

La protection des enfants autochtones: un cadre juridique complexe et évolutif

Ghislain Otis, Phd

Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, Université d'Ottawa

Plan général

- Partie 1: les enjeux et les défis propres au contexte autochtone
- Partie 2: la coexistence des compétences en matière de protection des enfants autochtones.
- Partie 3: les régimes de protection des enfants autochtones
- Partie 4: l'articulation des régimes

Partie 1: enjeux et défis propres au contexte autochtone

Des pensionnats aux familles d'accueil non autochtones

A la fermeture des pensionnats, les systèmes provinciaux de protection de la jeunesse prennent le relais.

Les travailleurs sociaux provinciaux affectés aux réserves évaluent la sécurité et le bien-être de l'enfant selon les normes culturelles dominantes, et ont peu ou pas de formation en culture autochtone.

Des milliers d'enfants sont retirés de leur milieu naturel et confiés à l'adoption dans des familles allochtones. (la «rafle des années soivante »)

Plusieurs enfants souffrent de dislocation sociale, de dénégation de leur identité autochtone et de racisme.

Il y a surreprésentation des enfants autochtones au sein des services de protection de la jeunesse

La Commission vérité et réconciliation estime que l'on perpétue en quelque sorte la politique assimilatrice qu'incarnait le système des pensionnats.

Les solutions envisagées par les commissions ayant étudié le problème

. La **Commission vérité et réconciliation** demande que les gouvernements s'engagent à réduire le nombre d'enfants autochtones pris en charge notamment par la mise en place d'un régime juridique mieux adapté aux circonstances propres aux autochtones et à leur culture.

Elle demande aussi que le gouvernement fédéral :

i- mette en place des normes nationales en ce qui a trait aux cas de garde et de prise en charge concernant des enfants autochtones.

ii-reconnaisse le droit des gouvernements autochtones d'établir leurs propres régime de protection de l'enfance.

Elle demande aussi que le placement temporaire ou permanent des enfants autochtones le soit dans un milieu adapté à leur culture.

Les autres commissions

- La **Commission Viens** constate que le système de protection de la jeunesse est imposé de l'extérieur aux peuples autochtones et ne tient pas compte de leurs conceptions de la famille ni de leurs cultures.
- **L'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées** fait des recommandations analogues:
 - Elle recommande notamment une définition de « l'intérêt supérieur de l'enfant » en s'appuyant sur les perspectives, les visions du monde, les priorités et les besoins distincts des Autochtones, y compris les enfants et les jeunes.
- **Commission Laurent** réitérait un constat de même nature :
- Une conséquence importante découlant de l'application de la LPJ, sans adaptation aux réalités autochtones, est la surreprésentation des enfants autochtones dans le système de protection de la jeunesse.

Partie 2: la coexistence des compétences en matière de protection des enfants autochtones

- **La compétence provinciale:** art. 92(13)(16) Loi constitutionnelle de 1867. L'arrêt *NIL/TU,O) Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 4 confirme la capacité constitutionnelle des provinces d'adapter leur régime de protection de la jeunesse au contexte et aux conditions particulières des enfants et des familles autochtones.
- **La compétence fédérale:** art. 91(24) Loi constitutionnelle de 1867 (les Indiens et les terres réservées pour les Indiens). Le Parlement peut légiférer pour ce qui concerne spécifiquement les enfants et les familles autochtones pour une matière qui relève par ailleurs des provinces (double-aspect): *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2022 QCCA 185 (en appel en CSC)
- **La compétence autochtone:** les droits ancestraux reconnus et confirmés par l'article 35 Loi constitutionnelle de 1982. La Cour suprême du Canada n'a pas encore reconnu la compétence autochtone mais le fera probablement. Dans certains cas, la compétence est aussi reconnue par traité et donc constitutionnellement protégée.

