

**500-09-028751-196**

**COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

(Montréal)

---

**RENOI 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**

Décret n° 1288-2019

---

**MÉMOIRE DU PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA**

En date du 1<sup>er</sup> avril 2021

---

**M<sup>e</sup> Bernard Letarte**  
**Ministère de la Justice Canada**  
SAT-6060  
284, rue Wellington  
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Tél. : 613 946-2776  
Télé. : 613 952-6006  
[bernard.letarte@justice.gc.ca](mailto:bernard.letarte@justice.gc.ca)

**M<sup>e</sup> Lindy Rouillard-Labbé**  
**M<sup>e</sup> Andréane Joannette-Laflamme**  
**M<sup>e</sup> Amélia Couture**  
**Ministère de la Justice Canada**  
Tour Est, 5<sup>e</sup> étage  
Complexe Guy Favreau  
200, boul. René-Lévesque Ouest  
Montréal (Québec) H2Z 1X4

Tél. : 514 283-7179  
Télé. : 514 496-7876  
[lindy.rouillard-labbe@justice.gc.ca](mailto:lindy.rouillard-labbe@justice.gc.ca)  
[andreane.joannette-laflamme@justice.gc.ca](mailto:andreane.joannette-laflamme@justice.gc.ca)  
[amelia.couture@justice.gc.ca](mailto:amelia.couture@justice.gc.ca)

**Avocats du Procureur général du Canada**

**M<sup>e</sup> Francis Demers**  
**M<sup>e</sup> Samuel Chayer**  
**M<sup>e</sup> Gabrielle Robert**  
**Bernard, Roy (Justice-Québec)**  
Bureau 8.00  
1, rue Notre-Dame Est  
Montréal (Québec) H2Y 1B6

Tél. : 514 393-2336  
Télec. : 514 873-7074  
[francis.demers@justice.gouv.qc.ca](mailto:francis.demers@justice.gouv.qc.ca)  
[samuel.chayer@justice.gouv.qc.ca](mailto:samuel.chayer@justice.gouv.qc.ca)  
[gabrielle.robert@justice.gouv.qc.ca](mailto:gabrielle.robert@justice.gouv.qc.ca)

**M<sup>e</sup> Jean-François Beaupré**  
**M<sup>e</sup> Tania Clercq**  
**M<sup>e</sup> Hubert Noreau-Simpson**  
**Direction du droit constitutionnel et**  
**autochtone**  
Ministère de la Justice  
4<sup>e</sup> étage  
1200, route de l'Église  
Québec (Québec) G1V 4M1

Tél. : 418 643-1477  
Télec. : 418 644-7030  
[jean-francois.beaupre@justice.gouv.qc.ca](mailto:jean-francois.beaupre@justice.gouv.qc.ca)  
[tania.clercq@justice.gouv.qc.ca](mailto:tania.clercq@justice.gouv.qc.ca)  
[hubert.noreau-simpson@justice.gouv.qc.ca](mailto:hubert.noreau-simpson@justice.gouv.qc.ca)

### **Avocats du Procureur général du Québec**

**M<sup>e</sup> David Taylor**  
**Conway Baxter Wilson s.r.l.**  
Bureau 400  
411, avenue Roosevelt  
Ottawa (Ontario) K2A 3X9

Tél. : 613 691-0368  
Télec. : 613 688-0271  
[dtaylor@conway.pro](mailto:dtaylor@conway.pro)

**M<sup>e</sup> Naiomi W. Metallic**  
**Burchells LLP**  
6061 University Avenue  
PO Box 15000  
Halifax (Nova Scotia) B3H 4R2

Tél. : 902 403-2229  
Télec. : 902 420-9326  
[nmetallic@burchells.ca](mailto:nmetallic@burchells.ca)

### **Avocats de la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada**

**M<sup>e</sup> Claire Truesdale**  
**JFK Law Corporation**  
Suite 816  
1175 Douglas Street  
Victoria (British Columbia) V8W 2E1

Tél. : 250 405-3467  
Télec. : 250 381-8567  
[ctruesdale@jfklaw.ca](mailto:ctruesdale@jfklaw.ca)

**Avocate de la Aseniwuche Winewak Nation of Canada**

**M<sup>e</sup> Stuart Wuttke**  
**M<sup>e</sup> Julie McGregor**  
**M<sup>e</sup> Adam Williamson**  
**Direction des affaires juridiques et de justice**

Bureau 1600  
55, rue Metcalfe  
Ottawa (Ontario) K1P 6L5

Tél. : 613 241-6789

Télec. : 613 241-5808

[swuttke@afn.ca](mailto:swuttke@afn.ca)

[jmcgregor@afn.ca](mailto:jmcgregor@afn.ca)

[awilliamson@afn.ca](mailto:awilliamson@afn.ca)

### **Avocats de l'Assemblée des Premières Nations**

**M<sup>e</sup> Jameela Jeeroburkhan**  
**M<sup>e</sup> Nicholas Dodd**  
**Dionne Schulze Avocats s.e.n.c.**

Bureau 502  
507 Place d'Armes  
Montréal (Québec) H2Y 2W8

Tél. : 514 842-0748, poste 227 (M<sup>e</sup> Jeeroburkhan)

Tél. : 514 842-0748, poste 225 (M<sup>e</sup> Dodd)

Télec. : 514 842-9983

[jjeeroburkhan@dionneschulze.ca](mailto:jjeeroburkhan@dionneschulze.ca)

[ndodd@dionneschulze.ca](mailto:ndodd@dionneschulze.ca)

### **Avocats de la Société Makivik**

**M<sup>e</sup> Franklin S. Gertler**  
**M<sup>e</sup> Gabrielle Champigny**  
**Franklin Gertler Étude légale**

Bureau 1701  
507, Place d'Armes  
Montréal (Québec) H2Y 2W8

Tél. : 514 798-1988

Télec. : 514 798-1986

[franklin@gertlerlex.ca](mailto:franklin@gertlerlex.ca)

[gchampigny@gertlerlex.ca](mailto:gchampigny@gertlerlex.ca)

**M<sup>e</sup> Mira Levasseur Moreau**  
**Assemblée des Premières Nations**  
**Québec-Labrador**

Bureau 201  
250, rue Chef-Michel-Laveau  
Wendake (Québec) G0A 4V0

Tél. : 418 842-5020

Télec. : 418 842-2660

[mlmoreau@apnql.com](mailto:mlmoreau@apnql.com)

**Avocats de l'Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador (APNQL) et  
Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du  
Québec et du Labrador (CSSSPNQL)**

**TABLE DES MATIÈRES**

Mémoire du Procureur général du Canada Page

---

**ARGUMENTATION DU PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA**

<b>PARTIE I – LES FAITS</b>	1
SURVOL	1
1. Contexte historique	3
2. Fonctionnement actuel des services à l'enfance pour les Autochtones	5
3. Description de la Loi	7
a) Principes fondamentaux	8
b) Intérêt de l'enfant autochtone	8
c) Participation des parents, fournisseurs de soins et collectivités	9
d) Priorité aux soins préventifs	9
e) Placement	9
<b>PARTIE II – LA QUESTION EN LITIGE</b>	11
<b>PARTIE III – LES MOYENS</b>	11
A. CADRE D'ANALYSE APPLICABLE À LA VALIDITÉ DE LA LOI	11
B. LES ARTICLES 1 À 17 DE LA LOI SONT <i>INTRA VIRES</i> DE LA COMPÉTENCE DU PARLEMENT PRÉVUE AU PARAGRAPHE 91(24) LC 1867	14
1. Caractère véritable des articles 1 à 17 de la Loi	14
a) L'objet de la Loi : la protection des enfants, familles et collectivités autochtones	14

**TABLE DES MATIÈRES**

<b>Mémoire du Procureur général du Canada</b>	<b>Page</b>
b) Les effets des principes nationaux .....	17
c) Les effets de la Loi sur la compétence provinciale sont purement accessoires et n'ont pas d'incidence sur le caractère véritable de la Loi .....	20
2. Classification : les articles 1-17 de la Loi relèvent du paragraphe 91(24) LC 1867 .....	25
a) Nature et étendue de la compétence du Parlement en vertu du paragraphe 91(24) LC 1867 .....	26
b) Les principes sous-jacents de la Constitution n'imposent pas des limites à l'exercice par ailleurs valide d'une compétence législative fédérale .....	29
C. LA DOCTRINE DE L'EXCLUSIVITÉ DES COMPÉTENCES EST INAPPLICABLE .....	31
D. LES ARTICLES 18 À 26 RELÈVENT ÉGALEMENT DU PARAGRAPHE 91(24) ET NE MODIFIENT PAS LA CONSTITUTION .....	33
1. Les articles 18 à 26 de la Loi constituent un exercice valide de la compétence sous le paragraphe 91(24) .....	35
a) Caractère véritable des articles 18-26 de la Loi .....	35
i. Objet de la Loi .....	35
ii. Effets des articles 18-26 de la Loi .....	35
- Les articles 18-19 de la Loi affirment la position du Parlement quant aux droits reconnus et confirmés par l'article 35 .....	35

**TABLE DES MATIÈRES**

<b>Mémoire du Procureur général du Canada</b>	<b>Page</b>
- Les articles 20-26 de la Loi mettent en place un cadre pour faciliter l'exercice de la compétence sur les services à l'enfance	..... 37
b) Classification : les articles 18-26 constituent un exercice valide de la compétence en vertu du paragraphe 91(24)	..... 39
2. Les articles 18 à 26 affirment des droits existants et ils ne modifient pas la Constitution	..... 41
a) La compétence sur les services à l'enfance est un droit ancestral existant reconnu et confirmé par l'article 35 LC 1982	..... 42
b) Les articles 18 à 26 de la Loi ne modifient pas la Constitution ni n'usurpent le pouvoir des tribunaux	..... 47
<b>PARTIE IV – LES CONCLUSIONS</b>	..... 50
<b>PARTIE V – LES SOURCES</b>	..... 52
Attestation	..... 60

---

**ARGUMENTATION DU PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA****PARTIE I – LES FAITS****SURVOL**

1. La *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* (la **Loi**) constitue l'une des mesures prises par le Parlement pour favoriser la réconciliation avec les peuples autochtones. De façon globale, elle vise à s'attaquer au problème criant de surreprésentation des enfants autochtones dans les systèmes des services à l'enfance et à la famille et reconnaît que les collectivités autochtones sont les mieux placées pour identifier et mettre en œuvre les solutions à ce problème.
2. La Loi comporte deux volets. D'une part, elle établit des principes nationaux en matière de services à l'enfance et à la famille aux Autochtones qui mettent l'intérêt de l'enfant autochtone au cœur des décisions prises à son égard et qui reconnaissent l'importance pour lui d'avoir des rapports continus avec sa famille, sa culture et la collectivité dont il fait partie.
3. D'autre part, la Loi affirme que le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982 (LC 1982)*, comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille. La Loi met à la disposition des collectivités autochtones un cadre qui vise à faciliter l'exercice de cette compétence. En prévoyant la tenue de négociations avec les gouvernements fédéral et provincial et l'incorporation des textes législatifs autochtones en droit fédéral, ce cadre encourage une mise en œuvre rapide, efficace et harmonieuse de cette compétence législative.
4. Le caractère véritable de la Loi est donc de protéger et d'assurer le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones, en favorisant des services à l'enfance qui soient culturellement adaptés, dans le but de mettre fin à la surreprésentation des enfants autochtones dans les systèmes de services à l'enfance et à la famille.

5. Une loi ayant un tel caractère véritable relève de la compétence fédérale sur les « Indiens » prévue au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (**LC 1867**). Cette compétence a une large portée et permet au Parlement de légiférer à tout égard concernant les Autochtones et les terres qui leur sont réservées, y compris sur des matières qui relèvent de façon générale de la compétence provinciale, comme la propriété et les droits civils.

6. Le Procureur général du Québec (**PGQ**) ne conteste pas que le Parlement puisse légiférer à l'égard des services à l'enfance et à la famille aux Autochtones. Il prétend toutefois que la Loi excède la compétence fédérale puisque son premier volet aurait pour effet d'imposer aux provinces la façon dont elles doivent offrir ces services aux Autochtones.

7. Or, le PGQ exagère nettement les effets que la Loi a sur la fonction publique québécoise. Il n'a pas démontré que ces effets sont d'une importance telle que le caractère véritable des principes nationaux relèverait d'une compétence provinciale plutôt que du paragraphe 91(24). En effet, les principes nationaux sont d'une nature très générale. Ils ne fixent pas les modalités pratiques de livraison des services à l'enfance ni ne régissent les fournisseurs de services quant à leur gestion interne ou leurs relations de travail.

8. Par ailleurs, il est établi que le Parlement a le pouvoir de fixer des normes nationales dans les matières qui relèvent de sa compétence. Dans la mesure où le caractère véritable d'une loi prévoyant de telles normes relève d'une compétence fédérale, le Parlement peut lier la Couronne provinciale et sa loi peut avoir des effets sur la façon dont les fonctionnaires provinciaux exercent leurs fonctions sans que cela affecte sa validité.

9. Finalement, le deuxième volet de la Loi ne constitue pas une tentative de modifier la Constitution, contrairement à ce que soutient le PGQ. Le Parlement est bien conscient du fait qu'il ne peut dicter le contenu des droits reconnus par l'article 35. Toutefois, lorsqu'il légifère en vertu de sa compétence prévue au paragraphe 91(24), il peut le faire à partir de ce qu'il considère être reconnu et confirmé par l'article 35.

10. Plutôt que de procéder par délégation de pouvoirs législatifs au profit des collectivités autochtones, le Parlement a décidé de légiférer par la voie d'une affirmation de droit constitutionnel, ce qu'il a le pouvoir de faire, étant entendu que cette affirmation n'a pas pour effet de lier les tribunaux quant à l'interprétation de la Constitution.

## 1. Contexte historique

11. Les services à l'enfance et à la famille aux Autochtones (services à l'enfance) s'inscrivent dans le contexte plus large des relations entre la Couronne et les peuples autochtones.

12. À la fin du 19<sup>e</sup> siècle, le gouvernement fédéral a mis en place plusieurs politiques, formelles et informelles, qui ont eu des répercussions importantes sur les peuples autochtones. En particulier, les pensionnats indiens ont eu pour effet de séparer plusieurs enfants autochtones de leurs parents et de leur communauté<sup>1</sup>. Le système des pensionnats a connu une croissance importante dans la première moitié du vingtième siècle. À compter des années 1940, certains pensionnats ont notamment fait office d'orphelinats et d'établissements de protection de l'enfance<sup>2</sup>.

13. Dans les années 1950, après un amendement à la *Loi sur les Indiens*<sup>3</sup>, le gouvernement fédéral a commencé à conclure des accords avec les provinces et territoires en vertu desquels ces derniers, ou leurs sociétés d'aide à l'enfance fourniraient les services à l'enfance dans les réserves et seraient financés par le gouvernement fédéral<sup>4</sup>. En 1965, environ 75 % des Indiens inscrits vivaient dans les réserves<sup>5</sup>.

14. Par la suite, on a rapidement observé une surreprésentation des enfants autochtones dans les systèmes des services à l'enfance<sup>6</sup>. Déjà à la fin des années 1960, environ 30 à 40 % des enfants placés au Canada étaient autochtones, alors qu'ils ne

---

<sup>1</sup> Rapport d'expert de Christiane Guay, **Cahier de preuve du Procureur général du Canada (ci-après « CDPPGC »), vol 10 à la p 3411.**

<sup>2</sup> *Ibid* à la p 3412.

<sup>3</sup> *Loi concernant les Indiens*, SC 1951, c 29 (15 Geo VI), art 87 (maintenant art 88); Déclaration de Nathalie Nepton au para 17, **CDPPGC, vol 7 à la p 2299.**

<sup>4</sup> Déclaration de Nathalie Nepton au para 18 et note de bas de page 1, **CDPPGC, vol 7 à la p 2299** : Des accords ont été conclus avec l'Ontario en 1956 et en 1965; le Yukon en 1959; la Nouvelle-Écosse en 1962; des organismes de l'ouest du Manitoba en 1962; des organismes de l'ouest et du centre du Manitoba en 1964; Terre-Neuve-et-Labrador en 1965; et certains organismes diocésains au Québec à partir de 1967.

<sup>5</sup> W.T. Stanbury, « Reserve and Urban Indians in British Columbia: A Social and Economic Profile » (1975) 26 BC Studies 39 à la p 40.

<sup>6</sup> Rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 à la p 3414.**

représentaient que 4 % des enfants canadiens<sup>7</sup>. Cette surreprésentation a continué d'augmenter au fil du temps et le Québec n'y a pas échappé<sup>8</sup>.

15. Devant le retrait massif des enfants autochtones de leur famille et leur communauté, les collectivités autochtones à travers le pays ont réclamé plus de contrôle sur les services à l'enfance<sup>9</sup>. À partir des années 1970 et 1980, le gouvernement fédéral et les provinces ont conclu des ententes avec des collectivités des Premières Nations ou des organismes créés par elles afin qu'ils offrent les services à l'enfance dans leur communauté<sup>10</sup>.

16. Au fédéral, cette pratique a donné lieu à la mise en place du *Programme de services à l'enfance et à la famille des Premières Nations* en 1991<sup>11</sup>. Ce programme finance les organismes de services à l'enfance et à la famille des Premières Nations (**organismes SEFPN**) – ou, en leur absence, les provinces et territoires – qui fournissent les services à l'enfance aux membres des Premières Nations résidents d'une réserve, conformément aux législations et normes en vigueur dans la province ou le territoire<sup>12</sup>.

17. Au cours des trois décennies qui ont suivi, le Programme fédéral a subi des transformations et le financement fédéral a augmenté considérablement, atteignant 1,7 milliard de dollars en 2020<sup>13</sup>. En parallèle, les provinces ont continué d'ajuster leurs lois afin que les services à l'enfance prennent en compte les besoins et le contexte propres aux enfants et aux familles autochtones<sup>14</sup>. Néanmoins, le nombre d'enfants autochtones pris en charge par les services à l'enfance a continué d'augmenter<sup>15</sup>. En 2016, 52,2 %

---

<sup>7</sup> Rapport d'expert de Christiane Guay, citant Fournier et Crey 1997, dans Marlyn Bennett et Cindy Blackstock, *A Literature Review and Annotated Bibliography Focusing on Aspects of Aboriginal Child, First Nations Research Site of the Centre of Excellence for Child Welfare*, First Nations Child & Family Caring Society of Canada, 2002, **CDPPGC, vol 10 à la p 3414**.

<sup>8</sup> *Ibid* à la p 3414.

<sup>9</sup> *Ibid* à la p 3416.

<sup>10</sup> Voir généralement déclaration de Nathalie Nepton aux para 18-19, **CDPPGC, vol 7 à la p 2299**.

<sup>11</sup> Déclaration de Nathalie Nepton aux para 15, 43, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2298-2299, 2305**.

<sup>12</sup> *Ibid* aux para 19, 30, 43, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2299-2300, 2302, 2305**; Modalités du programme de Services à l'enfance et à la famille des Premières Nations (SEFPN), pièce NN-1, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2311 et s.**

<sup>13</sup> Déclaration de Nathalie Nepton au para 48, **CDPPGC, vol 7 à la p 2306**.

<sup>14</sup> Voir généralement le rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 aux pp 3416-19**.

<sup>15</sup> Déclaration de Nathalie Nepton au para 48, **CDPPGC, vol 7 à la p 2306**; Rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 à la p 3422**.

des enfants placés étaient des Autochtones, alors qu'ils ne comptaient que 7,7 % de tous les enfants de moins de 15 ans au Canada<sup>16</sup>.

18. De nombreux rapports, commissions d'enquête et consultations régionales ont fait état des enjeux de surreprésentation des enfants autochtones dans le système des services à l'enfance. Ils ont tous conclu à la nécessité de réformer le système et de reconnaître la compétence des collectivités autochtones en la matière<sup>17</sup>.

