

# La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de « l'adoption coutumière » autochtone au Québec

Ghislain Otis

Volume 41, numéro 2, 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026934ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026934ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Otis, G. (2011). La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de « l'adoption coutumière » autochtone au Québec. *Revue générale de droit*, 41(2), 567–609. <https://doi.org/10.7202/1026934ar>

Résumé de l'article

Cet article examine dans quelle mesure le cadre constitutionnel canadien détermine les conditions et les modalités de la réception de la coutume autochtone dans le droit québécois. Dans la première partie, l'auteur analyse les enjeux de la reconnaissance de la coutume par le droit étatique à la lumière de la théorie du pluralisme juridique. Il s'attache aussi à démontrer que la pratique de l'adoption coutumière constitue pour plusieurs peuples autochtones du Québec un droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il explique ensuite comment l'obligation constitutionnelle de reconnaître l'adoption coutumière contraint la législature à faire une place au droit autochtone de l'adoption sans le dénaturer ni le subordonner à la culture juridique dominante. Dans la seconde partie, l'auteur montre de quelle manière la protection constitutionnelle de l'adoption coutumière peut être renforcée par les règles du partage des compétences entre le pouvoir fédéral et les provinces. La réglementation de l'exercice des droits ancestraux relevant du cœur de la compétence fédérale sur les « Indiens » aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement du Québec ne peut régir directement les régimes autochtones d'adoption, ce qui ne le prive toutefois pas de tout pouvoir de protection des enfants adoptés selon la coutume. Les règles du fédéralisme donnent cependant à la province les pouvoirs nécessaires à la réception et à l'application des effets de la coutume dans le cadre des lois du Québec. En définitive, la constitution conforte la pluralité juridique en matière d'adoption et induit une obligation de dialogue des cultures juridiques autochtones et civiliste voire même, dans une certaine mesure, leur acculturation réciproque.

---

# La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de « l'adoption coutumière » autochtone au Québec

**GHISLAIN OTIS**

Professeur, titulaire de la Chaire de recherche du Canada  
sur la diversité juridique et les peuples autochtones,  
Section de droit civil, Université d'Ottawa

## **RÉSUMÉ**

*Cet article examine dans quelle mesure le cadre constitutionnel canadien détermine les conditions et les modalités de la réception de la coutume autochtone dans le droit québécois. Dans la première partie, l'auteur analyse les enjeux de la reconnaissance de la coutume par le droit étatique à la lumière de la théorie du pluralisme juridique. Il s'attache aussi à démontrer que la pratique de l'adoption coutumière constitue pour plusieurs peuples autochtones du Québec un droit ancestral protégé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Il explique ensuite comment l'obligation constitutionnelle de reconnaître l'adoption coutumière contraint la législature à faire une place au droit autochtone de*

## **ABSTRACT**

*This article examines the extent to which the Canadian constitutional framework determines how indigenous customary adoption should interact with Québec law. In the first part, the author uses the theory of legal pluralism to analyse which indigenous interests are at stake in the process of recognizing customary adoption by the State's law. He also argues that customary adoption rules and practices are constitutionally protected under section 35 of the Constitution Act, 1982 and must therefore be recognized by Québec law without being distorted and subordinated to the dominant legal culture. In the second part, the author shows how the constitutional protection of customary adoption is reinforced by the*

*l'adoption sans le dénaturer ni le subordonner à la culture juridique dominante. Dans la seconde partie, l'auteur montre de quelle manière la protection constitutionnelle de l'adoption coutumière peut être renforcée par les règles du partage des compétences entre le pouvoir fédéral et les provinces. La réglementation de l'exercice des droits ancestraux relevant du cœur de la compétence fédérale sur les « Indiens » aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867, le Parlement du Québec ne peut régir directement les régimes autochtones d'adoption, ce qui ne le prive toutefois pas de tout pouvoir de protection des enfants adoptés selon la coutume. Les règles du fédéralisme donnent cependant à la province les pouvoirs nécessaires à la réception et à l'application des effets de la coutume dans le cadre des lois du Québec. En définitive, la constitution conforte la pluralité juridique en matière d'adoption et induit une obligation de dialogue des cultures juridiques autochtones et civiliste voire même, dans une certaine mesure, leur acculturation réciproque.*

*division of powers between the federal Parliament and the provinces. The regulation of aboriginal rights being at the core of the federal jurisdiction over "Indians", it is beyond the reach of the Parliament of Québec. This does not mean, however, that the province is totally deprived of any power to protect children and parents involved in customary adoptions. Nor is Québec denied the powers that are necessary for the reception and application of indigenous custom and its effects in provincial law. Overall, the constitution strengthens legal pluralism with regard to adoption. It imposes a dialogue between indigenous and civil law cultures and, to some extent, it favours their mutual acculturation.*

**Mots-clés :** *Adoption coutumière, peuples autochtones, reconnaissance, Canada, Québec, pluralité juridique, constitution, droits ancestraux, fédéralisme, partage des compétences.*

**Key-words :** *Customary adoption, indigenous / aboriginal peoples, recognition, Canada, Québec, legal pluralism, constitution, aboriginal rights, federalism, division of powers.*

---

## SOMMAIRE

Introduction.....	569
1. L'impératif constitutionnel de reconnaissance et de pluralité juridique .....	573
1.1 Les enjeux de la reconnaissance à l'aune de la théorie pluraliste du droit.....	573
1.2 L'adoption coutumière comme droit ancestral : le fondement constitutionnel de la reconnaissance .....	578
1.3 La reconnaissance de l'adoption coutumière, vers un rapport plus égalitaire des cultures juridiques .....	587
2. La protection renforcée de la pluralité juridique par le partage fédératif des compétences.....	590
2.1 L'« essentiel de l'indianité » comme obstacle à la réglementation de l'adoption coutumière .....	591
2.2 La nécessaire compétence provinciale de réception de l'adoption coutumière .....	601
Conclusion .....	608

---

## INTRODUCTION

1. La reconnaissance par le droit officiel des régimes coutumiers en matière d'adoption est recherchée de longue date par les Autochtones du Québec<sup>1</sup>. Le phénomène de l'adoption

---

1. Voir à ce sujet, la première section de l'article de M<sup>e</sup> Anne Fournier publié dans ce numéro.

coutumière a en effet persisté jusqu'à ce jour en milieu autochtone malgré la prétention du *Code civil du Québec* à régir toutes les adoptions sur le territoire du Québec. Chez les Inuits du Nunavik en particulier, 57 % des personnes interrogées âgées de 15 ans et plus ont déclaré lors d'une enquête récente avoir adopté ou avoir donné au moins un enfant en adoption conformément à la coutume<sup>2</sup>. Le terme « adoption », aujourd'hui privilégié par les Autochtones eux-mêmes, peut toutefois être trompeur pour les non-autochtones en ce qu'il renvoie à des pratiques diverses de transfert d'enfants à des personnes autres que les parents biologiques et dont les effets ne correspondent souvent pas parfaitement à ce que le droit étatique considère comme une adoption<sup>3</sup>.

2. Le substantif « coutume » et le qualificatif « coutumière » sont les plus souvent utilisés dans le contexte du débat sur l'adoption pour rendre compte du fait que le foyer d'élaboration et de sanction des normes dont il est question n'est pas le législateur ou quelque émanation de l'État, mais le groupe autochtone en tant que collectif ethnoculturel autonome. Cet usage terminologique évoque des pratiques normatives autochtones endogènes non écrites sans pour autant enclore

---

2. « Rapport du groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption », QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Pour une adoption à la mesure de chaque enfant*, 30 mars 2007, p. 107, [En ligne]. <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/adoption-rap.pdf> (Page consultée le 22 août 2011), citant une enquête effectuée par la Société Makivik et la RRSSS du Nunavik, en 2007. Cette proportion est la même que celle qui figurait au « Rapport de l'Enquête Santé Québec auprès des Inuits du Nunavik », GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Et la santé des Inuits, ça va?*, Québec, ministère de la Santé et des Services sociaux, 1992, tome 1, p. 64. Voir également : RÉGIE RÉGIONALE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX NUNAVIK, *Our Children/Nos enfants*, 2003, p. F-28.

3. Cindy L. BALDASSI, « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada : Comparisons, Contrasts and Convergences », (2006) 39 *U.B.C. Law Review* 63, 70-71. Voir également l'article de la professeure Lavallée également publié dans ce numéro de la revue. Cette différence entre les cultures juridiques autochtones et occidentales en la matière est observable ailleurs qu'au Canada et au Québec. Voir notamment Kevin BROWN, *Reconciling Customary Law and Received Law in Melanesia : The Post-Independence Experience in Solomon Islands and Vanuatu*, Darwin, Charles Darwin University Press, 2005, p. 142-143; Paul BAN, « The Quest for Legal Recognition of Torres Strait Islander Customary Adoption Practice », [1993] *Aboriginal Law Bulletin* 2; Jennifer CORRIN, Lalotoa MULITALO, « Adoption and Ve'a Tama' in Samoa », in Bill ATKIN (dir.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing 2011, p. 313-334.

totallement le phénomène dans la gestuelle et l'oralité<sup>4</sup>. À l'heure où les peuples autochtones réclament l'autodétermination, la coutume est un vecteur dynamique d'autonomie d'origine non étatique engendrant des modèles de comportement et des règles de conduite. C'est un pouvoir qui ne se dissoudra pas si les Autochtones décident un jour librement d'en décrire provisoirement les effets par écrit. Le mot « coutume » pourrait donc être remplacé dans les pages qui suivent par l'expression « droit autochtone » et le vocable « adoption coutumière », par « adoption de droit autochtone ».

3. Certains observateurs non autochtones parlent de l'adoption « traditionnelle »<sup>5</sup>, ce qui n'est pas faux si on entend par là rendre compte d'un ancrage dans une tradition juridique originellement autochtone en tant qu'héritage vivant<sup>6</sup>. Le mot « tradition » est en revanche souvent à tort associé, même par les juristes, à un certain archaïsme, ce qui fait l'impasse sur la perméabilité de la coutume aux transformations sociales. C'est pourquoi le référent traditionnel ne sera pas privilégié dans cet article.

4. La demande de reconnaissance formulée par les Autochtones commande une réflexion sur le rapport qu'il conviendra d'instituer entre le droit autochtone non étatique et le droit étatique en matière d'adoption<sup>7</sup>. Comme c'est généralement le cas lorsque se pose la question de la coexistence des cultures juridiques occidentales et autochtones, la

---

4. Certains anthropologues du droit estiment que le recours à l'écrit est incompatible avec le processus coutumier et que le texte ne peut donc prétendre dire la coutume. Voir notamment Jacques VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996, p. 49-50; Étienne LE ROY, *Les Africains et l'institution de la justice : entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004, p. 94-95.

5. Voir Daniel BÉDARD, « L'adoption traditionnelle chez les Inuits : quelques aperçus », in Tara COLLINS et al. (dir.), *Droits de l'enfant*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 407.

6. Glenn a bien démontré que loin d'être figée et passéiste, la tradition juridique s'avère une réalité évolutive qui sait allier continuité et changement, voir Patrick H. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2004, p. 3-29.

7. Sur la question de la coexistence des régimes juridiques autochtones et étatiques, voir notamment Michel MORIN, « La coexistence des systèmes de droit autochtone, de droit civil et de common law au Canada », in Louis PERRET, Alain-François BISSON, Nicola MARIANI (dir.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 159-185.

tentation sera forte pour l'État québécois de faire de l'acte de reconnaissance une opération d'annexion et d'inféodation systémique du droit autochtone de l'adoption. D'aucuns pourraient d'ailleurs penser que c'est ce que suggère le scénario d'une reconnaissance « dans le cadre des lois du Québec » évoqué dans le libellé du mandat du Groupe de travail sur l'adoption coutumière en milieu autochtone. N'est-ce pas, en tout cas, ce que prônent la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse<sup>8</sup>, certains juges et des auteurs qui appellent à l'« encadrement » législatif de l'adoption autochtone<sup>9</sup>?

