

LA PROTECTION DES ENFANTS AUTOCHTONES

se tourner vers l'expérience américaine pour contrer la surreprésentation

*Christiane Guay
Emmanuelle Jacques
Sébastien Grammond*

Abrégé : L'histoire du Canada et des États-Unis, aux 19^e et 20^e siècles, est marquée par des politiques visant l'assimilation et l'intégration des peuples autochtones, en vertu desquelles un grand nombre d'enfants furent retirés de leurs familles et communautés d'origine. De part et d'autre de la frontière canado-américaine, ces pratiques eurent des conséquences dévastatrices sur les individus et les communautés autochtones, privant les premiers de leur héritage culturel, et les secondes, de leur force de renouvellement.

Malgré ces similitudes historiques, les cadres législatifs du Canada et des États-Unis entourant la protection de la jeunesse autochtone sont très différents. Leur étude fait ressortir des manières différentes de conceptualiser les causes de la surreprésentation des autochtones au sein des systèmes de protection de la jeunesse et, en filigrane, des conceptions différenciées de l'intérêt de l'enfant autochtone. Il permet également de faire ressortir les politiques alternatives qui pourraient contribuer à réduire la surreprésentation des enfants autochtones.

Mots clés : Autochtones, protection de la jeunesse, travail social, autonomie gouvernementale

Abstract: The history of Canada and the United States in the 19th and 20th centuries was marked by policies designed to assimilate and integrate Aboriginal Peoples and under which large numbers of children were removed from their families and communities of origin. On both sides of the Canadian-American border, these practices had devastating consequences on Aboriginal individuals

Christiane Guay est professeure au Département de travail social à l'Université du Québec en Outaouais. Emmanuelle Jacques est avocate et auxiliaire juridique à la Cour suprême du Canada; les points de vue exprimés dans cet article n'engagent que l'auteure et la rédaction de cet article, ainsi que la recherche y reliée, ont été achevés avant que l'auteure ne débute son emploi en tant qu'auxiliaire juridique à la Cour suprême du Canada. Sébastien Grammond est professeur à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa.

Canadian Social Work Review, Volume 31, Number 2 (2014) / Revue canadienne de service social, volume 31, numéro 2 (2014)
Printed in Canada / Imprimé au Canada

and communities—depriving the former of their cultural heritage and the latter of their ability to renew themselves.

Despite these historical similarities, the Canadian and American legislative frameworks governing Aboriginal child welfare are very different. Studying these frameworks reveals different ways of conceptualizing the causes of overrepresentation of Aboriginal children and youth within the child welfare systems as well as differentiated underlying conceptions of Aboriginal children's interests. It also points to alternative policies that could contribute to reducing this overrepresentation of Aboriginal children.

Keywords: Aboriginal, child welfare, social work, self-government

L'HISTOIRE DU CANADA et des États-Unis, aux 19^e et 20^e siècles, est marquée par des politiques visant l'assimilation et l'intégration des peuples autochtones, en vertu desquelles un grand nombre d'enfants furent retirés de leurs familles et communautés d'origine. Ces politiques se manifestèrent d'abord par la mise sur pied des tristement célèbres pensionnats et prirent ensuite la forme de pratiques abusives en protection de la jeunesse (Sinclair, Bala, Lilles, et Blackstock, 2004). De part et d'autre de la frontière canado-américaine, ces pratiques eurent des conséquences dévastatrices sur les individus et les communautés autochtones, privant les premiers de leur héritage culturel, et les secondes, de leur force de renouvellement.

Malgré ces similitudes historiques, les cadres législatifs entourant la protection de la jeunesse autochtone au Canada et aux États-Unis diffèrent considérablement et leur étude comparative fait ressortir la timidité des législateurs canadien et québécois. Dans les deux pays, la protection de la jeunesse relève de la compétence des provinces et des États alors que les questions autochtones relèvent des autorités fédérales. La différence entre les deux pays réside notamment dans le fait que le législateur fédéral canadien est demeuré muet sur la question de la protection de la jeunesse autochtone, alors que le Congrès américain a adopté, dès 1978, la *Indian Child Welfare Act* (la « ICWA »)¹, une loi visant à mettre un terme à l'éclatement des familles et communautés autochtones. Cette loi fédérale américaine a permis à bon nombre de nations autochtones d'adopter des lois et de mettre sur pied leur propre système de protection de la jeunesse, notamment en conférant le pouvoir décisionnel à leurs cours tribales plutôt qu'aux tribunaux des différents États.

Le présent article vise à comparer les principaux traits du système américain de protection de la jeunesse avec les régimes canadiens afin de faire ressortir les politiques alternatives qui pourraient contribuer à réduire la surreprésentation des enfants autochtones. Dans un premier temps, en utilisant le contexte canadien comme toile de fond, nous présenterons quelques éléments conceptuels de la surreprésentation des enfants autochtones permettant d'expliquer ses causes et les types

de solutions envisagés. Par la suite, nous décrivons très brièvement le contexte historique qui a conduit à l'adoption de la *ICWA* américaine. Enfin, les deux dernières sections visent à illustrer les points saillants de cette loi en les comparant à la situation qui prévaut au Québec et ailleurs au Canada. Tout au long de cet article, nous ferons apparaître les déterminants juridiques et politiques qui expliquent les chemins radicalement différents empruntés par les deux pays. Nous découvrirons, au détour, que ces différences institutionnelles se traduisent aussi par des manières différentes de conceptualiser les causes de la surreprésentation des autochtones au sein des systèmes de protection de la jeunesse et, en filigrane, par des conceptions différenciées de l'intérêt de l'enfant autochtone.

