



MÉMOIRE

Présenté à la
Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse

**DROITS DE L'ENFANT ET AUTODÉTERMINATION DES PEUPLES AUTOCHTONES :
APERÇU DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES DU QUÉBEC**

Préparé par
Geneviève Motard, LL.D., Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université Laval
Véronique Breton, LL.M., Doctorante à la Faculté de droit de l'Université Laval

Mars 2020

Sommaire

Sommaire	2
Introduction.....	3
1. La nécessité de respecter les normes internationales.....	4
1.1 Le développement du droit par et pour les peuples autochtones : l'importance du droit à l'autodétermination.....	5
1.2 Le droit des traités et les obligations du Canada et du Québec	9
1.3 Les droits des enfants autochtones et le Comité des droits de l'enfant	12
2. La question du partage des compétences législatives entre le Québec et le Canada et la mise en œuvre des droits des peuples autochtones	20
2.1 Les sources de la capacité des peuples autochtones d'exercer leurs responsabilités à l'égard des terres et de leurs citoyens	21
2.2 La portée de la compétence législative du Parlement du Canada sur les « Indiens et les terres réservées » et la constitutionnalité de la Loi de 2019.....	24
2.3 La portée des compétences législatives provinciales.....	30
Conclusion	34

Introduction

En 2019, le Parlement du Canada a adopté la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*¹ (ci-après « Loi de 2019 »). Cette loi reconnaît que le droit à l'autonomie gouvernementale en matière de services à l'enfance et à la famille est reconnu et protégé par le parag. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*². Elle affirme ne pas porter atteinte à ce droit ni d'ailleurs aux autres droits qui y sont protégés, incluant ceux issus de tout accord, traité ou accord sur l'autonomie gouvernementale comprenant des dispositions se rapportant aux services à l'enfance et à la famille (art. 2 et 3). La Loi de 2019³ établit parallèlement des principes pancanadiens applicables à la fourniture de services à l'enfance et à la famille autochtones dispensés par des corps dirigeants autochtones, lesquels sont définis à son article 1^{er}.

La Loi de 2019⁴ dit lier tant le gouvernement fédéral que les gouvernements des provinces et sa mise en œuvre sera, cela ne fait pas de doute, difficile sans la collaboration de bonne foi des provinces⁵.

À l'heure actuelle, les services de protection de la jeunesse sont dispensés par l'État québécois, lesquels sont complétés par ceux que dispensent, avec l'autorisation du gouvernement, certaines associations. S'agissant des services étatiques, le rapport final de la Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics: écoute, réconciliation et progrès (ci-après « Commission Viens ») a récemment permis de constater qu'ils sont trop souvent inadéquats et peu adaptés à la réalité des peuples autochtones⁶. Par exemple, les principes (ex. : la primauté de l'intérêt de l'enfant) et les conceptions (ex. : de la famille et de l'éducation) qui sont au cœur de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁷ demeurent grandement influencés par les valeurs occidentales et

¹ *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, LC 2019, c 24 [Loi de 2019].

² *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U), 1982, c 11 [Loi constitutionnelle de 1982].

³ Loi de 2019, *supra* note 1.

⁴ *Id.*, art. 7.

⁵ Voir notamment les articles 16(1)e) et 20 de la Loi de 2019, *supra* note 1.

⁶ *Rapport final de la Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics : écoute, réconciliation et progrès*, Gouvernement du Québec, 2019, pp. 435-494 [Rapport final Commission Viens].

⁷ *Loi sur la protection de la jeunesse*, P-34.1 [LPJ].

celles de la société dominante⁸. Ces principes et ces conceptions fondent les décisions prises à l'égard des enfants qu'ils soient autochtones ou non, bien que l'identité culturelle soit désormais un facteur à considérer dans l'évaluation de ce que constitue l'intérêt supérieur de l'enfant⁹.

C'est dans ce contexte que la Procureure générale du Québec a soumis, par renvoi, la question de l'inconstitutionnalité de la Loi de 2019¹⁰ à la Cour d'appel du Québec, laquelle n'a pas encore rendu son avis. Dans ce contexte, il nous a été demandé d'éclairer cette Commission sur la question suivante :

Considérant qu'il est généralement admis que les provinces ont compétence exclusive pour légiférer en matière de santé et de services sociaux, le Québec pourrait-il céder, reconnaître ou transférer sa compétence législative, exécutive et judiciaire en cette matière à un corps dirigeant autochtone pour permettre à cette entité, par exemple, de légiférer, d'appliquer et de contrôler ce qui relève de la protection de la jeunesse?

Sans donner ici de réponse définitive à la question de la constitutionnalité de la Loi de 2019, dont certains aspects nous semblent problématiques, nous proposons de présenter les difficultés conceptuelles que pose le partage des compétences législatives lorsqu'est abordée la question de la mise en œuvre du droit à l'autonomie des peuples autochtones ainsi que des avenues permettant d'assurer la conformité du constitutionnalisme canadien au droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Mais avant, il nous a semblé important de revenir sur les droits des enfants autochtones qui doivent aussi être au cœur de toute réflexion de nature constitutionnelle afin de donner un sens à ces droits.

1. La nécessité de respecter les normes internationales

Indépendamment des enjeux et de la réponse de la Cour d'appel à l'égard de la question qui lui est posée par le gouvernement du Québec¹¹ afin de savoir si la Loi de 2019¹² est

⁸ Christiane GUAY, Emmanuelle JACQUES et Sébastien GRAMMOND, « La protection des enfants autochtones, se tourner vers l'expérience américaine pour contrer la surreprésentation », *Revue canadienne de service social*, Vol. 31-2, 2014, p. 198 [GUAY, JACQUES ET GRAMMOND].

⁹ LPJ, *supra* note 7, art. 3.

¹⁰ Loi de 2019, *supra* note 1.

¹¹ *Renvoi relatif à la loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières nations, des Inuits et des Métis*. Décret portant le numéro 1288-2019 déposé le 20 décembre 2019 au greffe des appels du district de Montréal sous le numéro 500-09-028751-196.

¹² Loi de 2019, *supra* note 1.

ultra vires et, dès lors, inconstitutionnelle, il importe de rappeler que tous les ordres de gouvernement ont l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits humains prévus à l'échelle internationale, particulièrement lorsque le Canada s'est engagé par voie de traité. À notre avis, le droit international des droits de la personne, notamment par le biais des conventions onusiennes et des travaux des différents comités onusiens, offrent un éclairage pertinent puisqu'ils « constituent un tout cohérent et esquisent des solutions aux problèmes les plus difficiles »¹³ à résoudre.

Dans la première partie de ce mémoire, nous exposerons, tout d'abord, le rôle de plus en plus important que jouent les peuples autochtones sur la scène internationale (1.1). Ensuite, nous mobiliserons le droit des traités¹⁴ en vue de présenter la portée des obligations internationales du Canada (1.2). Enfin, nous exposerons certaines des lacunes que présentent les services de protection de la jeunesse au regard des normes internationales (1.3).

1.1 Le développement du droit par et pour les peuples autochtones : l'importance du droit à l'autodétermination

Au cours des cinquante dernières années, les droits des peuples autochtones ont connu un essor majeur sous l'influence de la volonté commune des États et des représentants des groupes autochtones¹⁵. La création, en 1982, par l'Organisation des Nations Unies (ci-après « ONU ») d'un groupe de travail sur les peuples autochtones, responsable entre autres choses d'étudier les problèmes de discrimination et de marginalisation vécus par ces peuples et de proposer des recommandations pour l'adoption de nouvelles normes, a pavé la voie au développement des travaux internationaux sur les droits des peuples autochtones et a contribué à sensibiliser la communauté internationale à ces enjeux. En juillet 2000, le Conseil économique et social de l'ONU a procédé à la création de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (ci-après « l'Instance »)¹⁶. L'Instance comprend seize membres, dont huit sont nommés par les gouvernements et les huit autres

¹³ Ghislain OTIS et Bjarne MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales : analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 5 [OTIS et MELKEVIK].

¹⁴ Les termes « convention » et « traité » sont utilisés comme étant des synonymes.

¹⁵ Véronique BRETON, *La face cachée d'une obligation d'enquête : les filles et les femmes autochtones assassinées ou disparues*, Essai de maîtrise, Université Laval, 2017, pp. 14- 17.

¹⁶ Résolution du Conseil économique et social, E/RES/2000/22, 28 juillet 2000.

le sont par les organisations autochtones dans leurs régions. La rencontre annuelle de l'Instance permet de réunir environ 1 200 participants, dont 1 000 représentants autochtones, soixante-dix représentants des États-membres et plus de trente représentants d'entités intergouvernementales¹⁷.

Au fil de ces années, l'ONU a contribué à un changement de paradigme visant à promouvoir la participation des peuples autochtones à l'élaboration des normes qui les concernent. Cette participation fait en sorte que les peuples autochtones sont de plus en plus présents sur la scène internationale en tant qu'acteurs responsables de la définition de leurs droits¹⁸. En effet, rappelons le rôle primordial qu'ont joué les groupes autochtones lors des fastidieuses¹⁹ négociations ayant mené à l'acceptation de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*²⁰ (ci-après « DNUDPA ») par les États-membres de l'Assemblée générale des Nations Unies. Un des aspects les plus importants de la DNUDPA réside dans la participation des peuples autochtones qui sont les bénéficiaires des droits qui y sont prévus. La participation des peuples autochtones à l'élaboration de cet instrument est le gage de sa forte légitimité auprès des principaux intéressés. Les États-membres demeurant les ultimes responsables de la présentation de ce document devant l'Assemblée générale des Nations Unies, leurs préoccupations ont, bien entendu, été prises en compte dans la version finale de la DNUDPA.

Il ne faut cependant pas ici se tromper. Les peuples autochtones n'ont pas participé aux travaux édifiant la majorité des conventions internationales contemporaines se rapportant à la protection des droits de la personne. En dépit de cette absence de participation, les auteurs s'accordent généralement pour affirmer que « le droit international des droits de l'homme et des peuples autochtones semble un outil mieux adapté globalement à la résolution des problèmes posés et vécus par les groupes sociaux concernés que le droit

¹⁷ Pour plus de détails sur l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, voir : Département des affaires économiques et sociales - Peuples Autochtones, Nations Unies, [En ligne], <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-fr/>, (page consultée le 09 février 2020).

