

L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique

Anne Fournier

Volume 41, Number 2, 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026937ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026937ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fournier, A. (2011). L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique. *Revue générale de droit*, 41(2), 703–731. <https://doi.org/10.7202/1026937ar>

Article abstract

This article starts with the premise that a classical approach of the law such as the one taught by Hans Kelsen leads to an impasse when it is time to conceive a model of recognition of the Native's "Custom Adoption." The author proposes to take an approach of the law with a view both anthropological and pluralistic in order to study the question. In Canada, the legislatures of one province and two territories have already sanctioned the formal recognition of "custom adoption." These examples will serve as the background to the discussion of the different forms of expression of legal pluralism. The author will argue in favour of a model of recognition that expresses a pluralism of co-operation or co-ordination since it is the model that offers the aboriginal system of adoption the best guarantees of independence and autonomy.

L'adoption coutumière¹ autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique

ANNE FOURNIER

Doctorante, Faculté de droit, Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Cet article part de la prémisse qu'une approche classique du droit, comme l'enseigne Hans Kelsen, conduit à une impasse lorsqu'il s'agit de concevoir un modèle de reconnaissance de l'« adoption coutumière » autochtone. L'auteure propose donc d'emprunter une approche anthropologique et pluraliste du droit pour étudier la question. Au Canada, la législature d'une province et celle de deux territoires consacrent déjà la reconnaissance formelle de l'« adoption coutumière ». Ces exemples serviront de trame de fond pour discuter des différentes formes d'expression du pluralisme juridique. L'auteure se prononcera en faveur d'un modèle de reconnaissance qui soit l'expression d'un

ABSTRACT

This article starts with the premise that a classical approach of the law such as the one taught by Hans Kelsen leads to an impasse when it is time to conceive a model of recognition of the Native's "Custom Adoption". The author proposes to take an approach of the law with a view both anthropological and pluralistic in order to study the question. In Canada, the legislatures of one province and two territories have already sanctioned the formal recognition of "custom adoption". These examples will serve as the background to the discussion of the different forms of expression of legal pluralism. The author will argue in favour of a model of recognition that expresses a pluralism of

1. Nous apposons des guillemets à cette expression, que nous pourrions remplacer dans les pages qui suivent par l'expression « droit autochtone de l'adoption ».

pluralisme de coopération ou de coordination, puisqu'il est celui qui offre au(x) régime(s) autochtone(s) d'adoption les meilleures garanties d'indépendance et d'autonomie.

co-operation or co-ordination since it is the model that offers the aboriginal system of adoption the best guarantees of independence and autonomy.

Mots-clés : *Adoption, altérité, anthropologique, assimilation, atikamekw, autochtone, autonomie, autorité, coexistence, colonial, colonisé, coordination, coopération, cri, dialogue, discrimination, diversité, égalité, effectivité, effet, enfant, exclusion, famille, familial, filiation, hégémonique, hiérarchique, homogène, intervention, inuit, juridicité, monisme, Nunavik, occidental, paradigme, personnalité, pluralisme, protection, recommandation, reconnaissance, réforme sociale, symbolique, tribunal, territorial, uniformité.*

Key-words : *Adoption, otherness, anthropological, assimilation, atikamekw, aboriginal, autonomy (self-rule, self-government), authority, coexistence, colonial, colonized, coordination, co-operation, cry (shout), dialogue, discrimination, diversity, equality, effectiveness, effect, child, exclusion, family, familial, filiation, hegemonic, hierarchic (hierarchical), homogeneous, intervention, Inuit, juridicity, monism, Nunavik, occidental, paradigm, pluralism, protection, recommendation, recognition, social reform, symbolic / symbolism, tribunal, territorial, uniformity.*

SOMMAIRE

Introduction.....	705
1. L'émergence des demandes de reconnaissance des Autochtones	708
1.1 Des réformes législatives favorisant l'intervention de l'État dans la sphère familiale	708

1.2	La résistance autochtone aux prétentions monopolistiques de l'État	711
1.3	Les initiatives étatiques	713
2.	Du monisme au pluralisme	714
2.1	La quête de <i>reconnaissance</i> et la fonction symbolique du droit.....	715
2.2	Le pluralisme juridique et la reconnaissance du droit non étatique.....	719
2.3	La reconnaissance de l'« adoption coutumière » autochtone au Canada et les différentes formes d'expression du pluralisme juridique.....	724
Conclusion		729

INTRODUCTION

1. Les réalités que véhicule l'« adoption coutumière » autochtone sont connues de longue date des chercheurs issus des domaines de l'anthropologie, de l'ethnologie et de la sociologie², mais demeurent généralement inconnues ou méconnues des juristes³.

2. Lee GUEMPLE, *Inuit Adoption*, coll. Mercure, Ottawa, Musée national de l'Homme, 1979; Lee GUEMPLE (dir.), *Alliance in Eskimo Society*, Washington, American Ethnological Society, Supplement, 1971; Elizabeth Anne NORDLUND, *Adoption in the Seabird Island Band*, mémoire de maîtrise, Colombie-Britannique, Département d'anthropologie, Université de la Colombie-Britannique, 1993; Sergei KAN, « Strangers to Relatives: The Adoption and Naming of Anthropologists in Native North America », (2002) 22 *The Canadian Journal of Native Studies* 401; Jeannine CARRIERE, *Fostering a Sense of Identity in Aboriginal Children*, thèse de doctorat, Alberta, Études sur la famille, Université de l'Alberta, 2005; Élizabeth HOUDE, *L'éponymie et l'adoption dans la tradition inuit du Nunavik : une mise en scène de l'altérité*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des sciences sociales, Université Laval, 2003; Jérôme ROUSSEAU, *L'adoption chez les Esquimaux Tununermiut (Pond Inlet), Terri-toires du Nord-Ouest*, Université Laval, Québec, Centre d'études nordiques, 1970; Bernard SALADIN D'ANGLURE, « Des enfants nomades au pays des Inuit Iglulik », (1988) 12 *Anthropologie et Sociétés*, n° 2, 125; Christopher FLETCHER, *Custom Adoption and Youth Protection in Nunavik: Final Report* (Report to Ungava Social Services, 1996), at. 82; Denis BLONDIN, *Groupes domestiques, adoption et parrainage sur la Moyenne-Côte-Nord du Saint-Laurent*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des sciences sociales (anthropologie), Université Laval, 1975.

3. L'intérêt des juristes demeure récent: Cindy L. BALDASSI, « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts,

2. Ailleurs au Canada, l'« adoption coutumière »⁴ couvre une multitude de situations et peut varier d'une nation autochtone à une autre ou même d'une communauté à une autre⁵. Le même constat a été fait au Québec, malgré les données parcelaires disponibles sur le sujet⁶. Il n'y a donc point d'homogénéité⁷ en la matière et cela constitue une difficulté non négligeable au moment de lui attribuer des effets juridiques en droit étatique. Puisque cette question est amplement discutée par un autre auteur à l'intérieur même de la présente *Revue*, nous nous contenterons de poser qu'aux fins de ce texte, l'« adoption coutumière » est une manière d'assurer le soin, la protection et l'éducation d'un enfant, par une personne qui n'en est pas originairement le parent, suivant les usages et les coutumes de la communauté dont cet enfant est issu⁸.

and Convergences », (2006) 39 *U.B.C. Law Review* 63; Daniel BÉDARD, « L'adoption traditionnelle chez les Inuits : quelques aperçus », in *Droits de l'enfant — Actes de la conférence internationale / Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 407-430; Ghislain OTIS, *La coutume comme discours post-territorial de la reconnaissance : le cas de l'adoption autochtone au Québec*, [En ligne]. www.law.uvic.ca/demcon/2008/documents/GOtisLacoutumecommediscourspost.pdf (Page consultée le 19 octobre 2011); Anna DE AGUAYO, « Background Paper on Customary Adoption », in *For Seven Generations : An Information Legacy of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, [CD-ROM], Ottawa, Libraxus, 1997; Bill LOMAX, « Hlugwit'y, Hluuxw'y — my Family, my Child : The Survival of Customary Adoption in British Columbia », (1997) 14 *C.J.F.L.* 197. Les autres textes traitent du sujet de façon accessoire : Jeannie HOUSE, « The Changing Face of Adoption : The Challenge of Open and Custom Adoption », (1996) 13 *C.F.L.Q.* 333; Norman K. ZLOTKIN, « Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada : Selected Marriage and Adoption Cases », (1984) 4 *Canadian Native Law Reporter* 1.

4. Le Conseil d'adoption du Canada décrit l'« adoption coutumière » comme étant une forme d'adoption spécifique aux peuples autochtones et qui a lieu suivant les coutumes traditionnelles; voir le *Glossaire de l'adoption*, [En ligne]. www.adoption.ca/AboutAdoption_GlossaryF.html (Page consultée le 19 octobre 2011).

5. C. L. BALDASSY, *loc. cit.*, note 3, p. 70.

6. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *Pour une adoption à la mesure de chaque enfant*, Québec, Ministère de la Justice et Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007 (Rapport Lavallée), p. 110.

