pour résoudre les problèmes internes des groupes autochtones. Car, comme l'a écrit Audre Lorde, féministe Antillaise-Américaine lesbienne :

For the master's tools will never dismantle the master's house. They may allow us temporarily to beat him at his own game, but they will never enable us to bring about genuine change. And this fact is only threatening to those women who still define the master's house as their only source of support.³⁰⁴

²⁹⁸ Val Napoleon, « Aboriginal discourse: Gender, identity, and community » dans *Indigenous peoples and the law: Comparative and critical perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Benjamin J Richardson, Shin Imai and Kent McNeil, 2009, 233-256 à la p 242.

²⁹⁹ Polavarapu, *supra* note 2.

³⁰⁰ Eline Peters et Janine Ubink, « Restorative and Flexible Customary Procedures and Their Gendered Impact: A Preliminary View on Namibia's Formalization of Traditional Courts » [2014] Social Science Research Network, en ligne : Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=2520158>> (consulté le 12 octobre 2014).

³⁰¹ Fiona Flintan, « Sitting at the table: securing benefits for pastoral women from land tenure reform in Ethiopia » (2010) 4:1 *Journal of Eastern Africa Studies* 153-178.

³⁰² Val Napoleon, « Thinking About Indigenous Legal Orders » dans *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Springer, 17, coll Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, René Provost et Colleen Sheppard, 2013 à la p 244.

³⁰³ Napoleon, *supra* note 298.

³⁰⁴ Audre Lorde, « The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House » dans *Sister Outsider: Essays and Speeches*, Crossing Press, coll Crossing Press Feminist Series, Trumansburg, NY, 1984, 110-113 à la p 111.

Plus précisément, le discours libéral des droits de la personne, et son incarnation dans la *Charte*³⁰⁵, est critiqué et son utilisation remise en question par celles et ceux et qui y voient un nouvel outil d'imposition de valeurs qu'ils considèrent étrangères à leur culture.

2.2.1 La controverse entourant le discours libéral des droits de la personne

Plusieurs auteurs ont remis en question la pertinence culturelle du discours libéral des droits de la personne dans un contexte autochtone. Nous nous intéresserons toutefois plus particulièrement à la critique de la *Charte* portée par Patricia Monture-Angus et Mary-Ellen Turpel, pour la simple raison qu'en tant que femmes autochtones, elles sont les mieux placées pour comprendre et décrire l'intersectionnalité dont elles font l'objet.

Au cœur de leur discours, on reconnaît deux types de critiques à l'endroit de la *Charte*. Premièrement, elles lui opposent des objections pratiques, en mettant en doute son efficacité en ce qui concerne la protection des droits des femmes autochtones. Or le bien-fondé de cette critique s'atténue avec l'évolution de la jurisprudence canadienne qui reconnaît de plus en plus la situation de discrimination intersectionnelle vécue par les femmes autochtones, comme nous l'avons vu dans la première partie de ce mémoire. Par ailleurs, la deuxième critique portée par Monture-Angus et Turpel est bien plus fondamentale puisqu'elle suppose qu'il y aurait une incompatibilité profonde entre les valeurs autochtones et celles du reste de la société canadienne, rendant indésirable l'application de la *Charte* aux autochtones.

2.2.1.1 Objections pratiques à l'encontre de l'application de la Charte

Tout d'abord, contrairement à plusieurs défenseurs et groupes de femmes autochtones qui considèrent la *Charte* comme un outil fondamental dans la lutte contre la discrimination des femmes autochtones³⁰⁶, Patricia Monture-Angus « cannot imagine the way [she] would use the Charter to advantage Aboriginal women's rights ». ³⁰⁷ Elle fait valoir, entre autres critiques, que la *Charte* ne permet d'attaquer que les actes discriminatoires de l'État, et non

³⁰⁵ *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, supra note 80.

³⁰⁶ Nahanee, supra note 2.

³⁰⁷ Monture-Angus, supra note 34 à la p 146.

ceux des individus³⁰⁸ et que la clause nonobstant (art. 33) permet à un gouvernement (provincial ou fédéral) de promulguer une loi la sachant discriminatoire.³⁰⁹ Ces objections à la *Charte* sont fondées, mais ne justifient pas son abandon pour autant.

En ce qui concerne la clause nonobstant, il est tout d'abord important de noter qu'il y aurait de graves conséquences politiques à son utilisation déraisonnable par un gouvernement (Monture-Angus le reconnaît d'ailleurs dans une note de bas de page³¹⁰), ce qui constitue un élément dissuasif assez fort. De plus, le fait qu'un outil de droit ne soit pas parfait ne semble pas requérir qu'on le laisse de côté intégralement et dans toutes les situations. L'auteure admet d'ailleurs qu'en tant que femme, elle préfère avoir une protection constitutionnelle limitée plutôt qu'aucune protection.³¹¹ En effet, nous croyons que, même si elle demeure sujette à critique, la *Charte* demeure une loi fondamentale qui a permis dans plusieurs cas l'avancement de la société canadienne vers un idéal de justice et d'égalité.

Monture-Angus critique aussi la *Charte* sur la base des catégories de discrimination énumérées dans l'article 15, puisqu'elle ne reconnaît pas explicitement la discrimination intersectionnelle vécue par les femmes autochtones :

There is no single prohibited ground that captures my experience of life. I am forced to artificially separate my race (more appropriately my culture) from my gender. All of the categories within section 15 do not capture my experience. I have to twist and turn my understanding of the words to make my experience fit. This feels very much like one of the ways I experience discrimination – someone else does the defining, presuming I fit.³¹²

Comme discuté dans la première partie, il est vrai que les tribunaux ont eu de la difficulté à concevoir et à appliquer une perspective intersectionnelle de la discrimination vécue par les femmes autochtones. Toutefois, il faut se rappeler que Turpel et Monture-Angus ont écrit dans

³⁰⁸ *Ibid* à la p 139.

³⁰⁹ *Ibid* à la p 144.

³¹⁰ Patricia Monture-Angus, « A First Journey in Decolonized Thought: Aboriginal Women and the Application of the Canadian Charter » dans *Thunder in my Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Fernwood, Halifax, 1995, 131-151, n 22.

³¹¹ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 142.

³¹² *Ibid* à la p 141.

un contexte sociopolitique différent au début des années 1990, que la jurisprudence a grandement évolué depuis l'affaire *Lavell*, et que la discrimination intersectionnelle est maintenant beaucoup plus largement reconnue par les instances judiciaires canadiennes. Alors qu'elle pouvait être pertinente à une certaine époque, cette critique est donc pour le moins discutable dans un contexte contemporain.

2.2.1.2 *Objections culturelles au discours libéral des droits de la personne*

Mais au-delà de cette critique qui semble associée à son temps, Turpel et Monture-Angus soulèvent un problème plus fondamental et apparemment insoluble : l'existence d'un conflit culturel irréductible. Mary-Ellen Turpel considère tout d'abord que le préambule de la *Charte*, voulant que le Canada soit « fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit »³¹³, « is both inaccurate as an historical matter, and insensitive to cultural differences at least with respect to Aboriginal peoples. »³¹⁴ Selon elle, ce préambule est l'expression de l'hégémonie culturelle qui existe au Canada et qui s'ajoute au fait que la constitution canadienne est basée sur l'idée des deux peuples fondateurs (Anglais et Français), passant ainsi sous silence la contribution des peuples autochtones. Au regard de ses observations, l'auteure se questionne : « To what extent is the Canadian constitutional system capable, ideologically, of admitting cultural differences? »³¹⁵

Selon Monture-Angus, la discrimination que vivent les femmes autochtones est le résultat unique des politiques du gouvernement fédéral; un problème qui n'a d'autres sources que le colonialisme.³¹⁶ Elle tend à glorifier un passé précolonial et voit dans la *Charte* l'expression du problème plutôt que de sa solution. Dans le même ordre d'idées, Turpel considère que le paradigme des droits sur lequel se fonde la *Charte* est irréconciliable avec les cultures autochtones. Elle considère que, même si les membres des peuples autochtones se sont parfois appropriés avantageusement le discours des droits dans leurs batailles contre les effets du colonialisme, cette solution n'en est pas une puisque « the 'rights' analysis and imagery is a

³¹³ *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, supra note 80.

³¹⁴ Mary-Ellen Turpel, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive monopolies, cultural differences » (1989) *Annual Human Rights Year Book* 3-45 à la p 7.

³¹⁵ *Ibid* aux pp 8-9.

³¹⁶ Monture-Angus, supra note 34 à la p 146.

projection of an exclusionary cultural or political self-image »³¹⁷, plutôt qu'un mode d'analyse viable universellement. Selon Turpel, le déni de la spécificité des cultures autochtones est un important outil d'hégémonie culturelle, puisqu'il implique la légitimation de politiques fondées sur une idéologie propre à la société dominante.

Selon ces deux auteures, les membres des peuples autochtones ont une manière différente d'appréhender la vie qui se reflète entre autres dans leurs institutions juridiques. Selon Monture-Angus, les Premières Nations ont une conception des droits individuels qui les rend *indissociables* des droits collectifs. Effectivement, c'est la *responsabilité* qui est au cœur de leurs cultures, contrairement au concept de *droits* qui, lui, est plutôt associé à la culture dominante : « Responsibility as a basis for the structure of a culturally based discourse focuses attention not on what is mine, but on the relationships between people and creation (that is both the individual and collective). »³¹⁸

En fait, les approches juridiques et politiques actuelles concernant les droits territoriaux autochtones, approches enfermées dans un ensemble de droits contemporains, ne sont pas nécessairement cohérentes avec la culture autochtone. Une étude anthropologique de la culture autochtone permet de constater qu'il s'agit d'une dénaturation des habitudes d'utilisation traditionnelles du territoire, les transformant en « droits collectifs ». Conceptuellement, pour les autochtones la propriété est une « relation entre personnes plutôt qu'une relation entre personnes et objets. »³¹⁹ Turpel décrit les droits reconnus par la *Charte* comme une zone d'exclusion spéciale par laquelle les individus sont protégés les uns des autres et conclut donc qu'idéologiquement, le discours politique canadien est régulé par les notions libérales de propriété et d'intérêt individuel.³²⁰ Or cette approche serait culturellement incompatible avec la vision holistique qu'ont les peuples autochtones du monde, selon laquelle la vie sociale est basée sur la responsabilité de chacun envers toutes les autres créations et le respect de la Terre. Cette vision ne connaît pas d'équivalent dans la conception des « droits », tels que nous les concevons, puisqu'elle ne comporte aucun équivalent à la notion de propriété privée ou de

³¹⁷ Turpel, *supra* note 314 à la p 10.

³¹⁸ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 28.

³¹⁹ Van Woudenberg, *supra* note 2 à la p 76.

³²⁰ Turpel, *supra* note 314 à la p 15.

sphères sociales privées. Dans cette perspective, le libéralisme, qui met l'accent sur les droits individuels des membres d'une société, est considéré comme indésirable.

Ces auteures ne rejettent pas pour autant l'importance du bien-être des individus qui forment une société. En fait, selon Monture-Angus, c'est tout le contraire : « communities cannot be healthy if the individuals which comprise those communities are not healthy. »³²¹ Mais selon Turpel et Monture-Angus, les autochtones ne se sentent pas concernés par un système juridique fondé sur le discours des droits de la personne, malgré le fait que la *Charte* reconnaisse aussi les droits collectifs des peuples autochtones à son article 35. D'après Turpel, il existe en fait une grande contradiction dans l'application du discours des droits en matière autochtone :

That is, a contradiction between, on the one hand, wanting to accept Aboriginal peoples as distinct peoples, and, on the other hand, requiring that distinctness be expressed through something called Aboriginal rights defined by Canadian law and accepted in courts whose process and decorum reflect a different cultural system.³²²

Turpel considère la *Charte* comme une menace à la culture autochtone, et plus précisément comme un obstacle à la réinsertion des modes de résolution de conflits autochtones, puisqu'elle est l'expression de l'hégémonie culturelle de la société dominante. Les individus autochtones, s'ils contestent les actions de leurs gouvernements (autochtones) au moyen de la *Charte*, légitimeraient donc une approche libérale au sein de leurs communautés, et remettraient ainsi en question l'utilisation de politiques et d'instruments juridiques propres à leurs cultures. Ces actions pourraient donc se solder en une atteinte au droit à l'autodétermination de leurs peuples.

Pour sa part, Monture-Angus établit un lien entre les institutions de la société canadienne et la domination masculine; une image qu'elle oppose à celle des institutions autochtones traditionnelles :

³²¹ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 240.