¹⁸ Irène BELLIER, Leslie CLOUD et Laurent LACROIX, *Les droits des peuples autochtones : des Nations unies aux sociétés locales*, L'Harmattan, Paris, 2017, p. 422 [BELLIER, CLOUD et LACROIX].

¹⁹ Entamés au début des années 1980, les travaux ont mené à un premier projet de déclaration dès 1994. *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, E/CN.4/Sub.2/1994/45.

²⁰ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG A/RES/61/295, 2 octobre 2007 [DNUDPA].

étatique dont les évolutions sont sujettes aux équilibres politiques du jour [...] »²¹. Par ailleurs, pour d'autres auteurs, les instances internationales permettent de mettre en place un dialogue basé sur un sentiment plus égalitaire que ne le permettent les instances étatiques, perçues comme à la fois juges et parties²².

Si la DNUDPA bénéficie d'une forte légitimité, c'est en grande partie parce que les représentants des peuples autochtones ont été au cœur de son élaboration, ce qui n'est pas le cas du droit étatique du Québec et du Canada. En d'autres termes, le droit étatique a souffert et souffre d'un manque de légitimité pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les peuples autochtones ne bénéficient pas d'une représentation adéquate dans le processus parlementaire. Ensuite, le droit étatique ne reflète pas leurs préoccupations, leurs besoins et leurs priorités et est donc souvent inadapté à leurs situations politiques, économiques et sociales. Finalement, il convient d'ajouter que le droit étatique a été mobilisé depuis le début du 19^e siècle pour passer outre aux systèmes juridiques autochtones, les transformer sans le consentement des principaux concernés, les dévaloriser ou, tout simplement, les rendre invisibles²³.

²¹ BELLIER, CLOUD et LACROIX, *supra* note 18, p. 419.

²² Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant et Éditions Yvon Blais, 2003, p. 123 [Sébastien GRAMMOND]. Une version plus récente de cet ouvrage est disponible en anglais : Sébastien GRAMMOND, *Terms of coexistence: indigenous peoples and Canadian law*, Toronto, Ontario, Carswell, 2013, 645 p. Voir également Sonia, HARRIS-SHORT, *Aboriginal child welfare, self-government and the rights of indigenous children: protecting the vulnerable under international law*, Farnham, Surrey, England, Ashgate, 2012, 319 p.

²³ Val NAPOLEON, et HADLEY FRIEDLAND, « Indigenous legal traditions: roots to renaissance », Dans M. B. Dubber et T. Hörnle (dir.), *The Oxford Handbook of Criminal Law* Oxford, Grande-Bretagne, Oxford University Press, 2014, pp. 225-247; Ghislain OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », Dans G. Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, France, Karthala Éditions pp. 9-24; John BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, University of Toronto Press, 2010, 427 p [John BORROWS].

Les appels à l'action 27, 28 et 42 et 50 à 52 du Rapport de la Commission de Vérité et de Réconciliation²⁴, demandent de mettre de l'avant la reconnaissance des systèmes juridiques autochtones. Par exemple, le Rapport appelle « en collaboration avec les organisations autochtones, à la création d'instituts du droit autochtone pour l'élaboration, la mise en application et la compréhension des lois autochtones ainsi que l'accès à la justice en conformité avec les cultures uniques des peuples autochtones du Canada »²⁵.

Parallèlement, en mettant le droit des peuples autochtones de s'autodéterminer au cœur de la DNUDPA, celle-ci cherche à renforcer le droit fondamental des peuples autochtones d'être régis par un système de droit qu'ils estiment être légitime. Le préambule de la DNUDPA, en rappelant les conséquences négatives que la colonisation a eu sur les peuples autochtones, notamment la dépossession de leurs terres et de leurs ressources et la négation de leurs droits fondamentaux, met en exergue le défaut de légitimité dont souffrent les systèmes étatiques qui ont été mis en place par les puissances coloniales sans le consentement et la participation des peuples autochtones²⁶. La DNUDPA semble être un cadre normatif juridique qui, « [s]i elle est mise en application de bonne foi, dans le but de réaliser son objectif suprême, c'est-à-dire l'autodétermination des Autochtones, [...] permettra de régler les déséquilibres historiques des pouvoirs »²⁷.

Quant au droit des peuples autochtones de s'autodéterminer, la DNUDPA prévoit que les peuples autochtones ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes notamment lorsqu'il est question de leurs affaires internes et locales ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités²⁸. Ils ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes²⁹. Les

²⁴ *Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada : Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir*, Gouvernement du Canada, McGill-Queen's University Press, 2015, pp. 347-370.

²⁵ *Id.*, p. 358.

²⁶ Joshua NICHOLS, « Nous n'avons jamais été une simple affaire nationale - la légitimité de l'État et la question autochtone », Dans *Mise en application de la DNUDPA: Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales*, Rapport spécial, Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, Ontario, 31 mai 2017, p. 47.

²⁷ Sarah, MORALES, « Intégrer l'incommensurable : les traditions juridiques autochtones et l'obligation de consulter », dans *Mise en application de la DNUDPA: Tisser des liens entre le droit autochtone et les lois internationales et nationales*, Rapport spécial, Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, Ontario, 31 mai 2017, p. 88.

²⁸ DNUDPA, *supra* note 20, art. 4.

²⁹ *Id.*, art. 5.

peuples autochtones ont également le droit de définir et d'élaborer des priorités et des stratégies en vue d'exercer leur droit au développement³⁰. En particulier, ils ont le droit d'être activement associés à l'élaboration et à la définition des programmes de santé, de logement et d'autres programmes économiques et sociaux les concernant, et, autant que possible, de les administrer par l'intermédiaire de leurs propres institutions³¹. Aussi, la DNUDPA reconnaît le droit des peuples autochtones de posséder et de contrôler les terres, les territoires et les ressources qu'ils occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis³². À ce propos, le processus de reconnaissance de ces droits prévu à l'article 27 de la DNUDPA demande que les États *prennent dûment en considération* les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones.

Du coup, pour être en phase avec le contenu de la DNUDPA, le droit à l'autodétermination des peuples autochtones doit constituer le pilier de toute réflexion préalable aux réformes du droit étatique et doit orienter les actions des autorités étatiques dans leurs relations avec les peuples autochtones. En d'autres termes, le droit à l'autodétermination doit constituer l'assise à partir de laquelle on peut réfléchir au renouvellement des relations entre l'État et les peuples autochtones. Le droit à l'autodétermination est, en réalité, la formulation d'une demande de longue date émanant des peuples autochtones, c'est-à-dire celle de respecter leur droit d'adopter eux-mêmes les normes qui leur sont destinées. Ceci comprend, bien entendu, le droit se rapportant à l'enfance et aux relations familiales³³.

1.2 Le droit des traités et les obligations du Canada et du Québec

L'importance des normes internationales dans les réflexions entourant la réforme du droit étatique découle aussi de la mobilisation des peuples autochtones à l'échelle internationale. Les peuples autochtones, dont les territoires font aujourd'hui partie du Canada et du Québec, ont eu à plusieurs reprises recours aux forums qu'offrent les Nations Unies afin de faire valoir leurs droits. Pensons, en effet, à la situation des filles et des femmes autochtones assassinées ou disparues qui a été soumise auprès des instances onusiennes, et notamment auprès du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des

³⁰ DNUDPA, *supra* note 20, art. 3.

³¹ *Id.*, art. 23.

³² *Id.*, art. 26.

³³ *Id.*, arts. 4, 5, 3 et 23.

femmes³⁴. Par ailleurs, la pertinence de se référer aux traités internationaux s'explique principalement par le fait que le Canada a ratifié plusieurs conventions internationales visant la protection des droits de la personne³⁵, lequel est aussi dorénavant fondé sur le droit international coutumier³⁶, ce qui en fait une obligation *erga omnes*, soit une obligation s'imposant à tous³⁷. Il convient tout de même d'aborder le droit des traités afin d'appuyer nos propos : les traités auxquels le Canada a consenti³⁸ à être lié par ratification sont constitutifs d'obligations.

En vertu du droit des traités, le Canada doit agir de bonne foi à l'égard du respect et de la mise en œuvre des traités qu'il a ratifiés. En effet, la notion *Pacta sunt servanda* signifie que « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi³⁹ ». Nous ne saurions trop insister sur ce principe. En effet, ce dernier étant vu comme « the cornerstone of international relations. [...] [F]or Grotius it lay at the centre of the international legal order »⁴⁰. Par ailleurs, le non-respect de ce principe peut également entraîner la responsabilité internationale des États⁴¹. De plus, la notion de bonne foi implique notamment qu'un État ne peut se prévaloir de son droit interne afin de justifier la

³⁴ Véronique BRETON, « Le Canada et la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* : une obligation d'enquête », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 60-1, mars 2019, pp. 139-169.

³⁵ Liste non exhaustive des conventions internationales onusiennes ratifiées par le Canada: *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951); *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) [*Convention relative aux droits de l'enfant*]; *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur: 26 juin 1987); *Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969); *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2515 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 mai 2008); *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13, (entrée en vigueur : 3 septembre 1981); *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 6 octobre 1999, 2131 RTNU 83 (entrée en vigueur : 22 décembre 2000); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 Décembre 1966, 999 RTNU 171, (entrée en vigueur : 23 Mars 1976) [PIDCP]; *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3, (entrée en vigueur : 3 janvier 1976) [PIDESC].

³⁶ Jean-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *Droit international public*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 65 [ARBOUR et PARENT].

³⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962) (*Belgique c Espagne*), Arrêt, [1970] CIJ rec 3 par. 33.

³⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, (1980) 1155 RTNU 331, art. 1 c) [CVDT].

³⁹ *Id.*, art. 26.

⁴⁰ Mark Eugen VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 363 [M E VILLIGER].

⁴¹ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. N.U. A/56/10 (2001).

non-exécution d'un traité sur son territoire⁴². Ainsi, le fait que le Canada soit une fédération ne saurait servir d'argument aux autorités fédérales ou québécoises pour éviter de respecter les engagements internationaux de l'État.

