INTRODUCTION AUX CHANGEMENTS DE PRATIQUES REQUIS RELATIFS À LA *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*

(L.R.C. ch. 24, 2019, également appelée le projet de loi C 92 et désignée dans ce document sous le nom de la « Loi »), entrant en vigueur le 1er janvier 2020.

Professeure M.E. Turpel Lafond (Aki Kwe),
École de droit Peter Allard,
Université de la Colombie Britannique.
Avocate associée principale,
Woodward & Company Lawyers
Cabinet d'avocats Woodward & Company
(Turpel-Lafond@allard.ubc.ca ou metl@woodwardandcompany.com)[1]

Tous droits réservés 2019. Prière de transmettre vos commentaires à l'auteure à l'adresse Turpel-Lafond@allard.ubc.ca ou metl@woodwardandcompany.com

[1] Membre du Barreau de la Colombie Britannique.
Reproduction interdite sans l'autorisation de l'auteure.

1. Contexte

Le 1er janvier 2020, une nouvelle loi fédérale entrera en vigueur pour toutes les provinces et tous les territoires du Canada. Elle vise à amorcer une « réforme en profondeur des services à l'enfance et à la famille fournis à l'égard des enfants autochtones ».[2]

Cette introduction sur les changements qui entreront en vigueur le 1er janvier 2020 a été préparée comme un aperçu à l'intention des personnes qui œuvrent auprès des enfants, des jeunes, des familles et des communautés des Premières Nations[3], ainsi que des gouvernements des Premières Nations.

Les services à l'enfance et à la famille sont définis comme suit à l'article 1 de la Loi : « Services de soutien aux enfants et aux familles, notamment des services de prévention, d'intervention précoce et de protection des enfants. » Cette définition crée le contexte pour l'interprétation et l'application des nouvelles règles et des nouveaux principes à la base de l'ensemble du système de services à l'enfance et à la famille relatif aux Premières Nations dans toutes les provinces et tous les territoires au Canada.

La législation affirme les droits préexistants des Premières Nations. Elle vise à « contribuer à la imise en œuvre de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* »[4] en appuyant le contrôle par les Premières Nations des services à l'enfance et à la famille et en définissant des normes et des principes de droit créés pour prévenir et remédier l'éclatement des familles chez les Premières Nations.

2. Principes nationaux

La Loi définit de nouveaux principes de droit qui s'appliquent à toutes les questions relatives aux enfants, aux jeunes et aux familles dans le cadre du système de services à l'enfance et à la famille à compter du 1er janvier 2020. Les principes nationaux découlent de plusieurs sources clés. Elles incluent des discussions avec des dirigeants du gouvernement et des Premières Nations, des experts et des responsables de la prestation de services par divers mécanismes, incluant une rencontre nationale convoquée par le Canada les 25 et 26 janvier 2018 pour discuter de la crise humanitaire qu'est la surreprésentation des enfants des Premières Nations dans le système de protection de l'enfance. Les principes nationaux ont été orientés par une analyse systématique, par des commissions et des fonctionnaires, de l'application du système de protection de l'enfance à l'endroit des Premières Nations et par de multiples rapports et études, particulièrement le rapport de la Commission de vérité et réconciliation, dont un des appels à l'action demandait la création d'une législation nationale dans sa version finale de 2015.

La législation elle même a été orientée par de nombreux plaidoyers et commentaires de Chefs et de conseillers techniques des Premières Nations. Le Canada a organisé 65 rencontres dans toutes les provinces et tous les territoires pour discuter avec les dirigeants des Premières Nations et des responsables de la prestation des services. L'Assemblée des Premières Nations a créé un « Groupe de travail législatif » composé de Chefs nommés de chaque région et territoire au Canada, d'experts techniques et de la Dre Cindy Blackstock de la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada.

---

[2] Paragraphe 9 du préambule de la *Loi*.

[3] Cette introduction traite exclusivement de la mise en œuvre pour les Premières Nations. Elle peut être utile aux Métis et aux Inuits, mais des analyses plus précises devront être menées en fonction de ces contextes. L'auteure a moins d'expertise et de connaissances concernant la mise en œuvre pour ces groupes et s'en remet à d'autres pour ces analyses.

[4] Article 8(c). La référence à l'action de « contribuer à la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » est renforcée au premier paragraphe du préambule de la Loi qui stipule que « Attendu que le gouvernement du Canada s'est engagé à mettre en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ».

Le Groupe de travail législatif de l'Assemblée des Premières Nations a préparé des options politiques,a discuté directement avec des fonctionnaires fédérauxde haut niveau et a collaboré à un projet de consultationen 2018.