³²² Turpel, *supra* note 314 à la p 37.

Although many institutions of the dominant society claim to be objective and value free, they actually reflect a male construction of reality. The solutions we advocate must be seen to challenge the male-dominated structure. [...] Law is a particularly good example of the way in which the male construction of reality is implemented in such a way that gender specificity of legal relations is vanished.³²³

Ces femmes autochtones rejettent donc la structure libérale des droits de la personne, et insistent sur l'importance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones dans le choix de leurs structures politiques; des structures qui devraient selon elles représenter davantage les valeurs qu'elles associent à la pensée autochtone et féminine. C'est donc grâce à un retour à une conception traditionnelle des genres et des normes qu'on pourrait, selon Monture-Angus et Turpel, retrouver un équilibre dans les sociétés autochtones et ainsi permettre leur « guérison ».

Il est toutefois intéressant de noter que la critique du légalisme libéral porté par Monture-Angus est semblable à celle portée par les féministes, qui dénoncent la nature du concept de la « personne raisonnable » et le rôle qu'on attribue à la loi dans les sociétés libérales. Selon elles, le concept de la personne raisonnable témoigne d'une approche masculiniste ignorante de la subjectivité des normes. Tout d'abord, d'un point de vue historique et empirique, « privileged white men have populated law, shaped it in their own image, and instated their experience and view of the world as the legal norm, which has then come to be seen as universal, neutral, objective, inevitable and complete. »³²⁴ D'un point de vue symbolique, la description de la personne raisonnable comme étant rationnelle, autonome, indépendante, autosuffisante et formellement égale devant la loi, est loin d'être neutre et reflète plutôt les qualités associées à un idéal masculin.

Comme chez Monture-Angus, les féministes dénoncent l'échec du droit à prendre en compte la réalité de leurs expériences et de leur vécu en raison de sa subjectivité. De plus, à un niveau symbolique, la construction du masculin comme étant rationnel, objectif et universel, se base

³²³ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 219.

³²⁴ Rosemary Hunter, « Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critique of Liberal Legalism » dans *Feminist Legal Theory*, Ashgate, coll Ashgate Research Companion, Farnham, England, Margaret Davies et Vanessa E Munro, 2013, 13-30 à la p 13.

sur une vision binaire qui y oppose le féminin, perçu comme irrationnel, subjectif et particulier.³²⁵ Comme Monture-Angus, les féministes ont ainsi rejeté et dénoncé une image de la loi « as objective, impartial, progressive and self-limiting and have instead highlighted its tendencies to maintain and exacerbate inequality, exclusion and oppression. »³²⁶

Turpel et Angus-Monture restent donc décidément axées sur l'importance du respect des femmes autochtones à l'extérieur ainsi qu'au sein de leurs groupes culturels, mais rejettent la possibilité d'atteindre leurs objectifs par l'utilisation des moyens mis à leur disposition par la société dominante, qui demeure le symbole absolu du colonialisme. En fait, pour Monture-Angus « the way that women are treated, not only within Aboriginal nations but within this country and any other one you want to choose, is the ultimate test of whether a country is democratic, is free, is just. »³²⁷

Plusieurs questions découlent de ces observations : les objections que ces auteures font à l'intégration de la structure libérale des droits de la personne dans une perspective des droits autochtones sont-elles inébranlables? Les femmes autochtones doivent-elles pour autant renoncer à la protection de leurs droits, consacrés par la *Charte* et reconnus à tous et à toutes dans une société libre et démocratique? Un retour aux valeurs traditionnelles est-il envisageable ou même souhaitable au sein des sociétés autochtones contemporaines, qui ont inéluctablement été transformées par le colonialisme, et qui continuent d'évoluer au rythme de la mondialisation? Serait-il possible d'adopter des normes juridiques autochtones qui protègent les droits des individus, mais qui soient dénuées de toute la symbolique colonialiste entourant la *Charte*?

Afin de mieux comprendre les enjeux entourant ces questionnements, nous nous intéresserons brièvement aux rapprochements qui peuvent être faits entre une critique autochtone et une critique féministe du libéralisme. Ensuite, et puisque, s'il existe une clef à ce problème, nous croyons qu'elle proviendra nécessairement d'une approche dénuée de tout essentialisme

³²⁵ *Ibid* à la p 14.

³²⁶ *Ibid* à la p 19.

³²⁷ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 262.

culturel ou féministe, nous décrivons ce que cet essentialisme représente. Finalement, nous établirons ce que peut représenter le féminisme autochtone pour celles qui en sont les actrices et comment il peut s'inscrire dans la lutte politique des peuples autochtones.

2.2.1.3 *Convergences des critiques autochtones et féministes du libéralisme*

Bien que ces critiques ne fassent pas l'unanimité, il est intéressant de noter que la critique du libéralisme portée par certaines féministes se rapproche en plusieurs points de la critique du libéralisme faite par Monture-Angus et Turpel. Selon Martha C. Nussbaum, ces critiques sont centrées autour de trois objections majeures. Tout d'abord, certaines féministes reprochent au libéralisme son individualisme exacerbé : « its focus on the dignity and worth of the individual slights and unfairly subordinates the value to be attached to community and to collective social entities such as families, groups, and classes. »³²⁸ De la même manière et comme il a été expliqué plus haut, une perspective autochtone implique que les droits individuels ne peuvent éclipser les droits collectifs. En effet, une approche holistique autochtone de la justice, mettant l'accent sur la responsabilité de chacun, est primordiale.

Deuxièmement, certaines féministes ont dénoncé le fait que l'idéal d'égalité promu par la perspective libérale, parce que trop abstrait et formel, ne peut appréhender adéquatement les enjeux de pouvoir qui changent selon les situations sociales.³²⁹ En effet, la réalisation de l'*égalité formelle*, qui fait en sorte que tous ont droit au même traitement, peu importe leur situation économique, politique, culturelle, etc., ne permet pas toujours la réalisation de l'*égalité réelle* puisque différents facteurs peuvent influencer les chances de chacun. En fait, le seul moyen de permettre aux groupes sociaux doublement marginalisés d'atteindre une égalité réelle est de reconnaître qu'ils vivent la discrimination d'une manière différente et de mettre en place des solutions adaptées à ces particularités.

³²⁸ Martha C Nussbaum, *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, New York, 1999 à la p 58.

³²⁹ Margot Young, « Unequal to the Task: “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 » (2010) 50:2 Supreme Court Law Review 183-219.

Cette critique semble toutefois atténuée en contexte canadien, en raison de la reconnaissance par la Cour suprême de l'importance d'évaluer la discrimination selon une approche contextualisée, comme nous l'avons vu dans la première partie de ce texte.

Par contre, lorsqu'on évalue la situation des femmes autochtones en lien avec l'intersectionnalité politique qu'elles vivent, on constate que la Cour suprême ne fournit pas nécessairement la possibilité pour les femmes de vivre une *égalité réelle* en ce qui concerne l'expression de leurs revendications politiques. Dans une critique de l'article 15 de la *Charte*, Margot Young soutient que pour dépasser *l'égalité formelle* et atteindre une *égalité réelle*, l'analyse juridique doit être substantielle et critique. Elle doit être soucieuse des différents pouvoirs en jeu et des effets de la loi sur l'environnement social et économique. Une telle analyse doit aussi être hautement contextuelle et prendre en considération le caractère intersectionnel de la discrimination. Selon elle, l'égalité réelle requiert souvent une action positive et étendue de l'État, plutôt qu'une simple non-interférence. Or, comme nous l'avons vu dans l'affaire *AFAC*, la *Charte* ne protège que contre les actions positives discriminatoires de l'État et non pas contre l'absence d'action, qui peut pourtant mener à un déni de l'égalité réelle.³³⁰

Finalement, certaines femmes autochtones, dont Monture-Angus, ont aussi critiquées le libéralisme en raison de l'accent qu'il met sur la raison, et qui met injustement de côté le rôle que l'on devrait donner aux émotions dans la vie morale et politique.³³¹ Cette critique est partagée par certaines féministes occidentales, dont Martha C. Nussbaum qui dénonce aussi les dérives de la raison et qui pousse pour une plus grande justice sociale. Selon Nussbaum, l'association systématique des choix basés sur les émotions avec une forme d'« irrationalité » est une erreur. Selon elle « emotions, like other forms of thought and imagination, should be valued as elements in a life governed by critical reasoning. »³³²

³³⁰ *Ibid* aux pp 195-197.

³³¹ Monture-Angus, *supra* note 34.

³³² C Nussbaum, *supra* note 328 à la p 74.

On constate donc que certains rapprochements peuvent être faits entre une théorie critique autochtone et une théorie critique portée par des féministes non libérales, soient-elles socialistes, différentialistes, radicales ou écoféministes. Par ailleurs, les critiques féministes et autochtones ont aussi généralement comme point commun le rejet de l'essentialisme qu'elles perçoivent chez certains pourfendeurs des théories qu'elles-mêmes dénoncent, qu'il s'agisse d'un essentialisme culturel, féminin ou féministe.

2.2.2 De l'importance d'éviter l'essentialisme

2.2.2.1 L'essentialisation des cultures autochtones

Dans un processus de revalorisation et de réintégration des normes autochtones, il est primordial d'éviter l'essentialisme culturel qui mène à la folklorisation des règles de droit. En effet, les valeurs portées par les membres d'une culture sont en constante mouvance et le droit, qui en est le fruit, doit s'y adapter. Le droit doit demeurer vivant et à l'écoute des besoins des membres du groupe afin de s'adapter aux changements sociaux qui se produisent nécessairement en son sein. Cette attention particulière prend tout son sens lorsqu'on étudie les droits des femmes ou d'autres groupes marginalisés dont les membres peuvent être victimes de discrimination à l'intérieur de leur groupe culturel d'appartenance.

Discutant de sa « capabilities approach », Martha C. Nussbaum soulève le problème de la mise en application des droits humains dans un contexte culturel différent. Nous ne pouvons adhérer complètement à cette contre-théorie du développement économique, car elle nous apparaît à certains égards ethnocentrique. En effet, l'auteure insiste sur l'importance de la liberté individuelle de vivre une vie choisie selon ses propres valeurs et se fondant sur une vision très individualiste du bien-être.³³³ Selon nous, cette perspective occidentale sous-tend des valeurs que plusieurs communautés religieuses et culturelles remettent en question. Malgré tout, cette théorie met en lumière certains points intéressants pour notre propos. En effet, Martha C. Nussbaum soutient qu'il est primordial de considérer les groupes culturels dans

³³³ Noel Castree, Rob Kitchin et Alisdair Rogers, *Oxford Dictionary of Human Geography*, 1^{re} éd, Oxford University Press, 2013, *sub verbo* « capabilities approach », en ligne : Oxford Dictionary of Human Geography <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199599868.001.0001/acref-9780199599868-e-163?rskey=Kq0jIN&result=164>> (consulté le 29 septembre 2015).

toute leur diversité et d'éviter de donner aux valeurs traditionnelles une autorité normative du seul fait qu'elles sont issues de la tradition :

[A]s we ponder the whole issue of pluralism and cultural values, we should bear in mind that no culture is a monolith. All cultures contain a variety of voices, and frequently what passes for « the » tradition of a place is simply the view of the most powerful members of the culture, who have had more access to writing and political expression.³³⁴

S'interrogeant sur la manière « to (re)build our own house », ³³⁵ l'auteure anishinaabe Leanne Simpson explique que le verbe *Biskaabiiyang* signifie « to look back ». Elle mentionne que le terme peut être utilisé de la même manière que le terme décolonisation, « to pick up the things we were forced to leave behind, whether they are songs, dances, values, or philosophies, and bring them into existence in the future. »³³⁶ Elle note toutefois, et c'est ce qui nous intéresse le plus, que :

Biskaabiiyang does not literally mean returning to the past, but rather re-creating the cultural and political flourishing of the past to support the well-being of our contemporary citizens. It means reclaiming the fluidity around our traditions, not the rigidity of colonialism; it means encouraging the self-determination of individuals within our national and community-based contexts; and it means re-creating an artistic and intellectual renaissance within a larger political and cultural resurgence.³³⁷

Selon Glen Coulthard, la résurgence autochtone doit être un mouvement intellectuel, social, politique et artistique qui « draws critically on the past with an eye to radically transform the colonial power relations that have come to dominate our present. »³³⁸ Dans son livre *Canada's Indigenous Constitution*³³⁹, John Borrows soutient qu'il est nécessaire que le droit autochtone s'inscrive dans un processus évolutif constant afin d'éviter son essentialisation. Selon lui, « the authenticity of Indigenous law and governance is not measured by how closely they

³³⁴ Martha C Nussbaum, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011 aux pp 106-107.