Toutefois, même si au regard du droit international cela ne constitue pas une justification, les traités internationaux ratifiés par le Canada ne sont pas directement applicables sur son territoire. En effet, ils exigent une mise en œuvre législative afin de déployer la totalité de leurs effets juridiques⁴³. Par ailleurs, rappelons que du point de vue du droit international, le droit interne d'un État est vu comme un simple fait⁴⁴.

En outre, le Canada est partie à plusieurs conventions internationales sur les droits de la personne qui comportent des dispositions analogues ou identiques à celles de la *Charte*. Le Canada s'est donc obligé internationalement à assurer à l'intérieur de ses frontières la protection de certains droits et libertés fondamentaux qui figurent aussi dans la *Charte*. Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif [...] ⁴⁵.

Enfin, même si le législateur n'a pas encore procédé à l'intégration en droit interne des traités internationaux, ces traités mettent tout de même à la charge de l'État des obligations et, en tant qu'État partie à ces traités, le Canada et le Québec ne peuvent agir de façon contraire au contenu de ces traités.

⁴² CVDT, *supra* note 38, arts 27 et 29; M E VILLIGER, *supra* note 40, pp. 372-375

⁴³ En ce qui concerne l'intégration du droit international en droit canadien, le Canada a une approche dualiste, ce qui signifie que les conventions internationales ne sont pas automatiquement intégrées à l'ordre juridique canadien. Afin qu'une règle internationale y soit intégrée formellement, une loi ou un décret de mise en œuvre doit être adopté sans quoi la règle internationale ne produira pas pleinement ses effets juridiques : Jean-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *supra* note 36, pp. 175-220. Voir aussi : Olivier DELAS et Myriam ROBICHAUD, « Les difficultés liées à la prise en compte du droit international des droits de la personne en droit canadien: préoccupations légitimes ou alibis? », *Revue québécoise de droit international*, Vol. 21-1, 2008, pp. 1-53.

⁴⁴ *Certains intérêts allemand en Haute-Silésie polonaise (Allemagne c Pologne)*, Arrêt du 25 mai 1926, CPJI (sér A) no : 7, à la p. 19.

⁴⁵ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 RCS 313, par. 59; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295, à la p. 344.

1.3 Les droits des enfants autochtones et le Comité des droits de l'enfant

Nous aborderons certains des enjeux au cœur des débats portant sur les services de protection de la jeunesse autochtone, par exemple, la surreprésentation des enfants autochtones au sein de ces services, leur insuffisance, leur inaccessibilité ainsi que leur sous-financement. Parallèlement, nous ferons le pont entre ces situations et certains traités internationaux ainsi que sur les écrits des différents comités de surveillance et de mise en œuvre de ces instruments et ce, en mettant l'accent sur les notions de discrimination et d'identité.

Nous avons limité les instruments juridiques auxquels nous ferons ici référence⁴⁶. En effet, nous traiterons plus particulièrement de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁴⁷ et des écrits du Comité des droits de l'enfant (ci-après « Comité »), organe de surveillance s'assurant de la mise en œuvre de cette convention. Dans le cadre de cette fonction, ce dernier donne aux États des orientations sur la manière de s'acquitter de leurs obligations au titre de cette Convention et plus précisément en ce qui concerne les droits des enfants autochtones.

L'existence de plusieurs types de violence telle que la violence structurelle et institutionnelle à laquelle les peuples autochtones font face est déjà documentée⁴⁸. Ces violences institutionnelles et structurelles sont présentées dans l'extrait suivant : « [l]e portrait des causes de la surreprésentation des enfants autochtones. Les taux élevés de signalement, de prise en charge et de placements des enfants autochtones mettent en relief l'insuffisance et

⁴⁶ Considérant le nombre important d'instruments internationaux d'application générale, nous avons décidé de nous attarder à un instrument visant spécifiquement les enfants.

⁴⁷ *Convention relative aux droits de l'enfant*, supra note 35.

⁴⁸ Emmanuelle PIEDBOEUF et Carole LÉVESQUE, « La violence en contexte autochtone », *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics*, Fiche synthèse, [En ligne], https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Fiches_synthese/Violence_en_contexte_autochtone.pdf, (page consultée le 12-02-2020); 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 », *Canadian Journal of Law and Society*, Vol. 25-1, 2010, pp. 51-74; Bernard Duhaime et Josée-Anne Riverin, « Double Discrimination and Equality Rights of Indigenous Women in Quebec », *University of Miami Law Review*, Vol. 65, 2011, pp. 903-922; Christiane GUAY et Lisa ELLINGTON, « Les causes de la surreprésentation des enfants autochtones en PJ », *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics*, fiche synthèse, [En ligne] https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Fiches_synthese/Surrepresentation_des_enfants_autochtones_en_PJ.pdf, (page consultée le 15-02-2020); Christiane GUAY, *Le savoir autochtone dans tous ses états: regard sur la pratique singulière des intervenants sociaux innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2017, 152 p.

l'inaccessibilité des services sociaux préventifs au sein de plusieurs communautés »⁴⁹. Rappelons qu'il s'agissait aussi là, notamment, d'un constat de la Commission royale sur les peuples autochtones, dont les travaux remontent au milieu des années 1990⁵⁰, et du Comité des droits de l'enfant, dans ses observations finales de 2012 concernant le Canada⁵¹. Par ailleurs, le sous-financement des services de protection de l'enfance pour les enfants autochtones comparativement à ceux destinés aux autres enfants constitue, à notre avis, une autre représentation de ces violences. Ces situations, de sous-financement et d'inaccessibilité, sont considérées comme étant de la discrimination systémique à la lumière de la jurisprudence. En outre, dans un arrêt de principe⁵², le juge en chef Dickson définit la notion de discrimination systémique :

[L]a discrimination systémique est souvent involontaire. Elle résulte de pratiques et de politiques établies qui, en fait, ont une incidence négative [...]. À cela s'ajoutent les attitudes des administrateurs et des collègues de travail qui acceptent une vision stéréotypée des compétences et du "rôle approprié" du groupe touché, laquelle vision conduit à la conviction ferme que les membres de ce groupe sont incapables [...]⁵³.

Plus récemment, le Tribunal canadien des droits de la personne a rendu un jugement portant sur les services d'aide et de soutien aux enfants des Premières Nations⁵⁴ ainsi que sur le

⁴⁹ Christiane GUAY et Lisa ELLINGTON, « L'organisation et financement des services de protection de la jeunesse en contexte autochtone », *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics*, fiche synthèse, [En ligne], https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Fiches_synthese/Organisation_et_financement_des_services_de_protection_de_la_juvenesse.pdf, (page consultée le 15-02-2020); *Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador, Évaluation de l'implantation des services sociaux de première ligne dans quatre communautés des Premières Nations du Québec*, Québec, 2011, p. 1.

⁵⁰ *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, Vol. 1-5, Ottawa, 1996.

⁵¹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada, 6 décembre 2012, CRC/C/CAN/CO/3-4, par. 32d) [CDE: Observations finales à l'attention du Canada].

⁵² *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114 [CN c. Canada].

⁵³ *Id.*, p. 1142 et 1143.

⁵⁴ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2.

Principe de Jordan⁵⁵ dans lequel il a jugé les situations décrites précédemment comme étant discriminatoires. Le Tribunal a alors constaté que :

[L]a race ou l'origine nationale ou ethnique est l'un des facteurs ayant contribué aux effets préjudiciables en question, le Tribunal a conclu que les enfants et les familles des Premières Nations vivants dans les réserves et au Yukon sont victimes de discrimination à l'occasion de la fourniture des services à l'enfance et à la famille par AADNC⁵⁶.

Dans ces observations finales de 2012, le Comité des droits de l'enfant allait dans le même sens. En outre, selon le Comité, l'absence de législation nationale couvrant les domaines de la convention, « a donné lieu à une fragmentation du droit et à des incohérences dans la mise en œuvre des droits de l'enfant sur le territoire de l'État partie de sorte que des enfants dans des situations analogues font l'objet de disparités dans la réalisation de leurs droits selon la province ou le territoire où ils résident »⁵⁷.

⁵⁵ Le principe de Jordan « veut que dans les cas où un service gouvernemental est offert à tous les autres enfants, mais qu'un conflit de compétence surgit entre le Canada et une province ou un territoire ou encore entre différents ministères concernant les services fournis à l'enfant d'une Première Nation, le premier ministère contacté est celui qui paie pour les services et peut demander un remboursement à l'autre ministère ou gouvernement, une fois que l'enfant a reçu lesdits services. Ce principe de l'enfant d'abord a pour but d'empêcher que des enfants des Premières Nations se voient refuser des services publics essentiels ou tardent à recevoir de tels services » : *Id.*, par. 2. « Le principe de Jordan a été nommé en l'honneur de Jordan River Anderson, un jeune garçon né en 1999 dans une famille de la Première Nation crie de Norway House. Jordan avait un grave problème de santé et, à cause du manque de services dans la réserve, sa famille l'avait confié aux soins de la province afin qu'il puisse obtenir les traitements médicaux dont il avait besoin. Après avoir passé les deux premières années de sa vie à l'hôpital, il aurait pu recevoir des soins à domicile dans un foyer d'accueil spécialisé près de son établissement de santé à Winnipeg. Mais au cours des deux années qui ont suivi, AADNC, Santé Canada et la province du Manitoba se sont renvoyé la balle pour savoir qui devait financer les soins à domicile de Jordan. Jordan est donc demeuré hospitalisé. Ils se disputaient toujours lorsque Jordan est décédé, à l'âge de cinq ans, après avoir passé toute sa vie dans un hôpital ». *Id.*, par. 352.

⁵⁶ *Id.*, par. 473.

⁵⁷ CDE : Observations finales à l'attention du Canada, *supra* note 51, par. 10.

Les orientations du Comité à propos de l'article 2 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁵⁸, concernant la non-discrimination (principe général et d'importance fondamentale) :

Pour faire face à la discrimination, il peut s'avérer nécessaire d'opérer des changements dans la législation, dans l'administration et dans la répartition des ressources, et de prendre des mesures éducatives pour changer les attitudes. [...] Il convient de souligner que l'application du principe anti discrimination qu'est l'accès aux droits sur un pied d'égalité ne signifie pas un traitement identique pour tous⁵⁹.

