



**La section du droit des autochtones, section sur le droit
des enfants de l'abc et la section du droit de la famille
Avril 2019**

Sommaire du mémoire

**Projet de loi C-92 – *Loi concernant les enfants, les jeunes et les
familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis***

La Section du droit des autochtones, la Section sur le droit des enfants et la Section du droit de la famille de l'ABC (Sections de l'ABC) sont heureuses d'avoir l'occasion de formuler des commentaires sur le projet de loi C-92 – Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis. La Section du droit des autochtones regroupe des avocats et des avocates qui se spécialisent en droit autochtone et dans des questions qui s'y rapportent. La Section du droit de la famille regroupe des avocats et des avocates qui se spécialisent en droit de la famille et qui agissent pour les différentes parties en litige dans ce domaine. La Section sur le droit des enfants regroupe des avocats et des avocates qui se spécialisent sur les questions de droit qui touchent les enfants et la jeunesse, notamment leurs droits, et réagit aux avancées en matière de droit, de politiques et d'études juridiques concernant les enfants canadiens.

Les Sections de l'ABC considèrent le projet de loi C-92 comme une première étape à une réforme nécessaire des services à l'enfance et à la famille pour les communautés des Premières Nations, des Inuits et des Métis. Les objectifs du projet de loi C-92 sont louables, et compatibles avec les appels à l'action de la CVR, les droits constitutionnels des peuples autochtones du Canada et le droit international. Toutefois, tel qu'il est rédigé, le projet de loi n'offre aucune garantie (exécutoire ou non) sur le financement des systèmes d'aide à l'enfance gérés par les Autochtones. Ainsi, le projet de loi risque de causer plus de tort que de bien. Bien que le projet de loi C-92 repose sur des mécanismes importants du fédéralisme pour réaliser son objectif, il est nécessaire d'y apporter des améliorations pour veiller à ce que les normes nationales de bien-être des enfants qui sont censés y être établies pour les enfants autochtones soient efficaces.

Dans le mémoire exhaustif qui suit, les Sections de l'ABC formulent ainsi les huit recommandations suivantes en vue de la pleine mise en œuvre d'un système d'égalité réelle de services à l'enfance et à la famille :

1. Dans le même sens que les appels à l'action de la CVR et les ordonnances du TCDP, les Sections de l'ABC recommandent de modifier le préambule du projet de loi C-92 pour qu'il prévoie expressément l'engagement du gouvernement fédéral en matière de financement prévisible, stable, durable, fondé sur les besoins et conforme aux principes de l'égalité réelle eu égard aux services à l'enfance et à la famille offerts

aux enfants autochtones.

2. Les Sections de l'ABC recommandent de remplacer le libellé « reconnaît la demande constante d'obtention d'un » par « s'engage à fournir un » à l'avant-dernier paragraphe du préambule du projet de loi C-92.
3. Les Sections de l'ABC recommandent d'ajouter un renvoi à l'indépendance des mécanismes de résolution des différends envisagés par le paragraphe 20(5).
4. Dans le même sens que les articles 3, 6, 19, 30, 34, 35, 36 et 39 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, les Sections de l'ABC recommandent de modifier le préambule et l'article 8 du projet de loi C-92 pour ajouter une mention sur l'affirmation du Parlement du droit des enfants autochtones au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs.
5. Les Sections de l'ABC recommandent de modifier le préambule du projet de loi C-92 pour y mentionner expressément les obligations internationales qui incombent au gouvernement fédéral en vertu de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones comme faisant partie des engagements de nation à nation du gouvernement fédéral.
6. Les Sections de l'ABC recommandent de modifier la définition du terme « fournisseur de soins » du projet de loi C-92 afin d'exclure les parents de famille d'accueil dont le seul lien avec l'enfant autochtone provient d'un service de protection et de placement des enfants.
7. Les Sections de l'ABC recommandent d'ajouter au paragraphe 10(3) du projet de loi C-92 des facteurs à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant autochtone, soit la continuité des soins de l'enfant et l'incidence probable de l'interruption de ceux-ci sur l'enfant et les incidences sur l'enfant du retard à formuler des conclusions définitives à l'égard d'un dossier.
8. Les Sections de l'ABC recommandent d'apporter des précisions à l'alinéa 10(3)b) du projet de loi C-92 pour prendre en considération l'identité et l'expression de genre de l'enfant parmi ses besoins dans la détermination de ses intérêts.

Sans ces modifications pour répondre aux préoccupations importantes soulevées, le projet de loi C-92 risque de n'être rien de plus qu'une autre promesse creuse; pis encore, un instrument servant à perpétuer des torts à une autre génération d'enfants autochtones.



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Projet de loi C-92 – Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis

**ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN
SECTION DU DROIT DES AUTOCHTONES
SECTION SUR LE DROIT DES ENFANTS
SECTION DU DROIT DE LA FAMILLE**

Avril 2019

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe plus de 36 000 juristes, dont des avocats et avocates, des notaires, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes en droit, dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section du droit des autochtones, la Section sur le droit des enfants et la Section du droit de la famille de l'ABC, avec le concours du service de Représentation du bureau national de l'ABC. Le mémoire a été examiné par le Sous-comité de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section du droit des autochtones, de la Section sur le droit des enfants et de la Section du droit de la famille de l'ABC.

TABLE DES MATIÈRES

Projet de loi C-92 – *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*

I.	INTRODUCTION	1
II.	SERVICES À L'ENFANCE ET À LA FAMILLE	5
	A. Droit canadien en matière de services à l'enfance et à la famille	5
	B. Droit international	7
III.	BÂTIR DES SERVICES À L'ENFANCE ET À LA FAMILLE SELON LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ RÉELLE	9
IV.	FÉDÉRALISME.....	13
V.	NORMES DE BIEN-ÊTRE À L'ENFANCE.....	16
VI.	CONCLUSION	20

Projet de loi C-92 – *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*

I. INTRODUCTION

La Section du droit des autochtones, la Section sur le droit des enfants et la Section du droit de la famille de l'ABC (Sections de l'ABC) sont heureuses d'avoir l'occasion de formuler des commentaires sur le projet de loi C-92 – *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*. La Section du droit des autochtones regroupe des avocats et des avocates qui se spécialisent en droit autochtone et dans des questions qui s'y rapportent. La Section du droit de la famille regroupe des avocats et des avocates qui se spécialisent en droit de la famille et qui agissent pour les différentes parties en litige dans ce domaine. La Section sur le droit des enfants regroupe des avocats et des avocates qui se spécialisent sur les questions de droit qui touchent les enfants et la jeunesse, notamment leurs droits, et réagit aux avancées en matière de droit, de politiques et d'études juridiques concernant les enfants canadiens.