**5.** Or, la volonté de perpétuer la logique hégémonique qui a imprégné le droit officiel à ce jour serait-elle conforme à l'évolution actuelle du droit constitutionnel canadien? Cette étude vise à démontrer que la configuration du rapport entre le droit québécois et la coutume sera largement déterminée par la constitution et que les déterminants constitutionnels à l'œuvre prescriront une prise en charge de la pluralité juridique qui atténue la logique hiérarchique du droit colonial. Le présent article n'examine par conséquent la question de l'articulation des intérêts collectifs autochtones et de l'intérêt de l'enfant que dans la mesure où cette question comporte une dimension constitutionnelle.

**6.** Dans la première partie, nous nous attacherons à faire ressortir le rôle de la doctrine des droits ancestraux dans l'émergence d'une obligation constitutionnelle de reconnaissance relativement égalitaire de l'adoption coutumière. Nous pourrions alors mettre en relief, dans la seconde partie, le rempart additionnel qu'élève le partage fédératif des compétences contre toute velléité provinciale d'assujettir cette adoption à la primauté du droit étatique québécois.

---

8. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Rapport d'enquête sur les services de protection de la jeunesse dans la baie d'Ungava et la baie d'Hudson*, Québec, 2007, p. 78.

9. D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 5, p. 425-430.

## 1. L'IMPÉRATIF CONSTITUTIONNEL DE RECONNAISSANCE ET DE PLURALITÉ JURIDIQUE

### 1.1 LES ENJEUX DE LA RECONNAISSANCE À L'AUNE DE LA THÉORIE PLURALISTE DU DROIT

7. Les procédés autochtones d'adoption les mieux documentés, et dont la persistance dans la vie des familles et des communautés est sans doute la plus évidente, sont ceux observés chez les Inuits du Nunavik<sup>10</sup>. En fait, la situation prévalant au Nunavik donne à voir un phénomène de rejet substantiel de la transplantation unilatérale du Code civil en matière d'adoption, une résistance à l'acculturation. Comme l'écrit Carbonnier, « les échecs d'acculturation juridique se trahissent souvent en ceci que la loi d'importation glisse à la surface des consciences individuelles; quand bien même elle ne serait pas ignorée, elle reste impuissante à influencer les actions quotidiennes »<sup>11</sup>.

8. Même s'ils admettent généralement la faculté pour les parents de choisir entre le droit civil et le régime coutumier, les Autochtones ne doutent pas de la normativité de leurs systèmes propres d'adoption, et la théorie du pluralisme juridique permet effectivement d'affirmer que nous sommes en présence d'un droit produit et sanctionné par des acteurs non étatiques. Rappelons que l'analyse pluraliste récuse le monopole de l'État dans la production du droit<sup>12</sup> et « postule l'existence simultanée de plusieurs systèmes juridiques, notamment non étatiques, en relation d'opposition, de coopération ou d'ignorance

---

10. Voir notamment le rapport du GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *op. cit.*, note 2, p. 107-109, et D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 5, p. 414-417. Voir aussi l'article de la professeure Lavallée également publié dans ce numéro de la revue.

11. Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2004, p. 383.

12. Voir notamment Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1158-1162; Norbert ROULAND, « À la recherche du pluralisme juridique, le cas français », (1998) 36(2) *Droit et culture* 217; Jacques VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 18 *Revue de recherche juridique — Droit prospectif* 573; Jean-Guy BELLEY, « Pluralisme juridique », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 443-449.



réci-proque»<sup>13</sup>. Le constat anthropologique et sociologique de l'existence de champs de régulation sociale indépendants de l'appareil étatique a permis de mettre à mal la représentation statocentrique ou positiviste de la juridicité selon laquelle le seul vrai droit serait celui édicté, ou reconnu, par l'État et dont la sanction est assurée par la contrainte étatique<sup>14</sup>.

9. Pour le moment, l'enfant valablement adopté selon les normes autochtones ne l'est pas au regard des dispositions du *Code civil du Québec*<sup>15</sup>, lequel repose sur le postulat de l'exclusivité du droit étatique conformément au monisme colonial ou postcolonial par lequel on prétend imposer, par voie de transplantation en bloc, un droit étatique ayant officiellement vocation à évincer tout ordre juridique préexistant sur le territoire. Ce monisme explique que les ouvrages de doctrine exposent le droit de l'adoption au Québec, c'est-à-dire celui édicté par le seul Code civil et la législation connexe, et non les droits de l'adoption<sup>16</sup>.

10. Il faut néanmoins comprendre que, dans une perspective pluraliste, l'enjeu de la revendication autochtone de reconnaissance étatique de l'adoption coutumière n'est pas l'existence et la validité endogène d'un droit autochtone, car la non-reconnaissance étatique n'affecte nullement la validité de l'adoption dans l'ordre autochtone. En effet, la pensée pluraliste admet l'autonomie du système extra-étatique de sorte que la posture de l'État à l'égard de celui-ci, qu'il s'agisse de le reconnaître, de l'ignorer ou de le combattre, n'entame pas son intégrité dans la sphère extra-étatique où il peut continuer de se développer selon sa propre logique, influencée ou non par la culture juridique occidentale véhiculée par le droit de l'État. Encore qu'il faille admettre, bien sûr, qu'à la longue, l'acharnement étatique à juguler des pratiques pourra dans

---

13. Norbert ROULAND, « Acculturation juridique », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS, *id.*, p. 4.

14. Pour une étude critique de la question du pluralisme juridique, voir Emmanuel MELISSARIS, *Ubiquitous Law*, Farnham, Ashgate, 2009.

15. Les juges québécois ont généralement exprimé de forts doutes sur la légalité de l'adoption coutumière en contexte inuit; voir notamment M.Q. (*Dans la situation de*), [2005] Q.J. n° 1128, [2005] R.J.Q. 2441 (C.Q., Ch. j.); X (*Dans la situation de*), [2006] Q.J. N° 10998; 2006 QCCQ 9875.

16. Voir par exemple Alain ROY, *Le droit de l'adoption au Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

certains cas finir par éradiquer leur existence même et donc leur légitimation et leur régulation extra-étatiques.

**11.** L'enjeu de la quête de reconnaissance est l'*exo-validité* de l'adoption réalisée dans l'ordre normatif autochtone, c'est-à-dire la répercussion de ses effets à l'extérieur de l'univers juridique autochtone afin de réaliser deux objectifs principaux pour les individus. Le premier de ces objectifs consiste à se prémunir contre la suprématie du droit de l'État qui pourrait mener à l'éviction forcée du droit autochtone en cas de conflit internormatif. Ainsi, la simple non-reconnaissance actuelle de l'adoption coutumière peut faire obstacle à la capacité de se prévaloir du régime autochtone non étatique si celui-ci est mis en contradiction avec le droit civil québécois devant un tribunal tenu d'appliquer la loi et donc de méconnaître les droits dérivés de la coutume.

**12.** Un parent s'étant prévalu de la coutume pour adopter un enfant pourrait se le voir enlever par le juge étatique à la demande du parent biologique qui, ne souhaitant plus être lié par la coutume, revendiquerait désormais les droits que lui accorde la loi<sup>17</sup>. De même, un enfant à qui la coutume confère des droits alimentaires à l'encontre du parent adoptif de droit coutumier, pourrait être privé de ceux-ci dès lors que le débiteur récalcitrant excipe de son absence d'obligation alimentaire en droit étatique<sup>18</sup>. Une direction de la protection de la jeunesse pourrait, conformément au Code civil, présenter au tribunal une demande de déclaration en admissibilité à l'adoption d'un enfant autochtone au motif qu'il aurait été

---

17. Dans *Re Deborah*, (1972) 28 D.L.R. (3d) 483 (C.A. T.N.-O.), un parent biologique autochtone voulait récupérer son enfant, alléguant que l'adoption coutumière n'avait aucune validité. La Cour a déclaré l'adoption coutumière valide au regard de la common law des Territoires du Nord-Ouest et a protégé la coutume contre un assaut fondé sur le droit étatique. Voir également *Re Tucktoo*, (1972) 27 D.L.R. (3d) 225 (NWTTC) où des parents adoptifs coutumiers ont pu récupérer la garde de leur enfant d'un parent biologique grâce à la reconnaissance de l'adoption coutumière par la common law.

18. Voir notamment *SKK v. J.S.*, [1999] NWTJ n° 94 ql (NWT S.C.) et *Kalarsek v. Strickland*, 1999 CanLII 6799 (NWT S.C.), où les parents adoptifs réclamaient le respect d'un droit de soutien coutumier à l'encontre des parents biologiques ayant donné leur enfant en adoption selon la coutume.

abandonné par ses parents biologiques alors que ceux-ci l'ont plutôt donné en adoption selon la coutume<sup>19</sup>.

**13.** La reconnaissance déploie alors un écran protecteur de l'ordre autochtone dans la sphère étatique en évitant que ce qui est permis, prescrit ou accordé par le droit autochtone puisse être interdit ou nié par le droit étatique. Cette protection correspond à ce que l'on pourrait appeler l'« effet bouclier » de la reconnaissance.

**14.** Le second objectif de la demande de reconnaissance est de permettre aux Autochtones d'utiliser cette reconnaissance comme levier pour ouvrir l'accès à certains avantages et bénéfices, notamment des droits sociaux et économiques accordés, non par le droit autochtone, mais par le droit étatique. Pour ne mentionner qu'un exemple, rappelons que la législation sociale et fiscale octroie souvent aux enfants ou aux parents des prestations importantes pour les familles aux revenus modestes que sont généralement les familles autochtones, comme des allocations familiales, des indemnités d'assurance ou des dégrèvements d'impôts. La capacité pour les Autochtones ayant recouru à l'adoption coutumière de bénéficier de ces droits issus exclusivement du droit étatique dépendra donc de leur aptitude à établir leur statut ou leur lien de parenté au regard du droit officiel. C'est pourquoi dans plusieurs affaires, des Autochtones ont demandé aux tribunaux de reconnaître qu'une adoption coutumière leur donnait le statut de « parent » ou d'« enfant » au sens de lois étatiques rattachant à ce statut des indemnités<sup>20</sup> ou des droits successoraux<sup>21</sup>.

**15.** Cette équivalence de statut par-delà les frontières juridiques passe par la réception dans l'ordre officiel de la situation juridique engendrée par le droit autochtone. Pareille réception produira ce que l'on pourrait appeler « l'effet levier » de la reconnaissance que les Autochtones rechercheront en raison du rôle de plus en plus grand que joue l'État providence dans leur vie quotidienne.

---

19. Art. 559 (2) et art. 560 C.c.Q.

20. Voir, par exemple, *Prince v. Duncan (Public Trustee of)*, [2000] 4 C.N.L.R. 249 (B.C.S.C.); *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1994] 2 C.N.L.R. 22 (B.C.C.A.); *Mitchell v. Dennis*, 1983 CanLII 670 (B.C.S.C.).

21. *Papatsie Estate v. Brown*, (2006) 154 A.C.W.S. (3d) 899 (N.C.J.); *Prince v. Duncan (Public Trustee of)*, *ibid.*

**16.** On voit donc que la reconnaissance opère la mise en réseau des ordres juridiques par le branchement du droit autochtone au droit étatique qui lui sert alors de relais pour activer une mutualisation des ressources. Cette mise en réseau se fera toutefois avec plus ou moins de distorsion et de filtrage de l'altérité juridique autochtone selon que le rapport qu'entretient l'État avec l'ordre autochtone est plus ou moins hiérarchique. Lorsque le rapport est de nature coloniale, l'histoire enseigne que la reconnaissance induit une logique pyramidale selon laquelle l'ordre coutumier autochtone tombe fatalement dans les mailles d'un droit étatique dominateur. Vanderlinden parle dans ce cas d'une « reconnaissance qui s'accompagne de divers mécanismes de contrôle assurant la conformité des droits locaux à l'ordre importé par le colonisateur »<sup>22</sup>. Captée, la norme d'origine extra-étatique peut dès lors être infléchie, amputée ou reconfigurée pour satisfaire aux diktats de l'ordre étatique réputé prépondérant. La reconnaissance de la norme autochtone étant une faveur du souverain, ce dernier s'estime en droit de poser ses conditions à partir de sa propre culture juridique.