Il faut adopter des mesures positives soit prendre des mesures spéciales pour veiller à ce que les enfants autochtones aient accès à des services culturellement adaptés dans les domaines de la santé, de la nutrition, de l'éducation, des loisirs et des sports, des services sociaux, du logement, de l'assainissement et de la justice pour mineurs⁶⁰.

L'article 2, lu conjointement avec les articles 17, 29 (par. 1 d)) et 30 de la Convention, impose aux États d'élaborer des campagnes d'information, du matériel d'information et des programmes éducatifs destinés tant aux écoles qu'aux professionnels, mettant l'accent sur les droits des enfants autochtones et l'élimination des comportements et pratiques discriminatoires, y compris du racisme⁶¹.

Une autre difficulté est également présente lorsque les enfants autochtones sont pris en charge par les services de l'État et qu'ils sont retirés de leur famille. Le plus souvent, cette mesure a pour conséquence que les enfants autochtones perdent leur lien avec leur famille, leur communauté et leur culture⁶², soit leur identité propre. Un extrait du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation est plus qu'éloquent à ce propos :

⁵⁸ *Convention relative aux droits de l'enfant, supra* note 35, art. 2(1) : « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. (2) Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ».

⁵⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale No 5 Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant, CRC/GC/2003/5, 27 novembre 2003, par. 12.

⁶⁰ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale No : 11 : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention, CRC/C/GC/11, 12 février 2009, par. 25 [CDE, Observation générale No: 11].

⁶¹ *Id.*, par. 27.

⁶² CDE : Observations finales à l'attention du Canada, *supra* note 51, par. 42.

À ce jour, les lois civiles du pays persistent à passer outre à la réalité: l'extinction de la langue et de la culture des peuples constitue une blessure sociale et personnelle des plus graves. Il est difficile de comprendre pourquoi l'assimilation forcée d'enfants par leur retrait de leur famille et leur communauté, et par leur transfert auprès de personnes d'une autre race dans le but de détruire leur race et leur culture d'origine ne constitue pas une transgression civile, alors que cela peut être considéré comme un acte de génocide selon le paragraphe 2(e) de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de l'ONU⁶³.

Depuis son entrée en vigueur, en 1976, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, demande aux États parties, dont le Canada, de reconnaître que « [d]es mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination [...] »⁶⁴. Également, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶⁵ (ci-après « PIDCP ») reconnaît que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État »⁶⁶ et consacre pour la première fois des droits aux minorités⁶⁷. L'article 27 du PIDCP reconnaît le droit à la préservation des identités et de la culture non dominante de la société ainsi que la nécessité, si requis, d'adopter des mesures positives afin de sauvegarder ces droits⁶⁸. Cet article a, par ailleurs, été repris dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁶⁹ auquel le Canada a émis une déclaration interprétative⁷⁰. Nous comprenons à la lecture de cette déclaration que le Canada reconnaît que, lorsqu'il est question d'enfants autochtones, il s'assurera de respecter leur droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et de parler leur propre langue en commun

⁶³ *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada : Pensionnats du Canada: La réconciliation*, Gouvernement du Canada, Volume 6, McGill-Queen's University Press, 2015, p. 54.

⁶⁴ PIDESC, *supra* note 35, art. 10(3).

⁶⁵ PIDCP, *supra* note 35.

⁶⁶ PIDESC, *supra* note 35, 23(1).

⁶⁷ OTIS et MELKEVIK, *supra* note 13, p. 9.

⁶⁸ PIDCP, *supra* note 35, art. 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 ».

⁶⁹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 35, art. 30.

⁷⁰ COLLECTION DES TRAITÉS DES NATIONS UNIES, État des traités, *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 35, Déclaration interprétative du Canada à l'article 30, [En ligne], https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_fr, (page consultée le 12-02-2020).

avec les autres membres de leur communauté. Ainsi, le Canada s'est engagé à porter une attention particulière, lorsqu'il est question des enfants autochtones, à la préservation de leur identité et de leur culture. À ce propos, le Comité des droits de l'homme est allé plus loin et mentionne que le droit des peuples autochtones « d'exercer leurs droits culturels peut être étroitement associé à l'utilisation du territoire traditionnel et à l'utilisation de ses ressources [...] en particulier des membres de communautés autochtones constituant une minorité »⁷¹ [Nous soulignons].

Les orientations du Comité à propos de l'article 8 *Convention relative aux droits de l'enfant*⁷², concernant la préservation d'identité :

Le Comité appelle l'attention des États sur le paragraphe 2 de l'article 8 qui dispose que, si un enfant a été illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, l'État doit lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. Le Comité encourage les États parties à garder à l'esprit l'article 8 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones qui dispose que les États doivent mettre en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant tout acte qui priverait les autochtones, y compris les enfants, de leur identité ethnique⁷³.

Les orientations du Comité à propos des articles 5 et 20 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁷⁴, concernant le milieu familial et protection de remplacement :

L'État doit « concevoir des politiques relatives au milieu familial et à la protection de remplacement des enfants autochtones qui soient conformes aux sensibilités culturelles »⁷⁵.

⁷¹ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observation générale No : 23 : commentaires généraux concernant l'article 27, (CCPR/C/Rev.1/Add.5), 26 avril 1994, par. 3.2 et 7.

⁷² *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 35, art. 8 (1) « Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. (2) Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible ».

⁷³ CDE, Observation générale No : 11, *supra* note 60, par. 45.

⁷⁴ *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 35, art. 5 : « Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention ». Art. 20(1) : « 1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'État ». Art. 20(3) : « [...] Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ».

⁷⁵ CDE, Observation générale No : 11, *supra* note 60, par. 47.

Les États parties devraient veiller à mettre en œuvre des mesures efficaces pour protéger l'intégrité des familles et des communautés autochtones en les aidant à s'acquitter de leurs responsabilités en matière d'éducation, conformément aux articles 3, 5, 18, 25 et 27(3) de la Convention⁷⁶.

Il y a plus de vingt ans maintenant, le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* soulignait déjà l'urgence de respecter le droit à l'autodétermination, spécifiquement au regard de l'éducation, de la santé et des services sociaux et du logement :

[I]l est urgent, dans tous les secteurs de la vie publique, de libérer l'esprit d'initiative des autochtones en faisant place à des institutions proprement autochtones. Celles-ci devraient faire partie intégrante de l'éducation, de la santé et des services sociaux, du logement, des communications et du développement économique, ainsi que de l'administration gouvernementale. Lorsque l'autonomie gouvernementale sera un état de fait, les institutions autochtones deviendront les instruments permettant de répondre aux besoins par les moyens déterminés par les autochtones eux-mêmes⁷⁷.

La Loi de 2019 est encore trop récente afin que l'on puisse tirer des conclusions sur sa capacité à transformer la manière dont est mise concrètement en œuvre ce droit à l'autodétermination. Elle comprend cependant une disposition qui prévoit « le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale lequel comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille »⁷⁸. En accordant la protection du droit étatique au droit à l'autonomie en matière de services à l'enfance alors que cette protection fait jusqu'ici largement défaut au Canada, cette loi offre – malgré ses lacunes – des outils supplémentaires aux nations autochtones pour développer et/ou renforcer leurs systèmes ou leurs institutions sociales, conformément aux normes minimales posées par la DNUPDA⁷⁹. À ce sujet, bien que la LPJ⁸⁰ prévoit des dispositions afin de permettre aux

⁷⁶ CDE, Observation générale No : 11, *supra* note 60, par. 46.

⁷⁷ *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, Gouvernement du Canada, Vol. 5, Ottawa, 1996, p. 26 [Rapport Commission Royale, Vol. 5].

⁷⁸ Loi de 2019, *supra* note 1, art. 8a).

⁷⁹ DNUPDA, *supra* note 20, art. 20.1 : « Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes ou institutions politiques, économiques et sociaux, de disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres ».

⁸⁰ LPJ, *supra* note 7.

⁸⁰ DNUPDA, *supra* note 20.

⁸⁰ Loi de 2019, *supra* note 1, art. 8a).

nations autochtones d'exercer certaines responsabilités⁸¹ et de mettre sur pied leur propre régime de protection de la jeunesse⁸², force est de constater que l'aboutissement réel de la mise en place de ce régime semi-autonome, prévu par l'article 37.5, est exceptionnel. En effet, les exemples d'ententes ayant été conclues dans ce domaine sont infimes en raison des négociations longues et difficiles qui les précèdent⁸³. À la distinction de ce prévoit la Loi de 2019, le régime québécois actuel ne semble pas considérer l'autonomie gouvernementale comme un droit inhérent, mais plutôt comme un privilège qui serait subordonné à l'autorisation du gouvernement, ce qui n'est pas conforme au droit inhérent des peuples autochtones de s'autodéterminer. Notons que les critères d'intervention et de placement prévus par le régime de la protection de la jeunesse sont basés sur des conceptions et des valeurs occidentales. Par exemple, comme dans le *Code civil du Québec*⁸⁴ la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁸⁵ prévoit que les titulaires de l'autorité parentale sont *de facto* les parents de l'enfant, lesquels sont responsables « [...] d'assumer le soin, l'entretien et l'éducation d'un enfant et d'en assurer la surveillance »⁸⁶. Cette conception fortement individualiste peut être repensée afin d'être plus en harmonie avec des valeurs et des traditions davantage axées sur « un système de parenté complexe fondé sur des valeurs d'entraide et de respect qui dictent un ensemble d'obligations et de responsabilités aux membres de la famille élargie envers les enfants »⁸⁷.

⁸⁰ DNUDPA, *supra* note 20, art. 20.1 : « Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes ou institutions politiques, économiques et sociaux, de disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres ».

⁸⁰ Rapport Commission Royale, Vol. 5, *supra* note 77, p. 26.

⁸⁰ LPJ, *supra* note 7.

⁸¹ LPJ, *supra* note 7, arts. 32, 33 et 37.6.

⁸² *Id.*, *supra* note 7, art. 37.5.

⁸³ GUAY, JACQUES ET GRAMMOND, *supra* note 8, p. 201.

⁸⁴ *Code civil du Québec*, chapitre CCQ-1991, art. 599 et ss [C.c.Q.].

⁸⁵ LPJ, *supra* note 7.

⁸⁶ *Id.*, art. 2.2.

