

L'adoption coutumière et l'adoption québécoise : vers l'émergence d'une interface entre les deux cultures ?

Carmen Lavallée

Volume 41, Number 2, 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026936ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026936ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lavallée, C. (2011). L'adoption coutumière et l'adoption québécoise : vers l'émergence d'une interface entre les deux cultures ? *Revue générale de droit*, 41(2), 655–702. <https://doi.org/10.7202/1026936ar>

Article abstract

The legal adoption and the customary adoption are usually presented in terms of the differences between them. However, this article aims at highlighting the similarities between the civil law and the aboriginal values in terms of adoption, and develops a hypothesis concerning the emergence of an interface between the two cultures. The analysis is based on the judiciary decisions published in the last ten years and on the report written by the working group on the adoption regime in the province of Quebec. In the first part, the author deals with the importance of cultural relativism in the apprehension of customary adoption. The second part is dedicated to the admission of the customary adoption by the Quebec courts. The author explores the difficulties related to the coexistence of the statutory law and the customary law. She also illustrates how complex is the interpretation regarding the interest of the aboriginal child, given the importance of the individual and collective rights. Finally, the third part of the study focuses on the reform of the adoption in the province of Quebec and on the recognition of the customary adoption. The author presents the new parameters proposed for the support of a possible reform of the legal adoption along with the issues around the recognition of the customary adoption. The realities are not necessarily the same in both cultures, but in both cases, the challenge consists in preserving the rights and the interests of the child whom is subject to adoption, regardless of the form it takes.

L'adoption coutumière et l'adoption québécoise : vers l'émergence d'une interface entre les deux cultures?

CARMEN LAVALLÉE

Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

RÉSUMÉ

L'adoption légale et l'adoption coutumière sont généralement présentées au regard des différences qui les opposent.

Le présent article vise, au contraire, à mettre en lumière les rapprochements entre le droit civil et les valeurs autochtones en matière d'adoption et pose l'hypothèse de l'émergence d'une interface entre les deux cultures.

L'analyse est basée sur les décisions judiciaires publiées au cours des dix dernières années, ainsi que sur le rapport du Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption. Dans la première partie, l'auteure aborde l'importance du relativisme culturel dans l'appréhension de l'adoption coutumière. La deuxième partie est consacrée à la réception de l'adoption coutumière par les tribunaux québécois. Elle explore les

ABSTRACT

The legal adoption and the customary adoption are usually presented in terms of the differences between them. However, this article aims at highlighting the similarities between the civil law and the aboriginal values in terms of adoption, and develops a hypothesis concerning the emergence of an interface between the two cultures. The analysis is based on the judiciary decisions published in the last ten years and on the report written by the working group on the adoption regime in the province of Quebec. In the first part, the author deals with the importance of cultural relativism in the apprehension of customary adoption. The second part is dedicated to the admission of the customary adoption by the Quebec courts. The author

difficultés liées à la coexistence du droit étatique et du droit coutumier. Elle illustre également la complexité de l'interprétation de la notion d'intérêt de l'enfant autochtone selon l'importance accordée aux droits individuels ou aux droits collectifs. Finalement, la troisième partie de l'étude porte sur la réforme de l'adoption québécoise et sur la reconnaissance de l'adoption coutumière. Elle présente les nouveaux paramètres proposés au soutien d'une éventuelle réforme de l'adoption légale, ainsi que les enjeux autour de la reconnaissance de l'adoption coutumière. Les réalités ne sont pas forcément les mêmes dans les deux cultures, mais le défi consiste essentiellement, dans un cas comme dans l'autre, à préserver les droits et l'intérêt de l'enfant qui fait l'objet de l'adoption, peu importe la forme que celle-ci revêt.

Mots-clés : *Adoption, adoption coutumière, enfant autochtone, intérêt de l'enfant, adoption intrafamiliale, confidentialité, protection, état civil, évaluation psychosociale, droits individuels, droits collectifs.*

explores the difficulties related to the coexistence of the statutory law and the customary law. She also illustrates how complex is the interpretation regarding the interest of the aboriginal child, given the importance of the individual and collective rights. Finally, the third part of the study focuses on the reform of the adoption in the province of Quebec and on the recognition of the customary adoption. The author presents the new parameters proposed for the support of a possible reform of the legal adoption along with the issues around the recognition of the customary adoption. The realities are not necessarily the same in both cultures, but in both cases, the challenge consists in preserving the rights and the interests of the child whom is subject to adoption, regardless of the form it takes.

Key-words : *Adoption, customary adoption, aboriginal child, interest of the child, domestic adoption, confidentiality, protection, civil status, psychosocial evaluation, individual rights, collective rights.*

SOMMAIRE

Introduction	657
1. L'appréhension de l'adoption coutumière : l'importance du relativisme culturel	661
1.1 L'adoption coutumière chez les Inuits	662
1.2 L'adoption coutumière chez les Premières Nations.....	664
1.3 Les convergences et les divergences entre les différents modèles d'adoption.....	666
2. La réception de l'adoption coutumière par les tribunaux québécois : un constat exploratoire	671
2.1 Les difficultés soulevées par la coexistence du droit étatique et du droit coutumier.....	671
2.2 L'intérêt de l'enfant : une interprétation fondée sur les droits individuels ou sur les droits collectifs?.....	681
3. La réforme de l'adoption québécoise et la reconnaissance de l'adoption coutumière : un même défi derrière des réalités différentes?	692
3.1 Les nouveaux paramètres proposés au soutien de la réforme de l'adoption québécoise	693
3.2 La reconnaissance de l'adoption coutumière par le droit étatique : assimilation, instrumentalisation ou avancée pour les droits des enfants autochtones?	696
Conclusion	701

INTRODUCTION

1. Le défi que représente l'intégration des différences culturelles en matière d'adoption est mieux connu depuis l'émergence de l'adoption internationale. Celle-ci a mis en lumière la nécessité de prendre en compte les différences qui existent entre les pays d'origine et les pays d'accueil des enfants, principalement celles qui ont trait à la conception de la famille et

à la place que l'enfant y occupe¹. Le déplacement d'un enfant, d'un pays vers un autre ou d'une communauté vers une autre, suscite nécessairement un certain nombre de difficultés. Nul ne conteste plus que l'adopté est susceptible de vivre des problèmes identitaires. Les modalités relatives à la circulation des enfants n'étant pas les mêmes dans toutes les cultures, elles peuvent entraîner un arrimage difficile entre le droit interne et le droit étranger. Néanmoins, la réflexion sur l'adoption internationale est de plus en plus diversifiée et multidisciplinaire. Paradoxalement, l'adoption coutumière, qui présente des analogies manifestes avec l'adoption internationale en ce qui concerne l'intégration des différences culturelles, a été presque complètement ignorée par la doctrine. Il reste donc beaucoup à faire pour appréhender et mieux comprendre l'adoption pratiquée chez les peuples autochtones².

