

Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone

Sébastien Grammond

Volume 52, Number 1, 2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1090694ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1090694ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Grammond, S. (2022). Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone. *Revue générale de droit*, 52(1), 181–210.
<https://doi.org/10.7202/1090694ar>

Article abstract

Current efforts towards the revitalization of Indigenous law are likely to translate into greater demands for recognition by the Canadian legal system. This paper aims to provide a conceptual framework for the analysis of such claims. It first clarifies the concept of Indigenous law and highlights some challenges raised by the interaction of Indigenous and Canadian law. It then distinguishes the Canadian legal system's delegation of law-making authority to Indigenous bodies from its recognition of Indigenous peoples' pre-existing, or inherent, law-making powers. For each model, four aspects of the interface between legal systems are analyzed: which Canadian legal actor takes the initiative of establishing a relationship with Indigenous law? How is Indigenous law expressed so as to be intelligible for non-Indigenous jurists? To whom, and to what territory is Indigenous law applicable? And what constraints does the relationship impose on the contents of Indigenous law? Lastly, the paper describes how Canadian courts judicially review decisions made by Indigenous decision-makers regarding Indigenous law.

Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone

SÉBASTIEN GRAMMOND*

RÉSUMÉ

En raison des efforts actuels en vue de redynamiser le droit autochtone, le système juridique canadien sera probablement de plus en plus confronté à des demandes de reconnaissance. Le présent texte vise à proposer un cadre conceptuel pour l'analyse de telles revendications. Il clarifie d'abord le concept de droit autochtone et recense certains défis posés par l'interaction entre le droit canadien et le droit autochtone. Il établit ensuite une distinction entre la délégation de pouvoirs législatifs du système juridique canadien aux organismes autochtones et la reconnaissance par le système juridique canadien des pouvoirs législatifs préexistants, ou inhérents, des peuples autochtones. Pour chaque modèle, quatre aspects de l'interface entre systèmes juridiques font l'objet de l'analyse : quel acteur juridique canadien prend-il l'initiative d'établir un lien avec le droit autochtone? Comment le droit autochtone est-il exprimé de manière à être intelligible pour les juristes non autochtones? À qui et à quel territoire le droit autochtone s'applique-t-il? Et quelles contraintes ce lien impose-t-il au contenu du droit autochtone? Enfin, le texte décrit comment les tribunaux canadiens effectuent le contrôle judiciaire de décisions prises par des décideurs autochtones au sujet du droit autochtone.

MOTS-CLÉS :

Droit autochtone, pluralisme juridique, reconnaissance, délégation, décideurs autochtones.

ABSTRACT

Current efforts towards the revitalization of Indigenous law are likely to translate into greater demands for recognition by the Canadian legal system. This paper aims to

* L'auteur est juge à Cour fédérale. Une version antérieure du présent article a été présentée au séminaire sur les traditions juridiques autochtones de l'Institut national de la magistrature, qui a eu lieu du 3 au 5 mars 2021. Une version anglaise a été publiée dans (2022) 100:1 R du B can.

provide a conceptual framework for the analysis of such claims. It first clarifies the concept of Indigenous law and highlights some challenges raised by the interaction of Indigenous and Canadian law. It then distinguishes the Canadian legal system's delegation of law-making authority to Indigenous bodies from its recognition of Indigenous peoples' pre-existing, or inherent, law-making powers. For each model, four aspects of the interface between legal systems are analyzed: which Canadian legal actor takes the initiative of establishing a relationship with Indigenous law? How is Indigenous law expressed so as to be intelligible for non-Indigenous jurists? To whom, and to what territory is Indigenous law applicable? And what constraints does the relationship impose on the contents of Indigenous law? Lastly, the paper describes how Canadian courts judicially review decisions made by Indigenous decision-makers regarding Indigenous law.

KEYWORDS:

Indigenous law, legal pluralism, recognition, delegation, indigenous decision-makers.

SOMMAIRE

Introduction	183
I. La reconnaissance et le pluralisme juridique	184
A. Le droit autochtone	185
B. Les traditions juridiques autochtones	187
C. Évolution et authenticité	189
II. Les relations entre les systèmes juridiques	190
A. Le modèle de la délégation	192
1. Initiative	193
2. Mode d'expression	193
3. Champ d'application	194
4. Contraintes	195
B. Le modèle de la reconnaissance	197
1. Initiative	198
2. Mode d'expression	202
3. Champ d'application	204
4. Contraintes	205
III. Les relations entre les décideurs	206
Conclusion	209

INTRODUCTION

De plus en plus, les tribunaux canadiens sont appelés à reconnaître le droit autochtone. Si cette reconnaissance est fermement ancrée dans l'histoire, des événements récents l'ont fait passer au premier plan de la scène juridique. La Commission de vérité et réconciliation a fait plusieurs recommandations concernant les traditions juridiques autochtones¹. Le Parlement a récemment endossé la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*² des Nations Unies, dont l'article 34 reconnaît le droit des peuples autochtones « de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques ». Parallèlement, de nombreuses collectivités autochtones du pays ont entrepris divers projets visant à redynamiser leurs traditions juridiques. De plus en plus de facultés de droit proposent des cours sur les traditions juridiques autochtones. L'Université de Victoria propose désormais un diplôme conjoint en common law et en droit autochtone et l'Université d'Ottawa, un certificat en droit autochtone.

Même si l'existence du droit autochtone ne dépend pas de l'approbation de l'État canadien, les efforts actuels en vue de sa redynamisation se traduiront probablement par des demandes plus fréquentes de reconnaissance par le système juridique canadien. Ainsi, les législatures, les gouvernements et les tribunaux canadiens devront relever le défi d'établir des relations respectueuses entre les systèmes et institutions juridiques canadiens et autochtones. Le présent texte vise à apporter une modeste contribution à cette tâche, en se concentrant sur le rôle de la magistrature.

Cette contribution comporte deux dimensions. En premier lieu, elle vise à donner un aperçu des revendications de reconnaissance présentées par des plaideurs autochtones et de la réponse que les tribunaux leur ont apportée. Deuxièmement, en se fondant sur ces données, nous tenterons de formuler un cadre conceptuel qui facilitera la comparaison

1. Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir — Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015, appels à l'action n^{os} 4, 27, 28, 45, 50.

2. *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, UN Doc A/RES/61/295 (2007); voir la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, LC 2021, c 14; voir également la *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*, SBC 2019, c 44.

entre diverses décisions, l'établissement d'analogies et l'inventaire des problèmes récurrents et des tendances générales.

Notre démarche ne vise pas à parvenir à des conclusions normatives. Autrement dit, nous n'entendons pas suggérer comment des affaires précises devraient être tranchées. L'objectif du présent texte n'est pas de prescrire des réponses ou des résultats, mais plutôt de clarifier les enjeux et de structurer le dialogue. On comprendra qu'à tout le moins, les revendications de reconnaissance soulèvent des questions difficiles et complexes. Le présent texte ne prétend pas montrer comment parvenir à la réconciliation dans des affaires précises.

Nous commençons par clarifier un certain nombre de concepts, dont le droit autochtone et les traditions juridiques autochtones, dans la perspective du pluralisme juridique. Nous comparons ensuite deux modèles de relations entre les systèmes juridiques que les tribunaux canadiens utilisent pour ménager un espace aux lois autochtones : la délégation et la reconnaissance. Pour chaque modèle, nous cherchons à déterminer qui prend la décision de déléguer ou de reconnaître, comment le contenu du droit autochtone est transmis, quel est son champ d'application et quelles sont les contraintes qui pèsent sur son contenu. Enfin, nous abordons brièvement l'établissement de relations respectueuses entre les décideurs, notamment dans le contexte du droit administratif.

I. LA RECONNAISSANCE ET LE PLURALISME JURIDIQUE

Les traditions juridiques autochtones ont fait l'objet d'un intérêt considérable et de nombreuses études au cours des deux dernières décennies. La plupart de ces études sont basées, explicitement ou implicitement, sur la théorie du pluralisme juridique, qui accepte que le droit puisse provenir de sources qui ne sont pas associées à l'État ou qui n'en dépendent pas³. Rendre compte de ces recherches dépasserait de loin la portée du présent texte⁴. La première section tentera plutôt

3. Pour une vue d'ensemble du pluralisme juridique, voir Brian Z Tamanaha, *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, Oxford, Oxford University Press, 2021; Ghislain Otis, Jean Leclair et Sophie Thériault, *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, à paraître.

4. L'ouvrage de référence le plus important sur le sujet est celui de John Borrows, *La constitution autochtone du Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020 [Borrows, *Constitution*]. Voir également Treaty Elders of Saskatchewan, *Our Dream Is That Our Peoples Will One Day Be Clearly Recognized as Nations*, Calgary, University of Calgary Press, 2000; Jean-Paul Lacasse,

d'offrir une compréhension générale des principaux concepts et défis liés à la reconnaissance du droit autochtone.