**17.** Lorsqu'il n'est pas possible de dépasser l'hégémonisme colonial ou postcolonial, les avantages potentiels de la reconnaissance, assortie de conditionnalités et de verrouillages, se paieront au prix fort d'une dépossession culturelle et d'une perte d'autonomie des Autochtones. À l'inverse, une reconnaissance tendant vers l'égalité pourrait conforter la vitalité du droit autochtone qui cesse d'être une « contrebande juridique » aux yeux de l'État. Cette sortie de la « clandestinité » s'avérera peut-être un facteur de valorisation de la culture juridique autochtone, non seulement en raison de la consécration symbolique de sa dignité et de sa contribution au patrimoine juridique de l'humanité, mais aussi par l'augmentation

---

22. Cité dans Jacques VANDERLINDEN, « Les pluralismes juridiques », in Edwige RUDE-ANTOINE, Geneviève CHRÉTIEN-VERNICO (dir.), *Anthropologies et droits, état des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009, p. 35. Christoph Eberhard a aussi souligné que « l'expérience a montré que la mise en forme de l'informel par l'État a souvent abouti à un plus grand contrôle de ce dernier sur les diverses collectivités plutôt que de leur garantir une certaine autonomie ». Voir Christoph EBERHARD, *Le droit au miroir des cultures : pour une autre mondialisation*, Collection Droit et société, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 165-166.

de son « attractivité » dans le quotidien des Autochtones. La reconnaissance, en raison des dividendes qu'elle procure, réduit en effet le coût de l'adhésion à une culture juridique non dominante pour des individus et des communautés irréversiblement imbriqués dans le giron de l'État. Dans un contexte de mobilité et de diversité juridiques, le droit autochtone, vecteur de valeurs propres, pourrait rester ou redevenir attrayant sur le « marché » des droits.

**18.** L'enjeu ultime de la reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone au Québec est donc, outre la sécurité juridique pour les individus, l'aspiration collective à la sauvegarde de la diversité juridique et de l'autonomie des peuples autochtones. C'est pourquoi il importe de jauger la capacité du cadre constitutionnel canadien d'amener l'État à répondre à la revendication autochtone d'une manière qui tend à s'éloigner de la logique coloniale ayant prévalu à ce jour.

**19.** Une clé de l'analyse réside dans la reconnaissance et la confirmation dans la loi fondamentale des droits ancestraux existants des peuples autochtones aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>23</sup>, car si l'adoption coutumière revêt le statut d'un droit ancestral protégé constitutionnellement, le Québec devra se défaire de toute prétention à la primauté naturelle de son droit et entrer dans une relation moins verticale des cultures juridiques, même s'il serait nettement excessif de clamer la liquidation complète de l'héritage colonial. Or, il appert que l'article 35 protège effectivement l'adoption coutumière autochtone au Québec.

## **1.2 L'ADOPTION COUTUMIÈRE COMME DROIT ANCESTRAL : LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA RECONNAISSANCE**

**20.** La régulation autochtone de l'adoption ne sera pas analysée ici comme une composante du droit ancestral général à l'autonomie gouvernementale revendiqué par les peuples autochtones. Pour le moment, la consécration de ce droit par

---

23. Le paragraphe 35 (1) se lit comme suit : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ». Voir 1982, Annexe B, c. 11 (R.U.).

la Cour suprême se fait toujours attendre<sup>24</sup> et sa mise en œuvre par la voie politique intervient dans le cadre de la négociation de traités modernes ou d'accords formels conformément à la politique fédérale sur l'autonomie gouvernementale<sup>25</sup>. Or, ce n'est pas dans ce contexte opérationnel que se situent actuellement la revendication de reconnaissance de l'adoption coutumière au Québec et la recherche d'une réponse du Québec à cette revendication. Nous nous attachons plutôt à la discussion de l'adoption coutumière comme phénomène culturel spécifique engendrant un droit ancestral sectoriel<sup>26</sup>.

**21.** La Cour suprême a statué que l'article 35 vient limiter la souveraineté des parlements provinciaux et fédéral de manière à protéger contre toute atteinte injustifiée<sup>27</sup> l'ensemble des pratiques et des coutumes qui, depuis l'époque antérieure au contact, font partie intégrante de la culture distinctive d'un peuple autochtone<sup>28</sup>. Il est bien connu que ces pratiques ou coutumes autochtones constitutionnellement protégées peuvent concerner la possession de la terre et l'usage des ressources naturelles, mais elles peuvent aussi se rapporter à la vie familiale et à des institutions sociales, culturelles ou religieuses d'un peuple autochtone<sup>29</sup>. Dans l'affaire *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia*<sup>30</sup>, la Cour d'appel de Colombie-Britannique a statué que les

---

24. Voir notamment Kent MCNEIL, « Judicial Approaches to Self-Government Since Calder : Searching for Doctrinal Coherence », in Hamar FOSTER, Heather RAVEN, Jeremy WEBBER (dir.), *Let Right be Done, Aboriginal Title, the Calder Case and the Future of Indigenous Rights*, Vancouver, UBC Press, 2007, p. 129, p. 132-139.

25. TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *L'autonomie gouvernementale des Autochtones*, guide de la politique fédérale, Ottawa, 1995.

26. On pourrait qualifier ce droit de « droit activité »; voir Ghislain OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », (1999) 40 *C. de D.* 591, 603, ou encore de « droit spécifique » par opposition au « droit générique » que serait le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale; voir Brian SLATTERY, « A Taxonomy of Aboriginal Rights », in H. FOSTER, H. RAVEN, J. WEBBER (dir.), *loc. cit.*, note 24, p. 111, p. 120-121.

27. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

28. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

29. Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, le juge en chef Lamer rappelle au paragraphe 178 que les droits ancestraux « comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire ».

30. *Préc.*, note 20.

pratiques et les coutumes relatives à l'adoption comptent parmi les aspects de la vie sociale autochtone ayant vocation à faire l'objet d'un droit ancestral.

**22.** La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux visent, selon la Cour suprême, à reconnaître à des groupes de la société des droits particuliers fondés sur leur autochtonité, c'est-à-dire sur le fait « que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures »<sup>31</sup>. Dans *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, la haute juridiction écrit que « l'objectif est d'assurer la sécurité et la continuité culturelles de la société autochtone concernée »<sup>32</sup>. En conséquence, la Cour établit une corrélation nécessaire entre la reconnaissance des droits ancestraux et le particularisme culturel autochtone de sorte que l'existence de ces droits et leur contenu refléteront la culture singulière des peuples premiers. Cette approche culturaliste est, à bon droit, très contestée parce qu'elle place les tribunaux dans la position délicate de devoir cerner la spécificité d'une identité culturelle autochtone à partir des perceptions et des intérêts non autochtones. Le risque est réel que les Autochtones se voient attribuer d'autorité une identité imaginée par des magistrats bien intentionnés, mais se faisant une idée stéréotypée et statique de l'autochtonité qui est préjudiciable à une interprétation dynamique et contemporaine des droits constitutionnels<sup>33</sup>. La recherche judiciaire d'une certaine « authenticité » autochtone signifie qu'une « coutume, pratique ou tradition » ne sera pas protégée si elle est apparue uniquement en raison de l'influence de la culture européenne<sup>34</sup>. Ce qui vient renforcer le spectre d'un essentialisme identitaire incompatible avec la plasticité des cultures et leur perméabilité au changement.

**23.** Reconnaissant finalement le problème, la Cour suprême a mis en garde contre les « stéréotypes racialisés envers les

---

31. *R. c. Van Der Peet*, préc., note 28, par. 31.

32. [2006] 2 R.C.S. 686, par. 33, voir aussi par. 22 et 26.

33. Voir notamment Geneviève MATIVAT, *L'Amérindien dans la lorgnette des juges*, Montréal, Recherches amérindiennes du Québec, 2003.

34. *R. c. Van Der Peet*, préc., note 28, par. 73; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 29. Selon la Cour, « les droits ancestraux sont fondés sur les pratiques, coutumes et traditions autochtones et non celles des nouveaux arrivants » : *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 12.

peuples autochtones » et précisé que l'expression « culture distinctive » renvoie de manière générale à un « mode de vie », donc à une réalité plus large<sup>35</sup>. Elle a aussi rejeté l'idée que pour satisfaire le critère de la « partie intégrante », la pratique qui fonde la revendication d'un droit ancestral « doit être au cœur de l'identité de la société, c'est-à-dire en constituer le trait distinctif le plus déterminant »<sup>36</sup>. La haute juridiction a outre pris acte du fait que, à l'instar de toutes les cultures, les cultures autochtones ne sont pas statiques et sont travaillées par des mutations compatibles avec la survie des droits constitutionnels. Il en a résulté l'acceptation d'une « évolution logique » des pratiques sociales autochtones dans le cadre de la théorie des droits ancestraux<sup>37</sup>.

**24.** L'évolution admise concerne non seulement les modalités techniques, mais la nature même d'une pratique. Ainsi, dans *Sappier*, la Cour suprême a statué que la preuve que les ancêtres récoltaient le bois, notamment pour ériger des abris temporaires, pour fabriquer des objets domestiques divers et pour le combustible autorisait le groupe contemporain à prélever la ressource forestière pour construire des résidences et des infrastructures modernes, du mobilier moderne et pour le chauffage de ces infrastructures permanentes adaptées aux besoins actuels. La Cour explique :

Si l'on ne permet pas aux droits ancestraux d'évoluer et de trouver une expression moderne, ils deviendront totalement inutiles. Le ministère public ne prétend sûrement pas que les intimés, qui vivent sur une réserve, ne sont autorisés qu'à construire des wigwams. Car, dans ce cas, la doctrine des droits ancestraux ne servirait en réalité qu'à reconnaître et confirmer un sous-ensemble restreint de « curiosités anthropologiques », et notre conception de l'autochtonité se réduirait à un petit nombre de stéréotypes dépassés. Les cultures des peuples autochtones ne sauraient être réduites à des wigwams, à des paniers et à des canots.<sup>38</sup>

---

35. *R. c. Sappier*, préc., note 32, par. 45.

36. *Id.*, par. 40 et 46.

37. *Id.*, par. 48.

38. *Id.*, par. 49.



**25.** Dans son acception évolutive et contemporaine, le droit ancestral existe dès lors qu'il représente aujourd'hui l'équivalent fonctionnel de la pratique ancestrale envisagée dans son rapport au mode de vie actualisé du groupe. Dès lors, si une activité vise à satisfaire aujourd'hui un besoin communautaire ou individuel qui n'est que l'évolution logique du mode de vie ancestral, elle bénéficiera de la protection constitutionnelle.

**26.** Certaines activités, de par leur nature même, seront plus susceptibles de satisfaire le critère de la partie intégrante et de l'évolution logique. Ainsi, la preuve qu'une activité constituait traditionnellement une source alimentaire significative pour le groupe ancestral suffira pour en établir l'importance centrale dans le mode de vie<sup>39</sup>. Il en ira de même des pratiques et des institutions fondamentales à la reproduction de la société telles que la famille et le clan. C'est le cas de l'adoption des enfants, qui jouait et joue encore un rôle clé dans l'équilibre de la vie familiale et des relations entre les familles autochtones<sup>40</sup>.