⁸⁷ Christiane GUAY et Lisa ELLINGTON, « Les effets discriminatoires de la LPJ en contexte autochtone », *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics*, fiche synthèse, [En ligne], https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Fiches_synthese/Effets_discriminatoires_de_la_LPJ_en_contexte_autochtone.pdf, (page consultée le 01-03-2020). Voir aussi, Christiane GUAY, Sébastien GRAMMOND et Catherine DELISLE-L'HEUREUX, « La famille élargie, incontournable chez les Innus », *Revue Service social*, Vol. 64-1, 2018, pp. 103-118; GUAY, JACQUES ET GRAMMOND, *supra* note 8, p. 198.

Par ailleurs, « la Commission vérité et réconciliation estime que les systèmes actuels [de protection de la jeunesse] ne font que poursuivre le processus d'assimilation amorcé par les pensionnats et rappelle les droits des gouvernements autochtones d'établir et de mettre en place leurs propres organismes de PJ »⁸⁸.

Le cadre dans lequel doivent s'exercer les compétences législatives ayant été présenté, nous aborderons, dans la prochaine partie, la question du partage des compétences législatives entre le Parlement du Canada et les législatures des provinces. Dans un premier temps, nous nous pencherons sur la source du droit à l'autonomie des peuples autochtones (2.1). Dans un deuxième temps, nous traiterons de la constitutionnalité de la Loi de 2019 (2.2). Dans un dernier temps, nous aborderons la question plus spécifique de la portée des compétences législatives des provinces et des moyens à la disposition du Québec pour respecter et mettre en œuvre le droit des peuples autochtones de s'autodéterminer, particulièrement dans le domaine de l'enfance et de la famille (2.3).

2. La question du partage des compétences législatives entre le Québec et le Canada et la mise en œuvre des droits des peuples autochtones

La question du partage des compétences législatives entre les autorités fédérales et provinciales constitue, depuis longtemps, un frein à la reconnaissance des droits fondamentaux des peuples autochtones. En effet, l'idée même que le pouvoir soit, au Canada, exhaustivement partagé entre le Fédéral et les provinces et que les compétences leur soient, sauf quelques exceptions, exclusivement attribuées pose des défis importants eu égard au droit inhérent des peuples autochtones à l'autodétermination et à l'autonomie. Pour être à la hauteur des normes minimales posées par la DNUDPA, c'est aussi l'idée du monopole étatique de la production du droit qui doit être repensée et réinterprétée à la lumière de ces normes⁸⁹. Or, c'est à cet exercice de réflexion que nous convie la Cour

⁸⁸ Christiane GUAY et Lisa ELLINGTON, « La gouvernance autochtone des services en protection de la jeunesse », *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics*, fiche synthèse, [En ligne], https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Fiches_synthese/Gouvernance_autochtone_des_services_en_protection_de_la_jeunesse.pdf, (page consultée le 16-02-2020).

⁸⁹ Geneviève MOTARD, Emmanuelle PICCOLI, Christoph EBERHARD, « Les vies du pluralisme : entre l'anthropologie et le droit », dans Motard et al., « Pluralismes juridiques et interculturalités », *Anthropologie et sociétés*, Vol. 40-2, 2016; Geneviève MOTARD et Mathieu-Joffre LAINÉ, « Entretien avec Hadley Louise Friedland : prendre le droit autochtone au sérieux », dans Motard et al., « Pluralismes juridiques et interculturalités », *Anthropologie et Sociétés*, Vol. 42-2, 2016, pp. 195-197.

suprême du Canada lorsqu'elle affirme, en traitant de la question des droits ancestraux, que :

[...] [L]a source juridique du titre et des droits ancestraux n'est pas leur reconnaissance par l'État, mais plutôt la réalité de l'occupation antérieure, de la souveraineté et du contrôle. [...] Nous rejetons l'idée selon laquelle l'établissement ultérieur de frontières provinciales devrait permettre de priver les Autochtones de leur droit à des réparations efficaces pour des violations alléguées de ces droits préexistants ou d'y porter atteinte.⁹⁰

Et que :

Les droits protégés par l'art. 35 couvrent un vaste éventail de sujets, englobant les titres jusqu'à l'utilisation du tabac et ils touchent tous les aspects de la vie, de l'adoption d'enfants à la commémoration des lieux de sépulture des ancêtres de la communauté : K. Wilkins, *Essentials of Canadian Aboriginal Law* (2018), p. 195.⁹¹

2.1 Les sources de la capacité des peuples autochtones d'exercer leurs responsabilités à l'égard des terres et de leurs citoyens

Avant d'aller plus loin, il nous semble important de nous arrêter sur les termes auxquels on a recours pour discuter de l'autonomie autochtone. Si cela semble anodin à première vue, les termes choisis influent sur la réponse à apporter à la question qui nous a été posée. Pour rappel, la question qui nous a été posée cherche à savoir si le Québec détient la compétence législative pour céder, reconnaître ou transférer sa compétence législative, exécutive et judiciaire afin de permettre, [aux corps dirigeants autochtones], de légiférer, d'appliquer et de contrôler ce qui relève de la protection de la jeunesse. Or, formulée de cette manière, la question postule que les peuples autochtones ne peuvent exercer leur autorité et leur autonomie que si elle leur a été déléguée. Conçue ainsi, cette autonomie est sujette aux conditions posées par le droit québécois, ce qui est l'antithèse d'un droit inhérent à l'autonomie. Bien que répandue, cette manière de concevoir l'autonomie autochtone comme une forme de pouvoir délégué ne nous semble pas être un fondement adéquat pour réformer le droit québécois⁹².

⁹⁰ *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, par. 49 (Le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis, avec l'accord des juges Gascon et Martin) [*TNL (P.G) c. Uashaunnuat*].

⁹¹ *Id.*, par. 27.

⁹² Geneviève MOTARD et Valérie BERGERON-BOUTIN, « Le Québec et les traditions juridiques autochtone : Analyse des politiques publiques en matière de négociations territoriales et d'autonomie », dans

C'est une évidence de dire que les peuples autochtones, comme toutes les sociétés humaines, ont toujours été des sociétés organisées disposant de leurs propres structures politiques et juridiques⁹³. Ces sociétés ont exercé leurs responsabilités sur leurs territoires bien avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne en Amérique du Nord et, *a fortiori*, bien avant l'adoption et l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹⁴. Nous devons insister ici sur l'importance de la source « extra-étatique » du pouvoir politique autochtone. Le droit à l'autonomie est *inhérent*, il ne découle *pas* de l'État ni du texte de la Constitution. Ceci dit, il est possible d'affirmer que ce pouvoir coexiste parallèlement à celui de l'État sans être toujours et nécessairement reconnu par lui. L'idée de la coexistence des souverainetés n'est ni originale ni extravagante, elle peut se concrétiser par des arrangements fédératifs ou confédératifs. Elle peut également s'expliquer, d'un point de vue théorique, par le *pluralisme juridique*⁹⁵.

Cette capacité des peuples autochtones d'exercer leurs responsabilités à l'égard de leurs terres et de leurs citoyens a été reconnue depuis longtemps par le droit étatique et sous différentes formes. Par exemple, les peuples autochtones ont, en vertu de leur droit inhérent, eu la capacité de conclure des ententes de toute nature avec les diverses autorités impériales, coloniales et, aujourd'hui, avec l'État et les tiers⁹⁶. La validité de ces ententes est reconnue par le droit étatique et la capacité des peuples autochtones de les conclure l'est aussi⁹⁷. Indépendamment de cette reconnaissance par l'État, c'est le droit endogène des nations qui

Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Yvon Blais, 2016, pp. 603 et ss., mais plus particulièrement aux pp. 615 et ss. [MOTARD et BERGERON-BOUTIN]. Les trois limites dites indépassables de l'approche québécoises y sont présentées : soit (1) le principe d'intégrité territoriale, (2) le principe de la souveraineté de l'Assemblée nationale et (3) le principe d'effectivité des lois québécoises.

⁹³ Ce fait sociétal évident n'a pas toujours été reconnu par le droit étatique, il est néanmoins désormais bien établi. Voir notamment l'arrêt *Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] RCS 313, à la p. 328 : « lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles ».

⁹⁴ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, no 5, [*Loi constitutionnelle de 1867*].

⁹⁵ Pour une introduction à cette approche, voir notamment : Ghislain OTIS, « Introduction », dans Ghislain Otis, *Méthodologie du pluralisme juridique*, Éditions Karthala, Paris, 2012, pp. 5 et ss.

⁹⁶ Cette capacité est reconnue par la *common law*. À ce propos, voir *Simon c. La Reine*, [1985] 2 RCS 387, au par. 24; *R. c. Sioui*, [1990] 1 RCS 1025, à la p. 1042 ainsi que l'analyse de cette question dans : Geneviève MOTARD, « Les dimensions collectives des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé », *Les cahiers de droit*, Vol. 60-2 2019, pp. 395–450.

⁹⁷ *Id.*

constitue la source primaire ou originaire de cette capacité, comme de leur capacité d'adopter des règles, des politiques, des protocoles ou autres normes.

Il importe de souligner qu'à l'égard de la reconnaissance des ordres juridiques des peuples autochtones, le droit impérial britannique et le droit canadien n'ont pas toujours été cohérents et conséquents, ce qui s'explique largement par leur nature coloniale. En d'autres termes, le droit étatique ne reconnaît pas de manière systématique, constante et cohérente les ordres juridiques autochtones. Il existe une tension réelle et systémique entre la tendance à reconnaître ces ordres juridiques, ainsi que les règles qui en découlent, et la tendance à les ignorer ou à en faire fi⁹⁸. Cette tension donne, à notre avis, des outils conceptuels légaux sur lesquels les autorités publiques québécoises peuvent s'appuyer pour reconnaître, aujourd'hui, les normativités autochtones en vue de se conformer aux normes internationales. La reconnaissance – certes fortement encadrée –, dans le *Code civil du Québec*, des effets juridiques qu'emporte dorénavant l'adoption coutumière autochtone nous semble aller en ce sens⁹⁹.

Dès lors, pour être en phase avec les standards internationaux, il nous semble opportun de réfléchir à des mécanismes de *reconnaissance mutuelle des systèmes de droit autochtone et étatique*, plutôt qu'à des mécanismes de cession, de transferts ou de délégation des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires des autorités québécoises vers les gouvernements autochtones.