2. L'adoption coutumière est encore très fréquente. Environ 20 à 40 % des Inuits en auraient fait l'objet. Le taux varie selon l'année de naissance de l'adopté³. Les représentants des communautés autochtones ont présenté des demandes répétées au législateur québécois afin d'obtenir la reconnaissance juridique de cette pratique. Ces revendications ont culminé au cours des dernières années. En 2005, au moment de l'étude des modifications proposées à la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁴, des intervenants, des chercheurs et des représentants autochtones ont demandé que le régime québécois

1. Chantal COLLARD, Carmen LAVALLÉE, Françoise-Romaine OUELLETTE, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale », (2006) 5 *Enfances, Familles, Générations* 73.

2. L'expression « peuple autochtone » inclut les Premières Nations, les Inuits et les Métis.

3. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Registre des bénéficiaires de la Convention de la Baie James* 2001, cité dans : GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, sous la présidence de C. LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, mars 2007, p. 104 (ci-après « Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption »). Le rapport est disponible sur le site du ministère de la Justice, [En ligne]. <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/adoption-rap.htm> (Page consultée le 14 octobre 2011); Bernard SALADIN D'ANGLURE, « Réflexions anthropologiques à propos d'un "3^e sexe social" chez les Inuit », (2006) 41-42 *Conjonctures* 177, note 5. Selon cet auteur, le pourcentage des Inuits qui auraient fait l'objet d'une adoption atteindrait 40 %.

4. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 (ci-après « L.P.J. »).

d'adoption soit réévalué, notamment afin d'y inclure la question de l'adoption coutumière⁵. Pour répondre à ces préoccupations, les ministres de la Justice et de la Santé et des services sociaux du Québec ont formé un groupe de travail dont le mandat était « d'évaluer le régime québécois d'adoption en fonction de la réalité sociale d'aujourd'hui et de proposer, s'il y a lieu, les modifications à ce régime considérées opportunes, nécessaires ou utiles »⁶. Au départ, l'adoption coutumière faisait partie du mandat du Groupe de travail. Toutefois, la spécificité de cette forme d'adoption, le fait qu'elle n'était pratiquement pas documentée et la demande des représentants autochtones réclamant de faire partie intégrante du processus de réflexion ont conduit le Groupe de travail sur l'adoption québécoise à recommander la formation d'un autre groupe, incluant des représentants autochtones, pour étudier plus étroitement cette problématique. Présidé par un représentant du ministère de la Justice, le groupe a été formé en 2008 et son mandat consiste précisément à étudier l'adoption coutumière au Québec et à l'étranger afin de présenter différents scénarios de reconnaissance de celle-ci en droit québécois⁷. À ce jour, le groupe n'a pas encore remis son rapport.

3. En plus des pressions politiques, des démarches judiciaires ont été entreprises. La réception de l'adoption coutumière par les tribunaux s'était, jusqu'à tout récemment, fondée sur une approche individualiste du droit de l'adoption. Toutefois, la Cour d'appel du Québec a récemment autorisé le Grand Conseil des Cris et l'Autorité régionale des Cris à intervenir dans une instance en déclaration d'admissibilité

5. COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR (CSSSPNQL), *Mémoire portant sur le projet de loi n° 125 « Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives »*, 16 décembre 2005, p. 17; FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, REGROUPEMENT DES CENTRES D'AMITIÉ AUTOCHTONES DU QUÉBEC, *Mémoire conjoint concernant la révision de la Loi sur la protection de la jeunesse*, juillet 2005, p. 11.

6. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, préc., note 3, annexe 1.

7. Document présentant le mandat du Groupe de travail. Ce document est joint à une lettre des ministres de la Santé et des Services sociaux et de la Justice, adressée au chef des Premières Nations du Québec et du Labrador en date du 25 mars 2008, [En ligne]. <http://www.cssspnql.com/fr/s-sociaux/documents/TRquebecletterfr.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2011).

à l'adoption d'une enfant ayant fait l'objet d'une adoption coutumière⁸. La Cour limite toutefois l'intervention à des questions ciblées concernant principalement la reconnaissance ou non de l'adoption coutumière dans la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*⁹ et l'impact potentiel d'une telle reconnaissance¹⁰. L'adoption coutumière est donc plus que jamais un sujet d'actualité, alors que se prépare une autre réforme, celle de l'adoption québécoise¹¹. Or, un même défi pourrait bien se cacher derrière des réalités différentes.

4. Jusqu'à présent, l'adoption légale et l'adoption coutumière ont surtout été présentées en regard des différences qui les opposent¹². Cet article vise à remettre en question cette perspective. L'hypothèse de départ consiste, au contraire, en la constatation de l'émergence d'une interface entre l'adoption québécoise et l'adoption pratiquée chez les peuples autochtones. Il s'agit essentiellement de poser les premiers jalons d'une réflexion plus approfondie portant sur les antagonismes, mais aussi sur les concordances existant entre les deux types d'adoption. L'analyse est basée sur les décisions publiées et qui abordent la question de l'adoption coutumière de 2000 à 2011. L'exposé se fonde également sur le rapport du Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption¹³ et sur l'avant-projet de loi¹⁴ présenté pour faire suite aux recommandations émises.

8. *Adoption* — 09201, [2009] R.J.Q. 2217 (C.A.).

9. *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, L.R.Q., c. C-67.

10. La reconnaissance de l'adoption coutumière s'inscrit dans la perspective plus large de la reconnaissance du droit coutumier au Canada. Elle soulève donc plusieurs questions constitutionnelles qui ne font pas l'objet du présent article.

11. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, avant-projet de loi, 1^{re} sess., 39^e légis., 2009 (Québec).

12. Daniel BÉDARD, « L'adoption traditionnelle chez les Inuits : quelques aperçus », in Tara COLLINS et al. (dir.), *Droits de l'enfant. Actes de la Conférence internationale, Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 407; Cindy L. BALDASSI, « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada : Comparisons, Contrasts, and Convergences », (2006) 39(1) *U.B.C. L. Rev.* 63.

13. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, préc., note 3.

14. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, avant-projet de loi, préc., note 11.