**27.** La pratique autochtone de l'adoption est en fait singulièrement adaptée à la théorie des droits ancestraux. Elle est d'abord davantage susceptible d'être reconnue parce qu'elle ne met pas en cause la répartition entre divers groupes de la société des richesses que sont la terre et les ressources naturelles. La jurisprudence sur le titre aborigène montre en effet que plus une revendication de droit ancestral risque de donner aux Autochtones le contrôle d'un capital foncier important, plus les conditions d'existence et le fardeau de la preuve d'un droit ancestral seront onéreux. Un droit ancestral ayant pour objet l'adoption concerne essentiellement la vie interne du groupe autochtone et ne pose pas la question très sensible du partage de ressources précieuses et convoitées entre une minorité autochtone et une majorité non autochtone.

**28.** Les difficultés de preuve sont aussi moindres que dans le contentieux relatif à la terre et aux ressources, où le groupe

---

39. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, par. 45; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 68.

40. Pour une description des différentes fonctions vitales de l'adoption coutumière, voir C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 3, p. 72-74.

autochtone doit prouver la présence ancestrale dans une zone géographique précise et le maintien d'un lien avec cet espace, ce qui est souvent difficile. L'adoption, pour sa part, n'est pas tributaire d'un ancrage spatial spécifique. Elle se rattache au groupe en tant qu'entité ethnoculturelle vivante et ne disparaît pas en raison des migrations de ce groupe ou de la transformation de son rapport au territoire.

**29.** Le principe de l'« évolution logique » fait par ailleurs que l'adoption autochtone peut s'adapter aux mutations sociales et économiques qui travaillent ces sociétés depuis le contact sans perdre son statut de droit ancestral. Le fait que l'adoption d'un enfant autochtone survienne aujourd'hui dans des circonstances nouvelles et qu'elle ne procède pas rigoureusement des mêmes causes familiales, sociales ou économiques n'empêche pas l'existence du droit ancestral puisqu'elle remplit essentiellement les mêmes fonctions dans la vie du groupe.

**30.** Si on reprend l'analogie avec l'affaire *Sappier*, la nécessité de construire une résidence moderne procède d'une cause immédiate inconnue aux temps précoloniaux parce que propre à la vie contemporaine, soit la sédentarité et le contexte social, familial et économique qu'elle engendre. Le droit ancestral persiste malgré le passage du wigwam au « bungalow » puisque ce dernier a une fonction globalement équivalente, savoir l'habitation et le logement, mais dans un contexte profondément transformé par rapport au mode de vie traditionnel, un contexte qui rapproche sensiblement le mode de vie des Autochtones de celui des non-autochtones. La sédentarité moderne a ses exigences propres faisant en sorte qu'un prélèvement spécifique sera nécessaire aujourd'hui alors qu'il n'avait aucune justification dans le passé nomade.

**31.** De même, le fait qu'une pratique soit beaucoup moins présente, que ses manifestations soient épisodiques ou qu'elle ait été interrompue à certains moments ne fait pas obstacle à l'existence d'un droit ancestral. Elle sera protégée dès lors qu'elle a encore une importance culturelle pour les Autochtones. Par exemple, la chasse à des fins alimentaires est beaucoup moins importante économiquement aujourd'hui dans la plupart des communautés. Autrefois, cette activité était souvent une question de vie ou de mort pour tous les

membres du groupe. Il en est rarement ainsi aujourd'hui. Cela n'a pas empêché la reconnaissance judiciaire d'activités de prélèvement alimentaire comme parties intégrantes de la culture distinctive d'un groupe.

**32.** En outre, le fait que les acteurs de l'adoption ne soient pas exactement les mêmes<sup>41</sup> et que les procédures de l'adoption aient été transformées ne pose pas de problème, car la Cour suprême insiste sur la nature et la fonction d'une activité plutôt que sur ses aspects processuels ou techniques<sup>42</sup>. On aurait somme toute tort d'exagérer le risque de disparition pure et simple d'un droit ancestral en raison de l'évolution des pratiques depuis le contact<sup>43</sup>.

**33.** Enfin, il n'est pas nécessaire de faire une preuve directe des pratiques d'adoption qui existaient au moment du contact. La preuve que ces pratiques prévalaient à une époque postérieure au contact sera suffisante s'il est raisonnable de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'elles témoignent de réalités séculaires. La preuve de faits postérieurs au contact est admise pour inférer une continuité avec l'époque antérieure au contact puisque la Cour suprême n'impose pas aux Autochtones « la tâche pratiquement impossible de produire une preuve, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens »<sup>44</sup>. Dans *Sappier*, la Cour, après avoir souligné « qu'en l'absence de preuves directes », les tribunaux « doivent être disposés à faire les inférences nécessaires pour déterminer si la pratique existait »<sup>45</sup>, réitère la nécessité pour les juges « de faire preuve de souplesse relativement à la période pendant

---

41. Par exemple, dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, une activité ancestrale de troc à grande échelle avec les autres nations autochtones a fondé la reconnaissance d'un droit ancestral contemporain pour les Heilstuk de faire le commerce à grande échelle avec les non-autochtones.

42. *R. c. Van Der Peet*, préc., note 28, par. 54 et 64; *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 34, par. 13 et 56.

43. Le potentiel évolutif des droits ancestraux relatifs à l'adoption semble sous-estimé par une auteure. Voir C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 3, p. 98-100.

44. *R. c. Van Der Peet*, préc., note 28, par. 62; *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 34, par. 29 et par. 52.

45. *R. c. Sappier*, préc., note 32, par. 33.

laquelle la pratique doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone concernée »<sup>46</sup>.

**34.** Dès qu'un groupe autochtone pourra démontrer l'ancienneté de son régime endogène d'adoption, il sera fort difficile pour le gouvernement de contester que ce régime est la manifestation ou l'évolution logique d'un phénomène d'origine pré-coloniale dans une société de tout temps centrée sur les structures familiales et dont le mode de vie a toujours exigé le transfert et la prise en charge d'enfants par des personnes autres que leurs parents d'origine.

**35.** On peut conclure que plusieurs communautés autochtones du Québec seront en mesure d'obtenir, si elles devaient le faire, la reconnaissance judiciaire qu'elles détiennent un droit ancestral de pratiquer leur adoption coutumière, même lorsque cette forme d'adoption s'est adaptée au contexte contemporain et est devenue beaucoup moins fréquente.

**36.** Au moment de réfléchir à un régime de reconnaissance de l'adoption autochtone pour le Québec, il faut par conséquent partir de la prémisse voulant que cette adoption jouisse du statut de droit ancestral protégé par la constitution. Même si certaines communautés ont rompu avec l'adoption coutumière, cela n'exempte pas le Québec de reconnaître cette adoption dans les communautés où elle existe encore. Cela n'interdit pas non plus d'offrir aux communautés ne pratiquant plus l'adoption coutumière la possibilité de mettre en place un régime particulier d'adoption inspiré de ce qu'elles tiennent pour leur héritage culturel. Bien que, techniquement, le gouvernement pourrait peut-être, avant d'en tenir compte, attendre que les Autochtones obtiennent une décision judiciaire finale reconnaissant leur droit ancestral, cette

---

46. Voir *id.*, au paragraphe 34, où la Cour écrit : « Devant notre Cour, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, partie intervenante, s'est opposé à certains des éléments du témoignage de M. Sewell, dans la mesure où ce dernier n'a pas précisé la période dont il parlait lorsqu'il a décrit les usages que les Malécites faisaient du bois récolté. En d'autres mots, il a été plaidé qu'il n'était pas clair que les pratiques décrites par le témoin étaient toutes antérieures au contact. Toutefois, pour rejeter cette objection, je n'ai qu'à répéter les propos tenus dans *Van Der Peet* et réitérés récemment dans *Mitchell*, au par. 29, au sujet de l'adaptation des règles de preuve applicables dans les litiges portant sur les droits ancestraux et au sujet de l'utilisation de preuves d'activités postérieures au contact pour établir que les pratiques en cause existaient avant le contact et faisaient partie intégrante de la culture. »

approche serait juridiquement très risquée puisque certaines communautés ont des chances élevées de pouvoir contester avec succès une loi ne respectant pas leur régime d'adoption coutumière.

**37.** Par ailleurs, en marge de l'existence d'un droit ancestral, une communauté peut revendiquer aussi un droit issu de traité protégeant l'adoption coutumière qui sera également protégé par l'article 35. De fait, les Inuits du Nunavik et les Cris du Québec affirment que la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (CBJNQ) leur accorde un tel droit aux termes de son article 3.1.6 qui inclut l'adoption selon la coutume dans la définition de l'« adoption ». Cette définition sert à désigner les personnes adoptées qui peuvent être bénéficiaires des droits et avantages stipulés dans la CBJNQ. Les tribunaux auront bientôt à décider si cette validation de l'adoption coutumière convenue dans la Convention, et confirmée par les lois de mise en œuvre, est de portée générale en droit québécois ou si elle ne vaut que pour déterminer les personnes titulaires des droits spécifiques découlant de la Convention<sup>47</sup>, laquelle ne contient par ailleurs aucun chapitre énumérant l'adoption coutumière parmi les droits opposables en toute circonstance à l'État et aux tiers. Le fait que la *Loi sur les Indiens* donne effet à l'adoption coutumière aux fins de l'attribution à un enfant du statut d'Indien et de la dévolution successorale régies par la Loi montre bien qu'il est possible de s'en tenir dans un instrument juridique à une validation spécifique plutôt que générale de cette adoption<sup>48</sup>.

**38.** Le droit ancestral ou issu de traité étant un droit de groupe, il revient à ce dernier de déterminer les conditions et les modalités de son exercice par ses membres, ce qui confère au peuple titulaire une autonomie normative, un droit d'auto-régulation de l'adoption<sup>49</sup>. La protection constitutionnelle de l'adoption coutumière vise ainsi un ensemble autonome de règles. En d'autres termes, elle a pour corollaire la réception d'un ordre normatif autochtone au sein du droit de l'État

---

47. *Adoption - 09201*, [2009] R.J.Q. 2217 (C.A.Q.).

48. L.R.C. 1985, c. I-5, art. 2 (1).

49. Voir Ghislain OTIS, « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis?* », (2007) 52 *McGill L.J. \R.D.McGill* 657, 663-670; Kent MCNEIL, *loc. cit.*, note 24, p. 136-139.

par le truchement de l'obligation de reconnaissance inscrite à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Or, cette obligation induit une articulation des rapports entre le droit étatique et le droit autochtone qui rompt substantiellement, bien que pas totalement, avec la logique hiérarchique de la doctrine coloniale.

### 1.3 LA RECONNAISSANCE DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE, VERS UN RAPPORT PLUS ÉGALITAIRE DES CULTURES JURIDIQUES

**39.** La reconnaissance constitutionnelle d'un droit ancestral signifie au minimum que le pouvoir central et les provinces ne peuvent porter atteinte à ce droit, c'est-à-dire imposer une contrainte autre que négligeable à l'exercice de ce droit<sup>50</sup>. Si ce genre de contrainte résulte d'une action gouvernementale fédérale ou provinciale, la Couronne devra en démontrer la justification au regard de critères dégagés dans l'affaire *Sparrow* et développés dans la jurisprudence subséquente. Il incombera au pouvoir public de faire la preuve que l'atteinte au droit ancestral poursuit un objectif gouvernemental suffisamment impérieux et que les moyens pris pour réaliser cet objectif sont conformes à l'honneur de la Couronne qui exige la consultation des Autochtones et la minimisation de tout effet préjudiciable sur le droit autochtone.