1. La surreprésentation : ses cause et ses solutions

Au Canada, depuis le milieu du XX^e siècle, les systèmes provinciaux de protection de la jeunesse prennent en charge les enfants autochtones. L'application de ce régime ne se fait pas sans dérives, ni sans heurts. En 1983, dans *Native Children and the Child Welfare System*, Patrick Johnston (1983) lève le voile sur la surreprésentation des enfants autochtones dans le système de protection de la jeunesse et y décrit la « rafle des années 60 », une période pendant laquelle un grand nombre d'enfants autochtones furent placés dans des familles non-autochtones ou adoptés par celles-ci (Sinha et coll., 2011; Conseil national du bien-être social, 2007). Encore aujourd'hui, les enfants autochtones sont surreprésentés au sein des systèmes de protection de la jeunesse provinciaux. Selon un rapport du Conseil national du bien être social de 2007 : « Il y a présentement plus d'enfants autochtones pris en charge par les bureaux de protection de l'enfance qu'à tout autre moment de l'histoire, et le nombre continue d'augmenter » (2007, p. 95). D'après des données recueillies en 2008, bien que les enfants autochtones ne forment que 2 % des enfants québécois, ils représentent 10 % des enfants qui font l'objet d'un placement en dehors de leur foyer en vertu du régime de protection de la jeunesse (Sinha et coll., 2011, p. 5; Breton, Dufour, et Lavergne, 2012).

Il est difficile d'identifier avec certitude les causes de cette surreprésentation. Selon la Commission royale sur les peuples autochtones, ce phénomène fait partie de l'« héritage douloureux des politiques de déracinement et d'assimilation qui ont miné l'assise même des sociétés autochtones » (CRPA, 1996, p. 2). L'histoire des pensionnats est souvent montrée du doigt pour expliquer la difficulté intergénérationnelle des autochtones à assumer adéquatement leur rôle de parents.

L'oppression dont les autochtones ont été historiquement victimes est sans aucun doute au cœur de toutes les tentatives d'explication sur le sujet. Cependant, la surreprésentation est un phénomène complexe et

d'autres facteurs ont également été suggérés pour mieux comprendre et contrer cette réalité. On peut, *grosso modo*, différencier les explications fondées sur le racisme et la discrimination systémique, sur l'inadéquation de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, sur des facteurs structurels et sur la situation socioéconomique désavantagée des communautés autochtones.

Le premier type d'explication identifie le racisme à l'égard des autochtones, bien présent dans les sociétés canadienne et américaine, comme cause de décisions défavorables aux autochtones. Par exemple, un travailleur social ayant une attitude raciste pourrait plus facilement conclure que la sécurité d'un enfant autochtone est compromise et que celui-ci doit être retiré de son foyer familial. Un juge pourrait également croire que c'est une chance, pour un enfant autochtone, que d'être retiré de sa communauté et de pouvoir grandir dans une famille non autochtone. Au-delà de ce type d'attitudes carrément racistes, il est également possible que des travailleurs sociaux peu sensibilisés à la différence culturelle autochtone prennent, sans le savoir ou sans le vouloir, des décisions erronées en appliquant aux autochtones un ensemble de critères issus de la société occidentale. Dans ces cas, on parlera de discrimination systémique (Kline, 1992, 1993).

Un deuxième type d'explication met en lumière la rigidité de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et son inadéquation aux valeurs et normes culturelles des Autochtones. En effet, parce qu'ils sont principalement fondés sur des conceptions occidentales de la famille, de l'éducation et de l'intervention sociale, les régimes de protection de la jeunesse laissent peu de place à des pratiques culturellement différentes. L'adoption coutumière, une forme d'adoption plus souple que l'adoption plénière – qui est présentement seule reconnue par le *Code civil du Québec* – en est un bon exemple. Certes, l'adoption coutumière a évolué considérablement au cours des dernières décennies et elle peut varier considérablement d'une communauté à l'autre, mais cette pratique est toujours vivante (Groupe de travail sur l'adoption coutumière, 2012; Otis, 2013). Dans bien des cas, l'adoption coutumière représente une manière pour les familles de venir en aide à un de leurs membres et donc un moyen singulier pour prendre soin d'un enfant et en assurer la protection. D'autre part, les méthodes d'intervention qui sortent du registre habituel, notamment des moyens spirituels auxquels s'identifient certains autochtones, l'apport de guérisseurs traditionnels et d'aînés dans les plans d'intervention, l'offre de séjours sur le territoire comme processus thérapeutique, sont bien souvent regardées avec un certain scepticisme. Bref, dans un tel contexte, le régime provincial de protection de la jeunesse est culturellement inadéquat et, pour cette raison, ne produit pas les résultats escomptés.