Les Sections de l'ABC considèrent le projet de loi C-92 comme une première étape à une réforme nécessaire des services à l'enfance et à la famille pour les communautés des Premières Nations, des Inuits et des Métis. Il comporte cependant plusieurs lacunes et ambiguïtés qui mettent en péril l'importance et la nécessité de cette initiative.

Les pensionnats indiens, les méthodes d'aide à l'enfance comme la rafle des années 60 et la discrimination dans les services à l'enfance et à la famille du gouvernement fédéral dans les réserves ont causé des torts considérables et infinis aux enfants, aux familles et aux communautés des Premières Nations, des Inuits et des Métis. Bien que les autorités gouvernementales aient reconnu les dommages causés, les améliorations visant la protection des enfants des Premières Nations, des Inuits et des Métis tardent à progresser. Il s'agit d'une crise nationale, et les statistiques sont bien connues. Le ministre des Services aux autochtones a reconnu la précarité des services à l'enfance et à la famille offerts aux enfants autochtones, qualifiant la situation de crise humanitaire¹.

En janvier 2016, le Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP) a tiré des conclusions accablantes sur la connaissance du gouvernement fédéral des profondes inégalités dans son

¹ [En ligne.](#)

programme de services à l'enfance et à la famille dans les réserves, programme qui comportait une incitation au retrait des enfants des Premières Nations de leurs familles et de leurs communautés². Le gouvernement fédéral a conditionné cette mesure incitative en omettant de financer adéquatement les services de prévention, tout en remboursant les dépenses d'entretien des enfants pris en charge au coût réel. La prise en charge d'enfants constituait un moyen pour les travailleurs sociaux d'obtenir du financement pour des services et des produits qui n'auraient pas été payés si les enfants avaient demeuré chez eux. Les inégalités profondes causées par le sous-financement du gouvernement fédéral dans le cadre des services à l'enfance et à la famille dans les réserves ont également été confirmées dans quatre autres ordonnances de non-conformité subséquentes³. La question de la réforme à long terme demeure toujours en suspens.

Le TCDP a reconnu en février 2018 que l'état des services à l'enfance et à la famille destinés aux communautés autochtones n'est pas qu'une crise humanitaire, mais plutôt une crise existentielle :

Comme il est reconnu qu'une Nation est également formée de sa population, le retrait systématique d'enfants d'une Nation affecte son existence même.

L'édification d'une relation de Nation à Nation prend toute son importance en mettant un terme aux retraits inutiles des enfants autochtones, de leurs Nations respectives. Réformer la pratique du retrait d'enfants pour la transformer en une pratique consistant à garder les enfants dans leurs foyers et leurs Nations ouvrira une voie de réconciliation. [...]⁴.

De même, dans l'affaire *Brown v. Canada*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu à la responsabilité du gouvernement fédéral relativement à la rafle des années 60 pour son manquement à l'obligation de diligence à laquelle il est tenu en common law, en raison de sa négligence à prendre des mesures pour veiller à ce que les enfants autochtones confiés à la garde de parents de famille d'accueil ou de parents adoptifs non autochtones ne perdent pas leur

² *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2016 TCDP 2.

³ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2016 TCDP 10; *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2016 TCDP 16; *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2017 TCDP 14; et *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2018 TCDP 4.

⁴ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2018 TCDP 4 aux par. 452 et 453.

identité autochtone. La Cour a reconnu que la rafle des années 60 a fait [TRADUCTION]
« beaucoup de mal » :

[TRADUCTION] Les enfants de la rafle des années 60 ont perdu contact avec leurs familles. Ils ont perdu leur langue, leur culture et leur identité autochtones [...] la perte de leur identité autochtone a fondamentalement désorienté les enfants, et cette perte s'est traduite par une moins grande capacité à vivre en bonne santé et à s'épanouir⁵.

Cinq des 94 appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation⁶ abordent l'état déplorable des services à l'enfance et à la famille destinés aux enfants et aux familles autochtones. La Commission y demande :

1. un contrôle plus rigoureux du système de protection de l'enfance, y compris l'affectation de meilleures ressources, d'un meilleur système d'éducation et de formation pour le fonctionnement du système;
2. la publication de rapports sur l'état des services à l'enfance et à la famille destinés aux enfants autochtones au Canada (y compris les résultats);
3. la pleine mise en œuvre du principe de Jordan;
4. la mise en place de dispositions législatives en matière de protection des enfants autochtones;
5. l'élaboration de programmes d'éducation destinés aux parents et adaptés à la culture des familles autochtones.

L'ABC a encouragé tous les ordres de gouvernement, ainsi que d'autres institutions publiques et privées canadiennes, à examiner attentivement les appels à l'action et à prendre des mesures appropriées pour assurer la réconciliation⁷. Le projet de loi C-92 n'est qu'une seule étape – bien qu'incomplète – offrant une occasion de redonner aux communautés autochtones le contrôle sur les services à l'enfance et à la famille.

La pleine reconnaissance des lois rédigées par les communautés autochtones constituerait la principale mesure de décolonisation des services à l'enfance et à la famille, et aurait en grande partie pour effet de reporter les affaires où elles ont été laissées avant le contrôle européen – les communautés autochtones auraient compétence pour décider de la meilleure manière d'assurer l'épanouissement de leurs enfants et de leurs familles. Étant donné

⁵ *Brown v Canada*, 2017 ONSC 251 au par. 7. En août 2018, la Cour supérieure de justice de l'Ontario et la Cour fédérale du Canada ont approuvé la convention de règlement de cette affaire et des actions collectives connexes.

⁶ [En ligne](#).

⁷ Voir, par exemple, *Réponse aux appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation* (Ottawa : ABC, 2016) à la p. 1.

l'héritage du colonialisme, des ressources suffisantes sont essentielles pour rendre cet exercice de compétence efficace et fructueux, plutôt que d'assister à un autre chapitre de discrimination par le gouvernement fédéral envers les enfants autochtones et leurs familles.

Le projet de loi C-92 établit également des normes minimales importantes à l'égard des enfants autochtones qui sont régies soit exclusivement par les services à l'enfance et à la famille des provinces ou des territoires, soit par les communautés autochtones n'ayant pas encore édicté leurs propres lois. Des précautions doivent être prises pour veiller à ce que ces normes minimales ne nuisent pas aux éléments clés du système de protection de l'enfance des provinces ou des territoires aux fins de protection du bien-être et de la sécurité de l'enfant.