## 2. Fonctionnement actuel des services à l'enfance pour les Autochtones

19. Les services à l'enfance sont offerts aux enfants et aux familles autochtones à travers le Canada non seulement par l'entremise des structures provinciales et territoriales, mais également par des organismes SEFPN. Ces services sont financés en partie par le gouvernement fédéral et en partie par les provinces et territoires.

20. Au Canada, environ 500 communautés des Premières Nations, sur approximativement 670, sont desservies par un organisme SEFPN<sup>18</sup>. Ces organismes administrent et gèrent, en totalité ou en partie, les services à l'enfance dans la communauté<sup>19</sup>. Ils sont financés directement par le gouvernement fédéral et sont mandatés par la province pour offrir les services<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 à la p 3409**; Déclaration d'Isa Gros-Louis au para 15, **CDPPGC, vol 5 à la p 1757**.

<sup>17</sup> Voir notamment Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, 1996, **CDPPGC, vol 17 aux pp 6300, 6332-6333, 6342-6344**; Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la CVR*, 2015, **CDPPGC, vol 13 aux pp 4584-4585**; Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics au Québec : écoute, réconciliation et progrès, présidé par l'honorable Jacques Viens, 30 septembre 2019 (**Commission Viens**), **CDPPGC, vol 11 aux pp 3808-3813**; Rapport *Review Committee on Indian and Metis Adoptions and Placements (Rapport Kimelman)*, 1985) discuté dans le rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 à la p 3415**; Déclaration d'Isa Gros-Louis au para 25, **CDPPGC, vol 5 à la p 1761**; Joint National Policy Review Final Report, pièce CB-3, **Cahier de preuve de la First Nations Child and Family Caring Society of Canada (ci-après « CDP First Nations Child & Family Caring Society »)**, vol 1 aux pp 76-77; Wen:De – We are Coming to the Light of Day, pièce CB-5, **CDP First Nations Child & Family Caring Society**, vol 2 aux pp 273-281; Wen:De – The Journey Continues, pièce CB-6, **CDP First Nations Child & Family Caring Society**, vol 3 à la p 468.

<sup>18</sup> Déclaration de Nathalie Nepton au para 21, **CDPPGC, vol 7 à la p 2300**.

<sup>19</sup> Voir Table on how First Nations child and family services are provided in each region, pièce NN-2, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2388 et s**; Déclaration de Nathalie Nepton aux para 13, 21, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2298, 2300**; ces organismes SEFPN offrent parfois des services aux enfants et aux familles hors réserve.

<sup>20</sup> Déclaration de Nathalie Nepton aux para 19, 43-44, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2299, 2305-2306**; pièce NN-1, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2311 et s**.

21. Les autres communautés des Premières Nations (environ 170) reçoivent les services à l'enfance, aussi financés par le gouvernement fédéral, de fonctionnaires de la province ou du territoire où elles se trouvent. En plus, les trois quarts d'entre elles reçoivent du financement du gouvernement fédéral pour fournir certains services de prévention.<sup>21</sup>

22. En fait, le réseau de services à l'enfance aux membres des Premières Nations qui résident dans une réserve repose sur diverses ententes conclues entre le gouvernement fédéral, les provinces et les collectivités autochtones ou les organismes SEFPN. Le contenu de ces ententes peut varier d'une province ou d'une communauté à une autre. De manière générale toutefois, elles prévoient d'une part, un financement par le gouvernement fédéral conditionnel à ce que l'organisme soit mandaté par la province et d'autre part, une délégation de pouvoirs (ou autre désignation) par la province envers l'organisme SEFPN.<sup>22</sup>

23. Les enfants des Premières Nations résidant hors réserve et les enfants métis et inuits reçoivent les services des gouvernements provinciaux ou territoriaux et parfois des organismes de SEFPN.<sup>23</sup> Le gouvernement fédéral fournit du financement aux provinces et territoires à cette fin au moyen de transferts en matière de programmes sociaux.<sup>24</sup>

24. Au Québec, 18 communautés des Premières Nations sont desservies par des organismes SEFPN.<sup>25</sup> Le gouvernement fédéral a conclu une entente avec la province qui prévoit que celle-ci offre les services de protection dans les 8 autres communautés des Premières Nations et il finance directement ces communautés pour qu'elles offrent certains services de prévention.<sup>26</sup> Les autres enfants autochtones résidant hors réserve

---

<sup>21</sup> Déclaration de Nathalie Nepton au para 21, **CDPPGC, vol 7 à la p 2300**.

<sup>22</sup> Voir Table on how First Nations child and family services are provided in each region, pièce NN-2, **CDPPGC, vol 7 à la p 2388**; Modalités du programme SEFPN, pièce NN-1, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2311 et s.**

<sup>23</sup> Déclaration de Nathalie Nepton au para 13, **CDPPGC, vol 7 à la p 2298**.

<sup>24</sup> À l'exception du Yukon pour lequel le financement se fait via le programme SEFPN et du Nunavut et des Territoires-du-Nord-Ouest, où le financement fédéral se fait par des paiements de transfert généraux. Voir Déclaration de Nathalie Nepton aux para 13, 42, 45, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2298, 2305-2306**.

<sup>25</sup> Déclaration de Nathalie Nepton au para 35, **CDPPGC, vol 7 à la p 2303**.

<sup>26</sup> *Ibid.*

reçoivent des services de la province, qui sont en partie financés par le gouvernement fédéral par les paiements de transfert en matière de programmes sociaux.

25. Ainsi, contrairement à ce que laisse entendre le PGQ, les provinces sont loin d'être les seuls acteurs impliqués dans la fourniture des services à l'enfance aux Autochtones. Les organismes SEFPN jouent un rôle important à cet égard, ainsi que le gouvernement fédéral par l'entremise de son financement<sup>27</sup>.

### 3. Description de la Loi

26. Suite aux nombreux appels de commissions d'enquête pour des réformes aux services à l'enfance aux Autochtones<sup>28</sup> et aux demandes répétées de représentants autochtones en ce sens<sup>29</sup>, le gouvernement fédéral s'est engagé en 2018 à discuter avec les groupes autochtones et les provinces de l'élaboration d'une loi en matière de services à l'enfance aux Autochtones<sup>30</sup>. Ceux-ci ont été consultés, à travers différents mécanismes, afin de développer conjointement le projet de la Loi<sup>31</sup>.

27. La Loi porte sur les « services à l'enfance et à la famille » aux Autochtones<sup>32</sup>, soit les services qui sont fournis pour protéger les enfants autochtones contre les mauvais traitements et la négligence et pour aider les familles autochtones à préserver leur unité<sup>33</sup>. Ces services incluent notamment les services de prévention – qui peuvent être ciblés

---

<sup>27</sup> Voir généralement la déclaration de Nathalie Nepton sur le Programme SEFPN, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2296 et s.**, et les Modalités du programme SEFPN, pièce NN-1, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2311 et s.** Le Programme SEFPN est mis en œuvre en vertu de la *Loi sur le ministère des Services autochtones*, LC 2019, c 29, art 336.

<sup>28</sup> Voir note 17.

<sup>29</sup> Voir Compte rendu de « Enfants et familles réunis : Réunion d'urgence sur les services aux enfants et aux familles autochtones », pièce IGL-3, **CDPPGC, vol 6 aux pp 1923 et s.**; Déclaration d'Isa Gros-Louis aux para 13, 16, **CDPPGC, vol 5 aux pp 1757-1758.**

<sup>30</sup> Déclaration d'Isa Gros-Louis aux para 17-18, **CDPPGC, vol 5 aux pp 1758-1759**; Engagement du gouvernement fédéral à entreprendre une réforme des services aux enfants et aux familles autochtones, pièce IGL-4, **CDPPGC, vol 6 aux pp 1985 et s.**; Progrès à l'égard des 6 mesures visant la surreprésentation des enfants autochtones pris en charge, pièce IGL-5, **CDPPGC, vol 6 aux pp 1989 et s.**

<sup>31</sup> Déclaration d'Isa Gros-Louis aux para 27-38, **CDPPGC, vol 5 aux pp 1761-1764.**

<sup>32</sup> Loi, LC 2019, c 24, art 1, définit « autochtones » comme « s'agissant d'une personne, vise notamment celle issue d'une première nation, un Inuit ou un Métis ».

<sup>33</sup> Loi, *supra* note 32, art 1 « services à l'enfance et à la famille : Services de soutien aux enfants et aux familles, notamment des services de prévention, d'intervention précoce et de protection des enfants ». Voir aussi Préambule de la Loi, 5<sup>e</sup> attendu.

envers une famille ou offerts plus généralement au sein de la collectivité.<sup>34</sup> –, les interventions précoces auprès d'un enfant ou une famille autochtone à risque et les services de protection qui sont nécessaires lorsque la sécurité ou le bien-être d'un enfant autochtone est compromis. Les services à l'enfance ne s'étendent toutefois pas aux matières couvertes par d'autres lois fédérales, comme la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*<sup>35</sup>.

28. La Loi contient deux volets principaux. Dans son premier volet, elle énonce des principes nationaux en matière de services à l'enfance aux Autochtones. Essentiellement, ces principes sont les suivants :

- a) **Principes fondamentaux** : La Loi doit être interprétée et appliquée en conformité avec l'intérêt de l'enfant autochtone, l'égalité réelle et la continuité culturelle, laquelle comprend notamment la transmission de la langue, de la culture, des pratiques, des coutumes, des traditions, des cérémonies et des connaissances des peuples autochtones. La Loi reconnaît que la continuité culturelle est essentielle au bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones (art. 9).
- b) **Intérêt de l'enfant autochtone** : Cette notion constitue une considération primordiale dans la prise de décisions et de mesures en lien avec les services à l'enfance aux Autochtones. La Loi prescrit les principaux facteurs dont on doit tenir compte pour déterminer l'intérêt de l'enfant autochtone, soit le bien-être et la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant, ainsi que l'importance qu'il ait des rapports continus avec sa famille et sa collectivité et de préserver ses liens avec sa culture (art. 10).

---

<sup>34</sup> Ces services pourraient inclure, par exemple, des services d'apprentissage du rôle parental, de traitement de toxicomanies et de guérison, des soins à domicile, des traitements des agressions sexuelles. Voir le Compte rendu de « Enfants et familles réunis : Réunion d'urgence sur les services aux enfants et aux familles autochtones », pièce IGL-3, **CDPPGC, vol 6 aux pp 1822 et s.** Voir aussi à titre d'exemple les services de prévention financés par le Programme SEFPN, Modalités du programme SEFPN, pièce NN-1, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2325-2327, 2329.**

<sup>35</sup> *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, LC 2002, c 1. La situation au Québec où le Directeur de la protection de la jeunesse exerce les fonctions du Directeur provincial en vertu de cette Loi est unique au Canada (voir *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ c P-34.1, art 33.3).

- c) Participation des parents, fournisseurs de soins et collectivités** : Avant la prise de mesures importantes, un avis doit être donné aux parents, fournisseurs de soins<sup>36</sup> et au corps dirigeant autochtone qui représente la collectivité de l'enfant. Ceux-ci peuvent par ailleurs faire des représentations dans les procédures judiciaires et, dans le cas des parents et du fournisseur de soins, être partie à l'instance (art. 12-13).
- d) Priorité aux soins préventifs** : Les services de soins préventifs, y compris les soins prénataux, doivent être priorités (art. 14). Un enfant autochtone ne doit pas être pris en charge en raison de sa seule condition socio-économique (art. 15), et des efforts raisonnables doivent être faits avant qu'il soit pris en charge (art. 15.1).
- e) Placement** : Le placement d'un enfant autochtone doit tenir compte des coutumes et traditions de sa collectivité en matière d'adoption. Il se fait, en ordre de priorité, auprès d'un parent, un membre de sa famille, un adulte de sa collectivité, un adulte d'une autre collectivité autochtone ou un autre adulte. La situation de l'enfant placé auprès d'une personne autre que son parent doit être réévaluée régulièrement (art. 16-17).

29. Dans son deuxième volet, la Loi affirme que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est reconnu et confirmé par l'article 35 LC 1982 et comprend la compétence en matière de services à l'enfance, incluant la compétence de légiférer en la matière et de contrôler l'application des textes législatifs pris en vertu de cette compétence législative (art. 18). Les articles 20 et suivants mettent en place un cadre qu'une collectivité autochtone peut utiliser pour faciliter l'exercice de sa compétence législative en matière de services à l'enfance.

30. En vertu de ce cadre, une collectivité autochtone titulaire d'un droit protégé par l'article 35 doit d'abord autoriser un « corps dirigeant autochtone » à agir pour son

---

<sup>36</sup> Loi, *supra* note 32, art 1 : Un fournisseur de soins s'entend de toute personne, autre qu'un parent, qui a la responsabilité principale de fournir des soins quotidiens à l'enfant autochtone, notamment en conformité avec les coutumes et traditions de la collectivité. Il inclurait, par exemple, une personne qui s'occupe de l'enfant en vertu d'une adoption coutumière autochtone.

compte.<sup>37</sup> Le corps dirigeant autochtone peut ensuite donner avis au ministre de Services aux Autochtones Canada (le Ministre) et au gouvernement de chacune des provinces<sup>38</sup> où est située la collectivité indiquant qu'elle a l'intention d'exercer sa compétence législative (para. 20(1)).

31. Le corps dirigeant autochtone peut aussi demander au Ministre et aux provinces concernées de conclure un accord de coordination concernant l'exercice de sa compétence législative (para. 20(2)). Cette demande enclenche des discussions tripartites en vue de conclure un accord de coordination qui établirait les mesures de transition, de coordination, de financement et de soutien nécessaires à l'exercice de la compétence législative par le corps dirigeant autochtone.<sup>39</sup>

32. Si un accord de coordination est conclu, ou si le corps dirigeant autochtone a fait des efforts raisonnables en ce sens et que 12 mois se sont écoulés depuis sa demande<sup>40</sup>, le texte législatif autochtone en matière de services à l'enfance aura force de loi à titre de loi fédérale<sup>41</sup>. Il s'agit d'une incorporation par renvoi en droit fédéral du texte législatif autochtone qui a pour effet de rendre les textes législatifs autochtones prépondérants en cas de conflit avec les lois provinciales en la matière, tel que le rappelle le paragraphe 22(3).

33. La Loi prévoit également que les textes législatifs autochtones incorporés en droit fédéral auront préséance sur les dispositions incompatibles des lois fédérales relatives aux services à l'enfance, sauf les articles 10 à 15 de la Loi. Par ailleurs, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a prépondérance sur ces textes législatifs autochtones en cas de conflit (para. 22(1)). Les accords conclus avant l'entrée en vigueur de la Loi, incluant les traités et les accords sur l'autonomie gouvernementale, ont aussi préséance sur la Loi en cas d'incompatibilité (art. 3).

-----

---

<sup>37</sup> Loi, *supra* note 32, art 1 « corps dirigeant autochtone » : Conseil, gouvernement ou autre entité autorisé à agir pour le compte d'un groupe, d'une collectivité ou d'un peuple autochtones titulaires de droits reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

<sup>38</sup> La Loi utilise le terme « province », qui doit s'entendre comme incluant les provinces, le Yukon, le Territoire-du-Nord-Ouest et le territoire du Nunavut : *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-21, art 35.

<sup>39</sup> Trousse d'information technique, pièce IGL-8, **CDPPGC, vol 6 à la p 2140**.

<sup>40</sup> Loi, *supra* note 32, art 20(3).

<sup>41</sup> *Ibid*, art 21(1). Les collectivités peuvent reporter l'entrée en vigueur de leur texte législatif (art 21(1)) ou conclure un accord de coordination après l'entrée en vigueur de leur texte législatif (art 20(7)).

---

**PARTIE II – LA QUESTION EN LITIGE**

34. La question énoncée dans le *Décret* est la suivante :

***La Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis est-elle ultra vires de la compétence du Parlement du Canada en vertu de la Constitution du Canada?***

35. Le Procureur général du Canada (PGC) soutient que cette question doit recevoir une réponse négative puisque toutes les dispositions de la Loi relèvent de la compétence du Parlement sur les « Indiens » prévue au paragraphe 91(24) LC 1867. De plus, les articles 18 à 26 n'opèrent pas une modification à la Constitution. Le Parlement a le pouvoir de légiférer en se fondant sur une affirmation de droit constitutionnel, étant entendu que cette affirmation n'a pas pour effet de lier les tribunaux quant à l'interprétation de la Constitution.

-----

**PARTIE III – LES MOYENS****A. CADRE D'ANALYSE APPLICABLE À LA VALIDITÉ DE LA LOI**

36. Comme l'a indiqué la Cour suprême à de multiples reprises, la résolution d'une affaire mettant en cause la validité constitutionnelle d'une loi au regard du partage des compétences s'effectue au moyen de la doctrine du caractère véritable. Celle-ci requiert d'abord d'identifier le caractère véritable de la loi, puis de procéder à sa classification pour déterminer si elle relève d'un chef de compétence du législateur l'ayant adoptée<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, [2007] 2 RCS 3 au para 25 [***Banque canadienne de l'Ouest***]; *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17 au para 26 [***Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique***]; *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 aux para 49, 51 [***Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre***].

37. La Cour suprême a décrit le caractère véritable comme étant l'« idée maîtresse » de la loi, son « objet véritable »<sup>43</sup> ou encore la « caractéristique principale ou la plus importante » de la loi<sup>44</sup>. Pour déterminer le caractère véritable d'une loi, il faut examiner son objet, c'est-à-dire ce que le législateur a voulu accomplir<sup>45</sup>, et ses effets juridiques et pratiques<sup>46</sup>. Il faut se demander « qu'accomplit en fait la loi et dans quel dessein? »<sup>47</sup>.

38. Si, de par son caractère véritable, une loi relève de la compétence du Parlement, elle peut produire des effets accessoires, même significatifs, sur des matières qui relèvent de compétences provinciales sans que cela affecte sa validité constitutionnelle<sup>48</sup>.

39. En l'espèce, le PGQ s'écarte de ce cadre d'analyse classique, sans en expliquer les raisons. Or, suivant la jurisprudence de la Cour suprême, ce cadre d'analyse doit être appliqué dans tous les cas où la validité d'une loi est en cause, y compris lorsque la loi est contestée au motif que ses effets sur une matière relevant de la compétence législative des provinces sont importants<sup>49</sup>.

40. Une analyse complète de l'objet de la Loi et de ses effets démontre que son caractère véritable est de protéger et d'assurer le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones, en favorisant des services à l'enfance qui soient culturellement adaptés, dans le but de mettre fin à la surreprésentation des enfants autochtones dans les systèmes de services à l'enfance.

---

<sup>43</sup> Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, [2018] 3 RCS 189 au para 86 [**Renvoi sur les valeurs mobilières (2018)**]; Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique, *supra* note 42 au para 28.

<sup>44</sup> Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 RCS 457 au para 184 [**Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée**]; *Friends of the Oldman River Society c Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 RCS 3 à la p 62.

<sup>45</sup> *Ward c Canada (PG)*, [2002] 1 RCS 569 au para 17.

<sup>46</sup> Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique, *supra* note 42 au para 30.

<sup>47</sup> Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, *supra* note 44 au para 22.

<sup>48</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 42 au para 28; *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Itée*, [2005] 2 RCS 473 au para 28 [**Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Itée**]; *R c Morgentaler*, [1993] 3 RCS 463 à la p 486 [**R c Morgentaler**].

<sup>49</sup> Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.), [2000] 1 RCS 783 au para 49 [**Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu**]; *Québec (PG) c Canada (PG)*, [2015] 1 RCS 693 aux para 28 et 34 [**Québec (PG) c Canada (PG)**].

41. La Loi prévoit deux moyens pour ce faire, soit, d'une part, l'adoption de principes nationaux en matière de services à l'enfance (art. 9 à 17)<sup>50</sup> et, d'autre part, l'affirmation de la compétence des peuples autochtones en la matière et la création d'un cadre pour faciliter l'exercice de cette compétence (art. 18 à 26).