Un troisième type d'explication a trait au fait que, comparativement au reste de la population, les autochtones disposent de moins de ressources pour prévenir et faire face à ces problèmes sociaux (Blackstock

et Trocmé, 2005). En 2007, les agences autochtones de protection de la jeunesse recevaient en moyenne 22 % moins de financement par enfant que les agences provinciales (Wien, Blackstock, Loxley, et Trocmé, 2007). Il est très probable que la surreprésentation des autochtones dans le système de protection de la jeunesse soit directement liée à la pénurie de services sociaux et de soutien aux familles sur les réserves (Ibid.). Ainsi, les familles autochtones sont aux prises avec des problèmes sociaux, économiques et culturels beaucoup plus importants et complexes que l'ensemble des jeunes Canadiens et Québécois, mais ils ont accès à beaucoup moins de ressources pour y faire face. De fait, dans bon nombre de communautés, le système de protection de la jeunesse constitue la principale porte d'entrée des services offerts aux enfants autochtones et à leur famille (Breton et coll., 2012).

Enfin, on ne peut tenter une explication de la surreprésentation sans aborder le facteur déterminant des problèmes socioéconomiques endémiques. Les données recueillies dans le cadre de l'Étude canadienne sur l'incidence des signalements de cas de violence et de négligence envers les enfants montrent que les enfants autochtones ont deux fois plus de chances de faire l'objet d'un signalement pour négligence que les enfants non autochtones, et qu'ils ont moins de chances d'être signalés pour des abus physiques ou sexuels (Sinha et coll., 2011). Or, il a été démontré que la pauvreté, la mauvaise condition des logements, les problèmes de toxicomanie, d'alcoolisme et de violence familiale, de même que la criminalisation du parent, sont des facteurs qui contribuent grandement à augmenter les risques de négligence (Sinclair et coll., 2004, p. 201) et qui affectent de nombreuses communautés autochtones.

Pourtant, dans ce type d'explication on occulte souvent le fait que l'histoire d'oppression, notamment la mise sous tutelle gouvernementale, la mise en réserve et la sédentarisation qui en a découlé, a profondément bouleversé le mode de vie des autochtones et contribué à les inscrire dans une relation de dépendance et une situation de pauvreté. De fait, la situation socioéconomique des communautés autochtones ne peut pas et ne devrait jamais être appréhendée en dehors de son contexte historique.

Adopter une de ces explications au détriment des autres n'est pas sans conséquence : en effet, le diagnostic posé détermine les solutions qui seront jugées adéquates. La théorie du pluralisme juridique permet de classer celles-ci selon un spectre des différents degrés d'adaptation des régimes de protection de la jeunesse à la différence autochtone (Grammond, 2013, p. 452–453). Nous illustrerons ces degrés à l'aide de l'expérience canadienne, ce qui permettra ensuite d'accentuer les traits distinctifs du système américain.

La forme élémentaire de l'adaptation consiste en l'embauche de personnel autochtone par des agences gouvernementales, ce que l'on appelle parfois « indigénisation ». Par exemple, à Terre-Neuve, les services

de protection de la jeunesse sont offerts indifféremment à la population autochtone ou non autochtone par des bureaux régionaux de la santé qui emploient quelques travailleurs autochtones afin de mieux servir cette clientèle.

Le deuxième degré consiste en la création d'agences ou d'organisations autochtones chargées d'appliquer la loi : le pouvoir d'administrer les lois provinciales de protection de la jeunesse est alors délégué aux autochtones. Comme ces agences doivent agir dans les limites du droit commun, leur marge de manœuvre en termes d'adaptation est tout de même limitée. Les premiers organismes de ce type apparaissent dans les années 1970 et ils prolifèrent dans les années 1990 (Sinclair et coll., 2004). Au Québec, les Cris et les Inuit possèdent leur propre système de services sociaux assujéti à la législation québécoise. Il en est de même au Manitoba où le gouvernement a mis en place des agences autochtones de protection de la jeunesse (Hudson et McKenzie, 2003). Plusieurs autres communautés autochtones se sont vu déléguer certains aspects de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. En 1991, le gouvernement fédéral a émis la directive 20-1 et a mis en place un système de financement des organismes de services aux enfants et aux familles sur les réserves qui encourage la création de ces agences, pourvu qu'elles appliquent la loi provinciale et qu'elles respectent les normes provinciales. Cependant, le niveau inadéquat de financement fédéral a été fréquemment dénoncé et entraîne une pénurie de services de première ligne.

D'une certaine manière, ces deux premiers types de solution cherchent à réduire ou à éliminer le racisme et la discrimination systémique de la part des intervenants ou acteurs du système, mais présument que le régime de protection de la jeunesse lui-même est compatible avec la culture autochtone. S'il subsiste une surreprésentation des enfants autochtones après l'élimination du racisme et de la discrimination, on aura tendance à l'attribuer à la situation socio-économique de leurs communautés. Le rôle de la différence culturelle dans l'explication de cette surreprésentation est alors minimisé et l'inadéquation du régime occidental à la culture autochtone est niée.