**40.** Ces contraintes découlant de l'article 35 ne mettent pas complètement fin au rapport hiérarchique entre le droit étatique et le régime normatif autochtone visé par un droit ancestral. Il reste possible en principe pour le législateur de contrôler, dans des situations plutôt rares, l'application des normes autochtones et de les subordonner à des exigences étatiques dont le primat pourra être justifié selon les critères appliqués par la jurisprudence. On ne peut, par exemple, exclure l'hypothèse de l'assujettissement ponctuel de l'exercice d'un droit ancestral en matière d'adoption à des règles relatives à l'intérêt de l'enfant ou aux droits et libertés fondamentaux des individus, adoptés par le législateur compétent,

---

50. *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 91; *R. c. Gladstone*, préc., note 41, par. 43; *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, par. 50-53.

si l'impact de ces règles sur le droit ancestral reste limité et proportionné.

**41.** Toutefois, l'époque où l'État pouvait sans entrave combattre le régime coutumier d'adoption, l'interdire de séjour dans l'espace normatif officiel ou encore décider unilatéralement et sans contrainte de ses effets en droit étatique est bien révolue. La règle générale est désormais l'obligation de pleine reconnaissance du droit de procéder à une adoption selon la coutume, donc la prohibition de tout verrouillage, de tout filtrage et de toute conditionnalité imposée par l'État et qui tendraient à dénaturer le droit autochtone ou à le confiner au statut de sous-droit.

**42.** La simple non-reconnaissance actuelle de l'adoption coutumière au Québec pourra être la source de nombreuses atteintes au droit ancestral des peuples autochtones en matière d'adoption parce que ce qui est permis ou accordé par ce droit ne peut être nié par le droit étatique. Or, dans l'état actuel de la législation, un tribunal devra conclure à une atteinte à première vue chaque fois que la loi entrera en conflit avec le régime autochtone d'adoption, c'est-à-dire dans tous les cas où la loi empêchera un juge de donner ses pleins effets à l'adoption coutumière dans l'ordre étatique.

**43.** Il en résulte que la constitution crée une obligation de reconnaissance favorable à une nouvelle relation entre les systèmes juridiques autochtones et étatiques, une relation dont est exclue toute règle générale d'indifférence et de prééminence a priori du droit officiel à l'égard du droit autochtone. La réglementation fédérale ou provinciale dont l'effet sera de contrôler, restreindre ou régler la possibilité pour les Autochtones de recourir à l'adoption coutumière sera à première vue inconstitutionnelle, à charge pour le ministère public de faire la preuve devant les tribunaux de circonstances singulières permettant de passer outre, de manière minimale et en tenant compte du point de vue autochtone, à la norme autochtone.

**44.** L'effet bouclier de l'article 35 paraît donc substantiel même s'il n'est pas complet. En revanche, l'impératif de reconnaissance n'exige pas en soi de l'État qu'il aille plus loin que d'enregistrer les effets du droit ancestral, d'en assurer l'exo-validité. Ainsi, dans l'affaire *Côté*, la Cour suprême a

jugé qu'un droit ancestral de pêche incluait un droit de passage sur les terres du domaine public pour accéder au site traditionnel de pêche, mais qu'il n'incluait pas un droit à un passage gratuit en véhicule automobile sur un chemin aménagé aux frais de l'État<sup>51</sup>.

**45.** En d'autres termes, la reconnaissance n'emporte pas l'obligation de conférer à l'adoption autochtone des effets juridiques qui vont au-delà du droit ancestral, donc de ce que prescrit la coutume. Il paraît difficile de s'appuyer exclusivement sur l'article 35 pour imposer à l'État l'obligation positive de faire découler de l'adoption autochtone des avantages fiscaux, des prestations ou des droits économiques dont la source n'est pas le droit autochtone, mais bien la loi. Si ces droits et avantages n'étaient offerts à aucun enfant ou parent par une loi particulière, l'article 35 ne viendrait pas contraindre le législateur à les créer spécifiquement pour les Autochtones visés par une adoption coutumière. Lorsque dans l'affaire *Casimel*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a octroyé à des parents adoptifs coutumiers une indemnité d'assurance automobile, elle leur accordait un bénéfice prévu par la loi provinciale, et non par l'article 35, au profit de tous les ascendants de premier degré se trouvant dans une situation de dépendance économique par rapport au défunt.

**46.** Certes, la loi ne pourrait valablement refuser d'accorder aux adoptés ou aux parents coutumiers autochtones les mêmes protections et les mêmes bénéfices que ceux qui sont offerts à tous les adoptés ou parents. Cette obligation est bel et bien imposée par la constitution, mais elle trouve un fondement plus solide dans l'interdiction de la discrimination formulée à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'État ne peut à la fois reconnaître l'adoption coutumière en conformité avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et refuser de traiter les adoptions spécifiquement autochtones en pleine égalité par rapport aux autres adoptions légalement reconnues. Ce serait réserver un traitement préjudiciable aux seuls Autochtones et contribuerait à perpétuer un

---

51. *R. c. Côté*, préc., note 39, par. 77-80.



désavantage historique et social que la Cour suprême n'a pas hésité à reconnaître aux fins de la norme antidiscriminatoire de la Charte canadienne<sup>52</sup>.

47. En définitive, l'effet « levier » recherché par la demande de reconnaissance de l'adoption coutumière résulte plutôt du jeu combiné de l'obligation de reconnaissance imposée par l'article 35 et de l'obligation de non-discrimination découlant de la Charte canadienne.

## 2. LA PROTECTION RENFORCÉE DE LA PLURALITÉ JURIDIQUE PAR LE PARTAGE FÉDÉRATIF DES COMPÉTENCES

48. Par le jeu de l'impératif de reconnaissance, la doctrine des droits ancestraux invalide l'hypothèse d'une mise en tutelle pure et simple de l'adoption autochtone par la loi fédérale ou provinciale. Nous verrons dans cette seconde partie comment la capacité constitutionnelle des provinces d'infléchir les règles autochtones de l'adoption se heurte à l'obstacle supplémentaire que constituent les règles du partage des compétences législatives découlant de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Parce qu'elles rendent une loi québécoise réglementant l'exercice d'un droit ancestral constitutionnellement invalide ou inapplicable aux Autochtones, indépendamment de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces règles empêchent la justification de toute atteinte à ce droit par l'application du test dégagé dans l'affaire *Sparrow*. Il en résulte une protection constitutionnelle renforcée des Autochtones à l'encontre d'une éventuelle tentative provinciale de domestication de leur altérité juridique<sup>53</sup>. Cela est d'autant plus vrai que les exigences du fédéralisme ne diluent pas pour autant l'obligation provinciale de reconnaissance.

---

52. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 59; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 69; *Corbiere c. Canada (ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 66.

53. Sur la protection indirecte de l'autonomie autochtone par les règles du fédéralisme, voir Bruce RYDER, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Protection Autonomy for the Provinces and First Nations », (1991) 36 *R.D.McGill* 308.

## 2.1 L'« ESSENTIEL DE L'INDIANITÉ » COMME OBSTACLE À LA RÉGLEMENTATION DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE

49. En l'absence d'un droit ancestral, la législation provinciale générale relative à l'adoption pourra s'appliquer à l'adoption d'un enfant autochtone même si ce dernier est un « Indien » au sens de la *Loi sur les Indiens*<sup>54</sup>. Toutefois, au regard du partage fédératif des compétences législatives, l'existence d'un droit ancestral en matière d'adoption coutumière a pour conséquence constitutionnelle fondamentale de limiter la possibilité pour la loi provinciale de réglementer directement une pratique ou une question relevant de ce droit ancestral. Les droits ancestraux se trouvent en effet, selon la Cour suprême, au cœur de la compétence fédérale sur les « Indiens » aux termes du paragraphe 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

L'essentiel de l'indianité englobe toute la gamme des droits ancestraux, y compris les droits reconnus et confirmés par le par. 35 (1). Ces droits comprennent les droits se rapportant à un territoire : cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la référence aux « terres réservées aux Indiens » au par. 91 (24). Cependant, ces droits comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire; cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la compétence du fédéral à l'égard des « Indiens ». Il est interdit aux gouvernements provinciaux de faire des lois portant sur ces deux types de droits ancestraux.<sup>55</sup>

50. Dès lors, une loi provinciale ne peut, à titre principal, viser à régir spécifiquement l'existence, la jouissance ou

---

54. *Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare et al.*, [1976] 2 R.C.S. 751. La Cour suprême a statué dans cette affaire que l'adoption d'un enfant indien par des non-indiens, conformément à la loi provinciale, n'avait pas pour effet de priver l'enfant de son statut d'Indien aux fins de la *Loi sur les Indiens*.

55. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 29, par. 178; voir aussi par. 181. Voir aussi *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 33; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 70.

l'exercice des droits ancestraux<sup>56</sup>. De même, une loi provinciale d'application générale par ailleurs constitutionnellement valide, mais se rapportant à une matière faisant l'objet d'un droit ancestral, ne peut s'appliquer d'elle-même si elle a pour effet d'entraver l'exercice de la compétence fédérale sur les droits ancestraux, ces derniers relevant du cœur de la compétence exclusive sur les Indiens<sup>57</sup>.

**51.** Cela dit, il ne faut pas confondre l'interdiction constitutionnelle faite à la province de régir une matière relevant d'un droit ancestral, laquelle découle de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de l'interdiction de porter atteinte à un tel droit de manière injustifiée, qui est pour sa part énoncée au paragraphe 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Certains auteurs affirment qu'une province ne peut valablement, du point de vue du partage des compétences, porter atteinte à un droit ancestral<sup>58</sup>. C'est oublier que l'atteinte à un droit résultera souvent de l'effet d'une loi et qu'une loi provinciale peut fort bien affecter les droits ancestraux de manière incidente, c'est-à-dire d'une manière qui ne correspond pas au caractère prépondérant de la loi<sup>59</sup>. Un certain nombre de lois et de règlements provinciaux pourront avoir une incidence non négligeable sur l'exercice des droits ancestraux sans que leur caractère véritable se rapporte à une matière faisant partie de ces droits.

**52.** Par exemple, la construction d'un barrage hydroélectrique, l'octroi de droits de coupe forestière ou de droits d'extraction minière pourront nuire substantiellement à la chasse ou la pêche autochtone faisant l'objet d'un droit ancestral spécifique. Il s'agit toutefois de l'effet incident de mesures ne se rapportant en rien à la chasse et la pêche du point de vue de

---

56. Jean LECLAIR, «The Kitkatla Decision: Finding Jurisdictional Room to Justify Provincial Regulation of Aboriginal Matters», (2003) 21(2) *Sup. Ct. L. Rev.* 73, 78.

57. Dans l'affaire *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, la Cour suprême a statué qu'une loi provinciale par ailleurs valide sera inapplicable si elle « entrave » l'exercice par le fédéral d'une activité relevant du cœur de la compétence fédérale.

58. Voir notamment Kent McNEIL, «Aboriginal Title and Section 88 of the Indian Act», (2000) 34 *U.B.C. Law Review* 159; Kerry WILKINS, «Of Provinces and Section 35 Rights», (1999) 22 *Dal. L.J.* 185.

59. *R. c. Morris*, préc., note 50, par. 41; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, préc., note 55, par. 14.

leur objet véritable. On ne pourra alors prétendre que cette atteinte au droit ancestral est inconstitutionnelle en vertu du partage des compétences. Il incombera toutefois à la province de justifier la restriction des droits selon le test dégagé dans l'affaire *Sparrow*. La Cour suprême a d'ailleurs à ce jour tenu pour acquis qu'une loi ou mesure provinciale portant atteinte à un droit ancestral pourra être justifiée, ce qui n'est possible que si cette loi est constitutionnellement valide ou applicable par ailleurs<sup>60</sup>.

**53.** En définitive, le Québec a l'obligation constitutionnelle de reconnaître l'adoption coutumière en vertu du paragraphe 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais il est empêché aux termes du paragraphe 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de réglementer l'exercice de ce droit, étant entendu que « réglementer » signifie imposer une norme visant à modifier la nature, la portée ou les modalités d'exercice d'un droit ancestral<sup>61</sup>, ce qui suppose que la question réglementée relève effectivement dudit droit<sup>62</sup>.