³³⁵ En référence à la fameuse phrase de Audre Lorde : Leanne Simpson, *Dancing on our turtle's back: Stories of Nishnaabeg re-creation, resurgence and a new emergence*, Arbeiter Ring publishing, Winnipeg, 2013 à la p 32.

³³⁶ *Ibid* à la p 50.

³³⁷ *Ibid* à la p 51.

³³⁸ Coulthard, *supra* note 68 à la p 157.

³³⁹ Borrows, *supra* note 252.

mirror the perceived past, but how consistent they are with current ideas of their communities. »³⁴⁰ En d'autres mots, l'« authenticité » du droit, ou ce que le droit devrait représenter comme valeurs communes dans une société, ne devrait pas être évalué par rapport à la tradition, mais plutôt par rapport à la volonté des membres de la communauté qu'il régit.

Mais pourquoi les groupes minoritaires auraient-ils tendance à essentialiser leurs traditions et à servir les intérêts des membres les plus puissants et les plus conservateurs du groupe? Selon le professeur de philosophie Yael Tamir, la notion de *droits collectifs* suppose un agent unifié, et l'identification de *ses intérêts* et de *ses traditions* est essentielle à la réalisation des droits du groupe. Conséquemment, les désaccords et les schismes internes sont perçus comme une menace pour la protection des droits du groupe. Ses dirigeants seront portés à chercher l'unanimité, ou une apparence d'unanimité, parfois même au prix de l'oppression des membres dont les opinions divergent.³⁴¹

En plus de servir, de façon générale, à créer un agent unifié de revendications pour les groupes identitaires, l'essentialisation de « la culture autochtone » a pris une forme particulière dans le contexte constitutionnel canadien puisqu'elle a été favorisée par les politiques étatiques comme la *Loi sur les Indiens* et la définition jurisprudentielle des droits ancestraux. Tout d'abord, la *Loi sur les Indiens* a favorisé les conflits concernant l'authenticité des Indiens en créant des catégories factices censées définir l'appartenance des individus à un groupe social.³⁴² Cette appartenance permet d'identifier qui aura droit aux bénéfices et revenus, aux pouvoirs dévolus par le gouvernement fédéral et au contrôle des terres et des ressources;³⁴³ s'ensuit donc nécessairement une foule de conflits concernant l'identité, le statut d'Indien et de membre, à l'intérieur même des communautés, et qui cachent des conflits pour l'accès aux ressources. Ces tensions ont d'ailleurs été exacerbées avec la réintégration de milliers de femmes (et de leurs enfants) qui avaient perdu leurs statuts avant 1985, en raison de leur mariage avec un homme n'ayant pas le statut d'Indien. Or comme nous l'avons vu plus haut,

³⁴⁰ *Ibid* à la p 59.

³⁴¹ Yael Tamir, « Siding with the underdogs » dans *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, New-Jersey, Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha C Nussbaum, 1999, 47-52 à la p 47.

³⁴² *Loi sur les Indiens*, *supra* note 26, art 5 à 7.

³⁴³ Napoleon, *supra* note 284 à la p 244.

lorsque les valeurs de la société dominante ont été « internalisées » par les communautés autochtones, il devient difficile de renverser le processus. Selon Bonita Lawrence, cette situation s'explique non seulement par une modification des valeurs et de la structure sociale, mais aussi par le désir des communautés autochtones d'établir et de conserver des frontières avec la société dominante :

Not the least of the problem is that we still live under conditions of colonization, where it is vital for Native people to practice some sort of boundary maintenance to maintain Indian land and Indian hands – but where traditional forms of regulating who was or who was not a member of a Native society have been deliberately and viciously suppressed. In the interests of survival, communities often find it safer to maintain 'the devil they know', embracing colonial frameworks about Native identity because they represent tried and true ways of maintaining boundaries against white society.³⁴⁴

Par ailleurs, selon Jean Leclair, l'interprétation que fait la Cour suprême de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁴⁵ a mené à une réification malheureuse de l'identité autochtone par tous les agents impliqués, y compris par les autochtones eux-mêmes. En effet, la Cour explique dans l'arrêt *R c. Van der Peet*³⁴⁶ que la protection des droits autochtones provient du fait que des sociétés distinctes habitaient le territoire *avant* l'arrivée des Européens. La période précontact est donc devenue la période de référence lorsque les tribunaux doivent identifier les pratiques autochtones culturellement fondamentales susceptibles d'être reconnues comme des droits ancestraux. Cette approche a sans contredit permis aux demandeurs autochtones d'obtenir des gains substantiels en ce qui concerne leurs droits ancestraux, mais a aussi encouragé le recours à des définitions essentialistes de l'identité autochtone au Canada. En effet,

Comme la dynamique des conflits de droit épouse la forme d'un jeu à somme nulle (je gagne-tu perds), et comme, dans cette dynamique, la partie autochtone est seule titulaire d'un « droit » que l'État doit donc se garder d'enfreindre – à moins de pouvoir se justifier —, la partie autochtone a tout intérêt à étendre la portée de cette « identité autochtone » et à durcir – à fondamentaliser – ses prétentions de manière radicale.³⁴⁷

³⁴⁴ Lawrence, *supra* note 16 à la p 21.

³⁴⁵ *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, *supra* note 80.

³⁴⁶ *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507.

³⁴⁷ Jean Leclair, « "Il faut savoir se méfier des oracles": Regards sur le droit et les autochtones » (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes du Québec* 102-111 à la p 106.

Selon Leclair, il est évident que les diverses cultures autochtones canadiennes sont des sociétés distinctes, mais cette réalité ne peut permettre de nier le fait qu'il existe une foule d'opinions divergentes à l'intérieur même de chacune de ces sociétés :

[A]boriginal communities are not simply aggregations of interchangeable abstract civic individuals. Rather, they are defined by an understanding of tradition, one that enables them to make sense of their world. One particular understanding of a tradition might be dominant in a community at any given point in time. However, it should not lead one to claim that such traditions are never contested within aboriginal communities, or that dissenting perspectives are heretical or inauthentic. Unfortunately, this is one of the undesirable effects of the substantive aboriginal rights doctrine embraced by the Supreme Court.³⁴⁸

Il est donc primordial de reconnaître les relations de pouvoir à l'intérieur même des communautés autochtones, afin que les groupes internes minoritaires ou marginalisés ne soient pas oubliés dans un éventuel processus de reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples autochtones et d'établissement de leurs propres règles juridiques.

Dans son texte *Is multiculturalism bad for women?*³⁴⁹, Susan Moller Okin, la mère de la théorie féministe politique selon plusieurs³⁵⁰, définit le féminisme comme « the belief that women should not be disadvantaged by their sex, that they should be recognized as having human dignity equal to that of men, and that they should have the opportunity to live as fulfilling and as freely chosen lives as men can. »³⁵¹ C'est dans cette perspective qu'elle étudie le multiculturalisme et qu'elle met en doute le bien-fondé de cette théorie politique au regard du respect des droits des femmes. Son essai a été abondamment critiqué, entre autres parce qu'elle affirme

³⁴⁸ Jean Leclair, « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference » (2006) 31 Queen's Law Journal 521-535 à la p 525.

³⁴⁹ Susan Moller Okin, « Is multiculturalism bad for women? » dans *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, New-Jersey, Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha C Nussbaum, 1999, 9-24.

³⁵⁰ Judith Squires, « Orbituary: Susan Moller Okin », *The Guardian* (26 mars 2004), en ligne : The Guardian <<http://www.theguardian.com/news/2004/mar/26/guardianobituaries.highereducation>> (consulté le 29 septembre 2015).

³⁵¹ Moller Okin, *supra* note 349 à la p 10.

[Female members of more patriarchal minority cultures] might be much better off if the culture into which they were born were either to become extinct (so that its members would become integrated into the less sexist surrounding culture) or, preferably, to be encouraged to alter itself so as to reinforce the equality of women – at least to the degree to which this value is upheld in the majority culture.³⁵²

Selon Kymlicka, l'opposition que fait Okin entre le multiculturalisme (ou les droits des groupes minoritaires à l'intérieur des sociétés libérales) et les droits des femmes est regrettable puisqu'on aurait au contraire avantage à les poser comme alliés pour une conception plus inclusive de la justice.³⁵³ Mais au-delà des critiques, Okin a permis, grâce à son essai publié à la fin des années 1990, de faire surgir le problème des minorités à l'intérieur des minorités et des relations entre les individus à l'intérieur des groupes minoritaires, une perspective qui avait jusque-là été généralement oubliée par les défenseurs des droits des groupes culturels minoritaires à l'intérieur des États libéraux.

2.2.2.2 *L'essentialisation des femmes*

Après avoir démontré précédemment qu'il est essentiel d'éviter toute forme d'essentialisme culturel afin de favoriser l'égalité des femmes et des hommes, nous discuterons ici de l'importance d'éviter les formes de féminisme qui tendent à essentialiser les femmes dans un moule souvent calqué sur la femme blanche, d'origine européenne. Dans un texte dénonçant la rhétorique de victimisation qui tend à devenir le liant principal entre les femmes à travers le monde, la féministe indienne Ratna Kapur insiste sur l'importance de donner une voix aux femmes non occidentales : « Infantilizing women in the Third World reproduces the colonialist rationale for intervening in the lives of the native subject (to save those incapable of self-determination) in order to justify the rescue operations. »³⁵⁴ Bien qu'elle parle des femmes du « Tiers-Monde », l'idée s'applique tout aussi bien aux femmes autochtones en ce qu'elles se réclament d'un féminisme différent. Celles et ceux qui cherchent à défendre les

³⁵² *Ibid* à la p 22.

³⁵³ Will Kymlicka, « Liberal complacencies » dans *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, New-Jersey, Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha C Nussbaum, 1999, 31-34.

³⁵⁴ Ratna Kapur, « The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the “Native” Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics » (2002) 15 *Harvard Human Rights Journal* 1 à la p 20.

droits des femmes faisant partie de groupes culturels minoritaires doivent donc être particulièrement vigilants afin de ne pas reproduire le modèle hiérarchique qu'ils dénoncent; ils doivent éviter de troquer une forme de patriarcat pour une autre forme de condescendance. Le féminisme doit se comprendre comme étant un moyen d'analyse et un mouvement à voix multiples et divergentes; ce sont celles qui sont les premières concernées qui doivent modeler et remodeler ces voix.

La deuxième solution proposée par Okin dans son article dont il a été question plus haut³⁵⁵, soit le fait d'encourager les efforts internes des groupes culturels minoritaires « to alter [themselves] so as to reinforce the equality of women »³⁵⁶ est donc de loin préférable selon plusieurs. Mais pour la professeure féministe Bonnie Honig, il est primordial que les féministes occidentales demeurent avant tout critiques des institutions de leurs propres cultures :

The promise of this approach depends in part upon the willingness of Western feminists to hold their own practices up to some critical scrutiny they apply to Others, to hear the plural voices of women everywhere and to learn from them, while also refusing to prejudge the merits of practices that are unfamiliar or threatening to those of us raised in bourgeois liberal societies.³⁵⁷

Démontrant qu'elles reconnaissent la multiplicité des discours, les auteures autochtones insistent souvent sur l'importance de la singularité de leurs opinions : elles ne parlent qu'en leur nom, et laissent aux autres le soin d'exprimer leurs propres opinions sur le sujet ou de nuancer leurs propos. Selon Patricia Monture-Angus, la vérité n'est pas absolue et dans une perspective autochtone, elle est « internal to the self. »³⁵⁸ Considérant que les différentes communautés autochtones du Canada ont des intérêts et des problèmes spécifiques, on doit donc constamment se rappeler que les femmes autochtones n'ont pas nécessairement les mêmes préoccupations que les femmes de la culture majoritaire, mais aussi que les femmes autochtones *entre elles* peuvent avoir d'importantes divergences d'opinion sur les sujets qui

³⁵⁵ Moller Okin, *supra* note 349.

³⁵⁶ *Ibid* à la p 23.

³⁵⁷ Bonnie Honig, « My culture made me do it » dans *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, New-Jersey, Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha C Nussbaum, 1999, 35-40 à la p 40.