Le troisième degré d'adaptation consiste en la création de lois, de procédures ou de standards destinés à s'appliquer uniquement aux communautés autochtones. Au Canada, les lois de plusieurs provinces prévoient certaines dispositions particulières concernant les mesures prises à l'égard d'enfants autochtones, par exemple pour établir que le placement d'un enfant autochtone devrait se faire prioritairement au sein de sa famille élargie, puis dans une autre famille de sa communauté, sinon dans une autre famille autochtone (Sinclair et coll., 2004, p. 230-239; Grammond, 2013, p. 515-519). Cela dit, la portée de ces dispositions demeure néanmoins circonscrite par le cadre général de la loi, qui reflète toujours la société occidentale.

Le quatrième et ultime degré est celui de la gouvernance autochtone, qui permet aux Autochtones d'adopter leur propre loi et de concevoir un régime de protection de la jeunesse en fonction de leur culture propre. Accepter la gouvernance autochtone, c'est reconnaître qu'il ne suffit pas d'éliminer le racisme et la discrimination pour intégrer les Autochtones dans le régime de la société majoritaire. Au contraire, c'est admettre que ce régime n'arrivera pas à s'adapter à la culture autochtone et à répondre adéquatement aux séquelles de la colonisation et des pensionnats, et que les Autochtones sont plus susceptibles de trouver des solutions originales à ces problèmes. Ainsi, opter pour la gouvernance autochtone présuppose d'emblée une reconnaissance de l'ensemble des facteurs causals de la surreprésentation énumérés plus haut.

Au Québec, l'article 37.5 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* permet au gouvernement de conclure une entente avec une communauté autochtone en vue de la mise sur pied d'un système séparé de protection de la jeunesse. On pourrait croire qu'il s'agit du quatrième degré d'adaptation. Pourtant, les conditions posées par le gouvernement à la conclusion de telles ententes équivalent à l'imposition des principaux paramètres du régime québécois (Guay et Grammond, 2012). De fait, en faisant un survol de la réalité canadienne, on constate facilement que la plupart des solutions mises de l'avant pour répondre aux besoins des Autochtones se situent au deuxième niveau d'adaptation. Certes, certains traités récents établissant un régime d'autonomie gouvernementale permettent à certains groupes autochtones (par ex. : les Nisga'a, les premières nations du Yukon) de mettre sur pied un système de protection de la jeunesse indépendant du système provincial. Ces exemples demeurent toutefois des exceptions et la négociation de ces traités a été longue et laborieuse. De la même manière, l'adaptation des lois provinciales, même si elle relève du troisième niveau, produit des résultats mitigés, entre autres parce que les travailleurs sociaux ou les juges chargés de les appliquer ne partagent pas les constats qui ont motivé ces adaptations (Harris-Short, 2012).

2. Les États-Unis : une histoire et des constats similaires, des explications différentes

Les États-Unis connaissent une histoire très semblable à celle du Canada en matière de protection de la jeunesse autochtone. Des pensionnats y furent mis sur pied à la fin du XIX^e siècle dans la foulée de la *Civilization Fund Act* de 1819 et un grand nombre d'enfants furent retirés de leurs familles et confiés à des familles d'accueil ou adoptives non autochtones. Cependant, à la différence du Canada, le Congrès américain a officiellement reconnu, dès 1978, les torts causés à la population autochtone par l'intervention gouvernementale en matière de protection de la jeunesse et il a tenté d'y mettre fin. C'est sur cette constatation que repose la *ICWA*, tel qu'en fait foi le préambule de la loi :

The Congress finds [...] that an alarmingly high percentage of Indian families are broken up by the removal, often unwarranted, of their children from them by nontribal public and private agencies and that an alarmingly high percentage of such children are placed in non-Indian foster and adoptive homes and institutions.

Le constat de la surreprésentation des enfants autochtones dans le système de protection de la jeunesse et de ses conséquences dévastatrices s'effectue dans le courant des années 1970. À cette époque, le sous-comité des affaires autochtones du Sénat américain se réunit à plusieurs occasions pour étudier les problèmes auxquels font face les familles autochtones. Les milliers de pages de transcriptions des audiences sénatoriales tracent un portrait exhaustif des pratiques abusives en matière de protection de la jeunesse et des conséquences de ces pratiques sur les individus et les communautés autochtones : si les communautés autochtones sont privées de leur force de renouvellement, les individus autochtones élevés par des non-autochtones sont privés de leur identité.

Lors du comité sénatorial de 1974, le docteur Joseph Westermeyer, un psychiatre social de l'Université du Minnesota, témoigne de ses recherches portant sur les difficultés vécues à l'adolescence par les enfants autochtones élevés par des familles d'accueil ou adoptives blanches : « They were finding that society was putting on them an identity which they didn't possess and taking from them an identity that they did possess » (U.S. Senate, 1974, p. 46). Les conclusions de son étude pouvaient être résumées ainsi : « the alienation of Indian children from their unique tribal cultures and values resulted in the development of maladaptive behaviours, such as antisocial behaviour, depression, and suicide, among alarming numbers of Indian children » (Jones, 2009, p. 136).