A. Le droit autochtone

La première tâche consiste à parvenir à une définition provisoire du droit autochtone. Nous proposons de définir le droit autochtone principalement en fonction de l'identité de son auteur. Il s'agit donc du droit émanant des communautés, des organismes ou des peuples autochtones. Il est préférable d'adopter une définition inclusive en raison des nombreuses façons dont le droit autochtone s'exprime. Les sources du droit autochtone sont multiples et peuvent être orales ou écrites. Elles peuvent comprendre des sources qui sont familières aux juristes canadiens, comme l'adoption d'un texte par une autorité compétente, et d'autres qui sont moins familières, comme les récits. À cet égard, le professeur John Borrows a indiqué que les sources du droit autochtone comprennent les sources sacrées, naturelles, délibératives, positivistes et coutumières⁵.

Une définition inclusive respecte la capacité d'agir et le choix des Autochtones eu égard à la conception de leurs propres systèmes juridiques. Les peuples autochtones peuvent choisir d'emprunter des outils et des concepts provenant des traditions juridiques occidentales. Cela ne rend pas leur droit moins autochtone ou moins digne de reconnaissance. Une définition étroite risquerait de cantonner les peuples autochtones dans des formes stéréotypées de leur droit. Comme nous l'expliquerons plus loin, définir le droit autochtone en fonction de l'identité de son auteur empêche les juristes non autochtones de porter des jugements quant à son authenticité ou de déterminer si ce droit est suffisamment autochtone pour être reconnu comme tel.

Les Innus et le territoire: Innu tipenitamun, Québec, Septentrion, 2004; Aimée Craft, *Breathing Life Into the Stone Fort Treaty: An Anishinabe Understanding of Treaty One*, Saskatoon, Purich Publishing, 2013; Hadley Friedland, *The Wetiko Legal Principles: Cree and Anishinabek Responses to Violence and Victimization*, Toronto, University of Toronto Press, 2018; Kayanesenh Paul Williams, *Kayanerenkó:wa: The Great Law of Peace*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 2018. L'Indigenous Law Research Unit de l'Université de Victoria a entrepris plusieurs projets de recherche collaborative au sujet du droit autochtone, en ligne (pdf): *University of Victoria*: <www.uvic.ca/law/about/indigenous/indigenoulawresearchunit/index.php>.

5. Borrows, *Constitution*, supra note 4 aux pp 41–85; Val Napoleon, «Thinking About Indigenous Legal Orders» dans René Provost et Colleen Sheppard, dir, *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Dordrecht, Springer, 2013, 229.

Cela met également en évidence le lien entre l'élaboration du droit autochtone et l'autodétermination.

Une définition inclusive permet également d'éviter les controverses sur la définition du droit. Il est impossible de définir le droit dans l'absolu. Chaque système juridique définit pour lui-même ce qu'il considère être du droit. Ainsi, les juristes canadiens adhèrent généralement à une conception positiviste du droit, axée sur les règles établies par l'État ou en vertu de son autorité. Les règles ou les normes qui ne sont pas directement liées à l'État sont généralement reléguées dans la sphère non juridique. Dans cette optique, le droit est centralisé et est l'apanage d'un groupe de professionnels. L'application d'une telle conception aux traditions juridiques autochtones, qui ne partagent pas ces caractéristiques, conduit à l'utilisation de termes non juridiques pour décrire le droit autochtone, tels que « preuve de l'histoire orale » ou « perspective autochtone », ainsi qu'à la minimisation de son statut et de son caractère normatif⁶.

À ce propos, les lois et d'autres sources juridiques canadiennes utilisent fréquemment le concept de « coutume » pour décrire les systèmes ou les normes juridiques autochtones⁷. Dans les traditions juridiques occidentales, la « coutume » est habituellement définie comme étant une pratique généralement considérée comme étant obligatoire⁸. Pourtant, ce n'est pas tout le droit autochtone qui est « coutumier » dans ce sens⁹. Pour éviter une vision réductionniste, il est préférable de considérer ces renvois à la « coutume » comme englobant toutes les formes de droit autochtone et de cesser d'utiliser le concept de « coutume » comme un terme général pour décrire le droit autochtone¹⁰.

6. Napoleon, *supra* note 5 à la p 14.

7. Voir, par exemple, la définition du mot « enfant » et celle de l'expression « conseil de bande » dans la *Loi sur les Indiens*, LRC (1985), c 1-5, art 2, le *Code civil du Québec*, LQ 1991, c 64, arts 199.10, 543.1, ou la variante « droit coutumier » dans la *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*, LTNO 1994, c 26.

8. *Statut de la Cour internationale de justice*, RT Can 1945, no 7, art 38(1)b); voir également Jeremy Webber « The Grammar of Customary Law » (2009) 54:4 RD McGill 579, qui propose le concept de « délibération tacite » afin d'expliquer comment la pratique acquiert sa force obligatoire.

9. Borrows, *Constitution*, *supra* note 4 aux pp 42, 77-78; plus particulièrement, les codes électoraux « coutumiers » ne découlent pas de la coutume dans son sens strict: *Whalen c Première Nation n° 468 de Fort McMurray*, 2019 CF 732, [2019] 4 RCF 217 au para 32 [*Whalen*].

10. *Henry c Première Nation Anishinabe de Roseau River*, 2017 CF 1038 au para 11 [*Henry*]; *Alexander c Conseil coutumier de la Première nation Anishinabe de Roseau River*, 2019 CF 124 au para 8 [*Alexander*].

B. Les traditions juridiques autochtones

Le droit autochtone s'inscrit généralement dans le cadre de traditions juridiques autochtones. Le professeur Patrick Glenn compare une tradition juridique à un « corpus » ou réseau d'informations juridiques. Tous les éléments de ce réseau sont interconnectés et leur signification est éclairée par l'ensemble¹¹. En outre, une tradition juridique est habituellement enracinée dans une culture, une société ou une vision du monde particulière et ne peut être facilement dissociée de celle-ci¹².

Comprendre le droit autochtone dans le contexte de la tradition auquel il appartient représente un défi considérable pour les juristes canadiens formés en droit civil ou en common law, à qui on ne demande qu'occasionnellement d'interagir avec les traditions juridiques autochtones. Cette situation donne lieu aux problèmes de dissociation et de distorsion relevés par le juge en chef Lance Finch de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans sa célèbre allocution « The Duty to Learn »¹³.

Il y a dissociation lorsqu'un juriste non autochtone cherche à utiliser un élément isolé d'une tradition juridique autochtone dans un raisonnement juridique de droit civil ou de common law. L'élément autochtone est dissocié du contexte linguistique de sa formulation et est généralement exprimé au moyen de mots anglais ou français qui ne peuvent que donner une idée approximative de sa signification originale. Par exemple, traduire le concept innu de *ne kupaniem* par « adoption coutumière » ne donne pas une idée juste du fonctionnement de cette institution¹⁴.

11. H Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2014 aux pp 13–14. La conception d'une tradition juridique que propose Glenn est largement conforme à la manière dont les sciences sociales ont considéré la culture au cours des 50 dernières années: Denys Cuhe, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 3^e éd, Paris, La Découverte, 2004.

12. Napoleon, *supra* note 5; Aaron Mills, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today » (2016) 61:4 RD McGill 847.

13. Lance SG Finch, « The Duty to Learn: Taking Account of Indigenous Legal Orders in Practice », document présenté lors du symposium intitulé *Indigenous Legal Orders and the Common Law* de la Continuing Legal Education Society de la Colombie-Britannique, en novembre 2012, en ligne (pdf): <www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Documents_deposes_a_la_Commission/P-253.pdf>; voir aussi Alan Hanna, « Going Circular: Indigenous Legal Research Methodology as Legal Practice » (2020) 65:4 RD McGill 671, notamment aux pp 689–697; Tamanaha, *supra* note 3 aux pp 68–69.

14. Ce point est longuement expliqué dans Sébastien Grammond et Christiane Guay, « Comprendre et reconnaître le droit innu du *nekupaniem/ne kupanishkuem* » (2021) 62:2 C de D 467;

La dissociation des concepts juridiques autochtones de la tradition juridique plus large dans laquelle ils s'inscrivent les prive également de leurs liens avec le réseau de significations qui forme la tradition juridique. Il est difficile pour le juriste non autochtone de comprendre et d'appliquer un concept autochtone précis sans cette compréhension plus large. Pour revenir à l'exemple de l'« adoption coutumière », nous avons réalisé que l'institution juridique innue du *ne kupaniem* ne peut être dissociée d'une compréhension plus large du droit de la famille innu. Il est plus juste de la décrire comme un réaménagement des responsabilités au sein de la famille élargie innue que comme une « adoption »¹⁵.

La distorsion, quant à elle, découle du fait que l'information sur une tradition juridique autochtone est souvent transmise par des personnes non autochtones, qu'il s'agisse de juristes, d'historiens ou d'anthropologues. Ainsi, les descriptions du droit autochtone peuvent être empreintes de stéréotypes, de généralisations ou de simples répétitions d'erreurs historiques. On a également tendance à décrire le droit autochtone en fonction des catégories du droit occidental, masquant ainsi les différences structurelles ou les concepts qui n'ont pas d'équivalent direct¹⁶. De plus, l'autorité associée à la jurisprudence ou aux publications universitaires peut éclipser l'autorité des gardiens du savoir autochtone et priver les peuples autochtones du contrôle de leurs propres lois.