7. Par exemple, la pratique traditionnelle de l'« adoption coutumière » veut qu'elle ne soit pas nécessairement permanente, ce qui est de nature à en complexifier les effets en droit étatique, C. L. BALDASSY, *loc. cit.*, note 3, p. 71.

8. Il est intéressant de souligner au passage que dans la province du Queensland en Australie, où l'« adoption coutumière » est largement répandue chez les Autochtones du détroit de Torres, celle-ci est constituée d'un large spectre de pratiques qui interviennent à la suite d'un arrangement entre de proches parents ou de bons amis. Voir : Paul BAN, *Traditional Adoption Practice of Torres Strait Islanders and Queensland Adoption Legislation*, master's thesis, Melbourne, Social work,

3. Plutôt que de procéder à une étude détaillée des régimes autochtones d'adoption ou de proposer des modèles précis de reconnaissance applicables au Québec, nous avons choisi de communiquer aux lecteurs l'approche générale que nous privilégions pour l'analyse de la question de la reconnaissance de l'« adoption coutumière ». Notre article s'inscrit dans le cadre plus large de l'étude de la coexistence des ordres juridiques autochtones et étatiques⁹ et il vise à démontrer que le répertoire des réponses aux demandes de reconnaissance formulées par les Autochtones ne peut se trouver parmi celles qu'offre une conception « classique » ou moniste du droit. Nous proposons donc de rompre avec certains des paradigmes monistes, comme la compétence territoriale étatique et son corollaire, soit l'application homogène des lois sur l'ensemble du territoire.

4. Bien que les demandes de reconnaissance de l'« adoption coutumière » remontent au début des années 1980, leur contexte juridique et sociopolitique demeure encore méconnu aujourd'hui. Il nous paraît donc utile d'en présenter les principaux éléments dans la première section du présent article.

5. La seconde section vise à démontrer qu'une approche moniste du droit fait l'impasse sur la fonction symbolique du droit et ne favorise pas les intérêts des Autochtones, puisqu'elle repose sur une conception hiérarchique qui relègue le droit autochtone au rang de « non-droit ». Nous utiliserons les modèles de reconnaissance qui ont été privilégiés à ce jour par les législatures au Canada pour illustrer les différentes formes d'expression du pluralisme, qui seront analysées suivant leur degré d'autonomie face au droit étatique.

University of Melbourne, 1989, p. 35. Voir également le texte du juge Alastair NICHOLSON, « The Law of Customary Adoption: A Comparison of Australian and Canadian Approaches to its Legal Recognition », in *World Congress on Family Law and Children's Rights*, Halifax, 24 août 2009. Pour les Maoris de la Nouvelle-Zélande, l'« adoption coutumière » est une pratique toujours vivante, qui consiste à donner un enfant à une autre famille pour que les membres de celle-ci l'élèvent. Voir : COMMISSION DU DROIT DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE, *Adoption and its Alternatives: A Different Approach and a New Framework*, Report 65, Wellington, 2000, p. 73-74.

9. La coexistence des ordres juridiques étatiques et extra-étatiques constitue un champ privilégié d'intérêt pour les anthropologues du droit depuis déjà quelques décennies. Parmi ceux-ci, mentionnons les noms de Jacques Vanderlinden, Régis Lafargue, Norbert Rouland, Gilda Nicolau et Étienne LeRoy. Ces deux derniers font partie de l'équipe de professeurs du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (LAJP), fondé en 1963 par le professeur Michel Alliot.

1. L'ÉMERGENCE DES DEMANDES DE RECONNAISSANCE DES AUTOCHTONES

6. Les mutations que le Québec a connues au cours des trente dernières années ont trouvé écho dans une série de réformes législatives qui ont eu lieu en matière familiale, plus particulièrement dans les domaines de la protection de l'enfance et de la filiation. Cette succession de réformes a accru les pouvoirs de l'État dans ces domaines et l'a, du même coup, autorisé à intervenir dans la sphère familiale, provoquant ainsi des réactions de la part des Autochtones.

1.1 DES RÉFORMES LÉGISLATIVES FAVORISANT L'INTERVENTION DE L'ÉTAT DANS LA SPHÈRE FAMILIALE

7. Le 15 janvier 1979¹⁰, la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹¹ entrait en vigueur. Elle a pour objectif de protéger les enfants de certaines situations que la loi énumère de façon limitative¹² et autorise l'intervention de l'État dans la sphère familiale¹³ dès lors que le directeur de la protection de la jeunesse (DPJ) croit que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être considéré comme compromis¹⁴. Cette loi, tout comme l'ensemble des dispositions législatives concernant l'adoption, est d'application générale sur l'ensemble du territoire étatique et s'applique donc aux Autochtones¹⁵ comme à l'ensemble de la population.

8. La *Loi sur la protection de la jeunesse* a contribué à modifier les fondements de l'institution de l'adoption en

10. C'est le 17 juin 1977 que fut déposé à l'Assemblée nationale le projet de loi 24 intitulé *Loi sur la protection de la jeunesse* (ci-après citée « L.P.J. »). Il fut adopté le 19 décembre 1977 (L.Q. 1977, c. 20), puis est entré en vigueur le 15 janvier 1979 (L.Q. 1979, c. P-34).

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

12. Il s'agit des situations énumérées aux articles 38 et 38.1 L.P.J.

13. Renée JOYAL, *Les enfants, la société et l'État au Québec — 1608-1689 Jalons*, Montréal, Les Éditions Hurtubise HMH, 1999, p. 260.

14. *Ibid.*

15. Fontaine, *ès qualités de Personne autorisée par la Directrice de la protection de la jeunesse* c. X, REJB 2000-23320 (C.Q.); Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 525-527.

confiant au DPJ la responsabilité de recevoir les consentements généraux à l'adoption¹⁶ et celle de présenter au tribunal une demande visant à déclarer un enfant admissible à l'adoption¹⁷. La loi abolit les placements privés d'enfants et fait du DPJ un intermédiaire incontournable dans la très grande majorité des adoptions internes et internationales¹⁸ se concluant au Québec¹⁹.

9. Au début des années 1980, les premiers articles du *Code civil du Québec*²⁰ ont été adoptés; ils ont notamment abrogé les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* sur la filiation²¹ et l'autorité parentale²². La *Loi sur l'adoption*²³ est ensuite abrogée le 1^{er} décembre 1982²⁴ et les dispositions relatives à l'adoption finiront essentiellement par être intégrées au *Code civil du Québec*, tandis que d'autres se retrouveront à l'intérieur de la *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁵ et des règlements adoptés en vertu de cette loi²⁶.

10. L'effet combiné de toutes ces réformes a favorisé l'intervention étatique dans la gestion des affaires familiales. Bien

16. *Loi sur la protection de la jeunesse*; art. 32 (g).

17. *Loi sur la protection de la jeunesse*; art. 32 (h).

18. Pour un survol des responsabilités du DPJ et celles des centres jeunesse dans le processus d'adoption, voir les articles 32 (g) et (h), de même que les articles 71 à 71.9 et 71.16 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc.; voir également les articles 559 à 560 C.c.Q., l'article 564 C.c.Q., qui renvoie à l'article 71.16 L.P.J., l'article 562 C.c.Q., qui doit être lu avec l'article 199, al. 2 de ce même Code, et les articles 569 et 573 C.c.Q. De plus, le lecteur est invité à consulter le *Règlement sur l'adoption internationale*, R.R.Q. 2006, c. P-34.1, r. 1.

19. Le directeur de la protection de la jeunesse n'est pas impliqué dans les adoptions intrafamiliales, qui ont lieu suivant le « consentement spécial à l'adoption » donné par les parents en faveur d'une personne énumérée à l'article 555 C.c.Q.

20. *Loi instituant un nouveau Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, suivie par l'adoption des dispositions devant composer l'ensemble du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

21. L'article 14 de la *Loi instituant un nouveau Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, id., abroge les articles 218 à 241 C.c.B.C. concernant la filiation.

22. L'article 14 de la *Loi instituant un nouveau Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, id., abroge les articles 242 à 245 C.c.B.C. À noter que l'article 243 C.c.B.C. avait préalablement été modifié en 1977 pour remplacer la puissance paternelle par l'autorité parentale.

23. L.R.Q., c. A-7.

24. L.Q. 1980, c. 39, art. 60.

25. L.Q. 1982, c. 17.

26. *Règlement sur l'adoption internationale*, préc., note 18; *Règlement sur l'aide financière pour favoriser l'adoption d'un enfant*, R.Q., c. P-34.1, r. 4.

que cela paraissait tout à fait légitime, notamment en raison de la ratification par le Canada de la *Convention sur les droits de l'enfant*²⁷, cela a causé une onde de choc chez les membres des communautés autochtones. Car il importe de ne pas perdre de vue que les interventions de l'État dans la sphère familiale se déroulent suivant une conception de la réalité et une logique propres aux sociétés occidentales et que certains de ses fondements demeurent étrangers aux peuples autochtones²⁸.

