

**SONIA HARRIS-SHORT, ABORIGINAL CHILD WELFARE,
SELF-GOVERNMENT AND THE RIGHTS OF INDIGENOUS
CHILDREN: PROTECTING THE VULNERABLE UNDER
INTERNATIONAL LAW, FARNHAM, ASHGATE, 2012**

Geneviève Motard *

La professeure Sonia Harris-Short, de l'Université de Birmingham (Royaume-Uni), propose ici un ouvrage éclairant sur la question de la protection des droits des enfants autochtones dans un contexte de décolonisation. Spécialiste des politiques et du droit familial et directrice du Centre for Professional Legal Education and Research, la professeure Harris-Short s'intéresse plus particulièrement aux droits fondamentaux et aux droits des enfants.

Divisé en trois parties, l'ouvrage propose, dans un tout premier temps, une évaluation comparée des situations historiques et des initiatives étatiques contemporaines en ce qui concerne la protection de la jeunesse autochtone au Canada et en Australie. Dans un deuxième temps, l'auteure s'attache à présenter les risques et les promesses de l'autonomie gouvernementale autochtone en matière de protection de la jeunesse de même que les leçons à tirer de l'expérience canadienne à cet égard. Enfin, dans un troisième et dernier temps, l'auteure étudie le droit à l'autodétermination comme vecteur d'émancipation des peuples autochtones du colonialisme canadien et australien et s'attaque enfin à la difficile question de la conciliation des droits des enfants autochtones et du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. À tous égards, il s'agit là d'un excellent ouvrage qui constitue une synthèse approfondie sur de nombreux enjeux juridiques difficiles – mais fondamentaux – qui sont sous-jacents au processus de décolonisation souhaité par les peuples autochtones.

Le principal objectif poursuivi par l'auteure dans cet ouvrage est « *[t]o explore whether, with reference to the particular issue of Aboriginal child welfare and self-government, these conflicting rights and interests can be successfully reconciled* »¹. La thèse, fort bien démontrée, s'appuie d'abord sur l'idée que les missions, pensionnats et écoles résidentielles mises sur pied, tant au Canada qu'en Australie, par les puissances coloniales et étatiques, ont entamé un cercle d'abus qui se perpétue de nos jours à travers les politiques étatiques de protection de la jeunesse. Comme elle l'explique dans la première partie de l'ouvrage, bien que les objectifs poursuivis par ces politiques soient différents, leur point commun réside dans le retrait des enfants autochtones et leur placement dans des familles ou institutions allochtones. Dans tous les cas, ces politiques ont eu pour effet de couper les liens entre l'enfant, sa famille et sa communauté ainsi qu'entre l'enfant et sa culture d'origine. Bien sûr, les effets des placements dans des institutions comme les écoles

* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

¹ Sonia Harris-Short, *Aboriginal Child Welfare, Self-Government and the Rights of Indigenous Children : Protecting the Vulnerable Under International Law*, Farnham, Ashgate, 2012 à la p 16.

résidentielles sont, comme le démontre l'auteure, beaucoup plus profonds. Ils avaient ainsi pour effet de soustraire l'enfant de la protection que lui assuraient sa famille et sa communauté, ouvrant ainsi la porte à de trop nombreux abus physiques et psychologiques. C'est, par conséquent, sans surprise que les politiques actuelles de protection de la jeunesse qui peuvent avoir pour effet de retirer de sa famille, voire de sa communauté, un enfant victime d'abus, sont suspectes aux yeux de nombreux citoyens des peuples autochtones. Cela sans compter les autres enjeux soulevés par l'application des politiques étatiques en milieu autochtone, comme le sont le racisme ou l'ignorance des spécificités autochtones manifestées par de nombreux décideurs étatiques, dont les tribunaux, tant au Canada qu'en Australie².

Du fait de cette situation, les États ont pris acte de la nécessité de réformer le droit et les institutions étatiques de manière à prendre en compte la spécificité des conditions socioculturelles des diverses communautés autochtones. Cette nécessité explique que les mesures de consultation et de participation des communautés autochtones dans les processus de protection de la jeunesse ne sont plus, affirme l'auteure, remises en question³. Cependant, malgré toute la bonne volonté des acteurs impliqués, l'auteure démontre avec nuance, mais aussi avec grande efficacité, l'échec des réformes juridiques visant à accommoder les règles du droit étatique à la situation particulière des peuples autochtones, au Canada comme en Australie. Ainsi, écrit-elle :

*[D]espite all the goodwill and effort which has gone into these reforms, the results remain disappointing. Judicial acceptance of the new legislative principles has lacked consistency, the impact of core principles such as Aboriginal placement principle on actual outcomes in individual cases has been patchy, and Aboriginal children remain grossly over-represented in the care system.*⁴

Cette conclusion est valable, selon l'auteure, tant en ce qui concerne le Canada que l'Australie.

Ce constat troublant amène l'auteure à proposer une solution plus radicale, soit l'autonomie gouvernementale, ce qu'elle examine dans la deuxième partie de l'ouvrage. Selon elle, l'amélioration des politiques de protection de la jeunesse autochtone sera assurée par la restauration de l'autorité décisionnelle – politique et juridique – autochtone. C'est ce qui, toujours de l'avis de l'auteure, permettra aux peuples autochtones de mettre en œuvre leur propre manière de protéger leurs enfants. À notre sens, cette conclusion de l'auteure est juste et bien fondée.