L'arrêt *Sundown*¹⁷ de la Cour suprême du Canada donne un exemple de dissociation et de distorsion. La Cour a reconnu qu'un droit issu de traités de chasser sur des terres de la Couronne inclut le droit de construire une cabane pour faciliter les expéditions de chasse. Le juge Cory a toutefois poursuivi en déclarant que « [t]out droit sur la cabane de chasse est un droit collectif »¹⁸ qui appartient à la Première Nation, et non à M. Sundown qui l'a construite. Ainsi, M. Sundown ne pourrait pas interdire l'accès à la cabane à d'autres membres de la Première

voir aussi *Restoule v Canada (AG)*, 2018 ONSC 7701 aux para 444–448, appel accueilli en partie, 2021 ONCA 779 [*Restoule*].

15. *Ibid*; voir aussi Christiane Guay, Sébastien Grammond et Catherine Delisle-L'Heureux, « La famille élargie : incontournable chez les Innus » (2018) 64:1 Service social 103; *K (SK) v S (J)*, [1999] NWTJ n° 94 (CS TN-O).

16. John Borrows, « Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers: Indigenous Law and Legal Education » (2016) 61:4 RD McGill 795.

17. *R c Sundown*, [1999] 1 RCS 393, 1999 CanLII 273 (CSC).

18. *Ibid* au para 36.

Nation. Apparemment, cela s'appuyait sur des éléments de preuve selon lesquels les expéditions de chasse étaient de nature communautaire. Il est cependant loin d'être évident que la déduction du juge Cory soit conforme aux lois de la communauté en question. Malgré cela, en raison de l'autorité associée aux arrêts de la Cour suprême, l'arrêt *Sundown* court le risque d'être considéré comme le reflet fidèle du droit cri et, finalement, d'induire une distorsion de celui-ci. De plus, on pourrait être tenté de généraliser cette décision à des communautés situées ailleurs au pays, sans égard au véritable contenu de leur droit. Par exemple, le droit innu confie plutôt la gérance d'une région particulière à un chasseur d'expérience, qui peut décider qui peut chasser dans la région¹⁹.

C. Évolution et authenticité

Dans l'imaginaire colonial, les peuples autochtones sont souvent associés au passé, et la modernité est considérée comme étant non autochtone par nature. Cela explique peut-être la tendance du droit canadien à ne reconnaître que les aspects de la culture ou du droit autochtone qui sont considérés comme authentiques en raison de leur ancrage dans le passé. Un exemple bien connu est l'accent que la jurisprudence portant sur les droits ancestraux met sur les « pratiques antérieures au contact avec les Européens ». De ce point de vue, l'évolution serait le contraire de l'authenticité.

Pourtant, à l'instar d'autres éléments de la culture, le droit est en processus de changement continu. Les traditions juridiques sont en constante évolution et, dans ce processus, elles ne sont pas à l'abri des influences extérieures²⁰. Toutes les traditions juridiques empruntent à d'autres traditions. À cet égard, les traditions juridiques autochtones ne sont pas différentes du droit civil ou de la common law.

La prise en compte des droits fondamentaux donne un exemple de l'évolution des traditions juridiques autochtones. Plusieurs communautés autochtones ont adopté des constitutions qui protègent les

19. Lacasse, *supra* note 4 aux pp 41–44, 73–74. Pour des thèmes semblables concernant un groupe autochtone différent, voir Sarah Morales et Brian Thom, « The Principle of Sharing and the Shadow of Canadian Property Law » dans Angela Cameron, Sari Graben et Val Napoleon, dir, *Creating Indigenous Property: Power, Rights and Relationships*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, 120.

20. Glenn, *supra* note 11, aux pp 23–27.

droits fondamentaux²¹. Certaines traditions contraires aux droits fondamentaux ont été abandonnées²².

Il s'ensuit qu'il est difficile d'appliquer le concept d'authenticité aux traditions juridiques. Évaluer leur authenticité en fonction d'un passé lointain aurait pour effet d'immobiliser les traditions juridiques autochtones; le faire en fonction d'un contenu idéal « authentique » pourrait imposer les stéréotypes de la société coloniale. Il est vrai que la revitalisation des traditions juridiques autochtones peut viser à rendre celles-ci plus authentiques, c'est-à-dire davantage conformes aux visions du monde autochtone. Dans ce processus, les peuples autochtones peuvent choisir les éléments du passé qui guideront leur avenir. Toutefois, cela ne signifie pas que les juristes non autochtones doivent soumettre le droit autochtone à un examen d'authenticité avant de le reconnaître. Ils devraient plutôt accepter que les traditions juridiques autochtones puissent évoluer à la suite de délibérations au sein de la communauté, qui seule peut décider ce qu'elle considérera comme authentique²³. L'important n'est pas le résultat final, mais qui contrôle le processus.

II. LES RELATIONS ENTRE LES SYSTÈMES JURIDIQUES

Dans les pages qui suivent, nous comparons deux modèles d'interaction entre le système juridique canadien et le système juridique autochtone, à savoir la *délégation* de pouvoirs législatifs du système juridique canadien aux organismes autochtones et la *reconnaissance* par le système juridique canadien des pouvoirs législatifs préexistants, ou inhérents, des peuples autochtones. La comparaison s'articule autour de quatre questions : quel acteur juridique canadien prend l'initiative d'établir un lien avec le droit autochtone? Comment le droit autochtone est-il exprimé de manière à être intelligible pour les juristes non autochtones? À qui et à quel territoire le droit autochtone s'applique-t-il? Et quelles contraintes ce lien impose-t-il au contenu du droit autochtone?

21. Chris Alcantara et Greg Whitfield, « Aboriginal Self-Government Through Constitutional Design: A Survey of Fourteen Aboriginal Constitutions in Canada » (2010) 44:2 J Can Stud 122; Alex Geddes, « Indigenous Constitutionalism Beyond Section 35 and Section 91(24): The Significance of First Nations Constitutions in Canadian Law » (2019) 3:1 Lakehead LJ 1.

22. Borrows, *Constitution*, *supra* note 4 à la p 70; voir aussi *Harpe v Massie and Ta'an Kwäch'an Council*, 2006 YKSC 1 aux para 5–91 [*Harpe*].

23. Borrows, *Constitution*, *supra* note 4 aux pp 60–61; Napoleon, *supra* note 5.

En établissant cette comparaison, nous ne souhaitons pas insinuer que le modèle de la délégation est inférieur ou devrait être délaissé. Les peuples autochtones peuvent trouver des avantages à utiliser les mécanismes de délégation existants ou à en négocier de nouveaux. Néanmoins, on peut aisément constater que la reconnaissance recèle un potentiel inexploité.

Nous ne souhaitons pas non plus laisser entendre que la délégation et la reconnaissance sont les seuls moyens d'établir des relations respectueuses entre le droit canadien et le droit autochtone. L'exercice de pouvoirs discrétionnaires par des acteurs du système juridique canadien constitue un terreau fertile pour l'inclusion d'enseignements issus des traditions juridiques autochtones, notamment en matière de détermination de la peine ou de droit de la famille²⁴. Toutefois, le caractère juridique de ces enseignements n'est pas toujours reconnu clairement, par exemple lorsque la Cour suprême mentionne les « notions traditionnelles de sanction chez les autochtones »²⁵ ou les « conceptions du monde » de ceux-ci²⁶. Les institutions juridiques ont aussi adapté leurs propres processus en s'inspirant à des degrés divers des traditions juridiques autochtones. Les cercles de détermination de la peine, les « tribunaux *Gladue* » ou les tribunaux autochtones en constituent des exemples frappants²⁷. La médiation peut aussi permettre de donner une plus grande voix aux traditions juridiques autochtones²⁸.

De plus, les peuples autochtones s'abstiennent parfois volontairement de solliciter la reconnaissance de leurs traditions juridiques par le système juridique canadien. Par exemple, l'*Accord définitif Nisga'a* définit la « loi » (« law ») comme excluant explicitement les « *Ayuukh/Nisga'a* ou les *Ayuuk* », c'est-à-dire les « lois traditionnelles et [les] pratiques traditionnelles de la Nation Nisga'a ». Cela a été fait à dessein, afin de

24. Sébastien Grammond et Christiane Guay, « L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption » (2018) 48 RGD 123; Benjamin Ralston, « Legal Pluralism in the Sentencing of Indigenous Persons in Canada: The Nascent Jurisprudence / Pluralisme juridique dans la détermination de la peine des délinquants autochtones au Canada: la jurisprudence naissante » dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit des autochtones* (2021), Cowansville (QC), Yvon Blais, 2021, 493; Marie-Andrée Denis-Boileau et Marie-Eve Sylvestre, « *Ipeelee* and the Duty to Resist » (2018) 51:2 UBC L Rev 548.

25. *R c Gladue*, [1999] 1 RCS 688, 1999 CanLII 679 (CSC) au para 70.

26. *R c Ipeelee*, 2012 CSC 13 au para 74, [2012] 1 RCS 433.

27. Ralston, *supra* note 24.

28. Voir, par exemple, *Henry*, *supra* note 10.

protéger ces traditions du risque de distorsion qui découlerait de leur interprétation et de leur application par les tribunaux canadiens²⁹.