42. Dans un premier temps, nous analyserons la validité constitutionnelle des principes nationaux. À cet égard, l'analyse du PGQ est complètement centrée sur les prétendus effets des principes nationaux sur une matière de compétence provinciale, soit la fonction publique provinciale. Non seulement cette analyse fait fi de l'objet de la Loi, mais elle exagère les effets qu'a la Loi sur les provinces. De plus, elle ignore les effets que la Loi vise à produire sur les enfants, les familles et les collectivités autochtones.

43. Ensuite, nous répondrons aux arguments du PGQ concernant l'exclusivité des compétences et expliquerons pourquoi les principes nationaux en matière de services à l'enfance sont constitutionnellement applicables aux provinces.

44. Finalement, nous examinerons la validité du second volet de la Loi (l'affirmation de droits et le cadre de mise en œuvre). Ce deuxième volet vise le même objet que les principes nationaux. Les effets des dispositions de ce volet confirment que le caractère véritable de la Loi est la protection et le bien-être des enfants, des familles et collectivités autochtones.

---

<sup>50</sup> Le PGQ cible les art 1 à 17 dans son premier moyen de contestation. Il faut noter que les principes nationaux sont aux art 9 à 17 de la Loi, alors que les art 1 à 8 visent l'interprétation et l'application de l'ensemble de la Loi, notamment, des définitions, des clauses d'interprétation, une clause qui indique que la Loi lie la Couronne fédérale et les provinces, ainsi que la clause d'objet.

## **B. LES ARTICLES 1 À 17 DE LA LOI SONT *INTRA VIRES* DE LA COMPÉTENCE DU PARLEMENT PRÉVUE AU PARAGRAPHE 91(24) LC 1867**

### **1. Caractère véritable des articles 1 à 17 de la Loi**

#### **a) *L'objet de la Loi : la protection et le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones***

45. L'analyse du caractère véritable d'une loi commence par l'examen de son objet. Bien que la doctrine du caractère véritable s'intéresse tant à l'objet qu'aux effets d'une loi, l'objet de la loi constitue souvent l'élément clef de la constitutionnalité<sup>51</sup>. L'objet d'une loi ressort souvent de son texte, mais il peut aussi être établi à partir de preuves extrinsèques, comme les débats parlementaires, les publications gouvernementales et les événements ayant mené à l'adoption de la loi<sup>52</sup>. Cet objet peut également ressortir de l'examen du « mal » visé par la loi, c'est-à-dire le problème auquel le législateur a voulu remédier<sup>53</sup>.

46. En l'espèce, la Loi a un objet unique, soit la protection et le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones, par la réduction du nombre d'enfants dans les systèmes des services à l'enfance. Cet objet ressort de l'ensemble du libellé de la Loi, et notamment de son préambule, qui indique la volonté de remédier à la surreprésentation des enfants autochtones dans les services à l'enfance. Par ailleurs, la clause d'objet prévue à l'article 8 expose les moyens choisis pour y parvenir, à savoir la création de principes applicables à l'échelle nationale et l'affirmation du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, incluant la compétence sur les services à l'enfance.

47. La Loi vise à remédier à ce qui a été qualifié de « crise humanitaire »<sup>54</sup>, soit la surreprésentation des enfants autochtones dans les systèmes de services à l'enfance et

<sup>51</sup> *R c Morgentaler*, supra note 48 à la p 481.

<sup>52</sup> Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, supra note 42 au para 62; Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu, supra note 49 au para 17; Banque canadienne de l'Ouest, supra note 42 au para 27.

<sup>53</sup> Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu, supra note 49 aux para 17, 21.

<sup>54</sup> Débats de la Chambre des communes, Deuxième lecture (19 mars 2019) [Deuxième lecture (19 mars 2019)], 1320 (Seamus O'Regan, ministre des Services aux Autochtones), CDPGCG, vol 1 à la p 25; Débats de la Chambre des communes, Deuxième lecture (3 mai 2019) [Deuxième lecture (3 mai 2019)], 1020 (Dan Vandal, secrétaire parlementaire du ministre des Services aux Autochtones) et 1225 (Arif Virani, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur

leur trop fréquente séparation de leur famille et de leur collectivité.<sup>55</sup> Le préambule fait expressément mention de ces préoccupations<sup>56</sup>.

48. Lors de la troisième lecture du projet de Loi C-92 à la Chambre des Communes, le Ministre faisait d'ailleurs état du problème de surreprésentation des enfants autochtone dans les systèmes de services à l'enfance en indiquant qu'« *[o]n compte aujourd'hui plus d'enfants autochtones pris en charge qu'au plus fort du programme des pensionnats indiens* »<sup>57</sup>.

49. La Loi cherche à répondre à ce problème en « *favoris[ant] la dignité, le bien-être et le plein épanouissement des enfants et des jeunes autochtones, de leurs familles et de leurs collectivités* »<sup>58</sup>. Citant le chef national de l'Assemblée des Premières Nations, le Ministre résumait ainsi le point de mire de la Loi : « *Cette loi concerne d'abord et avant tout les enfants des Premières Nations [des Inuits et des Métis] et leur sécurité, leur protection et leur avenir* »<sup>59</sup>.

50. La Loi répond en fait à plusieurs appels à une réforme des services à l'enfance qui serait axée sur l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones et sur des normes nationales pour des services culturellement adaptés.

51. Comme le souligne le préambule de la Loi, le rapport de la Commission de vérité et réconciliation paru en 2015 exhortait les gouvernements fédéral, provinciaux et autochtones

---

général du Canada et de la ministre des Institutions démocratiques), **CDPPGC, vol 1 aux pp 54, 61**; *Débats de la Chambre des communes*, Comité permanent des affaires autochtones et du Nord, 42-1, n° 46 (30 avril 2019) [**Comité permanent (30 avril 2019)**], 0835 (O'Regan); et Compte rendu de « Enfants et familles réunis : Réunion d'urgence sur les services aux enfants et aux familles autochtones », pièce IGL-3, **CDPPGC, vol 6 à la p 1824**.

<sup>55</sup> Deuxième lecture (3 mai 2019), *supra* note 54, 1005-1020 (Vandal), et 1225 (Virani), **CDPPGC, vol 1 aux pp 52-54, 61**; Comité permanent (30 avril 2019), *supra* note 54, 0835 (O'Regan); *Débats de la Chambre des communes*, Troisième lecture (3 juin 2019) [**Troisième lecture (3 juin 2019)**], 1835 (O'Regan), **CDPPGC, vol 2 à la p 413**; Sénat, Comité sénatorial permanent des Peuples Autochtones, Rapport du comité, 17<sup>e</sup> rapport (13 mai 2019), **CDPPGC, vol 3 aux pp 871-872**; Compte rendu de « Enfants et familles réunis : Réunion d'urgence sur les services aux enfants et aux familles autochtones », pièce IGL-3, **CDPPGC, vol 6 à la p 1824**.

<sup>56</sup> Loi, *supra* note 32 préambule 8<sup>e</sup> attendu, 4<sup>e</sup> alinéa.

<sup>57</sup> Troisième lecture (3 juin 2019), *supra* note 54, 1835 (O'Regan), **CDPPGC, vol 2 à la p 413**.

<sup>58</sup> Loi, *supra* note 32 préambule 5<sup>e</sup> attendu.

<sup>59</sup> *Débats de la Chambre des communes*, Deuxième lecture (19 mars 2019), 1340 (O'Regan), **CDPPGC, vol 1 à la p 27**.

à « *s'engager à réduire le nombre d'enfants autochtones pris en charge* ».<sup>60</sup> La Commission recommandait alors au Parlement de « *mettre en place des dispositions législatives en matière de protection des enfants autochtones qui établissent des normes nationales* ».<sup>61</sup> Selon la Commission, ces normes devaient confirmer « *le droit des gouvernements autochtones d'établir et de maintenir leurs propres organismes de protection de l'enfance* » et exiger le placement des enfants « *dans un milieu adapté à leur culture* ».<sup>62</sup>

52. Ces appels à l'action de la Commission ont été suivis de demandes similaires pour une réforme des services à l'enfance pour les Autochtones à l'échelle nationale, notamment par le Tribunal canadien des droits de la personne<sup>63</sup>, la *Commission d'enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*<sup>64</sup> et la *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics* (Commission Viens)<sup>65</sup>.

53. De manière plus générale, la Loi s'inscrit dans le processus de réconciliation du Canada avec les Premières Nations, les Inuits et les Métis.<sup>66</sup> Elle « *représent[e] une étape importante dans le processus de réconciliation et de renouvellement des liens entre le Canada et les peuples autochtones* ».<sup>67</sup> Elle vise aussi à contribuer à la mise en œuvre

<sup>60</sup> CVR : Appels à l'action, Appel à l'action 1, **CDPPGC, vol 13 à la p 4784.**

<sup>61</sup> CVR : Appels à l'action, Appel à l'action 4, **CDPPGC, vol 13 à la p 4785.**

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2 au para 463.

<sup>64</sup> Rapport final, GP-16, n° 12.1, **Cahier de preuve de l'Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador (APNQL) et de la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador (CSSSPNQL) (ci-après « CDPAPNQL-CSSSPNQL »), vol 11 à la p 4050.**

<sup>65</sup> *Supra* note 17, **CDPPGC, vol 11 aux pp 3756, 3808-3809.** Un volet de l'enquête de la Commission portait spécifiquement sur les services de protection de la jeunesse aux Autochtones duquel découle des appels à l'action qui tendent tous vers l'accroissement de l'autonomie des Premières Nations et des Inuits en matière de protection de la jeunesse. Plusieurs constats et appels à l'action de la Commission recourent les principes nationaux fixés par la Loi : principe de « l'intérêt de l'enfant » non adapté aux Autochtones (**CDPPGC, vol 11 à la p 3765**); importance d'assurer la sécurité culturelle (**CDPPGC, vol 11 aux pp 3767-3769**); priorité de placement propre aux Premières Nations et aux Inuits auprès de la famille immédiate ou élargie, et si cela n'est pas possible, auprès des membres de leur communauté ou de leur nation (**CDPPGC, vol 11 aux pp 3781-3783**).

<sup>66</sup> Loi, *supra* note 32 préambule 9<sup>e</sup> attendu 2<sup>e</sup> alinéa.

<sup>67</sup> Deuxième lecture (3 mai 2019), *supra* note 54, 1005 (Vandal), **CDPPGC, vol 1 à la p 52.**

de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, qui reconnaît le droit à la perpétuation de la culture et le droit à l'autodétermination<sup>68</sup>.

54. Les deux volets de la Loi ont le même objet, soit la protection et le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones afin de réduire le nombre d'enfants séparés de leur famille et de leur collectivité. Elle accomplit cet objet par deux moyens : d'une part, en établissant les principes « *qui guideront la prestation des services aux enfants et aux familles autochtones* »<sup>69</sup>; d'autre part, en affirmant le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et en offrant un cadre pour faciliter l'exercice de la compétence législative sur les services à l'enfance.

### **b) Les effets des principes nationaux**

55. À cette étape de l'analyse, il s'agit de considérer les effets juridiques et pratiques de la Loi sur les Canadiens<sup>70</sup>, afin de comprendre comment elle cherche à atteindre son but. Les effets juridiques se rapportent à la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui y sont assujettis<sup>71</sup>. Les effets pratiques comprennent les effets réels et prévus<sup>72</sup>. En l'espèce, les effets des principes nationaux – de même que les effets du second volet de la Loi qui seront abordés dans la partie E du mémoire – confirment l'objet de la Loi identifié précédemment.

56. Les effets principaux des principes nationaux de la Loi portent sur les enfants, les familles et les collectivités autochtones. À la lumière de son texte et de son traitement à ce jour par les tribunaux, on peut s'attendre à ce que la Loi produise des effets juridiques et pratiques qui peuvent être subdivisés en trois catégories.

---

<sup>68</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones*, 13 septembre 2007 (A / RES / 61/295). Voir notamment les articles 3 et 4 qui reconnaissent le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, ce qui inclut le droit à l'autonomie gouvernementale, ainsi que les articles 7 al. 2, 8 al. 1, 9, 11, 13.1 qui prévoient des droits relativement à la protection des enfants et la préservation de la culture.

<sup>69</sup> Deuxième lecture (3 mai 2019), *supra* note 54, 1005 (Vandal), **CDPPGC, vol 1 à la p 53**.

<sup>70</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, *supra* note 49 au para 18.

<sup>71</sup> *R c Morgentaler*, *supra* note 48 aux pp 482-483; *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, *supra* note 42 au para 70.

<sup>72</sup> *Ibid* à la p 483; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières (2018)*, *supra* note 43 au para 98.

57. **Premièrement**, il est à prévoir que les enfants autochtones pris en charge par les services à l'enfance maintiendront un lien solide avec leur famille, leur collectivité et leur culture. Cela découle notamment des articles 9(2), 10(2) et 10(3)(a, c, d, f) de la Loi qui placent au cœur des décisions relatives à l'enfant autochtone la continuité culturelle et le maintien des liens avec sa famille et sa collectivité, au même titre que son bien-être et sa sécurité physiques, psychologiques et affectifs. Les articles 12 et 13 reconnaissent également l'importance du point de vue des collectivités dans le processus. De même, le paragraphe 16(1) favorise le placement de l'enfant autochtone auprès de sa famille et de sa collectivité<sup>73</sup>, ce qui facilitera la transmission à l'enfant de sa culture autochtone<sup>74</sup>. L'article 17 prévoit que l'attachement de l'enfant auprès de tout membre de sa famille doit être favorisé – le terme « famille » étant défini conformément aux coutumes de la collectivité de l'enfant<sup>75</sup>.

58. Des décisions récentes démontrent les effets de la Loi sur le maintien du lien de l'enfant avec sa famille, sa collectivité et sa culture. Les tribunaux accordent désormais une importance accrue à des facteurs tels que la préservation de l'identité et de la culture et la continuité culturelle dans le cadre d'ordonnances de placement ou d'ordonnances relatives à des droits de visite<sup>76</sup>.

59. **Deuxièmement**, on peut s'attendre à ce que la Loi diminue le nombre d'enfants autochtones pris en charge par les services à l'enfance. Le paragraphe 14(1) favorise une approche préventive auprès des familles autochtones, plutôt qu'une intervention des services à l'enfance une fois que la sécurité ou le bien-être de l'enfant est compromis. On peut penser que des programmes de développement d'habiletés parentales, de lutte aux

---

<sup>73</sup> Deuxième lecture (3 mai 2019), *supra* note 54, 1005 (**Vandal**), **CDPPGC, vol 1 à la p 53** : « L'ordre de priorité vise à ce que les enfants gardent contact avec leur culture et leur communauté et qu'ils conservent un attachement et des liens affectifs envers leur famille ».

<sup>74</sup> Sur la transmission de la culture par les activités quotidiennes, voir Rapport d'expert de Jessica Ball, **CDPPGC, vol 9 aux pp 2984-2986**.

<sup>75</sup> Loi, *supra* note 32, art 1. Sur la conception de la famille chez les peuples autochtones et le développement d'attachements multiples chez les enfants autochtones, voir le rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 aux pp 3433-3434 et 3448**.

<sup>76</sup> Voir notamment *Protection de la jeunesse — 206762*, 2020 QCCQ 7952 [**Protection de la jeunesse — 206762**]; *British Columbia (Child, Family and Community Service) v M.J.K.*, 2020 BCPC 39; *British Columbia (Child, Family and Community Service) v S.H.*, 2020 BCPC 82; *Michif CFS v C.L.H. and W.J.B.*, 2020 MBQB 99; *Huron-Perth Children's Aid Society v A.C.*, 2020 ONCJ 251. *Kina Gbezhgomi Child and Family Services v M.A.*, 2020 ONCJ 414; *Protection de la jeunesse — 204534*, 2020 QCCQ 4334; *In The Matter of A Hearing Under the Child and Family Services Act, SS 1989-90, c C-7.2*, 2021 SKQB 2 [**In The Matter of A Hearing Under the Child and Family Services Act**].

dépendances ou de ressourcement sur le territoire.<sup>77</sup> seront priorisés pour éviter la prise en charge d'enfants autochtones.

60. Le paragraphe 14(2) favorise quant à lui les soins prénataux, ce qui devrait prévenir la prise en charge d'un certain nombre d'enfants autochtones à la naissance qui a lieu, notamment, dans le cadre d'une pratique d'alertes à la naissance – *birth alerts* – où l'enfant est retiré à sa mère dans les minutes après sa naissance. Cette pratique est décrite par plusieurs, dont les communautés autochtones.<sup>78</sup>

61. L'article 15 prévoit que la prise en charge d'un enfant autochtone ne devrait pas avoir lieu seulement en raison de sa condition socio-économique.<sup>79</sup> Cette disposition devrait aussi contribuer à diminuer le nombre d'enfants autochtones pris en charge puisque les données statistiques démontrent que les familles autochtones font face à plusieurs défis socio-économiques<sup>80</sup> et que ces réalités sont parfois associées à de la négligence dans un contexte de services à l'enfance aux Autochtones.<sup>81</sup>

62. Le paragraphe 16(3) stipule finalement que la situation d'un enfant placé ailleurs qu'avec son parent doit être réévaluée régulièrement afin de déterminer l'opportunité que l'enfant retourne avec son parent ou un membre de sa famille. Cette disposition reflète le fait que, vu leur ampleur, les difficultés que vivent les familles autochtones peuvent prendre un certain temps à panser.<sup>82</sup> Elle est aussi cohérente avec les conceptions autochtones de la guérison, de l'entraide et du respect du rythme des individus.<sup>83</sup> Elle devrait permettre à des enfants autochtones placés depuis un certain temps de retourner dans leur famille.

<sup>77</sup> Voir des exemples de services de prévention en place à Uashat mak Mani-utenan, Déclaration de Nadine Vollant au para 16, **CDPAPNQL-CSSSPNQL, vol 1 à la p 226**. Voir aussi d'autres exemples dans la Déclaration de Marjolaine Sioui, aux para 77-80, 83, **CDPAPNQL-CSSSPNQL, vol 3 aux pp 1024-1026**.

<sup>78</sup> Déclaration d'Isa Gros-Louis au para 32(b), **CDPPGC, vol 5 à la p 1763**.

<sup>79</sup> Voir aussi Loi, *supra* note 32, art 15.1.

<sup>80</sup> Rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 aux pp 3404-3406**; Rapport d'expert de Jessica Ball **CDPPGC, vol 9 aux pp 2976-2978**.

<sup>81</sup> Rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 à la p 3453**; *Wen:De – We are Coming to the Light of Day*, Exhibit CB-5, **CDP First Nations Child & Family Caring Society of Canada, vol 2 aux pp 232, 237-239, 284-310**; *Wen:De – The Journey Continues*, Exhibit CB-6, **CDP First Nations Child & Family Caring Society of Canada, vol 3 à la p 459**.

<sup>82</sup> Rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 à la p 3453**.

<sup>83</sup> *Ibid*, aux pp 3442-3443, 3450-3452.

63. **Troisièmement**, et plus généralement, le fait que la Loi favorise une adéquation entre les services à l'enfance aux Autochtones et les cultures autochtones devrait améliorer l'efficacité des services. Plusieurs études ont démontré en effet que des services à l'enfance culturellement adaptés ont plus de chances d'assurer le bien-être des enfants autochtones, notamment parce qu'ils préservent leur identité et favorisent la résilience<sup>84</sup>.

64. Ainsi, il ressort de cette analyse de l'objet et des effets des articles 1 à 17 que le caractère véritable de ces dispositions est de protéger et d'assurer le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones en orientant la fourniture de services à l'enfance aux Autochtones pour qu'ils soient culturellement adaptés, dans le but de réduire le nombre d'enfants autochtones dans les systèmes de services à l'enfance. Le caractère véritable des principes nationaux n'est pas de régler la fonction publique provinciale. Les effets de la Loi sur cette dernière constituent des effets accessoires au sens du droit constitutionnel.