Les Sections de l'ABC formulent ainsi les huit recommandations suivantes en vue de la pleine mise en œuvre d'un système d'égalité réelle de services à l'enfance et à la famille :

1. Dans le même sens que les appels à l'action de la CVR et les ordonnances du TCDP, modifier le préambule du projet de loi C-92, pour faire en sorte que le gouvernement fédéral *s'engage* expressément en matière de financement prévisible, stable, durable, fondé sur les besoins et conforme aux principes de l'égalité réelle.
2. Remplacer le libellé « reconnaît la demande constante d'obtention d'un » par « s'engage à fournir un » à l'avant-dernier paragraphe du préambule du projet de loi C-92.
3. Ajouter un renvoi à l'indépendance des mécanismes de résolution des différends envisagés par le paragraphe 20(5).
4. Dans le même sens que les articles 3, 6, 19, 30, 34, 35, 36 et 39 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, ajouter une mention dans le préambule et à l'article 8 du projet de loi C-92 sur l'affirmation du Parlement du droit des enfants autochtones au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs.
5. Mentionner expressément dans le préambule du projet de loi C-92 les obligations internationales qui incombent au gouvernement fédéral en vertu de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* et de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* comme fondement des engagements de nation à nation du gouvernement fédéral.
6. Exclure de la définition du terme « fournisseur de soins » du projet de loi C-92 les parents de famille d'accueil dont le seul lien avec l'enfant autochtone provient d'un service de protection et de placement des enfants.
7. Ajouter au paragraphe 10(3) du projet de loi C-92 des facteurs à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant autochtone, soit la continuité des soins de l'enfant et l'incidence probable de l'interruption de ceux-ci sur l'enfant et les incidences sur l'enfant du retard à formuler des conclusions définitives à l'égard d'un dossier.

8. Apporter des précisions à l'alinéa 10(3)b) du projet de loi C-92 pour prendre en considération l'identité et l'expression de genre de l'enfant parmi ses besoins dans la détermination de ses intérêts.

Sans ces modifications pour répondre aux préoccupations importantes soulevées, le projet de loi C-92 risque de n'être rien de plus qu'une autre promesse creuse; pis encore, un instrument servant à perpétuer des torts à une autre génération d'enfants autochtones.

II. SERVICES À L'ENFANCE ET À LA FAMILLE

A. Droit canadien en matière de services à l'enfance et à la famille

Chaque province et territoire a adopté de la législation en matière de services d'aide à l'enfance qui constitue le fondement des services financés par le secteur public pour protéger les enfants contre la violence et la négligence et aider les familles à demeurer ensemble. En règle générale, la protection de l'enfance relève de la responsabilité des provinces ou des territoires selon le paragraphe 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (matières d'une nature purement locale ou privée). Le gouvernement fédéral a un rôle à jouer à l'égard des peuples autochtones, conformément au paragraphe 92(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (Indiens et les terres réservées pour les Indiens)⁸.

Le rôle historique joué par le fédéral dans les pensionnats indiens comme instrument du système d'aide à l'enfance est bien documenté. Au cours des dernières années, le rôle du fédéral s'est traduit par le financement et le contrôle du Programme des services à l'enfance et à la famille des Premières Nations, programme de prestation de services à l'enfance et à la famille destinés aux enfants des Premières Nations vivant dans les réserves. Ce programme est une mesure administrative qui a été adoptée sous l'autorité du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien⁹. Le rôle du fédéral a également eu des incidences sur la protection et le placement d'enfants autochtones en famille d'accueil et sur des arrangements de garde continue.

Les lois et la jurisprudence provinciales et territoriales régissent également la prestation des services à l'enfance et à la famille destinés aux enfants et aux familles autochtones vivant à l'extérieur des réserves. En règle générale, les organismes de services à l'enfance et à la famille

⁸ La Cour suprême du Canada a confirmé dans l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, que les Premières Nations (y compris celles non inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*), les Inuits et les Métis sont des « Indiens » visés au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁹ *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. (1985), ch. I-6.

des Premières Nations fournissent des services sur les réserves conformément à l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹⁰, qui prévoit que « toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard ». La plupart des lois provinciales et territoriales prévoient des dispositions expresses sur les enfants et les jeunes autochtones¹¹. Ces lois diffèrent; tantôt elles prévoient des directives de fond à l'intention des participants du système d'aide à l'enfance sur la manière d'interpréter l'intérêt véritable de l'enfant autochtone (par exemple, en Colombie-Britannique et en Ontario), tantôt elles prévoient des dispositions procédurales d'ordre général énonçant habituellement les avis donnés aux bandes inscrites sous le régime de la *Loi sur les Indiens* (Manitoba, Territoires du Nord-Ouest et Île-du-Prince-Édouard), tantôt elles prévoient de simples mentions que la province ou le territoire peut conclure des accords relativement aux services à l'enfance et à la famille avec des bandes inscrites sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Les lois de la Saskatchewan, du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve-et-Labrador et du Yukon sont plutôt silencieuses sur les services d'aide à l'enfance des autochtones¹².

Par contre, historiquement, l'incapacité des systèmes d'aide à l'enfance provinciaux et territoriaux à répondre aux besoins des communautés autochtones a conduit le gouvernement fédéral à l'adoption de la mesure administrative destinée aux enfants et familles vivant dans les réserves. De 1946 à 1948 et, plus tard, de 1959 à 1961, les comités mixtes du Sénat et de la Chambre des communes ont encouragé les provinces et les territoires à offrir davantage de services par suite des bouleversements dans les soins conformes aux traditions au sein des communautés autochtones. En dépit de l'inaction des provinces et des territoires, le gouvernement fédéral a conclu avec l'Ontario, l'entente de 1965 sur le bien-être des Indiens (*Memorandum of Agreement Respecting Welfare Programs for Indians*) (instrument décisif en ce qui concerne la rafle des années 60 en Ontario) et, dans les années 1970 et 1980, il a commencé à

¹⁰ L.R.C. (1985), ch. I-5.

¹¹ *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, voir, par exemple, 2(f), 3(b), 4(2), 71(3); *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, voir, par exemple, 1.1(d), 2(1)(c), 2(1)(j)(iii), 71.1; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, CPLM c. C80, point 11 du préambule; *Loi de 2017 sur les services à l'enfance, à la jeunesse et à la famille*, L.O. 2017, c. 14, voir, par exemple, 17(2), 64(5)g), Part IV, 74(3)b), 80; *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c P-34.1, voir, par exemple, 2.4(5)c), 71.3.1; *Children and Family Services Act*, SNS 1990, c 5, voir, par exemple, 39(4)(da), 42(1)(ca), 44(3)(e), *Child Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-5.1, voir, par exemple, 2(2)(j), 12(3.1), 13(7), 18.1, 24(1.2); *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, LTN-O 1997, c 13, voir, par exemple, 12.3(2), 25(2); *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, LTN-O (Nu) 1997, c 13, voir, par exemple, 2(2), 2(3), 25c),

¹² *The Child and Family Services Act*, SS 1989-1990, c C-7.2; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2; *Loi sur le droit de l'enfance*, L.R.Y. 2002, c. 31.

fournir de l'aide ponctuelle aux organismes de bien-être à l'enfance dans les réserves. Par suite d'un moratoire sur ces arrangements spéciaux, le gouvernement fédéral a créé en 1991 le Programme des services à l'enfance et à la famille des Premières Nations (Programme des SEFPN), programme qui a été considéré, en 2016, comme discriminatoire à l'égard des enfants et des familles des Premières Nations sur les fondements de la race et de l'origine nationale ou ethnique¹³. Ce programme fait actuellement l'objet d'une réforme, sous la supervision du TCDP.