A. Le modèle de la délégation

Le modèle de la délégation est celui que les juristes formés au droit canadien connaissent le mieux. Ce modèle s'appuie sur le concept bien connu de la délégation des pouvoirs administratifs pour expliquer la création du droit autochtone. Il s'agit d'une forme de pluralisme juridique au sein de l'État. Sa première manifestation a été l'attribution de pouvoirs limités de gouvernement local aux conseils de bande dans les premières versions de la *Loi sur les Indiens*³⁰. Associée à l'imposition du système électoral, l'intention était d'éliminer les traditions juridiques autochtones et d'intégrer les peuples autochtones à l'État en tant que municipalités.

Au cours des 40 dernières années, de nombreuses initiatives d'autonomie gouvernementale se sont traduites par l'élargissement de la gamme de pouvoirs délégués aux Premières Nations. À titre d'exemple, celles-ci peuvent se soustraire à l'application de certains articles de la *Loi sur les Indiens* et exercer des pouvoirs plus étendus en matière de gestion des terres ou de fiscalité³¹. Un nombre croissant d'accords et de traités d'autonomie gouvernementale reconnaissent un large éventail de compétences aux gouvernements des Premières Nations participantes³². La professeure Naiomi Metallic a même proposé la

29. Ghislain Otis, « Constitutional Recognition of Aboriginal and Treaty Rights: A New Framework for Managing Legal Pluralism in Canada? » (2014) 46:3 J of Legal Pluralism and Unofficial Law 320.

30. *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, SC 1869, c 6, art 10.

31. Voir plus particulièrement la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, LC 1999, c 24, la *Loi sur la gestion financière des premières nations*, LC 2005, c 9, et la *Loi sur les élections au sein des premières nations*, LC 2014, c 5. Voir aussi la *Loi sur l'éducation des Mi'kmaq*, LC 1998, c 24, la *Loi sur la compétence des premières nations en matière d'éducation en Colombie-Britannique*, LC 2006, c 10, et la *Loi sur l'Accord en matière d'éducation conclu avec la Nation des Anishinabes*, LC 2017, c 32.

32. Voir, entre autres, la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, LC 1994, c 35, l'*Accord définitif niska'a*, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca/collections/collection_2013/aadnc-aandc/R72-289-2000-fra.pdf>, et l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, LC 2005, c 27. Il n'est pas facile de classer les traités comme instruments de délégation ou de reconnaissance. Cependant, dans la mesure où ils sont validés par des lois fédérales et provinciales ou territoriales et prétendent accorder des compétences aux gouvernements autochtones, le droit canadien peut avoir tendance à les considérer

possibilité de faire un usage plus important et plus créatif des pouvoirs actuellement conférés par la *Loi sur les Indiens*³³.

1. Initiative

Dans le cadre du modèle de la délégation, les tribunaux ne prennent pas l'initiative de reconnaître le droit autochtone. Cette reconnaissance découle plutôt de décisions prises par le pouvoir législatif ou exécutif et exprimées dans des lois ou des traités, que nous appellerons « signaux législatifs ». Le droit autochtone adopté en vertu d'une délégation est considéré comme faisant partie du droit canadien, et les tribunaux canadiens peuvent l'appliquer. La loi prévoyant la reconnaissance peut indiquer quel tribunal est compétent³⁴.

Si le modèle de la délégation est généralement considéré sous l'angle du droit public, le droit autochtone peut également être reconnu par l'intermédiaire de mécanismes relevant du droit privé³⁵. Par exemple, les documents constitutifs d'une société peuvent refléter des principes de droit autochtone ou renvoyer à ceux-ci³⁶.

2. Mode d'expression

Dans le modèle de la délégation, il n'y a aucune ambiguïté quant à l'identité de l'entité autochtone ayant le pouvoir de faire des lois, car elle est identifiée dans la législation opérant délégation. Il s'agit presque toujours du conseil d'une Première Nation locale, qu'il soit constitué en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou d'une loi plus récente sur l'autonomie gouvernementale. En outre, l'adoption de lois importantes, telles qu'un code d'appartenance ou un code foncier, doit être approuvée par les membres de la Première Nation, lors d'un

principalement comme une forme de délégation. Voir, par exemple, *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) v Canada (AG)*, 2013 BCCA 49.

33. Naomi Metallic, « Indian Act By-Laws: A Viable Means for First Nations to (Re)Assert Control Over Local Matters Now and not Later » (2016) 67 UNBLJ 211.

34. Voir, par exemple, la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, *supra* note 32, art 15.

35. Douglas Sanderson, « Commercial Law and Indigenous Sovereignty: It's a Nice Idea, but How Do You Build It in Canada? » (2012) 53:1 Can Bus LJ 92.

36. *Big River First Nation c Agency Chiefs Tribal Council Inc*, 2020 SKQB 273 aux para 4, 16, appel accueilli, 2022 SKCA 16 [*Big River*].

référendum³⁷. Dans de rares cas, d'autres entités participent au processus législatif³⁸ ou des pouvoirs sont conférés à une entité régionale³⁹.

L'adoption de lois autochtones selon le modèle de la délégation doit respecter les exigences formelles du droit occidental. Ainsi, dans le cadre de ce modèle, les lois autochtones doivent généralement être écrites et rendues accessibles au public⁴⁰. Cela est certainement utile pour les citoyens qui doivent s'y conformer et pour les juges qui doivent les appliquer. De plus, l'identification précise de l'organe habilité à adopter des lois réduit considérablement le risque de conflit entre des sources d'autorité concurrentes au sein des communautés autochtones.

En fait, ces caractéristiques du modèle de la délégation rendent le droit autochtone intelligible pour les juges, les avocats et les fonctionnaires non autochtones. Autrement dit, les collectivités autochtones portent le fardeau d'exprimer leurs lois d'une manière compréhensible pour la société non autochtone ou de faire en sorte que leurs lois s'inscrivent dans le moule occidental. Cela est sans doute inévitable lorsque ces lois sont destinées à s'appliquer à des non-Autochtones⁴¹. Cependant, exiger que les collectivités autochtones utilisent le langage du droit occidental rend plus difficile l'adoption de lois qui mettent en valeur la gamme complète des sources et des pratiques des traditions juridiques autochtones.

3. *Champ d'application*

Dans le modèle de la délégation, le champ d'application territorial et personnel des pouvoirs délégués est défini, explicitement ou implicitement, par les dispositions de la loi opérant délégation. La plupart des pouvoirs accordés par la *Loi sur les Indiens* sont limités territorialement à la réserve de la Première Nation concernée⁴². Ainsi,

37. *Loi sur les Indiens*, supra note 7, art 10; *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, supra note 31, art 12.

38. Voir, par exemple, *ibid*, art 8, et la *Loi sur la gestion financière des premières nations*, supra note 31, art 16 et s (constituant la Commission de la fiscalité des premières nations).

39. Voir, par exemple, *l'Accord définitif niska'a*, supra note 32, et la *Loi sur l'accord concernant la gouvernance de la nation crie d'Eeyou Istchee*, LC 2018, c 4, art 1.

40. Voir, par exemple, la *Loi sur l'éducation des Mi'kmaq*, supra note 31, art 9.

41. Comme dans le cas de la *Loi sur la gestion financière des premières nations*, supra note 31.

42. *R c Lewis*, [1996] 1 RCS 921, 1996 CanLII 243 (CSC); *Bande indienne de St. Mary's c Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 RCS 657, 1997 CanLII 364 (CSC).

un règlement pris en vertu de la *Loi sur les Indiens* s'appliquerait aux non-membres qui sont présents dans la réserve, mais ne s'appliquerait pas aux membres qui sont à l'extérieur de la réserve.

Les régimes d'autonomie gouvernementale plus récents ont recours à une combinaison de pouvoirs territoriaux et personnels pour adapter les pouvoirs d'une collectivité autochtone aux circonstances. Par exemple, la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon* établit trois grandes catégories de pouvoirs législatifs. Les pouvoirs concernant la gestion interne d'une Première Nation ne sont soumis à aucune limitation territoriale. Les pouvoirs concernant la fourniture de services aux citoyens d'une Première Nation ou certaines questions liées au statut personnel des citoyens (telles que l'adoption ou les règles de transmission successorale) s'appliquent dans tout le Yukon et pas seulement sur les terres de la Première Nation. Autrement dit, l'étendue de la compétence est définie principalement en fonction de la personne et non du territoire. Ensuite, les pouvoirs relatifs aux questions locales peuvent être exercés à l'égard de toute personne présente sur les terres d'une Première Nation, qu'elle soit citoyenne ou non. L'étendue de la compétence est alors définie en fonction du territoire et non de la personne. Lorsque les pouvoirs sont accordés à titre personnel, une question récurrente est de savoir si la compétence est facultative ou, en d'autres termes, si les membres d'un groupe autochtone peuvent « se soustraire » à l'application des lois du groupe⁴³.