William Byler, directeur de l'Association on American Indian Affairs, témoigne quant à lui des préjudices subis par les parents auxquels on a enlevé un enfant :

[B]y taking the child away from the parents, you [remove the main incentive for those parents to fight to overcome the difficult circumstances they have. Taking children away does not cure alcoholism. It may aggravate alcoholism. Taking children away does not encourage somebody to take a job, but discourage him. He may see no point in having a job. (U.S. Senate, 1974, p. 10)

Les témoignages présentés aux comités sénatoriaux étayent abondamment l'idée selon laquelle le fait de retirer les enfants des communautés porte atteinte au bien-être de ces enfants et de leurs familles et menace le dynamisme, le renouvellement et la survie des communautés autochtones. Non seulement le nombre des membres de la communauté diminue-t-il, mais la culture et les traditions peinent à se transmettre et les problèmes sociaux sont exacerbés.

Les témoins des auditions sénatoriales identifient plusieurs lacunes du système de l'époque. Il est question des préjugés culturels des intervenants de protection de la jeunesse et du fait que les normes et les standards ne sont pas adaptés au mode de vie autochtone. Par exemple, les critères de sélection des familles d'accueil, fondés sur le niveau de vie d'une famille de classe moyenne, font en sorte qu'il est presque impossible pour un couple autochtone d'obtenir l'accréditation (U.S. Senate, 1974, p. 21). Les témoins dénoncent également l'absence d'équité dans les procédures menant au retrait d'un enfant. Plusieurs racontent l'histoire d'enfants enlevés en l'absence du parent, sans avertissement, sans explication et sans qu'il soit possible par la suite d'obtenir des nouvelles de cet enfant (ibid.).

On ne peut s'empêcher de remarquer que ces constats ont été faits au cours des années 1970 aux États-Unis, alors qu'au Canada, il a fallu attendre les années 1980 pour que l'on s'aperçoive du phénomène de la surreprésentation, et les années 1990 pour qu'on y ébauche des explications qui s'approchent de celles du Sénat américain. En particulier, il est remarquable de voir que dès 1974, des spécialistes américains avaient identifié la nature des problèmes d'identité qui affectent les enfants autochtones adoptés par des non-autochtones, alors que les recherches à ce sujet au Canada sont toutes récentes (Sinclair, 2009).

Le contraste est encore plus saisissant avec la situation qui prévaut au Québec. En effet, le phénomène de la surreprésentation y a été longtemps nié (« le problème, c'est dans l'Ouest canadien... »), entre autres à cause de l'absence de statistiques fiables. Aussi récemment qu'en 2006, les députés à l'Assemblée nationale s'acharnaient à démontrer l'absence de surreprésentation lors de l'étude d'un projet de loi (Guay et Grammond, 2010, p.108–109). De plus, une étude de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec (CDPDJ) portant sur les services de protection de la jeunesse au Nunavik a balayé du revers de la main la capacité des Inuit à appliquer leurs propres normes concernant l'adoption coutumière et a prôné l'intensification des contrôles par des intervenants non autochtones (CDPDJ, 2007).

Bref, malgré une histoire somme toute similaire à celle du Canada, le législateur américain adhère à une logique différente pour expliquer les causes de la surreprésentation des enfants autochtones au sein des régimes de protection de la jeunesse. D'emblée, il insiste sur les effets pervers du retrait des enfants autochtones de leur communauté d'origine ainsi que sur l'inadéquation des régimes de protection de la jeunesse à la réalité et aux besoins des peuples autochtones. On constatera, dans les deux prochaines sections, que cette prise de position a considérablement influé sur le type de solution qui a été préconisé.

3. Un parti pris pour la gouvernance autochtone

Tout comme au Canada, la portée concrète de l'autonomie des nations autochtones aux États-Unis a varié au gré des décisions judiciaires et des changements de politique, qu'il est impossible de relater en détail ici. Qu'il suffise de dire que l'adoption de l'ICWA s'inscrit dans le cadre d'un revirement de la politique fédérale, à la fin des années 1960 et au début des années 1970, favorisant une plus grande autonomie des nations autochtones, en particulier de leurs systèmes de cours tribales (Graham, 2009).

L'un des aspects importants de cette autonomie est le pouvoir de légiférer dans les matières qui touchent au bien-être de la communauté, à ses membres et à son territoire (Fletcher, 2011, p. xxi). Ce pouvoir législatif se double d'un pouvoir judiciaire. Il existe plus de 300 cours tribales aux États-Unis. À leur origine, les cours tribales n'étaient pas des institutions qui valorisaient la différence culturelle autochtone; il s'agissait plutôt d'instruments d'assimilation. Néanmoins, elles ont été reprises par les autochtones qui les utilisent maintenant à leur avantage. Ces cours sont très diversifiées : certaines sont bâties sur le modèle nord-américain conventionnel, d'autres reposent plutôt sur les coutumes et traditions; certaines entendent un très vaste éventail de causes (criminel, civil, familial, etc.), d'autres s'en tiennent uniquement aux affaires relatives aux droits de pêche et de chasse (Fletcher, 2011, p. xxi).

Cette spécificité du paysage judiciaire américain le rend très différent du nôtre, les autochtones naviguant entre deux systèmes de justice parallèles et souverains, ce qui peut donner lieu à des problèmes de conflits de compétence ou de reconnaissance des décisions. Or, dès qu'un enfant autochtone est impliqué dans une affaire de protection de la jeunesse, la ICWA règle ces conflits en faveur des cours tribales.