1. L'APPRÉHENSION DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE : L'IMPORTANCE DU RELATIVISME CULTUREL

5. D'entrée de jeu, il importe de se questionner sur le sens des termes utilisés. Dans la littérature sur le sujet ou dans le langage courant, les expressions « adoption traditionnelle » et « adoption coutumière » sont utilisées indistinctement. L'expression « adoption coutumière » semble être la traduction libre des termes anglophones « *customary adoption* » ou « *custom adoption* », pratiquée par les Premières Nations du Canada¹⁵ ou par d'autres communautés à travers le monde. Pourtant, les Inuits, qui ont eux aussi l'anglais comme langue seconde, utilisent également le vocable « adoption traditionnelle ». Les deux pratiques constituent une forme de circulation des enfants pratiquée au sein de ces communautés. L'adoption coutumière réfère expressément à la coutume, une des sources fondatrices du droit, la coutume étant ancrée, elle-même, dans la culture et dans la tradition. Ainsi, l'expression « adoption coutumière » connoterait particulièrement l'aspect juridique, alors que l'expression « adoption traditionnelle » mettrait de l'avant la facette culturelle de la pratique. Aux fins du présent article, principalement à caractère juridique, l'utilisation de l'expression « adoption coutumière » est donc privilégiée.

6. Définir précisément le sens et la portée de l'adoption pratiquée chez les Autochtones reste difficile, car les pratiques sont multiples et très peu documentées, notamment parce qu'elles se fondent sur la tradition orale. Toutefois, les revendications présentées par les communautés autochtones pour obtenir la reconnaissance de leurs pratiques d'adoption les obligent à mieux les définir. La consultation de différents textes juridiques et les témoignages présentés devant les groupes de travail sur l'adoption québécoise et l'adoption coutumière permettent de jeter un éclairage sur une coutume qui varie selon qu'on la retrouve chez les Inuits ou chez les Premières Nations.

15. C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 12.

1.1 L'ADOPTION COUTUMIÈRE CHEZ LES INUITS

7. L'adoption coutumière chez les Inuits concernerait majoritairement des nouveau-nés. En principe, le transfert de l'enfant se réalise à l'intérieur de la famille élargie, mais pas exclusivement. La décision d'adopter ou de donner l'enfant en adoption est prise durant la grossesse de la mère ou dès les premiers jours après la naissance. Selon les Inuits, cela permettrait aux adoptants de se préparer à la venue de l'enfant dans leur famille¹⁶. Cependant, il peut arriver que l'enfant soit plus âgé. Il peut être devenu orphelin ou être victime de violence, de mauvais traitements ou de négligence de la part de ses parents biologiques. Dans ces hypothèses, un ascendant ou un parent en ligne collatérale peut l'adopter sous la forme coutumière. Cela explique le fait que les parents des enfants adoptés sont souvent plus âgés que les parents des autres enfants. Adoptés au sein de leur famille, ces enfants vivent souvent dans la même maison que leur mère biologique¹⁷. Si ce n'est pas le cas, l'enfant connaît généralement l'identité de ses parents et peut continuer d'entretenir, ou non, des relations avec eux. Cette ouverture est considérée comme positive par toutes les parties.

8. Tout le processus se déroule verbalement; la parole donnée est sacrée. Les communautés sont généralement petites, l'adoption se réalise au grand jour. En principe, l'enfant est rapidement informé de son statut d'adopté. Selon les Inuits, le libre choix qui s'effectue entre l'adoptant et le parent d'origine, ainsi que l'absence de secret seraient les principales raisons qui les conduisent à perpétuer cette pratique. Dans leur esprit, l'adoption s'apparente à un don; elle implique un volet spirituel. Ils se disent très attachés

16. Documents fournis par la Société Makivik au Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption (ci-après « Documents soumis par la Société Makivik »); *Inuit Customary Adoption*, 1992; *Registre de l'état civil et adoption au Nord-du-Québec*, 1993; *Inuit Customary Adoption*, Société Makivik et Régie régionale de la santé et des services sociaux du Nunavik, 2007.

17. L'adoption est souvent réalisée par les grands-parents parce que la mère est trop jeune et n'est pas encore prête à élever un enfant. Pour mieux comprendre cette pratique, il faut savoir qu'au Nunavik, plus de 50 % de la population est âgée de moins de 20 ans. Le nombre d'enfants âgés entre zéro et cinq ans est deux fois et demie plus élevé qu'ailleurs au Québec; Société Makivik et RRSSS du Nunavik, 2007.

au fait que l'adoption coutumière se réalise sans intermédiaire, sans papier et sans délai¹⁸.

9. L'adoption chez les Inuits traduit d'autres réalités et d'autres préoccupations que l'adoption légale. Le nom sert parfois à faire revivre un ancêtre, l'identité n'est pas forcément fixe et les transgressions quant aux générations et au sexe sont fréquentes¹⁹. Bien qu'il soit très difficile, voire impossible, de traduire avec justesse dans la culture juridique occidentale les effets de l'adoption coutumière chez les Inuits, il importe de tracer certains parallèles nécessaires à toute tentative de reconnaissance de la pratique par le droit étatique. Selon les représentants inuits, l'adopté fait partie intégrante de sa nouvelle famille. Les parents adoptants ont les mêmes droits et obligations à l'égard de l'adopté que si ce dernier était leur enfant biologique. Le choix du nom de l'enfant est laissé aux adoptants, surtout s'il s'agit d'un nourrisson²⁰. L'adoption chez les Inuits entraîne donc un changement dans l'identité sociale de l'enfant, mais il n'y a pas de secret autour de sa filiation d'origine.

10. L'adoption chez les Inuits fait déjà l'objet d'une certaine reconnaissance par les autorités civiles québécoises. En effet, avant la réforme du *Code civil du Québec*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994, il revenait aux curés des paroisses d'établir l'acte de naissance des enfants. Or, une pratique avait été instaurée selon laquelle l'acte de naissance était dressé à la suite de l'adoption coutumière. Les adoptants apparaissaient donc à l'acte de naissance comme les parents légaux de l'enfant²¹. Après la réforme, l'attribution exclusive au directeur de l'état civil de la responsabilité d'établir les actes de naissance a mis fin à cette manière de procéder. Une entente

18. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, préc., note 3, p. 107.

19. Bernard SALADIN D'ANGLURE, « La parenté élective chez les Inuit du Canada, fiction empirique ou réalité virtuelle? », in Agnès FINE (dir.), *Adoptions. Ethnologie des parentés choisies*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1998, p. 121.

20. Documents soumis par la Société Makivik, préc., note 16.

21. Conférence de M^e Mylène Larivière de la Société Makivik, lors de l'atelier scientifique « La reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone au Québec et ailleurs : le défi du plurijuridisme », tenu à Ottawa le 18 février 2011, organisé par la Chaire de recherche du Canada et la diversité juridique et les peuples autochtones.

est alors intervenue entre les autorités québécoises et les communautés du Nunavik. Conformément à une directive émise par le directeur de l'état civil, une procédure simplifiée constate dorénavant l'adoption coutumière.