11. Finalement, l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le 1^{er} janvier 1994²⁹, a mis un terme à l'intervention des autorités religieuses dans les affaires familiales en les excluant du processus d'enregistrement des naissances. Ces responsabilités seront dorénavant confiées à l'officier public chargé de l'enregistrement des actes de la vie civile, soit le directeur de

27. *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. 44/25, Doc. A.G. N.U., 44^e sess., c. 3, (1989). La Convention fut ratifiée par le gouvernement fédéral le 11 décembre 1991 et déposée auprès du Secrétaire général de l'ONU le 13 décembre 1991 (EEV 12 janvier 1992). La Convention a été mise en œuvre par le Québec par l'adoption d'un décret en ce sens : *Décret concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, (1992) 32 G.O. II, 51.

28. Le concept de « famille nucléaire » est associé aux sociétés occidentales de telle sorte que l'on considère que la cellule familiale se compose de l'enfant et de ses parents. La notion de famille revêt une signification différente pour les Autochtones, car la famille immédiate et élargie de l'enfant participe à son éducation. Cela traduit une conception particulière de la parentalité, qui entraîne certains malentendus. Par exemple, lorsqu'une intervention étatique est requise par la *Loi sur la protection de la jeunesse*, les intervenants sociaux sollicitent les « parents légaux » de l'enfant. Or, cette notion ne revêt aucune importance particulière pour les Autochtones, qui ne comprennent pas l'insistance du DPJ à vouloir collaborer avec ces derniers plutôt qu'avec les personnes qui assument effectivement les responsabilités parentales. Voir à ce sujet le mémoire conjoint de l'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC (APNQL) et la COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR (CSSSPNQL), *Mémoire sur le Projet de loi 125 : Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* (version révisée), 16 décembre 2005, p. 6-7. Ce mémoire mentionne également que la notion d'« abandon » est généralement étrangère aux Autochtones, alors qu'elle constitue le principal motif des demandes d'admissibilité à l'adoption présentées par le DPJ. La législation actuelle ne permettant pas une délégation complète de l'autorité parentale, lorsque le DPJ rencontre une situation d'« adoption coutumière », il interprète cette situation comme en étant une d'abandon (aux pages 15 et 16 du Mémoire). À noter que la *Loi sur la protection de la jeunesse* a été modifiée et que lorsqu'un enfant est pris en charge par des personnes autres que ses parents, cela n'est plus considéré comme un abandon de la part de ces derniers (L.Q. 2006, c. 34, art. 14).

29. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 et *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57.

l'état civil³⁰. Il sera seul à pouvoir émettre un acte de naissance attestant la filiation d'origine ou d'adoption d'un enfant. Les arrangements de gré à gré, qui avaient eu cours jusqu'à ce moment entre les autorités religieuses et les familles inuites afin que les noms des parents adoptifs figurent sur l'extrait de naissance d'origine de l'enfant, allaient prendre fin. Les autorités du Nunavik et le directeur de l'état civil du Québec ont alors convenu de l'aménagement d'un processus administratif simple permettant de concilier le nouveau contexte législatif et la coutume inuite en matière d'adoption³¹.

1.2 LA RÉSISTANCE AUTOCHTONE AUX PRÉTENTIONS MONOPOLISTIQUES DE L'ÉTAT

12. L'ensemble de ces modifications législatives n'a pas tardé à engendrer des tensions et des incompréhensions conduisant, notamment, les chefs des communautés criées à dénoncer les difficultés auxquelles certains membres de leurs communautés étaient confrontés. Ils soutiennent que le rôle maintenant dévolu à l'État en matière d'adoption constitue une intrusion dans la gestion interne des familles autochtones, en plus de contribuer à la remise en cause de l'application de la coutume crie. Une consultation spéciale sur l'« adoption coutumière » a été tenue auprès des Cris³² et un document de travail élaboré en 1984 dans la foulée de cette consultation³³ avait pour objectif³⁴ de proposer au législateur québécois des amendements à la *Loi sur la protection de la*

30. Art. 103 et 104 C.c.Q. L'article 152 C.c.Q. constitue cependant une exception à ce principe et autorise un fonctionnaire nommé en vertu des lois relatives aux Autochtones cris, inuits et naskapis à exercer certaines fonctions du directeur de l'état civil.

31. Cette question est abordée par un autre auteur dans le présent numéro de la *Revue* et nous y référons les lecteurs.

32. Lettre de M. Abraham Bearskin (Director of Youth Protection, Cree Social Services Center), adressée à « All Band Chiefs », le 31 juillet 1984. Une copie de ce document est conservée au centre de documentation du Conseil de la Nation Atikamekw, à La Tuque, dépositaire du fonds d'archives du Conseil Atikamekw-Montagnais (CAM), boîte n° 9700-32-26.

33. *Ibid.*

34. « Proposed Amendments to the Adoption Act »; document joint à la correspondance mentionnée à la note 32.

jeunesse afin qu'elle respecte et qu'elle reconnaisse l'« adoption coutumière »³⁵. Ce document révélait aussi que l'adoption d'enfants suivant les procédés du droit québécois ne trouve guère de résonance dans les communautés crie³⁶. D'autres nations autochtones se sont montrées préoccupées par ces mêmes questions, mais rares sont les documents qui en témoignent. Mentionnons tout de même un document informel émanant des services sociaux Atikamekw³⁷, qui rend compte de l'inadéquation du droit positif québécois en regard des valeurs familiales atikamekw³⁸.

13. En 2001, le regroupement Femmes Autochtones du Québec (FAQ) a organisé un séminaire³⁹ auquel ont participé des membres des différentes nations autochtones du Québec dans le but d'échanger sur différents aspects de l'adoption. Le compte rendu de cette rencontre témoigne de deux consensus⁴⁰: ni la loi ni les tribunaux n'ont l'autorité nécessaire pour définir ce qui constitue une « adoption coutumière », et les dossiers d'adoption doivent demeurer « ouverts »⁴¹.

35. Texte original : « The present document proposes that youth protection act be modified in order that traditional adoption (Band Custom) be legalized ».

36. On peut lire dans ce même document que : « Past experience, as shown, that the adoption process, in force in the province of Quebec since December 1982, is not adapted to the Cree way of life and has been rejected. Finally, apart from the adoption steps prevailing in the province, which are not understood and accepted in the Cree communities, the legal procedures in an adoption process are in their essence refused by the communities » (nos soulignés).

37. Document conservé au fonds d'archives du Conseil Atikamekw-Montagnais, à La Tuque, boîte n° 9800-32-26 (non daté et ne portant aucune signature, bien qu'il y ait lieu de croire qu'il s'inscrive à l'intérieur des réflexions du comité formé en octobre 1990 pour revoir le processus d'adoption). Ce document contient un exposé informel des lacunes observées et précise qu'« il ne représente aucunement la position officielle de la Nation Atikamekw dans cette matière » (page frontispice).

38. *Ibid.* En guise d'exemple, il y est mentionné que lorsque le droit québécois exige que le consentement à l'adoption provienne des parents biologiques de l'enfant plutôt que de ses parents substitués, non seulement cela « est contraire à la pratique coutumière », mais il s'agit d'une façon de procéder qui ne trouve aucun fondement chez les Autochtones. Autre exemple : la notion d'abandon d'enfant, premier motif des déclarations judiciaires d'admissibilité à l'adoption, est incompatible avec les « adoptions coutumières », dénommées « adoptions informelles » à l'intérieur de ce document.

39. Montréal, Hôtel Renaissance, 2 novembre 2001.

40. Nous avons tiré nos renseignements du compte rendu du séminaire, qui a été rédigé par M^{me} Suzy Basile avec l'aide de M^{me} Andrée Savard (non daté).

41. Cela signifie que les règles sur la confidentialité des dossiers administratifs et judiciaires d'adoption ne devraient pas s'appliquer aux cas d'enfants autochtones.

14. Les demandes autochtones ont, par la suite, été réitérées à l'occasion des auditions tenues par la Commission permanente des affaires sociales lors de l'étude du *Projet de loi 125*⁴². L'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador (APNQL) et la Commission de la santé et des services sociaux du Québec et du Labrador (CSSSPNQL) ont alors uni leurs voix⁴³ pour demander que soit ramenée à l'ordre du jour la question de la reconnaissance de l'« adoption coutumière ». Ces deux organismes s'appuient sur la pratique, qui demeure officieuse, convenue entre le directeur de l'état civil et les Inuits pour demander d'engager des discussions avec l'ensemble des nations autochtones du Québec⁴⁴.

1.3 LES INITIATIVES ÉTATIQUES

15. L'État n'est pas resté totalement passif devant la revendication autochtone. L'Association des centres de services sociaux du Québec⁴⁵ avait recommandé au gouvernement du Québec, une première fois en 1985, puis de nouveau en 1995, qu'il modifie ses lois afin de tenir compte de l'« adoption coutumière » autochtone⁴⁶. Cependant, aucune suite n'a été donnée à cette recommandation.

42. *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, présentée le 20 octobre 2005 à la 1^{re} session de la 37^e législature et réinscrite à la 2^e session, le 15 mars 2006. Le projet de loi, tel que modifié à la suite de son étude détaillée, a été adopté et sanctionné le 15 juin 2006, L.Q. 2006, c. 34.

43. L'Assemblée des Premières Nations du Québec (APNQL) et la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador (CSSSPNQL), *op. cit.*, note 28, p. 27.

44. *Id.*, p. 17.