La législation vise à changer les politiques et les pratiques opérationnelles de prestation des services à l'enfance et à la famille offerts aux Premières Nations par les autorités provinciales et territoriales afin d'éliminer les répercussions négatives causées par l'imposition des valeurs, des croyances et des lois des provinces et des territoires sur les Premières Nations sans leur approbation ou leur consentement.[5] Les principes de droit nationaux sont des règles ou des normes légales qui devront être appliquées à compter du 1er janvier 2020 lors de l'évaluation des enfants, des jeunes et des familles des Premières Nations, de la prestation de services ou de l'interaction avec les dirigeants et les gouvernements des Premières Nations. Il est important de noter que les principes de droit nationaux ne sont pas discrétionnaires et sont des exigences légales qui doivent être appliquées dans la pratique.[6] Ces principes s'appliquent dans toutes les situations lorsque l'enfant, le jeune ou la famille est issu d'une Première Nation, que les personnes visées soient ou non des Indiens inscrits.

Les nouveaux principes nationaux réformeront en profondeur la pratique de la protection de l'enfance et, lorsqu'ils seront adoptés, ils remplaceront les lois provinciales et territoriales permettant aux lois des Premières Nations de prendre leur place. Cela signifie que les personnes qui offrent des services à l'enfance et à la famille, incluant la protection de l'enfance, le soutien à la famille, les services à la jeunesse et les programmes à l'intention des parents, doivent s'assurer de bien comprendre ces nouveaux principes et doivent aligner leur prestation de services aux exigences de la loi fédérale. Les Premières Nations doivent lire la nouvelle législation attentivement et la comparer avec les lois et les politiques provinciales ou territoriales existantes afin de déterminer quels changements aux pratiques existantes doivent être mis en œuvre.

Les principes incluent des directives pour : promouvoir l'unité familiale; prévenir l'éclatement des familles; permettre le réexamen du placement d'un enfant en vertu de la nouvelle législation lorsqu'un enfant ne vit pas avec un parent; appliquer

[5] Les dispositions de la Loi sur les Indiens ont été appliquées aux Premières Nations sans le consentement ou l'approbation des gouvernements des Premières Nations. La Loi sur les Indiens comporte une disposition, l'article 88, qui est en vigueur depuis les années 1950. C'est cette disposition qui permettait aux lois provinciales d'application générale de s'appliquer dans les réserves et qui autorisait les responsables de la protection de l'enfance à intervenir dans les familles et à appréhender les enfants. Cet outil colonialiste clé de la loi sur la protection de l'enfance a mené au retrait systématique et forcé des enfants du milieu familial. Le système de protection de l'enfance, comme il a été appliqué aux Premières Nations, a une histoire distincte et a utilisé des outils légaux particuliers pour amenuiser l'identité culturelle et l'unité familiale des Premières Nations par l'imposition de la Loi sur les Indiens du gouvernement fédéral. La législation nationale répudie cette approche et reconnaît que l'application de ces mesures par le Canada est une violation massive des droits de la personne des familles des Premières Nations. Toutefois, la nature distincte de l'histoire et de l'expérience des Premières Nations en vertu de la Loi sur les Indiens exige un plan de mise en œuvre unique pour veiller à ce que la nouvelle législation remédie totalement à cet héritage négatif.

[6] Les normes de pratique établies en vertu des lois et des politiques provinciales ou territoriales sur la protection de l'enfance ont été adoptées sans consulter les Premières Nations. Ces lois et ces politiques ont été imposées aux Premières Nations par le biais d'une disposition de la Loi sur les Indiens, et représentent un outil hautement critiqué de l'imposition colonialiste de lois et de pratiques sur les familles (article 88). Par exemple, en Colombie Britannique, plusieurs politiques opérationnelles comportant des normes de service ont récemment été mises à niveau. Ces politiques et ces normes n'ont pas été élaborées conjointement avec les Premières Nations et elles ne reflètent pas les exigences fixées pour la mise en œuvre d'une nouvelle législation. Les politiques et les normes de service existantes doivent être appliquées avec prudence, car elles risquent de ne pas être conformes aux exigences de la Loi fédérale qui entrera en vigueur le 1er janvier 2020 et qui donnera naissance à de nouvelles normes nationales.