11. Chaque communauté du Nunavik doit désigner une personne qui connaît bien l'adoption coutumière et qui est chargée de la confirmation de ces adoptions. La procédure consiste à colliger les renseignements sur l'enfant, ses parents biologiques et les adoptants. La personne désignée doit attester la naissance de l'enfant, de la date où il a été confié aux adoptants et du respect de la tradition. L'attestation constate également que l'enfant est connu sous le nom choisi par les parents adoptifs. Elle est signée par les parents biologiques, les adoptants et les autres personnes désignées. Sur la foi de ce document, le directeur de l'état civil procède à l'émission de l'acte de naissance de l'enfant, sur lequel les adoptants apparaissent comme les seuls parents légaux²². L'acte de naissance établit donc le secret de la filiation antérieure, un effet pourtant rejeté par la coutume chez les Inuits. Dans la majorité des cas, il ne s'agit pas d'un changement de filiation puisque l'enfant ne dispose pas d'une filiation légalement établie au moment de l'adoption coutumière.

1.2 L'ADOPTION COUTUMIÈRE CHEZ LES PREMIÈRES NATIONS

12. L'adoption coutumière chez les Premières Nations est encore plus difficile à documenter parce que les pratiques sont multiples. L'organisme Femmes Autochtones du Québec a réalisé récemment une recherche en s'appuyant sur des entrevues et des groupes de discussion²³. Les conclusions démontrent que non seulement la pratique est toujours en vigueur dans la plupart des communautés, mais qu'elle varie d'une nation à une autre, d'une communauté à une autre et

22. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, préc., note 3, p. 108.

23. Pour plus de détails sur la méthodologie utilisée, voir FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, *Recherche complémentaire sur les pratiques traditionnelles et coutumières de garde ou d'adoption des enfants dans les communautés autochtones du Québec*, présenté au Groupe de travail sur l'adoption coutumière dans les communautés autochtones, août 2010, p. 9.

même d'une famille à une autre²⁴. La pratique consiste essentiellement en la possibilité pour des parents biologiques autochtones de demander à d'autres personnes de leur communauté, en principe des membres de leur famille, de prendre soin de leur enfant. Aucun document légal n'est signé entre les parties pour attester la responsabilité des adoptants à l'égard de l'enfant. Il s'agit essentiellement du « transfert des responsabilités parentales sur une base temporaire ou indéterminée »²⁵. La mesure peut être conçue au départ comme temporaire, mais elle peut durer par la suite sur une longue période et devenir permanente. De plus, il n'est pas toujours aisé de savoir s'il s'agit d'une délégation complète des droits parentaux ou d'un partage de l'autorité parentale, qui serait exercée conjointement par les parents biologiques et les adoptants²⁶.

13. L'expression « garde coutumière » est aussi très souvent utilisée en tant que synonyme « d'adoption coutumière ». Elle est sans doute plus juste dans la culture juridique occidentale, puisqu'en principe, elle ne suppose pas la modification de la filiation de l'enfant qui en fait l'objet²⁷. Ainsi, l'adoption coutumière pourrait plus justement être assimilée à une délégation des droits de l'autorité parentale²⁸, plutôt qu'à une adoption légale.

14. En principe, l'adoption coutumière se réalise à l'intérieur de la famille élargie. Il existe toutefois des exceptions. Par exemple, dans la nation algonquine de Kitcisakik, la tradition a évolué et l'enfant peut être placé à l'extérieur de sa famille²⁹. Cependant, que l'adoption soit intrafamiliale ou non, l'identité des parties est connue. L'enfant et les parents d'origine peuvent maintenir des relations. L'adoption coutumière chez les

24. *Id.*, p. 10.

25. *Ibid.*

26. C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 12, n° 13.

27. *Dans la situation de Q. (M.)*, EYB 2005-89405 (C.Q.).

28. Jeannie HOUSE, « The Changing Face of Adoption : The Challenge of Open and Custom Adoption », (1995-1996) 13 *CFLQ* 333. Les Premières Nations semblent faire une différence entre la délégation de l'autorité parentale et l'adoption selon le laps de temps, plus ou moins long, de la remise de l'enfant à l'adulte qui en assume la charge; COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR, *Présentation devant le Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption*, 2007, p. 10.

29. FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, *préc.*, note 23, p. 11.

Premières Nations n'entraîne aucun changement dans la filiation ou dans l'identité juridique de l'enfant. Le maintien du lien de filiation entre l'enfant et les parents biologiques est perçu comme un élément fondamental de la pratique. Les communautés y voient l'assurance que l'enfant ne perdra pas son statut d'Indien et que sa langue et sa culture seront protégées³⁰. Les tribunaux ont pourtant statué depuis longtemps que l'adoption légale d'un enfant autochtone par des non-autochtones ne faisait pas perdre à celui-ci son statut d'Indien³¹. Quoi qu'il en soit, la crainte que les enfants soient « kidnappés » par les services de protection de la jeunesse reste très présente au sein des communautés autochtones. La douloureuse expérience des pensionnats indiens n'est certainement pas étrangère à la perpétuation de cette crainte³². Elle contribue peut-être aussi à la persistance d'une croyance, plus ou moins exacte, selon laquelle l'adoption légale n'a rien en commun avec l'adoption coutumière.

1.3 LES CONVERGENCES ET LES DIVERGENCES ENTRE LES DIFFÉRENTS MODÈLES D'ADOPTION

15. L'adoption dans les communautés autochtones se pratique depuis des temps immémoriaux, elle relève donc d'une autre logique que celle de l'adoption québécoise, dont l'apparition, d'un point de vue historique, est somme toute assez récente³³. Des finalités différentes sont poursuivies et c'est en cela que l'adoption légale et l'adoption coutumière se distinguent le plus l'une de l'autre. L'adoption légale, en tant que projet de vie, se fonde sur l'impossibilité matérielle pour l'enfant de demeurer ou de retourner dans sa famille d'origine à cause de l'incapacité de cette dernière à subvenir à ses besoins. Ce type d'adoption ne peut donc être prononcé que si

30. FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC ET REGROUPEMENT DES CENTRES D'AMITIÉ AUTOCHTONES DU QUÉBEC, *L'adoption traditionnelle ou coutumière chez les Autochtones*, document présenté au Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, février 2007, p. 7.

31. *Les parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751.

32. FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, préc., note 23, p. 12.

33. La première loi québécoise sur l'adoption remonte à 1924 : *Loi concernant l'adoption*, 14 Geo. V., 1924, c. 75.

l'intérêt de l'enfant l'exige. Au contraire, l'adoption coutumière peut survenir pour plusieurs raisons, dont certaines peuvent être complètement étrangères aux besoins de l'enfant tels que définis dans la culture québécoise. La circulation de l'enfant d'une famille vers une autre peut être motivée par la volonté de donner un enfant à un couple qui n'en a pas ou pour assister des parents âgés lorsque leurs propres enfants ont définitivement quitté la maison. Les parents d'origine peuvent ne pas pouvoir ou ne pas vouloir élever un enfant à un moment précis de leur vie. Certaines familles peuvent juger avoir trop de jeunes enfants à élever. La maladie ou les difficultés personnelles des parents sont aussi des causes fréquentes de l'adoption coutumière³⁴.