³⁵⁸ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 217.

les concernent directement. Elles partagent toutefois l'impact unique et dévastateur qu'ont eu sur elles le colonialisme et les politiques assimilatrices de l'État.³⁵⁹

2.2.3 Les conflits intra-communautaires du point de vue des féministes autochtones

Le terme « féminisme autochtone » doit être compris comme représentant une pluralité de féministes autochtones, leurs différentes perspectives et cultures. Certaines caractéristiques peuvent toutefois les rassembler sous un même terme : les autochtones qui s'identifient comme féministes croient que le mouvement de libération autochtone, comme plusieurs autres mouvements de libération avant lui, n'a pas été attentif à la question du genre et que l'attention portée à la place des femmes autochtones dans ce mouvement ne peut être reléguée au banc des questions de moindre importance.³⁶⁰ Elles admettent que, même si la plupart des cultures autochtones reconnaissent historiquement aux femmes un bien plus grand respect ainsi qu'une autonomie et des pouvoirs politiques beaucoup plus larges que ce qui était accordé à leurs homologues européennes, les femmes autochtones contemporaines sont malgré tout assujetties au patriarcat et à l'oppression coloniale au sein de la société et à l'intérieur de leurs communautés.³⁶¹ Selon Joyce Green, « Aboriginal feminists raise issues of colonialism, racism and sexism, and the unpleasant synergy between these three violations of human rights. »³⁶² On peut donc dire que le féminisme autochtone trouve ses sources dans la théorie de l'intersectionnalité.

Par ailleurs, le défi des peuples autochtones, marginalisés socialement, économiquement et culturellement, est de développer des formes d'organisation qui expriment des intérêts communs et neutralisent les effets de division des politiques étatiques.³⁶³ Selon plusieurs, le féminisme autochtone doit donc éviter d'être un outil de division au sein des sociétés

³⁵⁹ Angela Cameron, *Gender, Power and Justice: A Feminist Perspective on Restorative Justice and Intimate Violence*, Thèse de Maîtrise, UBC, 2003.

³⁶⁰ Cheryl Suzack et al, *Indigenous women and feminism. Politics, activism, culture*, UBC Press, Vancouver, 2010 à la p 3.

³⁶¹ Green, *supra* note 174 à la p 22.

³⁶² *Ibid* à la p 20.

³⁶³ Jo-Anne Fiske, « Political Status of Native Indian Women: Contradictory Implications of Canadian State Policy » dans *In the Days of Our Grandmothers. A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, Mary-Ellen Kelm et Lorna Townsend, dir, 2006, 336-366 à la p 354.

autochtones, et doit plutôt représenter un moyen permettant de renforcer les liens entre les hommes, les femmes, les enfants et les aînés, en créant une plus grande égalité au sein de la société en général et plus spécifiquement au sein des sociétés autochtones. Il est aussi primordial pour les femmes autochtones de s'allier aux hommes autochtones afin d'éviter de perpétuer ou de renforcer la marginalisation intersectionnelle qui les affecte.

Cela dit, nous nous attarderons ici à la manière dont les féministes autochtones réussissent à structurer leurs droits dans l'univers politique et juridique contemporain. Nous utiliserons ici le terme « féministe autochtone », même si certaines de ces femmes ne s'autodéfinissent pas comme telles, ce terme étant entendu comme une posture de revendication autochtone décidément axée sur les droits des femmes.

2.2.3.1 Les femmes comme priorité : une question de pouvoir politique

Les féministes autochtones plaident en faveur d'une action ciblée concernant les droits des femmes. Sans rejeter le caractère essentiel de la lutte pour les droits collectifs de leurs peuples, elles reconnaissent l'urgence d'intervenir pour le bien-être des femmes dans leurs communautés, mais aussi dans la société en général.

Les féministes autochtones réfutent généralement l'argument selon lequel la décolonisation des peuples autochtones va nécessairement éliminer l'oppression vécue par les femmes. Selon Andrea Smith, activiste impliquée dans le mouvement contre la violence faite aux femmes autochtones, avant de se battre pour leurs nations, les peuples autochtones doivent se demander *qui est inclus* dans cette nation.³⁶⁴ Allant encore plus loin, Val Napoleon et Joyce Green rejettent radicalement une vision angélique des cultures autochtones précontact qui célèbre les rôles traditionnel et maternel de la femme autochtone, à l'exclusion d'une analyse basée sur le genre.³⁶⁵ Elles affirment que cette vision célèbre un mythe romantique et implique l'idée que les peuples autochtones sont incapables d'oppression « and that there is no need for

³⁶⁴ Andrea Smith, « Native American feminism, sovereignty and social change » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood Publishing, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 93-107 à la p 100.

³⁶⁵ Green, *supra* note 174 à la p 25.

rights guarantees in relation to Aboriginal governments. »³⁶⁶ Elles considèrent qu'il s'agit d'une forme d'essentialisme sentimentaliste qu'il est nécessaire de mettre de côté pour faire avancer la cause autochtone.

Selon Monture-Angus (qui rejette l'idée de se faire qualifier de féministe), les relations entre les hommes et les femmes autochtones doivent être restaurées, et ce processus nécessite plus qu'une simple *guérison individuelle*. Mettant l'accent sur l'importance de l'aspect holistique des cultures autochtones, elle insiste sur la place que doivent prendre les femmes dans le projet politique autochtone : « Aboriginal justice discussions which do not focus on women (at the same time that men are remembered) are also incomplete. In fact, I suspect that an Aboriginal justice system (or project) without women is not aboriginal at all. »³⁶⁷ Allant dans le même sens, l'auteure mohawk Dawn Martin-Hill affirme que l'épistémologie autochtone reconnaît l'importance de l'expérience de chacun pour la communauté. Selon elle, « everyone is considered to have important experiences and insights to share with others. Social realities are shaped through experience in different ways, and for that reason it is critical to include the diverse voices of [the community]. »³⁶⁸ Or selon Emily Snyder, une attention particulière aux relations de pouvoir, aux conflits ainsi qu'aux changements sociaux est essentielle pour une analyse du droit autochtone qui tienne compte du genre et donc, qui évite l'essentialisme culturel.³⁶⁹

Selon les féministes autochtones, le concept d'autodétermination généralement associé à la lutte collective des peuples autochtones doit s'entendre de façon plus large et inclure une *autodétermination personnelle*. Notons que cette perspective ne nous semble pas entrer en conflit avec la théorie de Monture-Angus, qui insiste sur l'importance de la responsabilité des individus au sein de la communauté. En effet, pour que les individus prennent conscience de leur responsabilité envers le groupe et agissent afin d'avoir un comportement « responsable »,

³⁶⁶ Val Napoleon et Joyce Green, *Seeking Measures of Justice: Aboriginal Women's Rights Claims, Legal Orders, and Politics*, University of Saskatchewan, Canadian Political Science Association, 29 juin 2007 à la p 4.

³⁶⁷ Monture-Angus, *supra* note 34 à la p 224.

³⁶⁸ Dawn Martin-Hill, « Resistance, Determination and Perseverance of the Lubicon Cree Women » dans *In the way of development: Indigenous peoples, life projects, and globalization*, Zed Books, Ottawa, Mario Blaser, Harvey A Feit, and Glenn McRae, 2004, 313-331 à la p 317.

³⁶⁹ Snyder, *supra* note 33 à la p 386.

ils doivent faire preuve de la motivation et de l'autonomie nécessaire à faire des choix judicieux. Selon Emma LaRocque, professeure au département d'études autochtones de l'Université du Manitoba : « self-determination cannot be limited to constitutions, cultures or collectivities; it must be extended to individuals. »³⁷⁰ Rauna Kuokkanen, professeure Sámi associée à l'Université de Toronto, ajoute :

A developed perspective of individual self-determination is necessary to move collective self-determination beyond rhetoric to a meaningful and practical political project that engages aboriginal peoples and is deliberately inclusive of aboriginal women.³⁷¹

Val Napoleon soutient d'ailleurs la même idée en se basant sur la conception de l'autonomie développée par la féministe Jennifer Nedelsky. L'idée de Nedelsky était de développer une conception de l'autonomie personnelle qui dépasse la conception libérale traditionnelle, critiquée par les féministes et les communautaristes, « that takes atomistic individuals as the basic units of political and legal theory »³⁷² et qui échoue ainsi à reconnaître la nature profondément sociale des êtres humains. Devenir autonome signifie « to come to be able to find and live in accordance with one's own law. »³⁷³ Or selon Nedelsky, l'autonomie de l'individu se manifeste au travers de ses relations avec les autres, et c'est dans ses relations interpersonnelles que l'individu peut construire son autonomie. Ce modèle basé sur *l'intégration*, plutôt que sur *l'isolement* de l'individu, permet de dépasser l'association qui était auparavant naturellement faite entre autonomie personnelle et propriété privée.³⁷⁴ Selon Napoleon, cette nouvelle conception de l'autonomie, lorsqu'elle est appliquée à un niveau communautaire, permet de dépasser la dichotomie entre droits collectifs et droits individuels, qui a souvent été opposée aux femmes autochtones dans leurs luttes.³⁷⁵ Mais selon Nedelsky,

³⁷⁰ Emma LaRocque, « Métis and feminist: Ethical reflections on feminism, human rights and decolonization » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood Publishing, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 53-71 à la p 61.

³⁷¹ Rauna Kuokkanen, « Self-determination and indigenous women's rights at the intersection of international human rights » (2012) 34:1 Human Rights Quarterly 225-250 à la p 237.

³⁷² Jennifer Nedelsky, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities » (1989) 1:7 Yale Journal of Law and Feminism 7-36 à la p 8.

³⁷³ *Ibid* à la p 10.

³⁷⁴ *Ibid* aux pp 19-20.

³⁷⁵ Val Napoleon, « Aboriginal Self Determination: Individual Self and Collective Selves » (2005) 29:2 Atlantis 31-46.

pour être réellement autonome, « a person must feel a sense of her own power (which does not mean power over others), and that feeling is only possible within a structure of relationships conducive to autonomy »³⁷⁶. Dans cette optique et sans se limiter au processus démocratique, la possibilité de prendre part au processus décisionnel et d'être informées des enjeux du groupe relève de la plus haute importance pour les femmes autochtones.

Les féministes autochtones insistent donc sur l'idée que les modèles de gouvernance autochtones qui seront mis en place devront tenir compte de la véritable place que les femmes occupent dans les sociétés autochtones et non pas d'une idéalisation de cette réalité, mais surtout de la place que celles-ci aspirent à occuper.

2.2.3.2 Une analyse des rapports de pouvoir fondée sur le genre

Une analyse basée sur le genre reconnaît que le genre est une catégorie qui influence de manière importante nos vies et que des dynamiques sociales associées à cette caractéristique existent et doivent être mises en lumière. Selon Emily Snyder, cette perspective est primordiale puisque « gender 'neutral' approaches, which are pervasive in Indigenous legal studies, often rely on a universal male subject and express a male-centred version of Indigenous legal theory and laws. »³⁷⁷ Cette approche « neutre » intervient dans la théorie juridique autochtone par 1) l'absence de quelque mention du genre et 2) par des discussions sur les rôles supposément égaux des hommes et des femmes dans les sociétés autochtones. Or, bien qu'on puisse développer l'argument selon lequel les Autochtones avaient une conception des relations entre les sexes bien différente, le fait demeure qu'il existe aujourd'hui un déséquilibre dans les pouvoirs entre les sexes dans les communautés autochtones et qu'on devrait s'en préoccuper davantage. En effet,

For Indigenous feminists, decolonization must be explicitly gendered in order to target the sexism that presently exists internally (and externally) as well as the patriarchal, heteronormative violence that helps to sustain and propel colonialism. So too must

³⁷⁶ Nedelsky, *supra* note 372 à la p 25.

³⁷⁷ Snyder, *supra* note 33 à la p 366.

notions of self-governance, self-determination, nationhood, and (...) Indigenous law be approached as gendered in order to take up anti-oppressive politics.³⁷⁸

Dans un contexte autochtone, une telle analyse doit être intersectionnelle et reconnaître les liens entre le genre et les autres catégories qui définissent les femmes autochtones : culture, milieu de vie, orientation sexuelle, lieu de résidence³⁷⁹, etc. Certaines féministes autochtones constatent qu'une analyse des problématiques autochtones fondée sur le genre est essentielle, bien que trop peu exploitée. Effectivement, selon l'anthropologue Gerdine Van Woudenberg, dans la lutte actuelle pour les droits territoriaux :

Le genre n'apparaît pas comme une composante évidente du problème. Les questions liées aux spécificités de chaque sexe sont submergées puisque le genre « n'est pas l'objet de la lutte », mais que cet objet est plutôt « l'expérience quotidienne des inégalités matérielles et sociales, tel l'accès différentiel aux ressources. »³⁸⁰

Or en contexte canadien, cet accès différentiel est souvent façonné par l'identité, dont le genre est une composante essentielle. Selon Val Napoleon, pour être efficace, le projet politique autochtone doit aller plus loin qu'une lutte contre le colonialisme accompagné d'une adoption inconditionnelle des idéologies contenues dans le discours des droits autochtones, de la souveraineté, de l'autonomie gouvernementale et de l'autodétermination. Bien que la décolonisation soit un impératif, « it does not have to define the whole of aboriginal peoples' political and legal consciousness. »³⁸¹ Un tel projet politique doit être inclusif, comporter une analyse basée sur le genre ainsi qu'un point de vue féministe, et aller au-delà de la victimisation dans une visée d'*empowerment* : « such a political project is about aboriginal people discovering, imagining, and defining themselves beyond the confines of colonization, and beyond their resistance to oppression. »³⁸² L'identité est donc un aspect essentiel de l'analyse de Napoleon.