**c) Les effets de la Loi sur la compétence provinciale sont purement accessoires et n'ont pas d'incidence sur le caractère véritable de la Loi**

65. Le fédéralisme canadien reconnaît la théorie du double aspect, soit qu'une même matière puisse être réglementée, sous des perspectives différentes, à la fois par le fédéral et les provinces<sup>85</sup>. Il n'est donc pas surprenant qu'une loi fédérale portant sur une matière comportant un double aspect ait des effets accessoires sur une compétence provinciale et vice et versa. Cependant, les effets accessoires qu'une loi peut avoir sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement n'ont pas d'impact sur la détermination de son caractère véritable. Par « effets accessoires », on entend les effets d'une loi qui peuvent avoir une importance pratique significative, mais qui sont accessoires et secondaires au mandat de la législature qui l'a édictée<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Rapport d'expert de Jessica Ball, **CDPPGC, vol 9 aux pp 2991-2998**.

<sup>85</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 42 au para 30; *Rogers Communications Inc c Châteauguay (Ville)*, [2016] 1 RCS 467 au para 50. *Multiple Access Ltd. c McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161 aux pp 180-183 [**Multiple Access Ltd. c McCutcheon**]; *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, supra note 42 au para 126; *Transport Desgagnés inc. c Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58 au para 84 [**Transport Desgagnés**].

<sup>86</sup> *Colombie Britannique c Imperial Tobacco Canada Itée*, supra note 48 au para 28, cité dans *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 42 au para 28.

66. En l'espèce, dans la mesure où la Loi produit des effets sur le travail des fonctionnaires provinciaux, il s'agit là de toute évidence d'effets accessoires au but de la Loi et donc non pertinents du point de vue constitutionnel<sup>87</sup>. Ces effets ne sont pas importants au point de permettre de conclure que le caractère véritable de la Loi est de réglementer la fonction publique québécoise.

67. En effet, le but des principes nationaux n'est pas de régir le travail des fonctionnaires provinciaux, mais plutôt de protéger et d'assurer le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones, un objectif fédéral valide<sup>88</sup>. Autrement dit, la Loi ne cherche pas à dicter aux provinces la façon dont elles doivent exercer leur compétence ou à utiliser les régimes qu'elles ont mis en place dans leurs domaines de compétence<sup>89</sup>, mais plutôt à établir des normes nationales générales, ce que le Parlement peut faire dans l'exercice d'une compétence qui lui est attribuée par la Constitution<sup>90</sup>.

68. L'effet de la Loi sur les fournisseurs de services à l'enfance pour les Autochtones est de *guider* la fourniture de ces services, quand ceux-ci existent. Les principes nationaux sont des principes généraux et non une réglementation de toutes les facettes des activités reliées aux services à l'enfance. Ils n'imposent pas de devoirs à des fonctionnaires provinciaux spécifiques ni ne dictent aux fournisseurs de service le fonctionnement de leur gestion interne ou les modalités pratiques de livraison de ces services. De plus, la Loi n'empêche pas les diverses branches de la fonction publique québécoise de continuer de collaborer entre elles et avec les organismes autochtones pour assurer l'efficacité des services offerts.

69. Par ailleurs, contrairement à ce que laisse entendre le PGQ<sup>91</sup>, les provinces ne sont pas les seuls fournisseurs de services. Les organismes SEFPN fournissent également des

---

<sup>87</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, supra note 49 au para 49; *Québec (PG) c Canada (PG)*, supra note 49 au para 32; *Canada (PG) c PHS Community Services Society*, [2011] 3 RCS 134 aux para 50-52 [**Canada (PG) c PHS Community Services Society**].

<sup>88</sup> Voir par analogie *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 RCS 445 aux pp 468-469 [**Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services**].

<sup>89</sup> Mémoire du Procureur général du Québec (ci-après « **Mémoire du PGQ** ») au para 68.

<sup>90</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, supra note 44 au para 244. *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, supra note 42 au para 207.

<sup>91</sup> Mémoire du PGQ au para 32.

services à plusieurs enfants et familles autochtones à travers le pays. La Loi ne fait d'ailleurs aucune distinction quant aux fournisseurs de services : elle s'applique dans tous les cas où des services à l'enfance sont offerts relativement à un enfant autochtone. De même, les fournisseurs de services qui seront mandatés par des textes législatifs autochtones seront aussi assujettis aux principes nationaux<sup>92</sup>.

70. Enfin, la Loi n'impose pas à qui que ce soit l'obligation de fournir des services et ne vise pas non plus à imposer un régime unifié ou « *identique d'une région à l'autre au Canada* »<sup>93</sup>. Elle établit des normes générales, qui laissent place à la diversité des régimes provinciaux, territoriaux et autochtones en matière de services à l'enfance<sup>94</sup>. Les principes nationaux s'appliquent d'ailleurs concurremment aux lois provinciales et territoriales<sup>95</sup>. Il s'agit de normes minimales, et les provinces peuvent prévoir une plus grande protection par l'entremise de leur législation<sup>96</sup>. Comme l'indiquait le sous-ministre des Services aux Autochtones en comité parlementaire relativement au Québec :

*Nous utilisons les résultats du travail que le Québec effectue déjà avec les Autochtones, notamment sur les principes. Nous pourrions en fait nous retrouver avec des approches très positives au Québec, lesquelles ne seraient pas nécessairement modifiées par la Loi. En effet, cette dernière ne remet pas en question ce qui est positif, mais impose plutôt des normes minimales. Dans bien des cas, d'ailleurs, nous avons l'impression que ces normes sont déjà respectées, voire dépassées.*<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Le paragraphe 22(1) de la Loi prévoit d'ailleurs que les art 10-15 de la Loi auront prépondérance sur les textes législatifs autochtones incorporés en droit fédéral en cas d'incompatibilité. Les autres textes législatifs autochtones seront assujettis aux principes nationaux suivant l'art 8(b) de la Loi.

<sup>93</sup> Mémoire du PGQ au para 47.

<sup>94</sup> Voir notamment Deuxième lecture (3 mai 2019), *supra* note 54, 1015 (**Vandal**) et 1230 (**Virani**), **CDPPGC, vol 1 aux pp 53, 61**; Troisième lecture (3 juin 2019), *supra* note 54, 2000 (**Mike Bossio**), député libéral de Hastings—Lennox and Addington), **CDPPGC, vol 2 à la p 424**; Comité permanent (30 avril 2019), *supra* note 54, 1020 (**Bossio**).

<sup>95</sup> Comité permanent (30 avril 2019), *supra* note 54, 0845 (**O'Regan**).

<sup>96</sup> Loi, *supra* note 32 art 4-5. Par exemple, la Loi prévoit que les corps dirigeants autochtones pourront faire des représentations devant les tribunaux alors que certaines lois provinciales confèrent le statut de partie au représentant de la communauté autochtone. Ontario : *Child, Youth and Family Services Act*, 2017, SO 2017, c 14, Sch 1, art 79(1)(4); Colombie-Britannique : *Child, Family and Community Service Act*, RSBC 1996, c 46, art 33.1(6), 34(4), 36(2.3), 39(1)(2), 42.1(4.1), 42.2(2), 44(2.1), 44.1(2.1), 46(2.1), 49(3), 50.01(b), 54.01(4), 54.1(2.1), 55(3.1), 57(2.1); Yukon : *Child and Family Services Act*, SY 2008, c 1, art 48(1)(b).

<sup>97</sup> Comité permanent (30 avril 2019), *supra* note 54, 0930 (**Jean-François Tremblay**, sous-ministre, ministère des Services aux autochtones Canada).

71. Les lois provinciales n'offrent pas toutes la même protection aux enfants, familles et collectivités autochtones<sup>98</sup>. La Loi cherche à garantir aux enfants autochtones, peu importe leur lieu de résidence, des services adaptés à leurs cultures et besoins spécifiques.

72. Au Québec, la *Loi sur la protection de la jeunesse* incorpore déjà plusieurs des principes nationaux, notamment la préservation de l'identité culturelle<sup>99</sup>, la prise en compte de l'adoption coutumière<sup>100</sup>, la participation de l'enfant, des parents et de la communauté autochtone<sup>101</sup> et un placement de l'enfant qui favorise son maintien avec ses parents, sa famille élargie, sa communauté et sa nation<sup>102</sup>.

73. Concrètement, la Loi vient clarifier ou définir certaines notions – par exemple, l'intérêt de l'enfant autochtone, la continuité culturelle, l'égalité réelle – mais comme l'affirmait récemment la Cour du Québec, les deux lois « *coexistent et sont d'application concurrente, voire même complémentaire* »<sup>103</sup>.

74. Dans cette affaire, en appliquant conjointement la Loi et la LPJ, la Cour a ordonné « *le maintien des relations personnelles des enfants avec leur famille élargie* » et a « *recommandé que le [directeur de la protection de la jeunesse] autorise des séjours prolongés auprès de la famille élargie, conformément à l'article 62.1 LPJ, si la situation le permet* »<sup>104</sup>, en accord avec les considérations prévues au paragraphe 10(2) de la Loi<sup>105</sup>.

75. L'ordonnance de la Cour est révélatrice du rôle complémentaire de la Loi. La Cour a appliqué la Loi, tout en ancrant son ordonnance dans les pouvoirs existants du Directeur de la protection de la jeunesse aux termes de la loi provinciale. Cette décision illustre que

---

<sup>98</sup> Par exemple, toutes les lois provinciales et territoriales prévoient que la continuité culturelle est un facteur de l'intérêt de l'enfant autochtone, mais une seule spécifie qu'un enfant ne doit pas être pris en charge en raison de sa situation socio-économique. *The Child and Family Services Act*, CCSM c C80, art 17(3) (Man).

<sup>99</sup> *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ c P-34.1 [LPJ], art 3; Comparer avec Loi, *supra* note 32, art 9(2), 10(2), 10(3).

<sup>100</sup> LPJ, *supra* note 99, art 2.4 (5)(c), art 3 al 2; Comparer avec Loi, *supra* note 32, art 16(2.1).

<sup>101</sup> LPJ, *supra* note 99, art 2.3 al 2, 72.6.0.1 et 81.1; Comparer avec Loi, *supra* note 32, art 12-13.

<sup>102</sup> LPJ, *supra* note 99, art 4; Comparer avec Loi, *supra* note 32, art 16.

<sup>103</sup> *Protection de la jeunesse — 206762*, *supra* note 76 au para 13.

<sup>104</sup> *Ibid* au para 155-156.

<sup>105</sup> *Ibid* au para 86, 89.

les fonctionnaires provinciaux conservent une grande discrétion dans la façon d'appliquer les principes nationaux de la Loi.<sup>106</sup>

76. Dans ce contexte, et dans la mesure où les lois provinciales invitent déjà les provinces à prendre en compte la situation particulière des enfants autochtones, la Loi n'affectera pas de manière importante le travail des fonctionnaires provinciaux.

77. Le PGQ prétend également que les principes nationaux énoncés par la Loi pourraient soulever des problèmes pratiques dans l'organisation des services à l'enfance<sup>107</sup>, sans toutefois expliquer la teneur des problèmes allégués. Le PGQ se limite à énoncer de manière laconique les distinctions qui existent entre les deux lois quant à la définition d'« intérêt de l'enfant » et d'« instances dirigeantes autochtones », et quant à la portée de la notion d'égalité réelle<sup>108</sup>. De telles affirmations générales ne permettent pas de conclure à l'existence de problèmes pratiques.

78. De toute façon, lorsqu'on analyse la validité d'une loi fédérale, la présence d'une loi provinciale portant sur le même sujet ne saurait avoir une incidence, et ce, même si certaines difficultés pratiques pouvaient résulter de la coexistence des deux lois et nécessiter des efforts de coordination<sup>109</sup>. Comme l'indique la Cour suprême dans l'arrêt *Ontario Hydro c Ontario (Commission des relations de travail)*, les problèmes pratiques pouvant découler du chevauchement des compétences ne peuvent être déterminants en ce qui concerne la validité constitutionnelle des lois.<sup>110</sup>

79. Par ailleurs, le fait que la Loi prévoit certaines obligations additionnelles pour les fournisseurs de services à l'enfance de la province n'a rien d'inacceptable dans la mesure

---

<sup>106</sup> Sur le caractère complémentaire de la Loi et des lois provinciales, voir notamment : *Métis Child, Family and Community Services v HDGJ*, 2021 MBCA 18 au para 166; *Mi'kmaw Family and Children's Services of Nova Scotia v RD*, 2021 NSSC 66 aux para 28-30, 36-38; *In The Matter of A Hearing Under the Child and Family Services Act*, supra note 76 au para 85; *Children's Aid Society of London and Middlesex v T.E.*, 2021 ONSC 788.

<sup>107</sup> Mémoire du PGQ au para 50.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, supra note 44 au para 68; *Multiple Access Ltd. c McCutcheon*, supra note 85 **Erreur ! Signet non défini.** à la p 190.

<sup>110</sup> *Ontario Hydro c Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 RCS 327 aux pp 358-359 (juge en chef Lamer) aux pp 374-375 (juge La Forest) [**Ontario Hydro**].

où celles-ci découlent des dispositions d'une loi fédérale valablement adoptée.<sup>111</sup> Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, la Cour suprême a conclu que, malgré le fardeau administratif imposé par *Loi fédérale sur la taxe sur les produits et services* aux entreprises et au gouvernement provincial, cette loi était valide puisque ces effets étaient nécessairement accessoires au régime de taxation fédéral valide.<sup>112</sup> En d'autres termes, la loi contestée visait un objectif fédéral valide. Son but n'était pas de produire ces effets sur les matières de compétence provinciale.<sup>113</sup>

80. Il en est de même en l'espèce. Les articles 1 à 17 de la Loi visent un objectif fédéral valide et les effets qu'ils produisent sur des matières provinciales sont purement accessoires.

81. Ainsi, malgré leurs effets accessoires, le caractère véritable de ces dispositions est de protéger et d'assurer le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones. Il s'agit de la seule conclusion à laquelle on peut arriver lorsque l'on effectue correctement l'analyse du caractère véritable en l'espèce.

82. Une législation ayant un tel caractère véritable relève clairement de la compétence fédérale prévue au paragraphe 91(24) LC 1867, tel qu'il ressort de ce qui suit.

## **2. Classification : les articles 1-17 de la Loi relèvent du paragraphe 91(24) LC 1867**

83. Tel qu'admis par le PGQ<sup>114</sup>, la compétence du Parlement prévue au paragraphe 91(24) lui permet d'adopter des lois concernant les services à l'enfance aux Autochtones, même si les provinces ont la compétence d'adopter des lois d'application générale en matière de services à l'enfance dans la province. Les services à l'enfance aux Autochtones constituent en effet une matière qui présente un double aspect.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, supra note 88 à la p 483 (le juge Lamer pour la majorité).

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid* à la p 468.

<sup>114</sup> Mémoire du PGQ au para 34.

<sup>115</sup> Sur le chevauchement des compétences en matière de services à l'enfance aux Autochtones, voir notamment *NIL/TU, O Child and Family Services Society c B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 RCS 696 aux para 42-44 [*NIL/TU, O*].

84. En l'espèce, vu le caractère véritable de la Loi, les principes nationaux relèvent de la compétence du Parlement fédéral en vertu du paragraphe 91(24).

**a) Nature et étendue de la compétence du Parlement en vertu du paragraphe 91(24) LC 1867**

85. La compétence du Parlement sur les « Indiens » prévue au paragraphe 91(24) est large : elle s'étend aux Premières Nations, aux Inuits et aux Métis.<sup>116</sup>, où qu'ils se trouvent au Canada.<sup>117</sup>, et habilite le Parlement à légiférer dans toutes les sphères de la vie des Autochtones.<sup>118</sup>, notamment en ce qui concerne la propriété et les droits civils de ces derniers, comme la Cour suprême l'a reconnu dans l'arrêt *Canada (PG) c Canard*.<sup>119</sup>.

86. Ainsi, le Parlement peut légiférer relativement aux Autochtones dans des domaines qui sont par ailleurs de compétence provinciale.<sup>120</sup>. La compétence en vertu du paragraphe 91(24) permet au Parlement « d'adopter à l'égard des Indiens des lois différentes de celles que les législatures provinciales peuvent adopter à l'égard des citoyens des différentes provinces ».<sup>121</sup>.

87. Lorsqu'il s'agit de services à l'enfance aux Autochtones, ceux-ci sont dans une position différente de celle des autres résidents d'une province en raison, notamment, de leurs traditions, langues et cultures ancestrales, de l'histoire coloniale du Canada, de ses répercussions, incluant les traumatismes intergénérationnels<sup>122</sup>, et de la surreprésentation des enfants autochtones pris en charge par les services à l'enfance. Les dispositions de la

<sup>116</sup> *Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 RCS 99 au para 35 [**Daniels**].

<sup>117</sup> *Four B Manufacturing Ltd. v United Garment Workers of America*, [1980] 1 RCS 1031 à la p 1049-1050; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2014, VI-2.249 [**Brun, Tremblay et Brouillet**].

<sup>118</sup> Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 117, VI-2.251.

<sup>119</sup> *Procureur général du Canada c Canard*, [1976] 1 RCS 170 [**Canard**] (dispositions de la Loi fédérale sur les Indiens régissant les successions ont été déclarées constitutionnelles).

<sup>120</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed (Thomson Reuters, 2007), chap 28.1(b) [**Hogg**]; *Canard*, *supra* note 120 (en matière de succession); *Parents Naturels c Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 RCS 751 à la p 774 (en matière d'adoption); *NIL/TU,O*, *supra* note 115 au para 2 (en matière de relation de travail); *Bande Kitkatla c Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 RCS 146 au para 78 (en matière de protection du patrimoine).

<sup>121</sup> Hogg, *supra* note 120 chap 28(1)(b); *Canard*, *supra* note 119 à la p 191 (juge Ritchie) et à la p 193 (juge Pigeon).

<sup>122</sup> Loi, *supra* note 32 préambule 3<sup>e</sup> attendu.

Loi édictant des principes nationaux visent directement à répondre à ces considérations particulières aux Autochtones.

88. Le paragraphe 91(24) contient par ailleurs un aspect de protection qui s'exprime ici dans les principes nationaux. Au moment de la Confédération, le paragraphe 91(24) visait notamment à protéger les peuples autochtones et les terres leur étant réservées, en confiant la compétence à leur égard à un palier de gouvernement plus éloigné des intérêts locaux liés à l'expansion de la colonisation.<sup>123</sup>

89. Le pouvoir du Parlement de légiférer en vertu du paragraphe 91(24) pour protéger les Autochtones demeure un aspect important aujourd'hui, mais il doit prendre une forme différente compte tenu de l'évolution des réalités politiques, sociales et culturelles de la société canadienne.<sup>124</sup> C'est dans cette optique qu'a été adopté le premier volet de la Loi.

90. Comme discuté plus haut, les dispositions édictant les principes nationaux visent à protéger et assurer le bien-être des enfants, des familles et des collectivités autochtones, où qu'ils soient au Canada, de manière à favoriser le maintien de liens plus solides au sein des familles et des collectivités et à réduire le nombre d'enfants autochtones pris en charge par les services à l'enfance.

91. Ces dispositions concernent les relations au sein des familles et des collectivités autochtones et visent à assurer la pérennité de leurs cultures. Il ne peut faire de doute que de telles mesures relèvent de la compétence fédérale sur les « Indiens » prévue au paragraphe 91(24).<sup>125</sup>

92. Le PGQ allègue que la Loi vient réglementer un secteur d'activités qui relève de l'exercice exclusif des compétences provinciales depuis la Confédération.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Hogg, *supra* note 120, chap 28.1(a).