Par exemple, plusieurs politiques provinciales clés du ministère de l'Enfance et de la Famille de la Colombie Britannique nécessiteraient un examen, notamment : les services de soutien à la famille et les ententes (chapitre 2), les interventions de protection des enfants (chapitre 3) et le soutien de l'identité culturelle des enfants et des jeunes autochtones pris en charge (chapitre 5).

les mesures les moins intrusives en obligeant les travailleurs sociaux à démontrer explicitement les actions prises pour garder les enfants avec leur famille et leur collectivité; permettre, le plus possible, une participation directe des familles, des fournisseurs de soins et des communautés aux décisions portant sur le bien être des enfants. La pratique doit évoluer pour permettre la participation de la famille, de représentants des gouvernements des Premières Nations, des parents et des fournisseurs de soins quand vient le temps de prendre des décisions pour les enfants et les jeunes. À compter du 1er janvier 2020, tous les intervenants de première ligne (provinces, territoires et agences autochtones) devront travailler plus étroitement avec les familles avant et après la prise de décisions, et tout au long de la période de traitement d'un dossier concernant un enfant ou une famille.

Les principes nationaux incluent des facteurs ***positifs***, qui devront être évalués dans la prestation de services offerts aux Premières Nations, et des ***restrictions***, c'est à dire des limites opérationnelles qui restreindront les faits qui pourront être appliqués par les services à l'enfance et à la famille.

Les dispositions de la nouvelle loi incluent, d'une part, un principe positif de service et, d'autre part, le même concept de restriction sur la pratique. Un bon exemple est le concept de promotion de l'unité familiale (positif) par opposition aux restrictions sur le placement des enfants comportant un test pour déterminer qui devrait garder l'enfant s'il n'est pas en sécurité (restriction), avec les deux premières options de placement étant la famille immédiate et la famille élargie.

3. Normes positives

Les principes généraux et les normes ***positives*** sont notamment :

- Des protections additionnelles précises pour les droits de la personne des enfants, des jeunes, des membres de la famille, des fournisseurs de soins et des gouvernements des Premières Nations afin de guérir le traumatisme intergénérationnel causé par les politiques et les pratiques colonialistes, notamment parce que l'objectif de la législation est de contribuer à la mise en œuvre des normes de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Ces ajouts incluent les éléments suivants :
    - La promotion et la protection de « l'égalité réelle », ce qui signifie que les enfants et les familles des Premières Nations doivent être traités de manière substantiellement égale aux autres enfants et familles du Canada (cela ne signifie pas qu'ils doivent être traités de la même manière, mais que la substance des résultats et des appuis est semblable à celle des autres enfants et familles dans la même situation).
    - L'absence de discrimination basée sur le genre et la diversité des genres.
    - Le droit de participer aux décisions et aux processus relatifs à la protection de l'enfance, particulièrement dans le cas des enfants et des jeunes.
    - Le droit d'être placé avec ou près de ses frères et sœurs ou autres membres de sa famille.
    - Le droit d'un enfant d'être en contact avec tous les membres de sa famille et de nourrir des liens émotifs avec tous les membres de sa famille, même lorsqu'il n'habite pas avec ces personnes (s'il habite avec la famille d'un seul de ses parents biologiques, par exemple).

- Les lois, l'administration et les mécanismes de règlement des différends, une fois déterminés, doivent respecter les normes des droits de la personne — bien que les normes des droits de la personne doivent être appliquées et interprétées de manière à ne pas enfreindre les droits individuels et collectifs des Premières Nations accordés par l'article 35 (l'établissement d'un équilibre entre les droits collectifs et les droits individuels sera particulier dans ce cas).

- Une nouvelle définition de la « famille » qui doit refléter la famille élargie. Cette définition doit explicitement être basée sur la notion de membre de la famille comme l'entendent les Premières Nations « conformément aux coutumes, aux traditions ou aux pratiques coutumières en matière d'adoption » de la Première Nation (art. 1).
- La reconnaissance que les décisions en matière de placement d'un enfant doivent refléter les coutumes et les traditions des peuples aux prises avec une question de services à l'enfance et à la famille, incluant les pratiques coutumières en matière d'adoption de la Première Nation.
- La nécessité que les services soient conformes à la notion de la préservation de la « continuité culturelle » de l'enfant, de la famille, de la communauté et de la Nation.
  - La continuité culturelle est une norme ou une affirmation positive de la Loi. De plus, il faut veiller à ce que les services à l'enfance et à la famille soient fournis de manière à « ne pas contribuer à l'assimilation » de l'enfant ou de sa Nation, ou à la « destruction de la culture » de cette Première Nation.