La ICWA repose en effet sur la constatation que les États ont failli à la tâche en matière de protection de la jeunesse autochtone; le Congrès américain a donc voulu soustraire cette matière de leur compétence (Fletcher, 2011, p. 34) et il exprime très clairement cette intention dans la loi :

[T]he States, exercising their recognized jurisdiction over Indian child custody proceedings through administrative and judicial bodies, have often failed to recognize the essential tribal relations of Indian people and the cultural and social standards prevailing in Indian communities and families.

La loi confère aux cours tribales une compétence exclusive en ce qui concerne les enfants autochtones résidents ou domiciliés sur une réserve. Elle leur confère également une compétence présumée en ce qui concerne les autres enfants autochtones. Ainsi, lorsqu'un tribunal étatique est saisi d'une cause impliquant un enfant autochtone qui habite

hors d'une réserve, il doit transférer le dossier à une cour tribale à moins de faire valoir une bonne justification.

La loi américaine adopte donc d'emblée le degré maximal d'adaptation à la différence autochtone, c'est-à-dire qu'il appartient d'abord aux nations autochtones des États-Unis de concevoir et d'appliquer leurs propres régimes de protection de la jeunesse, protégés par la loi fédérale de toute velléité d'intervention des États. À cet égard, le droit américain est fondamentalement différent du droit canadien. Au Canada, on ne reconnaît pas de droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale, qui permettrait à ceux-ci d'adopter leurs propres lois en matière de protection de la jeunesse. Le fédéralisme canadien, contrairement à son homologue américain, permet aux provinces d'appliquer leurs lois aux Autochtones dans ce domaine (Grammond, 2013, p. 475-496). Après l'échec de l'Accord de Charlottetown, qui aurait reconnu un droit à l'autonomie gouvernementale, ce n'est qu'au moyen de négociations bilatérales, longues et difficiles, que certains groupes autochtones ont pu obtenir des pouvoirs en matière de protection de la jeunesse. La grande majorité des autochtones demeurent assujettis aux lois provinciales, même si, dans bon nombre de cas, ces lois sont appliquées par des organismes autochtones. On peut émettre l'hypothèse que l'environnement juridique et institutionnel canadien ne favorise pas la transition vers les degrés supérieurs de pluralisme.

4. Adapter les lois étatiques à la culture autochtone?

Aux États-Unis, comme on l'a vu plus haut, la ICWA permet aux nations autochtones de mettre sur pied leur régime de protection de la jeunesse, mais ne les y oblige pas. Lorsqu'une nation autochtone ne se prévaut pas de cette faculté, les régimes étatiques de protection de la jeunesse s'y appliquent, mais à condition de respecter certaines règles particulières établies par le législateur fédéral dans la ICWA. Ainsi, la ICWA a priorité sur les lois des États lorsque celles-ci s'appliquent.

En gros, la ICWA contient des exigences de preuve et de procédure qui visent à garantir la participation réelle des parents autochtones (et de leur communauté) aux audiences qui pourraient conduire au placement ou à l'adoption de leur enfant, ainsi que l'authenticité de leur consentement à un placement ou une adoption volontaire. Avant d'ordonner le placement ou l'adoption d'un enfant, un juge doit être convaincu que des efforts actifs ont été déployés pour fournir des services de soutien et des programmes de réhabilitation destinés à prévenir la dissociation de la famille autochtone, mais que ces efforts se sont avérés infructueux. La jurisprudence a déterminé que ces services et programmes devaient être culturellement adaptés aux autochtones (Atwood, 2010, p. 175). De plus, dans les cas d'adoption, le juge doit être convaincu « hors de tout doute raisonnable » du fait que le maintien de l'enfant dans sa famille risque

d'entraîner un sérieux préjudice émotionnel ou physique, alors que pour un placement, une preuve « claire et convaincante » est nécessaire. Par cet éventail de mesures, la loi fédérale rend donc plus difficile le placement ou l'adoption d'un enfant autochtone et établit en quelque sorte une présomption en faveur des parents autochtones.

Lorsqu'un enfant autochtone doit tout de même être placé ou adopté, la ICWA établit un ordre de préférence de placement, destiné à maintenir l'enfant en contact avec sa famille, sa communauté et sa culture autochtone. Ainsi, de manière générale et en l'absence de justification contraire, le juge devra privilégier un placement au sein de la famille élargie de l'enfant, puis un placement avec d'autres membres de la communauté de l'enfant, puis un placement au sein d'une autre famille autochtone. La détermination du milieu de placement selon cet ordre de priorité doit se faire selon les standards sociaux et culturels de la communauté autochtone des parents ou de la famille élargie de l'enfant.