45. Cette désignation a par la suite été remplacée par celle des « Centres de protection de l'enfance et de la jeunesse ».

46. Le directeur de la protection de la jeunesse et les membres de son personnel qu'il autorise à cette fin sont expressément désignés par la L.P.J. pour exercer en exclusivité un certain nombre de responsabilités en matière de protection de la jeunesse et d'adoption (art. 32 L.P.J.). La loi accorde donc au DPJ un monopole quasi complet sur l'intervention en ces matières et c'est ce qu'ont contesté plusieurs nations autochtones du Québec. Elles ont exprimé le désir d'une plus grande autonomie en matière de dispensation des services sociaux, et c'est ce qui a conduit l'association regroupant l'ensemble des DPJ à se pencher précisément sur la question d'une prise en charge éventuelle des services sociaux par les nations autochtones. Cette réflexion s'est amorcée en 1985 et s'est poursuivie en 1995. Voir : ASSOCIATION DES CENTRES DE SERVICES SOCIAUX DU QUÉBEC, *Les Nations autochtones*

16. Suivant la conclusion des travaux de la Commission permanente des affaires sociales sur le *Projet de loi 125*⁴⁷, le gouvernement du Québec a annoncé la constitution du Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption⁴⁸. Celui-ci a déposé son rapport le 30 mars 2007⁴⁹ et recommandé qu'il soit procédé à une analyse approfondie « des conditions et des effets d'une éventuelle reconnaissance de la coutume autochtone en matière d'adoption »⁵⁰. Puis, en mai 2008, le gouvernement du Québec a annoncé la création d'un groupe de travail sur l'« adoption coutumière » en milieu autochtone, dont les travaux ont débuté à l'automne 2008. Parmi les objectifs de ce groupe de travail se trouve celui de recommander, le cas échéant, les scénarios visant la reconnaissance, dans le cadre des lois du Québec, de l'« adoption coutumière ». Au moment d'écrire ces lignes, le groupe de travail n'avait pas terminé ses travaux et poursuivait donc ses efforts.

2. DU MONISME AU PLURALISME

17. Le monisme juridique étatique est porteur d'une logique binaire qui conduit inévitablement à une impasse pour les peuples autochtones, puisque cette approche postule qu'il n'y a de droit que celui qui est créé ou reconnu par l'État. Le dogme moniste occulte la fonction symbolique de la reconnaissance de l'altérité juridique. Le pluralisme juridique offre cependant un cadre d'analyse différent, car il tient compte non seulement des phénomènes juridiques qualifiés comme tels par l'État, mais aussi de l'ensemble de ceux qui font partie de la « juridicité ».

et les services sociaux : vers une véritable autonomie (mémoire), 1985, p. 148; ASSOCIATION DES CENTRES JEUNESSE DU QUÉBEC, *Les services sociaux aux jeunes autochtones en difficulté et à leurs familles : une nécessaire appropriation*, 1995, p. 17.

47. Préc., note 42.

48. La présidence a été assurée par M^{me} Carmen Lavallée, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

49. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *op. cit.*, note 6.

50. *Id.*, p. 127.

2.1 LA QUÊTE DE RECONNAISSANCE ET LA FONCTION SYMBOLIQUE DU DROIT

18. Bien que les Autochtones soient d'abord motivés par des considérations pratiques⁵¹ dans leur quête de reconnaissance de l'« adoption coutumière »⁵², cet objectif fort légitime lié à la fonction instrumentale du droit cache derrière elle sa dimension symbolique. Il existe, en effet, une relation entre la quête de reconnaissance formulée auprès des institutions étatiques par des groupes ou des collectivités composés de citoyens qui n'appartiennent pas au groupe majoritaire, comme c'est le cas des Autochtones, et la force symbolique du droit.

19. Dans le contexte des sociétés occidentales, le droit constitue en lui-même un puissant vecteur de reconnaissance. Au Québec, par exemple, les couples homosexuels ont mené des luttes afin d'obtenir la reconnaissance juridique du mariage entre conjoints de même sexe et le droit qu'un enfant puisse établir un lien de filiation avec ses deux pères ou

51. Les Inuits mentionnent, par exemple, que la reconnaissance d'effets juridiques faciliterait la liquidation des successions, alors que les héritiers pourraient être constitués des parents d'origine et des parents adoptifs ou d'un mélange des deux. Voir *Discussion Paper*, prepared by the Inuit Representatives to the working group on traditional adoption practices in Québec, octobre 2010, p. 11. Les autres nations autochtones mentionnent que la non-reconnaissance de l'« adoption coutumière » cause des problèmes administratifs et légaux, notamment pour obtenir un passeport pour l'enfant, consentir aux soins médicaux, inscrire l'enfant à l'école, décider des arrangements funéraires de l'enfant et établir les droits successoraux. Voir : COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR en collaboration avec Femmes autochtones du Québec et le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie et le Conseil cri de la santé et des services sociaux de la Baie-James, *Rapport de consultation et recommandations sur l'adoption coutumière et/ou traditionnelle chez les Premières Nations du Québec*, 28 juin 2011, p. 5-6.

52. Les Autochtones ont exprimé le désir que le Québec prenne les dispositions nécessaires afin de faciliter la reconnaissance des effets de l'adoption selon les coutumes des Premières Nations; voir : COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR en collaboration avec Femmes autochtones du Québec et le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie et le Conseil cri de la santé et des services sociaux de la Baie-James, *id.*, p. 17. Les Inuits ont exprimé leur désir que l'« adoption coutumière » soit formellement reconnue par les lois du Québec, car cela est devenu nécessaire, dans : *Discussion Paper*, prepared by the Inuit Representatives to the working group on traditional adoption practices in Québec, *id.*, p. 4, 6 et 12.

mères⁵³. Ces demandes participent d'une mobilisation du droit davantage liée à sa fonction symbolique qu'instrumentale⁵⁴. Elles ont pour objectif l'intégration sociale des demandeurs qui, une fois leurs droits reconnus, bénéficient du même statut que les autres citoyens⁵⁵. Le droit positif comporte alors une telle fonction de reconnaissance que cela amène parfois à croire qu'il y a équivalence entre droits proclamés et existence de ces droits⁵⁶.

20. De façon générale, le fait que l'État consente à reconnaître à un groupe d'individus marginalisés des droits par ailleurs reconnus à la population nationale majoritaire est source d'intégration sociale. Mais, pour les Autochtones, c'est la situation inverse qui est parfois appelée à se produire⁵⁷. Car une fois incorporés à la masse, ils deviennent des citoyens « comme les autres », ce qui tend à occulter leurs aspirations et leurs besoins singuliers. Le droit constitue alors « un outil d'intégration et d'assimilation »⁵⁸, voire d'exclusion⁵⁹.

21. Dans les domaines de la protection de l'enfance et du droit criminel et pénal, par exemple, il est d'ores et déjà démontré que l'application homogène des lois à l'ensemble des citoyens, autochtones et allochtones, cause un net préjudice aux premiers. S'agissant de la protection de l'enfance, on observe que le nombre de placements d'enfants autochtones à l'extérieur de leur milieu familial par les organismes de

53. Cela a conduit à l'adoption du *Projet de loi 84, Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, 2002, c. 6. D'autres lois visant non pas l'intégration d'individus marginalisés, mais des groupes de professionnels ont été adoptées dans un contexte similaire : *Loi sur les sages-femmes*, L.R.Q. c. S-0.1; *Loi modifiant le Code de procédure civile concernant la médiation familiale*, L.Q. 1993, c. 1.

54. Pierre NOREAU, « L'innovation sociale et le droit. Est-ce bien compatible? », in *Le développement social au rythme de l'innovation*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2004, p. 73.

55. Dans : *id.*, à la p. 77, le professeur Noreau suggère que la reconnaissance juridique d'une innovation change la logique des rapports antérieurs.

56. Sara LIWERANT, « Présentation. Le droit en instances. Négociation, reconnaissance (ré)conciliation », (2008) 2 *Droit et Cultures*, n° 56, 10, [En ligne]. <http://droitcultures.revues.org/60> (Page consultée le 19 octobre 2011).

57. Voir l'article de Mylène JACOUD portant sur l'exclusion sociale et la « non-citoyenneté » des Autochtones : « Le droit, l'exclusion et les Autochtones », (1996) 11 *Can. J. L. & Soc.* 217.

58. *Id.*, 227.

59. *Id.*, 234.

protection de l'enfance est plus élevé aujourd'hui qu'il ne l'était à l'époque des pensionnats⁶⁰. En 2001, le législateur québécois avait déjà constaté l'échec plus ou moins retentissant de l'application intégrale de la *Loi sur la protection de la jeunesse* dans les communautés autochtones, ce qui l'avait conduit à proposer l'adoption de l'article 37.5⁶¹. Celui-ci permet au gouvernement du Québec de conclure une entente, notamment avec une communauté ou une nation autochtone, afin que celle-ci puisse appliquer un régime particulier de protection de la jeunesse à ses membres. Ce régime particulier conserve les mêmes objectifs que le régime général, mais il peut prévoir des modalités d'application adaptées au contexte social et culturel autochtone.