Partie 3: les régimes de protection des enfants autochtones

- Le régime provincial (*Loi sur la protection de la jeunesse* telle que modifiée en 2022 par le projet de loi n° 15)
 - . Le régime fédéral (*Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, ch. 24)
 - . Les régimes autochtones

Le régime québécois

- **Préambule de la Loi sur la protection de la jeunesse:**
- CONSIDÉRANT que les autochtones sont les mieux placés pour répondre aux besoins de leurs enfants de la manière la plus appropriée;
- CONSIDÉRANT que la sécurité culturelle est essentielle au mieux-être des enfants autochtones;
- CONSIDÉRANT que l'intervention auprès d'un enfant autochtone doit être réalisée en tenant compte des circonstances et des caractéristiques de sa communauté ou d'un autre milieu dans lequel il vit de manière à respecter son droit à l'égalité et à favoriser la continuité culturelle;
-

Introduction d'un régime complémentaire et dérogatoire pour les autochtones

Art. 2. La présente loi a pour objet la protection de l'enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis. Elle a aussi pour objet de mettre fin à la situation qui compromet la sécurité ou le développement de l'enfant et d'éviter qu'elle ne se reproduise.

- En outre, elle complète les dispositions du [Code civil](#) portant sur l'adoption d'un enfant domicilié au Québec ou hors du Québec.
- Enfin, en ces matières, la présente loi prévoit, au [chapitre V.1](#), **des dispositions particulières aux autochtones, lesquelles ajoutent ou dérogent à ses autres dispositions.**

Le ch. V.1: Les principes généraux axés sur la continuité culturelle et l'action des communautés

131. 1 Adaptation de la loi aux enfants et aux familles autochtones favorisant:

- a) une approche holistique;
- b) la continuité culturelle;
- c) la responsabilité de chaque communauté à l'égard de ses enfants et de ses familles;
- d) l'intervention prioritaire des prestataires de services de santé et de services sociaux offerts à la communauté afin de prévenir la prise en charge de la situation d'un enfant autochtone par le directeur;
- e) les liens de l'enfant avec de multiples personnes significatives.
- **131.3.** Toute décision prise en vertu de la présente loi au sujet d'un enfant autochtone de même que toute autre intervention le concernant faite en vertu de celle-ci **doit favoriser la continuité culturelle de cet enfant.**

Une définition culturellement adaptée de l'intérêt de l'enfant autochtone

- **131.4.** Dans la détermination de l'intérêt de l'enfant autochtone, outre les facteurs énumérés au deuxième alinéa de l'[article 3](#), les suivants doivent notamment être pris en considération:
 - a) la culture de la communauté autochtone de l'enfant, y compris la langue, la coutume, les traditions et la spiritualité;
 - b) les liens de l'enfant avec sa famille élargie et les personnes de cette communauté;
 - c) l'accès de l'enfant au territoire environnant cette communauté et aux autres lieux que fréquentent ses membres;
 - d) les traumatismes sociohistoriques des autochtones et leurs conditions socioéconomiques.

La priorisation forte du milieu de vie autochtone

- **131.5.** Lorsqu'en vertu de la présente loi un enfant autochtone doit être confié à un milieu de vie substitut, le milieu choisi doit être celui qui, considérant l'intérêt de cet enfant, lui convient, en respectant l'ordre de priorité suivant:
 - a) la famille élargie de l'enfant;
 - b) des membres de sa communauté;
 - c) des membres d'une autre communauté de la même nation que la sienne;
 - d) des membres d'une autre nation que la sienne;
 - e) tout autre milieu.
- Les motifs justifiant la décision prise en vertu du premier alinéa doivent être consignés par le directeur au dossier de l'enfant

Une place pour les communautés autochtones: leur participation aux décisions et à la prestation des services

- **Obligation d'informer les responsables autochtones et de solliciter leur collaboration** relativement de tout retrait d'un enfant de son milieu familial afin de favoriser la continuité culturelle (art. 131.8)
- **Droit d'intervenir dans une instance** concernant un enfant autochtone de la communauté, pour témoigner ou présenter, notamment par écrit, ses observations au tribunal et, à ces fins, être assisté d'un avocat (art. 131.15)
- **Les ententes de délégation**: afin de mieux adapter les modalités d'application de la loi aux réalités autochtones, le gouvernement est autorisé à conclure avec une communauté ou un regroupement **une entente établissant un régime particulier de protection de la jeunesse** applicable à un enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis au sens de la présente loi.
- Le régime établi par une telle entente doit être conforme aux dispositions du chapitre II (principes généraux et droits des enfants) et de la section I du [chapitre V.1](#) de la présente loi et est soumis aux dispositions de la section I du chapitre III de celle-ci. (CDPDJ)
- **L'entente indique les personnes ou les instances à qui seront confiées l'exercice, en pleine autorité et en toute indépendance, de tout ou partie des responsabilités dévolues au directeur et peut prévoir des modalités d'exercice des responsabilités ainsi confiées différentes de celles prévues par la présente loi.**
- Dans la mesure où elles sont conformes aux dispositions du présent article, **les dispositions d'une entente prévalent sur toute disposition inconciliable de la présente loi et, en matière d'organisation ou de prestation de services s'appliquent les modalités ainsi prévues par la présente loi.** (art.131.20)