- L'établissement d'un ensemble de facteurs à inclure dans l'évaluation de ce qui constitue « l'intérêt de l'enfant ». Certaines de ces variables consistent à veiller à ce que les services soient fournis conformément aux principes stipulés par la Loi et à l'objectif de « préserver l'identité culturelle de l'enfant et ses liens avec son territoire et sa Première Nation ».
- Le droit de l'enfant de faire valoir son point de vue et ses préférences, compte tenu de son âge et de sa maturité. Cela implique que les décideurs (tribunaux, juges, autres) devraient entendre les témoignages directs des enfants et des jeunes avant de prendre des décisions les affectant.
- Le droit des membres de famille, des Premières Nations et des fournisseurs de soins d'être avisés avant que des « mesures importantes » soient prises concernant un enfant dans le système de protection de l'enfance afin de promouvoir leur participation à toutes étapes de la planification du cheminement de l'enfant et pour promouvoir les concepts inscrits dans la législation visant à respecter les préférences des Premières Nations en matière de protection de leurs enfants et de leurs familles. Les dispositions concernant les avis en vertu des lois actuelles sur la protection de l'enfance se limitent souvent à des courriels de routine ou à des avis d'audience concernant le dossier d'un enfant, avec des exigences minimales.
- Le droit des parents ou des fournisseurs de soins d'être partis à toutes les procédures relatives à un enfant.
- Le droit du gouvernement d'une Première Nation d'interve nir dans toute procédure afin de présenter des observations concernant un enfant membre.
- Le droit à « l'unité familiale », qui implique une évaluation ou une réévaluation continue afin de déterminer si le placement d'un enfant est approprié et conforme aux exigences de la Loi, ce qui signifie que le retour des enfants au sein de leur famille est une option à tout moment dans le cadre de la prestation de services.

4. Dispositions restrictives ou contraignantes

La nouvelle Loi présente de nombreux principes, mieux décrits sous le vocable de ***restrictions*** ou de ***contraintes***, qui obligent les prestataires de services de première ligne, et tous les autres intervenants, à changer le mode de prise de décisions concernant les enfants des Premières Nations. Ces nouvelles restrictions incluent des directives légales afin de veiller à ce que la prestation de services aborde certaines des préoccupations ci dessous :

- Réduire ou prévenir la prise en charge de l'enfant à sa naissance en mettant l'accent sur la fourniture de services prénatals favorisant des soins préventifs pour que les nouveau nés restent avec leur mère (art. 14 (2)).
- Les facteurs à considérer pour évaluer « l'intérêt de l'enfant » doivent être plus vastes que dans le passé puisque la priorité est le maintien de la famille. Cela signifie que les facteurs considérés en vertu des lois provinciales ou territoriales de protection de l'enfance, qui tendent à mettre l'accent sur le bien être physique, émotionnel et psychologique des enfants, doivent être équilibrés avec d'autres considérations, incluant « l'importance pour l'enfant d'avoir des rapports continus avec sa famille » et « de préserver ses liens avec sa culture ». La liste des facteurs est longue et ne doit pas être passée sous silence.
  - o Il convient d'accorder beaucoup d'attention aux tests et aux outils qui seront nécessaires en vertu de la nouvelle Loi, car ils modifieront les interventions de première ligne à compter du 1er janvier 2020. Tout particulièrement, lisez les articles 9, 10, 11, 12 et 13 et discutez avec les représentants des Premières Nations afin de déterminer comment ces articles doivent être interprétés et appliqués.
- Limiter le retrait d'enfants en situation de pauvreté familiale en réglant les facteurs qui causent la vulnérabilité de l'enfant et de la famille, plutôt que de retirer l'enfant de son milieu familial. La Loi stipule explicitement qu'un enfant ne doit pas être pris en charge seulement en raison de sa condition socioéconomique, notamment :
  - o la pauvreté;
  - o le manque de logement convenable;
  - o le manque d'infrastructures convenables;
  - o l'état de santé de son parent ou de son fournisseur de soins.

- Des restrictions imposées aux travailleurs sociaux et à d'autres personnes pour les empêcher de « prendre en charge » ou de retirer un enfant de son milieu familial à moins de pouvoir « démontrer » que des efforts raisonnables ont été faits pour que l'enfant continue de résider avec cette personne. Le personnel devra documenter et démontrer que les mesures requises ont été prises pour justifier la prise en charge.

  - o Toute personne qui retire un enfant de son milieu familial devra démontrer au tribunal ou à tout autre organisme d'examen que la prise en charge a été exécutée en dernier recours et que toutes les autres options ont été étudiées.
  - o Cela inverse le fardeau de la preuve, car le personnel qui fournit les services devra prouver concrètement que des efforts raisonnables ont été déployés et que ces efforts n'ont pas donné lieu à un plan raisonnable pour garder l'enfant dans son milieu familial..

- La priorité devra être accordée à des mesures et à des programmes de prévention plutôt qu'à des interventions qui pourraient mener à la prise en charge de l'enfant.