16. L'adoption pratiquée chez les Inuits et celle que l'on retrouve chez les Premières Nations présentent de nombreuses similitudes. L'entente est toujours verbale et elle se réalise sans intermédiaire étatique. Il s'agit principalement d'une adoption intrafamiliale, caractérisée par la place prépondérante occupée par les femmes, particulièrement les aînées. En effet, il arrive que les hommes, pères biologiques ou adoptants, ne soient informés de l'adoption qu'une fois celle-ci réalisée³⁵. L'enfant est confié à une autre femme ou à un couple lorsque la mère adoptante a un conjoint. Chez les Inuits, les grands-parents constituent le groupe d'adoptants le plus important, principalement pour l'adoption du premier-né de leurs descendants³⁶.

17. La jurisprudence semble corroborer la place prépondérante des grands-parents. Sur un total de 24 décisions analysées, dans lesquelles il est expressément fait mention de l'adoption de l'enfant sous la forme coutumière, on ne précise pas, dans 10 d'entre elles, s'il existe ou non un lien de filiation entre l'enfant et les adoptants. En revanche, il est spécifié que

34. C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 12, n^{os} 16 à 21.

35. D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 12, p. 414. Dans les Territoires du Nord-Ouest, où l'adoption coutumière fait l'objet d'une reconnaissance législative, une procédure et un registre des adoptions coutumières ont été mis en place. Aucune obligation n'est faite au commissaire de rechercher le père putatif pour connaître son avis sur l'adoption de l'enfant; *S.K.K. v. J.S.*, 2002 CanLII 53332 (Nu. C.J.), par. 42. Dans l'affaire *L.P. v. A.P.*, (2008) 147 A.C.W.S. (3d) 899 (Nu. C.J.), le père biologique conteste la validité de l'adoption coutumière de son enfant, à laquelle il n'aurait pas consenti.

36. Voir : *S.K.K. v. J.S.*, *id.*, par. 18; C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 12, n^o 15.

l'adoptante est la grand-mère de l'enfant dans 9 des 14 autres décisions³⁷. Dans deux cas, l'enfant est adopté par la sœur de la mère³⁸, dans un cas, par la cousine de la mère³⁹, dans un autre cas, par la tante de la mère⁴⁰. Dans la dernière situation, l'enfant est adopté par son arrière-grand-mère⁴¹. Cette analyse, bien que sommaire, confirme le caractère intrafamilial de l'adoption et le fait que la décision est le plus souvent prise par les femmes de la famille ou de la communauté.

18. Traditionnellement, la famille élargie jouait un rôle important au sein des communautés autochtones. Elle participait à l'éducation des enfants et à la satisfaction de leurs besoins. Selon l'organisme Femmes autochtones, la famille élargie devrait bénéficier d'une priorité sur les autres familles lorsque vient le temps de placer l'enfant dans une famille d'accueil à la suite d'une situation de crise vécue par les parents biologiques ou adoptants⁴². Or, la dernière réforme apportée à la L.P.J. atteste déjà la préséance de la famille élargie au moment du placement de l'enfant à l'extérieur de sa famille nucléaire⁴³. L'obligation désormais faite au directeur de la protection de la jeunesse de se tourner d'abord vers la famille élargie de l'enfant s'applique également aux enfants autochtones.

19. Le concept d'abandon parental est rejeté autant par les Inuits que par les Premières Nations. Dans la culture

37. *Dans la situation de X*, C.Q. Abitibi (Ch.j.), n° 635-41-000262-094, 26 janvier 2011, j. Leduc; *Dans la situation de X*, C.Q. Abitibi (Ch.j.), n° 635-41-00031-097, 26 mai 2010, j. Leduc; *Protection de la jeunesse* — 093581, 2009 QCCQ 15426; *Protection de la jeunesse* — 087617, 2008 QCCQ 19723; *Protection de la jeunesse* — 086200, 2008 QCCQ 18507; *Protection de la jeunesse* — 08420, 2008 QCCQ 8737; *Protection de la jeunesse* — 076278, 2007 QCCQ 18998; K.C.M., *Re*, 2004 CanLII 21755 (QC CQ); *Deer c. Okpik*, EYB 1980-137786 (C.S.).

38. *Protection de la jeunesse* — 08417, 2008 QCCQ 8734; *Dans la situation de P. (D.F.)*, REJB 2000-23536 (C.Q.).

39. *Protection de la jeunesse* — 086421, 2008 QCCQ 18305.

40. *Dans la situation de Q. (M.)*, préc., note 27.

41. *Protection de la jeunesse* — 093850, 2009 QCCQ 15789.

42. FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC ET REGROUPEMENT DES CENTRES D'AMITIÉ AUTOCHTONES DU QUÉBEC, préc., note 30, p. 15.

43. L'article 4 de la L.P.J. précise que l'intervention doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial. Toutefois, si cela n'est pas possible, la décision doit « tendre à lui assurer, dans la mesure du possible auprès des personnes qui lui sont les plus significatives, notamment les grands-parents et les autres membres de la famille élargie, la continuité des soins et la stabilité des liens [...] ».

autochtone, le parent qui consent à l'adoption selon la coutume n'abandonne pas son enfant. Il reconnaît simplement qu'il n'est pas en mesure d'assumer ses responsabilités parentales. Il choisit alors de confier à quelqu'un d'autre, normalement un membre de sa famille, la responsabilité d'assumer le soin, l'entretien et l'éducation de son enfant. Le parent biologique pose un geste responsable. L'adoption coutumière lui permet de maintenir des liens avec son enfant, tout en assurant la protection de la langue, de la culture et de l'identité autochtone de l'enfant⁴⁴.

20. Or, l'abandon parental, qui constitue le principal motif qui conduit l'enfant vers l'adoption à la suite d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption, est une idée qui ne fait pas non plus l'unanimité au sein de la société québécoise. Si l'on demandait aux parents non autochtones dont les enfants ont fait l'objet d'une déclaration d'admissibilité à l'adoption s'ils considèrent avoir abandonné leur enfant, il y a fort à parier que la très grande majorité d'entre eux répondrait par la négative. Très peu d'enfants québécois font l'objet d'un consentement parental à l'adoption, et la plupart des procédures en déclaration d'admissibilité à l'adoption procèdent par défaut. Plusieurs parents reconnaissent ainsi leur incapacité à assumer, de fait, le soin, l'entretien et l'éducation de leur enfant, mais ne se résignent pas à consentir à son adoption plénière, un geste considéré comme un abandon et encore très mal perçu socialement⁴⁵.