⁹⁸ Pour ne donner qu'un exemple, il existe une tension entre les *théories de la réception du droit* qui sont des règles impériales à la base des systèmes de droit privé dans les colonies britanniques et les *théories de la continuité*. Alors que les premières postulent un territoire juridiquement vide, les secondes laissent subsister et intègrent en droit étatique les règles de droit privé autochtone préexistantes et ayant une source « pré » ou « extra-étatique ». Pour un exemple, voir *Connolly c. Woolrich*, (1867), 17 RJRQ 75 (CS). La jurisprudence de la Cour suprême est aussi marquée par une telle tension. Plus récemment, dans *Nation Tsilquot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256 par. 35 [*Nation Tsilquot'in*], la Cour estime que le titre ancestral est fondé sur le fait de l'occupation antérieure du territoire par le peuple autochtone écartant ce faisant les règles de droit autochtones comme fondement légal du titre ancestral. Parallèlement, la Cour ajoute que la preuve de cette occupation doit tenir compte de la perspective du peuple autochtone concerné, incluant ses règles de droit : « Le point de vue des Autochtones est axé sur les règles de droit, les pratiques, les coutumes et les traditions du groupe [...] ». En d'autres termes, les règles du système de droit autochtone servent dans ce contexte à établir l'existence d'une occupation suffisante qui, elle, sera le critère de la reconnaissance judiciaire du titre ancestral.

⁹⁹ C.c.Q., *supra* note 84, art. 543.1.

Réfléchir la mise en œuvre de l'autonomie autochtone à travers le prisme de la « reconnaissance mutuelle » de souverainetés qui coexistent permet également de mieux comprendre le rôle du Québec et les moyens dont il dispose pour exercer ce rôle. À cet égard, et avant d'aller plus loin, il nous semble que le moyen que devrait toujours privilégier l'État pour réformer son ordre juridique est la conclusion de traités avec les peuples concernés. Ceci dit, les processus politiques qui précèdent la conclusion de tels traités doivent, eux aussi, respecter les standards internationaux en étant constitutifs de « mécanismes efficaces ». L'absence d'entente ne doit pas constituer un argument pour ne pas respecter les droits fondamentaux des peuples autochtones, incluant le droit d'être gouvernés par leurs propres systèmes de droit, ni constituer un frein à la juste protection légale des droits des personnes, de leurs biens et de leurs familles¹⁰⁰.

2.2 La portée de la compétence législative du Parlement du Canada sur les « Indiens et les terres réservées » et la constitutionnalité de la Loi de 2019

En 1867, le Constituant a attribué une compétence exclusive sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » au Parlement fédéral¹⁰¹. Ce faisant, le Constituant reprenait essentiellement le modèle américain qui reconnaît lui aussi au Congrès une compétence pour régir les relations entre les États-Unis et les *Native Americans*, lesquels étaient perçus pendant un temps comme des nations souveraines et indépendantes¹⁰². Avec l'intensification de la colonisation, l'ouverture de la frontière de l'ouest à la colonisation et sous l'influence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, le statut de nations souveraines est passé à celui de *nations domestiques dépendantes* disposant d'une souveraineté interne limitée par la compétence législative du Congrès¹⁰³. Ce statut devait

¹⁰⁰ Aux États-Unis et au Canada, par exemple, la décision de suspendre la politique de négociations des traités (au tournant du 20^e siècle) et de régir les relations entre l'État et les peuples autochtones par la voie unilatérale de la législation fédérale a, historiquement, constitué un fondement majeur de dépossession politique et territoriale. Le recours à la législation, lorsqu'il est employé dans un objectif de reconnaissance des ordres juridiques autochtones et du droit à l'autodétermination, doit, à notre avis, se faire avec la plus grande prudence et en concertation avec les peuples concernés. Voir, DNUDPA, *supra* note 20, art. 18 et 19.

¹⁰¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 94, au par. 91(24).

¹⁰² Ce statut a été perdu suivant l'arrêt *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 US (5 Pet) 1 (1831). Dans cette affaire, il était question de savoir si la Cour suprême des États-Unis, qui a compétence pour entendre les litiges ayant une portée internationale, avait compétence pour trancher un litige entre l'État de Géorgie et la Nation Cherokee. La Cour a conclu qu'elle n'avait pas compétence : les Cherokee n'étant pas une nation souveraine et étrangère, mais une nation entretenant une relation de dépendance à l'égard du Congrès.

¹⁰³ *Id.*

parallèlement les protéger de l'application des lois des entités fédérées et leur garantir de cette façon un espace juridictionnel.

La jurisprudence canadienne s'est largement inspirée du droit américain¹⁰⁴. Ceci dit, les développements portant sur l'autorité politique des peuples autochtones ne se sont pas concrétisés de manière identique. Il reste que, dans les deux États, des lois fédérales ont été adoptées au fil des années afin de transformer les modes de gouvernance des peuples autochtones. On peut penser ici à la *General Allotment Act*¹⁰⁵ ou à l'*Indian Reorganization Act*¹⁰⁶, aux États-Unis, ou encore à l'*Acte des Sauvages*¹⁰⁷, au Canada, lequel a opéré une fusion des lois portant sur la civilisation et la protection des terres des sauvages adoptées par le Bas-Canada et par le Canada-Uni¹⁰⁸. Toutes ces lois avaient pour but et ont eu comme conséquence de transformer les modes d'organisation politiques et juridiques des peuples autochtones sans toutefois éteindre, partout et en tout temps, les formes traditionnelles de gouvernance autochtone¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, par. 35, le juge Lamer écrit, au nom de la majorité : « Le point de vue selon lequel les droits ancestraux sont fondés sur l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives trouve appui dans de vieilles décisions américaines rendues par le juge en chef Marshall. Bien que l'organisation constitutionnelle des États Unis soit différente de celle du Canada et que le droit américain relatif aux autochtones ait évolué d'une manière propre, je suis d'accord avec le professeur Slattery quand il dit des décisions du juge Marshall qu'elles donnent [TRADUCTION] « une structure et une cohésion à un ensemble désorganisé et diffus de règles de droit coutumier basées sur les pratiques officielle », et quand il affirme que ces décisions sont « aussi pertinentes au Canada qu'aux États-Unis » [...]. « J'ajouterais simplement aux observations du professeur Slattery que, en raison des différences importantes qui existent entre le droit américain relatif aux autochtones et le droit canadien sur la question, l'intérêt de ces arrêts tient davantage aux principes généraux qui y sont énoncés qu'aux décisions spécifiques qui y sont prononcées ». Largement fondées sur les impératifs de colonisation, il semble que la Cour suprême du Canada ait eu tendance à écarter ces décisions dans sa jurisprudence récente portant sur les droits et titres ancestraux ».

¹⁰⁵ *Act to provide for the allotment of lands in severalty to Indians-on the various reservations, and to extend the protection of the laws of the United States and the Territories over the Indians, and for other purposes*, c 19, 24 stat 388 (1887).

¹⁰⁶ *Act to conserve and develop Indian lands and resources; to extend to Indians the right to form business and, other organizations; to establish a credit system for Indians; to grant certain rights of home rule to Indians; to provide for vocational education for Indians; and for other purposes*, 48 STAT 984 (1934).

¹⁰⁷ *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, L.C. 1876, c. 18 [*Acte des Sauvages de 1876*].

¹⁰⁸ Voir par exemple *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S.C. 1850 c. 24. (13-14 Vict.); *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, S.C. 1851, c. 106. (14-15 Vict.).

¹⁰⁹ L'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010, même s'il ne se conclut pas sur la reconnaissance judiciaire du titre ancestral des Wetsuwet'en, ce jugement démontre bien la survie des modes traditionnels de gouvernance parallèlement à ceux établis par la *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5 [*Loi sur les Indiens*].

En d'autres termes, l'*Acte des Sauvages*¹¹⁰ et, à sa suite la *Loi sur les Indiens*¹¹¹, poursuivait l'objectif fondamental de déstructurer politiquement les nations autochtones afin de remplacer leurs modèles de gouvernance. En clair, les souverainetés autochtones existaient bien avant 1867 et ce n'est que graduellement que ces souverainetés ont été masquées et rendues invisibles aux yeux du droit étatique, ce qui ne signifie pas qu'elles ont cessé, du jour au lendemain, d'exister dans les faits et qu'elles perdaient, pour les principaux intéressés, toute valeur juridique et contraignante.

Ceci étant dit, le droit étatique a fortement limité la capacité des peuples autochtones de prendre des décisions pour eux-mêmes et de protéger leurs terres et leurs peuples contre les tiers. En effet, l'idée derrière la *Loi sur les Indiens*¹¹² était de limiter, par le recours à la législation fédérale, la capacité des peuples autochtones d'exercer leurs souverainetés inhérentes sur leurs territoires et leurs citoyens. Depuis 1867, d'ailleurs, les pouvoirs des Conseils de bande ont, généralement, été confinés aux limites territoriales des terres de réserve, ce qui a causé plusieurs cas de conflits et d'évitement de compétence entre le Fédéral et les provinces pour toutes les activités qui ont cours hors des terres de réserve. En effet, la Cour a « territorialisé » la compétence sur les « Indiens » qui, par définition, est une compétence ayant vocation à être personnelle¹¹³. Il reste que, si pendant les cent cinquante dernières années, le Parlement Fédéral a pu légiférer par le biais de *la Loi sur les Indiens*¹¹⁴ sur leurs droits privés, leurs pouvoirs politiques et leurs institutions gouvernementales¹¹⁵, *a fortiori*, il nous semble que ce même parlement dispose de la compétence pour lever des barrières qu'il a lui-même imposées, permettant ce faisant de reconnaître l'autorité préexistante des peuples autochtones sur leurs enfants et leurs

¹¹⁰ *Acte des Sauvages de 1876*, supra note 107.

¹¹¹ *Loi sur les Indiens*, supra note 109.

