

LA LOI CONCERNANT LES ENFANTS, LES JEUNES ET LES FAMILLES DES PREMIÈRES NATIONS, DES INUITS ET DES MÉTIS (LEJFPN): EXEMPLE DE GESTION ÉTATIQUE DU PLURALISME JURIDIQUE

Ghislain Otis PhD

Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique

et les peuples autochtones

Université d'Ottawa

PREMIÈRE PARTIE

LA GESTION DU PLURALISME JURIDIQUE

Définitions

Pluralisme juridique: une situation de pluralité normative caractérisée par l'application autonome et simultanée dans un même espace, à l'égard de la même situation et des mêmes personnes, d'un système juridique étatique et d'au moins un système juridique non étatique. (a situation of normative plurality whose key feature is the autonomous /simultaneous application of state and non-state legal systems in the same space, in respect of the same subject-matter and for the same population)

Gestion du pluralisme juridique: le fait pour un système juridique de prendre des mesures en vue de déterminer, pour ses propres fins, les effets d'un ou d'autres systèmes juridiques s'appliquant au même territoire, aux mêmes personnes et aux mêmes matières. (measures taken by one system to determine and implement the consequences of one or more additional legal systems applying on the same territory, to the same people, in respect of the same matters)

Définitions

Gestion par réception: procédé de gestion qui consiste à conférer dans le système récepteur un effet de jure à un principe, une norme ou un processus dont la source se trouve dans un autre système juridique. Le système récepteur mobilise alors ses ressources et ses institutions pour assurer la mise en œuvre, pour ses propres fins et selon les conditions qu'il pose, des éléments reçus de l'autre système. La réception est toujours partielle et conditionnelle.

(Management by reception takes place when the managing system receives elements of another system and marshals its own institutions and resources to insure their implementation for its own purposes and on its own terms. Reception is typically partial and conditional.)

Non-gestion: le fait, très répandu, pour un système de ne faire découler aucun effet juridique de l'existence d'un autre système juridique s'appliquant au même territoire, aux mêmes personnes et aux mêmes matières.

(Non-management is a common state of affairs when one system legally disregards the very existence of other systems, so that, from the former's point of view, no de jure consequences may flow from the latter.)

SECONDE PARTIE

LA LEJFPN et la réception étatique du droit autochtone

Le véhicule de la réception du droit autochtone: le droit inhérent en vertu de l'art. 35 L.c. de 1982

- Le véhicule de la réception en droit étatique confirmé par la loi est le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale au sens de l'art. 35 Lc de 1982: **art. 8a), 18(1)(2)**
- L'existence de ce droit constitutionnel n'a pas à ce jour été confirmée par la Cour suprême et le législateur ne peut simplement décréter l'existence d'un droit constitutionnel. Il revient au pouvoir judiciaire de trancher.
- La Cour d'appel du Québec a statué que ce droit existe: *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis, 2022 QCCA 185*
- Cet exposé repose sur la prémisse que l'existence de ce droit sera confirmée par la Cour suprême, ce qui est probable.

La portée du droit inhérent

- Un peuple autochtone titulaire du droit inhérent peut d'abord mobiliser ses propres modes de production du droit, y compris ses institutions propres pour exercer ce droit, ce qui comprend la composition, le fonctionnement, la régie interne et le contrôle de ces institutions. (dimension constituante et institutionnelle)
- Le droit inhérent comprend une compétence normative en matière de service à l'enfance et à la famille à l'égard d'un enfant autochtone, ce qui inclut les éléments tels que la définition de la famille et des liens de famille etc. (dimension normative)
- Ainsi, les normes autochtones peuvent être produites selon divers procédés selon la tradition ou le système juridique de chaque peuple: pratiques normatives spontanée de la collectivité (droit coutumier), délibération structurée, législation etc. **Elles peuvent donc être écrites ou non écrites, légiférées ou non.**

Les éléments de réception confirmés par la loi

- Elle reconnaît la compétence constituante autochtone en matière institutionnelle (art. 1, définition du « corps dirigeant », pas nécessairement le conseil de bande)
- La compétence sous-jacente en ce concerne l'institution familiale (art. 1, définition de famille, fournisseur de soin; 16(2.1) lien de filiation etc.)
- Une compétence normative en matière de fourniture de service (art. 8b, 18(1), 19 et 20).
- Dont la mise en œuvre peut relever des institutions autochtones, art. 18(2)

La compétence autochtone et les différents modes de production du droit

- La loi reflète bien la portée du droit inhérent dans la manière qu'elle définit la compétence normative autochtone:

« ...affirmer le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale lequel comprend la compétence en matière de service à l'enfance » (art. 8a)) (« affirm the inherent right of self-government, which includes jurisdiction in relation to child and family services »)

« Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille, notamment la compétence législative en matière de tels services et l'exécution et le contrôle d'application des textes législatifs pris en vertu de cette compétence législative. » (art. 18(1))

« The inherent right of self-government recognized and affirmed by section 35 of the Constitution Act, 1982 includes jurisdiction in relation to child and family services, including legislative authority in relation to those services and authority to administer and enforce laws made under that legislative authority »

. Le terme « notamment (including) » indique que le droit autochtone découlant de la compétence reconnue par la loi ne prend pas nécessairement une forme législative.