21. Une disparité fondamentale existe toutefois entre l'adoption pratiquée chez les Inuits et celle pratiquée chez les Premières Nations. Elle consiste dans l'établissement d'un lien de filiation légale entre l'enfant inuit et les adoptants. La prédominance de la filiation adoptive au détriment de la filiation par le sang a été acceptée chez les Inuits. Dans leur culture, les adoptants sont les parents véritables. Ils exercent tous les droits de l'autorité parentale. Le nom de l'enfant, choisi par les adoptants, traduit cette réalité. Sous cet aspect, l'adoption chez les Inuits est plus proche de l'adoption québécoise que

44. FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC ET REGROUPEMENT DES CENTRES D'AMITIÉ AUTOCHTONES DU QUÉBEC, préc., note 30, p. 5.

45. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, préc., note 3, p. 16.

celle pratiquée chez les Premières Nations. Pour ces dernières, le maintien du lien de filiation d'origine est un facteur crucial qui constitue, avec la question de la confidentialité, l'une des principales raisons qui les conduisent à rejeter l'adoption légale.

22. En effet, l'absence de confidentialité est souvent présentée comme une différence majeure entre l'adoption chez les Autochtones et l'adoption légale⁴⁶. S'il est vrai que la confidentialité reste consacrée dans les textes de loi québécois relatifs à l'adoption⁴⁷, elle s'est beaucoup effritée dans la pratique. Plusieurs facteurs ont contribué à cette mutation vers une adoption plus ouverte, qui se caractérise par l'existence d'une forme de communication entre les membres du triangle adoptif, avant ou après le prononcé de l'adoption légale. Mentionnons simplement les modalités de retrouvailles entre les différents membres du triangle adoptif⁴⁸, l'émergence de la pratique des banques mixtes⁴⁹, le fait que les enfants adoptés soient plus âgés qu'auparavant, etc. Ainsi, même si la loi continue de consacrer la rupture et le secret, la confidentialité réelle autour de la filiation de l'enfant semble aujourd'hui avoir perdu de l'importance⁵⁰.

23. S'il y a plusieurs points de convergences entre l'adoption chez les Inuits et l'adoption chez les Premières Nations, elles se distinguent aussi quant à l'établissement ou non de la filiation d'origine de l'enfant. Des rapprochements existent aussi entre l'adoption québécoise et l'adoption pratiquée au sein des communautés autochtones, mais une perception parfois

46. Ashley SMITH, « Aboriginal Adoption in Saskatchewan and British Columbia: An Evolution to Save or Lose our Children? », (2009) 25 *Can. J. Fam. L.* 297, n° 13; C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 12, n° 14.

47. C.c.Q., art. 582; C.p.c., art. 823.1 et 823.2.

48. C.c.Q., art. 583 et 584.

49. La pratique des banques mixtes consiste à placer l'enfant dans un premier temps dans une famille d'accueil désireuse de l'adopter si celui-ci devient légalement adoptable. Durant le placement, il arrive fréquemment que la famille d'origine et la famille d'accueil tissent certains liens qui rendent la confidentialité impossible. Voir Dominique GOUBAU, Françoise-Romaine OUELLETTE, « L'adoption et le difficile équilibre des droits et des intérêts : le cas du programme de la "Banque mixte" », (2006) 51(2) *R.D. McGill* 1.

50. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, préc., note 3, p. 51 et suiv.

erronée, des idées préconçues ou des considérations politiques peuvent voiler cette interface.

2. LA RÉCEPTION DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE PAR LES TRIBUNAUX QUÉBÉCOIS : UN CONSTAT EXPLORATOIRE

24. Les juges québécois de la jeunesse œuvrant dans le Nord du Québec sont souvent confrontés à l'adoption coutumière et aux répercussions qu'elles peuvent avoir dans la vie des enfants qui en font l'objet. Jusqu'ici, la doctrine s'est très peu attardée au contexte dans lequel ces situations se présentent et à la manière dont elles sont appréhendées par les tribunaux. Il convient toutefois de préciser que le nombre de décisions publiées est limité⁵¹. Elles donnent en général peu de détails sur la situation de l'enfant, sur sa famille d'origine ou adoptante. Elles n'indiquent pas toujours si un lien de parenté biologique antérieur existait ou non entre l'enfant et les adoptants. L'analyse donne donc un aperçu de la réalité, mais elle ne permet pas de tirer des conclusions définitives sur l'un ou l'autre des aspects traités. Elle permet tout de même d'établir un bilan exploratoire de la réception de l'adoption coutumière par les tribunaux québécois.

2.1 LES DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LA COEXISTENCE DU DROIT ÉTATIQUE ET DU DROIT COUTUMIER

25. Les tribunaux font face à l'adoption coutumière principalement dans deux situations. Dans le premier cas, le directeur de la protection de la jeunesse présente une requête afin de faire déclarer la sécurité ou le développement d'un enfant autochtone compromis au sens de l'article 38 de la L.P.J., ou encore, il demande la prolongation d'une mesure émise antérieurement en vertu du même article. Sur les 39 décisions analysées, 22 constituent une requête initiale ou une requête

51. L'étude porte sur un total de 44 décisions rendues de 2000 à 2011, dans lesquelles la question de l'adoption traditionnelle ou coutumière est traitée ou simplement abordée. De ce nombre, cinq décisions ont été jugées non pertinentes et par le fait même, exclues de l'analyse. De plus, trois décisions analysées ne sont pas publiées.

en prolongation d'ordonnance, alors que l'enfant a déjà fait l'objet d'une adoption coutumière. L'examen judiciaire ayant pour finalité l'adoption d'un enfant autochtone par des non-autochtones arrive au second rang. Cinq déclarations d'admissibilité à l'adoption⁵², une ordonnance de placement⁵³ et une ordonnance en prolongation de la garde accompagnée d'une demande de planification d'un projet de vie, qui semble, à moyen terme, être l'adoption⁵⁴, ont été répertoriées⁵⁵.

26. Lorsqu'ils sont saisis de la question, certains magistrats tentent, dans un premier temps, de comprendre en quoi consiste la pratique. La définition donnée par la juge Leduc de la Chambre de la jeunesse se lit ainsi :

En effet, il est reconnu dans ces communautés une coutume appelée l'adoption traditionnelle. Cette pratique veut qu'un parent ayant donné naissance à un enfant le confie à quelqu'un en qui il a confiance pour l'élever et en assumer la responsabilité parentale lorsqu'il se sent incapable de le faire. Cela se fait naturellement après échange entre les adultes concernés. Ce mode d'adoption, reconnu dans les communautés autochtones, fait en sorte que les parents à qui l'enfant est confié en assument toutes les responsabilités parentales.⁵⁶

27. Cette description correspond à celle donnée par les représentants autochtones eux-mêmes. Les tribunaux acceptent également l'idée selon laquelle l'adoption coutumière ne

52. *M.-K.K. (Dans la situation de)*, [2003] R.D.F. 762 (C.Q.); *Adoption — 07253*, 2007 QCCQ 22014; *Adoption — 08452*, 2008 QCCQ 18822; *Adoption — 08592*, 2008 QCCQ 18824; *Adoption — 08591*, 2008 QCCQ 18825.