- Le placement prioritaire de l'enfant avec un membre des Premières Nations est explicitement prescrit dans la Loi avec cinq options. Cela est pour éviter que l'enfant soit pris en charge par un « étranger ». La Loi indique que l'enfant sera placé auprès de l'une des personnes ci-après (énumérées par ordre décroissant de priorité) :

  - un parent — mère ou père — de l'enfant;
  - un autre membre de sa famille qui est un adulte
  - un adulte appartenant au groupe, à la collectivité ou au peuple autochtones dont il fait partie
  - un adulte appartenant à un groupe, à une collectivité ou à un peuple autochtone autre que celui dont il fait partie;
  - un adulte appartenant à un groupe, à une collectivité ou à un peuple autochtone autre que celui dont il fait partie;
  - tout autre adulte.

- La Loi doit être interprétée de manière à défendre les droits des Premières Nations, et non pas de manière à abroger ou à violer les droits constitutionnels des Premières Nations.

5. Respect des lois des Premières Nations

La Loi amène une orientation plus claire des deux « voies » de réforme qui ont cours au Canada :

1. La modification de la prestation existante de services à l'enfance et à la famille au moyen de lois et de principes nationaux pour réformer des problèmes clés identifiés dans la prestation de services au Canada.
2. L'établissement et la reconnaissance de lois, de procédures et de mécanismes de règlement des différends propres aux Premières Nations dans le cadre des services à l'enfance et à la famille.

La seconde voie, la création de législation par les Premières Nations et la reconnaissance de lois et de politiques des Premières Nations au Canada s'est avérée plus complexe avant l'adoption de la Loi en raison d'une résistance politique considérable à la reconnaissance des droits inhérents des Premières Nations en vertu de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, et par la mise en œuvre de traités entre la Couronne et les Premières Nations. La nouvelle Loi affirme que les Premières Nations peuvent créer leurs propres lois, services d'administration et mécanismes de règlement des différends dans le cadre des services à l'enfance et à la famille, ce qui signifie que les lois qui seront appliquées par une agence de prestation de services de première ligne service pourront varier selon que la Première Nation a « occupé ou non le champ de compétence » et a créé ou non son propre régime juridique à l'intention des enfants et des familles.

Cela signifie que le personnel responsable de la prestation des services, incluant le personnel chargé de la protection des enfants, devra connaître et se conformer aux lois des Premières Nations, là où de telles lois ont été adoptées par un corps dirigeant des Premières Nations. Les gestionnaires, les directeurs et autres responsables désignés des gouvernements provinciaux et territoriaux doivent s'assurer que leur personnel est à jour et devront surveiller et informer leur personnel de tout changement au cours des mois et des années à venir.

Toutes les personnes, peu importe leur rôle, qui ont des interactions avec des enfants, des jeunes, des familles et des communautés des Premières Nations doivent comprendre les rouages de l'autonomie gouvernementale en lien avec la nouvelle législation. Ils doivent prendre le temps de comprendre la différence, en matière de rôle et d'autorité, entre un corps dirigeant autochtone (ou un gouvernement des Premières Nations), une « entité » à qui ils pourraient déléguer la prestation de services, et les détenteurs de droits, qui sont des individus et des collectivités en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* de 1982. La période où ils intervenaient simplement auprès d'un organisme provincial mandaté, ou branche d'un ministère provincial, se termine le 1er janvier 2020.

Les agences ne sont pas des corps dirigeants, à moins qu'elles aient été désignées comme des « entités » en vertu de la nouvelle loi pour diriger des travaux clés en vertu de cette législation. Pendant la transition, les accords de délégation des provinces et des territoires ne seront pas automatiquement résiliés. Dans l'avenir, les Premières Nations décideront s'ils désirent conserver ces agences comme fournisseurs de services et de quelle manière elles interagiront avec les gouvernements provinciaux et territoriaux (il est plausible que le rôle de ces agences se limitera à celui de fournisseurs de services, alors que des relations et la législation définiront d'autres décideurs et responsables).

Il est aussi possible que ces agences continuent d'exister, mais sous la férule de lois et de politiques des Premières Nations. Elles pourraient fonctionner dans un contexte de compétence « partagée ». Les Premières Nations pourraient revoir les services qu'elles offrent.

6. Interaction entre conseils de bande élus conformément à la Loi sur les Indiens et rôles et institutions de gouvernance traditionnels

La législation fédérale ne donne pas aux gouvernements provinciaux ou au gouvernement fédéral l'autorité d'élaborer et d'imposer des politiques ou des conditions permettant de déterminer le corps dirigeant autochtone d'une Première Nation; l'approche de la *Loi sur les Indiens* n'est plus valable.

Pendant un certain temps, les structures de la Loi sur les Indiens peuvent coexister et s'estomper pendant que les structures traditionnelles des Premières Nations (comme celle des décideurs) sont restaurées, reconnues et revitalisées par le biais de discussions, d'un consentement et d'un processus déterminés par les processus des Premières Nations. Cette approche a été élaborée dans la législation par les Premières Nations de manière à ne **PAS** être réglementée et contrôlée par les provinces, les territoires et le gouvernement fédéral.

Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ne doivent pas élaborer unilatéralement une politique qui détermine qui est le corps dirigeant d'une Première Nation ou qui impose un mode de gouvernance aux Premières Nations. Les Premières Nations peuvent prendre des décisions concernant leurs enfants et leurs familles lorsque survient une déstructuration familiale et faire appel à des systèmes coutumiers de prise de décisions.

Cette période de transition a été anticipée et a été jugée nécessaire au moment de l'élaboration de la nouvelle législation. Les Premières Nations peuvent demander l'intervention du gouvernement fédéral et du gouvernement provincial pour coordonner le champ de compétence des services à l'enfance et à la famille pendant une période d'un an en vertu de la Loi. Il incombe donc aux gouvernements de répondre à l'invitation de façon attentive et diligente pour coordonner le champ de compétence à la demande du corps dirigeant autochtone en vertu de l'article 20 (2).

De nombreuses dispositions de la Loi affirment le droit des Premières Nations d'adopter et d'exécuter leurs propres lois et de créer des processus pour le règlement des différends découlant de ces lois. Une Première Nation peut collaborer avec le Canada et la province ou le territoire sur des enjeux comme les mesures d'urgence, les rôles et responsabilités en ce qui a trait à la prestation de services, etc., ou la Première Nation peut adopter une loi et simplement aviser le Canada. Nous le répétons, il faut souligner que le but d'un accord de « coordination » est de coordonner des domaines de compétence et des autorités reconnues. Il ne s'agit pas d'un accord d'autonomie gouvernementale par lequel un palier de gouvernement confère compétence à une Première Nation après une négociation. **La compétence des Premières Nations en matière de services à l'enfance et à la famille est un droit inhérent existant — il n'a pas à être négocié**. Les accords de coordination permettent de coordonner la compétence afin de mieux définir les rôles et les responsabilités des différents gouvernements, et de départager ce qui est une compétence exclusive ou partagée des gouvernements des Premières Nations. Une prise de décisions commune par consentement peut aussi être un élément de la période de transition si la Première Nation en décide ainsi.

Par exemple, une Première Nation peut conclure une entente avec le directeur provincial de la protection de l'enfance dans le but de partager le processus décisionnel en matière de sécurité de l'enfant pendant la période de transition. Le corps dirigeant d'une Première Nation peut aussi désigner le directeur provincial de la protection de l'enfance comme responsable de l'application de la loi provinciale sur la protection de l'enfance pour les membres de la Nation dans certaines situations ou pour un certain temps, par exemple lorsqu'un enfant est pris en charge dans une situation d'urgence et que les responsables provinciaux sont les seuls à pouvoir intervenir.

Il est prévu que certaines Premières Nations signaleront leur intention au gouvernement fédéral et aux gouvernements provinciaux de faire publier leurs lois dans un registre fédéral dès que possible après l'entrée en vigueur de la Loi en janvier 2020.[7] Les Premières Nations ont le droit d'adopter des lois et ces lois doivent être pleinement reconnues.

Les personnes qui œuvrent dans le domaine des services à l'enfance et à la famille devront porter attention aux éléments ci dessous dans le cadre de ce changement législatif :

- Elles devront surveiller le registre fédéral de Services aux Autochtones Canada pour consulter les avis officiels du dépôt des lois des Premières Nations.
- Elles doivent convenir que les lois des Premières Nations ont force de loi, au même titre que les lois fédérales, et que ces lois peuvent avoir priorité sur les lois, les politiques et les normes provinciales ou territoriales.
- Elles doivent se familiariser avec ces lois et les comprendre, dans l'éventualité où elles doivent appliquer ces lois pour un enfant d'une Nation dans leur secteur de prestation de services.
- Elles devront identifier le responsable désigné de la Première Nation qui devra être prévenu de toute mesure importante prise pour un enfant et veiller à transmettre toute information appropriée si des dossiers doivent être transférés ou une autorité doit être partagée concernant des demandes de services ou des décisions (les urgences et les circonstances exceptionnelles seront prises en compte).

[7] L'article 25 de la législation établit un processus par lequel le ministre fédéral doit publier sur un site Web le nom de la Première Nation qui veut adopter une loi, ainsi que l'accord de coordination, si un accord a été conclu.