³⁷⁸ *Ibid* à la p 379.

³⁷⁹ Voir *Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203.

³⁸⁰ Van Woudenberg, *supra* note 2 à la p 75; citant Kusum Gopal, « Mythic Rights and Land Rights in Northern India » dans *Land, Law, and Environment*, Pluto Press, London, A Abramson et D Theodossopoulos, 2000, 136-153 aux pp 149-150.

³⁸¹ Napoleon, *supra* note 298 à la p 239.

³⁸² *Ibid*.

La professeure australienne Deborah Bird Rose pose le problème lié à la volonté de préserver une culture au détriment d'une partie de la population qui en fait partie : « if cultural survival can only be achieved at the cost of silencing and disempowering a segment of the population, in what sense is it possible to speak of 'culture' and 'survival'? »³⁸³ En d'autres mots, « la revitalisation et le développement durables des cultures autochtones sont-ils des buts réalisables s'ils sont incorporés dans un processus qui censure une moitié de la population? »³⁸⁴ Ces questions sont primordiales pour les femmes autochtones et nous ramènent au problème de l'essentialisme culturel. Tous et toutes semblent s'accorder sur l'importance de revitaliser les traditions, mais de quelle manière? Selon Joyce Green, le débat à ce sujet est essentiel :

Unless we can have conversations about what traditions are, how they affect men and women in their gendered roles and what the implications of this are, we are moving a powerful socio-political critique off the table. Any impulse that represses critical conversation is problematic.³⁸⁵

Par ailleurs, le discours porté par les femmes autochtones doit essentiellement aller plus loin qu'une analyse des questions traditionnellement associées aux femmes comme l'appartenance, la propriété matrimoniale, la violence familiale, la santé, la culture et la pauvreté. Bien que ces domaines soient d'une importance critique dans la vie des femmes autochtones, Val Napoleon croit qu'ils deviennent « intellectual ghettos where much of Aboriginal women's political energies are absorbed. »³⁸⁶ En effet, Emily Snyder dénonce le « phallocentrisme » présent dans les discussions au sujet de la représentation des peuples autochtones : « Men are thus 'genderless', while women are perceived as gendered subjects much in the same way that white people often perceive themselves as 'raceless' while Others are first and foremost racialized. »³⁸⁷

³⁸³ Bird Rose, *supra* note 2.

³⁸⁴ Van Woudenberg, *supra* note 2 à la p 83.

³⁸⁵ Green, *supra* note 174 à la p 27.

³⁸⁶ Val Napoleon, « Aboriginal Feminism in a Wider Frame » (2007) 41:3 Canadian Dimension 44.

³⁸⁷ Snyder, *supra* note 33 à la p 392.

En fait, le discours politique autochtone est, selon Val Napoleon, profondément divisé entre les « questions féminines », et un discours plus largement associé aux revendications des peuples autochtones et qui laissent peu de place à une analyse féministe ou basée sur le genre. Or pour permettre l'atteinte d'une plus grande justice sociale, lesdites « questions féminines » doivent être analysées dans un contexte politique plus large, et les questions politiques doivent comprendre une analyse basée sur le genre. Toujours selon Napoleon, « without such a dual political strategy, an appalling disconnect remains between the political rhetoric and the lives of Aboriginal women. »³⁸⁸

Dans le cadre de la réalisation du projet politique autochtone, une analyse basée sur le genre requerra que les acteurs se questionnent sur les impacts de leurs décisions (quelle influence sur les femmes?), mais aussi sur les moyens de prendre ces décisions (les femmes seront-elles impliquées dans le processus?) : qui sera inclus dans le projet et qui définira les règles de cette inclusion? Qui seront ceux qui dirigeront les discussions entourant ces décisions? Quelles seront les différences entre l'implication des hommes et des femmes dans le processus et les impacts de ces décisions seront-ils les mêmes pour tous?³⁸⁹

2.2.3.3 *Et la Charte...?*

Comme nous l'avons vu précédemment, la question du genre en contexte autochtone sous-tend plusieurs questions liées à l'autonomie politique et à l'application de la *Charte canadienne* en milieu autochtone. Que penser de l'application de la *Charte* dans un tel contexte, considérant qu'il s'agit d'un outil juridique qui protège principalement les droits individuels et dont on questionne l'adéquation aux valeurs autochtones?

Joyce Green croit que la *Charte*, bien qu'elle n'ait pas effacé les conséquences de ce qu'elle nomme « state-sponsored sex and race discrimination and colonialism », a au moins permis

³⁸⁸ Napoleon, *supra* note 386.

³⁸⁹ Emily Snyder, *Gender and Indigenous Law: A report prepared for the University of Victoria Indigenous Law Unit, the Indigenous Bar Association, and the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, Département de Sociologie, Université de l'Alberta, 2013 aux pp 19-20.

l'identification de ces problèmes et créé des droits légalement exécutoires.³⁹⁰ De plus, l'énumération de certains droits protégés à l'article 15 a permis l'articulation de la contestation de certains types d'oppression. Par contre, elle soutient aussi que les outils juridiques actuels sont insuffisants :

The ideal of justice has not been attained and will not be attained with the constitutional tools at our disposal. Justice requires not only transparent, accountable and representative democratic political processes, but protection and implementation of minority rights relative to majority interests. In particular, in Canada, justice requires a gendered decolonization process that inscribes Indigenous peoples, institutions and processes into Project Canada.³⁹¹

De plus, malgré la protection constitutionnelle accordée aux femmes autochtones, il demeure que « constitutional rights guarantees may require successful litigation to secure their implementation »³⁹² et comme nous l'avons vu dans la première partie de ce texte, les tribunaux prennent parfois du temps à reconnaître et à assimiler des concepts aussi importants que la discrimination intersectionnelle, ralentissant ainsi l'atteinte de l'égalité réelle des classes marginalisées de la population.

Par ailleurs, il est intéressant de se questionner sur l'application de l'art. 25 de la *Charte* dans un contexte de revendications de droits individuels de la part de membres de communautés autochtones. L'article se lit comme suit :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés -- ancestraux, issus de traités ou autres -- des peuples autochtones du Canada, notamment : a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763; b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Une analyse textuelle de l'art. 25 semble protéger les droits collectifs des peuples autochtones de manière à supplanter, de manière générale, les droits individuels protégés par la *Charte*. Mais qu'en est-il de l'interprétation de cet article?

³⁹⁰ Green, *supra* note 150 à la p 141.

³⁹¹ *Ibid* à la p 143.

³⁹² *Ibid* à la p 152.

Le jugement minoritaire du juge Bastarache dans l'arrêt *Kapp* est particulièrement intéressant puisqu'il demeure la seule tentative d'analyse de l'art. 25 par un juge de la Cour suprême. Dans cette affaire, un groupe de pêcheurs commerciaux non autochtones affirmaient que leur droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte* avait été violé. Selon eux, le fait qu'un programme gouvernemental ait permis l'émission d'un permis de pêche communautaire accordant à certains groupes autochtones le droit exclusif de pêcher dans une zone particulière pendant une période de 24 heures était discriminatoire en raison d'une distinction fondée sur la race. Les juges majoritaires, sous la plume de la juge Abella, ont déterminé que le programme gouvernemental en cause était protégé par l'art. 15(2)³⁹³ puisqu'il était destiné à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, en l'occurrence les bandes autochtones s'étant vues octroyées le permis.

Pour sa part, le juge Bastarache a plutôt basé son analyse sur l'art. 25 qu'il conçoit comme un bouclier permettant la protection des droits autochtones face aux autres droits protégés par la *Charte*. Le juge Bastarache a considéré qu'il existait un conflit véritable entre l'application du droit à l'égalité reconnu en vertu de l'art. 25 et les droits des pêcheurs autochtones qui ont reçus des permis dans le cadre du programme en question. Par conséquent, l'art. 25 trouvait application et constituait une réponse complète à la question, donnant prépondérance aux droits collectifs autochtones par rapport aux droits individuels protégés par l'art. 15.

Le juge a ainsi tenté de concilier les droits collectifs et individuels dans un contexte autochtone en interprétant l'art. 25 et en l'appliquant aux faits en l'espèce. Selon lui, l'art. 25 n'est pas une simple norme d'interprétation, mais « a pour objectif de protéger les droits des peuples autochtones lorsque l'application des protections établies dans la *Charte* à l'endroit des individus diminuerait l'identité distinctive, collective et culturelle d'un groupe autochtone. »³⁹⁴ L'art. 25 est donc un « compagnon indissociable » de l'art. 35(1) et permet la

³⁹³ « Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques. »

³⁹⁴ *R c Kapp*, *supra* note 141 au para 89 [notre soulignement].

protection de ses objectifs afin « que soit remplie la promesse de réconciliation »³⁹⁵ en donnant la primauté à l'art. 25 sur l'art. 15(1).

Mais cette protection pourrait-elle servir de bouclier à l'encontre d'une réclamation provenant d'un individu autochtone qui prétend que sa communauté ou une organisation autochtone viole son droit à l'égalité et à la non-discrimination? En d'autres mots, l'art. 25 permet-il de donner préséance aux droits collectifs des Autochtones sur toute demande concernant des droits individuels?

Dans son jugement, le juge Bastarache explique clairement que la protection de l'art. 25 n'est pas absolue.³⁹⁶ Selon lui, la protection de l'art. 25 est limitée de deux manières, l'une par les droits spécifiquement reconnus aux femmes dans la *Charte* et l'autre, plus largement, par les droits individuels des Autochtones aussi reconnus par la Constitution. Tout d'abord, elle est limitée par l'art. 28 de la *Charte* qui protège, « indépendamment des autres dispositions », les droits et libertés « garantis également aux personnes des deux sexes. » Il serait donc fort peu probable que cet article soit appliqué dans une affaire où une femme autochtone chercherait à se faire reconnaître son droit à la non-discrimination face à un groupe autochtone, par exemple. Ensuite, l'art. 25 est aussi limité par son objet, puisque « les droits et libertés garantis par la *Charte* sont juxtaposés aux droits et libertés des peuples autochtones. »³⁹⁷ C'est-à-dire que :

[...] les droits protégés sont ceux qui leur sont propres [aux Autochtones] en raison de leur statut spécial. Comme le soutient Macklem, l'art. 25 [TRADUCTION] « soustrait à l'examen fondé sur la Charte les initiatives fédérales, provinciales et autochtones qui visent à faire avancer des intérêts ressortissants à la différence autochtone » : voir p. 225.³⁹⁸

³⁹⁵ *Ibid* au para 121.

³⁹⁶ *Ibid* au para 97.

³⁹⁷ *Ibid*.

³⁹⁸ *Ibid* au para 103.

C'est donc dans cette perspective que le juge Bastarache considère qu'« un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités, mérite d'être soustrait à l'examen fondé sur la *Charte*. »³⁹⁹ Le juge Bastarache considère par ailleurs qu'« [i]l n'existe aucune raison de croire que l'art. 25 ait exclu les Autochtones du régime de protection de la *Charte* »⁴⁰⁰ et donc, que « les droits privés dont jouissent les Autochtones sur le plan individuel, à titre privé, en tant que citoyens canadiens comme les autres, ne seraient pas protégés »⁴⁰¹ par l'art. 25.

Selon nous, cette distinction semble donc se rapprocher d'une analyse kymlickienne selon laquelle les contraintes externes visant la protection de la culture autochtone par rapport à la culture majoritaire sont acceptables et même désirables puisqu'elles favorisent la liberté et l'autonomie des individus qui composent la culture minoritaire. Par contre, les contraintes internes imposées aux membres de cette culture pour éviter la dissidence interne ne sont pas acceptables puisqu'elles réduisent la liberté des individus.