53. *B.(L.) et D.(R.)*, EYB 2005-101996 (C.Q.).

54. *Dans la situation de X*, C.Q. Abitibi (Ch.j.), n° 640-41-001320-107, 3 mars 2011, j. Lemoine.

55. Les 10 autres décisions sont relatives à une demande en rétractation de jugement (*Droit de la famille — 3632*, [2000] n° AZ-50076230 (C.Q.)); à des requêtes en intervention de la part de groupes autochtones (*Adoption — 08540*, 2008 QCCQ 13225; *Adoption — 0968*, 2009 QCCQ 5611; *Dans la situation de X*, EYB 2007-126155 (C.Q.)); à une demande d'adoption légale d'un majeur adopté sous la forme coutumière pendant sa minorité (*M.R.B. (dans la situation de)*, [2001] n° AZ-01036248 (C.Q.)); et à une modification de nom (*Protection de la jeunesse — 084282*, 2008 QCCQ 14874). Finalement, trois décisions sont relatives à des mesures de protection dont les faits sont très peu détaillés (*K.C.M., Re*, préc., note 37; *Protection de la jeunesse — 0873*, 2008 QCCQ 21018; *Protection de la jeunesse — 084123*, 2008 QCCQ 16234).

56. *Dans la situation de P. (D.F.)*, préc., note 38.

repose pas sur l'abandon parental. « Dans le contexte des Inuits, il ne s'agit pas là d'une preuve de désintéressement de sa part [la mère] à l'endroit de son fils, qu'elle a "donné en adoption" à ses propres parents. Il s'agit d'un concept pragmatique où ne figure d'aucune façon l'idée de l'abandon »⁵⁷. Ainsi, le seul fait de l'adoption coutumière ne constitue pas en soi un motif de compromission au sens de la L.P.J.⁵⁸. Toutefois, dans la très grande majorité des cas, les tribunaux se limitent à constater la survenance de l'adoption coutumière et font preuve d'une attitude plutôt neutre à son endroit. Certains font tout de même remarquer que cette adoption « n'a pas de valeur légale à moins que l'on ait procédé à une adoption par voie judiciaire sur consentement »⁵⁹.

28. Cependant, l'entente administrative survenue entre le directeur de l'état civil et les communautés du Nunavik, concernant la rédaction de l'acte de naissance de l'enfant, soulève des difficultés. D'une part, les tribunaux s'interrogent, avec raison, sur la légalité de cette entente⁶⁰ qui fait produire des effets juridiques à une pratique qui ne fait pas l'objet d'une reconnaissance formelle de la part du législateur québécois. L'article 114 du Code civil prévoit que seuls les père et mère peuvent déclarer la filiation de l'enfant à leur égard. Le directeur de l'état civil, en indiquant le nom des adoptants comme parents légaux de l'enfant, se trouve donc à reconnaître, par ricochet, la légalité de la pratique sans qu'aucun texte de loi n'ait été modifié en ce sens. L'acte de naissance, une fois produit en preuve, est difficilement contestable. Le juge de la Chambre de la jeunesse, dans l'exercice de sa juridiction, n'a pas d'autre choix que de considérer les adoptants comme étant les parents légaux en vertu de l'article 520 du Code civil.

29. D'autre part, la mise en œuvre de la directive est aussi problématique. Les magistrats font face à des adoptions coutumières alléguées, mais non complétées, ce qui soulève des doutes quant à l'identité des parents au sens de l'article 1 (e)

57. *Deer c. Okpik*, préc., note 37.

58. *Dans la situation de P. (D.F.)*, préc., note 38.

59. *Ibid.*

60. *Dans la situation de Q. (M.)*, préc., note 27; *Dans la situation de M.*, [2006] R.J.Q. 2513; D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 12, p. 418.

de la L.P.J. Dans une affaire, la mère biologique a donné son enfant en adoption sous la forme coutumière le 15 janvier 2010, les parents adoptifs ont délaissé l'enfant quelques mois plus tard et ce dernier a été placé en famille d'accueil. La mère biologique a signé un consentement à l'adoption légale en mars de la même année, mais ce consentement n'était pas valide puisqu'en principe, en vertu de l'entente administrative, son nom ne devait pas apparaître sur l'acte de naissance de l'enfant. Le 12 novembre 2010, un nouveau consentement à l'adoption est signé à la fois par la mère biologique et la mère adoptante. Le 26 novembre, l'acte de naissance délivré par le directeur de l'état civil à la suite de l'adoption coutumière mentionne la mère biologique comme la seule mère de l'enfant. Le tribunal dit ne pas comprendre comment cela serait possible, mais se déclare lié par les renseignements mentionnés à l'acte de naissance⁶¹.

30. Dans une autre décision, la mère biologique a consenti à l'adoption coutumière en 2007. Les documents ont été signés, mais aucune copie n'est parvenue au directeur de l'état civil. L'enfant a été connu et reconnu comme étant le fils des adoptants. Le travailleur social a appris, à la lecture de l'acte de naissance requis du directeur de l'état civil, que les parents biologiques étaient les parents légaux de l'enfant⁶². Dans un tel contexte, les parents biologiques et les parents adoptants doivent comparaître à l'instance. Bien que la pratique soit présentée comme étant une procédure ouverte, il arrive parfois que l'enfant ne connaisse pas ses parents biologiques avant la procédure judiciaire. Cela peut créer de la confusion dans son esprit et entraîner des effets psychologiques négatifs⁶³.

31. Les demandes de reconnaissance de l'adoption coutumière se fondent aussi sur des raisons pratiques. Pour les Premières Nations qui ne jouissent pas d'une entente administrative avec le directeur de l'état civil, l'absence de signature de documents légaux attestant du transfert des droits de l'autorité parentale peut placer les adoptants dans une situation difficile. En principe, ils ne peuvent pas consentir aux soins médicaux, obtenir les prestations de soutien aux

61. *Dans la situation de X*, C.Q., préc., note 54.

62. *Protection de la jeunesse* — 09701, 2009 QCCQ 10026.

63. *Protection de la jeunesse* — 086421, préc., note 39.

enfants ou présenter une demande de passeport, etc.⁶⁴. Ces raisons sont présentées au soutien de la nécessité de reconnaître la pratique. Toutefois, d'autres problèmes surgissent si les parents biologiques souhaitent reprendre plus tard leur enfant auprès d'eux et que l'acte de naissance mentionne les adoptants comme les seuls parents de l'enfant. Les modalités actuelles relatives à la rédaction des actes de naissance par le directeur de l'état civil ne correspondent pas à la réalité vécue par les Autochtones. En cas de conflit entre les parents biologiques et les adoptants, ou lorsque l'enfant devenu plus âgé revendique de vivre ailleurs que chez ses parents d'origine ou adoptifs, le directeur de la protection de la jeunesse peut être saisi du dossier. Dans ce cas, l'acte de naissance fera alors foi du lien de filiation.