**54.** La constitution ne permet donc pas à la province d'adopter une loi visant la reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone, mais qui subordonnerait cette reconnaissance à des conditions ayant pour objet de modifier ou de restreindre les droits, les obligations et les pratiques faisant partie du régime autochtone d'adoption issu du droit ancestral. Certains observateurs ont, par exemple, fait valoir la nécessité pour l'État québécois de contrôler le processus d'adoption coutumière afin d'assurer une meilleure protection de l'intérêt de l'enfant, notamment en soumettant tout projet d'adoption coutumière à une évaluation psychosociale satisfaisante de l'enfant et des postulants à l'adoption par un

---

60. Voir *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, *id.*, par. 25. Voir Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 530-531.

61. *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, *id.*, par. 19.

62. La Cour suprême laisse entendre, par exemple, qu'un droit de chasse ne comprend pas le droit de chasser dangereusement; voir *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 89; *R. c. Morris*, *supra*, note 50, par. 36. Une réglementation provinciale visant spécifiquement les activités de chasse dangereuses ne réglementerait alors pas une activité protégée par un droit ancestral.

directeur de la protection de la jeunesse<sup>63</sup>. Une telle contrainte à l'exercice du droit ancestral, qui pourrait même faire échec aux mécanismes coutumiers, viendrait modifier les modalités voire la portée du droit ancestral et, pour cette raison, ne serait pas valide au regard du partage des compétences. Pour les mêmes raisons, il ne serait pas loisible à la province de prescrire qu'une adoption coutumière n'aura d'effet que si elle est autorisée ou validée par un tribunal s'étant préalablement assuré du respect de l'intérêt véritable de l'enfant.

**55.** De cette contrainte constitutionnelle résultera une différence de traitement entre les enfants impliqués dans un processus d'adoption légale et ceux pris en charge par le régime coutumier. On a d'ailleurs explicitement argué du principe d'égalité des enfants pour justifier un contrôle préalable de l'adoption coutumière par la direction de la protection de la jeunesse et les tribunaux<sup>64</sup>. Le droit à l'égalité est effectivement protégé et garanti par les chartes des droits. Il faut toutefois comprendre que ces instruments n'ont ni pour but ni pour effet de permettre ou d'imposer à la province l'obligation de mettre en place un dispositif de contrôle de l'adoption coutumière qu'elle n'a pas la compétence constitutionnelle d'adopter. Ainsi, l'article 31 de la Charte canadienne précise que cette charte « n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit ». La législature ne pourrait donc invoquer les droits à l'égalité des enfants en vertu de l'article 15 de la Charte pour s'ingérer dans la compétence fédérale relative aux Indiens en réglementant l'exercice d'un droit ancestral. De plus, l'article 32 (1) (b) de cette même charte la rend applicable à la législature et au gouvernement provinciaux « pour tous les domaines relevant de cette législature ». Or, le contrôle et la restriction des pratiques relevant d'un droit ancestral en matière d'adoption ne comptent pas parmi les domaines de la compétence provinciale, ce qui écarte du même coup l'application de la *Charte*

---

63. Voir D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 5, p. 426-430; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 8, p. 78. Le juge Bédard a en outre exprimé cette exigence dans *M.Q. (Dans la situation de)*, préc., note 15.

64. Voir D. BÉDARD, *id.*, p. 421, 426 et 430.

*des droits et libertés de la personne*<sup>65</sup>. En outre, une différence de traitement résultant de la constitution ne peut être jugée discriminatoire au sens de la Charte canadienne<sup>66</sup> ni de la Charte québécoise<sup>67</sup>.

**56.** La censure constitutionnelle frapperait également une loi provinciale qui viserait à prescrire les effets d'une adoption coutumière quant au lien de filiation et quant aux droits et obligations respectifs des parents — tant biologiques qu'adoptifs — et de l'adopté. Prenons le cas de l'*Adoption Act* de la Colombie-Britannique qui, dans la foulée de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Casimel*, a été modifiée par l'ajout d'une disposition visant spécifiquement l'adoption coutumière autochtone. Cette disposition énonce qu'une cour de justice peut reconnaître qu'une adoption faite selon la coutume d'une communauté autochtone « *has the effect of an adoption under this Act* »<sup>68</sup>. Si le but de cette disposition est de permettre l'assimilation pure et simple de l'adoption coutumière à l'adoption légale du point de vue de ses effets, on se trouve à supprimer les particularismes de la coutume, y compris des droits et des obligations qui lui sont propres<sup>69</sup>. Cette reconnaissance par assimilation constituerait une réglementation provinciale invalide d'un droit ancestral.

**57.** De ce qui précède, il ne découle toutefois pas que la province est constitutionnellement impuissante à protéger les enfants adoptés selon la coutume. Les Autochtones n'échappent en effet pas, de manière générale, à la législation provinciale sur la protection de la jeunesse dès lors que celle-ci ne régit pas l'exercice d'un droit ancestral ou une

---

65. L.R.Q., c. C-12. L'article 55 de cette charte confirme, sans que cela ne soit constitutionnellement nécessaire, qu'elle ne s'applique qu'aux matières relevant de la compétence législative du Québec.

66. *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Chiarelli c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

67. *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238.

68. *Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, art. 46.

69. Comme l'écrit une auteure, « If all customary adoptions are to be converted into statutory ones under the Adoption Act (B.C.), this could destroy the unique rights and obligations traditionally occurring in customary law, including the continuing relationship between the adoptee and the birth family. » Voir C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 3, p. 88, voir aussi p. 89-90.

autre matière relevant de l'essentiel de l'indianité. Si le développement ou la sécurité d'un enfant adopté selon la coutume est compromis, la direction de la protection de la jeunesse peut exercer les pouvoirs que lui confère la loi pour protéger cet enfant sans empiéter sur le cœur de la compétence fédérale. L'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>70</sup> ne régit alors pas les pratiques et les droits liés à l'adoption coutumière comme telle, ce qui ne veut pas dire que les moyens qu'elle met en place soient bien adaptés au contexte autochtone.

**58.** Les « Indiens » ne sont pas, sur le plan constitutionnel, à tous points de vue des « personnes fédérales » totalement soustraites à la compétence provinciale. La Cour suprême applique « le principe fondamental selon lequel les lois provinciales peuvent s'appliquer aux peuples autochtones; les Premières nations ne sont pas des enclaves du pouvoir fédéral dans une mer de compétences provinciales »<sup>71</sup>. L'article 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'empêche donc pas les provinces de prendre en considération, dans leurs lois, le particularisme autochtone dans la mesure où la loi poursuit une fin provinciale légitime. Comme le souligne la Cour suprême, « une disposition législative n'excède pas la compétence de la province du simple fait qu'on y trouve le mot "autochtone" »<sup>72</sup>. Dans l'affaire *NIL/TU.O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*<sup>73</sup>, la haute juridiction a reconnu sans hésitation la capacité constitutionnelle des provinces non seulement de régir la protection des enfants autochtones vivant au sein des familles autochtones, y compris ceux habitant dans une réserve, mais aussi de mettre en place des services en la matière qui soient spécifiquement adaptés à la culture et aux circonstances singulières des Autochtones. La juge Abella écrit :

---

70. L.R.Q., c. P-34.1.

71. *Bande Kitkatla*, préc., note 55, par. 66. Voir aussi *Mitchell c. M.R.N.*, préc., note 34, par. 133.

72. *Bande Kitkatla*, *ibid.* Voir également Sébastien GRAMMOND, « Pour l'inclusion des droits des Autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne* », (2006) *R. du B.* (hors série) 295, 310-312.

73. [2010] 2 R.C.S. 696.

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 entravée.<sup>74</sup>

**59.** La Cour adopte cette position alors même qu'elle avait, dans une décision qui l'a précédée de peu, fait remarquer en *obiter dictum* que les « relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves » sont des « matières qui pouvaient être considérées comme absolument nécessaires et essentielles à leur survie culturelle »<sup>75</sup>.

**60.** La question des droits ancestraux n'a pas été soulevée dans l'affaire *NIL/TU.O Child and Family Services Society*, ce qui a fait dire à la Cour qu'elle n'avait pas à traiter du contenu essentiel de l'indianité. Par conséquent, il est possible pour la province de mettre en place des mécanismes de protection des enfants qui sont spécifiques au contexte autochtone dans la mesure où ces mécanismes ne viennent pas réglementer l'exercice des droits ancestraux.

**61.** Ainsi, s'agissant de l'adoption coutumière autochtone faisant l'objet d'un droit ancestral, la loi provinciale pourrait, par hypothèse, obliger les acteurs de cette adoption ou leur représentant à informer rapidement les autorités compétentes qu'une adoption a eu lieu afin de permettre à la direction de la protection de la jeunesse de voir si cette adoption crée pour l'enfant une situation pouvant donner lieu à un signalement. Une simple obligation d'informer de l'existence d'une

---

74. *Id.*, par. 41 et 45. Voir également les motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Fish aux par. 78 à 81.

75. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, préc., note 57, par. 61.



adoption coutumière, qui fait de toute façon partie de tout processus de reconnaissance tel qu'il sera expliqué plus loin, ne constitue pas une réglementation de l'adoption coutumière en soi. Il ne s'agit pas d'autoriser ou non l'adoption ou de vérifier la validité des consentements. On n'entrave ou ne modifie en rien les effets de l'adoption coutumière, ni les droits afférents, mais on prend une mesure valide de prévention et de protection immédiate de l'enfant adopté si les circonstances révèlent que cette protection est nécessaire. L'intervention devrait toutefois se faire dans le respect des valeurs familiales autochtones et, dans la mesure du possible, en collaboration avec la communauté. La loi pourrait valablement prescrire cette prise en considération de la différence culturelle autochtone.

**62.** La validité de ce genre d'hypothèse au regard de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne signifie toutefois pas qu'elle soit pleinement conforme aux attentes des Autochtones, ni surtout qu'elle justifie, au regard des droits à l'égalité protégés par les chartes des droits, d'imposer aux individus autochtones des contraintes ou des contrôles dont les non-autochtones seraient exempts dans des situations d'adoption analogues.

**63.** Par ailleurs, le problème de l'incidence du partage constitutionnel des compétences sur la reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone se posera également si une personne intéressée contestait la légalité d'une telle adoption au regard de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Un parent biologique pourrait-il, par exemple, invoquer son droit à la « liberté » énoncé à l'article premier de la Charte québécoise pour faire annuler une adoption coutumière à laquelle il n'aurait pas consenti librement<sup>76</sup>? La validité constitutionnelle

---

76. La Cour suprême a reconnu, dans l'affaire *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, aux par. 28, 38 et 271, que le droit à la « liberté » aux termes de la Charte québécoise a une portée semblable à celle du droit à la liberté énoncé à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il est établi que l'article 7 protège une gamme limitée de choix personnels fondamentaux; voir notamment *Nouveau-Brunswick (ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *A.C. et autres c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181, par. 100 (j. Abella); au même effet, voir l'opinion de la juge en chef, au par. 134 et *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, au par. 85. Il est difficilement contestable que la décision de consentir ou non à l'adoption de son enfant compte parmi ces choix protégés par le droit à la liberté.

de la Charte en tant que loi provinciale d'application générale ne saurait être remise en cause. Il s'agirait plutôt de voir si elle pourrait régir le cas particulier d'une adoption coutumière faisant l'objet d'un droit ancestral, sans « entraver » l'exercice de la compétence fédérale sur le contenu essentiel de l'indianité.