Le projet de loi C-92 offre au Parlement une occasion de redonner aux communautés autochtones le contrôle sur les services à l'enfance et à la famille, et de mettre fin à la crise humanitaire qui sévit depuis le système des pensionnats indiens. Tous les gouvernements, tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux et territoriaux, échouent depuis de nombreuses années à dénouer cette crise, malgré la notoriété de celle-ci.

B. Droit international

À l'instar du droit canadien, le droit international régit également les droits des enfants, plus particulièrement en matière de droit de la personne. Ces droits portent sur leurs besoins fondamentaux, leur protection contre toutes formes de violence, leur participation active en tant que bénéficiaire engagé des services (selon leur âge et leur stade de développement) et leur intérêt comme principal facteur à prendre en considération dans toutes les décisions qui les concernent. Pour les enfants autochtones, ces droits sont reconnus dans des instruments du droit international qui se recourent. L'importance de prendre des décisions compatibles avec l'intérêt des enfants et conformément à leurs droits culturels et linguistiques est reconnue dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA), la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (CNUDE), et l'Observation générale n° 11 du Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant.

La DNUDPA reconnaît au paragraphe 7(2) que « [l]es peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre. »

La CNUDE prévoit à son paragraphe 19(2) que « [les] mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces [...] visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié », tandis que l'article 20 prévoit que lorsqu'un

¹³ En contravention à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

enfant est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, « [d]ans le choix [des] solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ». L'article 30 prévoit qu'« un enfant autochtone [...] ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle [...] ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ». De plus, le paragraphe 2(1) dit que les enfants ont le droit de ne pas faire l'objet de discrimination, sans distinction aucune, « indépendamment de toute considération de race [...] de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale ».

En ce qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant, l'Observation générale n° 11 prévoit ceci au paragraphe 33 :

L'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant requiert des mesures d'intervention de la part des États; les organes législatifs, administratifs ou judiciaires sont tenus de se conformer à ce principe en se demandant systématiquement comment les droits et les intérêts de l'enfant seront affectés par leurs décisions et leurs actes. Afin de garantir de manière effective les droits des enfants autochtones, ces mesures doivent comprendre la formation des catégories professionnelles concernées et leur sensibilisation à la nécessité de prendre en compte les droits culturels collectifs lors de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Qui plus est, le paragraphe 48 énonce ce qui suit :

Dans les États parties où les enfants autochtones sont surreprésentés parmi les enfants privés de milieu familial, des mesures spécifiquement ciblées devraient être élaborées en consultation avec les communautés autochtones afin de réduire le nombre d'enfants autochtones bénéficiant d'une protection de remplacement et de prévenir la perte de leur identité culturelle.

Les Observations finales du Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant formulées au Canada en 2012 sont également pertinentes. En particulier, au paragraphe 33 le Comité formule la recommandation suivante au Canada :

- (a) De prendre d'urgence des mesures pour remédier à la surreprésentation des enfants autochtones [...] dans le système de justice pénale et dans les structures extérieures au foyer familial;
- (b) De prendre immédiatement des mesures pour veiller à ce que, en droit et dans la pratique, les enfants autochtones aient pleinement accès à tous les services de l'État et reçoivent des ressources sans discrimination;

Le projet de loi C-92 offre l'occasion au Canada de satisfaire aux obligations internationales qui lui incombent en vertu de ces instruments internationaux.

III. BÂTIR DES SERVICES À L'ENFANCE ET À LA FAMILLE SELON LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ RÉELLE

Comme il est actuellement rédigé, le projet de loi C-92 n'évoque le financement que dans le préambule, reconnaissant qu'il existe une « demande constante d'obtention d'un financement des services à l'enfance et à la famille qui soit prévisible, stable, durable, fondé sur les besoins et conforme au principe de l'égalité réelle afin d'atteindre des résultats qui sont positifs à long terme pour les enfants, les familles et les collectivités autochtones ».

S'il est vrai que [TRADUCTION] « eu égard à l'accent mis aujourd'hui sur analyse téléologique, il est souvent jugé approprié de se fonder essentiellement sur le préambule¹⁴ », de sorte que la reconnaissance d'une telle demande constituera une partie importante de l'interprétation du projet de loi C-92, les Sections de l'ABC estiment qu'il n'en demeure pas moins que la mention du financement dans le préambule est loin de répondre à la demande de l'appel à l'action n° 1 qui stipule ceci :

au gouvernement fédéral, aux gouvernements provinciaux et territoriaux de même qu'aux gouvernements autochtones de s'engager à réduire le nombre d'enfants autochtones pris en charge en ayant recours aux moyens suivants : [...] l'affectation de ressources suffisantes pour permettre aux collectivités autochtones et aux organismes de protection de l'enfance de garder les familles autochtones ensemble, dans les cas où il est sécuritaire de le faire, et de garder les enfants dans des environnements adaptés à leur culture, quel que soit l'endroit où ils habitent.

La mention du financement dans le préambule est également loin de satisfaire aux obligations juridiques qui incombent au gouvernement fédéral en vertu des ordonnances du TCDP en ce qui concerne le financement du Programme des SEFPN, dont aucune n'a fait l'objet d'un contrôle judiciaire.

Dans sa décision initiale de 2016 statuant sur le caractère discriminatoire du Programme des SEFPN à l'égard des 165 000 enfants autochtones vivant dans les réserves sur les fondements de la race et de l'origine nationale ou ethnique, le TCDP a également reconnu que les démarches de financement sont au cœur de la prestation efficace des services à l'enfance et à la famille :

[...] les autorités [du Canada] se préoccupent surtout de la comparabilité des niveaux de financement. Par contre, les lois et les normes provinciales et territoriales en matière de services à l'enfance et à la famille visent à assurer que les niveaux de services sont conformes aux saines méthodes en matière de travail social et qu'ils respectent l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est difficile, voire impossible, de s'assurer que les services à

¹⁴ Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. (Markham: LexisNexis Canada, 2014) aux p. 447 et 453 (en anglais).

l'enfance et à la famille sont raisonnablement comparables lorsqu'il existe une dichotomie entre financement comparable et services comparables. En effet, cette méthodologie ne tient pas compte des besoins plus grands de services que l'on constate chez bon nombre d'enfants et de familles des Premières Nations vivant dans les réserves ni du coût plus élevé de la prestation de ces services dans bon nombre de situations. De plus, cette méthodologie fait ressortir les lacunes inhérentes aux hypothèses et aux niveaux de population intégrés au Programme des SEFPN.