4. Contraintes

L'exercice d'un pouvoir délégué s'accompagne d'un certain nombre de contraintes, dont la plus importante est qu'il doit respecter les limites de la délégation. Ainsi, des différends peuvent survenir quant à l'interprétation de l'étendue des pouvoirs délégués aux groupes autochtones. Dans certains cas, les tribunaux donnent une interprétation étroite à ces pouvoirs⁴⁴, surtout lorsque la *Loi sur les Indiens* est en cause⁴⁵. Les lois

43. Ghislain Otis, « L'autonomie gouvernementale autochtone et l'option de loi en matière de statut personnel » (2014) 55:3 C de D 583; Ghislain Otis, « Individual Choice of Law for Indigenous Peoples in Canada: Reconciling Legal Pluralism With Human Rights » (2018) 8 UC Irvine L Rev 207.

44. Pour un exemple d'une telle interprétation, voir *Kikino Metis Settlement v Abtosway*, 2018 ABCA 199.

45. Voir, par exemple, *Laforme c Mississaugas of the New Credit First Nation*, [2000] 4 CNLR 118 (CAF), 2000 CanLII 15488 (CAF).

mettant en œuvre diverses formes d'autonomie gouvernementale tendent à recevoir une interprétation plus généreuse⁴⁶.

Les accords ou les lois concernant l'autonomie fixent parfois des contraintes de fond à l'exercice des pouvoirs délégués. Par exemple, l'*Accord définitif niska'a* confère un large éventail de pouvoirs législatifs au gouvernement Niska'a Lisims, mais fixe également certaines balises pour leur exercice. Ainsi, le pouvoir de légiférer en matière d'éducation et de services à l'enfance et à la famille est assujéti à l'obligation de respecter les normes provinciales⁴⁷. L'Accord demeure ambigu quant à la manière dont cette exigence et d'autres exigences semblables doivent être mises en œuvre.

Comme tout exercice d'un pouvoir délégué, les lois autochtones adoptées selon le modèle de la délégation sont assujétiées à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁸. De nombreux traités ou accords d'autonomie gouvernementale récents le précisent⁴⁹. L'application de la *Charte* au droit autochtone soulève un certain nombre de questions qui ne peuvent être analysées à fond ici, notamment l'application contextuelle de l'article premier, qui prévoit que les droits protégés par la *Charte* peuvent faire l'objet de limites raisonnables⁵⁰, et les effets de l'article 25, qui prévoit que les droits protégés par la *Charte* ne portent pas atteinte aux droits ancestraux et issus de traités et aux autres droits des peuples autochtones⁵¹.

En résumé, le modèle de la délégation fournit une interface offrant un certain espace pour les lois autochtones dans un cadre familier aux

46. *Canadien Pacifique Ltée c Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 RCS 3, 1995 CanLII 145 (CSC) aux para 18, 52–53, 144; *Société des loteries et des jeux de l'Ontario c Première Nation des Missis-saugas de Scugog Island*, 2019 CF 813 aux para 46–51; *Canadian Natural Resources Limited v Fishing Lake Métis Settlement*, 2022 ABQB 53 aux para 49–78.

47. *Accord définitif niska'a*, supra note 32, arts 89, 100, 104.

48. Voir *R v Campbell* (1996), (1996) 142 DLR (4th) 496, 112 CCC (3^d) 107 (CA Man); *Scrimbitt c Conseil de la bande indienne Sakimay*, [2000] 1 CF 513 (1^{re} inst); *R v Winter*, 2008 CanLII 66155 (ON SC); *Chisasibi Band v Napash*, 2014 QCCQ 10367.

49. Voir, par exemple, l'*Accord définitif niska'a*, supra note 32, art 9, la *Constitution des Tlicho*, art 2.3, l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit au Labrador*, supra note 32, art 2.18.1, l'*Accord définitif de la Première Nation de Tsawwassen*, en ligne (pdf) : <www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fr/1100100022706/1617737111330>, art 9, et l'*Accord définitif des premières nations maa-nulthes*, LC 2009, c 18, art 1.3.2.

50. Voir *Grismer c Première Nation Squamish*, 2006 CF 1088; *Miller c Mohawk Council of Kahnawà:ke*, 2018 QCCS 1784.

51. *R c Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 RCS 483; *Dickson v Vuntut Gwitchin First Nation*, 2021 YKCA 5 [Dickson].

juristes non autochtones. Pour cette raison, cependant, il n'est pas en mesure d'embrasser pleinement les traditions juridiques autochtones.

B. Le modèle de la reconnaissance

Bien que le modèle de la délégation exige que le droit autochtone s'inscrive dans la pyramide des normes dont la Constitution est le sommet, il existe une autre possibilité. On peut considérer que le droit autochtone repose sur sa propre légitimité politique, indépendamment de la Constitution de l'État ou de l'ordre juridique qu'elle crée. Le droit autochtone serait dans une position semblable à celle du droit étranger, que le droit national peut reconnaître même si sa source de validité réside ailleurs. Dans ce contexte, la reconnaissance désigne la décision d'un système juridique selon laquelle une situation particulière est régie par un autre système juridique indépendant. En ce sens, le droit international privé est un réseau de règles de reconnaissance. Bien que les règles techniques du droit international privé ne régissent pas directement les relations entre le droit canadien et le droit autochtone⁵², le concept général de reconnaissance conserve toute sa pertinence.

Dans le cadre de ce modèle, les institutions de l'État conservent un rôle important. Il faut décider quelles lois autochtones doivent être reconnues, comment le contenu de ces lois peut être transmis aux acteurs juridiques non autochtones, qui sera soumis à ces lois et si les lois autochtones ou les décisions juridiques seront soumises à une forme de contrôle. Ces choix peuvent être le résultat d'une loi, d'une entente ou d'une décision judiciaire.

Depuis le début de leur histoire, les États-Unis ont adopté ce modèle en se fondant sur la « souveraineté résiduelle » des peuples autochtones. D'autres pays, comme l'Afrique du Sud, reconnaissent largement la « coutume » autochtone⁵³. Au Canada, la reconnaissance du droit autochtone aux premiers temps de la colonisation britannique a été balayée par les politiques d'assimilation des XIX^e et XX^e siècles

52. *Beaver c Hill*, 2018 ONCA 816 aux para 17–18 [*Beaver*].

53. Voir l'article 211(3) de la Constitution de l'Afrique du Sud: [traduction] « Les tribunaux doivent appliquer le droit coutumier lorsque ce droit est applicable, sous réserve de la Constitution et de toute loi qui traite spécialement du droit coutumier. » Voir aussi Charlotte Chicoine-Wilson, « La reconnaissance de l'autonomie judiciaire autochtone en Colombie: entre réconciliation et convivialité » (2016) 48:2 RD Ottawa 447.

incarnées par la *Loi sur les Indiens*. Aujourd'hui, le paradigme de la reconnaissance refait surface⁵⁴.

1. Initiative

Dans quelles situations le système juridique canadien reconnaît-il le droit autochtone en dehors du modèle de la délégation? Les tribunaux canadiens le font parfois de leur propre chef. En théorie, c'est la position par défaut. En pratique, cependant, les tribunaux canadiens n'ont pas réussi à exploiter pleinement cette possibilité. Ils ont généralement attendu des « signaux législatifs » et commencent lentement à prendre la mesure des effets de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur la reconnaissance du droit autochtone.

Le droit impérial britannique fournit le fondement conceptuel de la reconnaissance du droit autochtone. Dans ses entreprises coloniales, la Grande-Bretagne permettait aux peuples autochtones de conserver leurs systèmes juridiques, à tout le moins en ce qui a trait à leurs affaires internes⁵⁵. À cet égard, la Cour suprême du Canada a souligné que « les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté »⁵⁶, un phénomène appelé « doctrine de la continuité ».

Toutefois, pour des raisons qui peuvent être liées au rapport démographique entre les peuples autochtones et la population canadienne non autochtone, ce principe a été plus souvent violé que respecté⁵⁷. Depuis les débuts de la Confédération jusqu'à récemment, c'est presque exclusivement en matière de mariage et d'adoption que les

54. Kent McNeil, « Shared Indigenous and Crown Sovereignty: Modifying the State Model » (2020), en ligne (pdf) : *Osgoode Hall Law School of York University* <digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/2815/>.

55. Mark D Walters, « The "Golden Thread" of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the *Constitution Act, 1982* » (1999) 44 RD McGill 711; Tamanaha, *supra* note 3, aux pp 58–66; Ralston, *supra* note 24.

56. *Mitchell c MRN*, 2001 CSC 33 au para 10, [2001] 1 RCS 911 [*Mitchell*]; voir aussi *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507, 1996 CanLII 216 (CSC) au para 263 (la juge McLachlin, dissidente).

57. Sébastien Grammond, « La réception des systèmes juridiques autochtones au Canada » dans Albert Breton et al, dir, *Le multijuridisme: manifestations, causes et conséquences*, Paris, Éditions ESKA, 2010, 55; Alan Hanna, « Spaces for Sharing: Searching for Indigenous Law on the Canadian Legal Landscape » (2018) 51 UBCL Rev 105.

tribunaux canadiens ont reconnu le droit autochtone⁵⁸. En particulier, le droit pénal substantiel canadien a été imposé aux peuples autochtones sans aucune concession aux traditions juridiques autochtones⁵⁹. Plus récemment, les tribunaux ont refusé de reconnaître le droit autochtone en matière de gouvernance des organisations⁶⁰ ou de questions environnementales⁶¹.