. Ce qui est conforme aux cultures juridiques autochtones qui ont traditionnellement produit le droit selon des modes non législatifs. En outre, le droit autochtone ne prend pas nécessairement une forme écrite.

Une prédilection pour le mode législatif de production du droit autochtone

- La loi tend toutefois à privilégier l'approche législative qui est un modèle occidental.
- Les art. 20 et ss. ne visent que les normes autochtones légiférées.
- La loi favorise la coordination législative (art. 20)
- Elle donne valeur législative au texte autochtone en droit fédéral (art. 21 (1)) et confirme sa primauté sur un grand nombre de lois fédérales (art. 22(1)) et sur les lois provinciales (art. 22(3))
- Il ne faut pas exclure l'hypothèse d'un texte législatif renvoyant au droit non écrit (combinaison de normes écrites et non écrites)

Les limites de la réception

Le système récepteur filtre et circonscrit la réception en fixant des limites et des conditions.

1- Les limites constitutionnelles:

- La Charte canadienne s'applique t-elle à l'exercice de la compétence normative autochtone fondée sur l'art. 35 Lc 1982? Comment interpréter les articles 25 et 32 de la Charte? Voir (Cour d'appel du Québec/Cour d'appel du Yukon dans *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5).

2. Les limites législatives constitutionnellement valides:

La loi peut restreindre l'exercice de la compétence si cette restriction est justifiée selon le test dégagé par la Cour suprême (voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Elle l'a par la suite raffiné notamment dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44)

3. Les limites prévues par la LEJFPN:

- . La Charte canadienne: art. 19)
- . Les normes nationales: art. 10 à 15 (art. 22(1))
- . La Loi canadienne sur les droits de la personne (art. 22(1))
- . Les limites sont sujettes à contestation en vertu de l'art. 35

TROISIÈME PARTIE:

LES EFFETS DE LA RÉCEPTION

EFFETS DE LA RÉCEPTION DU DROIT AUTOCHTONE SUR LE SYSTÈME ÉTATIQUE

Hybridation

- Métabilisation ou domestication d'éléments exogènes (principes, normes, processus...): un droit autochtone « étatique »
- Écriture: vecteur fort d'hybridation (acteurs et processus)
- Jeu combiné de principes et de normes originellement autochtones et étatiques (normes nationales etc.)

Dualisation

- Le régime hybride s'ajoute au régime général de droit commun
- Effet de complexification interne du système étatique

Personnalisation

- Le régime hybride est d'application limitée à une catégorie de personnes (enfants et familles autochtones), personnalité des lois

Les conséquences et les défis pour les agents du système étatique

- Le droit autochtone devient source de droit pour les institutions étatiques, y compris les tribunaux, qui devront en cas de besoin identifier les éléments du droit autochtone pertinents, les interpréter et les faire respecter: risque de déformation ou de distorsion.

Les principaux défis sont:

- Accéder au droit autochtone écrit ou non écrit (question de droit ou de fait?), aucune obligation de publicité
- Accepter de surmonter l'ethnocentrisme juridique (l'ouverture pluraliste)
- Résister à la transposition des méthodes, principes ou règles de droit étatique et comprendre/respecter la logique endogène du droit autochtone (le lien existentiel entre droit et culture)
- Concilier le droit autochtone avec les conditions posées par le droit étatique en évitant l'hégémonie étatique (ex. interprétation culturellement adaptée de l'intérêt de l'enfant etc.)

Accéder au droit autochtone

- Ce droit peut être non écrit:

Il faut alors accéder au droit par la voie de l'oralité (sachants autochtones)

En faisant preuve de déférence pour les sachants autochtones

- Si le droit est écrit:

La formulation des textes peut être différente de celle prescrite par les règles habituelles de rédaction législative.

Les tribunaux ont tendance à transposer aux textes autochtones les grands principes de l'interprétation moderne des lois (ex. codes électoraux dits « coutumiers »)

Le texte peut cependant renvoyer à des normes coutumières non écrites.

Les conséquences sur les systèmes juridiques autochtones non étatiques

- Selon l'approche pluraliste, la réception étatique ne met pas fin à l'autonomie du système autochtone en dehors de l'État
- Ce système peut donc continuer de s'appliquer de manière informelle indépendamment des dispositions de la constitution et de la loi fédérale s'il a la capacité de le faire (ressources, légitimité etc.)
- La réception peut toutefois rendre le système étatique plus compétitif grâce à un régime hybride « attractif » (financement, sécurité juridique, avantages sociaux etc.)
- La concurrence avec le droit étatique peut amener le système autochtone non étatique à s'adapter pour rester compétitif.

Effet de la réception sur l'individu (enfants et les familles autochtones)

- Une complexification du paysage juridique par l'ajout d'un régime juridique, au moins 3 régimes sont possibles selon la théorie du pluralisme juridique: le droit non étatique informel, le droit étatique hybride et le droit commun étatique
- La question de l'option de loi
- Si l'individu opte pour le régime étatique hybride: effet bouclier et sécurité juridique en droit étatique
- Personnalisation et saisie juridique de l'identité: il faut être « autochtone »
- Les conflits interpersonnels de lois: l'article 24(1)