Les préférences de placement sont évidemment destinées à maintenir l'enfant en contact avec sa famille, sa communauté et sa culture autochtone. Elles révèlent, mieux que toute autre disposition, la prémisse sur laquelle repose cette loi : l'intérêt de l'enfant et celui de sa communauté sont liés; il est dans l'intérêt de l'enfant de demeurer dans sa communauté et il est dans l'intérêt de la communauté de conserver ses enfants. Le préambule de la loi annonce explicitement l'importance accordée à l'intérêt collectif: « there is no resource that is more vital to the continued existence and integrity of Indian tribes than their children ». Cet aspect de la loi a fait l'objet de plusieurs critiques, certains commentateurs craignant que l'intérêt communautaire ne l'emporte sur l'intérêt individuel. Pourtant, comme l'explique Lorie M. Graham :

Understanding and respecting the complex symbiotic relationship that exists between child and community is essential to understanding and respecting indigenous familial relations. [...] these are actually two sides of the same coin. A child's right to love and nourishment (e.g., cultural, emotional, spiritual, and physical) is the community's responsibility; in turn, these collective responsibilities are [the child's] individual rights. (Graham, 2009, p. 84)

Il est évident que ce volet de la ICWA a inspiré des réformes législatives dans plusieurs provinces canadiennes. Les lois de plusieurs provinces contiennent des dispositions qui prévoient un ordre de priorité de placement semblable à celui qu'indique la ICWA (Grammond, 2013; Harris-Short, 2012; Sinclair et coll., 2004). De la même manière, ces lois exigent que la communauté d'un enfant autochtone visé par une mesure de protection soit avisée de cette mesure et puisse présenter des observations devant le tribunal.

Ces lois contiennent aussi des directives qui énoncent, de manière plus ou moins directe, qu'il est dans l'intérêt de l'enfant autochtone de

demeurer au sein de sa communauté. Par exemple, la loi ontarienne impose aux décideurs l'obligation de tenir compte de « l'importance de maintenir l'identité culturelle de l'enfant en reconnaissance du caractère unique que revêtent la culture, le patrimoine et les traditions propres aux Indiens et aux autochtones »². La loi québécoise est plus modeste à cet égard, puisqu'elle se borne à permettre aux divers intervenants de « prendre en considération les caractéristiques des communautés culturelles ou autochtones »³.

Les standards minimaux fédéraux imposés par la ICWA et les dispositions semblables que ceux-ci ont inspirées dans plusieurs provinces canadiennes participent du troisième degré d'adaptation mentionné plus haut, c'est-à-dire de l'adoption de normes législatives spécifiques aux autochtones, qui permettent, dans une certaine mesure, de respecter la différence culturelle. Ces lois sont fondées sur le constat que la surreprésentation des autochtones au sein des régimes de protection de la jeunesse découle de l'inadéquation culturelle de ces régimes. Ce constat a été établi aux États-Unis dès les audiences sénatoriales des années 1970 et il a été repris au Canada à partir des années 1980, dans la littérature critique et les rapports de plusieurs commissions ou organismes d'enquête. Cependant, ce type d'adaptation connaît des limites importantes. Les travailleurs sociaux ou les juges (habituellement non autochtones) qui appliquent ces lois au jour le jour ne partagent pas nécessairement ces constats. Ils n'adhèrent pas nécessairement non plus à une conception de l'intérêt de l'enfant qui inclut l'intérêt de la communauté. Puisque les directives législatives en cause sont formulées en termes flexibles, ils conservent donc une latitude importante pour ne pas les appliquer (Harris-Short, 2012, p. 103–107; Grammond, 2013, p. 517–519)⁴.

Conclusion

La surreprésentation des enfants autochtones au sein des systèmes de protection de la jeunesse est un problème grave sur lequel on ne saurait fermer les yeux. Il y va de l'intérêt non seulement des enfants autochtones et des communautés autochtones, mais aussi de la société canadienne dans son ensemble.

L'expérience américaine démontre que l'autonomie autochtone en matière de protection de la jeunesse est possible et qu'elle permet aux communautés autochtones de proposer des modes d'intervention originaux et surtout une conception spécifique de l'intérêt de l'enfant. Il semble que la politique d'autonomie qui sous-tend l'ICWA ait permis de réduire le placement des enfants autochtones hors de leur communauté et, dans une certaine mesure, leur surreprésentation au sein du système de protection de la jeunesse (Atwood, 2010, p. 193–200). Il serait souhaitable que les politiques des provinces canadiennes fassent une plus large place à cette autonomie. Cependant, notre analyse de l'expérience

américaine démontre que, pour y parvenir, il est essentiel d'adopter une vision large des causes de la surreprésentation et d'accepter qu'il s'agit d'un phénomène qui est indissociable du contexte historique de colonisation et d'assimilation dont les peuples autochtones ont été victimes.

En effet, on constate que lorsque les acteurs du système adoptent des explications qui font une plus grande part à l'inadéquation des régimes de protection de la jeunesse à la culture et aux valeurs autochtones, ainsi qu'aux séquelles de la colonisation, ils sont plus susceptibles d'adopter des solutions qui valorisent le respect des différences culturelles. Dans ce cas, on justifie plus facilement la mise sur pied de régimes différenciés de protection de la jeunesse à l'intention des autochtones. La surreprésentation est alors considérée comme une véritable injustice.

Notes

- 1 La référence à cette loi est 25 U.S.C. §1901-1963. On peut la consulter sur le site <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/25/1901>.
- 2 *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C.11, art. 37(4).
- 3 *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 2.4(5°) c).
- 4 Voir aussi, à ce sujet, la récente décision de la Cour suprême des États-Unis portant sur la ICWA : *Adoptive Couple v. Baby Girl* (25 juin 2013), en ligne : <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-399>.