[...] les principes de droits de la personne, tant en droit canadien qu'en droit international, obligent [le Canada] à tenir compte des besoins distincts et de la situation particulière des enfants et des familles des Premières Nations vivant dans les réserves – y compris leur situation et leurs besoins culturels, historiques et géographiques – pour s'assurer qu'ils bénéficient de l'égalité dans la prestation des services à l'enfance et à la famille. Une stratégie reposant sur des niveaux de financement comparables et sur l'application de modèles type de financement ne suffit pas pour garantir aux enfants et aux familles des Premières Nations vivant dans les réserves l'égalité dans la prestation de services à l'enfance et à la famille¹⁵.

Bien que la mention d'un financement « fondé sur les besoins », plutôt que d'un financement « comparable », dans le projet de loi C-92 aille dans le même sens que l'ordonnance du TCDP, une simple reconnaissance d'une demande constante ne va pas dans ce sens. Dans les ordonnances de non-conformité rendues depuis que la décision précédemment mentionnée a été rendue, le TCDP a ordonné au gouvernement fédéral de « détermin[er] le budget de chaque organisme qui fournissent des SEFPN en fonction de l'évaluation de ses circonstances et de ses besoins particuliers¹⁶ » et de financer plusieurs éléments précis à leur coût réel en attendant la réforme à long terme du Programme des SEFPN¹⁷.

Dans le contexte du Programme des SEFPN, il n'y a pas eu de « demande constante » de financement, mais plutôt des ordonnances judiciaires auxquelles le gouvernement fédéral doit se conformer. Le TCDP a décidé que ses ordonnances s'appliquent jusqu'à l'accomplissement de la réforme à long terme du Programme ou jusqu'à ce qu'un accord sur l'autonomie gouvernementale soit conclu pour qu'une Première Nation puisse offrir ses propres services de bien-être à l'enfance. Sans mécanisme de financement adéquat, nous craignons que le projet de

¹⁵ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2016 TCDP 2 aux par. 464 et 465.

¹⁶ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2016 TCDP 16 au sous-par. 160(A)(2).

¹⁷ *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2018 TCDP 4 aux par. 410, 416 et 420.

loi C-92 risque de devenir une « échappatoire » pour le gouvernement fédéral aux ordonnances du TCDP visant le Programme.

En sus du Programme des SEFPN, qui s'applique seulement aux enfants des Premières Nations inscrites sous le régime de la *Loi sur les Indiens* et vivant habituellement dans les réserves, il est nécessaire d'élaborer une mesure pour garantir le financement adéquat des services à l'enfance et à la famille assurés par les communautés autochtones. Si le financement est inadéquat, ceux qui auront la tâche de protéger les enfants ne seront pas en mesure d'y arriver, et l'objectif et les principes directeurs de la législation ne seront pas respectés.

Le rapport de 2018 de l'Association canadienne des travailleuses et travailleurs sociaux démontre les problèmes liés au financement insuffisant du point de vue des travailleuses et travailleurs sociaux¹⁸. Près du deux tiers ont rapporté de l'épuisement professionnel, de l'usure de compassion et du stress consécutif à un traumatisme de même que des charges de travail ingérables¹⁹. Les travailleuses et travailleurs sociaux ont également exprimé leurs préoccupations à propos des ressources inadéquates dans les communautés pour aider les familles à assurer la protection de l'enfance²⁰.

En mars 2017, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a apporté plus de 80 modifications à sa législation sur les services à l'enfance et à la famille, avec peu de financement pour soutenir l'incidence de l'application de ces modifications²¹. Récemment, le Nova Scotia College of Social Workers a présenté la situation de la protection des enfants en Nouvelle-Écosse comme étant au bord du gouffre, sous le slogan « le bien-être des enfants au bord du gouffre » (*child welfare on the brink*). Le College a mis l'accent sur la nécessité de financement pour soutenir la demande accrue d'intervention sous le régime de la législation amendée, étant donné, notamment, la plus grande complexité des affaires et la limitation des ressources pour répondre au besoin²². La situation actuelle en Nouvelle-Écosse est liée à une augmentation de la pauvreté infantile dans la

¹⁸ (2018) « Understanding Social Work and Child Welfare: Canadian Survey and interviews with Child Welfare Experts » (en anglais). 3 258 (2 462 anglophones et 796 francophones) travailleuses et travailleurs sociaux canadiens ont répondu au sondage.

¹⁹ *Ibid.*, p. 5.

²⁰ *Ibid.*, p. 7.

²¹ <https://childwelfareonthebrink.org> (en anglais).

²² *Supra* à la note 18.

province, pendant que plusieurs autres régions ont connu une baisse au cours de la même période²³.

Le sous-financement des programmes de bien-être causera du tort aux enfants. Un financement insuffisant pour soutenir le travail à entreprendre une fois que le projet de loi C-92 aura force de loi ne favorisera pas la reconnaissance ou les modifications que le projet de loi C-92 vise à promouvoir et à soutenir. De plus, un manque de financement, par ailleurs contraire au principe de Jordan, continuera d'entraîner des lacunes dans les services et de moins bons résultats pour les enfants autochtones comparativement à ceux des autres enfants. En 2012, Michael Wernick, alors sous-ministre d'Affaires autochtones et du Nord Canada, a insisté sur ce point lorsqu'il a fait valoir que toute législation sans financement sous-jacent ne saurait guère régler le problème.²⁴ Vu l'importance fondamentale du financement pour la prestation des services à l'enfance et à la famille, il est inconcevable que la démarche adoptée laisse des centaines de communautés potentielles dans diverses régions s'en remettre à des accords conclus au cas par cas. Une simple « reconnaissance » d'une « demande » de financement prévisible, stable, durable, fondé sur les besoins et conforme aux principes de l'égalité réelle est insuffisante, il faut un *engagement* clair de la mise à disposition de ce financement aux communautés autochtones qui auront compétence à l'égard de leurs propres services à l'enfance et à la famille.