**64.** Si une coutume permettait l'adoption d'un enfant sans le consentement d'un parent<sup>77</sup>, et si elle faisait valablement l'objet d'une protection au titre d'un droit ancestral<sup>78</sup>, la Charte québécoise pourrait probablement la réglementer sans « entraver » l'exercice de la compétence fédérale, c'est-à-dire sans qu'il y ait « un empiètement important ou grave sur l'exercice de la compétence fédérale »<sup>79</sup>. C'est du moins ce que donne à penser le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, où la Cour devait décider si une interdiction provinciale de construire des aérodromes sur des terres agricoles avait des conséquences graves sur l'exercice de la compétence fédérale en matière d'aéronautique. La Cour répond par l'affirmative en expliquant que :

S'il était applicable, cet article [de la loi provinciale] obligerait le Parlement à choisir entre accepter que la province puisse interdire l'aménagement d'aérodromes ou légiférer expressément de manière à écarter la loi provinciale. Cela entraverait

---

77. La question semble se poser chez certains Inuits. Ainsi, dans *L.P. v. A.P.*, (2008) 147 A.C.W.S. (3d) 899 (NUCJ), le père biologique contestait la validité d'une adoption coutumière de son fils à laquelle il n'avait pas consenti. Les parties s'opposaient sur la question de savoir si la coutume permettait ou non l'adoption sans le consentement du père et ce dernier faisait valoir que, de toute manière, la coutume devait être « modifiée » pour tenir compte de l'évolution du rôle des hommes dans la société inuite contemporaine : « it is argued that if the custom did not originally require joint agreement, the custom should be changed to better reflect contemporary Inuit society. It is said that the role of the Inuit male has changed. He is not just a hunter and provider, but often shares in child care responsibilities. The old customs associated with camp life no longer reflect the social realities of life in Nunavut » (par. 10.). Pour des raisons procédurales, la Cour n'a pas tranché.

78. La question des limites intrinsèques des droits ancestraux fondées sur des notions d'ordre public a été peu étudiée par les tribunaux canadiens à ce jour, mais il n'est pas impossible que certaines pratiques jugées contraires aux valeurs fondamentales de la société canadienne soient écartées du domaine des droits ancestraux. Voir G. OTIS, *loc. cit.*, note 26, p. 617-619.

79. *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 45.

sérieusement l'exercice de la compétence fédérale en matière d'aviation et forcerait effectivement le Parlement à adopter, pour la construction des aérodromes, un cadre différent et plus contraignant que celui qu'il a choisi d'adopter.<sup>80</sup>

**65.** Dans l'état actuel des choses, le degré de contrainte résultant de l'application de l'article premier de la Charte québécoise à l'adoption coutumière sur l'exercice de la compétence fédérale relative au contenu essentiel de l'indianité serait bien moindre que dans cette affaire. Elle ne forcerait nullement le Parlement à modifier ses choix législatifs sur la question du consentement à l'adoption coutumière visée par un droit ancestral. Il n'existe aucun cadre législatif fédéral en la matière et l'application de la Charte québécoise ne contraindrait donc pas le gouvernement fédéral à bouleverser une politique législative qu'il aurait soigneusement élaborée sur la question. De fait, la politique législative fédérale a plutôt été à ce jour de favoriser, dans un grand nombre de cas, l'application des lois provinciales d'application générale aux Autochtones<sup>81</sup>.

**66.** Le simple fait que, en raison de l'application de la Charte, les autorités fédérales soient amenées à se pencher sur l'opportunité d'adopter une politique sur la question du consentement à une adoption coutumière ne paraît pas constituer en soi une entrave à l'exercice de leur compétence. Un raisonnement semblable devrait prévaloir dans d'autres hypothèses de contestation d'une adoption coutumière fondée sur l'article premier de la Charte québécoise, comme dans le cas où il serait allégué que la remise de l'enfant à une personne manifestement dangereuse porte atteinte au droit de cet enfant à la sûreté et à l'intégrité de sa personne.

**67.** L'absence de compétence de réglementation spécifique de l'adoption coutumière ne signifie donc pas que les pratiques

---

80. *Id.*, par. 60.

81. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* incorpore en droit fédéral un grand nombre de lois provinciales d'application générale qui autrement seraient constitutionnellement inapplicables aux Indiens. La même politique est mise en œuvre par l'article 4 de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, S.C. 1984, c. 18. Quant aux Inuits, qui ne sont pas visés par ces lois, le Parlement fédéral s'est généralement abstenu de légiférer à leur égard, préférant laisser la place, autant que possible, à la loi provinciale.

autochtones faisant l'objet d'un droit ancestral jouissent d'une immunité constitutionnelle absolue à l'égard de toute loi provinciale. L'incorporation dans le droit fédéral de certaines lois provinciales d'application générale en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* pourra d'ailleurs pallier l'absence d'application *ex proprio vigore* de ces lois<sup>82</sup>, sauf pour ce qui concerne les Inuits du Nunavik<sup>83</sup>. Dans tous les cas de figure, toutefois, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rendra ultimement la loi provinciale — y compris la Charte québécoise — inopposable aux Autochtones si elle porte atteinte de manière injustifiée au droit ancestral de pratiquer l'adoption coutumière<sup>84</sup>.

**68.** Les limites constitutionnelles à la compétence législative de la province, combinées à l'interdiction de porter une atteinte injustifiée aux droits ancestraux, ont somme toute pour conséquence d'induire une relation entre le droit étatique provincial et le régime normatif autochtone qui s'éloigne de la logique de subordination coloniale.

## 2.2. LA NÉCESSAIRE COMPÉTENCE PROVINCIALE DE RÉCEPTION DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE

**69.** Une loi québécoise ne pourra viser à régler la substance même de l'adoption coutumière, mais elle sera à même d'aménager les moyens permettant de donner effet à

---

82. Voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 29, par. 182.

83. Aux termes de son article 4 (1), la *Loi sur les Indiens* n'est pas applicable aux Inuits.

84. Voir notamment *R. c. Alphonse*, [1993] 4 C.N.L.R. 19 (C.A. C.-B.). Puisque, selon la jurisprudence issue de l'affaire *Sparrow*, la justification d'une mesure provinciale exigera parfois que cette mesure permette la prise en compte des intérêts particuliers des Autochtones, on peut se demander si cette prise en compte serait conforme à la notion de « loi d'application générale » utilisée à l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, la considération des droits des Autochtones peut souvent se faire sans que la loi ne le prescrive. L'article 9.1 de la Charte québécoise, par exemple, permet de tenir compte des droits des Autochtones, même s'il ne les mentionne pas et est clairement d'application générale. En outre, comme l'observe le professeur Jean Leclair, il est possible qu'une loi provinciale se conformant aux exigences de l'article 35 ne perde pas son caractère de loi d'application générale aux fins de l'article 88; voir J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 56, p. 25-31. Voir aussi à ce sujet René MORIN, « La gouvernance provinciale à l'épreuve des droits des peuples autochtones : pour un fédéralisme équilibré », in Ghislain OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, P.U.L., 2004, p. 101, p. 105-120.

cette adoption et d'en tenir compte dans l'ordre juridique québécois. Constaté l'existence d'un droit ancestral et en tirer les conséquences aux fins de l'application d'une loi provinciale par ailleurs valide ne constituent pas une ingérence illicite dans la compétence fédérale, car cela ne vient modifier ni la nature ni la portée du droit ancestral. La jurisprudence de la Cour suprême confirme, par exemple, la compétence de la province d'habiliter un tribunal administratif provincial à se prononcer sur l'existence d'un droit ancestral et à en tenir compte aux fins de la loi provinciale<sup>85</sup>.

**70.** Le Québec aura une marge de manœuvre pour déterminer les formalités de la procédure d'enregistrement de l'adoption coutumière tant et aussi longtemps que la finalité de l'exercice est de donner effet au droit ancestral. Il ne faudrait en effet pas entraver indûment la capacité du Parlement du Québec de s'acquitter de son obligation constitutionnelle de reconnaissance et de confirmation des droits ancestraux. Dans l'affaire *Paul*, la Cour suprême affirme la nécessité d'éviter d'adopter une interprétation des pouvoirs provinciaux qui serait à ce point étriquée que « la province ne puisse pas essayer de respecter son obligation constitutionnelle » de se conformer à l'article 35<sup>86</sup>. Autrement dit, la province possède d'emblée une compétence l'habilitant à mettre en place les institutions et les procédures spécifiques nécessaires pour constater et enregistrer l'adoption coutumière dès lors qu'elle ne prend pas prétexte de cette compétence pour contraindre, restreindre, encadrer ou empêcher le plein exercice des pratiques coutumières protégées par le droit ancestral. Même si une loi de reconnaissance de l'adoption coutumière n'est pas d'application générale et cible spécifiquement un droit ancestral, elle reste constitutionnellement valide du fait qu'elle vise à prendre acte de ce droit à des fins provinciales plutôt que d'en régler effectivement l'exercice.

**71.** Il pourra en résulter des obligations pour les Autochtones visant la transmission à l'État des renseignements nécessaires au constat d'une adoption coutumière. La province pourra ainsi prévoir des formalités pour que l'identité

---

85. Voir *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, préc., note 55.

86. *Id.*, par. 24.

autochtone des personnes et leur appartenance à la communauté détentrice du droit ancestral, ou à tout le moins leur statut de bénéficiaire de la coutume, soit correctement établies. Des exigences de forme, de type linguistique ou autre, pourront régir le processus de documentation d'un dossier d'adoption.

**72.** Une question très importante sera celle de savoir s'il suffira aux autorités étatiques de demander aux autorités coutumières de dresser une attestation d'adoption ou si l'on voudra plutôt qu'un juge étatique fasse, comme c'est le cas en Colombie-Britannique, le constat de l'adoption coutumière. La province pourra valablement régler cette question, mais si elle opte pour l'intervention du tribunal, le jugement de constat d'adoption devra être purement déclaratoire en ce qu'il ne fera que prendre acte d'une situation juridique préexistante, entièrement cristallisée et dont les effets sont intégralement définis par le droit autochtone. Le tribunal ne pourra, en d'autres termes, soumettre la validité et l'effectivité de l'adoption à des conditions de fond venant modifier le régime autochtone d'adoption<sup>87</sup>.

**73.** Toutefois, parce que les juges de droit commun ne connaissent généralement pas les cultures juridiques des peuples premiers et les règles autochtones en matière d'adoption, leur demander de constater « le droit de l'autre », même à des fins d'enregistrement, créerait un risque réel de déformation judiciaire du droit autochtone et de son alignement plus ou moins étroit sur les principes du droit commun. Ce phénomène de transformation judiciaire de la coutume autochtone est bien connu des spécialistes du droit colonial<sup>88</sup>. Henry Solus, pionnier de l'étude du droit privé dans les colonies françaises, observait en 1927 la tendance chez le magistrat à favoriser l'application du droit civil alors même qu'il avait pour rôle d'appliquer le droit africain :

Même dans les hypothèses où la loi indigène ne peut être, à proprement parler, considérée comme silencieuse relativement

---

87. Or, c'est ce que semble faire la loi de la Colombie-Britannique, qui subordonne la reconnaissance de l'adoption coutumière à la condition que ses effets soient les mêmes que ceux de l'adoption légale; voir *Prince v. Duncan (Public Trustee of)*, préc., note 20.

88. Voir notamment E. LE ROY, *op. cit.*, note 4, p. 112-113.

à l'institution ou à l'opération envisagée, les tribunaux ont souvent été amenés à décider que la loi indigène doit *s'interpréter* dans le sens des dispositions de la loi française et *par analogie* avec cette dernière.<sup>89</sup>

**74.** Des manifestations semblables de captation judiciaire de la coutume ont été relevées plus récemment par les juristes canadiens et certains exemples sont même tirés de la jurisprudence relative à la reconnaissance de l'adoption coutumière<sup>90</sup>. On constate en effet la consolidation de ce qui se rapproche d'un droit prétorien de l'adoption coutumière du fait que les juges reprennent, selon la méthode propre à la common law, les « critères » de l'adoption dégagés dans des affaires précédentes pour ensuite les appliquer à tous les peuples autochtones<sup>91</sup>. C'est pour atténuer ce danger de détournement judiciaire de la coutume que l'on crée parfois, comme en Nouvelle-Calédonie, un tribunal spécifique chargé d'appliquer le droit autochtone et comprenant des assesseurs coutumiers autochtones dotés d'une voix délibérative prépondérante en première instance<sup>92</sup>.