¹¹² *Id.*

¹¹³ Geneviève, MOTARD, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ? Analyse critique des ententes d'autonomie gouvernementale au Canada*, Thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2013, p. 8 : « Un régime d'autonomie personnelle ou de fédéralisme personnel signifie que le partage des pouvoirs législatifs entre des entités gouvernementales s'effectue suivant la personnalité des lois. L'application des normes se rattache par conséquent aux personnes, et non au territoire, sur la base de critères ethniques, culturels ou religieux. En somme, il s'agit d'un régime d'autonomie non territorial. Au contraire, un régime d'autonomie fondé sur la territorialité des lois fera en sorte que les normes s'appliquent uniformément sur un territoire précis, et donc à toutes les personnes présentes sur ce territoire ».

¹¹⁴ *Loi sur les Indiens*, supra note 109.

¹¹⁵ Voir par exemple *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 RCS 1031, à la p. 1048 [*Four B Manufacturing*].

familles. Or, s'il s'agit bien là du caractère véritable de la Loi de 2019¹¹⁶, celui-ci peut alors être rattaché au parag. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹⁷. En effet, l'objet et l'effet principal de la Loi de 2019¹¹⁸ est, à notre avis, de lever certaines des limites imposées historiquement par le droit fédéral aux institutions politiques autochtones, ce qui peut être rattaché au parag. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹⁹ compte tenu de l'interprétation donnée à cette disposition par la jurisprudence, laquelle reconnaît le pouvoir du Parlement fédéral de régir les institutions gouvernementales autochtones. Il convient de noter que cette manière de procéder est loin d'être parfaite, compte tenu des effets sur les provinces et sur les peuples autochtones eux-mêmes (par exemple, cela confère une protection juridique somme toute limitée à leurs pouvoirs).

À l'égard de la portée de la compétence législative fédérale, la jurisprudence a reconnu que les aspects essentiels à la survie culturelle des « Indiens » entrent dans ce qu'elle qualifie d'« indianité ». La jurisprudence établit aussi qu'une partie de la compétence fédérale sur les « Indiens » est protégée contre l'application des lois provinciales en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences¹²⁰. En d'autres termes, la doctrine de l'exclusivité des compétences a pour effet de protéger une partie de la compétence fédérale, son « contenu minimal », contre l'application des lois provinciales. Au chapitre de ce contenu minimal protégé, comptons « les institutions gouvernementales » et « les relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant sur réserve »¹²¹. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*¹²², la Cour suprême du Canada a proposé le résumé suivant de la jurisprudence portant sur le parag. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²³ :

¹¹⁶ Loi de 2019, *supra* note 1.

¹¹⁷ *Four B Manufacturing*, *supra* note 115.

¹¹⁸ Loi de 2019, *supra* note 1.

¹¹⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 94.

¹²⁰ *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 RCS 696, par. 22 [*NIL/TU, O Child and Family Services Society*].

¹²¹ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 RCS 3, par. 61 [*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*].

¹²² *Id.*

¹²³ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 94.

[D]ans *Parents naturels*, le juge en chef Laskin a conclu que l'*Adoption Act* de la province était inapplicable aux enfants indiens vivant dans une réserve parce que le fait de contraindre les Indiens à abandonner leurs enfants aux mains de parents non indiens « porterait atteinte à la quiddité indienne et aux liens personnels qui font partie intégrante d'une matière qui ne relève pas de l'autorité provinciale » [...]. De même, dans *Derrickson*, selon notre Cour, les dispositions de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique traitant du partage des biens familiaux ne pouvaient s'appliquer aux terres réservées aux Indiens parce que « [l]e droit de posséder des terres sur une réserve indienne relève manifestement de l'essence même de la compétence législative fédérale exclusive que confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (p. 296). Dans *Paul c. Paul*, [...], notre Cour a jugé que le droit familial provincial ne pouvait régir le droit d'occuper une résidence familiale située sur une réserve. Ces arrêts portaient sur les relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves, matières qui pouvaient être considérées comme absolument nécessaires et essentielles à leur survie culturelle. Dans *Four B Manufacturing Ltd.* [...], par contre, notre Cour a conclu qu'une entreprise non indienne située sur une réserve et partiellement détenue et exploitée par des Indiens (mais non par la bande) était assujettie à la réglementation provinciale sur les relations de travail. La Cour n'a pas admis la nécessité de reconnaître au fédéral une compétence exclusive dans une matière aussi éloignée de ses responsabilités particulières à l'égard des peuples autochtones. En d'autres termes, les Autochtones sont régis exclusivement par le droit fédéral dans leur dimension fédérale (la « quiddité indienne »), mais restent assujettis aux lois provinciales d'application générale dans les activités auxquelles ils se livrent en tant que citoyens d'une province¹²⁴.

Parallèlement, dans deux affaires concernant les relations de travail, la Cour a estimé qu'une association constituée en vertu du droit provincial en vue de dispenser, au terme de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*¹²⁵, des services à l'enfance et à la famille autochtone hors réserve, n'était pas visée par la compétence fédérale du seul fait que sa mission était de desservir une clientèle autochtone¹²⁶. La Cour a jugé que les relations de travail relevaient de la compétence provinciale du fait que l'association était fonctionnellement intégrée au cadre législatif provincial¹²⁷. Or, le cadre d'analyse appliqué

¹²⁴ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, *supra* note 121, par. 61.

¹²⁵ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, LRO 1990, c C.11.

¹²⁶ *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Native Child and Family Services of Toronto*, [2010] 2 RCS 737 [*Syndicat canadien c Native child*]; *NIL/TU,O Child and Family Services Society*, *supra* note 120.

¹²⁷ *Syndicat canadien c Native child*, *supra* note 120, au par. 11.

par la Cour suprême pour déterminer si une entreprise est assujettie aux lois fédérales ou provinciales en matière de relations de travail n'est pas le même que celui applicable pour déterminer la portée de la compétence fédérale sur les « Indiens et les terres réservées », ce qui signifie que ces décisions ne permettent pas de préjuger de la portée de la compétence fédérale prévue au parag. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁸. La Cour a, en effet, expressément refusé de se prononcer sur la portée de la compétence fédérale au terme du parag. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹²⁹. La portée de ces deux décisions est importante eu égard à la question posée, puisque cela démontre bien qu'au regard des relations avec les peuples autochtones et de la mise en œuvre du droit à l'autodétermination, les provinces et le fédéral semblent avoir des compétences législatives partagées et qu'il n'est pas impossible – qu'en dehors d'un certain contenu minimal qui, lui, est protégé contre l'application concurrente des lois fédérales et provinciales – l'on se trouve devant une application de la doctrine du « double aspect », laquelle permet à la fois au Fédéral et aux provinces de légiférer sur des activités analogues, mais par la voie de leurs compétences respectives¹³⁰.

Dans l'exercice de sa compétence, le Parlement fédéral, et il en va de même des provinces, est néanmoins tenu de respecter les limites qui lui sont imposées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹³¹, ce qui signifie que les atteintes à ce droit doivent être justifiées au sens où l'entend la jurisprudence¹³².

¹²⁸ *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 94.

¹²⁹ *NIL/TU, O Child and Family Services Society*, supra note 120, par. 3, 4 et 46 (opinion de la majorité rédigée par la juge Abella).

¹³⁰ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, supra note 121, par. 30 : « Par ailleurs, certaines matières sont, par leur nature même, impossibles à classer dans un seul titre de compétence : elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale. Ainsi, le fait qu'une matière puisse, à une fin et à un égard précis, relever de la compétence fédérale ne signifie pas que cette matière ne peut, à une autre fin et à un autre égard, relever de la compétence provinciale [...] La théorie du double aspect, comme on l'appelle, qui trouve son application à l'occasion de l'analyse du caractère véritable de la législation, assure le respect des politiques mises en œuvre par les législateurs élus des deux ordres de gouvernement. La conduite automobile dangereuse en constitue un exemple classique : le Parlement peut légiférer sur l'aspect « ordre public » et les législatures provinciales sur son aspect « propriété et droits civils dans la province » [...]. La théorie du double aspect reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est à dire selon les « aspects » variés de la « matière » discutée ».

¹³¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, supra note 2.

¹³² *Nation Tsilhqot'in*, supra note 98, par. 142.

2.3 La portée des compétences législatives provinciales

Si, comme nous le pensons, le Parlement fédéral a la capacité législative de supprimer les barrières qu'il a jadis imposées aux institutions autochtones afin d'élargir les pouvoirs des entités politiques autochtones, le Québec n'est quant à lui pas dépourvu de toute compétence pour reconnaître à son tour les pouvoirs inhérents des autorités autochtones, les soutenir dans l'exercice de leurs responsabilités ou encore pour adopter des mesures d'adaptation culturelle¹³³. En outre, les provinces peuvent s'engager à libérer de l'espace juridictionnel au profit des peuples autochtones, par exemple par le non exercice de leur compétence ou par l'adoption de lois de reconnaissance, lesquelles pourraient se rattacher à l'exercice de la compétence législative sur « la propriété et les droits civils dans la province »¹³⁴. En effet, concrètement, un nombre significatif des barrières à l'exercice de l'autonomie autochtone provient des systèmes de droit provinciaux.

Tout d'abord, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹³⁵, le Québec jouit d'un nombre important de compétences législatives qui, dans leur exercice, affectent directement la qualité de vie des peuples autochtones (l'éducation, la santé, le travail, etc.). La jurisprudence canadienne reconnaît que les lois d'application générale provinciales s'appliquent *ex proprio vigore* aux « Indiens et aux terres réservées » dès lors qu'elles n'affectent pas la compétence fédérale sur les « Indiens et les terres réservées »¹³⁶. En ce sens, une loi provinciale qui aurait pour vocation de s'appliquer spécifiquement aux peuples autochtones sera *ultra vires*. Les lois provinciales d'application générale qui touchent de manière significative les peuples autochtones, sans toutefois constituer une entrave au cœur de la compétence fédérale, pourront être déclarées valides et applicables aux « Indiens », soit de leur propre force (*ex proprio vigore*) soit en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹³⁷ lorsque les conditions posées par cet article sont rencontrées¹³⁸.

¹³³ *NIL/TU, O Child and Family Services Society*, supra note 120, par. 41-44.

¹³⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 94, art. 92(13). Sur les lois de reconnaissance, voir John BORROWS, supra note 23, pp. 177-218.

¹³⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 94.

¹³⁶ *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] RCS 695; *R. c. Dick*, [1985] 2 RCS 309.