RECOMMANDATION

- 1. Dans le même sens que les appels à l'action de la CVR et les ordonnances du TCDP, les Sections de l'ABC recommandent de modifier le préambule du projet de loi C-92 pour qu'il prévoie expressément *l'engagement* du gouvernement fédéral en matière de financement prévisible, stable, durable, fondé sur les besoins et conforme aux principes de l'égalité réelle eu égard aux services à l'enfance et à la famille offerts aux enfants autochtones.**

²³ Le Centre canadien de politiques alternatives de la Nouvelle-Écosse a fait état d'une augmentation de la pauvreté infantile de 18,1 % en 1989 et de 21,5 % en 2016. [En ligne](#) (en anglais).

²⁴ Voir le par. 212 de la décision 2016 TCDP 2, qui cite le témoignage du sous-ministre devant le Comité des comptes publics de la Chambre des communes en 2012.

- 2. Les Sections de l'ABC recommandent de remplacer le libellé « reconnaît la demande constante d'obtention d'un » par « s'engage à fournir un » à l'avant-dernier paragraphe du préambule du projet de loi C-92.**

IV. FÉDÉRALISME

Le projet de loi C-92 repose sur des principes de fédéralisme en vue de la mise en place d'un cadre en vertu duquel des systèmes d'aide à l'enfance pourraient être gérés par les Autochtones. Le projet de loi C-92 représente une étape significative dans la relation de nation à nation, puisqu'il rend les principes de fédéralisme accessibles aux gouvernements autochtones.

Dans *Canadian Western Bank c. Alberta*, 2007 CSC 22, la Cour suprême du Canada a défini le fédéralisme comme ceci (par. 22) :

[...] le fédéralisme a été la réponse juridique des constituants aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération. Il représentait ainsi une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération. Le partage des compétences qui en représente l'un des éléments fondamentaux visait à respecter cette diversité au sein d'une même nation. De larges pouvoirs ont été conférés aux législatures provinciales, tandis que l'unité du Canada a été assurée en réservant au Parlement des pouvoirs dont l'exercice se prêtait davantage à l'ensemble du pays. Chacune des compétences législatives a été attribuée à l'ordre de gouvernement qui serait le mieux placé pour l'exercer. Le fédéralisme avait, et a toujours, pour objectifs fondamentaux de concilier l'unité et la diversité, de promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux instances locales ou régionales, ainsi que de favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun.

Le projet de loi C-92 reconnaît l'exclusion des gouvernements autochtones dans le partage des pouvoirs parmi « les premiers membres de la Confédération » en 1867. Le paragraphe 18(1) engage le gouvernement fédéral à reconnaître et à confirmer le droit ancestral des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et leur compétence législative en matière de services à l'enfance et à la famille. L'efficacité de cette reconnaissance repose sur deux concepts : le fédéralisme coopératif et la doctrine de la prépondérance.

La Cour suprême du Canada a décrit le fédéralisme coopératif dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14 (par. 17) en ces termes :

La notion de fédéralisme coopératif sert à décrire le [traduction] « faisceau de rapports entre l'exécutif du gouvernement central et celui des gouvernements régionaux [au moyen duquel] des mécanismes, tout particulièrement des

mécanismes financiers, sont établis pour permettre une répartition continue des pouvoirs et des ressources sans recourir aux tribunaux ou à la procédure d'amendement [constitutionnel] » [...] Elle est utilisée pour faciliter l'intégration des régimes législatifs fédéraux et provinciaux et éviter l'imposition de contraintes inutiles aux interventions législatives provinciales [...].

Les « accords de coordination » visés au paragraphe 20(2) du projet de loi C-92 sont précisément le genre de mécanisme de fédéralisme coopératif qui offre une redistribution des pouvoirs parmi les différents ordres de gouvernement sans avoir recours à une modification constitutionnelle. Aux termes d'accords de coordination, les autorités gouvernementales autochtones ayant exercé leur autorité législative pour créer leurs propres lois en matière de bien-être de l'enfance pourront négocier avec le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux afin de déterminer la façon dont leurs lois interagiront dans les deux sphères de compétence législative. Ces accords nécessiteront de vastes consultations et une bonne collaboration entre les trois ordres de gouvernement. Étant donné l'ampleur de la consultation et l'étendue des circonstances dans lesquelles les corps dirigeants autochtones se retrouveront, des systèmes de résolution des différends efficaces seront nécessaires. Les renvois aux mécanismes de résolution des différends dans le projet de loi C-92 sont trop vagues; la question relevant de la réglementation. Pour être efficaces et revêtir l'autorité nécessaire pour inspirer le respect de tous les ordres de gouvernement, ces mécanismes de résolution des différends, ainsi que les personnes, corps ou autorités qui les contrôlent, devront être indépendants. Cette indépendance nécessitera de faire intervenir non seulement la perception des parties, mais aussi les considérations d'ordre structurel, comme les ressources et la capacité.

RECOMMANDATION

3. Les Sections de l'ABC recommandent d'ajouter un renvoi à l'indépendance des mécanismes de résolution des différends envisagés par le paragraphe 20(5).

Lorsqu'il n'est pas possible de conclure des accords, le projet de loi C-92 s'en remet à un autre principe du fédéralisme – la prépondérance –, pour accorder la primauté aux décisions prises par les corps dirigeants autochtones ayant exercé leur autorité législative à l'égard du bien-être de l'enfance. Le paragraphe 21(1) du projet de loi C-92 donne la force des lois fédérales aux textes législatifs autochtones en matière de bien-être à l'enfance dans les cas où un accord de coordination a été conclu, ou ceux où un accord de coordination n'a pas été conclu malgré les efforts raisonnables déployés à cette fin pendant au mois 12 mois. L'incidence de cela est

énoncée aux paragraphes 22(1) et 22(3) : les textes législatifs autochtones l'emporteront sur « les dispositions incompatibles » de toute loi fédérale ou provinciale.

Le mot « incompatibles » est important, puisqu'il rappelle un concept clé de la doctrine de la prépondérance fédérale décrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Alberta (Procureur général) c. Moloney*²⁵:

Cette doctrine « reconnaît que dans la mesure où les lois fédérales et provinciales entrent en conflit, une règle doit permettre de mettre fin à l'impasse » [...]. Lorsqu'il existe une « incompatibilité » véritable entre une loi fédérale et une loi provinciale, soit lorsque « les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale », la loi fédérale doit prévaloir [...]. [Références omises.]