22. Dans le cas des affaires criminelles et pénales, les Autochtones se voient imposer une peine d'incarcération de manière disproportionnée par rapport à l'ensemble de la population. Conscient de cette réalité qui porte en elle les fruits d'une discrimination systémique⁶², le parlement canadien a adopté l'article 718.2 (e) du *Code criminel*, lequel invite les tribunaux à envisager toutes les sanctions substitutives à l'incarcération, « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones ».

23. Ces deux dernières situations tendent à démontrer, d'une part, que l'application uniforme des lois à l'ensemble de la population n'est point un rempart contre l'exclusion sociale et, d'autre part, que cette uniformité peut parfois causer un préjudice aux Autochtones. Autrement dit, une loi qui est appliquée à tous et de la même manière peut participer à l'exclusion des Autochtones en contribuant à leur mise à l'écart effective de la société, comme c'est le cas des placements d'enfants et de l'incarcération des contrevenants. Il

60. RAPPORTS DU CONSEIL NATIONAL DU BIEN-ÊTRE SOCIAL DU CANADA, *Agissons maintenant pour les enfants et les jeunes Métis, Inuits et des Premières Nations*, vol. 127, Automne 2007, p. 95; UNICEF CANADA, *Supplément canadien au rapport : La situation des enfants dans le monde 2009 — La santé des enfants autochtones : Pour tous les enfants, sans exception*, Toronto, 2009, p. ii; Anne FOURNIER, article à paraître à l'automne 2011, *Revue ASPECTS*, Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie.

61. *Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 2001, c. 33.

62. *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; voir plus particulièrement les paragraphes 61 et 67 à 69.

peut donc arriver que se produisent des situations où le principe voulant que tous soient égaux devant la loi soit mieux servi par une application différenciée d'une même loi ou par l'application de lois différentes suivant les qualités personnelles, généralement ethnoculturelles, des individus. Mentionnons d'ailleurs qu'il y a un peu plus de trente ans, le rapporteur spécial de l'ONU chargé d'étudier la discrimination envers les populations autochtones⁶³ en était arrivé à la conclusion que le respect de la diversité peut contribuer à l'unité nationale et qu'il serait erroné de prétendre que seule l'uniformité peut y parvenir⁶⁴.

24. Les notions d'égalité et d'uniformité ont été associées l'une à l'autre de telle sorte qu'elles ont paru inextricablement liées. Cette fausse croyance trouve sa source dans la pensée républicaine de l'universel, qui se nourrit d'une représentation homogène de l'humanité⁶⁵. Et, puisque c'est notamment sur elle que repose la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*⁶⁶ et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶⁷, l'équation semblait aller de soi. Cette convergence entre l'égalité et l'uniformité que l'on a cru nécessaire et

63. L'étude comprend cinq volumes déposés de 1981 à 1984; PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES, F.86.XIV.3 (n° de catalogue), E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add. 1 à 4.

64. José R. MARTINEZ COBO, « Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations », vol. 5, *Conclusions, Proposals and Recommendations*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, p. 31, paragr. 402.

65. Norbert ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », (1994) 27 *Revue Droit et Société* 380. Voir également du même auteur : *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 311, où Rouland opine sur la dialectique de l'unité et de la diversité : « la République française [...] s'est efforcée d'y répondre en procédant à un aménagement de la conception révolutionnaire de l'unité étatique, trop longtemps, et faussement, synonyme de l'uniformité de la société politique ».

66. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Versailles, le 26 août 1789.

67. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies, Rés. 217 A (III), adoptée à Paris le 10 décembre 1948, article premier : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité »; article deuxième : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté ».

tenue pour avérée pendant toute l'ère moderne a, en revanche, suscité des revendications de nature identitaire de la part de groupes minoritaires ou non dominants, dont les peuples autochtones.

2.2 LE PLURALISME JURIDIQUE ET LA RECONNAISSANCE DU DROIT NON ÉTATIQUE

25. Le pluralisme juridique, né de la contestation du monopole de l'État dans la production du droit⁶⁸, a été dépeint de différentes façons par les auteurs. Sa définition la plus largement acceptée et à laquelle nous souscrivons est celle offerte par le professeur Jacques Vanderlinden. Ce dernier conçoit le pluralisme comme étant « la situation dans laquelle un individu peut, dans une situation identique se voir appliquer des mécanismes juridiques relevant d'ordres juridiques différents »⁶⁹.

26. Le pluralisme juridique se caractérise donc par la capacité de l'individu, lorsqu'il est confronté à une situation, de choisir de relever d'un ordre juridique plutôt que d'un autre⁷⁰, permettant ainsi d'envisager que diverses solutions puissent être apportées à un même problème. Celles-ci peuvent provenir de l'ordre juridique étatique ou d'un autre cadre normatif existant en dehors des institutions officielles⁷¹. Il convient d'ailleurs davantage de parler des droits⁷² et non du

68. Voir notamment : Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1158-1159; Dominique LEYDET, Hervé POURTOIS, « Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie », in *Le pluralisme*, Paris, Dalloz, 2006, p. 74-77.

69. Jacques VANDERLINDEN, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique », in *Les pluralismes juridiques*, Cahiers d'anthropologie du droit publiés par le LAJP, Paris, Karthala, 2003, p. 31.

70. *Id.*, p. 31; Régis LAFARGUE, « Dire le droit de l'autre : contribution à une approche réaliste du pluralisme juridique », in Jean-Yves FABERON (dir.), *Les collectivités françaises d'Amérique au carrefour des institutions*, Paris, La documentation française (CERIC), 2006, p. 93-94; Carole YOUNES, « Le pluralisme juridique : penser l'homme pour penser le droit », in *Les pluralismes juridiques*, *id.*, p. 44.

71. Edwige RUDE-ANTOINE, Geneviève CHRÉTIEN-VERNICOS (dir.), *L'esprit du droit. Anthropologies des droits. État des savoirs et orientations contemporaines*, Paris, Dalloz, 2009, p. 12.

72. Le professeur Jacques Vanderlinden fait un usage courant de cette expression.

droit, et c'est le choix que l'individu exerce devant ces droits qui devient l'objet d'analyse du pluraliste⁷³. Le droit applicable à une situation donnée se reconnaît alors non pas dans ce que disent les textes, mais plutôt dans l'observation du comportement des acteurs⁷⁴.

27. L'analyse pluraliste s'attache à l'effectivité du droit⁷⁵. Elle tient compte de la réalité et de la complexité des situations que le droit étatique considère comme relevant du « non-droit » ou du « sous-droit ». Pourtant, force est d'admettre que ce « résidu du droit » concerne une partie importante de l'humanité⁷⁶ et que pour ces individus et ces peuples, le concept occidental de « droit » joue un rôle parfois limité⁷⁷. Et cela apparaît avec acuité chez les peuples autochtones pour lesquels le mot « droit » n'a même pas d'équivalent substantiel, mais seulement fonctionnel⁷⁸. Cela ne signifie pas pour autant que le phénomène juridique soit absent de ces sociétés⁷⁹, mais cela pourrait bien expliquer pourquoi les tentatives de transplantation des systèmes occidentaux chez les

73. Jacques VANDERLINDEN, « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités? », [En ligne]. <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/vanderlinutoplur.pdf> (Page consultée le 19 octobre 2011).

74. Citation originale de Michel ALLIOT : « le droit n'est pas tant ce qu'en disent les textes que ce qu'en font les acteurs ».

75. Sur l'effectivité du droit et la non-reconnaissance du régime coutumier d'adoption au Nunavik, voir Ghislain OTIS, « Cultures juridiques et gouvernance : cadre analytique », in *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010, p. 28.

76. Étienne LEROY, « Violence de la fonction symbolique et institutionnalisation du droit », p. 6 [En ligne]. <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/leroyviolenceinstitution.htm> (Page consultée le 19 octobre 2011); Étienne LEROY, « Le tripode juridique. Variations anthropologiques sur un thème de flexible droit », in *L'année sociologique. Autour du droit : la sociologie de Jean Carbone*, Paris, PUF, 2007, p. 344.

77. Christoph EBERHARD, « Prérequis épistémologiques pour une approche interculturelle du Droit. Le défi de l'altérité », première version d'un article paru dans (2003) 46 *Droits et cultures* 9, [En ligne]. <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/eberalterite.pdf>, à la page 9 de la version électronique (Page consultée le 19 octobre 2011).

78. Robert VACHON, « L'étude du pluralisme juridique : une approche diatopique et dialogale », (1990) 29 *Journal of Legal Pluralism* 165. Au Québec, il en est ainsi chez les Atikamekw, les Innus, les Cris et les Algonquins.

79. Norbert ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1990, p. 53.

populations autochtones des pays colonisés se soient souvent soldées par un échec⁸⁰.