¹³⁷ *Loi sur les Indiens*, supra note 109.

¹³⁸ La jurisprudence portant sur la portée des compétences provinciales est largement inconséquente et incohérente. Un excellent résumé se trouve dans Jean Leclair et Michel Morin, Fascicule 15 – Peuples autochtones et droit constitutionnel, aux pp. 15 et ss.

Cette disposition permet l'incorporation de lois provinciales d'application générale en droit fédéral, sous réserve des droits issus de traité, de certaines lois fédérales et de la réglementation adoptée par les bandes¹³⁹. Le caractère améliorateur ou limitatif de la disposition législative provinciale jouera dès lors un rôle sur la qualification qui pourra y être accordée par le tribunal¹⁴⁰.

Les lois provinciales d'application générale ne sont ni *ultra vires* ni *inapplicables* aux « Indiens » du seul fait qu'elles réfèrent aux peuples autochtones en vue, par exemple, de lever des barrières à l'exercice de leur autonomie, de respecter les droits humains ou de respecter les droits prévus à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴¹. La Cour suprême affirme ainsi que :

À mon avis, en reconnaissant et en confirmant les droits et le statut uniques des Autochtones dans le contexte de l'aide à l'enfance, en donnant expressément un sens pratique à ces droits et à ce statut, et en respectant expressément la culture et l'héritage des Autochtones, la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique représente un exercice du pouvoir législatif à la fois louable et imposé par la Constitution. Le fait que la prestation des services d'aide à l'enfance soit déléguée à des agences des Premières Nations démontre, de manière importante et positive, une reconnaissance publique des besoins particuliers des enfants et des familles autochtones. Il me semble s'agir là d'une initiative qui doit être encouragée dans la sphère de compétence provinciale et non pas entravée¹⁴² [Nous soulignons].

¹³⁹ *Loi sur les Indiens*, *supra* note 109, art. 88 : « Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations* ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la *Loi sur la gestion financière des premières nations* ou sous leur régime ».

¹⁴⁰ À ce propos voir, *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 RCS 146; *Nation Tsilhqot'in* *supra* note 98, *NIL/TU, O Child and Family Services Society*, *supra* note 120, par. 41-44; Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », Fascicule 15, 2017, p.16 [LECLAIR et MORIN].

¹⁴¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 2.

¹⁴² *NIL/TU, O Child and Family Services Society*, *supra* note 120, par. 41.

Dans l'évaluation de la portée des pouvoirs des provinces, il importe de considérer que :

1) La jurisprudence canadienne en matière de fédéralisme a eu tendance à favoriser les chevauchements entre le Fédéral et les provinces, notamment lorsque cela concerne les relations entre l'État et les peuples autochtones¹⁴³. La Cour suprême, en matière de partage des compétences entre le Fédéral et les provinces semble favoriser une approche pragmatique permettant d'atteindre les objectifs de réconciliation poursuivis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴⁴;

2) Le Parlement fédéral et les provinces peuvent régir une même activité à partir de leurs propres champs de compétence, par exemple en application de la doctrine du double aspect;

3) Les lois fédérales et provinciales qui portent sur le même sujet n'entrent pas nécessairement en conflit : un conflit entraînant l'application de la règle de la prépondérance de la loi fédérale est un conflit opérationnel, ce qui est le cas lorsqu'une loi entraîne l'inobservance de l'autre, ou un conflit d'intentions, ce qui est le cas lorsque la loi provinciale empêche la réalisation de l'intention du législateur fédéral. La jurisprudence accepte par exemple le dédoublement des législations. Il est aussi parfois possible pour la législation provinciale de prévoir des exigences qui se superposent à celles prévues par la loi fédérale¹⁴⁵;

4) Pour être *valides, applicables et opérantes*, les lois provinciales d'application générale peuvent affecter l'exercice de la compétence fédérale sur les « Indiens et les terres réservées », mais elles ne peuvent ni avoir pour caractère véritable les « Indiens et leurs terres » ni entraver le cœur de la compétence fédérale sur l'« indianité » ni entrer en conflit avec les droits issus de traités ni avec la législation fédérale ni avec la réglementation des bandes au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹⁴⁶;

¹⁴³ *Nation Tsilhqot'in*, supra note 98, *NIL/TU, O Child and Family Services Society*, supra note 120, par. 41-44.

¹⁴⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, supra note 2.

¹⁴⁵ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, supra note 121, par. 71-75.

¹⁴⁶ *Loi sur les Indiens*, supra note 109.

5) Les lois provinciales doivent respecter le cadre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴⁷ : d'une part, les peuples concernés doivent être consultés en présence de mesures attentatoires à des droits ancestraux potentiels¹⁴⁸ et, d'autre part, toute atteinte aux droits ancestraux et issus de traités doit être justifiée¹⁴⁹. Le droit constitutionnel étant, en matière de droit à la consultation, moins exigeant que les standards internationaux, il nous semble approprié d'axer les orientations législatives et gouvernementales du Québec sur ces derniers¹⁵⁰. Enfin, il nous semble que la plus haute juridiction canadienne tend à assouplir le test applicable à la démonstration des droits ancestraux : selon la jurisprudence, l'activité devait faire partie du *mode de vie* du groupe autochtone au moment du contact avec les Européens pour être reconnue comme droit ancestral¹⁵¹. Or, on peut se demander comment les relations familiales, dont fait partie l'obligation de prendre soin des enfants, peuvent être exclues du mode de vie des peuples autochtones pré-contact. À ce propos, rappelons ici l'*obiter dictum* de la majorité de la Cour suprême dans le récent arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*¹⁵² dans lequel la Cour affirme que les droits ancestraux touchent tous les aspects de la vie et confirme que l'adoption coutumière des enfants autochtones est un droit ancestral. Pour terminer, ajoutons que la reconnaissance du droit ancestral a pour effet (1) de reconnaître le pouvoir de la collectivité autochtone de régir cette activité et, (2) de limiter la capacité du législateur de régir cette même activité, puisqu'une atteinte au droit devra être justifiée. Cela ne signifie pas que le droit ancestral ne peut pas être reconnu et affirmé par la loi, que ce soit avant ou après sa reconnaissance par un tribunal.

¹⁴⁷ *Loi constitutionnelle de 1982*, supra note 2.

¹⁴⁸ Voir notamment *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511.

¹⁴⁹ Le test de justification en cas d'atteinte aux droits ancestraux et issus de traités a été établi, pour la première fois, dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075. Or, la consultation préalable des peuples autochtones est un des éléments dont tiendra compte le tribunal pour conclure ou non à la présence d'une atteinte justifiée à un droit ancestral et donc valide au sens du droit constitutionnel.

¹⁵⁰ Par exemple, la Cour suprême a rejeté la position suivant laquelle le législateur avait une obligation constitutionnelle de consulter les peuples concernés dans le cadre du processus législatif. *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] 2 RCS 765. De plus, en droit canadien, l'obligation de consulter n'emporte pas le droit au consentement, préalable, libre et éclairé. Or, la DNUDPA, supra note 20, prévoit, à son article 18, que : « Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ».

¹⁵¹ Pour un résumé, voir LECLAIR et MORIN, supra note 120, p. 29 ss.

¹⁵² *TNL (P.G.) c. Uashaunnuat*, supra note 90, par. 49 (Le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis, avec l'accord des juges Gascon et Martin).

Conclusion

Pour conclure, rappelons qu'en vertu de leurs droits inhérents, les peuples autochtones ont toujours eu la capacité de conclure des ententes avec tous les ordres de gouvernement, que ce soit des traités de cession, de paix, d'alliance, des accords d'autonomie politique, financière ou de règlement des revendications territoriales ou des ententes administratives avec les provinces et le Fédéral. Inversement, dans leurs champs de compétence, les provinces ont la capacité de conclure des ententes intergouvernementales avec les peuples autochtones.

L'approche du gouvernement du Québec quant à la reconnaissance de l'autonomie autochtone s'est, depuis les années 1980, concrétisée par la conclusion d'ententes sectorielles *délégant* du pouvoir aux autorités reconnues des Premières nations¹⁵³. Si tant est que les peuples autochtones se saisissent du régime législatif prévu par la Loi de 2019¹⁵⁴, nous pensons que cela aura pour effet de modifier l'approche traditionnellement retenue par le Québec. Le renforcement des pouvoirs autochtones opéré par la Loi de 2019¹⁵⁵ n'empêche donc pas, à notre avis, le Québec de continuer à conclure des ententes avec les autorités autochtones. Sans pouvoir faire de prédictions, « l'approche fédérale » retenue dans la Loi de 2019¹⁵⁶, surtout si elle s'étend à d'autres champs de compétence, devrait avoir pour effet de transformer l'approche québécoise quant à la conclusion d'ententes sectorielles. Plutôt que d'intégrer les structures autochtones dans le droit administratif québécois, ces ententes devront désormais chercher à : (1) régir les *interactions entre des ordres juridiques distincts sur un pied plus égalitaire*, (2) assurer la *coordination des services*, (3) convenir de *formules de financement* permanentes, stables et inconditionnelles, assimilables à la péréquation, et pourvues de mécanismes de *reddition de compte démocratiques* (envers les citoyens autochtones) plutôt que bureaucratiques (envers la bureaucratie québécoise).

¹⁵³ Voir MOTARD et BERGERON-BOUTIN, *supra* note 92. C'est également le modèle retenu ailleurs au Canada, voir par exemple la description du régime de service à l'enfance dans l'affaire *NIL/TU, O Child and Family Services Society*, *supra* note 120.

¹⁵⁴ Loi de 2019, *supra* note 1.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.*

Rappelons également que le droit international prévoit que les enfants autochtones ont droit à la préservation de leur identité et de leur culture et que ces droits sont étroitement associés à l'utilisation du territoire traditionnel et à l'utilisation de ses ressources. Dans ses relations avec les peuples autochtones, l'État doit s'assurer de veiller à la préservation de leur identité et de leur culture.

Eu égard aux obligations des États, indépendamment des mécanismes retenus pour rendre effectif le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, rappelons que ces derniers doivent être au cœur de cette mise en œuvre. Ils doivent, en fait, en être les instigateurs et les principaux maîtres d'œuvre.

* * *