**75.** Ainsi, plus la loi provinciale donnera au juge étatique un rôle de première ligne et déterminant pour constater la coutume, plus il y aura un danger de méconnaissance de cette coutume, même dans l'hypothèse où celle-ci comporterait des principes en apparence très semblables à ceux reconnus par le

---

89. Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1927, p. 296 (les italiques apparaissent dans l'original).

90. Perry SHAWANA, « Legal Processes, Pluralism in Canadian Jurisprudence, and the Governance of Carrier Medicine Knowledge », in LAW COMMISSION OF CANADA, *Indigenous Legal Traditions*, Vancouver, UBC Press, 2007, p. 114, p. 126-128; Sébastien GRAMMOND, « The Reception of Indigenous Legal Systems in Canada », in Albert BRETON et al. (dir.), *Multijuralism, Manifestations, Causes and Consequences*, Farnham, Ashgate, 2010, p. 45, p. 61-62.

91. Les quatre critères de l'adoption coutumière dégagés dans *Re Tagornak Adoption Petition*, [1984] 1 C.N.L.R. 185 (N.W.T.S.C.) sont régulièrement appliqués par les tribunaux, qui présument en quelque sorte qu'ils s'appliquent à toutes les demandes de reconnaissance. Ces critères sont : (1) que les parents biologiques et adoptifs consentent à l'adoption; (2) que l'enfant ait été volontairement placé auprès des parents adoptifs; (3) que les parents adoptifs soient autochtones ou susceptibles d'être régis par la coutume; et (4) qu'une des causes habituelles de l'adoption ait été démontrée.

92. Voir Régis LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 76-82.

droit étatique, par exemple, l'« intérêt véritable de l'enfant ». En raison des différences entre les cultures dans lesquelles s'inscrit ce principe en apparence commun, l'interprétation que fera le juge étatique de l'intérêt véritable de l'enfant autochtone pourra avoir peu à voir avec celle qu'en feront les Autochtones. Ce décalage est relevé dans les systèmes qui autorisent le juge étatique à appliquer seul le droit d'origine extra-étatique. Ainsi, un juriste israélien, analysant la difficulté pour le juge civil de respecter l'intégrité du droit religieux qu'il est amené à appliquer, explique :

This difference is especially in evidence where the religious norms themselves leave scope for judicial discretion as when a general concept involving a value judgment is to be construed. It is, for example, a principle of Jewish religious law that the decisive test regarding custody is "the child's welfare". What will appear to be best for a child's welfare to a judge of a religious court will almost certainly not accord with the tests applied by a secular judge who does not regard himself bound by the yoke of religious commandment.<sup>93</sup>

**76.** C'est pourquoi un mécanisme d'enregistrement administratif des adoptions coutumières, sans filtrage judiciaire, paraît nettement plus à même de sauvegarder l'autonomie et l'intégrité de l'ordre normatif autochtone. La détermination de la conformité coutumière d'une adoption est alors prise en charge exclusivement par les acteurs coutumiers qui attestent de cette conformité — après avoir éventuellement réglé selon leur méthode propre toute mésentente à cet égard entre les protagonistes autochtones — dans un document rendu exécutoire en droit étatique à la faveur de l'acte d'enregistrement posé par le fonctionnaire compétent. L'accueil de la production normative d'origine extra-étatique revêt de la sorte un caractère simplement « exécutif », l'attestation autochtone apparaissant comme un passeport permettant l'entrée dans

---

93. Izhak ENGLARD, *Religious Law in the Israël Legal System*, Jerusalem, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem, 1975, p. 106.



l'espace officiel d'une situation juridique qui n'est toutefois pas issue de quelque acte de volonté ou d'autorité de l'État<sup>94</sup>.

**77.** La difficulté d'accéder aux règles ou pratiques autochtones pourrait être perçue par l'État comme justifiant d'en exiger une rédaction. Une telle exigence outrepasserait cependant la compétence constitutionnelle de la province puisqu'elle tenterait de réglementer le processus même de production endogène de la norme autochtone et dicterait de la sorte la manière d'exercer un droit ancestral. En effet, l'autorégulation inhérente au droit ancestral comprend le droit de décider de remettre en cause ou non l'oralité et la nature souvent transactionnelle des solutions juridiques qui sont propres aux cultures autochtones et qui en structurent le développement<sup>95</sup>.

**78.** L'État n'a d'ailleurs pas besoin d'une communication écrite de la coutume puisque les règles et les pratiques menant au parachèvement de l'adoption ne sont pas de son ressort. En revanche, la réception étatique des effets que la coutume attribue à l'adoption exige que ces derniers soient repérables par l'administration gouvernementale. Par exemple, les acteurs du droit étatique à qui on demandera de donner effet à la coutume devront éventuellement savoir, lorsque la question se posera concrètement pour eux, si la pratique coutumière rompt complètement ou non le lien de filiation de naissance et si les parents biologiques conservent des droits ou restent sujets à des obligations à l'égard de l'adopté. Ces renseignements peuvent être transmis aux autorités étatiques dans le certificat d'adoption coutumière

---

94. C'est la manière de procéder de l'administration fédérale au moment de déterminer si un enfant a été adopté selon la coutume aux fins de l'article 2 de la *Loi sur les indiens*; voir M<sup>e</sup> Martin REIHER, *Statut indien et adoption coutumière : l'expérience de l'administration fédérale*, présentation vidéo disponible sur le site de la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones : [En ligne]. <http://www.droitcivil.uottawa.ca/fr/chaire-diversite-juridique-peuples-autochtones/atelier-sur-l-adoption-coutumiere-autochtone/atelier-sur-l-adoption-coutumiere-autochtone.html>. Il en va de même de la pratique contestée du directeur de l'état civil du Québec consistant à modifier les certificats de naissance d'enfants inuits du Nunavik adoptés selon la coutume; voir D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 5, p. 416-417. Voir aussi la procédure d'homologation prévue par l'*Aboriginal Custom Adoption Recognition Act* en vigueur dans les Territoires du Nord-Ouest et au Nunavut.

95. Voir notamment S. GRAMMOND, *loc. cit.*, note 90, p. 56-58.

qui préciserait les effets de celle-ci sur les droits et les obligations des individus visés, à charge pour le gouvernement d'appliquer ses lois en conséquence<sup>96</sup>.

**79.** Cette procédure épargnerait aux Autochtones de devoir prouver les effets de l'adoption devant les tribunaux en cas de litige.

**80.** S'il appartiendra ultimement aux Autochtones de faire le débat sur l'écriture de la coutume, écriture dont les avantages et les risques sont bien connus<sup>97</sup>, l'impératif d'efficacité de la reconnaissance étatique et le souci d'atténuer les risques de la judiciarisation pourraient les amener à accepter au moins la description écrite des effets qu'ils souhaitent voir enregistrer dans le droit de l'État et donc à renoncer en partie à l'oralité de leur univers juridique. Il sera toutefois difficile d'éluder complètement la saisine d'une instance de règlement des conflits en présence d'une mésentente entre les parties autochtones sur l'existence ou l'effet de l'adoption. La loi sur la reconnaissance pourrait traiter cette question en créant un processus *sui generis* de médiation coutumière et un organisme décisionnel spécialisé composé d'Autochtones. À tout le moins, dans l'hypothèse d'une judiciarisation du litige, la loi devrait prescrire un protocole de détermination de la coutume qui donne un rôle clé à des Autochtones issus de la communauté et dont la connaissance de la coutume pourra être démontrée<sup>98</sup>.

**81.** La compétence provinciale de réception de l'adoption coutumière crée donc la nécessité d'un dialogue des cultures

---

96. Par exemple, en Papouasie-Nouvelle-Guinée, la loi reconnaît l'adoption coutumière, y compris ses effets et conditions particuliers, et prévoit l'émission d'un certificat attestant de l'adoption et de ses effets ou conditions, *Adoption of Children Act 1968*, art. 53 et 54.

97. Pour un résumé utile des avantages et des inconvénients de la rédaction de la coutume autochtone, voir notamment LAW COMMISSION, *Converging Currents, Custom and Human Right in the Pacific*, Wellington, Study Paper 17, 2006, p. 190-194.

98. Plusieurs mécanismes procéduraux et de preuve peuvent être envisagés pour tendre vers ce résultat. Pour une discussion approfondie des enjeux de la preuve de la coutume autochtone devant les tribunaux étatiques, voir *Report on Pleading and Proof of Indigenous Customary Law in Queensland Courts*, Brisbane, The University of Queensland/Queensland Government, 2010.

juridiques, puisque si le droit de l'État ne peut modifier le droit autochtone ou l'assujettir, des passerelles et des échanges d'information entre les ordres normatifs s'imposent pour permettre le passage dans le giron étatique d'un statut et d'effets engendrés en dehors de celui-ci.

## CONCLUSION

**82.** Le développement récent de la doctrine des droits ancestraux et sa reconnaissance constitutionnelle viennent contraindre l'État québécois à se départir de sa posture hégémonique et hiérarchique traditionnelle à l'égard du droit endogène autochtone relatif à l'adoption. Nier la juridicité de l'adoption coutumière n'est plus envisageable et dicter unilatéralement les conditions de son interaction avec le droit étatique ne peut plus être une approche générale. La pluralité juridique à vocation égalitaire est devenue une force systémique aiguillant l'État et les peuples autochtones sur la voie du dialogue et de la négociation. Cela est d'ailleurs aussi vrai pour le pouvoir fédéral qui, même s'il a une plus grande marge de manœuvre constitutionnelle pour réglementer l'exercice d'un droit ancestral, doit le faire dans le cadre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui exige une justification rigoureuse, même dans la poursuite de l'objectif important de protection de l'intérêt des enfants.

**83.** Inéluctable, la rencontre des cultures juridiques occidentales et autochtones, leur acculturation réciproque en quelque sorte, adviendra par la nécessité pour le système dominant d'accueillir une altérité sans la trahir et par l'obligation pour les Autochtones de rendre leur différence intelligible pour l'appareil étatique tout en étant sensibles à la quête de valeurs communes, notamment celles exprimées dans les instruments nationaux et internationaux sur les droits fondamentaux, y compris les droits de l'enfant.

**84.** Une solution optimale et durable à la revendication de reconnaissance passera ultimement par la négociation d'accords avec les peuples autochtones réglant la question de leur compétence normative en matière d'adoption et de ses limites. Ces accords, tel que le montrent notamment l'*Accord*

*définitif Nisga'a*<sup>99</sup> et l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*<sup>100</sup>, sont sans doute le vecteur le plus légitime d'un droit interculturel négocié tentant de protéger à la fois l'intérêt de l'enfant, les droits fondamentaux et le particularisme juridique autochtone.

Ghislain Otis  
Section de droit civil  
Pavillon Fauteux  
57, rue Louis-Pasteur, bureau 314  
Université d'Ottawa  
Ottawa (Ontario) K1N 6N5  
Téléphone : 613 562-5800, poste 3236  
Télécopie : 613 562-5121  
Ghislain.otis@uottawa.ca

Note de l'auteur : L'auteur remercie la Fondation du Barreau du Québec qui lui a octroyé une subvention pour la réalisation de cette étude.

---

99. *Accord définitif Nisga'a*, entré en vigueur en mai 2000, AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, [En ligne]. [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nis/nisdex12\\_f.pdf](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nis/nisdex12_f.pdf), art. 11.96 à 11.99 (compétence Nisga'a relative à l'adoption d'enfants Nisga'a).

100. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2005. [En ligne]. [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/labi/index\\_f.html](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/labi/index_f.html), art. 17.18.9 à art. 17.18.14 (compétence inuite relative à l'adoption d'enfants inuits).