Or, le droit à l'autonomie gouvernementale est en voie de reconnaissance juridique au Canada, mais non en Australie. Au Canada, écrit Harris-Short, la souveraineté inhérente des peuples autochtones doit constituer le fondement de leur droit à l'autonomie gouvernementale. Ce fondement est, à son avis, important puisqu'il suppose un partage du pouvoir fondé sur une relation égalitaire (et non pas

² *Ibid* aux pp 48-67.

³ *Ibid* à la p 118.

⁴ *Ibid* aux pp 118-119.

hiérarchique), généralement qualifiée de « nation à nation ». En d'autres termes, le droit à l'autonomie ne découle pas du bon vouloir de la Couronne, mais de la préexistence des sociétés autochtones et il continue à exister nonobstant l'interposition de l'État canadien⁵. Il doit, par conséquent, comprendre un contrôle de leurs affaires intérieures, voire extérieures, dans les domaines social, économique, culturel et politique. La portée de ce droit serait donc potentiellement très large, d'autant plus que cela remet en question le principe cardinal de la souveraineté canadienne. Malgré les affirmations des autorités canadiennes à l'effet de reconnaître le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie, l'auteure présente une synthèse fort juste des limites de la protection administrative, constitutionnelle et judiciaire reconnue à ce droit au Canada.

Enfin, en dépit de la nécessité de reconnaître et de mettre en œuvre l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones, l'auteure estime que des mesures doivent être adoptées pour assurer la protection des individus les plus vulnérables des communautés autochtones. En effet, l'expérience canadienne montre bien que cette autonomie n'est pas sans risque, particulièrement lorsque les moyens pour soutenir les politiques adoptées par les communautés autochtones sont insuffisants, lorsque la communauté n'est pas prête ou encore lorsque les positions idéologiques des dirigeants autochtones portent atteinte à des droits individuels fondamentaux.

Ces risques expliqués, l'auteure soutient néanmoins l'idée que l'autonomie gouvernementale constitue une solution incontournable pour décoloniser le droit canadien et australien. Dès lors, une réflexion s'impose pour assurer la conciliation des droits individuels et du droit à l'autonomie gouvernementale, lequel constitue une composante du droit à l'autodétermination et la voie principale vers la décolonisation.

En vue d'élargir la réflexion à ce sujet, l'auteure passe à une étude du droit à l'autodétermination et de sa protection en droit international. La mise en comparaison des situations internes des deux États perd ici de sa pertinence. En effet, la question du droit international prend alors le relais et l'auteure ne revient plus, dans la dernière partie de l'ouvrage, sur les points communs ou les distinctions à faire entre la situation des peuples autochtones en Australie et au Canada au regard de l'application du droit international.

Dans cette dernière partie, l'auteure propose une synthèse de grande qualité des questions et débats soulevés par la reconnaissance du droit à l'autodétermination à l'échelle internationale. En outre, l'auteure examine la question des relations entre les ordres juridiques étatique, international et autochtone, de l'articulation entre la protection des droits individuels et collectifs des autochtones, des titulaires et de la portée du droit à l'autodétermination, de la nature impérialiste – ou non – du droit international public ainsi que celle de l'adaptabilité culturelle des droits de l'enfant reconnus par le droit international, par exemple, l'application du principe du meilleur intérêt de l'enfant. Après une revue de ces questions complexes et délicates, la

⁵ *Ibid* à la p 151.

professeure Harris-Short conclut qu'en vertu du droit international, l'exercice du droit à l'autodétermination par les peuples autochtones « [w]ill not therefore be at the expense of the human rights entitlements of individual citizens »⁶. Cependant, ajoutée-elle, les standards de protection des droits fondamentaux qui doivent être retenus sont ceux du droit international et non ceux du droit interne. S'agissant de la situation canadienne, elle estime que la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ ne devrait pas être imposée aux peuples autochtones qui revendiquent l'exercice de leur droit à l'autonomie. À son avis, le respect des standards internationaux en matière de droits fondamentaux sera mieux à même de respecter l'objectif de décolonisation que ne l'est l'imposition de la *Charte canadienne*, un instrument qui est, selon elle, « monoculturel ». En imposant l'application de la *Charte canadienne* aux gouvernements autochtones, le Canada échoue à trouver un juste équilibre entre le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et la protection des droits fondamentaux. La professeure Harris-Short se positionne ainsi dans un débat qui a déjà fait couler beaucoup d'encre au Canada⁸. Malgré la solution audacieuse à laquelle elle arrive, son propos est convaincant, car fort bien documenté et argumenté.

Au final, la démonstration est efficace, ce qui est sans doute dû aux propos nuancés de l'auteure, au bon jugement qu'elle démontre tout au long de l'ouvrage, de même qu'à la rigueur et à la qualité de la recherche que l'on perçoit tout au long de la lecture. On ne saurait clore cette synthèse sans souligner la qualité de la plume de l'auteure, laquelle rend la lecture de l'ouvrage des plus agréables.

⁶ *Ibid* à la p 280.

⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*].

⁸ Voir notamment Ghislain Otis, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne? » (2004-2005) 36 RD Ottawa 207; Patrick Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001 aux pp 194-233.