Exemple du SIAA atikamekw nehirowisiw (ancien art. 37.5)

- La seule entente existante après 20 ans de négociations, conclue en 2018 (après un projet-pilote de plusieurs années)
- Les motifs d'intervention sont les mêmes, mêmes principes généraux.
- Les institutions et les personnes atikamekw compétentes: la DPS, le Conseil de famille (identifie les mesures), le Cercle d'aidants (aide à leur application,) le Conseil des sages (intervient notamment en cas de désaccord sur les mesures de la part de l'enfant ou des parents).
- Les modes d'intervention sont culturellement adaptés.
- Les solutions aussi.
- Diminution importante de la judiciarisation.

Ententes de participation au processus décisionnel et au choix des mesures

- Possibilité d'une entente entre une DPJ et une communauté prévoyant **qu'une telle communauté ou un tel regroupement recrute et évalue, dans le respect des critères généraux déterminés par le ministre, des personnes en mesure d'accueillir un ou plusieurs enfants membres de la communauté qui leur sont confiés** en application d'une disposition de la présente loi.
- Une telle entente peut également prévoir **toute autre responsabilité de la communauté ou du regroupement à l'égard des activités de ces personnes**, conformément aux orientations ministérielles. (art. 131.23)
- . Possibilité d'une entente par laquelle une DPJ **autorise des membres du personnel d'une communauté à exercer différentes fonctions comme procéder à l'évaluation de la situation et des conditions de vie de l'enfant** prévue sans toutefois lui permettre de décider si la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis; (131.25)

Le régime fédéral: La loi concernant les enfants, les jeunes et les familles ..

- Deux grands volets:
 - 1. La mise en place de normes nationales en matière de fourniture de services aux enfants et aux familles autochtones (art. 9 à 17)
 - 2. La reconnaissance et la mise en œuvre d'une compétence inhérente autochtone en matière de services aux enfants et aux familles autochtones (art. 18 et ss.)
- NB: la loi ne crée aucune autorité ni aucune structure administrative fédérale de fourniture de services aux enfants et aux familles (**pas de DPJ autochtone fédérale**)

Les normes nationales

- Les grands principes directeurs et les normes nationales énoncés par les art. 9 à 17 sont fondés sur :
- 1. le principe prééminent de l'intérêt de l'enfant autochtone en conformité avec la continuité culturelle et l'égalité réelle; (art. 9-11)
- 2. l'implication des familles autochtones et des corps dirigeants autochtones dans les prises de décision touchant les enfants autochtones; (art. 12-13)
- 3. la priorité accordée aux soins préventifs; (art. 14)
- 4. la relégation des conditions socioéconomiques comme facteur déterminant de la prise en charge des enfants autochtones;
- 5. la priorité du placement des enfants autochtones dans un milieu autochtone.

(par. 32 Cour d'appel du Québec)

Ces normes se veulent applicables à toute autorité autochtone ou provinciale de protection de la jeunesse.

Une définition culturellement adaptée de l'intérêt de l'enfant autochtone

10 (1) L'intérêt de l'enfant est une considération primordiale dans la prise de décisions ou de mesures dans le cadre de la fourniture de services à l'enfance et à la famille l'égard d'un enfant autochtone et, s'agissant de décisions et de mesures relatives à la prise en charge de l'enfant, l'intérêt de celui-ci est la considération fondamentale.

(3) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant autochtone, il doit être tenu compte de tout facteur lié à la situation de ce dernier, notamment :

- **a) son patrimoine et son éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels;**
- b) ses besoins, dont son besoin de stabilité, compte tenu de son âge et du stade de son développement;
- **c) la nature et la solidité de ses rapports avec son parent — mère ou père —, son fournisseur de soins et tout membre de sa famille ayant un rôle important dans sa vie;**
- d) l'importance pour lui de préserver son identité culturelle et ses

suite

- **liens avec la langue et le territoire du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie;**
- e) son point de vue et ses préférences, compte tenu de son âge et de son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis;
- **f) tout plan concernant ses soins, lequel peut comprendre des soins donnés conformément aux coutumes ou aux traditions du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie;**
- g) la présence de violence familiale et ses effets sur l'enfant, notamment le fait que l'enfant y soit ou non directement ou indirectement exposé, ainsi que le tort physique, affectif ou psychologique causé à l'enfant ou le risque qu'un tel tort lui soit causé;
-