<sup>124</sup> *Daniels*, *supra* note 116 au para 49; *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 42 au para 23; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 au para 176 [*Delgamuukw*].

<sup>125</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 42 au para 61; *NIL/TU,O*, *supra* note 115 au para 71.

<sup>126</sup> Mémoire PGQ aux para 10, 31.

93. Contrairement à ce que laisse entendre le PGQ, la Loi n'entraîne pas le gouvernement fédéral dans un nouveau domaine<sup>127</sup>. Les enfants et les familles autochtones sont visés par des politiques et des lois fédérales depuis au moins la fin du 19<sup>e</sup> siècle<sup>128</sup>. D'ailleurs, ce n'est essentiellement qu'après l'ajout de l'article 87 (maintenant 88) de la *Loi sur les Indiens* en 1951, qui prévoyait que les lois provinciales dites « d'application générale » sont applicables aux « Indiens »<sup>129</sup>, et la conclusion d'ententes avec les provinces et territoires, que ces derniers ont commencé à fournir les services à l'enfance aux Autochtones dans les réserves, sous financement fédéral. En outre, dans les années 1990, le gouvernement fédéral a mis sur pied des programmes fédéraux tels que le *Programme de services à l'enfance et à la famille des Premières Nations*<sup>130</sup>.

94. À tout événement, le fait que le Parlement fédéral n'ait pas légiféré directement au sujet des services à l'enfance aux Autochtones avant l'adoption de la Loi, et que les lois provinciales en la matière s'appliquent aux Autochtones depuis les années 1950, n'affecte en rien la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24)<sup>131</sup>. L'omission d'un palier de gouvernement d'exercer une de ses compétences ou l'omission d'intervenir lorsqu'un autre palier de gouvernement légifère en la matière ne sont pas déterminantes en ce qui

<sup>127</sup> Voir par analogie *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, supra note 49 au para 53.

<sup>128</sup> *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*, 42, 1869, c 6, art 18 (prévoit la nomination de tuteur aux enfants mineurs d'un « sauvage émancipé » décédé); *Acte concernant les Sauvages*, 43 Victoria, 1886, c 43, art 76(g) (autorise les chefs de bande à adopter des règles sur la fréquentation à l'école des enfants); *Acte contenant de nouvelles modifications à l'Acte des Sauvages*, 57-58 Victoria, 1894, c 32, art 11 (autorise le gouverneur en conseil à adopter des règlements sur la fréquentation obligatoire des enfants à l'école); *Loi modifiant la Loi sur les sauvages*, 10-11 George V, 1920, c 50, art 1 (rend la fréquentation de l'école obligatoire pour tous les enfants âgés de 15 ans et moins); *Loi sur les Indiens*, 14-15 Georges VI, 1951 c 29 art 52 (autorise le ministre à administrer les biens des enfants); *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*, LC 1999, c 24, art 20(1)c), 20(2.1)-20(2.2) (permet aux Premières Nations d'adopter des règles sur les biens immobiliers matrimoniaux conformément à leur code foncier); *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, LC 2013, c 20 (prévoit un mécanisme permettant aux Premières Nations de créer leurs propres lois sur les biens immobiliers matrimoniaux et fournit un ensemble de règles fédérales provisoires offrant des droits et des protections en matière de biens immobiliers matrimoniaux aux époux et aux conjoints de fait vivant dans une réserve pour les Premières Nations qui n'ont pas établi leurs propres lois).

<sup>129</sup> Rapport d'expert de Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 à la p 3413**; Déclaration de Nathalie Nepton au para 17, **CDPPGC, vol 7 à la p 2299**.

<sup>130</sup> Déclaration de Nathalie Nepton au para 15, 43, **CDPPGC, vol 7 aux pp 2298-2299, 2305**; Modalités du programme de SEFPN, pièce NN-1, **CDPPGC, vol 7 à la p 2311**. Sur les programmes fédéraux pour le maintien de la culture des enfants autochtones hors réserve, voir Déclaration de Jessica Corbière, **CDPPGC, vol 7 à la p 2445**.

<sup>131</sup> *Daniels*, supra note 116 au para 15; *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 42 au para 34.

concerne l'analyse constitutionnelle.<sup>132</sup> Le simple fait que les services à l'enfance aux Autochtones soient régis principalement par les lois provinciales ne signifie pas que le pouvoir de les régir devrait être laissé aux provinces pour des motifs de commodité.<sup>133</sup>

**b) Les principes sous-jacents de la Constitution n'imposent pas des limites à l'exercice par ailleurs valide d'une compétence législative fédérale**

95. L'architecture constitutionnelle et les principes sous-jacents de la Constitution invoqués par le PGQ n'écartent pas la primauté de la Constitution écrite, qui demeure un des préceptes fondamentaux de notre régime constitutionnel.<sup>134</sup>

96. Ces principes sous-jacents, dont le fédéralisme, ont inspiré le développement des doctrines constitutionnelles, comme l'analyse du caractère véritable ou le double aspect<sup>135</sup>, qui s'appliquent en l'espèce. Comme l'affirmait la Cour suprême, « ces doctrines permettent d'établir un équilibre approprié dans la reconnaissance et l'aménagement des chevauchements inévitables des règles adoptées par les deux ordres de gouvernement ».<sup>136</sup> Quant au principe de la démocratie, celui-ci milite « très fortement en faveur de la confirmation de la validité des lois qui respectent les termes exprès de la Constitution ».<sup>137</sup>

97. Bien que la compétence du Parlement en vertu du paragraphe 91(24) soit large, elle est nécessairement circonscrite aux « Indiens et aux terres réservées pour les Indiens ». Elle n'est pas ambiguë et n'exige pas d'être clarifiée en ayant recours aux principes sous-jacents de la Constitution. Contrairement à ce que semble soutenir le PGQ, il n'y a pas lieu de craindre que cette compétence soit susceptible d'éviscérer ou de vider de leur essence des compétences provinciales, par opposition à la compétence fédérale sur le trafic et le commerce dont il était question dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*.<sup>138</sup>

<sup>132</sup> *Ontario Hydro, supra* note 110 à la p 357 (le juge Lamer).

<sup>133</sup> *Ibid* à la p 358 (le juge en chef Lamer) et à la p 374 (juge La Forest).

<sup>134</sup> *Québec (PG) c Canada (PG), supra* note 49 au para 18; *Ontario Hydro, supra* note 110 à la p 370.

<sup>135</sup> *Banque canadienne de l'Ouest, supra* note 42 au para 24.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée, supra* note 48 au para 66.

<sup>138</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 RCS 837 aux para 70-71 [**Renvoi sur les valeurs mobilières (2011)**].

98. Par ailleurs, les principes sous-jacents de la Constitution n'ont pas pour effet de limiter la portée du paragraphe 91(24) selon l'identité de la personne liée par la Loi.

99. Ainsi, quand le PGQ plaide qu'en raison de l'architecture constitutionnelle<sup>139</sup>, la Loi « *ne doit pas viser les provinces comme fournisseurs de services* » pour être valide<sup>140</sup>, il confond les notions de validité et d'applicabilité constitutionnelle de la Loi. Une interprétation atténuée de la Loi qui ferait en sorte qu'elle ne s'applique pas aux provinces ne relève pas de la doctrine du caractère véritable. Elle doit plutôt être déterminée selon la doctrine l'exclusivité des compétences.

100. En effet, la portée des compétences fédérales sous l'article 91 LC 1867 (et partant, la validité des lois prises en vertu de cette compétence) ne fluctue pas en fonction de l'identité de la personne liée par la loi, qu'elle soit un individu, une personne morale ou un gouvernement provincial. Cela contredirait le principe bien établi selon lequel le Parlement peut lier la Couronne provinciale lorsqu'il agit dans son champ de compétence<sup>141</sup>. Cela introduirait aussi des éléments d'imprévisibilité et d'incertitude dans le partage des compétences, puisque l'étendue des compétences fédérales sous 91(24) dépendrait alors de la façon dont une province a choisi de structurer la fourniture de services (en confiant la responsabilité à leur fonction publique ou à des agences privées).

101. Les arguments avancés par le PGQ s'apparentent à une contestation déguisée de l'applicabilité constitutionnelle de la Loi aux provinces. En effet, l'interprétation atténuée que propose le PGQ ne peut relever que du domaine de l'exclusivité des compétences avec toutes les contraintes que cette doctrine implique<sup>142</sup>. Or, pour les motifs qui suivent, les critères nécessaires à l'application de cette doctrine ne sont de toute évidence pas satisfaits.

---

<sup>139</sup> Mémoire du PGQ au para 54.

<sup>140</sup> Mémoire du PGQ au para 77.

<sup>141</sup> *Alberta Government Telephones c Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 RCS 225 à la p 275 [**Alberta Government Telephones**]; *Alberta c Commission canadienne des transports*, [1978] 1 RCS 61 à la p 72 [**PWA**].

<sup>142</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 42 au para 76.

### C. LA DOCTRINE DE L'EXCLUSIVITÉ DES COMPÉTENCES EST INAPPLICABLE

102. Le PGQ prétend, à titre subsidiaire, que la Loi est constitutionnellement inapplicable aux fonctionnaires provinciaux qui fournissent des services à l'enfance en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences<sup>143</sup>. Or, cette doctrine ne trouve pas application puisque le PGQ n'a pas réussi à tracer les limites précises du « contenu essentiel » de la compétence provinciale sur la fonction publique<sup>144</sup> et n'a pas, de toute façon, démontré d'entrave à cette compétence ou au travail des fonctionnaires provinciaux<sup>145</sup>.

103. Malgré son importance dans le fédéralisme canadien, la jurisprudence récente a limité la portée de la doctrine de l'exclusivité des compétences en encadrant son utilisation par des considérations de principe et des précédents<sup>146</sup>. Notamment, la Cour suprême hésite à circonscrire de nouveaux domaines auxquels s'appliquerait la doctrine, surtout lorsque la partie qui l'invoque n'a pas réussi à tracer les limites précises du « contenu essentiel » d'une compétence et que l'application de la doctrine causerait des vides juridiques.

104. Concrètement, l'application de cette doctrine requiert une analyse en deux volets. Premièrement, il faut voir si la loi en cause empiète sur le contenu essentiel (cœur) de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Si tel est le cas, il faut, dans un deuxième temps, déterminer si cet empiètement est suffisamment grave pour constituer une entrave<sup>147</sup>. Aucun de ces critères n'est satisfait en l'espèce.

105. Le PGQ décrit le cœur de la compétence en vertu du paragraphe 92(4) comme comprenant minimalement « *le contrôle sur les tâches des employés et l'organisation des services publics qu'ils dispensent* »<sup>148</sup>. Cette description est trop large et ne trouve pas

---

<sup>143</sup> Mémoire du PGQ au para 80.

<sup>144</sup> *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*, supra note 87 au para 68.

<sup>145</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 42 au para 48.

<sup>146</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 42 aux para 36-37, 77; *Canada (Attorney General) c PHS Community Services Society*, supra note 87 aux para 61, 65; *Marine Services International Ltd. c Ryan (Succession)*, [2013] 3 RCS 53 au para 50 [***Marine Services International Ltd. c Ryan (Succession)***].

<sup>147</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 42 au para 48; *Marine Services International Ltd. c Ryan (Succession)*, supra note 146 au para 54; *Transport Desgagnés*, supra note 85 au para 92.

<sup>148</sup> Mémoire du PGQ au para 80.

appui dans la jurisprudence.<sup>149</sup> Elle ne trace pas non plus de limites précises du contenu essentiel de la compétence provinciale.<sup>150</sup>

106. De plus, une description aussi large du contenu essentiel de cette compétence aurait des répercussions importantes sur le partage des compétences et mènerait à des vides juridiques importants.<sup>151</sup> En effet, suivant ce raisonnement, les lois fédérales ne pourraient s'appliquer aux activités menées par les Couronnes provinciales alors que celles-ci sont susceptibles d'œuvrer dans des domaines de compétence fédérale comme la navigation, le commerce international ou l'énergie nucléaire, domaines dans lesquels des normes fédérales existent.<sup>152</sup>

107. Accepter que de telles normes fédérales soient inapplicables au gouvernement provincial parce qu'elles impliqueraient une « perte de contrôle » ou une modification des tâches des fonctionnaires provinciaux irait clairement à l'encontre d'une jurisprudence bien établie qui indique que « *si le Parlement a le pouvoir de légiférer ou de réglementer dans un domaine, les émanations de la Couronne provinciale devraient être liées si le Parlement en décide ainsi* ».<sup>153</sup>

108. Par ailleurs, le PGQ n'a pas non plus démontré que les principes nationaux constituent une entrave à ce qu'il décrit comme étant le contenu essentiel de la compétence de la province sur ses fonctionnaires en vertu du paragraphe 92(4).<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup> *Transport Desgagnés*, supra note 85 au para 93. La jurisprudence reconnaît comme faisant partie de la compétence en vertu de l'art 92(4) le pouvoir de fixer des règles pour contrôler les activités politiques des fonctionnaires provinciaux, *Ontario (PG) c SEFPO*, [1987] 2 RCS 2 aux pp 34, 49 (juge Beetz) et à la p 15 (juge Lamer) et de fixer des règles sur le fonctionnement des cours provinciales, *Therrien (Re)*, [2001] 2 RCS 3 au para 71.

<sup>150</sup> *Canada (PG) c PHS Community Services Society*, supra note 87 au para 68.

<sup>151</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 42 au para 44; *Canada (PG) c PHS Community Services Society*, supra note 87 au para 69.

<sup>152</sup> À titre d'exemples de lois fédérales qui imposent des obligations dans ces domaines, voir *Loi sur les eaux navigables canadiennes*, LRC 1985, c N-22; *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, LC 1997, c 9; *Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus*, LC 2011, c 10; *Loi sur l'interdiction de services aériens internationaux*, LRC 1985, c P-25; et *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*, LC 2007, c 1.

<sup>153</sup> *Alberta Government Telephones*, supra note 141 à la p 275; *PWA*, supra note 141 à la p 72.

<sup>154</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, supra note 42 au para 48; *Marine Services International Ltd. c Ryan (Succession)*, supra note 146 au para 60.

109. En effet, le PGQ affirme que la Loi énonce des façons de faire et modifie les tâches des fonctionnaires provinciaux<sup>155</sup> sans plus de précisions, et il n'explique pas en quoi la Loi empêcherait la province d'organiser et de gérer efficacement sa fonction publique en vertu de 92(4). Or, tel que mentionné précédemment, le PGQ exagère les effets que la Loi a sur la fonction publique provinciale. Les principes nationaux sont de nature générale et ils ne réglementent pas toutes les facettes des services à l'enfance aux Autochtones ni l'organisation de ceux qui les fournissent. Ils ne fixent pas les modalités pratiques de fourniture de ces services et ils ne dictent pas le fonctionnement de la gestion interne ou des relations de travail des fournisseurs de services. En somme, le Québec garde le contrôle sur sa fonction publique. Simplement, lorsqu'ils fournissent des services à l'enfance aux Autochtones, les fonctionnaires québécois doivent aussi appliquer les principes nationaux de la Loi, lesquels visent d'ailleurs à atteindre des objectifs similaires à ceux de la loi provinciale. Le PGQ n'a donc démontré aucune entrave à la compétence sur la fonction publique provinciale.

#### **D. LES ARTICLES 18 À 26 RELÈVENT ÉGALEMENT DU PARAGRAPHE 91(24) ET NE MODIFIENT PAS LA CONSTITUTION**

110. Lorsqu'il légifère en vertu du paragraphe 91(24), le Parlement peut procéder par la voie d'une affirmation de droits et tenir compte des droits reconnus et confirmés par l'art. 35 LC 1982.

111. En ce qui concerne les services à l'enfance et à la famille, tout indique que l'article 35 de la LC 1982 reconnaît, à titre de droit ancestral existant, la compétence des peuples autochtones sur cette matière. Les sociétés autochtones historiques<sup>156</sup>, qui étaient « organisées et distinctives »<sup>157</sup>, avaient nécessairement la capacité de protéger et d'assurer le bien-être de leurs enfants. Cette compétence est intrinsèquement liée à la notion même de peuple autochtone; un groupe d'individus qui partagent un mode de vie

---

<sup>155</sup> Mémoire du PGQ au para 80.

<sup>156</sup> Soit qui précèdent le contact avec les Européens (*R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 au para 61 [**Van der Peet**]) ou, dans le cas des Métis, le contrôle effectif par les Européens (*R c Powley*, [2003] 2 RCS 207 aux para 14, 18 [**Powley**]).

<sup>157</sup> *Mitchell c M.R.N.*, [2001] 1 RCS 911 au para 9 [**Mitchell**]; *Calder c Colombie-Britannique (PG)*, [1973] RCS 313 à la p 328.

commun et une culture distinctive et qui se projette dans le futur en tant que peuple doit être en mesure d'assurer le bien-être de sa prochaine génération. L'article 35, qui vise à assurer la survie des collectivités autochtones et la continuité de leur culture<sup>158</sup>, protège donc nécessairement la capacité des collectivités autochtones de protéger leurs enfants<sup>159</sup>. Il s'agit là de la prémisse du second volet de la Loi.

112. Par les articles 18 à 26 de la Loi, le Parlement affirme cette compétence des peuples autochtones sur les services à l'enfance et crée un cadre pour en faciliter l'exercice. Cette approche ne modifie pas le caractère véritable de la Loi.

113. Bien qu'il accepte que le Parlement fédéral puisse légiférer sur les services à l'enfance aux Autochtones, le PGQ conteste le choix du Parlement de légiférer par la voie d'une affirmation de droit; il allègue qu'en procédant ainsi, le Parlement a modifié la Constitution et usurpé le rôle des tribunaux. Cette prétention est fondée sur une compréhension erronée de la Loi.

114. La Loi constitue en fait l'expression de la position du Parlement que l'article 35 reconnaît déjà, comme droit *existant*, la compétence sur les services à l'enfance en tant qu'aspect du droit à l'autonomie gouvernementale. Elle ne crée pas de droits ancestraux ni ne lie les tribunaux qui demeurent responsables d'interpréter l'article 35 et de l'appliquer dans un contexte factuel précis.

---

<sup>158</sup> *R c Sappier; R. c Gray*, [2006] 2 RCS 686 aux para 26, 33 [**Sappier**].

<sup>159</sup> Voir le *Indian Child Welfare Act*, 25 USC, c 21 § 1901(3) par lequel le Congrès américain reconnaît que les enfants autochtones constituent la ressource la plus vitale pour assurer l'existence et l'intégrité des tribus. Sur la *Indian Child Welfare Act*, voir généralement Suzianne D Painter-Thorne, « One Step Forward, Two Giant Steps Back: How the Existing Indian Family Exception (Re)Imposes Anglo American Legal Values on American Indian Tribes to the Detriment of Cultural Autonomy » (2008) 33:2 Am Indian L Rev 329 aux pp 356-366; Barbara Ann Atwood, « Flashpoints under the Indian Child Welfare Act: Toward a New Understanding of State Court Resistance » (2002) 51:2 Emory LJ 587 aux pp 605-618.

**1. Les articles 18 à 26 de la Loi constituent un exercice valide de la compétence sous le paragraphe 91(24)**

**a) Caractère véritable des articles 18-26 de la Loi**

i. Objet de la Loi

115. L'objet de la Loi, énoncé ci-dessus, ressort aussi des articles 18 à 26, qui cherchent à protéger et assurer le bien-être des enfants, familles et collectivités autochtones, dans le but de réduire le nombre d'enfants autochtones séparés de leurs familles et collectivités.

116. Les débats législatifs démontrent en effet que le Parlement estimait que l'affirmation de la compétence inhérente des peuples autochtones en matière de services à l'enfance était susceptible d'atténuer le problème de surreprésentation des enfants autochtones<sup>160</sup>. La Loi s'appuie sur la prémisse que les collectivités et « *familles autochtones savent ce qui convient le mieux aux enfants autochtones* »<sup>161</sup>. Ce faisant, elle « *offre aux groupes autochtones du Canada la souplesse nécessaire pour déterminer la voie à suivre pour répondre le mieux possible aux besoins des enfants, des familles et de leur communauté* »<sup>162</sup>.