Dans *Orphan Wells Association c. Grant Thornton Ltd.*²⁶, la Cour a récemment résumé les deux formes de « conflit » qui mettent en jeu la doctrine de la prépondérance (par. 65) :

La première est le *conflit d'application*, qui survient lorsqu'il est impossible de se conformer en même temps à une loi fédérale valide et à une loi provinciale valide. Il y a conflit d'application lorsqu'« une loi dit “oui” et l'autre dit “non”, de sorte que “l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre” » [...]. La seconde est l'*entrave à la réalisation d'un objet fédéral*, qui se produit lorsque l'application d'une loi provinciale valide est incompatible avec l'objet d'une loi fédérale. L'effet d'une loi provinciale peut contrecarrer la réalisation de l'objet de la loi fédérale, « sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions » [...]. La partie qui invoque l'entrave à la réalisation d'un objet fédéral « doit d'abord établir l'objet de la loi fédérale pertinente et ensuite prouver que la loi provinciale est incompatible avec cet objet » [...]. [En italique dans l'original; références omises.]

Ces deux formes constitueraient les seuils d'application des paragraphes 22(1) et 22(3) du projet de loi C-92. Les textes législatifs autochtones l'emporteront sur toute loi fédérale et toute loi provinciale ou territoriale lorsque le respect de ces lois déroge aux textes législatifs autochtones en matière de bien-être à l'enfance, ou lorsqu'ils sont incompatibles avec l'objet des textes législatifs autochtones.

La doctrine de la prépondérance s'applique également aux principes du projet de loi C-92 qui régissent les services à l'enfance et à la famille destinés aux enfants autochtones à l'échelle nationale. Ces principes s'appliqueraient aux autorités non autochtones chargées de l'application des lois provinciales et territoriales.

²⁵ 2015 CSC 51, au par. 16.

²⁶ 2019 CSC 5.

Bien que certaines préoccupations aient été exprimées sur le fait que les principes contenus dans le projet de loi C-92 puissent abaisser la barre dans certains territoires, les Sections de l'ABC considèrent plutôt ce projet de loi comme un seuil minimal en dessous duquel les provinces et territoires ne devraient pas tomber. Les principes énoncés aux articles 9 à 17 fixent les normes minimales applicables aux enfants et aux familles autochtones qui ont affaire aux systèmes provinciaux ou territoriaux. Si une région choisit d'offrir une plus grande protection ou considération aux enfants, aux familles ou aux communautés autochtones desservis par des autorités non autochtones, il est difficile de voir comment cette initiative pourrait présenter un conflit d'application avec les principes du projet de loi C-92, ou comment elle pourrait rendre inefficace l'objet du projet de loi C-92, lequel projet a pour objet selon l'article 8 « d'affirmer les droits et la compétence des peuples autochtones en matière de services à l'enfance et à la famille [et] d'énoncer des principes applicables à la fourniture de [ces] services [...] à l'échelle nationale ».

V. NORMES DE BIEN-ÊTRE À L'ENFANCE

Les principes énoncés dans le projet de loi C-92 guident, en l'absence de textes législatifs autochtones, les communautés autochtones ainsi que les autorités provinciales et territoriales dans la prestation des services à l'enfance et à la famille en vue de garder les familles unies et de réduire le nombre d'enfants autochtones recevant des soins. Toutefois, le projet de loi C-92 ne contient aucune mention de directive d'application nécessaire pour la législation en matière de bien-être à l'enfance.

Ainsi, malgré la mention « services [...] de protection des enfants » dans la définition du terme « services à l'enfance et à la famille », le projet de loi C-92 est particulièrement silencieux à l'égard d'une directive d'application relative à la protection des enfants, sous réserve de la mention prévue à l'alinéa 11a) sur la nécessité de tenir compte « des besoins des enfants autochtones [dans la fourniture des services à l'enfance et à la famille], notamment en matière de bien-être et de sécurité physiques, psychologiques et affectifs ».

Une directive d'application relative à la protection des enfants dans la législation en matière de services à l'enfance et à la famille commence par la liste des motifs de protection des enfants, élément central dans le système puisque les motifs définissent les points clés d'intervention de l'autorité fédérale dans la vie des familles et le moment où elle peut intervenir :

- Lorsqu'un professionnel ou un membre de la communauté est tenu de déclarer une situation à un organisme de services à l'enfance et à la famille;
- Lorsqu'un organisme de services à l'enfance et à la famille est autorisé à prendre des mesures qui empiètent sur la vie de la famille;
- Lorsqu'un organisme de services à l'enfance et à la famille doit retirer un enfant des soins d'une personne;
- Lorsqu'un organisme de services à l'enfance et à la famille peut introduire une action en justice concernant un enfant sans le retirer des soins d'une personne;
- Lorsqu'un tribunal doit conclure qu'un enfant a besoin des services de protection ou d'intervention.

Sans directive à cet égard dans le projet de loi C-92, ces questions devront être traitées dans les textes législatifs autochtones en matière de bien-être à l'enfance (dans le même sens que les principes énoncés aux articles 9 à 15, notamment ceux énoncés à l'article 11 et au paragraphe 14(1)) ou dans la législation provinciale et territoriale.

Les Sections de l'ABC estiment que sans directive d'application, le projet de loi C-92 devrait comporter une mention plus complète sur le besoin de maintenir le bien-être et la sécurité physiques, psychologiques et affectifs des enfants autochtones. D'ailleurs, un groupe d'experts a recommandé dans un rapport toujours d'actualité que l'objet primordial de la législation ontarienne en matière de protection de l'enfance devrait être [TRADUCTION] « d'assurer à chaque enfant sa sécurité, sa protection et son bien-être »²⁷.

Pour veiller à ce que ces textes législatifs de mise en œuvre autochtones et ces lois de mise en œuvre provinciales ou territoriales en matière de bien-être à l'enfance mettent l'accent sur le besoin primordial de garder les enfants autochtones en sécurité, dans le même sens que les articles 3, 6, 19, 30, 34, 35, 36 et 39 de la CNUDE, la mention « bien-être et de sécurité physiques, psychologiques et affectifs » à l'alinéa 11a) devrait également être indiquée dans le préambule et à l'article 8.

RECOMMANDATION

- 4. Dans le même sens que les articles 3, 6, 19, 30, 34, 35, 36 et 39 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, les Sections de l'ABC recommandent de modifier le préambule et l'article 8 du projet de loi C-92**

²⁷ Ontario, Panel of Experts on Child Protection. Mary Jane Hatton, *Protecting Vulnerable Children: Report of the Panel of Experts on Child Protection* (Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1998) (en anglais).

pour ajouter une mention sur l'affirmation du Parlement du droit des enfants autochtones au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs.