28. Favoriser une approche anthropologique du droit permet de situer le droit dans le contexte de la société d'où il émane à une époque déterminée. Cette approche postule que le droit est un phénomène qui se retrouve dans toutes les sociétés⁸¹: *ubi societas, ibi jus*⁸². En conséquence, la question la plus importante n'est plus celle de savoir « qu'est-ce que le droit? », mais plutôt « de quel droit s'agit-il? »⁸³. La conception occidentale du droit en est une parmi d'autres; elle s'est construite suivant le *mythos*⁸⁴, le *logos*⁸⁵ et les

80. Beaucoup d'auteurs ont écrit à ce sujet, mais nous n'en citerons que quelques-uns : Jacques VANDERLINDEN, « Rendre la production du droit aux peuples », (1996) 62 *Politique africaine* 83, p. 87; Rodolfo SACCO, « Le pluralisme juridique », in *Anthropologie juridique. Apport à une macro-histoire du droit*, coll. Esprit du droit, Paris, Dalloz, 2008, p. 55; Étienne LEROY, « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », in P. ROBERT, F. SOUBIRON-PAILLET, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. 1, coll. Logiques Sociales, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 126, où l'auteur écrit : « Ainsi, ce transfert surtout imposé par l'ordre colonial aboutit à l'heure actuelle à une situation schizophrénique : 90 à 95 % des populations ne peuvent se reconnaître dans le droit officiel, donc faire reconnaître leurs coutumes comme ayant valeur obligatoire et, ainsi, ne savent plus à quel saint se vouer! »; Étienne LEROY, « Contribution à la refondation de la politique judiciaire en Afrique francophone à partir d'exemples maliens et centrafricains », (1997) 32 *Afrika Spectrum*, Jahrgang n° 3, 311; Christoph ÉBERHARD, « Les droits de l'homme face à la complexité : une approche anthropologique et dynamique », (2002) 51-52 *Droit et Société* 456; Jacques CHEVALIER, *L'État post-moderne*, 2^e éd., coll. Droit et Société, série Politique, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 123.

81. E. RUDE-ANTOINE, G. CHRÉTIEN-VERNICOS (dir.), *op. cit.*, note 71, p. 92.

82. Ce qui signifie que « là où [il y a] une société, là [on y trouve] un droit ». Albert MAYRAND, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 284.

83. C'est ce que le professeur Rouland exprime de façon différente : « La meilleure question n'est pas "qu'est-ce que le droit?", mais plutôt "quel est le domaine du droit?" », in *L'anthropologie juridique, op. cit.*, note 79, p. 53.

84. Mot d'origine grec signifiant le récit ou la parole. Employé pour désigner le récit fondateur d'un peuple; il sert à donner un sens au monde existant : N. ROULAND, *loc. cit.*, note 65, p. 385. Voir également : Christoph ÉBERHARD : « c'est le domaine de nos présupposés implicites dans notre appréhension de la réalité », in *L'anthropologie du Droit : un itinéraire entre altérité, complexité et interculturalité*, Conférence donnée à l'Université Jules Verne de Picardie, Amiens, 24 mai 2002, [En ligne]. <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/eberaltcomplinter.pdf> (Page consultée le 19 octobre 2011).

85. Mot d'origine grec qui réfère à la logique, à la raison, et qui traduit une certaine vision du monde. Pour une application pratique de l'analyse de l'altérité en regard, notamment, des différents *logos*, voir : Valérie COUILLARD, « La contribution

*habitus*⁸⁶ propres à ces sociétés. Les référents normatifs des autres sociétés sont certes différents, mais ils demeurent tout aussi « légitimes, justifiés, pertinents et rationnels »⁸⁷ que les nôtres et leurs configurations parfois acéphaliques ne sont pas pour autant synonymes de désordre et d'anarchie.

29. Les peuples autochtones vivant aujourd'hui sur le territoire canadien avaient, avant la venue des colons européens, leurs propres règles de vie en société⁸⁸, de telle sorte qu'au moment du contact, les sociétés autochtones et européennes possédaient « leur propre normativité »⁸⁹. Ainsi, les nations autochtones du Canada avaient « élaboré des lois pour régir des aspects importants de la vie collective, tels que le mariage, l'adoption, le traitement des transgresseurs, l'intrusion et la chasse »⁹⁰. En somme, lorsque les Européens ont introduit leurs valeurs et leurs systèmes juridiques en Amérique, tout comme en Afrique et ailleurs dans le monde, cela a participé à poser les premiers jalons de la coexistence des ordres juridiques sur le territoire revendiqué par l'État⁹¹.

des approches anthropologiques du droit à la problématique de la désobéissance civile dans les sociétés pluralistes libérales », [En ligne]. <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etudesdiverses/articles/couillard.pdf> (Page consultée le 19 octobre 2011).

86. Pour le sociologue du droit Pierre Bourdieu, les *habitus* sont des « systèmes de dispositions durables ». Ce sont les manières d'être, d'agir et de penser propres à un individu et qu'il a acquises par ses apprentissages à l'intérieur de son groupe d'appartenance. Voir : Pierre BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit, 1980.

87. É. LEROY, « Le tripode juridique. Variations anthropologiques sur un thème de flexible droit », *loc. cit.*, note 76, p. 344.

88. Cela a été reconnu par la Cour suprême; voir à titre d'exemples : *Calder c. P.G. Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Gérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322.

89. Jeremy WEBBER, « Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés », in Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 115.

90. COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La justice en soi : les traditions juridiques autochtones*, Ottawa, 2006, p. 4. Voir également le document de John BORROWS préparé pour la Commission du droit du Canada : « Les traditions juridiques autochtones », 2006, 225 pages, [En ligne]. http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/collection_2008/lcc-cdc/JL2-66-2006F.pdf (Page consultée le 19 octobre 2011).

91. Akvavi ADONON, Caroline PLANÇON, Pauline VERSINI-CAMPINCHI, « Variations sur le pluralisme juridique : au carrefour des trois cheminements », in *Les pluralismes juridiques*, *op. cit.*, note 69, p. 68.

30. Les domaines du droit et du juridique demeurent difficiles à définir⁹². Le doyen Carbonnier a élaboré deux théorèmes destinés à y parvenir : « le droit est plus grand que les sources formelles du droit » et « le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes »⁹³. Étienne LeRoy propose de les compléter par le suivant : « la juridicité est plus grande que la conception du droit développée par les sociétés occidentales modernes tout en la comprenant »⁹⁴.

31. Recourir au concept de « juridicité » demeure certes une création de l'esprit, mais permet de se dégager de la conception occidentale du droit. Les expériences des peuples dont l'organisation de la vie en société a traditionnellement relevé de fondements différents des nôtres sont ainsi considérées comme étant « juridiques » au même titre que le sont pour nous la loi et la jurisprudence. Cela conduit à une rupture paradigmatique importante, qui circonscrit l'enjeu de la réflexion de la règle de droit à trois fondements caractéristiques de la juridicité : les normes générales et impersonnelles, les modèles de conduite et de comportement, et les systèmes de dispositions durables. Ces trois référents se retrouvent dans toutes les expériences de la juridicité et ce n'est que la variabilité de leur agencement qui permet de distinguer les différentes traditions juridiques⁹⁵.

32. Beaucoup de peuples et de sociétés à travers le monde ne se reconnaissent pas dans certains aspects du système juridique officiel de l'État et recourent spontanément à leurs propres systèmes, leurs propres ordres juridiques. Ces situations

92. Qu'il suffise de mentionner que deux numéros complets de la *Revue Droits* y ont été consacrés sans qu'aucun consensus n'en émerge : 1989, n° 10, intitulé « Définir le Droit 1 » et 1990, n° 11, intitulé : « Définir le Droit 2 ».

93. Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 20 et 22.

94. É. LEROY, « Le tripode juridique. Variations anthropologiques sur un thème de flexible droit », *loc. cit.*, note 76, p. 345.

95. Ainsi, les traditions occidentales reposent d'abord sur l'établissement d'une règle, laquelle constitue une norme générale et impersonnelle (NGI); puis, sur la coutume, modèle de conduite et de comportement (MCC) et sur les *habitus*, appelé « systèmes de dispositions durables » (SDD). Pour leur part, les traditions animistes sont d'abord fondées sur la coutume (MCC), puis les *habitus* (MCC) et vient en dernier la règle (NGI) : É. LEROY, « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », *loc. cit.*, note 80, p. 123. Ce texte d'Étienne LeRoy est [En ligne]. <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/facecach.pdf>, p. 6. (Page consultée le 19 octobre 2011).

permettent l'expression de différentes formes de pluralisme juridique, et ce sont celles que l'on observe au Canada en matière d'adoption autochtone que nous examinerons dans le présent article.

2.3 LA RECONNAISSANCE DE L'« ADOPTION COUTUMIÈRE » AUTOCHTONE AU CANADA ET LES DIFFÉRENTES FORMES D'EXPRESSION DU PLURALISME JURIDIQUE

33. Le pluralisme juridique peut revêtir différentes formes, que nous avons choisi de regrouper à l'intérieur de deux grandes catégories, lesquelles ont été déterminées selon leur degré d'autonomie par rapport au droit étatique. Il s'agit du pluralisme hiérarchique ou colonial et du pluralisme égalitaire, qui procède souvent de la coordination des ordres juridiques.