Au final, comme l'affirme Kent McNeil, la question de l'application de la *Charte* dans les gouvernements autochtones ne peut être répondue simplement par un oui ou par un non. On doit pouvoir considérer une gamme de solutions et se questionner sur l'impact que chacune des dispositions de la *Charte* pourrait avoir sur les cultures et les traditions autochtones.⁴⁰² Ne serait-il pas possible de confier aux ordres juridiques autochtones la mise en place de normes contraignantes qui pourraient faire office de « *Charte* », mais qui aurait l'avantage de ne pas symboliser « l'outil du colonisateur »? Et si on choisit ultimement d'appliquer la *Charte* ou une partie de celle-ci aux gouvernements autochtones, qui aura la juridiction pour l'appliquer en première en instance et en appel? Si on choisit de laisser le soin aux peuples autochtones de juger eux-mêmes de leurs affaires et donc, d'établir leurs propres tribunaux, on devra par ailleurs leur fournir les moyens financiers de mettre en place de tels systèmes et de les entretenir. Mais cette solution présenterait certainement l'avantage d'éviter la perpétuation du

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid* au para 99.

⁴⁰¹ *Ibid* au para 105.

⁴⁰² McNeil, *supra* note 260.

colonialisme en reconnaissant l'autodétermination politique et juridique des peuples autochtones.

Conclusion

Dans ce texte, nous avons tout d'abord cherché à analyser la situation juridique et sociale des femmes autochtones à l'intérieur de la société canadienne. Pour ce faire, nous avons utilisé la théorie de l'intersectionnalité puisqu'elle nous semblait la meilleure pour saisir l'identité et les difficultés auxquelles les femmes autochtones font face dans la société canadienne. En effet, elles sont soumises à au moins deux sources de domination qui proviennent du fait d'être autochtones et du fait d'être femmes. Cette particularité les place à un endroit particulièrement désavantageux sur l'échiquier social. Afin de circonscrire notre étude, nous nous sommes ici limités à traiter de deux aspects de cette situation : la discrimination intersectionnelle et l'intersectionnalité politique.

Tout d'abord, en ce qui concerne la discrimination intersectionnelle, c'est-à-dire le fait d'être victime d'une forme de discrimination spécifique qui découle de plusieurs sources de domination, nous avons constaté que les femmes autochtones avaient mené de grandes batailles au cours des années. En effet, les tribunaux et les gouvernements canadiens ont changé de cap depuis les années 1980, et ont commencé à reconnaître la discrimination spécifique qui découle du fait d'être née femme autochtone. Bien que certaines questions demeurent, notamment en ce qui concerne la discrimination envers les enfants ayant une mère Indienne, mais dont l'identité du père est inconnue ou n'est pas dévoilée, nous croyons juste d'affirmer que les femmes autochtones ont connus de vifs succès en ce qui concerne leurs revendications quant à leur statut ainsi qu'à celui de leurs enfants. On doit toutefois noter que, dans une perspective purement autochtone, les dispositions de la loi demeurent problématiques en ce qu'elles perpétuent l'application d'une identité imposée aux membres des Premières nations.⁴⁰³

Ensuite, concernant la reconnaissance de l'intersectionnalité politique des femmes autochtones, c'est-à-dire le fait de devoir diviser leurs revendications entre différents groupes

⁴⁰³ Carole Lévesque, « Il faut revoir notre perception du monde autochtone. Identité et responsabilité civile: Les femmes autochtones sont au coeur du débat sur la définition du citoyen et de son rôle », *Le Devoir* (11 juin 1999), en ligne : <http://vigile.net/archives/9911/citoyenautochtones.html> (consulté le 27 mai 2015).

d'intérêts qu'on pourrait qualifier de monistes, on remarque que les femmes ont eu peu de succès devant les tribunaux canadiens. En effet, elles se sont fait refuser à au moins deux reprises une tribune d'expression particulière, alors que des groupes majoritairement masculins ont été considérés comme représentant les intérêts de toutes et de tous. On a fait comprendre aux femmes qu'elles devaient essayer de faire valoir leurs idées à l'intérieur de leurs communautés et à l'intérieur des groupes qui étaient censés représenter la population autochtone en général. Les tribunaux et les gouvernements canadiens n'ont donc pas compris que les femmes peuvent avoir des intérêts divergents de leurs groupes culturels, des intérêts spécifiques en tant que femmes autochtones. Une absence de jugements récents pouvant confirmer ou infirmer que la tendance se perpétue ne nous permet malheureusement pas de tirer de conclusions définitives. Il est toutefois intéressant de noter que, selon Sharon Donna McIvor, l'arène judiciaire a permis aux femmes autochtones de faire avancer leurs revendications, même dans les cas où elles n'ont pas eu le succès escompté. D'ailleurs, les femmes autochtones occupent maintenant une plus grande place sur la scène politique et l'AFAC est aujourd'hui reconnue comme une organisation autochtone représentative.

Dans la deuxième partie de ce texte, nous avons cherché à mettre en lumière l'articulation des relations entre les communautés autochtones et la société canadienne, ainsi que la situation politique des femmes autochtones à l'intérieur même de leurs communautés. Dans cette perspective, il s'agissait donc surtout d'étudier les théories démocratiques pouvant être appliquées à ces relations. Selon Monique Deveaux et Tim Schouls, les revendications des femmes à l'intérieur de leurs communautés ne sont pas fondées sur un conflit de valeurs entre revendications de droits collectifs et de droits individuels, mais bien davantage sur des enjeux de pouvoir. Les groupes marginalisés à l'intérieur des communautés cherchent à accroître leur pouvoir afin de participer plus activement à la définition de leur identité collective, et les groupes dominants cherchent à conserver leur mainmise sur les leviers du pouvoir.

Dans une perspective plus ouverte, aux termes de laquelle on se questionne d'emblée sur les sources réelles des conflits et sur les joutes de pouvoir qui peuvent les créer et les entretenir, il devient plus facile de résoudre certaines tensions qui surviennent à l'intérieur des communautés et qui pouvaient pourtant prendre la forme de conflits de valeurs. Plutôt que de

les considérer comme insurmontables, les conflits deviennent plus tangibles et on peut percevoir plus clairement la possibilité de les résoudre de l'intérieur. Les conflits qui poussent certaines femmes autochtones à s'opposer à une gouvernance autochtone sans la *Charte* doivent donc surtout être perçus comme tels; c'est-à-dire comme des conflits de pouvoir entre les membres dominants d'une communauté qui cherchent à éviter d'être assujettis à des lois extérieures à leurs communautés, et les membres marginalisés qui eux, cherchent à s'assurer que leur soit reconnue une voix au sein de leurs communautés, lorsque des décisions communes devront être prises.

Nous avons aussi étudié la théorie selon laquelle les ordres juridiques autochtones devraient être reconnus au Canada. Cette perspective présente l'avantage de reconnaître l'autodétermination des peuples autochtones et de se détourner complètement du colonialisme. D'importantes questions demeurent toutefois en ce qui concerne la manière de favoriser le respect des droits des femmes dans l'éventualité où la *Charte* ne serait pas applicable aux gouvernements autochtones et en ce qui concerne les garanties d'indépendance judiciaire d'éventuels tribunaux autochtones.

Nous avons constaté que les revendications des femmes autochtones, loin d'être déçues, réussissent bien à articuler une lutte sur deux plans : soit une lutte contre le patriarcat et contre le colonialisme. Comme l'affirme la sociologue iranienne Haideh Moghissi au sujet du féminisme musulman et des dangers du relativisme culturel : « we do not have to choose between forces of oppression in an effort to determine what is detrimental to peaceful and dignified living. It is all a question of balance. In the context of the present discussion, maintaining balance involves paying careful attention to all voices. »⁴⁰⁴ Les féministes autochtones réclament donc plus de pouvoir politique au sein des communautés, mais aussi dans l'arène politique canadienne, comme représentantes de leurs propres intérêts. Elles croient qu'il est primordial d'analyser *toutes* les questions liées aux enjeux autochtones, incluant les enjeux de pouvoirs, sous la loupe du genre.

⁴⁰⁴ Haideh Moghissi, « “The Return of the Sacred” and the Politics of Cultural Difference » (2013) 5 *Trudeau Foundation Papers* 85-99 à la p 96.

Enfin, cette étude nous a permis de constater que les dernières décennies ont été marquées par de grandes avancées pour les femmes autochtones, notamment sur le plan juridique. Malgré cela, il demeure primordial de ne pas tenir pour acquise la reconnaissance de l'importance de la place accordée aux femmes autochtones dans les débats sur les enjeux qui les concernent. Pour preuve, depuis le 1^{er} avril 2015, Patrimoine Canada a cessé de financer le volet de son *Programme des Autochtones* destiné à la promotion des enjeux concernant les femmes. Le financement de ce volet a plutôt été transféré au *Programme pour la prévention de la violence familiale*, piloté par le ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord du Canada.⁴⁰⁵ Or comme nous l'avons mentionné un peu plus haut, il est nécessaire de tenir compte des enjeux liés au genre en matière autochtone. Mais surtout, l'analyse fondée sur le genre ne doit pas être cantonnée aux questions traditionnellement féminines comme la violence familiale, mais doit embrasser toutes les questions qui touchent les communautés autochtones afin de permettre une réelle égalité entre les sexes.

Il est encore plus désolant de s'apercevoir qu'en raison de ces modifications, l'organisation *Femmes autochtones du Québec* a vu annuler le financement qui lui était accordé depuis plus de vingt ans. En effet, Patrimoine Canada a refusé de lui accorder le même financement sous le volet principal de son programme, puisque l'organisation n'est pas considérée comme une « organisation autochtone représentative ».⁴⁰⁶ Après plus de 40 ans d'activité en collaboration avec les femmes des 10 Nations autochtones du Québec et celles provenant des milieux urbains, FAQ lutte aujourd'hui pour sa survie. Dans une entrevue donnée au réseau APTN, la présidente de FAQ, Viviane Michel, affirmait en mai dernier que Patrimoine Canada lui a proposé, pour obtenir de nouvelles subventions nécessaires à leurs activités, de faire une demande en s'associant à une organisation autochtone déjà reconnue. Cela revient donc à dire que FAQ devrait probablement se placer sous la gouverne d'une organisation à prédominance masculine. Plus de 20 ans après que la Cour suprême ait rendu l'arrêt *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, on constate que, comme souvent, l'histoire se répète et que

⁴⁰⁵ Patrimoine canadien, *Programme des Autochtones*, Gouvernement du Canada, 7 août 2014, en ligne : <<http://www.pch.gc.ca/fra/1288012444767/1388768739656>> (consulté le 27 mai 2015).

⁴⁰⁶ Daniel Rochette, *Quebec Native Women's Association struggling to survive*, *National News*, Montréal, APTN, 5 novembre 2015, en ligne : *National News* <<http://aptn.ca/news/2015/05/11/quebec-native-womens-association-struggling-survive/>> (consulté le 27 mai 2015).

la question de l'intersectionnalité politique et de la nécessité de fournir une tribune d'expression particulière aux femmes autochtones demeure un sujet incontournable pour l'articulation d'un fédéralisme canadien décolonisé et inclusif.

Bibliographie

Législation canadienne

Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages, C 18, 1876, en ligne :

<<http://www.tidridge.com/uploads/3/8/4/1/3841927/1876indianact.pdf>>

(consulté le 26 mars 2015).

Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages, S Prov C 1857, 20 Vict, c26.

Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada, SC 1850, ch 42, 13&14 Vic, art5.

Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'Acte 31 Victoria, chapitre 42, LC 1869, c6.

Déclaration canadienne des droits, SC 1960 c44.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict, c3 (RU).

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, c 11, 1982.

Loi modifiant la Loi sur les Indiens, SC 1985, c27, s4.

Loi sur l'Équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens, LC 2010, c18.

Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux, LC 2013, ch 20.

Loi sur les Indiens, LRC (1985), ch 1-5.

Législation états-unienne

Indian Civil Rights Act of 1968, 25 UCS 1301-1304.

Législation internationale

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des NUS le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution 61/295 adoptée par l'Assemblée générale, 13 septembre 2007, en ligne : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf> (consulté le 6 janvier 2015).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) 999 RTNU 171.

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés AG 2200 A (XXI), Doc off AG NU, 1966, en ligne : <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>> (consulté le 19 février 2015).

Jurisprudence canadienne

Association des Femmes Autochtones du Canada c Canada, [1994] 3 RCS 627.

Bande de Sawridge c Canada, [1996] 1 CF 3.

Bédard v Isaac, [1972] 2 OR 391.

Conseil national des femmes Métisses c Canada, [2006] CAF 77.

Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 RCS 203.