Références

- Atwood, B. A. (2010). *Children, tribes and states: Adoption and custody conflicts over American Indian children*. Durham, N.C.: Carolina Academic Press.
- Blackstock, C., et Trocmé, N. (2005). Community-based child welfare for Aboriginal children: supporting resilience through structural change, *Social Policy Journal of New Zealand*, 24, 12–33.
- Breton, A., Dufour, S. et Lavergne, C. (2012). Les enfants autochtones en protection de la jeunesse au Québec: Leur réalité comparée à celle des autres enfants. *Criminologie*, 45(2), 157–185.
- Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec (CDPDJ). (2007). *Nunavik – Enquête portant sur les services de protection de la jeunesse dans la baie d'Ungava et la baie d'Hudson – Rapport, conclusions d'enquête et recommandations*.
- Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA) (1996). *Vers un ressourcement, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada.
- Conseil national du bien-être social (2007). *Agissons maintenant pour les enfants et les jeunes Métis, Inuits et des Premières Nations*. Ottawa: Conseil national du bien-être social.
- Fletcher, M. L. M. (2011). *American Indian tribal law*. New York: Aspen Publishers.
- Graham, L. M. (2009). Reparations, self-determination, and the seventh generation. Dans M. L. M. Fletcher, W. T. Singel et K. E. Fort (dirs.), *Facing the future: The Indian child welfare act at 30* (pp. 50–110). East Lansing: Michigan State University Press.
- Grammond, S. (2013). *Terms of coexistence: Indigenous peoples and Canadian law*. Toronto: Carswell.

- Groupe de travail sur l'adoption coutumière en milieu autochtone. (2012). *Rapport du groupe de travail sur l'adoption coutumière en milieu autochtone*. (p. 196). Québec: Ministère de la Justice. En ligne à http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_adop_autoch_juin2012.pdf.
- Guay, C., et Grammond, S. (2010). À l'écoute des peuples autochtones? Le processus d'adoption de la Loi 125. *Nouvelles pratiques sociales*, 23(1), 99–113.
- Guay, C., et Grammond, S. (2012). Les enjeux de l'application des régimes de protection de la jeunesse aux familles autochtones. *Nouvelles pratiques sociales*, 24(2), 67–83.
- Harris-Short, S. (2012). *Aboriginal child welfare, self-government and the rights of Indigenous children: Protecting the vulnerable under international law* (319 pages). Farnham: Ashgate.
- Hudson, P., et McKenzie, B. (2003). Extending Aboriginal control over child welfare services: The Manitoba child welfare initiative, *Revue canadienne de politique sociale*, 51, 49–66.
- Johnston, P. (1983). *Native children and the child welfare system*. Toronto: Canadian Council on Social Development et James Lorimer & Co.
- Jones, B. J. (2009). Differing concepts of "Permanency": The adoption and safe families act and the Indian child welfare act. Dans M. L. M. Fletcher, W. T. Singel et K. E. Fort (dirs.), *Facing the future: The Indian child welfare act at 30* (pp.127–147). East Lansing: Michigan State University Press.
- Kline, M. (1992). « Child Welfare Law, "Best Interests of the Child" Ideology, and First Nations », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 30, pp. 375–425.
- Kline, M. (1993). Complicating the ideology of motherhood: Child welfare law and First Nations women, *Queen's Law Journal*, 18, 306–342.
- Otis, G. (dir.) (2013). *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*. Québec: Presses de l'Université Laval.
- Sinclair, M., Bala, N., Lilles, H., et Blackstock, C. (2004). Aboriginal child welfare. Dans N. Bala et coll. (dirs.), *Canadian child welfare law: Children, families and the state* (2^e éd., pp. 199–244). Toronto: Thomson Educational Publishing.
- Sinclair, R. (2009). Identity or racism? Aboriginal transracial adoption. Dans R. Sinclair, M. A. Hart et G. Bruyere (dirs.), *Wicahitowin: Aboriginal social work in Canada* (pp. 89–113). Halifax et Winnipeg: Fernwood Press.
- Sinha, V., et coll. (2011). *Kiskisik Awasisak: Remember the children. Understanding the overrepresentation of First Nations children in the child welfare system* (pp. 175). Ottawa: Assemblée des premières nations. Document consulté le 21 juin 2012 en ligne à http://www.cwrp.ca/sites/default/files/publications/en/FNCIS-2008_March2012_RevisedFinal.pdf
- U. S. Senate (8 et 9 avril 1974). *Hearings before the subcommittee on Indian affairs of the committee on interior and insular affairs, ninety-third congress, second session on problems that American Indian families face in raising their children and how these problems are affected by federal action or inaction*. Document consulté le 30 août 2013 en ligne à <http://narf.org/icwa/federal/lh.htm>
- Wien, F., Blackstock, C., Loxley, J., et Trocmé, N. (2007). Keeping First Nations children at home: A few federal policy changes could make a big difference. *First Peoples Child & Family Review*, 3(1), 10–14.