34. L'étude du pluralisme juridique a pour « terreau d'origine les mondes colonisés »⁹⁶, lieux privilégiés de l'observation de la coexistence des ordres juridiques originels⁹⁷ et des droits étatiques coloniaux et postcoloniaux. Ainsi, il arrive que l'on puisse encore aujourd'hui déceler une certaine perspective coloniale dans les travaux de différents chercheurs et d'acteurs étatiques qui persistent à considérer le pluralisme « par référence à une société déterminée et à une hiérarchisation des systèmes juridiques à l'intérieur de cette société »⁹⁸. Dans ces circonstances, la reconnaissance de l'altérité juridique conserve une large part d'ethnocentrisme puisqu'elle est envisagée par rapport au référent étatique. Il y a alors hiérarchisation des ordres juridiques et on sera en présence « d'un pluralisme de façade » ou d'un « pluralisme colonial ». Car bien que le droit de l'Autre soit reconnu sous une forme ou une autre, il demeure sous l'emprise de l'ordre juridique étatique qui exerce sur lui une forme plus ou moins étendue de contrôle.

35. La reconnaissance de l'Autre peut également s'opérer suivant des mécanismes de coopération qui traduisent une

96. J. VANDERLINDEN, *loc. cit.*, note 80, p. 86; Norbert ROULAND, *Introduction historique au droit*, coll. Droit fondamental, droit politique et théorique, Paris, PUF, 1988, p. 134.

97. Jacques Vanderlinden emploie l'expression « droits originellement africains ».

98. J. VANDERLINDEN, *loc. cit.*, note 80, p. 86.

relation plus égalitaire. Le pluralisme qui en résulte est alors plus horizontal que vertical⁹⁹, car il repose sur un réel dialogue des cultures juridiques¹⁰⁰. Nous aborderons de façon successive les modèles de reconnaissance étatique de l'« adoption coutumière » mis en forme par les différentes législatures canadiennes, en ayant à l'esprit les deux catégories de pluralisme que nous venons d'évoquer.

36. La question de la coexistence des ordres juridiques autochtones et étatiques en matière d'adoption a d'abord été soulevée devant les tribunaux dans les Territoires du Nord-Ouest, au début des années 1960. Les jugements furent nombreux¹⁰¹ et la question de savoir si le droit étatique devait reconnaître des effets juridiques aux adoptions faites selon le droit autochtone trouva invariablement une réponse affirmative : il fut décidé que ces adoptions produisaient les mêmes effets que si elles avaient eu lieu selon le droit étatique¹⁰². Cette assimilation juridique, faisant l'impasse sur la spécificité des effets coutumiers, traduisait ainsi un pluralisme de type hégémonique ou, selon les termes de Mireille Delmas-Marty, un « pluralisme de fusion »¹⁰³.

99. Sur la question de la construction de la hiérarchie des ordres juridiques, voir : N. ROULAND, *op. cit.*, note 96, p. 336-337.

100. Ghislain OTIS, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone. Présentation générale d'une problématique*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2010, p. 22-23.

101. Le juge Morrow mentionne qu'au cours des 10 années où il a été appelé à siéger dans les Territoires du Nord-Ouest, il a rendu plus de 400 décisions au cours desquelles il a déclaré que l'adoption coutumière avait les mêmes effets que si elle avait eu lieu selon le droit étatique; voir : William G. MORROW (dir.), *Northern Justice: The Memoirs of Mr. Justice William G. Morrow*, Osgoode Society for Canadian Legal History and Legal Archives Society of Alberta, 1995, p. 155.

102. À titre d'exemples : *Re Katie's Adoption Petition*, (1961) 32 D.L.R. (2d) 686, 38 W.W.R. 100; *Re Beaulieu's Adoption Petition*, (1969) 3 D.L.R. (3d) 479, 67 W.W.R. 669; *Re Tucktoo et al. and Kitchooalik et al.* (aussi cité *Deborah*), (1972) 27 D.L.R. (3d) 225, [1972] 3 W.W.R. 194 (N.W.T.Ct.), [1972] 5 W.W.R. 203 (N.W.T.C.A.); *Re Wah-Shee*, 57 D.L.R. (3d) 743 (N.W.T.S.C.), [1975] 57 D.L.R. (3d) 743; *Re Tagornak Adoption Petition*, 50 A.R. 237, [1984] 1 C.N.L.R. 185. Voir aussi : Norman K. ZLOTKIN, « Judicial Recognition of Aboriginal Law in Canada : Selected Marriage and Adoption Cases », (1984) 4 C.N.L.R. 1.

103. Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Éditions du Seuil, 2006, p. 13 : « La pensée de Kant n'en n'est pas moins invoquée parfois, en opposition à Grotius, père du droit international, à l'appui d'une unité juridique, de type *supra-national*, qui se fonderait sur un pluralisme de fusion. [...] Le pluralisme fusionnel ne se décreète pas et l'unité imposée traduit plus souvent une domination hégémonique qu'un véritable pluralisme [...] ».

37. Le législateur des Territoires du Nord-Ouest a cependant adopté au milieu des années 1990 la *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*¹⁰⁴, de telle sorte que ce régime particulier réservé aux Autochtones cohabite désormais avec le régime général d'adoption applicable à tous les enfants¹⁰⁵. Le processus de reconnaissance prévu à la loi se déroule à l'extérieur de l'enceinte du tribunal et gravite autour du commissaire à l'adoption, personne désignée par le ministre¹⁰⁶ pour recueillir les renseignements nécessaires¹⁰⁷, remplir le certificat de reconnaissance de l'« adoption coutumière »¹⁰⁸ et le transmettre au greffier de la cour¹⁰⁹. Le dépôt du certificat d'« adoption coutumière » est réputé constituer une ordonnance de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest¹¹⁰.

38. Le commissaire à l'adoption dispose du pouvoir d'acquiescer¹¹¹ ou de refuser¹¹² la demande « adoption coutumière ». La loi est cependant muette sur la possibilité d'en appeler de la décision du commissaire, mais le recours en révision judiciaire devant les instances étatiques demeure toujours possible¹¹³.

39. La question de savoir quels effets doivent être attribués à ces « adoptions coutumières » doit trouver réponse dans la coutume autochtone. En effet, il y a un peu plus de dix ans, la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest a été saisie

104. L.T.N.-O. 1994, c. 26 (EEV 30 septembre 1995); *Règlement sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*, R. 085-95 (EEV 30 septembre 1995).

105. Les Territoires du Nord-Ouest ont été scindés le 1^{er} avril 1999 pour donner naissance au territoire du Nunavut (*Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28). Toutes les lois des Territoires du Nord-Ouest antérieures à cette date sont réputées avoir force de loi dans le Territoire du Nunavut. En matière d'adoption, le Nunavut n'a apporté aucune modification à la loi et au *Règlement sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones* en vigueur dans les T. N.-O.

106. *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*, préc., note 104, art. 6.

107. *Id.*, art. 3 (1).

108. *Id.*, art. 3 (2) (a).

109. *Id.*, art. 3 (2) (b).

110. *Id.*, art. 4.

111. *Id.*, art. 3 (2).

112. Ce sera le cas lorsque le commissaire estime que les renseignements fournis sont incomplets ou s'il n'est pas convaincu que l'enfant a été adopté selon le droit coutumier autochtone; *id.*, art. 3 (4).

113. *Bruha v. Bruha*, [2009] N.W.T.J. 51.

d'une demande afin que le père d'origine d'un enfant, qui avait été adopté suivant les coutumes autochtones, soit requis de payer aux parents adoptifs des aliments pour cet enfant. Or, la *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones* ne précise pas les effets d'une telle adoption. S'appuyant sur le préambule de la loi, la Cour s'est dite d'avis que les effets de l'« adoption coutumière » devaient être déterminés par la coutume et qu'en conséquence, les effets prévus au régime général d'adoption ne trouvaient aucune application en l'espèce¹¹⁴. N'ayant reçu aucune preuve de la coutume en regard des effets de l'adoption dans le cas précis qui lui était soumis, la Cour a donc refusé de se prononcer sur la question.

40. Le modèle de reconnaissance de l'« adoption coutumière » autochtone des Territoires du Nord-Ouest, parce qu'il se contente de prendre acte des effets de la coutume sans la déformer et la contrôler, exprime une forme de pluralisme juridique largement égalitaire et respectueux de l'altérité qui est l'expression d'un pluralisme de coordination¹¹⁵.

41. La reconnaissance de l'« adoption coutumière » par le droit de la Colombie-Britannique¹¹⁶ s'apparente à celle qui prévalait dans les Territoires du Nord-Ouest avant que le législateur n'intervienne. En effet, les Autochtones souhaitant qu'une « adoption coutumière » soit reconnue par les autorités étatiques doivent se présenter devant le tribunal et fournir la preuve que la situation soumise en est une d'« adoption coutumière ». Il revient au tribunal compétent pour entendre toutes les demandes d'adoption d'évaluer la conformité de la situation avec la coutume autochtone. Si conformité il y a, l'« adoption coutumière » est alors assimilée à toute autre adoption prononcée en vertu de la loi. Bien qu'il existait deux régimes distincts d'adoption avant le prononcé de la décision du tribunal, il n'en est demeuré qu'un seul à la fin du processus puisque ce sont les effets du droit étatique

114. *S.K.K. v. J.S.*, [1999] N.W.T.J. 94 (aussi répertorié *Kalaserk v. Strickland*).