- Elles devront comprendre et respecter les protocoles et les pratiques des gouvernements des Premières Nations concernant leurs enfants au moyen d'une formation continue et l'établissement de relations pour que leurs interventions soient conformes à la Loi, éclairées et respectent les exigences légales et professionnelles.
- Elles doivent s'attendre à ce que les pratiques coutumières en matière d'adoption soient un enjeu important pendant la période de transition, que plusieurs des placements « informels » d'enfants reçoivent une protection légale conformément aux pratiques des Premières Nations, et qu'une aide financière et des programmes d'aide familiale puissent être nécessaires après ces adoptions.

Dans le cas des Premières Nations qui fonctionnent en vertu d'un accord d'autonomie gouvernementale, d'un traité moderne ou d'un accord sur les revendications territoriales avec le Canada et les provinces, on suppose que les dispositions de ces accords et ententes continuent d'être en vigueur. Toutefois, ces Premières Nations bénéficieront aussi des droits affirmés dans la législation fédérale. Elles auront l'occasion de décider si elles veulent bonifier leurs arrangements en matière de services à l'enfance et à la famille en faisant appel aux outils de la nouvelle législation fédérale. Leurs enfants, leurs jeunes et leurs familles jouiront de nouveaux droits et de nouvelles occasions d'orienter les pratiques de protection de l'enfance conformément à leurs coutumes, leurs traditions, leurs lois et leurs pratiques.

7. La législation provoque un changement immédiat et offre des options de peaufinage et d'amélioration

La Loi présente de nouveaux principes juridiques, des tests, des objectifs et un nouveau contexte aux services à l'enfance et à la famille au plan national. Ces nouvelles obligations légales en matière de prestation de services changeront la façon de fournir des services à l'enfance et à la famille. Les praticiens à tous les niveaux de ces systèmes, qu'il s'agisse de travailleurs sociaux, de travailleurs des services à l'enfance et à la famille, d'intervenants auprès de la jeunesse ou de concepteurs et de gestionnaires de services, devront suivre une formation continue et ajuster leurs procédures opératoires standards pour se conformer aux exigences de la nouvelle Loi.

Il ne fait aucun doute qu'il y aura des interprétations différentes de cette loi, et ces différentes visions devront être débattues devant les tribunaux. Des enjeux de financement et d'autres questions essentielles à la mise en œuvre de cette transition feront l'objet de différends, de négociations et de consultations auprès des gouvernements des Premières Nations, leurs organisations, le Canada, ainsi que les provinces et les territoires.

La Loi sera améliorée et modifiée au fil du temps. Des dispositions prévoient un examen quinquennal (le premier examen est donc prévu pour l'an 2025) et des rapports sur l'efficacité de la Loi à atteindre ses objectifs seront publiés d'ici le premier examen. Des règlements fédéraux devront aussi être élaborés en collaboration avec les Premières Nations, sans quoi le gouverneur en conseil ne pourra pas les approuver. Le mode d'élaboration de la réglementation sera aussi modifié dans le cadre de cette législation. La coopération sera intégrée à tous les niveaux du système, ce qui signifie que l'évolution fait partie intégrante du processus.

L'administration de la nouvelle législation sera également déterminée par le mode de financement des Premières Nations pour le développement de systèmes. C'est à dire que le gouvernement cessera de financer un système inadéquat.

8. Le nouveau régime a t il valeur légale, ou les provinces et les territoires peuvent-ils se désengager?

Quelques provinces et territoires ont exprimé des préoccupations sur la légalité de la nouvelle législation pendant la phase de débat au Parlement. Quelques provinces ou territoires se sont opposés à ces changements législatifs en les qualifiant de trop étendus, et ont indiqué qu'ils ne respecteraient peut être pas la nouvelle loi et pourraient la contester devant les tribunaux si elle était adoptée. C'est un fait que les provinces et les territoires ne sont pas tous dans la même position que le gouvernement fédéral, qui est le gouvernement chargé de faire respecter le droit constitutionnel et l'autorité législative au niveau national en vertu de la constitution canadienne. C'est la norme dans le cadre de la fédération canadienne et la reconnaissance des droits des Premières Nations exige que le gouvernement fédéral assume un rôle de leader. Toutefois, la divergence de positions des gouvernements sur le plan politique ne doit pas signifier que la Loi ne s'applique que dans le cas des provinces qui sont d'accord avec la législation. **Le consentement des provinces et des territoires N'EST PAS requis pour l'entrée en vigueur de la loi.**[8]

9. Conclusions

L'approche législative a été l'un des outils les plus importants pour coloniser, opprimer et nier les droits et l'identité des Premières Nations. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* a imposé le système de protection de l'enfance aux citoyens et aux familles des Premières Nations et leur a causé un tort considérable. Ces torts ne seront pas réparés du jour au lendemain, particulièrement si le système n'est pas réformé de manière intégrale et collaborative avec des ressources adéquates pour soutenir ces changements. Régler les cas de discrimination et se plier aux ordonnances du Tribunal canadien des droits de la personne demandera des correctifs distincts, mais essentiels, pour indemniser directement les victimes d'actes discriminatoires passés et continus. Le Canada doit également apporter ces correctifs dans le cadre d'une réforme systématique et durable du système.