L'implication des familles autochtones et des corps dirigeants autochtones

- 12 (1) Dans le cadre de la fourniture de services à l'enfance et à la famille à l'égard d'un enfant autochtone, dans la mesure où cela est compatible avec l'intérêt de l'enfant, **avant la prise d'une mesure importante à son égard, le responsable de la fourniture des services est tenu d'en aviser son parent — mère ou père — et son fournisseur de soins, ainsi que le corps dirigeant autochtone** qui, d'une part, agit pour le compte du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont l'enfant fait partie et, d'autre part, en a informé le responsable de la fourniture des services.
- **Droit de participer à toute procédure judiciaire de nature civile relative à la fourniture de services à l'enfance et à la famille à l'égard d'un enfant autochtone. Les parents en tant que partie et le corps dirigeant pour faire des représentations.** (art. 13)

Priorité aux soins préventifs

- 14 (1) Dans le cadre de la fourniture de services à l'enfance et à la famille à l'égard d'un enfant autochtone, dans la mesure où cela est compatible avec l'intérêt de l'enfant, les services favorisant des soins préventifs destinés à aider la famille de celui-ci ont priorité sur les autres services.
- (2) Dans la mesure où la fourniture de services prénatals favorisant des soins préventifs est compatible avec ce qui, après sa naissance, est susceptible d'être dans l'intérêt de l'enfant autochtone, la fourniture de ces services a priorité sur la fourniture d'autres services afin de prévenir la prise en charge de l'enfant à sa naissance.

Forte priorisation du milieu familial autochtone

- 16 (1) Dans le cadre de la fourniture de services à l'enfance et à la famille à l'égard d'un enfant autochtone, le placement de l'enfant, dans la mesure où cela est compatible avec son intérêt, se fait auprès de l'une des personnes ci-après énumérées par ordre de priorité :
- a) un parent — mère ou père — de l'enfant;
- b) un autre membre de sa famille qui est un adulte;
- c) un adulte appartenant au groupe, à la collectivité ou au peuple autochtones dont il fait partie;
- d) un adulte appartenant à un groupe, à une collectivité ou à un peuple autochtones autre que celui dont il fait partie;
- e) tout autre adulte.

Le deuxième volet: la mise en œuvre du droit inhérent

- La loi affirme le droit inhérent à l'autonomie qui comprend une compétence en matière de services aux enfants et aux familles (art. 18)
- Elle contient des dispositions qui visent à encourager les autochtones à se doter de textes législatifs. (art. 20 à 23)
- Elle prévoit la possibilité de demander la négociation d'ententes de coordination avec les provinces. (art. 20)
- Elle prévoit la préséance des textes autochtones sur la plupart des lois fédérales et sur les lois provinciales, à l'échéance d'un an après une demande de coordination. (art. 20 (3), 21, et 22)
- A ce jour, quelques communautés ont annoncé vouloir adopter leurs propres textes législatifs.

Les régimes autochtones

Leur fondement constitutionnel : un droit ancestral

- Leur source: un droit ancestral reconnu constitutionnellement par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*
- Ce droit reste à confirmer par la Cour suprême
- L'impact limité de la loi fédérale qui se veut purement déclaratoire quant à l'existence et la portée du droit inhérent autochtone (une loi ordinaire ne peut définir la portée de la constitution)
- La capacité limitée des gouvernements fédéral et provinciaux de restreindre l'exercice d'un droit ancestral.

Le principe d'autonomie: la capacité d'action unilatérale

- . La compétence autochtone n'est pas octroyée mais reconnue et confirmée par la Constitution ; elle est réputée originaire
- Elle s'exerce de manière autonome et unilatérale
- Elle n'est pas tributaire d'une entente préalable avec le gouvernement fédéral ou provincial
- . L'application de la Charte canadienne des droits et libertés est incertaine (art. 25 et 32).