115. Au sujet du pluralisme de coordination, voir : G. OTIS, *op. cit.*, note 75, p. 22-26. Mireille Delmas-Marty parle d'un « pluralisme ordonné » qu'elle décrit ainsi : « Maintenir une séparation, sans imposer la fusion, et pourtant construire quelque chose comme un ordre, ou un espace ordonné : telle pourrait être la réponse à la complexité juridique du monde »; voir M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 103, p. 26.

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

qui trouvent application dans tous les cas¹¹⁷. Ce modèle d'incorporation de l'« adoption coutumière » témoigne tout au plus d'un pluralisme de fusion¹¹⁸ et certainement d'une forme hégémonique de pluralisme.

42. L'aménagement le plus récent de la coexistence du droit autochtone de l'adoption avec le droit étatique est survenu au Yukon. Celui-ci a procédé à une réforme du droit de l'enfance et de la famille qui a mené à l'adoption d'une loi en 2008¹¹⁹, laquelle contient une disposition de droit nouveau portant sur l'« adoption selon les coutumes autochtones »¹²⁰. Tout comme en Colombie-Britannique, les requérants autochtones doivent s'adresser au tribunal étatique pour lui demander de déclarer qu'il y a bel et bien eu une adoption « en conformité avec la coutume d'une Première nation »¹²¹. Les modèles de la Colombie-Britannique et du Yukon divergent cependant de façon importante sur le plan des effets de la reconnaissance de l'« adoption coutumière ». L'article 134 de la loi du Yukon prévoit une liste d'effets potentiels. Il n'y a donc pas d'effets systématiques ou obligatoires et ceux-ci peuvent différer de ceux prévus par le régime général. Alors que l'ordonnance d'adoption prononcée suivant le régime général annule les ordonnances précédentes rendues par le tribunal compétent, de même que les ententes qui accordent des droits d'accès à l'enfant¹²², il en va autrement du régime particulier d'adoption. Dans ce dernier cas, le tribunal qui reconnaît qu'il y a eu adoption suivant les coutumes autochtones dispose du pouvoir de prononcer la survivance de droits parentaux résiduels :

117. Cindy L. Baldassi soulève cependant la question de la double interprétation possible de l'article 46 (1) de la loi de la Colombie-Britannique, à savoir : si le tribunal peut ordonner que l'« adoption coutumière » ait les mêmes effets que toute autre adoption, cela signifie qu'il dispose également de la possibilité contraire. Par contre, si le tribunal ne dispose pas de ce choix, cela aurait comme conséquence d'anéantir les droits résiduels des parents d'origine que le droit coutumier autorise; voir : C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 3, p. 88-89.

118. M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, note 103, p. 13.

119. *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, S.Y. 2008, c. 1 (EEV 30 avril 2010).

120. *Id.*, art. 134.

121. *Ibid.*

122. *Id.*, art. 126.

(3) Le tribunal peut formuler d'autres déclarations portant sur les droits et responsabilités nés de l'adoption selon les coutumes autochtones, y compris des déclarations portant sur les droits et responsabilités des parents biologiques, des parents adoptifs et de la personne adoptée.¹²³

43. Ce type de formulation ressemble au libellé de certaines lois adoptées aux États-Unis par les conseils tribaux. En effet, tous les codes tribaux faisant expressément mention de l'« adoption coutumière » que nous avons consultés¹²⁴ prévoient que les droits des parents d'origine ne sont pas nécessairement éteints à la suite de l'« adoption coutumière ». Ceux-ci peuvent conserver des droits résiduels après le prononcé de l'adoption, lesquels sont déterminés soit suivant l'accord intervenu entre les parents d'origine et les adoptants, soit suivant la décision du tribunal qui applique alors la coutume¹²⁵.

44. Le droit relatif à l'« adoption coutumière » autochtone en vigueur au Yukon illustre, à l'instar de ce qui existe dans les Territoires du Nord-Ouest, un pluralisme qui dépasse le modèle colonial d'interaction des ordres juridiques au profit d'une relation plus égalitaire.

CONCLUSION

45. L'État québécois a déjà démontré qu'il reconnaît la résilience du droit endogène autochtone de l'adoption et a entrepris des travaux afin d'aménager sa coexistence avec le droit étatique. Or, le Québec, tout comme la plupart des États occidentaux, a jusqu'à maintenant adopté une approche

123. *Id.*, art. 134 (3).

124. Cheyenne-Arapaho Tribes of Oklahoma, *Law and Order Code*, Titre 2, c. 11 (Family relations); *Law and Order Code of the Rosebud Sioux Tribe*, c. 2 (Adoption); *Laws of Confederated Salish and Kootanai Tribes*, Titre III, c. 2 (Children); Pawnee Tribe of Oklahoma, *Law and Order Code*, Titre III (Civil Procedure), c. 11-16; *Tribal Codes of the Sisseton-Wahpeton Sioux Tribe*, c. 38 (Juvenile Code); White Earth Band of Ojibwe, *Child and Family protection Codes*, Titre 4a (Customary Adoption Code); *Tribal Codes of the Sisseton-Wahpeton Sioux Tribe*, c. 38 (Juvenile Code).

125. Il s'agit en l'espèce des tribunaux constitués par l'autorité tribale et non pas d'un tribunal étatique comme c'est le cas au Canada.

kelsénienne du droit¹²⁶, laquelle attribue à l'État le monopole de la production du droit et l'assurance de son application uniforme sur l'ensemble du territoire étatique¹²⁷. Les demandes de reconnaissance de l'« adoption coutumière » présentées par les Autochtones posent donc un défi à la compétence territoriale de l'État.

46. Bien que les possibilités d'aménager les droits autochtones et étatiques de l'adoption soient multiples, nous mettons de l'avant un pluralisme de coordination ou de coopération. Le pluralisme de coopération repose sur la prémisse fondamentale de la reconnaissance par l'État des limites de ses propres lois et du respect de la sphère de compétence autochtone¹²⁸. Et c'est le défi réel auquel le Québec est confronté. D'abord en raison des impératifs de nature constitutionnelle qui caractérisent la fédération canadienne¹²⁹, mais aussi parce que la reconnaissance de l'« adoption coutumière » ne peut avoir de véritable sens que dans la mesure où ce sont les Autochtones qui la définissent et en contrôlent l'accès, le fonctionnement et les effets.

47. Dans l'hypothèse où le législateur québécois déciderait d'intégrer au Code civil une reconnaissance de l'« adoption coutumière » autochtone, cela aurait pour effet de conférer aux Autochtones un statut particulier puisque eux seuls disposeraient du droit de choisir entre deux régimes d'adoption : le régime général applicable à tous et le régime particulier qui leur serait exclusif. Il en résulterait une exception à la

126. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, La Baconnière, Neuchâtel, 1953; Hans Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit? », traduit de l'article intitulé « Was ist die Reine Rechtslehre (1953) », (1992) 22 *Droit et Société* 551. Voir également : *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, note 68, p. 1159.

127. Sur l'exercice souverain de la compétence de l'État sur le territoire étatique, voir : H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *op. cit.*, note 15, p. 121-122. La Nouvelle-Calédonie fait partie des exceptions à ce principe. On y retrouve différents statuts personnels ou statut civil.

128. COMMISSION DU DROIT DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE, *Converging Currents — Custom and Human Rights in the Pacific*, Study Paper 17, Nouvelle-Zélande, 2006, p. 44.

129. Voir l'article de Ghislain Otis contenu dans le présent numéro de la *Revue*.

compétence territoriale de l'État¹³⁰, mais cela ne contreviendrait pas pour autant au principe d'égalité¹³¹. Nous soutenons qu'il s'agit là d'une condition *sine qua non* à la création d'un régime de reconnaissance de l'« adoption coutumière » qui puisse satisfaire à la fois les intérêts autochtones et étatiques et demeurer viable à long terme.

Anne Fournier
1069, rang Sud-Est
La Bostonnais (Québec) G9X 0A7
Téléphone : 819 676-7132
Télécopieur : 819 676-0144
afournier@tlb.sympatico.ca

130. Sur les distinctions entre les compétences « personnelle » et « territoriale » et sur l'à-propos de recourir au « pluralisme personnel » en certaines matières, dont l'adoption, voir : Ghislain OTIS, Geneviève MOTARD, « De Westphalie à Waswanipi : la personnalité des lois dans la nouvelle gouvernance crie », (2009) 50 *C. de D.* 121; voir également : G. OTIS, *op. cit.*, note 100, notamment les chapitres 1 et 2; Ghislain OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance », (2006) *C. de D.* 781.

131. Nous référons le lecteur au commentaire du juge Félix Frankfurter, nommé comme juge associé à la Cour suprême des États-Unis par Franklin Roosevelt et qui exerça ses fonctions jusqu'en 1962 : « It was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals », dans : *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). La Cour suprême du Canada s'est prononcée sur cette question à différentes occasions pour souligner que « l'égalité ne signifie pas nécessairement traitement identique et que le modèle formel du "traitement analogue" peut en fait engendrer des inégalités », in *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Voir également les arrêts suivants : *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483; *Bande et nation d'Ermineskin c. Canada*, [2009] 1 R.C.S. 222; *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 (paragr. 124).