La nouvelle Loi fédérale reconnaît des facteurs historiques à l'origine de violations massives des droits de la personne à l'endroit des enfants, des jeunes, des familles et des communautés des Premières Nations. Le processus législatif des Premières Nations inclut le pouvoir d'appliquer ces lois et de régler les différends découlant de ces lois selon leurs propres pratiques. Les ordonnances légales des Premières Nations confirmées par cette législation auront force de loi au Canada.

La nouvelle législation présente une occasion importante d'appuyer la reconnaissance des droits des Premières Nations et l'édification des Nations, et permet d'interagir directement avec les détenteurs de droits des Premières Nations et leurs gouvernements d'une manière positive et avant gardiste pour le bien des enfants, des jeunes et des familles.

[8] L'analyse des enjeux juridiques et constitutionnels soutenant la validité de la législation fédérale est présentée dans l'article suivant du juge Sébastien Grammond, Federal Legislation on Indigenous Child Welfare in Canada, (2018) http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1300&context=jlsp.

Permettre la présentation des ordonnances juridiques des Premières Nations est un objectif fondamental de la Loi. Comme nous l'avons mentionné, les références à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* [9] en lien avec l'objectif de la Loi offre un contexte d'interprétation à toutes les sections de la Loi, conformément à sa mise en œuvre et à son application.

Les dispositions de la Loi sont libellées en termes assez généraux afin d'affirmer des droits, incluant les ordonnances juridiques des Premières Nations :

> Art. 18 (1) Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille, notamment la compétence législative en matière de tels services et l'exécution et le contrôle d'application des textes législatifs pris en vertu de cette compétence législative.
>
> Art. 18 (2) Pour l'application du paragraphe (1), il est entendu que l'exécution et le contrôle d'application comprend la compétence de prévoir des mécanismes de résolution des différends.

Tous les intervenants de première ligne et les personnes offrant des services aux enfants et aux familles des Premières Nations (comme le personnel chargé de l'accueil, les travailleurs sociaux, les policiers, le personnel des tribunaux, les intervenants auprès de la jeunesse, les agents de justice familiale, les professionnels de la santé, les fournisseurs de services à forfait, les fournisseurs de services en résidence, etc.) devront se familiariser avec les lois, les pratiques et les processus de règlement des différends des Premières Nations. Toutes les personnes œuvrant dans ces domaines de service devront avoir une formation continue.

À cette étape, il est fortement recommandé de s'appuyer sur la formation déjà reçue dans le cadre de vos rôles actuels et de développer de nouvelles compétences en matière de culture autochtone. Si vous n'avez reçu aucune formation de ce type jusqu'à maintenant, ou bénéficiez d'un soutien inadéquat, il serait important de discuter avec votre employeur pour faire de cet apprentissage une priorité. Il ne fait aucun doute que vous devrez modifier vos méthodes et vos façons de faire afin de vous conformer à la nouvelle loi. Une formation continue peut vous aider à mieux comprendre les outils qui entreront en vigueur le 1er janvier 2020 et les lois et politiques des Premières Nations qui feront leur apparition par la suite. Axer votre pratique sur le respect des droits des Premières Nations et l'humilité culturelle serait pour vous un atout considérable. Plusieurs excellentes ressources peuvent vous aider à adopter cette approche.[10]

Bientôt, tous les Canadiens constateront des changements concernant les services à l'enfance et à la famille pour les Premières Nations lorsque la Loi offrira des outils plus solides pour reconnaître et respecter les droits de la personne des enfants, des jeunes, des familles et des communautés des Premières Nations.

---

[9] Article 8(c)

[10] Voir la liste des ressources du Centre de dialogue et d'histoire sur les pensionnats indiens de l'Université de la Colombie Britannique (UBC Indian Residential School History and Dialogue Centre), du Centre national pour la vérité et la réconciliation et d'autres sources de documentation clés. Demandez à vos partenaires des Premières Nations quelles ressources vous devriez consulter pour vous préparer aux changements à venir. Réconciliation Canada offre d'excellents documents et programmes : https://reconciliationcanada.ca.

L'Assemblée des Premières Nations
55, rue Metcalfe, bureau 1600
Ottawa, (Ontario) K1P 6L5
www.afn.ca

Sans frais : 1.866.869.6789
Téléphone : 613.241.6789
Télécopieur : 613.241.5808