Lavell c Procureur général du Canada, [1971] CF 347; 22 DLR (3d) 188.

Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 RCS 497.

McIvor v Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs), [2009] BCCA 153.

McIvor v The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada, [2007] BCSC 827.

Native Women's Assn of Canada v Canada, [1992] 3 CF 192.

Procureur général du Canada c Lavell, [1974] RCS 1349.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217.

R c Kapp, [2008] 2 RCS 483.

R c Van der Peet, [1996] 2 RCS 507.

Sawridge Band v Canada, [1997] 3 FC 580.

Sawridge Band v Canada, [2008] FC 322.

Jurisprudence états-unienne

Cherokee Nation v Georgia, [1831] 30 US (5 Pet) 1.

Santa Clara Pueblo v Martinez, [1978] 436 US 49.

Worcester v Georgia, [1832] 30 US (6 Pet) 515.

Jurisprudence internationale

Sandra Lovelace v Canada, Communication No R6/24, UN Doc Supp No 40 (A/36/40) at 166 (1981), en ligne :

<<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/cc245da4e1c73a55c1256a16003b21a8?Opendocument>> (consulté le 13 juillet 2015).

Ouvrages de référence

Commaille, Jacques. *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/ Lamy-Puf, Paris, Denis Alland et Stéphane Rials, 2003.

Noel Castree, Rob Kitchin et Alisdair Rogers. *Oxford Dictionary of Human Geography*, 1^{re} éd, Oxford University Press, 2013, en ligne : Oxford Dictionary of Human Geography <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199599868.001.0001/acref-9780199599868-e-163?rskey=Kq0jIN&result=164>> (consulté le 29 septembre 2015).

Monographies et ouvrage collectifs

Abbott Mihesuah, Devon. *Indigenous American Women: Decolonization, Empowerment, Activism*, University of Nebraska Press, Lincoln, 2003.

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010.

Cameron, Angela. *Gender, Power and Justice: A Feminist Perspective on Restorative Justice and Intimate Violence*, Thèse de Maitrise, UBC, 2003.

C. Nussbaum, Martha. *Sex and Social Justice*, Oxford University press, New York, 1999.

———. *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2011.

Coulthard, Glen Sean. *Red skin, white masks: Rejecting the colonial politics of recognition*, Minneapolis, MN, University of Minnesota Press, 2014.

- Deveaux, Monique. *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Gaudreault-Desbiens, Jean-François et Diane Labrèche. *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'influence culturelle dans la pratique des juristes*, Yvon Blais, Cowansville, 2009.
- Kymlicka, Will. *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Boréal, Montréal, 2001.
- Lawrence, Bonita. « *Real* » *Indians and others: Mixed-blood urban Native peoples and indigenous nationhood*, UBC Press, Vancouver, 2004.
- Monture-Angus, Patricia. *Thunder in my soul. A Mohawk woman speaks*, Fernwood, Halifax, 1995.
- Pelletier, Francine. *Second début. Cendres et renaissance du féminisme*, Atelier 10, 07, coll Documents, Montréal, 2015.
- Schouls, Tim. *Shifting boundaries. Aboriginal Identity, Pluralist Theory and the Politics of Self-government*, UBC Press, Vancouver, 2003.
- Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality. The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kingston, 2010.
- Simpson, Leanne. *Dancing on our turtle's back: Stories of Nishnaabeg re-creation, resurgence and a new emergence*, Arbeiter Ring publishing, Winnipeg, 2013.
- Song, Sarah. *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge University Press, coll Contemporary Political Theory, Cambridge, 2007.
- Stote, Karen. *An act of genocide : Colonialism and the sterilization of Aboriginal women*, Fernwood Publishing, Winnipeg, 2015.
- Suzack, Cheryl, Shari M. Hunhdorf, Jeanne Perreault et Jean Barman. *Indigenous women and feminism. Politics, activism, culture*, UBC Press, Vancouver, 2010.
- Viau, Roland. *Femmes de personne: Sexes, genres et pouvoirs en Iroquoisie ancienne*, Boréal, Montréal, 2005.
- Walter, Emmanuelle. *Soeurs volées: Enquête sur un féminicide au Canada*, Lux, Montréal, 2014.

Chapitres d'ouvrages collectifs

- Abbott Mihesuah, Devon. « Finding a Modern American Indigenous Female Identity » dans *Indigenous American Women: Decolonization, Empowerment, Activism*, University of Nebraska Press, Lincoln and London, 2003, 81-112.
- C. Nash, Jennifer. « Theorizing Race, Theorizing Racism: New Directions in Interdisciplinary Scholarship » dans *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Ashgate, coll Ashgate Research Companion, Farnham, England, Margaret Davies et Vanessa E Munro, 2013, 125-138.
- Coates, Kenneth. « Being Aboriginal: The Cultural Politics of Identity, Membership, and Belonging Among First Nations in Canada » dans *Les peuples autochtones au Canada: avenir et identités*, Association d'études canadiennes, Montréal, Michael Behiels, 1999, 23-43.
- Conaghan, Joanne. « Intersectionality and the feminist project in law » dans *Intersectionality and Beyond: Law, power and the Politics of Locations*, Routledge-Cavendish, New-York, Emily Grabham, Davina Cooper, Jane Krishnadas et Didi Herman, 2009, 21-48.
- Daes, Erica-Irene. « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Background and Appraisal » dans *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Hart Publishing, coll Studies in International Law, Oxford and Portland, Oregon, Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, 2011, 11-40.
- Dickson-Gilmore, E.J. « “More Mohawk than my Blood”: Citizenship, Membership, and the Struggle over Identity in Kahnawake » dans *Les peuples autochtones au Canada: avenir et identités*, Association d'études canadiennes, Montréal, Michael Behiels, 1999, 44-62.
- Green, Joyce. « Balancing Strategies: Aboriginal Women and Constitutional Rights in Canada » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 140-159.
- . « Taking account of Aboriginal Feminism » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 20-32.

- Honig, Bonnie. « My culture made me do it » dans *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, New-Jersey, Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha C Nausbaum, 1999, 35-40.
- Hunter, Rosemary. « Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critique of Liberal Legalism » dans *Feminist Legal Theory*, Ashgate, coll Ashgate Research Companion, Farnham, England, Margaret Davies et Vanessa E Munro, 2013, 13-30.
- Jo-Anne, Fiske. « Political Status of Native Indian Women: Contradictory Implications of Canadian State Policy » dans *In the Days of Our Grandmothers. A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, Mary-ellen Kelm et Lorna Townsend, dir, 2006, 336-366.
- Kuokkanen, Rauna. « Myths and realities of Sami women: A post-colonial feminist analysis of the decolonization and transformation of Sami society » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood Publishing, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 72-92.
- Kymlicka, Will. « Liberal complacencies » dans *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, New-Jersey, Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha C Nausbaum, 1999, 31-34.
- LaRocque, Emma. « Métis and feminist: Ethical reflections on feminism, human rights and decolonization » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood Publishing, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 53-71.
- Lorde, Audre. « The Master's Tools Will Never Dismantle the Master's House » dans *Sister Outsider: Essays and Speeches*, Crossing Press, coll Crossing Press Feminist Series, Trumansburg, NY, 1984, 110-113.
- Martin-Hill, Dawn. « Resistance, Determination and Perseverance of the Lubicon Cree Women » dans *In the way of development: Indigenous peoples, life projects, and globalization*, Zed Books, Ottawa, Mario Blaser, Harvey A Feit, and Glenn McRae, 2004, 313-331.
- McKay, M. Celeste et Craig Benjamin. « A vision for fulfilling the indivisible rights of indigenous women » dans *Realizing the UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Triumph, hope, and action*, Purich Pub., Saskatoon, Jackie Hartley, Paul Joffe

- and Jennifer Preston, 2010, 156-168.
- Moller Okin, Susan. « Is multiculturalism bad for women? » dans *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, New-Jersey, Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha C Nausbaum, 1999, 9-24.
- Monture-Angus, Patricia. « A First Journey in Decolonized Thought: Aboriginal Women and the Application of the Canadian Charter » dans *Thunder in my Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Fernwood, Halifax, 1995, 131-151.
- Napoleon, Val. « Aboriginal discourse: Gender, identity, and community » dans *Indigenous peoples and the law: Comparative and critical perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Benjamin J Richardson, Shin Imai and Kent McNeil, 2009, 233-256.
- . « Thinking About Indigenous Legal Orders » dans *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Springer, 17, coll Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, René Provost et Colleen Sheppard, 2013.
- Sangster, Joan. « Native Women, Sexuality, and the Law » dans *In the Days of Our Grandmothers: A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, Mary-Ellen Kelm et Lorna Townsend, dir, 2006, 301-335.
- Sleeper-Smith, Susan. « Women, Kin and Catholicism: New Perspective on the Fur Trade » dans *In the Days of Our Grandmothers: A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, Mary-Ellen Kelm et Lorna Townsend, dir, 2006, 26-55.
- Smith, Andrea. « Native American feminism, sovereignty and social change » dans *Making Space for Indigenous Feminism*, Fernwood Publishing, Winnipeg, Joyce Green, 2007, 93-107.
- Williams, Carol. « “She Was the Means of Leading into the Light”: Photographic Portraits of Timshian Methodist Converts » dans *In the Days of Our Grandmothers: A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, Mary-Ellen Kelm et Lorna Townsend, dir, 2006, 117-145.
- Xanthaki, Alexandra. « The UN Declaration on the rights of indigenous peoples and collective rights: What's the future for indigenous women? » dans *Reflections on the*

UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Oxford Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, 2011, 413-431.

Zemon Davis, Natalie. « Iroquois Women, European Women » dans *Feminist Postcolonial Theory: A Reader*, Edinburgh University Press, Edinburgh, Reina Lewis et Sara Mills, 2003, 135-160.

Articles de revues

Barker, Joanne. « Gender, Sovereignty, and the Discourse of Rights in Native Women's Activism » (2006) 7:1 *Meridians: feminism, race, transnationalism* 127-161.

Bilge, Sirma. « De l'Analogie à l'Articulation: Théoriser la Différenciation Sociale et l'Inégalité Complexe » [2010] 176-177 *L'Homme et la Société* 43-64.

Bilge, Sirma et Olivier Roy. « La discrimination intersectionnelle: la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire » (2010) 25:1 *Canadian Journal of Law & Society* 51-74.

Bird Rose, Deborah. « Land Rights and Deep Colonizing. The Erasure of Women » (1996) 3:85 *Aboriginal Law Journal* 6-14.

Cannon, Martin J. « Race Matters: Sexism, Indigenous Sovereignty, and Mclvor » (2014) 26:1 *Canadian Journal of Women & the Law* 23-50.

Chagnon, Rachel. « Constats sur la difficile intégration d'une analyse intersectionnelle en droit canadien: le traitement de la polygamie dans l'affaire Bountiful » (2014) 26:2 *Nouvelles pratiques sociales* 187-199.

Charlesworth, Hilary, Christine Chinkin et Wright Shelley. « Feminist Approches to International Law » (1991) 85:4 *American Journal Of International Law* 613-645.

Crenshaw, Kimberlé. « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics » [1989] *University of Chicago Legal Forum* 139-167.

———. « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color » (1991) 43:6 *Stanford Law Review* 1241-1299.

Davis, Megan. « International human rights law, women's rights and the Intervention » (2009) 7:10 *Indigenous Law Bulletin* 11-14.