117. Le caractère véritable de la Loi ressort aussi des effets des articles 18 à 26.

ii. Effets des articles 18-26 de la Loi

**- Les articles 18-19 de la Loi affirment la position du Parlement quant aux droits reconnus et confirmés par l'article 35**

118. Le paragraphe 18(1) affirme que « *le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille, notamment la compétence législative en matière de tels services et l'exécution et le contrôle d'application des textes législatifs pris en vertu de cette compétence législative* ». À l'article 19, le Parlement

<sup>160</sup> Comité permanent (30 avril 2019), *supra* note 54, 0835 (O'Regan); Deuxième lecture (3 mai 2019), *supra* note 54, 1225 (Virani), CDPPGC, vol 1 à la p 61; Troisième lecture (3 juin 2019), *supra* note 55, 1835 (O'Regan), CDPPGC, vol 2 à la p 413. Sur l'autonomie gouvernementale comme approche prometteuse à la surreprésentation, voir aussi Rapport d'expert de Christiane Guay, CDPPGC, vol 10 à la p 3457-3464.

<sup>161</sup> Troisième lecture (3 juin 2019), *supra* note 55, 1845 (O'Regan), CDPPGC, vol 2 à la p 415.

<sup>162</sup> Deuxième lecture (3 mai 2019), *supra* note 54, 1005 (Vandal), CDPPGC, vol 1 à la p 53.

énonce par ailleurs sa position que l'exercice de cette compétence est assujéti à la *Charte canadienne*.

119. Comme l'indique le préambule de la Loi, cet énoncé de position du Parlement à l'égard de l'article 35 vise à « mener à bien la réconciliation » avec les peuples autochtones.<sup>163</sup> L'affirmation de la compétence des peuples autochtones est un élément important pour les collectivités autochtones, qui a été souligné aux différentes étapes de l'élaboration conjointe du projet de la Loi.<sup>164</sup>

120. Les affirmations contenues aux articles 18 et 19 ont des effets sur l'interprétation et l'application de la Loi. Puisqu'ils expriment la position du Parlement quant à ce qu'il considère être la source de la compétence des peuples autochtones, ces articles constituent un point de référence utile pour les tribunaux qui pourraient être appelés à déterminer l'intention du législateur.

121. Par ailleurs, comme l'exécutif est lié par les lois du Parlement<sup>165</sup>, les articles 18 et 19 influencent aussi la manière dont la Loi sera appliquée par le gouvernement fédéral. Dans ses relations avec les collectivités autochtones dans le cadre de la Loi par exemple, le gouvernement agira conformément à l'affirmation de l'article 18.

122. L'affirmation, par le Parlement, de droits reconnus et confirmés par l'article 35 n'est pas sans précédent. Par exemple, la *Loi sur les langues autochtones* contient également une affirmation quant aux droits relatifs aux langues autochtones reconnus et confirmés par l'article 35.<sup>166</sup> De même, l'approche de la Loi est semblable à certaines dispositions dans les lois fédérales mettant en œuvre des conventions conclues entre la Couronne et un peuple autochtone. En effet, certaines lois mettant en œuvre de telles conventions contiennent une disposition affirmant que ladite convention est ou n'est pas un traité au

---

<sup>163</sup> Loi, *supra* note 32, préambule, 9<sup>e</sup> attendu, 2<sup>e</sup> alinéa.

<sup>164</sup> Déclaration d'Isa Gros-Louis aux para 16, 20, 29, 30(a), 35, **CDPPGC, vol 5, aux pp 1758-1764**.

<sup>165</sup> *Renvoi sur les valeurs mobilières (2018)*, *supra* note 43 aux para 55, 58. Voir aussi *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 72 [**Renvoi relatif à la sécession**].

<sup>166</sup> *Loi sur les langues autochtones*, LC 2019, c 23, art 6.

sens de l'article 35.<sup>167</sup> En cas de contestation par un tiers, cette position du Parlement exprimée dans une loi ne lie pas les tribunaux, qui demeurent responsables de déterminer, à la lumière de l'entente et du cadre d'analyse applicable, si cette entente est un traité ayant créé des droits issus de traités au sens de l'article 35.<sup>168</sup>

123. De manière similaire, les articles 18 et 19 expriment la position du Parlement, sans évidemment lier les tribunaux sur la question, comme nous l'expliquerons ci-dessous.

**- Les articles 20-26 de la Loi mettent en place un cadre pour faciliter l'exercice de la compétence sur les services à l'enfance**

124. Ces dispositions établissent un cadre optionnel pour les collectivités autochtones détentrices d'un droit reconnu par l'article 35.<sup>169</sup> qui décident d'exercer leur compétence sur les services à l'enfance. Le cadre a pour effet principal d'encourager une **mise en œuvre rapide, efficace et harmonieuse** de la compétence sur les services à l'enfance. Ce cadre comporte des avantages en comparaison avec l'exercice unilatéral d'un droit ancestral, l'institution de litiges et la négociation de traités.

125. D'abord, la Loi n'exige pas qu'une collectivité titulaire d'un droit sous l'article 35 fasse, préalablement à l'adoption d'un texte législatif, la démonstration qu'elle possède une compétence sur les services à l'enfance, comme aspect d'un droit à l'autonomie gouvernementale reconnu par l'article 35. Dans la mesure où le texte législatif est adopté par une collectivité qui détient un droit protégé par l'article 35 (peu importe la nature de ce droit), la Loi présume que ce texte législatif est le produit de cette compétence reconnue par l'article 35.<sup>170</sup>

126. Également, le cadre contribue à faire en sorte que les services fournis aux enfants autochtones « ne comportent pas de lacunes »<sup>171</sup> en impliquant les gouvernements

---

<sup>167</sup> Voir par exemple *Loi sur l'accord définitif Nisga'a*, LC 2000, c 7, art 3, 13(2), 14(6); *Loi sur l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, LC 2005, c 27, art 3, 9.

<sup>168</sup> Sur la définition d'un traité, voir *R c Badger*, [1996] 1 RCS 771 aux para 41, 76; *R v Sioui*, [1990] 1 RCS 1025 à la p 1063. La Cour accorde une grande attention au libellé d'un traité moderne : *Québec (PG) c Moses*, [2010] 1 RCS 557 au para 7.

<sup>169</sup> Voir Loi, *supra* note 32, art 1 « corps dirigeant autochtone » qui réfère à un groupe, collectivité ou peuple autochtone titulaire de droits reconnus et confirmés par l'article 35 LC 1982.

<sup>170</sup> Déclaration d'Isa Gros-Louis aux para 75-77, **CDPPGC, vol 5 à la p 1775**.

<sup>171</sup> Loi, *supra* note 32, préambule, 8<sup>e</sup> attendu, 3<sup>e</sup> alinéa.

fédéral et provincial concernés par le biais de la négociation d'un accord de coordination. Le but d'un tel accord est de mettre en place les mesures pour un « exercice efficace de la compétence législative »<sup>172</sup>. L'accord pourrait porter sur le financement, les mesures pour une transition harmonieuse vers la mise en œuvre des textes législatifs autochtones et l'arrimage de ceux-ci avec les lois provinciales. Par ailleurs, la Loi favorise l'exercice harmonieux de la compétence législative en prévoyant l'accessibilité au public des textes législatifs autochtones ayant force de loi fédérale<sup>173</sup>.

127. Finalement, le cadre favorise une certaine prévisibilité en précisant les règles qui régissent l'interaction des textes législatifs autochtones entre eux et avec les lois provinciales et fédérales. Par l'effet de l'incorporation des textes législatifs autochtones en droit fédéral, la prépondérance fédérale s'appliquera en cas d'incompatibilité entre un tel texte autochtone et une loi provinciale<sup>174</sup>. La Loi établit par ailleurs que ces textes législatifs autochtones auront aussi préséance en cas de conflit sur les lois fédérales en même matière (à l'exception des articles 10 à 15 de la Loi et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*)<sup>175</sup>. Puis, elle prévoit qu'en cas d'incompatibilité entre deux textes législatifs autochtones, celui de la collectivité avec lequel l'enfant entretient des liens plus étroits prévaudra<sup>176</sup>.

128. Le cadre de la Loi présente des avantages notables, pour toutes les parties impliquées, en comparaison avec l'exercice des droits ancestraux en dehors de ce cadre. D'abord, la Loi encourage la tenue de discussions triparties pour qu'un texte législatif autochtone ait force de loi fédérale alors qu'en vertu de l'article 35, les peuples autochtones n'ont pas de telles obligations préalables à l'exercice de leurs droits ancestraux.

129. Les litiges en matière de protection des enfants, qui se déroulent dans un contexte d'urgence, se prêtent difficilement aux longs débats nécessaires pour obtenir une reconnaissance judiciaire de la compétence d'une collectivité autochtone sur les services à l'enfance. Parce qu'elle présume qu'une collectivité titulaire d'un droit sous l'article 35

---

<sup>172</sup> Loi, *supra* note 32, art 20(2)(d).

<sup>173</sup> *Ibid*, art 26.

<sup>174</sup> *Ibid*, art 22(3)

<sup>175</sup> *Ibid*, art 22(1)

<sup>176</sup> *Ibid*, art 24. Cette règle s'applique que le texte législatif en question ait force de loi à titre de loi fédérale ou non.

possède une telle compétence, la Loi en facilite l'exercice, tout en impliquant les gouvernements fédéral et provincial dans la discussion afin d'éviter, dans la mesure du possible, des litiges ultérieurs.<sup>177</sup>

130. Ensuite, la Loi permet l'exercice efficace de la compétence législative dans un court laps de temps : les textes législatifs autochtones peuvent être incorporés en droit fédéral aussitôt qu'un accord de coordination est conclu ou sinon, un an après la demande d'accord, si des efforts raisonnables ont été faits en ce sens.<sup>178</sup> En comparaison, la négociation de traités pour prévoir la mise en œuvre de l'article 35 nécessite souvent des années, voire des décennies d'efforts. La possibilité de conclure des traités ou autres accords en matière de services à l'enfance n'est évidemment pas écartée par la Loi et demeure une approche encouragée par le gouvernement fédéral. La Loi reconnaît d'ailleurs les bénéfices de telles démarches en donnant préséance aux traités et accords conclus avant son entrée en vigueur.<sup>179</sup>

131. Dans le contexte particulier de la crise des services à l'enfance aux Autochtones, le cadre de la Loi offre toutefois une alternative pour l'exercice rapide, efficace et harmonieux de la compétence des peuples autochtones en la matière, tout en priorisant la coordination avec les gouvernements fédéral et provincial.

**b) Classification : Les articles 18-26 constituent un exercice valide de la compétence en vertu du paragraphe 91(24)**

132. Tel que démontré ci-dessus et qu'admis par le PGQ<sup>180</sup>, le paragraphe 91(24) permet au Parlement de légiférer en matière de services à l'enfance aux Autochtones.

133. Le Parlement aurait pu adopter lui-même des lois régissant de manière exhaustive les services à l'enfance dans les différentes collectivités autochtones. Il aurait pu aussi

---

<sup>177</sup> Sur la négociation comme étant un processus à privilégier pour parvenir à la réconciliation, voir *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511 au para 38.

<sup>178</sup> Loi, *supra* note 32, art 20(3). La collectivité peut repousser l'entrée en vigueur de son texte législatif au-delà du délai d'un an (art 21(1)) et elle peut conclure un accord de coordination après l'entrée en vigueur de son texte législatif qui a force de loi fédérale. (art 20(7))

<sup>179</sup> *Ibid*, art 3.

<sup>180</sup> Mémoire du PGQ au para 34.

déléguer son pouvoir législatif aux collectivités autochtones en vertu de sa compétence sous le paragraphe 91(24).<sup>181</sup>.

134. Toutefois, dans le contexte actuel – notamment avec les appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation en 2015 et l'engagement du Canada à mettre en œuvre la *Déclaration des Nations unies sur les peuples autochtones* en 2016 –, le Parlement a choisi de ne pas procéder par délégation de ses propres pouvoirs législatifs. Dans le but de « rompre avec le passé »<sup>182</sup> et de faire avancer la réconciliation.<sup>183</sup>, le Parlement a plutôt choisi d'affirmer la compétence des peuples autochtones sur les services à l'enfance et de créer un cadre pour en faciliter l'exercice. Ce cadre prévoit l'incorporation par renvoi des textes législatifs qui seront adoptés par les collectivités autochtones exerçant leur propre compétence législative.

135. Suivant l'arrêt *Daniels*, le paragraphe 91(24) « concerne la relation du gouvernement fédéral avec les peuples autochtones du Canada »<sup>184</sup>. Il permet donc au Parlement d'établir la nature de la relation qu'il entretient avec les peuples autochtones, dans le respect des droits reconnus par l'article 35.<sup>185</sup> À ce titre, il lui est loisible, quand il légifère en matière de services à l'enfance aux Autochtones, de choisir de le faire sur la base de l'affirmation des droits et d'asseoir sa relation avec les peuples autochtones sur cette base. Rien dans la Constitution ne l'empêche de procéder ainsi. Au contraire, cette approche s'accorde avec une interprétation évolutive de la Constitution qui doit tenir compte des nouvelles réalités politiques, sociales et culturelles de la société canadienne.<sup>186</sup>

---

<sup>181</sup> Sur la délégation, voir *Renvoi sur les valeurs mobilières (2018)*, *supra* note 43 aux para 73-74; *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, *supra* note 42 aux para 84-85.

<sup>182</sup> Troisième lecture (3 juin 2019), *supra* note 54, 2005 (Bossio), **CDPPGC, vol 2 à la p 425**.

<sup>183</sup> Loi, *supra* note 32, préambule, 9<sup>e</sup> attendu, 1<sup>er</sup> alinéa.

<sup>184</sup> *Daniels*, *supra* note 116 au para 49.

<sup>185</sup> Sur les limites que posent les droits ancestraux à l'exercice des compétences législatives, voir *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique (PG)*, [2014] 2 RCS 256 aux para 118-119, 139-142 [*Tsilhqot'in*]. Voir aussi *NIL/TU, O*, *supra* note 115 au para 41.

<sup>186</sup> *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 42 au para 23; *Edwards v Canada*, [1930] 1 DLR 98 aux pp 106-107, 1929 CanLII 438 (UK JCPC); *Renvoi relatif à la sécession*, *supra* note 165 aux para 33, 52, 150; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698 au para 22; *Renvoi sur les valeurs mobilières (2011)*, *supra* note 138 au para 56.

136. Comme l'indiquait la Cour suprême dans l'arrêt *Daniels*, le paragraphe 91(24) doit être interprété conjointement avec l'article 35.<sup>187</sup> Cet article enchâsse dans la Constitution l'objectif de « *réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel* ».<sup>188</sup> Le paragraphe 91(24) permet au Parlement d'adopter le second volet de la Loi afin de mettre en œuvre la « promesse de réconciliation ».<sup>189</sup> de l'article 35 en matière de services à l'enfance.

137. Le fait que les textes législatifs autochtones aient prépondérance sur les dispositions incompatibles des lois provinciales ne vient pas non plus perturber le partage de compétences législatives. La prépondérance des textes législatifs autochtones découle de leur incorporation par renvoi, une technique législative valide et d'usage courant.<sup>190</sup> À cet égard, il est bien établi que le Parlement, lorsqu'il agit à l'intérieur de ses compétences, a le pouvoir d'incorporer par référence tout texte autre que le sien.<sup>191</sup> Par ailleurs, les textes législatifs autochtones auraient bénéficié de cette même prépondérance si le Parlement avait procédé par voie de délégation de pouvoirs plutôt que par une affirmation de droit.<sup>192</sup> Dans les deux cas, le Parlement légifère en vertu de ses pouvoirs prévus au paragraphe 91(24).

## 2. Les articles 18 à 26 affirment des droits existants et ils ne modifient pas la Constitution

138. Le paragraphe 35(1) protège les droits ancestraux « existants », c'est-à-dire qui existaient au moment de son entrée en vigueur (17 avril 1982) et qui étaient auparavant reconnus par la doctrine juridique des droits ancestraux en common law.<sup>193</sup> Ces droits

---

<sup>187</sup> *Daniels*, supra note 116 au para 34. Voir aussi *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 à la p 1109 [**Sparrow**].

<sup>188</sup> *Daniels*, supra note 116 au para 34. Voir aussi *Van der Peet*, supra note 156 au para 44.

<sup>189</sup> *R c Kapp*, [2008] 2 RCS 483 au para 121.

<sup>190</sup> Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd, Montréal, Thémis, 2009 aux para 286-306.

<sup>191</sup> *Coughlin v The Ontario Highway Transport Board*, [1968] SCR 569 à la p 575; *Colombie-Britannique (PG) c Canada (PG)*; *Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 RCS 41 à la p 110; *Bande indienne Wewaykum c Canada*, [2002] 4 RCS 245 au para 116; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c Pelland*, [2005] 1 RCS 292 aux para 53-61.

<sup>192</sup> *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) v Canada (AG)*, 2013 BCCA 49 au para 90 [**Sga'nism Sim'augit**].

<sup>193</sup> *Mitchell*, supra note 157 aux para 9-11. Voir aussi *Van der Peet*, supra note 156 aux para 28-31; *Sparrow*, supra note 187 aux pp 1091-1092; *Delgamuukw*, supra note 124 aux para 133-136.

découlent en effet de l'existence de sociétés autochtones distinctives et organisées avant le contact avec les Européens<sup>194</sup>. Ces droits ancestraux existent indépendamment d'une reconnaissance judiciaire<sup>195</sup>. Les jugements déclaratoires et les traités servent à définir la portée des droits ancestraux, mais le Parlement peut légiférer à partir de ce qu'il considère être un droit ancestral, même en l'absence d'une décision judiciaire ou d'un traité<sup>196</sup>.

139. Suivant la jurisprudence de la Cour suprême sur les droits ancestraux et étant donné la nature des droits en cause, tout indique que la compétence sur les services à l'enfance est reconnue et confirmée par l'article 35 comme aspect du droit à l'autonomie gouvernementale.

140. Par ailleurs, la Loi n'a pas pour objet de modifier la Constitution; elle affirme la position du Parlement quant aux droits ancestraux existants et établit un cadre à partir de cette prémisse.

**a) *La compétence sur les services à l'enfance est un droit ancestral existant reconnu et confirmé par l'article 35 LC 1982***

141. Quoiqu'il ne prenne pas directement position sur la question<sup>197</sup>, le PGQ présuppose que l'article 35 ne reconnaît pas de droit à l'autonomie gouvernementale incluant la compétence sur les services à l'enfance comme droit ancestral existant. En effet, lorsqu'il suggère qu'une telle compétence ne peut être protégée constitutionnellement que par une modification constitutionnelle ou la conclusion d'un

---

<sup>194</sup> *Sappier*, supra note 158 au para 45. Pour les Métis, voir *Powley*, supra note 156 aux para 14, 18.

<sup>195</sup> *Van der Peet*, supra note 156 aux paras 28-31; *R c Côté*, [1996] 3 RCS 139 aux para 51-52; *Mitchell*, supra note 157 aux para 9-11. Évidemment, en cas de contestation, les tribunaux détiennent le pouvoir de déterminer si un droit ancestral existe ou non.

<sup>196</sup> La décision *Tsilhqot'in*, supra note 185 au para 129, citée par le PGQ au para 95 de son mémoire, n'appuie pas la thèse qu'un droit ancestral doit faire l'objet d'une décision judiciaire pour que le Parlement puisse légiférer eu égard à ce droit. Dans cet extrait, la Cour suprême a simplement indiqué que les ressources forestières qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral comportent un double aspect. Par ailleurs, la décision *NIL/TU,O*, supra note 115, citée par le PGQ au para 140 de son mémoire, n'appuie pas la thèse qu'un accord doit nécessairement être conclu pour l'exercice de l'autonomie gouvernementale autochtone en matière de services à l'enfance. Cette affaire ne concernait pas l'exercice de droits ancestraux reconnus par l'article 35, mais plutôt la compétence sur les relations de travail d'un organisme SEFPN.