En fait, c'est principalement à la suite de « signaux législatifs » que les tribunaux et les autres acteurs juridiques ont reconnu le droit autochtone. Ainsi, depuis ses débuts, la *Loi sur les Indiens* prévoit que le conseil d'une bande peut être « choisi selon la coutume de celle-ci » et que le mot « enfant » comprend « les enfants adoptés selon la coutume indienne ». Les traités conclus avec les Inuits définissent leurs bénéficiaires comme une personne considérée comme « un Inuk au sens des us et coutumes des Inuit »⁶². La *Loi sur la faune et la flore*⁶³ du Nunavut nomme et définit huit concepts de *Qaujimaqatugangit* inuit qui sont applicables en vertu de cette Loi. Un mécanisme de reconnaissance de l'« adoption coutumière » autochtone est désormais en place dans plusieurs provinces et territoires⁶⁴. Le renvoi aux

58. Cynthia L Baldassi, «The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts and Convergences» (2006) 39 UBC L Rev 63; Ghislain Otis, dir, *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013. Les affaires les plus connues sont *Connolly v Woolrich*, (1867), 11 LCJ 197, 17 RJRQ 75 (CS), conf sub nom *Johnstone v Connolly* (1869), 17 RJRQ 266, 1 CNLC 151 (QC CA); *Casimel v Insurance Corp of British Columbia*, 1993 CanLII 1258 (BC CA), (1993), 106 DLR (4th) 720 (CAC-B) [*Casimel*].

59. Hugues Melançon, « Une analyse pluraliste des conceptions juridiques autochtones devant les tribunaux de juridiction pénale au Canada » (1997) 12:2 RCDS 159; Val Napoleon et Jim Henshaw, *Mikomosis and the Wetiko*, Victoria, University of Victoria, 2013; voir aussi *Thomas v Norris*, [1992] 2 CNLR 139 (CSC-B) [*Thomas*].

60. *Gitga'at Development Corp v Hill*, 2007 BCCA 158; *Council of the Wasauksing First Nation v Wasausink Lands Inc*, [2004] 2 CNLR 355 (ON CA), 2004 CanLII 15484 (ON CA) aux para 94–98; voir cependant *Spookw c Gitksan Treaty Society*, 2017 BCCA 16 en particulier aux para 51–54, 63–64 [*Spookw*]; *Big River*, supra note 36.

61. *Coastal GasLink Pipeline Ltd v Huson*, 2019 BCSC 2264 aux para 127 et s.

62. *Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, LC 1993, c 29, art 35.3.1; *Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, arts 3.1.1 et 3.3.2; *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, c 3A; voir Sébastien Grammond, « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik: un cas de réception de l'ordre juridique inuit? » (2008) 23 RCDS 93.

63. *Loi sur la faune et la flore*, LNun 2003, c 26, art 8; voir aussi la *Loi sur l'éducation*, LNun 2008, c 15, art 1(2), et la *Loi sur la protection de la langue inuit*, LNun 2008, c 17, art 27.1.

64. *Adoption Act*, RSBC 1996, c 5, art 46; *Code civil du Québec*, arts 132.0.1, 199.10 et 543.1; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, LY 2008, c 1, art 134; *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*, LTN-O, c 26 (s'applique aussi au Nunavut); voir, à cet égard, *RA, as Guardian ad litem for her minor child, IA v SK and DK*, 2017 NUCJ 5.0

« connaissances autochtones », dans la récente *Loi sur l'évaluation d'impact*⁶⁵, pourrait comprendre le droit autochtone. Tous ces exemples ont en commun le fait qu'ils ciblent une question juridique relativement étroite et demandent aux juges ou à d'autres responsables juridiques de la résoudre par l'application du droit autochtone. Une forme de reconnaissance plus ambitieuse découle de la Constitution du Nunatsiavut, qui fait du droit coutumier inuit le « droit sous-jacent » des Inuits et prévoit son application simultanée avec les lois écrites⁶⁶.

De plus, comme nous l'avons mentionné plus haut⁶⁷, l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux ou à d'autres acteurs du droit canadien peut équivaloir à un signal implicite de reconnaître le droit autochtone. En d'autres termes, le droit autochtone ou l'issue d'un processus juridique autochtone peut être un facteur pertinent en ce qui a trait à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'acteur du droit canadien.

Certains ont affirmé que la reconnaissance des lois autochtones est un droit ancestral protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁸. Toutefois, dans l'arrêt *R c Pamajewon*⁶⁹, la Cour suprême du Canada a assujéti ces revendications au critère strict de la preuve des droits ancestraux, qui exige celle d'une pratique existant avant l'arrivée des Européens et faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone. En conséquence, ce type de revendication est devenu beaucoup moins attrayant et les quelques tentatives pour obtenir la reconnaissance du droit autochtone en se fondant sur l'article 35 ont échoué⁷⁰.

L'article 35 a tout de même mené à la reconnaissance de certaines formes de droit autochtone en dehors du cadre de l'arrêt *Pamajewon*. Cela découle de la nature collective des droits autochtones, qui appelle

65. *Loi sur l'évaluation d'impact*, LC 2019, c 28, art 1.

66. Voir Constitution du Nunatsiavut, c 9, en ligne (pdf) : <www.nunatsiavut.com/wp-content/uploads/2015/07/CIL-31-12-2012-N-3-Nunatsiavut-Constitution-Act.pdf>.

67. Voir *supra* à la note 24.

68. Par exemple, dans *Casimel*, *supra* note 58; voir aussi les *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones* (2018), plus particulièrement le principe n° 4, en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes-principles.html>.

69. *R c Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821, 1996 CanLII 161 (CSC) [*Pamajewon*].

70. *Mississauga of Scugog Island First Nation v National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada*, 2007 ONCA 814; *Conseil des Innus de Pessamit c Association des policiers et policières de Pessamit*, 2010 CAF 306.

une forme de gestion collective de leur exercice, par l'entremise de normes adoptées par la communauté détentrice des droits. Ainsi, dans l'arrêt *R c Powley*⁷¹, la Cour suprême du Canada a invité les organisations métisses à adopter des règles d'appartenance qui permettraient de déterminer qui peut exercer les droits que l'article 35 reconnaît aux Métis⁷². La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il faut se tourner vers le droit autochtone pour décider qui est le véritable titulaire des droits ancestraux⁷³. La Cour d'appel de l'Ontario a également reconnu qu'un groupe autochtone peut « inviter » les membres d'un autre groupe à exercer ses droits de chasse issus d'un traité, conformément à ses propres lois⁷⁴.

Le potentiel de l'article 35 n'a pas été complètement exploré. Une décision récente rappelle que les traités relèvent tout autant du droit autochtone que du droit canadien et intègre la perspective juridique autochtone dans leur interprétation⁷⁵. L'obligation de consulter qui découle de l'article 35 peut ouvrir la porte à la reconnaissance du droit autochtone en matière de gestion du territoire⁷⁶. La Cour d'appel du Québec a récemment affirmé que la reconnaissance de certaines catégories de lois autochtones est un droit ancestral « générique » qui n'est pas assujéti au critère énoncé dans l'arrêt *Pamajewon*⁷⁷. Cette décision s'inscrit dans le sillage de la déclaration du Parlement selon laquelle « [l]e droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprend la

71. *R c Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 RCS 207.

72. Voir Kelly Saunders et Janique Dubois, *Métis Politics and Governance in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2019.

73. *William v British Columbia*, 2012 BCCA 285 au para 149, inf pour d'autres motifs, *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 256.

74. *R v Meshake*, 2007 ONCA 337; *R v Shipman*, 2007 ONCA 338.

75. *Restoule*, *supra* note 14; en appel, cette question n'a pas été abordée. Pour des exemples d'une perspective autochtone au sujet des traités, voir Treaty Elders of Saskatchewan, *supra* note 4; Leanne Simpson, « Looking After Gdoo-naaganinaa: Precolonial Nishnaabeg Diplomatic and Treaty Relationships » (2008) 23:2 *Wicazo Sa Rev* 29; Craft, *supra* note 4.

76. Jean Leclair, Martin Papillon et Hubert Forget, « Les protocoles de consultation autochtones au Canada : un modèle de convergence des systèmes juridiques autochtones et étatique? » (2019) 49:2 *Recherches amérindiennes au Québec* 25.

77. *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, aux para 468-94 (en appel à la Cour suprême); Brian Slattery, « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000) 79:2 *R du B can* 196, aux pp 212-15. Voir aussi *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c Canada (PG)*, 2016 TCDP 2 au para 106.

compétence en matière de services à l'enfance et à la famille»⁷⁸. Les effets de ces formes de reconnaissance législative demeurent à préciser. De la même manière, les tribunaux auront à se pencher sur les conséquences de la loi fédérale endossant la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* des Nations Unies.