La portée du droit inhérent

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

Les éléments confirmés par la loi fédérale

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

Les ordres juridiques autochtones

- Les traditions juridiques autochtones du Nord-Est américain ont privilégié le droit issu des pratiques normatives, un droit coutumier et non écrit.
- L'écriture juridique autochtone connaît toutefois actuellement un développement notable.
- Il n'existe aucune obligation de produire du droit autochtone écrit même si la loi fédérale encourage l'élaboration de « textes législatifs »
- Exemple de droit non écrit en matière familiale: l'adoption coutumière maintenant reconnue par le Code civil du Québec.

Les éléments fondamentaux de la compétence autochtone en matière de protection des enfants autochtones

- Il revient au peuple autochtone de déterminer:
- i- Les **acteurs** qui seront impliqués dans le régime de protection des enfants
- ii- Les **principes et les règles** qui régiront l'action de ces acteurs
- iii- Les **processus ou procédures** applicables.

Aperçu d'un régime autochtone de protection des enfants

- Les différentes revendications et rapports des autochtones donnent un aperçu de l'approche autochtone en matière de protection des enfants.
- Institutions et instances issues de la communauté et inspirées des structures familiales et communautaires traditionnelles
- Une notion d'intérêt de l'enfant plus conforme aux valeurs et aux principes propres à la culture de la communauté.
- Interventions centrées sur la protection et la responsabilisation des familles, le respect, l'entraide le partage, le non-jugement, le consensus et la responsabilité communautaire.
- Les intervenants ne sont pas légitimés en tant qu'experts mais comme des aidants dans le cadre d'une relation fondée sur la confiance, l'humilité, la collaboration et le partage du pouvoir.
- Priorisation forte des solutions intra-communautaires axées sur la centralité de la famille élargie dont les aînés
- Judiciarisation en tout dernier recours.
- Fonctionnement dans la langue autochtone dans la mesure du possible.
- Usage de rituels traditionnels , notamment sur le territoire
- Personnel principalement autochtone

Partie 4: l'articulation des régimes

L'articulation des compétences provinciale et autochtone

- L'existence d'un droit ancestral protégé par l'art. 35 ne met pas fin à la compétence provinciale. Les compétences coexistent: voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.
- La loi provinciale régira les enfants d'une communauté n'ayant pas exercé sa compétence. (champ inoccupé)
- Cette loi régira la protection des enfants d'une communauté autochtone ayant exercé sa compétence si son application ne porte pas atteinte au droit inhérent du peuple autochtone.
- Même en cas d'atteinte au droit inhérent autochtone, cette loi régira la protection des enfants d'une communauté autochtone ayant exercé sa **compétence si la prépondérance des normes provinciales est justifiée selon les critères dégagés par la jurisprudence** (voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44)

L'articulation des compétences autochtone et fédérale

- L'existence d'un droit ancestral protégé par l'art. 35 ne met pas fin à la compétence fédérale. Les compétences coexistent: R. c. Sparrow.
- La loi fédérale (les normes nationales) régira la protection des enfants d'une communauté autochtone ayant exercé sa compétence en l'absence d'atteinte au droit inhérent.
- Même en cas d'atteinte au droit inhérent, les normes nationales fédérales régiront la protection des enfants d'une communauté autochtone ayant exercé sa compétence si la prépondérance des normes fédérales est justifiée selon les critères dégagés dans l'arrêt Sparrow.
- **. Les règles de prépondérance édictées par la loi fédérale (art. 22(1) sont donc sujettes à contestation** (prépondérance des normes nationales et de la Loi canadienne sur les droits de la personne)

L'articulation des compétences provinciale et fédérale

- Les lois provinciale et fédérale valides s'appliquent simultanément en l'absence de conflit (**théorie du double aspect**)
- .La loi fédérale l'emporte en cas de conflit d'objet ou d'application, dans la mesure du conflit (**prépondérance fédérale**)
- La validité de la loi fédérale est contestée par le Québec
- L'originalité des normes nationales prévues dans la loi fédérale: jusqu'où Ottawa peut-il aller dans le contrôle de l'exercice d'une compétence provinciale ?
- . La tentative fédérale de mettre les normes autochtones à l'abri de toute règle provinciale incompatible (rejetée par la Cour d'appel du Québec)
- La Cour suprême du Canada tranchera.
- En supposant que la loi fédérale soit jugée valide: **le faible risque d'une neutralisation de la LPJ en raison de la convergence substantielle entre le ch. V.1 et les normes fédérales.**

Merci de votre
attention!