<sup>197</sup> Mémoire PGQ au para 148.

traité, il part de la prémisse qu'un tel droit n'existe pas déjà. Or, cette position est contraire à la jurisprudence en matière de droits ancestraux et à la nature des droits en cause ici.

142. Dès le milieu des années 1990, la Cour suprême a reconnu la possibilité que l'article 35 puisse englober un droit à l'autonomie gouvernementale. D'abord en 1996 dans l'affaire *Pamajewon*, alors que la jurisprudence sur les droits ancestraux n'en était qu'à ses débuts, la Cour suprême a reconnu la possibilité que l'article 35 puisse reconnaître des droits de la nature de l'autonomie gouvernementale<sup>198</sup>. La Cour a toutefois rejeté la réclamation dans cette affaire, qui portait sur le droit de réglementer les activités de jeux de hasard dans la réserve, puisque la preuve n'était pas concluante.

143. L'année suivante, dans l'affaire *Delgamuukw*, la Cour suprême était saisie de l'appel d'un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui avait conclu, à la majorité, que l'autonomie gouvernementale ne pouvait être protégée par l'article 35 puisqu'elle était incompatible avec la Constitution et avait été éteinte par l'affirmation de souveraineté de la Couronne<sup>199</sup>. La Cour suprême s'est gardée d'adopter ce raisonnement et elle a plutôt renvoyé au juge du procès la question de savoir si la réclamation d'autonomie gouvernementale était étayée par la preuve<sup>200</sup>. La Cour laissait par-là ouverte la possibilité que l'article 35 protège des aspects du droit à l'autonomie gouvernementale.

144. La Cour suprême n'a pas été appelée à statuer sur la question de l'autonomie gouvernementale par la suite. Toutefois, ses décisions relativement à l'article 35 font état d'une certaine flexibilité dans l'application des critères pour la détermination des droits

---

<sup>198</sup> *R c Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821 aux para 23-30.

<sup>199</sup> *Delgamuukw v British Columbia*, 1993 CanLII 4516 (BC CA) aux para 166-175 (McFarlane), aux para 479-485 (Wallace) et *contra*, aux para 1018-1030 (Lambert, dissident) et aux para 1163-1173 (Hutcheon).

<sup>200</sup> *Delgamuukw*, *supra* note 124 aux para 170-171. Voir aussi les commentaires dans *Campbell v British Columbia*, 2000 BCSC 1123 au para 133 [*Campbell v British Columbia*]. Le procès n'a jamais été repris, car les parties ont entrepris des négociations.

ancestraux développés dans l'arrêt *Van der Peet*<sup>201</sup>, critères qui ont été modifiés pour certaines catégories de droits (le titre ancestral<sup>202</sup>) ou certains peuples (les Métis<sup>203</sup>)<sup>204</sup>.

145. De même, il s'infère des décisions portant sur le titre ancestral comme catégorie de droit ancestral que celui-ci comporte accessoirement certains droits de gouvernance interne<sup>205</sup>. En tant que droits collectifs, les droits ancestraux comportent nécessairement le droit d'établir des institutions et des procédures internes pour en gérer l'exercice par les membres de la collectivité – la gestion d'un droit de récolte, par exemple<sup>206</sup>.

146. La jurisprudence de la Cour suprême reconnaît par ailleurs que les collectivités autochtones précontact vivaient en « *sociétés organisées et distinctives possédant leurs propres structures sociales et politiques* »<sup>207</sup>. Ces sociétés s'appuyaient sur des régimes juridiques<sup>208</sup> et « *se gouvernaient elles-mêmes en vertu de leurs propres lois* »<sup>209</sup>. Étant donné que les droits ancestraux doivent être interprétés de manière souple afin qu'ils puissent évoluer dans le temps et assurer la survie culturelle des peuples autochtones<sup>210</sup>,

<sup>201</sup> *Van der Peet*, supra note 156 au para 46. Le critère requiert d'examiner si une activité marque une continuité avec des pratiques, coutumes et traditions qui étaient partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone avant le contact avec les Européens.

<sup>202</sup> *Delgamuukw*, supra note 124 aux para 141-142. Pour le titre ancestral, l'élément partie intégrante d'une culture distinctive est subsumé sous l'exigence d'occupation et le moment pertinent pour la détermination des droits est l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté plutôt que le premier contact.

<sup>203</sup> *Powley*, supra note 156 aux para 14, 18. Pour les Métis, le moment pertinent est la mainmise effective des Européens sur le territoire.

<sup>204</sup> Sur la flexibilité dans l'application des critères de l'arrêt *Van der Peet*, voir John Borrows, « Constitutional Cases 2011 (Ab)Originalism and Canada's Constitution » (2012) 58 SCLR (2d) 351 aux para 37-44;

<sup>205</sup> *Tsilhqot'in*, supra note 185 aux para 67, 73-74; *Delgamuukw*, supra note 124 aux para 115, 117, 166. Voir aussi Douglas Lambert, « Van der Peet and Delgamuukw: Ten Unresolved Issues » (1998) 32 UBC LR 249 à la p 268.

<sup>206</sup> *Ibid.* Voir aussi *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 533 au para 17; *Behn v Moulton Contracting Ltd.*, [2013] 2 RCS 227 aux para 33-35; *Bernard v R*, 2017 NBCA 48, au para 58; *Campbell v British Columbia*, supra note 200 aux para 114, 134-137.

<sup>207</sup> *Mitchell*, supra note 157 au para 9. Pour les Métis, l'article 35 vise à reconnaître leur statut spécial en tant que peuple ayant vu le jour entre le premier contact des Indiens avec les Européens et la mainmise effective de ces derniers sur le territoire. *Powley*, supra note 156 au para 17.

<sup>208</sup> *Delgamuukw*, supra note 124 aux para 126, 147; *Tsilhqot'in*, supra note 185 au para 41; *Sappier*, supra note 158 au para 45. Voir aussi Rapport d'expert de Val Napoleon, **CDPPGC, vol 9 aux pp 3286-3294**.

<sup>209</sup> *Van der Peet*, supra note 156 au para 37, citant *Worcester c Georgia*, 31 US (6 Pet) 515 (1832).

<sup>210</sup> *Sparrow*, supra note 187, à la p 1093; *Mitchell*, supra note 157 au para 13; *Sappier*, supra note 158 aux para 23, 48-49.

cette organisation sociale, politique et juridique doit pouvoir être le fondement d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale pour les représentants modernes de ces sociétés historiques.

147. Ainsi, il ressort clairement de la jurisprudence que l'article 35 a la capacité de protéger une certaine forme de droit à l'autonomie gouvernementale<sup>211</sup> sur les affaires internes des collectivités et la préservation de leur culture<sup>212</sup>. Cette Cour n'a pas à décider en l'espèce si l'article 35 protège un droit général à l'autonomie gouvernementale ou plutôt des droits à l'autonomie gouvernementale de portée spécifique<sup>213</sup>, puisque, peu importe la nature du droit à l'autonomie gouvernementale protégé, il comporte nécessairement la compétence sur les services à l'enfance.

148. En effet, cette compétence est inhérente à la notion même de collectivité autochtone. Être une société autochtone distinctive et organisée implique la capacité d'assurer la pérennité de sa culture et sa survie en tant que collectivité – c'est d'ailleurs là le but de l'article 35<sup>214</sup>. Pour conserver leur caractère distinctif, les sociétés

---

<sup>211</sup> Sur le fait que l'article 35 reconnaît déjà le droit à l'autonomie gouvernementale, voir notamment Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, 1996, **CDPPGC, vol 16 aux pp 6144-6147, 6167, 6202-6203**; Peter W. Hogg et Mary Ellen Turpel, « Implementing Aboriginal Self-Government : Constitutional Justidictional Issues » (1995) 74:2 Rev Bar Can 187; Hogg, *supra* note 120 au para 28.11; Kerry Wilkins, « Take Your Time and Do It Right : *Delgamuukw*, Self-Government Rights and the Pragmatic of Advocacy » (1999-2000) 27 Man LJ 241, à la p 247 et références citées à la note 7; *Campbell v British Columbia*, *supra* note 200 aux para 81, 195.

<sup>212</sup> À noter que le gouvernement fédéral reconnaît, depuis 1995, que l'article 35 LC 1982 reconnaît et confirme le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones sur leurs affaires internes et les questions qui font partie intégrante de leur culture (Guide de la politique fédérale – L'autonomie gouvernementale autochtone, Ottawa, 1995, **Cahier de preuve du Procureur général du Québec (ci-après « CDPPGQ »), vol 5 à la p 1549**). Le Guide de la politique mentionnait des exemples de sujets qui, de l'avis du gouvernement fédéral, constituaient des affaires internes ou liées à la culture autochtone, notamment « l'adoption et l'aide sociale à l'enfance » (p 1552). La Politique indiquait également des sujets qui, selon le gouvernement, ne pouvaient pas être caractérisés comme étant intégrés à la culture autochtone ou faisant partie des affaires internes. Ces sujets incluaient notamment les pouvoirs liés à la souveraineté du Canada, à la défense et aux affaires étrangères de même que les pouvoirs d'intérêt national. (p 1553-1554)

<sup>213</sup> Sur la distinction entre un droit à l'autonomie gouvernementale général ou spécifique, voir notamment Brian Slattery, « A Taxonomy of Aboriginal Rights » dans Hamar Foster, Heather Raven, and Jeremy Webber (éds), *Let Right Be Done: Aboriginal Title, the Calder Case, and the Future of Indigenous Rights*, Vancouver, UBC Press, 2007, 111 aux pp 120-121; Brian Slattery, « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000) 79 Can Bar Rev 196; Stephen M. McGilligan, « Self-Government Agreements and Canadian Courts » dans Jerry P. White et al, dir, *Aboriginal Policy Research*, Thomson, vol 10, 167.

<sup>214</sup> *Sappier*, *supra* note 158 aux para 26, 33.

autochtones devaient être en mesure de protéger leurs enfants, d'assurer leur bien-être et de leur transmettre leur culture.<sup>215</sup>

149. La compétence sur les services aux enfants et familles est ancrée dans la culture d'une collectivité, notamment dans sa manière de concevoir la famille, l'éducation, le bien-être et la guérison. Quoique chaque peuple autochtone ait sa propre culture et qu'il soit impossible de généraliser, ils maintiennent un lien au territoire, une conception de la famille, des stratégies éducatives et une approche de la santé et de la guérison qui les caractérisent et qui viennent directement influencer leurs approches en matière de services à l'enfance.<sup>216</sup>

150. En ce sens, lorsqu'on regarde le « mode de vie » des sociétés autochtones historiques, comme nous enjoint de faire la Cour suprême.<sup>217</sup>, il va de soi que celui-ci comportait nécessairement la capacité de protéger les enfants. La compétence sur les services à l'enfance constituait donc une « partie intégrante de la culture distinctive »<sup>218</sup> des peuples autochtones.

151. Historiquement, la jurisprudence canadienne a reconnu les lois coutumières autochtones en matière d'enfants et de familles et notamment d'adoption coutumière pratiquée pour la protection d'un enfant.<sup>219</sup> Ces décisions indiquent que cette compétence

---

<sup>215</sup> Sur le fait que la compétence sur les services à l'enfance permet la transmission, la préservation et la promotion de la culture d'une collectivité autochtone, voir Rapport d'expert de Jessica Ball, **CDPPGC, vol 9, aux pp 2984-2986, 2991-2998, 3002-3009**.

<sup>216</sup> Rapport d'expert Christiane Guay, **CDPPGC, vol 10 aux pp. 3428-3451**. En particulier, plusieurs peuples autochtones ont une vision collective de la responsabilité d'éduquer et de protéger les enfants et cette approche s'illustre dans la pratique de l'adoption coutumière, qui constitue un moyen caractéristique chez plusieurs peuples autochtones d'assurer la protection et le bien-être des enfants. De même, la conception de la guérison chez plusieurs peuples autochtones influe sur le rythme et l'approche des interventions en matière de services aux enfants et aux familles. Voir aussi Rapport d'expert de Val Napoleon, **CDPPGC, vol 9 aux pp 3294-3305, 3313-3318** sur les démarches de revitalisation du droit coutumier autochtone en matière de services à l'enfance qui illustrent les approches distinctives en la matière.

<sup>217</sup> *Sappier*, *supra* note 158 au para 45.

<sup>218</sup> *Van der Peet*, *supra* note 156 au para 46.

<sup>219</sup> *Casimel v Insurance Corp. of British Columbia*, 1993 CanLII 1258 aux para 29-44. En matière de mariage, voir *Connolly v Woolrich*, (1867) 17 RJRQ 75 (CS Qc) conf par *Johnstone v Connelly* (1869), 17 RJRQ 266 (QB Qc); *R v Nan-E-Quis-A-Ka*, (1889) 1 Terr LR 211, 1889 CarswellNWT 14 (NWTSC); *R v « Bear's Shin Bone »*, (1899) 4 Terr LR 173, 1899 CanLII 111 (NWTSC); *R v Williams*, (1921) 30 BCR 303, 1921 CanLII 623 (BC SC); *Re Noah Estate*, (1961) 32 DLR (2d) 185,

était reconnue par la *common law*. Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cette compétence a acquis un statut constitutionnel par l'effet de l'article 35. La législation fédérale et québécoise reconnaît aussi la compétence autochtone sur les adoptions coutumières, en donnant effet aux adoptions coutumières pratiquées selon les coutumes des communautés autochtones.<sup>220</sup>

152. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême relativement aux droits ancestraux et de la nature de la compétence sur les services à l'enfance, le PGC soutient que cette compétence est protégée constitutionnellement, comme aspect du droit à l'autonomie gouvernementale<sup>221</sup>, et qu'en légiférant, le Parlement a tenu compte de cette protection constitutionnelle.

**b) Les articles 18 à 26 de la Loi ne modifient pas la Constitution ni n'usurpent le pouvoir des tribunaux**

153. L'article 18 de la Loi énonce la position du Parlement que l'article 35 reconnaît, comme droit ancestral *existant*, le droit à l'autonomie gouvernementale, incluant la compétence sur les services à l'enfance. Il ne s'agit pas « d'établir »<sup>222</sup> des droits ancestraux – ce que le Parlement ne peut faire –, mais bien d'affirmer leur existence du point de vue du Parlement. L'article 19 énonce quant à lui la position du Parlement à l'effet

---

1961 CanLII 442 (NWTSC); *Manychief v Poffenroth*, 1994 CanLII 9073 (AB QB). *Contra*: *R v Cote*, (1971) 5 CCC(2d) 49, 1971 CanLII 782 (SKCA). En matière d'adoption coutumière, voir *Re Katie's Adoption Petition*, (1961) 32 DLR (2d) 688, 1961 CanLII 443 (NWTTC); *Re Beaulieu's Adoption Petition*, (1969) 3 DLR (3d) 479, 1969 CanLII 844 (NWTTC); *Kitchooalik v Tucktoo (Re Deborah)*, (1972) 27 DLR (3d) 225 (NWTSC), conf par (1972) 28 DLR (3d) 483, 1972 CanLII 977 (NWTCA); *Re Wah-Shee*, (1975) 57 DLR (3d) 743, 1975 CanLII 1200 (NWTSC); *Re Tagornak*, [1984] 1 CNLR 185 (NWTSC); *McNeil v MacDougal*, 1999 ABQB 945 aux para 16-19; *Prince & Julian v HMTQ et al*, 2000 BCSC 1066 (rejeté pour preuve insuffisante); *M.R.B. (In The Matter Of)*, [2002] 2 C.N.L.R. 169 (CQ); *Papatsie Estate*, 2006 NUCJ 5 au para 15; *Estate of Samuel Corrigan*, 2013 MBQB 77. *Contra* : *Mitchell v Dennis*, 1983 CarswellBC 415, 1983 CanLII 670 (BCSC); *P (D-F)*, 2000 CanLII 17505 au para 8 (CQ). Voir aussi Mark Walters, « The Judicial Recognition of Indigenous Legal Traditions: Connolly v. Woolrich at 150 » (2017) 22 Review of Constitutional Studies 347; Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, Toronto, 2013 aux pp 374-399; Norman K. Zlotkin, « Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada: Selected Marriage and Adoption Cases », (1984) 4 CNLR 1.

<sup>220</sup> *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5, art 2(1) « enfant »; *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art 199.10, 543.1. Voir aussi *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoptions et de communication de renseignements*, LQ 2017 c 12.

<sup>221</sup> Il faut rappeler que la reconnaissance et la confirmation d'un droit par l'article 35 ne confère pas un droit absolu, ni une immunité à l'égard des lois fédérales et provinciales. Voir *Sparrow*, *supra* note 187 aux pp 1109-1110; *Tsilhqot'in*, *supra* note 185 aux para 151-152.

<sup>222</sup> Mémoire PGQ aux para 95, 97.

que l'exercice de cette compétence est assujéti à la *Charte*, tout comme l'est d'ailleurs celui de toute autre autorité gouvernementale au Canada<sup>223</sup>.

154. Bien évidemment, les tribunaux ne seront pas liés par l'affirmation du Parlement quant au droit reconnu par l'article 35. À titre de « gardiens de la Constitution »<sup>224</sup>, les tribunaux demeurent responsables de son interprétation, notamment quant à la nature et la portée des droits ancestraux reconnus à l'article 35<sup>225</sup>. Advenant la contestation d'un texte législatif autochtone, les tribunaux conservent le pouvoir de déterminer si le texte législatif en cause constitue l'exercice d'une compétence sur les services à l'enfance, comme aspect du droit à l'autonomie gouvernementale reconnu par le paragraphe 35(1).

155. L'article 18 pose aussi la prémisse sur laquelle sont fondés les articles 20 à 26. En effet, le cadre établi par ces dispositions opère dans la mesure où l'article 35 reconnaît et confirme, comme aspect d'un droit à l'autonomie gouvernementale existant, la compétence sur les services à l'enfance.

156. Tel qu'expliqué ci-dessus, l'affirmation à l'article 18, et donc la prémisse du cadre établi par la Loi, est bien fondée. Toutefois, cette Cour n'a pas à décider ici si cette prémisse sera avérée pour toutes et chacune des collectivités autochtones qui se réclameront du cadre établi par la Loi. En effet, la présente affaire concerne la validité constitutionnelle des articles 18-26 de la Loi et non celle de textes autochtones qui seront adoptés suivant le cadre de la Loi<sup>226</sup>.

157. Ce ne serait que si cette Cour rejetait en bloc la prémisse de l'article 18 – c'est-à-dire la possibilité que quiconque parmi les peuples autochtones puisse être titulaire d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale, incluant la compétence sur les services à l'enfance reconnue par l'article 35 – que les articles 18-26 de la Loi ne deviendraient pas

---

<sup>223</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art 32; LC 1982, art 52; *Eldridge c Colombie-Britannique (PG)*, [1997] 3 RCS 624 aux para 35-44; *Renvoi relatif à la sécession*, supra note 165 au para 72.

<sup>224</sup> *Hunter et autres c Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145 à la p 155.

<sup>225</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6, [2014] 1 RCS 433 au para 89 [**Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême du Canada**]; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 aux para 55-56; *Ontario (PG) c G*, 2020 CSC 38 au para 88.

<sup>226</sup> Sur la nécessité de distinguer entre la validité d'une loi et de ses applications, voir *Little Sisters Book and Art Emporium c Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 RCS 1120 au para 71.

invalides, mais plutôt n'auraient aucune utilité pratique<sup>227</sup>. De fait, si la Cour rejetait complètement cette prémisse, les articles 18 à 26 seraient valides, mais aucun groupe autochtone ne pourrait valablement adopter des textes législatifs en matière de services à l'enfance suivant le cadre prévu par la Loi.