- 5. Les Sections de l'ABC recommandent de modifier le préambule du projet de loi C-92 pour y mentionner expressément les obligations internationales qui incombent au gouvernement fédéral en vertu de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* et de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* comme faisant partie des engagements de nation à nation du gouvernement fédéral.**

Les Sections de l'ABC sont d'avis que la définition du terme « fournisseur de soins » dans le projet de loi C-92 a une portée excessive et qu'elle pourrait concerner des parties non visées dans des procédures de protection de l'enfance, y compris des parents « inconnus » de famille d'accueil, qui seraient visés par le sens attribué à une personne « qui a la responsabilité principale de fournir des soins quotidiens à un enfant autochtone, autre qu'un parent – mère ou père – de celui-ci ». Le projet de loi C-92 accorde des droits et des considérations d'importance aux fournisseurs de soins, notamment dans les facteurs à considérer pour déterminer l'intérêt de l'enfant (article 10) et dans le cadre de toute procédure judiciaire, il dispose d'un droit d'avoir qualité de partie (article 13).

Bien que les Sections de l'ABC conviennent qu'une définition plus large du terme « fournisseur de soins » peut aider à donner qualité pour agir aux membres de la famille d'un enfant autochtone jouant un rôle important dans la vie de l'enfant, par exemple dans les relations pour les soins conformes aux traditions, nous ne croyons pas que ce soit une avancée positive d'accorder un droit unilatéral aux parents de famille d'accueil dans la participation aux procédures judiciaires relatives à la protection de l'enfant.

RECOMMANDATION

- 6. Les Sections de l'ABC recommandent de modifier la définition du terme « fournisseur de soins » du projet de loi C-92 afin d'exclure les parents de famille d'accueil dont le seul lien avec l'enfant autochtone provient d'un service de protection et de placement des enfants.**

L'absence de directive d'application dans les articles du projet de loi C-92 portant sur l'intérêt des enfants autochtones, comme, par exemple, une liste des motifs de protection des enfants,

l'évaluation du risque ou les échéanciers, rend l'interprétation du critère de l'« intérêt » bien étrange.

La Cour suprême du Canada a résumé l'application du critère « du meilleur intérêt de l'enfant » dans le contexte des services à l'enfance et à la famille dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*²⁸, en rappelant que les services à l'enfance et à la famille doivent chercher « à soupeser l'intérêt véritable de l'enfant par rapport à la nécessité d'empêcher que l'intervention de l'État ne se poursuive indéfiniment, tout en permettant de reconnaître que l'intérêt véritable de l'enfant doit toujours prédominer » (par. 200). La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a également confirmé la nécessité d'atteindre cet équilibre dans la décision *W. (N.) c. Prince Edward Island (Director of Child Welfare)*²⁹ :

[TRADUCTION] La législation repose sur la reconnaissance qu'un enfant ne devrait être retiré de façon permanente de sa famille que lorsque des facteurs ayant créé une situation dangereuse pour le bien-être physique et mental de l'enfant ne peuvent s'améliorer avec l'aide donnée à l'enfant et à sa mère et à son père par l'État ou la communauté. Les législateurs et les tribunaux ont depuis longtemps abandonné la notion voulant que l'enfant puisse avoir besoin de protection parce qu'un tribunal a conclu que c'était dans son intérêt. Il existe une présomption selon laquelle un enfant doit demeurer avec ses parents, et l'autonomie et l'intégrité de l'unité familiale doivent être maintenues jusqu'au moment où il est démontré qu'ils ont besoin de protection comme l'indique la Loi. L'autonomie et l'intégrité de l'unité familiale doivent être maintenues, non seulement parce qu'il s'agit d'un droit des parents, mais parce qu'il est reconnu que l'intérêt de l'enfant est mieux servi lorsque l'enfant est élevé par sa mère ou son père.

Le projet de loi C-92 propose un critère de « l'intérêt » à l'article 10 qui va relativement dans le même sens que les interprétations de la *Loi sur le divorce* qui régit les questions de garde entre les citoyens. Le sens donné au terme « intérêt de l'enfant » dans le projet de loi C-92 ne couvre pas certains principes de protection de l'enfance qui se trouvent souvent dans la législation provinciale ou territoriale en matière de services à l'enfance et à la famille, comme l'importance de la continuité des soins au sein de la famille de l'enfant ou de sa communauté ou l'incidence de tout retard sur l'enfant.

RECOMMANDATION

7. Les Sections de l'ABC recommandent d'ajouter au paragraphe 10(3) du projet de loi C-92 des facteurs à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de

²⁸ [1994] 2 R.C.S. 165.

²⁹ (1997), 33 R.F.L. (4^e) 323 aux p. 330 et 331.

l'enfant autochtone, soit la continuité des soins de l'enfant et l'incidence probable de l'interruption de ceux-ci sur l'enfant et les incidences sur l'enfant du retard à formuler des conclusions définitives à l'égard d'un dossier.

Pour aller dans le même sens que la CNUDE, nous recommandons que le libellé de l'alinéa 10(3)e) soit modifié comme suit dans la version anglaise « the child's views and preferences, given due weight in accordance with the child's age and maturity, unless they cannot be ascertained; ».

Le sens donné au terme « intérêt » ne couvre pas la diversité de genre chez les jeunes autochtones, malgré le libellé du paragraphe 9(3) du projet de loi qui prévoit que tout enfant doit être en mesure d'exercer sans discrimination fondée sur le sexe et l'identité ou l'expression de genre, leurs droits. Si tant est que plusieurs politiques et pratiques coloniales aient entraîné la perte et la dégradation des cultures autochtones, des enfants autochtones de diverses identités de genre peuvent aussi vivre leurs cérémonies culturelles ou leurs pratiques culturelles différemment. Pour veiller à la reconnaissance des besoins des enfants ou des jeunes autochtones de diverses identités de genre, il suffit non seulement de les indiquer à l'article 9, mais il faut également les indiquer expressément à l'article 10.

RECOMMANDATION

- 8. Les Sections de l'ABC recommandent d'apporter des précisions à l'alinéa 10(3)b) du projet de loi C-92 pour prendre en considération l'identité et l'expression de genre de l'enfant parmi ses besoins dans la détermination de ses intérêts.**

VI. CONCLUSION

Les objectifs du projet de loi C-92 sont louables, et compatibles avec les appels à l'action de la CVR, les droits constitutionnels des peuples autochtones du Canada et le droit international. Toutefois, tel qu'il est rédigé, le projet de loi n'offre aucune garantie (exécutoire ou non) sur le financement des systèmes d'aide à l'enfance gérés par les Autochtones. Ainsi, le projet de loi risque de causer plus de tort que de bien. Bien que le projet de loi C-92 repose sur des mécanismes importants du fédéralisme pour réaliser son objectif, il est nécessaire d'y apporter des améliorations pour veiller à ce que les normes nationales de bien-être des enfants qui sont censés y être établies pour les enfants autochtones soient efficaces.