- Deveaux, Monique. « Conflicting Equalities? Cultural Group Rights and Sex Equality » (2000) 48 *Political Studies* 522-539.
- Duhaime, Bernard et Josée-Anne Riverin. « Double Discrimination and Equality Rights of Indigenous Women in Quebec » (2010) 65 *University of Miami Law Review* 903-922.
- Duncanson, Ian et Nan Seuffert. « Mapping Connections: Postcolonial, Feminist and Legal Theory » (2005) 22 *Australian Feminist Law Journal* 1-14.
- Flintan, Fiona. « Sitting at the table: securing benefits for pastoral women from land tenure reform in Ethiopia » (2010) 4:1 *Journal of Eastern Africa Studies* 153-178.
- Gentelet, Karine, Doris Farget et Christopher Campbell-Durouflé. « Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones: valeur et pertinence » (2010) 23:1 *Nouvelles pratiques sociales* 130-136.
- Gopal, Kusum. « Mythic Rights and Land Rights in Northern India » dans *Land, Law, and Environment*, Pluto Press, London, A Abramson et D Theodossopoulos, 2000, 136-153.
- Kapur, Ratna. « The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the “Native” Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics » (2002) 15 *Harvard Human Rights Journal* 1.
- Kuokkanen, Rauna. « Self-determination and indigenous women’s rights at the intersection of international human rights » (2012) 34:1 *Human Rights Quarterly* 225-250.
- Ladner, Kiera. « Gendering Decolonization, Decolonizing Gender » (2009) 13:1 *Australian Indigenous Law Review* 62-77.
- Lawrence, Bonita. « Gender, Race, and the Regulation of Native Identity in Canada and the United States: An Overview » (2003) 18:2 *Hypatia* 3-31.
- Leclair, Jean. « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference » (2006) 31 *Queen’s Law Journal* 521-535.
- . « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales » (2009) 14:1 *Lex Electronica*.
- . « “Il faut savoir se méfier des oracles”: Regards sur le droit et les autochtones »

- (2011) 41:1 *Recherches amérindiennes du Québec* 102-111.
- MacKinnon, Catharine A. « Intersectionality as method: A note » (2013) 38:4 *Signs* published by The University of Chicago press 1019-1030.
- McIvor, Sharon Donna. « Aboriginal Women Unmasked: Using Equality Litigation to Advance Women's Rights » (2004) 16 *Canadian Journal of Women & the Law* 106-136.
- McNeil, Kent. « Aboriginal Governments and the Charter: Lessons from the United States » (2002) 17:2 *Canadian Journal of Law & Society* 73-105.
- Moghissi, Haideh. « "The Return of the Sacred" and the Politics of Cultural Difference » (2013) 5 *Trudeau Foundation Papers* 85-99.
- Napoleon, Val. « Aboriginal Self Determination: Individual Self and Collective Selves » (2005) 29:2 *Atlantis* 31-46.
- . « Aboriginal Feminism in a Wider Frame » (2007) 41:3 *Canadian Dimension* 44.
- Nedelsky, Jennifer. « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities » (1989) 1:7 *Yale Journal of Law and Feminism* 7-36.
- Pearldaughter, Andra. « Martinez v. Santa Clara Pueblo - Sexual Equality under the Indian Civil Rights Act » (1978) 6:1 *American Indian Law Review* 187-204.
- Peters, Eline et Janine Ubink. « Restorative and Flexible Customary Procedures and Their Gendered Impact: A Preliminary View on Namibia's Formalization of Traditional Courts » [2014] *Social Science Research Network*, en ligne : *Social Science Research Network* <<http://ssrn.com/abstract=2520158>> (consulté le 12 octobre 2014).
- Polavarapu, Aparna. « Reconciling Indigenous and Women's Rights to Land in Sub-Saharan Africa » (2013) 43:1 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1-33.
- Rose, Deborah Bird. « Land Rights and Deep Colonising: the Erasure of Women » [1996] 85 *Indigenous Law Bulletin* 6-13.
- Seraphim, Joanna. « Confrontations entre le discours, la situation actuelle et les traditions: la place des femmes métisses du Manitoba sur la scène politique autochtone canadienne » (2014) 38:2 *Anthropologie & Sociétés* 175-192.
- Sheppard, Colleen. « Grounds of discrimination: Towards an inclusive and contextual

- approach » (2001) 80:3 Canadian Bar Review 893-916.
- Snyder, Emily. « Indigenous Feminist Legal Theory » (2014) 26:2 Canadian Journal of Women & the Law 365-401.
- Tamir, Yael. « Siding with the underdogs » dans *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton University Press, Princeton, New-Jersey, Joshua Cohen, Matthew Howard et Martha C Nussbaum, 1999, 47-52.
- Turpel, Mary-Ellen. « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive monopolies, cultural differences » (1989) Annual Human Rights Year Book 3-45.
- Valencia-Weber, Gloria. « Santa Clara Pueblo v. Martinez: Twenty-five Years of Disparate Cultural Visions. An Essay Introducing the Case for Re-argument Before the American Indian Nations Supreme Court » (2004) 14:1 The Kansas Journal of Law & Public Policy 49-66.
- Watson, Irene. « Aboriginality and the Violence of Colonialism » (2009) 8:1 Borderlands E-Journal 1-8.
- Weldon, S. Laurel. « The Structure of Intersectionality: A Comparative Politics of Gender » (2006) 2:2 Politics Gender 235-248.
- Woudenberg, Gerdine Van. « Des femmes et de la territorialité. Début d'un dialogue sur la nature sexuée des droits des autochtones » (2004) 34:3 Recherches amérindiennes du Québec 75-86.
- Young, Iris Marion. « Equality of Whom? Social Groups and Judgments of Injustice » (2001) 9:1 The Journal of Political Philosophy 1-18.
- Young, Margot. « Unequal to the Task: "Kapp"ing the Substantive Potential of Section 15 » (2010) 50:2 Supreme Court Law Review 183-219.

Articles de journaux

- Bélair-Cirino, Marco. « Réconcilier sans ouvrir la Constitution? », *Le Devoir*, éd vendredi 5 juin 2015.
- La Presse Canadienne. « L'ONU presse le Canada d'enquêter sur les femmes autochtones disparues ou tuées », *Le Huffington Post* (3 juin 2015), en ligne : Le Huffington Post <<http://quebec.huffingtonpost.ca/2015/03/06/lonu-presse-le-canada->

d_n_6817890.html> (consulté le 17 juin 2015).

La Presse Canadienne. « Plus de 1000 cas de femmes autochtones assassinées ou disparues », *La Presse* (5 janvier 2014).

Légaré-Tremblay, Jean-Frédéric. « Une Amérique postraciale? », *Le Devoir*, éd 24 août 2013, en ligne : Le Devoir <<http://www.ledevoir.com/international/etats-unis/385928/une-amerique-postraciale>> (consulté le 6 août 2015).

Lévesque, Carole. « Il faut revoir notre perception du monde autochtone. Identité et responsabilité civile: Les femmes autochtones sont au coeur du débat sur la définition du citoyen et de son rôle », *Le Devoir* (11 juin 1999), en ligne : Le Devoir <<http://vigile.net/archives/9911/citoyenautochtones.html>> (consulté le 27 mai 2015).

Nunatsiaq news. « Romeo Saganash sponsors bill to recognize indigenous peoples' rights », *Nunatsiaq online* (17 mars 2015), en ligne : Nunatsiaq online <http://www.nunatsiaqonline.ca/stories/article/65674federal_bill_wants_canadian_law_to_recognize_indigenous_peoples_rights/> (consulté le 6 avril 2015).

Documents et rapports institutionnels canadiens

Association du Barreau Canadien. *Projet de loi C-3 - Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, Mémoire présenté au Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, Ottawa, Section National du Droit des Autochtones, 2010.

Commission ontarienne des droits de la personne. *Approche intersectionnelle de la discrimination: pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, 9 octobre 2001.

Commission royale sur les peuples autochtones. *Une relation à définir, première partie*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et des services du Canada, 1996.

Furi, Megan et Jill Wherrett. *Questions relatives au statut d'Indien et à l'appartenance à la bande*, Étude générale, BP-410F, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2003.

Gouvernement du Canada. *Financement de base pour les organisations autochtones représentatives*, 12 septembre 2012, en ligne : <<https://www.aadnc->

aandc.gc.ca/fra/1347468975911/1347469133809> (consulté le 8 juin 2015).

Nahanee, Teresa. « *Danse avec un Gorille* »: *Les Femmes Autochtones, la Justice et la Charte*, document préparé pour la Table Ronde sur les Questions Judiciaires, Organisée par la Commission Royale sur les Peuples Autochtones, 1992.

O'Donnell, Vivian et Susan Wallace. *Femmes au Canada: rapport statistique fondé sur le sexe*, 89-503-X, Statistique Canada, 2011.

Patrimoine canadien. *Programme des Autochtones*, Gouvernement du Canada, 7 août 2014, en ligne : < <http://www.pch.gc.ca/fra/1288012444767/1388768739656>> (consulté le 27 mai 2015).

Pierre Chagnon, en tant que bâtonnier du Québec. *Commentaires sur le projet de loi C-3 - Loi favorisant l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens en donnant suite à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, avril 2010.

Honouring the Truth, Reconciling for the Future. Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015, en ligne : <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Findings/Exec_Summary_2015_05_31_web_o.pdf> (consulté le 15 juin 2015).

Documents et rapports institutionnels autochtones

Assemblée des Premières Nations. « Mettre en oeuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », en ligne : Secteurs de politique <<http://www.afn.ca/index.php/fr/secteurs-de-politique/mettre-en-uvre-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones>> (consulté le 6 avril 2015).

Association des Femmes Autochtones du Canada. *La Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens. Aperçu*, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, 15 septembre 2010.

Le projet de loi S-2: Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux, Ottawa, ON, 2011, en ligne : <<http://www.nwac.ca/fr/le-projet-de-loi-s-2-loi-sur-les-foyers-familiaux-situ%C3%A9s-dans-les->

r%C3%A9serve-et-les-droits-ou-int%C3%A9r%C3%AAts> (consulté le 8 janvier 2015).

Coates, Ken. *La Loi sur les Indiens et l'avenir de la gouvernance autochtone au Canada*, Centre national pour la gouvernance des Premières Nations, 2008, en ligne : <http://fngovernance.org/ncfng_research/coates_fr.pdf> (consulté le 16 mars 2015).

Femmes Autochtones du Québec. *Bâtir l'avenir en toute égalité*, Association des femmes autochtones du Québec, 1992.

———. *Biens Immobiliers Matrimoniaux. Projet de loi S-4: Loi concernant les foyers familiaux situés dans les réserves des premières nations et les droits ou intérêts matrimoniaux sur les constructions et terres situées dans ces réserves*, Femmes Autochtones du Québec Inc, 2010, en ligne : <http://www.faq-qnw.org/sites/default/files/publications/Bill%20S-4%20report_FR.pdf> (consulté le 9 janvier 2015).

———. *Comment définir l'identité et la citoyenneté autochtones: Enjeux et pistes de réflexion*, Kahnawake, 2012, en ligne : <<http://www.faq-qnw.org/sites/default/files/publications/QNW-FAQ-M%C3%A9moire%20Identit%C3%A9%20et%20citoyennet%C3%A9%20autochtone%20FINAL%20FR.pdf>> (consulté le 18 mai 2015).

Snyder, Emily. *Gender and Indigenous Law: A report prepared for the University of Victoria Indigenous Law Unit, the Indigenous Bar Association, and the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, Département de Sociologie, Université de l'Alberta, 2013.

Documents et rapports institutionnels internationaux

CEDAW. *Report of the inquiry concerning Canada of the Committee of the Elimination of Discrimination against Women under article 8 of the Optional Protocol of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/OP8/CAN/1, United Nations, 2015, en ligne : <http://www.fafia-afai.org/wp-content/uploads/2015/03/CEDAW_C_OP-8_CAN_1_7643_E.pdf> (consulté le 17 juin 2015).

Human Rights Committee. *Concluding observations on the sixth periodic report of Canada*,

CCPR/C/CAN/6, 2015, en ligne :
<http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/CAN/6&Lang=en> (consulté le 29 septembre 2015).

Nations Unies. *Au terme de plus de vingt ans de négociations, l'Assemblée Générale adopte la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007.

Autres sources

Collin, Annie-Ève. *Le libéralisme multiculturel de Will Kymlicka en perspective*, Thèse. Philosophie (Maîtrise), Université de Montréal, 2009.

Leclair, Jean. *Penser le Canada dans un monde désenchanté*, conférence prononcée à l'occasion de la série Voir grand 2015 organisée par la Fédération des sciences humaines et par l'Université d'Ottawa, Université d'Ottawa, 4 juin 2015.

Napoleon, Val et Joyce Green. *Seeking Measures of Justice: Aboriginal Women's Rights Claims, Legal Orders, and Politics*, University of Saskatchewan, Canadian Political Science Association, 29 juin 2007.

Rochette, Daniel. *Quebec Native Women's Association struggling to survive*, *National News*, Montréal, APTN, 5 novembre 2015, en ligne :
<<http://aptn.ca/news/2015/05/11/quebec-native-womens-association-struggling-survive/>>(consulté le 3 juin 2015).

Saganash, Romeo. *Les Conservateurs laissent tomber les Peuples Autochtones*, NPD, 5 juin 2015, en ligne : <<http://romeosaganash.npd.ca/les-conservateurs-laissent-tomber-les-peuples-autochtones> > (consulté le 7 juin 2015).

Indigenous lawyer talks historic laws and nations, *Face to Face*, APTN, 14 avril 2015, en ligne : <<http://aptn.ca/news/2015/04/14/indigenous-lawyer-talks-historic-laws-nations-face-face/> > (consulté le 3 juin 2015).