2. Mode d'expression

Contrairement à la délégation, les mécanismes de la reconnaissance n'exigent pas que les lois autochtones soient écrites et fassent l'objet d'un processus formel d'adoption. En principe, la reconnaissance peut viser un large éventail de sources. Cette ouverture a cependant un coût. Les juristes formés aux traditions juridiques occidentales ne disposent habituellement pas des outils nécessaires pour comprendre les sources juridiques autochtones sans donner lieu aux problèmes de distorsion et de dissociation mentionnés plus haut. Il est donc en quelque sorte nécessaire de « traduire » les lois autochtones en quelque chose d'intelligible pour les institutions juridiques canadiennes.

Cette traduction peut prendre différentes formes, allant des affirmations faites par un justiciable particulier à la preuve des pratiques communautaires actuelles, en passant par le témoignage des Aînés sur les mythes fondateurs de leur peuple. Dans le cadre du présent article, nous ne pouvons que faire allusion à certaines questions soulevées par ce processus, car les solutions devront être élaborées à mesure que nous acquerrons collectivement de l'expérience.

Le défi le plus évident pour les juges non autochtones est d'identifier un porte-parole légitime au sein de la communauté autochtone. Cela est particulièrement difficile dans les cas de désaccord interne ou lorsque des individus autochtones semblent agir sans aucune forme de soutien communautaire⁷⁹. Les tribunaux devront probablement mettre au point des processus de validation pour s'assurer que la preuve du droit autochtone soit présentée par des représentants légitimes. À cet égard, la Cour fédérale a récemment fait l'annonce d'un processus permettant de nommer des assesseurs de droit autochtone

78. *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, LC 2019, c 24, art 18. De la même manière, le préambule de la *Loi de 2017 sur les services à l'enfance, à la jeunesse et à la famille*, LO 2017, c 14, ann 1, reconnaît que les Premières Nations, les Inuit et les Métis possèdent leurs propres lois.

79. Voir *R c Itturiligaq*, 2020 NUCA 6 au para 78.

pour l'aider à traiter de ces questions⁸⁰. Une fois que des témoins adéquats ont été identifiés, il peut être nécessaire d'ajuster la procédure entourant leur témoignage, notamment pour s'assurer que l'on procède dans le respect des protocoles autochtones⁸¹.

Les tribunaux peuvent également être appelés à choisir entre des sources de droit autochtone concurrentes, par exemple, lorsqu'une partie invoque la coutume et que l'autre s'appuie sur des lois écrites. Dans ce cas, la Cour fédérale cherche à déterminer laquelle des lois en cause fait l'objet d'un « large consensus » ou d'une acceptation générale de la part de la communauté⁸². Ce consensus peut être prouvé par l'adoption d'une loi écrite selon un processus démocratique ou par l'acceptation tacite d'une pratique par les membres d'une Première Nation; les opinions du conseil d'une Première Nation ne sont pas déterminantes⁸³. Ce critère pourrait éventuellement être appliqué dans d'autres circonstances⁸⁴. Ainsi, lorsque les parties présentent des sources concurrentes de droit autochtone, disons l'une fondée sur le droit naturel et l'autre sur la coutume délibérative (pour utiliser la classification de Borrows⁸⁵), un tribunal pourrait se demander laquelle de ces sources fait l'objet d'un large consensus. Le consensus pourrait être présumé dans les cas appropriés, par exemple, lorsqu'il n'y a pas de désaccord interne concernant la loi en question.

80. *Lignes directrices sur la pratique en matière de procédures intéressant le droit des Autochtones*, 4^e éd (2021), en ligne (pdf) : Cour fédérale <[www.fct-cf.gc.ca/Content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20Sept-2021%20\(FRA\)%20FINAL.pdf](http://www.fct-cf.gc.ca/Content/assets/pdf/base/Aboriginal%20Law%20Practice%20Guidelines%20Sept-2021%20(FRA)%20FINAL.pdf)>.

81. *Ibid*; *Ignace v British Columbia (AG)*, 2019 BCSC 10.

82. Pour un résumé, voir *Whalen*, *supra* note 9; *Bertrand c Première nation Acho Dene Koe*, 2021 CF 287 aux para 36–42.

83. *Engstrom c Première Nation de Peters*, 2020 CF 286 au para 15.

84. Voir *Harpe*, *supra* note 22 au para 82; *Louie c Canada (Services aux Autochtones)*, 2021 CF 650 au para 40 (en appel).

85. Borrows, *Constitution*, *supra* note 4.

Il est possible d'éviter certaines de ces questions, du moins en partie, lorsque la loi prévoit un processus plus structuré pour la reconnaissance du droit autochtone. Les lois du Nunavut et du Québec pour la reconnaissance de l'« adoption coutumière »⁸⁶ ou les dispositions des traités inuits régissant l'appartenance⁸⁷ en offrent un exemple. Il y a lieu de souligner deux caractéristiques de ces systèmes. En premier lieu, la loi prévoit la nomination d'une personne ou d'un organisme qui peut attester une situation ou un résultat selon le droit autochtone, par exemple qu'un enfant particulier a été adopté. On s'attend à ce que cette personne ou cet organisme connaisse le droit autochtone pertinent. En second lieu, au moment de fournir une telle attestation, la personne ou l'organisme n'est pas tenu de divulguer le contenu du droit autochtone pertinent ou de le décrire d'une manière compréhensible pour les juristes non autochtones. Ainsi, les tribunaux sont dispensés de la nécessité d'identifier un porte-parole légitime et de comprendre le contenu du droit autochtone, ce qui réduit les risques de distorsion et de dissociation et préserve le contrôle de la communauté sur son propre droit.

3. *Champ d'application*

Par rapport aux États-Unis, où le champ d'application du droit tribal a donné lieu à une jurisprudence abondante, il existe peu de précédents canadiens sur la question. L'hypothèse habituelle est que le droit autochtone relève des affaires internes d'une communauté autochtone et ne peut s'appliquer qu'entre ses membres⁸⁸. Une loi qui prévoit la reconnaissance du droit autochtone peut apporter des réponses plus précises. La question difficile est de savoir si une personne autochtone peut se soustraire au droit autochtone et choisir d'être régie par le droit canadien⁸⁹.

De même, la portée territoriale du droit autochtone est une question peu étudiée. On dit parfois que ce droit ne devrait s'appliquer que dans

86. *Supra* note 64.

87. *Supra* note 62.

88. Voir *Estate of Corrigan*, 2013 MBQB 77; mais voir *JBDK v TAB*, 2017 BCSC 1186; les traités inuits prévoient également la reconnaissance de l'adoption inuite entre des provinces ou des territoires différents.

89. Voir, par exemple, la situation dans *Beaver*, *supra* note 52; voir également les textes cités *supra* note 42.

la réserve d'une Première Nation⁹⁰, bien que cela ne donne que peu d'indications en ce qui concerne les Inuits et les Métis. La question demeure toutefois controversée⁹¹ et il n'existe aucune raison logique pour que des règles relatives au statut personnel ne s'appliquent que dans les réserves. Par exemple, une fois qu'une « adoption coutumière » est reconnue, elle devrait être valide partout. D'autre part, certaines lois autochtones ont une forte dimension territoriale. Il peut y avoir une tendance à assujettir les revendications pour leur reconnaissance aux principes régissant les droits et titres ancestraux.

4. Contraintes

À première vue, on pourrait penser que le modèle de la reconnaissance élimine toutes les contraintes que le modèle de la délégation impose au contenu des lois autochtones. Ce n'est pas nécessairement vrai, car la reconnaissance s'accompagne habituellement de l'obligation de se conformer aux caractéristiques de base du droit canadien et peut parfois ajouter des contraintes plus précises.

Ainsi, la reconnaissance du droit autochtone sera généralement assujettie à la *Charte canadienne des droits et libertés*, car il serait difficile pour les législatures et les tribunaux de reconnaître une source de droit en conflit avec la Constitution⁹². Comme dans le modèle de la délégation, il faut néanmoins tenir compte des articles premier et 25 de la *Charte*.

Lorsque la loi prescrit la reconnaissance, des contraintes supplémentaires sont parfois imposées. Par exemple, le *Code civil du Québec* ne reconnaît les adoptions autochtones que si elles sont compatibles avec l'intérêt de l'enfant. Les contraintes peuvent également être moins visibles, comme lorsque le gouvernement examine le contenu du droit autochtone avant de prendre la décision de le reconnaître. Ainsi, avant de permettre à une Première Nation de « revenir à la coutume », le

90. Borrows, *Constitution*, supra note 4 à la p 259; voir aussi *Beaver*, supra note 52 au para 68, *Lewis*, supra note 42; *St. Mary's Indian Band*, supra note 42.

91. Napoleon, supra note 5.

92. *Dickson*, supra note 52 aux para 82–98; *Linklater c Première Nation Thunderchild*, 2020 CF 1065. Pour le traitement d'une question semblable en Afrique du Sud, voir *Bhe v Khayelitsha Magistrate*, [2004] ZACC 17.

gouvernement s'assure que cette coutume est un code électoral adopté démocratiquement et qui répond à certains critères⁹³.

Le droit colonial britannique a également refusé de reconnaître les lois autochtones contraires à la souveraineté britannique ou à « la justice naturelle, l'équité et la bonne conscience » [traduction]⁹⁴. Dans le contexte moderne, la pertinence d'une telle exception de portée diffuse est discutable, plus particulièrement lorsque la reconnaissance est prévue par la loi.