158. Évidemment, une telle conclusion apparaît intenable à la lumière de la nature du droit en cause et de la jurisprudence sur les droits ancestraux, notamment les arrêts *Pamajewon* et *Delgamuukw* où la Cour suprême a justement refusé de rejeter une prémisse similaire.

159. Par ailleurs, les arguments du PGQ quant aux tentatives de modifications constitutionnelles<sup>228</sup>, aux traités<sup>229</sup> ou aux positions antérieures du gouvernement fédéral<sup>230</sup> ne permettent pas non plus de rejeter la prémisse de la Loi.

160. Quant aux discussions constitutionnelles, le fait qu'un sujet ait fait l'objet d'une proposition de modification constitutionnelle qui ne s'est pas concrétisée ne constitue pas une preuve que ce sujet n'est pas déjà protégé par la Constitution, comme l'indiquait la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême*<sup>231</sup>. Cette affirmation est d'autant plus pertinente qu'en l'espèce, l'Accord de Charlottetown prévoyait précisément que le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone pourrait toujours être reconnu par les tribunaux comme droit ancestral protégé par le paragraphe 35(1)<sup>232</sup>, malgré l'ajout proposé du paragraphe 35.1 qui reconnaissait explicitement le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> Voir par analogie *Renvoi sur les valeurs mobilières (2018)*, *supra* note 43 aux para 62-67.

<sup>228</sup> Mémoire du PGQ aux para 99-126.

<sup>229</sup> *Ibid* aux para 127-142.

<sup>230</sup> *Ibid* aux para 89, 111-115, 118, 129-133.

<sup>231</sup> *Renvoi sur la Loi sur la Cour suprême du Canada*, *supra* note 225 aux para 102-103.

<sup>232</sup> 35.3(2) « Il est entendu que le paragraphe (1) n'empêche pas les tribunaux de statuer sur les litiges concernant : a) tous droits existants reconnus et confirmés au paragraphe 35(1), notamment tous droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, invoqués devant ceux-ci »; Secrétariat des conférences constitutionnelles, Accord de Charlottetown (1992), Ottawa, 8 octobre 1992, **CDPPGQ, vol 5 à la p 1532**.

<sup>233</sup> Le même principe est applicable pour les conférences constitutionnelles des années 1980, malgré que le texte de l'article 37(2) LC 1982 prévoyait que la première conférence constitutionnelle devait porter sur : « [...] les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la

161. Quant aux traités et accords sur l'autonomie gouvernementale, il est vrai que certains d'entre eux prévoient une compétence législative en matière de services à l'enfance, assujettie à certaines conditions d'exercice. Ces ententes démontrent que des gouvernements autochtones autonomes sur des matières telles que les services à l'enfance peuvent exister à l'intérieur de la Constitution. Par contre, on ne peut pas inférer de ces ententes que le droit à l'autonomie gouvernementale n'est pas un droit ancestral reconnu par l'article 35. L'article 35 reconnaît et confirme à la fois les droits ancestraux et les droits issus de traités. Le fait que le droit à l'autonomie gouvernementale puisse être reconnu comme un droit issu de traités au sens de l'article 35 n'empêche pas qu'il puisse aussi être un droit ancestral reconnu et confirmé par ce même article, pour le peuple signataire ou pour d'autres peuples autochtones.<sup>234</sup>

162. Finalement, le PGQ met l'accent sur les positions exprimées par le gouvernement fédéral dans le passé, notamment dans les discussions constitutionnelles des années 1980 et 1990. Ces éléments ne sont pas utiles au débat en l'espèce. Si, comme le PGC et le PGQ en conviennent, la position actuelle du Parlement et du gouvernement fédéral ne peut pas déterminer le contenu de l'article 35, il en est de même pour les positions fédérales prises par le passé. Les relations entre le Canada et les peuples autochtones ainsi que l'état du droit ont largement évolué depuis les années 1980, de sorte que les positions du gouvernement fédéral aussi ont changé.

163. Pour l'ensemble de ces motifs, la Loi, qui vise à protéger et assurer le bien-être des enfants, des familles et des collectivités autochtones, constitue un exercice valide de la compétence fédérale prévue au paragraphe 91(24).

-----

#### **PARTIE IV – CONCLUSIONS**

Pour ces motifs, la Cour devrait répondre par la négative à la question du Renvoi.

-----

---

Constitution du Canada. ». Voir *R v Sparrow*, (1986) 36 DLR (4th) 246 (BCCA) aux pp 267-268, conf par *Sparrow*, *supra* note 187.

<sup>234</sup> Voir *Campbell v British Columbia*, *supra* note 200 au para 181. *Sga'nism Sim'augit*, *supra* note 192 aux para 51-52. La relation entre un traité et les droits ancestraux préexistants varie selon les termes du traité.

Montréal, le 1<sup>er</sup> avril 2021

*Ministère de la Justice Canada*

---

**Ministère de la Justice Canada**

**(M<sup>e</sup> Bernard Letarte)**

**(M<sup>e</sup> Andréane Joannette-Laflamme)**

**(M<sup>e</sup> Lindy Rouillard-Labbé)**

**(M<sup>e</sup> Amélia Couture)**

**Avocats du Procureur général du Canada**

**PARTIE V – LES SOURCES****Jurisprudence****Paragraphe(s)**

<i>Banque canadienne de l'Ouest c Alberta</i> , [2007] 2 RCS 3	36,38,45,65,89,91,94,96,101 ..... 102,103,104,106,108,135
<i>Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique</i> , 2020 CSC 17	..... 36,37
Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11	..... 36,45,55,65,67,133,
<i>Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières</i> , [2018] 3 RCS 189	..... 37,55,121,133,157
Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 RCS 457	..... 37,67,78
<i>Friends of the Oldman River Society c Canada (Ministre des Transports)</i> , [1992] 1 RCS 3	..... 37
<i>Ward c Canada (PG)</i> , [2002] 1 RCS 569	..... 37
<i>Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée</i> , [2005] 2 RCS 473	..... 38,65,96
<i>R c Morgentaler</i> , [1993] 3 RCS 463	..... 38,45,55
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)</i> , [2000] 1 RCS 783	..... 39,45,55,66,93
<i>Québec (PG) c Canada (PG)</i> , [2015] 1 RCS 693	..... 39,66,95
<i>Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)</i> , 2016 TCDP 2	..... 52
<i>Protection de la jeunesse — 206762</i> , 2020 QCCQ 7952	..... 58,73
<i>In The Matter of A Hearing Under the Child and Family Services Act, SS 1989-90, c C-7.2</i> , 2021 SKQB 2	..... 58,75

**Jurisprudence (suite)****Paragraphe(s)**

<i>British Columbia (Child, Family and Community Service) v M.J.K.</i> , 2020 BCPC 39	..... 58
<i>British Columbia (Child, Family and Community Service) v S.H.</i> , 2020 BCPC 82	..... 58
<i>Michif CFS v C.L.H. and W.J.B.</i> , 2020 MBQB 99	..... 58
<i>Huron-Perth Children’s Aid Society v A.C.</i> , 2020 ONCJ 251	..... 58
<i>Kina Gbezhgomi Child and Family Services v M.A.</i> , 2020 ONCJ 414	..... 58
<i>Protection de la jeunesse — 204534</i> , 2020 QCCQ 4334	..... 58
<i>Rogers Communications Inc. c Châteauguay (Ville)</i> , [2016] 1 RCS 467	..... 65
<i>Multiple Access Ltd. v McCutcheon</i> , [1982] 2 RCS 161	..... 65,78,
<i>Transport Desgagnés inc. c Wärtsilä Canada Inc.</i> , 2019 CSC 58	..... 65,104,105
<i>Canada (PG) c PHS Community Services Society</i> , [2011] 3 RCS 134	..... 66,102,103,106
<i>Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services</i> , [1992] 2 RCS 445	..... 67,79
<i>Métis Child, Family and Community Services v HDGJ</i> , 2021 MBCA 18	..... 75
<i>Mi’kmaw Family and Children’s Services of Nova Scotia v RD</i> , 2021 NSSC 66	..... 75
<i>In The Matter of A Hearing Under the Child and Family Services Act, SS 1989-90, c C-7.2</i> , 2021 SKQB 2	..... 75
<i>Children’s Aid Society of London and Middlesex v T.E.</i> , 2021 ONSC 788	..... 75

**Jurisprudence (suite)****Paragraphe(s)**

<i>General Motors of Canada Ltd. c City National Leasing</i> , [1989] 1 RCS 641	..... 78
<i>Ontario Hydro c Ontario (Commission des relations de travail)</i> , [1993] 3 RCS 327	..... 78,94,95
<i>NIL/TU,O Child and Family Services Society c B.C. Government and Service Employees' Union</i> , [2010] 2 RCS 696	..... 83,86,91,135
<i>Daniels c Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)</i> , [2016] 1 RCS 99	..... 85,89,94,135,136
<i>Four B Manufacturing Ltd. v United Garment Workers of America</i> , [1980] 1 RCS 1031	..... 85
<i>Procureur général du Canada c Canard</i> , [1976] 1 RCS 170	..... 85,86
<i>Parents Naturels c Superintendent of Child Welfare</i> , [1976] 2 RCS 751	..... 86
<i>Bande Kitkatla c Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)</i> , [2002] 2 RCS 146	..... 86
<i>Delgamuukw c Colombie-Britannique</i> , [1997] 3 RCS 1010	..... 89,138,143,144,145,146
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières</i> , [2011] 3 RCS 837	..... 97,135
<i>Alberta Government Telephones c Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)</i> , [1989] 2 RCS 225	..... 100,107
<i>Alberta c Commission canadienne des transports</i> , [1978] 1 RCS 61	..... 100,107
<i>Marine Services International Ltd. c Ryan (Succession)</i> , [2013] 3 RCS 53	..... 103,104,108
<i>Le procureur général de l'Ontario c SEFPO</i> , [1987] 2 RCS 2	..... 105

<b><u>Jurisprudence (suite)</u></b>	<b><u>Paragraphe(s)</u></b>
<i>Therrien (Re)</i> , [2001] 2 RCS 3	..... 105
<i>R c Van der Peet</i> , [1996] 2 RCS 507	..... 111,136,138,144,146,150
<i>R c Powley</i> , [2003] 2 RCS 207	..... 111,138,144,146
<i>Mitchell c M.R.N.</i> , [2001] 1 RCS 911	..... 111,138,146
<i>Calder c Colombie-Britannique (PG)</i> , [1973] RCS 313	..... 111
<i>R c Sappier, R. c Gray</i> , [2006] 2 RCS 686	..... 111,138,146,148,150
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> , [1998] 2 RCS 217	..... 121,135,153
<i>R c Badger</i> , [1996] 1 RCS 771	..... 122
<i>R v Sioui</i> , [1990] 1 RCS 102	..... 122
<i>Québec (PG) c Moses</i> , [2010] 1 RCS 557	..... 122
<i>Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)</i> , [2004] 3 RCS 511	..... 129
<i>Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique (PG)</i> , [2014] 2 RCS 256	..... 135,138,145,146,152
<i>Edwards v Canada</i> , [1930] 1 DLR 98	..... 135
<i>Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe</i> , [2004] 3 RCS 698	..... 135
<i>R c Sparrow</i> , [1990] 1 RCS 1075	..... 136,138,146,152,160
<i>R c Kapp</i> , [2008] 2 RCS 483	..... 136
<i>Coughlin v The Ontario Highway Transport Board</i> , [1968] SCR 569	..... 137
<i>Colombie-Britannique (PG) c Canada (PG); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)</i> , [1994] 2 RCS 41	..... 137

**Jurisprudence (suite)****Paragraphe(s)**

<i>Bande indienne Wewaykum c Canada</i> , [2002] 4 RCS 245	..... 137
<i>Fédération des producteurs de volailles du Québec c Pelland</i> , [2005] 1 RCS 292	..... 137
<i>Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) v Canada (AG)</i> , 2013 BCCA 49	..... 137,161
<i>R c Côté</i> , [1996] 3 RCS 139	..... 138
<i>R c Pamajewon</i> , [1996] 2 RCS 821	..... 142,158
<i>Delgamuukw v British Columbia</i> , 1993 CanLII 4516 (BC CA)	..... 143
<i>Campbell v British Columbia</i> , 2000 BCSC 1123	..... 143,145,147,161
<i>R c Marshall</i> , [1999] 3 RCS 533	..... 145
<i>Behn v Moulton Contracting Ltd.</i> , [2013] 2 RCS 227	..... 145
<i>Bernard v R</i> , 2017 NBCA 48	..... 145
<i>Worcester c Georgia</i> , 31 US (6 Pet) 515 (1832)	..... 146
<i>Casimel v Insurance Corp. of British Columbia</i> , 1993 CanLII 1258	..... 151
<i>Connolly v Woolrich</i> , (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (CSQ)	..... 151
<i>Johnstone v Connelly</i> (1869), 17 RJRQ 266 (QB Qc)	..... 151
<i>R v Nan-E-Quis-A-Ka</i> , (1889) 1 Terr LR 211, 1889 CarswellNWT 14 (NWTSC)	..... 151
<i>R v « Bear's Shin Bone »</i> , 4 Terr LR 173, 1899 CanLII 111 (NWTSC)	..... 151
<i>R v Williams</i> , (1921) 30 BCR 303, 1921 CanLII 623 (BC SC)	..... 151
<i>Re Noah Estate</i> , (1961) 32 D.L.R. (2) 185, 1961 CanLII 442 (NWTSC)	..... 151

<b><u>Jurisprudence (suite)</u></b>	<b><u>Paragraphe(s)</u></b>
<i>Manychief v Poffenroth</i> , 1994 CanLII 9073 (AB QB)	..... 151
<i>R v Cote</i> , (1971) 5 CCC(2d) 49, 1971 CanLII 782 (SKCA)	..... 151
<i>Re Katie's Adoption Petition</i> , (1961) 32 DLR (2d) 688, 1961 CanLII 443 (NWTTC)	..... 151
<i>Re Beaulieu's Adoption Petition</i> , (1969) 3 DLR (3d) 479, 1969 CanLII 844 (NWTTC)	..... 151
<i>Kitchooalik v Tucktoo (Re Deborah)</i> , (1972) 27 DLR (3d) 225 (NWTSC), conf par (1972) 28 DLR (3d) 483, 1972 CanLII 977 (NWTCA)	..... 151
<i>Re Wah-Shee</i> , (1975) 57 DLR (3d) 743, 1975 CanLII 1200 (NWTSC)	..... 151
<i>Re Tagornak</i> , [1984] 1 CNLR 185 (NWTSC)	..... 151
<i>McNeil v MacDougal</i> , 1999 ABQB 945	..... 151
<i>Prince &amp; Julian v HMTQ et al</i> , 2000 BCSC 1066	..... 151
<i>M.R.B. (In The Matter Of)</i> , [2002] 2 C.N.L.R. 169 (CQ)	..... 151
<i>Estate of Samuel Corrigan</i> , 2013 MBQB 77	..... 151
<i>Mitchell v Dennis</i> , 1983 CarswellBC 415, 1983 CanLII 670 (BCSC)	..... 151
<i>P. (D.-F.)</i> , 2000 CanLII 17505 (QC CQ)	..... 151
<i>Eldridge c Colombie-Britannique (PG)</i> , [1997] 3 RCS 624	..... 153
<i>Hunter et autres c Southam Inc.</i> , [1984] 2 RCS 145	..... 154
<i>Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6</i> , [2014] 1 RCS 433	..... 154,160
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov</i> , 2019 CSC 65	..... 154

**Jurisprudence (suite)****Paragraphe(s)**

<i>Ontario (PG) c G</i> , 2020 CSC 38	..... 154
<i>Little Sisters Book and Art Emporium c Canada (Ministre de la Justice)</i> , [2000] 2 RCS 1120	..... 156
<i>R v Sparrow</i> , (1986) 36 DLR (4th) 246 (BCCA)	..... 160

**Doctrine****Paragraphe(s)**

Stanbury, W.T. , « Reserve and Urban Indians in British Columbia: A Social and Economic Profile » (1975) 26 BC Studies	..... 13
Bennett, Marlyn et Blackstock, Cindy, <i>A Literature Review and Annotated Bibliography Focusing on Aspects of Aboriginal Child, First Nations Research Site of the Centre of Excellence for Child Welfare</i> , First Nations Child & Family Caring Society of Canada, 2002	..... 14
<i>Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones</i> , 13 septembre 2007 (A / RES / 61/295)	..... 53
Brun, Henri, Tremblay, Guy et Brouillet, Eugénie, <i>Droit constitutionnel</i> , 6 <sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2014	..... 85
Hogg, Peter W., <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed (Thomson Reuters, 2007)	..... 86,88,147
Painter-Thorne, Suzianne D, « One Step Forward, Two Giant Steps Back: How the Existing Indian Family Exception (Re)Imposes Anglo American Legal Values on American Indian Tribes to the Detriment of Cultural Autonomy » (2008) 33:2 Am Indian L Rev	..... 111
Atwood, Barbara Ann, « Flashpoints under the Indian Child Welfare Act: Toward a New Understanding of State Court Resistance » (2002) 51:2 Emory LJ	..... 111
Côté, Pierre-André, <i>Interprétation des lois</i> , 4 <sup>e</sup> éd, Montréal, Thémis, 2009	..... 137

**Doctrine (suite)****Paragraphe(s)**

Borrows, John, « Constitutional Cases 2011 (Ab)Originalism and Canada's Constitution » (2012) 58 SCLR (2d)	..... 144
Lambert, Douglas, « Van der Peet and Delgamuukw: Ten Unresolved Issues » (1998) 32 UBC LR	..... 145
Hogg, Peter W. et Turpel, Mary Ellen, « Implementing Aboriginal Self-Government : Constitutional Justidictional Issues » (1995) 74:2 Rev Bar Can	..... 147
Wilkins, Kerry, « Take Your Time and Do It Right : <i>Delgamuukw</i> , Self-Government Rights and the Pragmatic of Advocacy » (1999-2000) 27 Man LJ	..... 147
Slattery, Brian, « A Taxonomy of Aboriginal Rights » dans Hamar Foster, Heather Raven, and Jeremy Webber (éds), <i>Let Right Be Done: Aboriginal Title, the Calder Case, and the Future of Indigenous Rights</i> , Vancouver, UBC Press, 2007	..... 147
Slattery, Brian, « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000) 79 Can Bar Rev	..... 147
McGilligan, Stephen M., « Self-Government Agreements and Canadian Courts » dans Jerry P. White et al, dir, <i>Aboriginal Policy Research</i> , Thomson, vol 10	..... 147
Walters, Mark, « The Judicial Recognition of Indigenous Legal Traditions: Connolly v. Woolrich at 150 » (2017) 22 Review of Constitutional Studies	..... 151
Grammond, Sébastien, <i>Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law</i> , Carswell, Toronto, 2013	..... 151
Zlotkin, Norman K., « Judicial recognition of aboriginal customary law in Canada: Selected Marriage and Adoption Cases », (1984) 4 CNLR	..... 151

Attestation

---

**ATTESTATION**

Nous soussignés, Ministère de la Justice Canada, attestons que le présent mémoire est conforme au *Règlement de procédure civile de la Cour d'appel*.

Temps demandé pour la présentation orale de nos arguments : 120 minutes

Montréal, le 1<sup>er</sup> avril 2021

*Ministère de la Justice Canada*

---

**Ministère de la Justice Canada**

**(M<sup>e</sup> Bernard Letarte)**

**(M<sup>e</sup> Andréane Joannette-Laflamme)**

**(M<sup>e</sup> Lindy Rouillard-Labbé)**

**(M<sup>e</sup> Amélia Couture)**

**Avocats du Procureur général du Canada**