III. LES RELATIONS ENTRE LES DÉCIDEURS

L'analyse qui précède suppose que les tribunaux canadiens sont invités à appliquer eux-mêmes le droit autochtone. Cependant, cela ne devrait pas empêcher la mise sur pied d'organes décisionnels autochtones. En effet, les Premières Nations qui organisent des élections « coutumières » disposent déjà d'organes d'appel en matière électoral, et de nombreux autres types de décisions sont pris par les conseils des Premières Nations. Plusieurs traités modernes donnent à leurs signataires autochtones le pouvoir de créer leurs propres tribunaux, ce que la communauté mohawk d'Akwesasne a fait de sa propre autorité⁹⁵. Il faut cependant admettre que la création d'organes décisionnels autochtones n'en est qu'à ses débuts.

Dans de nombreux cas, les organes décisionnels autochtones sont composés de personnes qui connaissent bien les traditions juridiques autochtones. Ainsi, les problèmes de distorsion et de dissociation qui se posent lorsque les tribunaux canadiens sont appelés à examiner ces traditions sont atténués lorsqu'un décideur autochtone se voit attribuer la compétence sur ces questions. Il est peut-être préférable que le droit autochtone soit appliqué par les décideurs autochtones plutôt que par les tribunaux canadiens. En effet, cela serait conforme à l'idée que la prise de décisions est une composante de l'autonomie gouvernementale.

93. Cela est le résultat de politiques gouvernementales internes; un processus semblable est expressément prévu par l'article 42 de la *Loi sur les élections au sein des premières nations*, *supra* note 31.

94. *Eleko v Government of Nigeria*, [1931] AC 662 (UKPC) à la p 673; au Canada, voir *Mitchell*, *supra* note 56 aux para 149–154, *Thomas*, *supra* note 59.

95. *Akwesasne Tekaid'torehthà:ke Kaianerénhsera* (Akwesasne Court Law) (12 février 2016), en ligne (pdf) : *Mohawk Council of Awesasne* <webdev.akwesasne.ca/wp-content/uploads/2017/07/mcr-atk-acl2016.pdf>.

Néanmoins, les décideurs autochtones restent soumis au contrôle judiciaire des tribunaux canadiens. Le contrôle judiciaire vise à garantir la primauté du droit. À cet égard, lorsqu'il était à la Cour fédérale, le juge Marshall Rothstein a fait remarquer que les Autochtones ont tout autant droit à l'équité procédurale que les autres citoyens canadiens⁹⁶. Dans la foulée, il a cependant noté que les doctrines du droit administratif doivent être appliquées d'une manière adaptée aux circonstances des communautés autochtones⁹⁷. Cela donne à penser que le contrôle judiciaire peut être effectué d'une manière qui préserve à la fois la primauté du droit et l'autonomie des décideurs autochtones⁹⁸. Autrement dit, le droit administratif peut être appliqué de manière à favoriser des relations respectueuses entre les décideurs et, au-delà, entre les systèmes juridiques.

Par exemple, le contrôle judiciaire n'est possible que lorsque les demandeurs ont épuisé tous leurs recours administratifs. Dans le contexte autochtone, cela obligerait les demandeurs à soumettre leur cas aux décideurs autochtones avant de se tourner vers les tribunaux. Ainsi, dans l'affaire *Edzerza v Kwanlin Dün First Nation*, la Cour d'appel du Yukon a refusé d'entendre une contestation de la validité d'une loi d'une Première Nation parce que le demandeur n'avait pas présenté sa demande au Conseil judiciaire de celle-ci. En donnant plein effet à une disposition de la Constitution de Kwanlin Dün exigeant l'épuisement des recours internes, la Cour a noté le lien entre cette exigence et l'autonomie gouvernementale :

Cette interprétation littérale de l'article 52 est conforme à l'objectif et à l'intention de la Constitution, des lois fédérales et territoriales et de l'accord d'autonomie gouvernementale entre Kwanlin Dün et les deux ordres de gouvernement. Il a été convenu et prévu par la loi que Kwanlin Dün doit être une Première Nation autonome et l'article 52 ne doit pas recevoir une interprétation étroite qui restreindrait la capacité de Kwanlin Dün d'être autonome [traduction]⁹⁹.

96. *Sparvier c Bande indienne Cowessess*, [1993] 3 CF 142, 1993 CanLII 2958 (CF) à la p 161.

97. *Ibid* à la p 168.

98. Voir, entre autres, John Borrows, « Stewardship and the *First Nations Governance Act* » (2003–2004) 29 *Queen's LJ* 103; Lorne Sossin, « Indigenous Self-Government and the Future of Administrative Law » (2012) 45:2 *UBCL Rev* 595.

99. *Edzerza v Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8 au para 26; voir aussi *Whalen*, *supra* note 9 au para 19; *Potts c Alexis Nakota Sioux Nation*, 2019 CF 1121 aux para 36–42.

Une approche semblable peut être adoptée en ce qui concerne le contrôle judiciaire sur le fond¹⁰⁰. Il semblerait naturel de s'en remettre aux décideurs autochtones expressément chargés d'appliquer des sources juridiques qui ne seraient pas familières aux juristes occidentaux. Même lorsqu'ils appliquent des lois écrites, telles que les règlements ou les codes électoraux des Premières Nations, les décideurs autochtones peuvent être mieux placés pour déceler les cas où ces lois écrites, « lesquelles sont habituellement rédigées avec les conseils de gardiens du savoir respectés »¹⁰¹, reflètent les traditions juridiques autochtones. Ils peuvent aussi mieux connaître les circonstances politiques et sociales des communautés autochtones.

Tout cela nous mène à conclure que le respect de l'autonomie gouvernementale autochtone, dans ses dimensions politique, législative et décisionnelle, devient graduellement un principe qui guide l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de contrôle judiciaire¹⁰². C'est particulièrement le cas en ce qui a trait aux mesures de réparation, comme en témoigne une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui souligne le fait que la mesure de réparation demandée « aurait conduit la Cour à s'immiscer dans les désaccords politiques internes de la nation Gitxsan, contrairement au principe d'autonomie gouvernementale » [traduction]¹⁰³.

Les tribunaux ont également commencé à élaborer des principes pour aider à délimiter la compétence des décideurs autochtones. Ainsi, le Conseil judiciaire de Kwanlin Dün a été déclaré compétent pour appliquer les lois territoriales lorsque cela est accessoire à l'exercice de ses compétences énumérées¹⁰⁴. Lorsqu'ils disposent d'une telle compétence étendue, les décideurs autochtones peuvent être considérés davantage comme des tribunaux que comme des décideurs administratifs, et les doctrines qui régissent les relations entre les tribunaux, telles que la chose jugée, pourraient être utilisées plutôt que les principes du droit administratif¹⁰⁵.

100. *Porter c Boucher-Chicago*, 2021 FCA 102 aux para 27–28; *Pastion c Première nation Dene Tha'*, 2018 CF 648, [2018] 4 RCF 467.

101. *Alexander*, *supra* note 10 au para 18.

102. Ou peut-être une « valeur du droit administratif »: Paul Daly, *Understanding Administrative Law in the Common Law World*, Oxford, Oxford University Press, 2021, en particulier aux c 5–6.

103. *Spookw*, *supra* note 60 au para 47; voir aussi *Gadwa c Joly*, 2018 CF 568 aux para 71–72.

104. *Kwanlin Dün First Nation v Kwanlin Dün First Nation Judicial Council*, 2016 YKSC 35.

105. Pour un exemple en ce sens, voir *Lafferty v Tlicho Government*, 2009 NWTSC 35.

CONCLUSION

Nous avons présenté deux manières d'établir une interface entre le droit autochtone et le droit canadien. Le paradigme de la délégation permet aux peuples autochtones d'adopter certaines catégories de lois dans le cadre du système juridique canadien. Cela leur permet d'exercer un certain degré d'autonomie gouvernementale, mais impose des contraintes importantes à l'expression des traditions juridiques autochtones. Le paradigme de la reconnaissance, qui considère que le droit canadien et le droit autochtone interagissent dans un cadre plus ou moins égalitaire, est davantage prometteur, mais pose des défis importants en ce qui a trait à la compréhension des traditions juridiques autochtones par des institutions non autochtones.

Une manière de résoudre ce défi est de mettre en place une interface structurée, qui attribue à un décideur autochtone connaissant le droit autochtone la tâche d'appliquer celui-ci à des situations précises et d'en communiquer le résultat au système juridique canadien. Dans ce cas, ce sont les relations entre décideurs qui prennent le devant de la scène, au lieu des relations entre systèmes juridiques. Les tribunaux adaptent actuellement les principes du droit administratif afin d'assurer le caractère respectueux de cette relation.

Quel que soit le chemin emprunté, nous espérons qu'une plus grande clarté conceptuelle et une meilleure compréhension des questions soulevées par la reconnaissance du droit autochtone seront utiles aux juges et aux avocats qui tentent de réconcilier le droit autochtone et le droit canadien.