32. La jurisprudence démontre l'existence d'une forme d'aller-retour entre les familles biologique et adoptante. Le problème peut survenir, peu importe que la filiation légale de l'enfant fasse état de l'adoption coutumière ou non. Dans une décision rendue en 2009, l'enfant, alors âgée de trois ans et demi, avait été adoptée sous la forme coutumière par son arrière-grand-mère, puis légalement par la suite. Au fil des ans, l'enfant s'est beaucoup rapprochée de sa mère biologique. La mère adoptante, reconnaissant le besoin de l'enfant de fréquenter sa mère biologique, déménage dans une résidence proche de cette dernière, qui se trouve en fait être sa petite-fille. À l'instance, il est admis que l'enfant, alors âgée de 14 ans, vit une profonde crise d'identité. Elle fait preuve de violence physique et verbale, consomme de la drogue et de l'alcool. Elle a été suspendue de l'école. Devant ce constat, une première ordonnance de placement en centre d'hébergement a été rendue. À l'instance, il est admis que la mère biologique a réglé en partie ses problèmes personnels et souhaite reprendre l'enfant avec elle. L'adolescente pourra ainsi vivre avec ses demi-frères et demi-sœurs. Le tribunal confie donc la garde de l'enfant à sa mère biologique pour une année⁶⁵. Dans cette affaire, aucun reproche n'est adressé à la mère

64. COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR, préc., note 28, p. 11; FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, préc., note 23, p. 12.

65. *Protection de la jeunesse* — 093850, préc., note 41.

adoptante. Au contraire, le tribunal constate avec tristesse que celle-ci a consacré 10 années de sa vie à l'enfant, en lui procurant le milieu de vie sain et équilibré que sa mère biologique n'était pas en mesure de lui fournir.

33. Ainsi, l'adoption, qu'elle soit coutumière ou légale, qu'elle se fasse auprès d'adoptants autochtones ou non, parents ou non, peut tout de même entraîner chez l'enfant une crise identitaire. Dans une autre affaire, l'enfant a été confié dès sa naissance à ses grands-parents. Puis, la mère a séjourné chez ses parents où elle s'est occupée de l'enfant. Un lien d'attachement s'est créé entre eux. Le tribunal recommande que l'enfant retourne progressivement vivre chez sa mère⁶⁶. Encore une fois, aucun reproche n'a été fait aux adoptants. La mère était incarcérée, mais depuis sa libération, elle fait des efforts pour reprendre sa vie en main et cela semble justifier le retour progressif de l'enfant auprès d'elle.

34. L'adoption coutumière est présentée comme une entente consensuelle entre toutes les parties, mais certains auteurs doutent que ce soit toujours le cas⁶⁷. En réalité, la pratique poursuit plusieurs objectifs. Dans une décision rendue en 2008, l'adoption visait à resserrer les liens conjugaux des adoptants. Cette finalité peut s'accompagner de pressions sur la mère biologique afin qu'elle consente à confier son enfant à un membre de sa famille, en l'espèce sa cousine⁶⁸. Or, les problèmes de violence conjugale, d'alcoolisme et de toxicomanie vécus par les adoptants ont conduit au placement de l'enfant en famille d'accueil et non pas à la réconciliation du couple, qui s'est séparé par la suite.

35. Dans une autre affaire, la preuve révèle que la mère, sous l'influence de sa grand-mère, avait confié à la naissance son enfant à sa tante. Dans les faits, la mère biologique assumait fréquemment la garde de l'enfant, car la mère adoptante avait un mode de vie qui ne lui permettait pas de jouer correctement son rôle parental. L'enfant a fait l'objet d'un premier signalement et a été confié à une famille d'accueil. Au moment où le tribunal est de nouveau saisi de la situation, la preuve révèle que les services sociaux qui devaient être

66. *Protection de la jeunesse* — 093581, préc., note 37.

67. D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 12, p. 415; C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 12, n° 20.

68. *Protection de la jeunesse* — 086421, préc., note 39.

rendus ne l'ont pas été et que l'enfant est alors retourné vivre dans sa communauté avec sa mère biologique qui en assume la garde. Les services sociaux sont finalement intervenus. Constatant que la mère biologique était en mesure de s'occuper adéquatement de l'enfant et que son retour auprès de sa mère adoptante n'était pas envisagé, le dossier a été fermé. Or, deux semaines plus tard, la mère biologique « ne pouvant concevoir s'objecter aux volontés de sa grand-mère et de sa tante remet l'enfant à cette dernière »⁶⁹. L'enfant fait l'objet d'un deuxième signalement quelques mois plus tard. Les parties conviennent alors de confier l'enfant à sa mère biologique, malgré l'attachement qu'il manifeste à l'égard de sa mère adoptante. L'adoption coutumière a eu pour effet de faire reposer sur les épaules de l'enfant la lourde responsabilité de « réhabiliter » la mère adoptante⁷⁰, au détriment de la volonté de la mère biologique. Ce fut un échec et l'enfant se trouve, en fin de compte, très vulnérable sur le plan émotif.

36. Or, l'affirmation selon laquelle l'adoption coutumière ne se ferait pas toujours en respectant la volonté de la mère biologique n'est pas nouvelle. Déjà en 1993, Daly et Sobol mentionnaient que des mères autochtones choisissaient de confier leur nouveau-né à une agence publique d'adoption, qui ne prenait pas nécessairement en considération son origine ethnique ou culturelle. Ces mères recherchaient la confidentialité, ne désiraient pas que les aînés soient informés de leur grossesse. Elles préféraient remettre leur enfant à une agence publique, ce qui leur permettait de bénéficier d'un meilleur contrôle sur le processus⁷¹. Dans une décision rendue en 2008, la preuve démontre que la mère biologique a expressément demandé au directeur de la protection de la jeunesse que son enfant soit placé dans une famille non autochtone, car elle se disait méfiante à l'égard des familles d'accueil de sa communauté⁷².

69. Dans la situation de Q.(M.), préc., note 27.

70. C. L. BALDASSI écrit : « Some people think that giving a child to a troubled individual will help straighten them out, since they will now have to behave responsibly and care for the adoptee »; *loc. cit.*, note 12, p. 78.

71. Kerry J. DALY, Michael P. SOBOL, *Adoption in Canada, Final Report*, Guelph, University of Guelph, 1994, p. 41.

72. *Adoption — 08452*, préc., note 52.

37. De plus, l'absence d'intervention étatique dans l'adoption coutumière fait en sorte que les adoptants ne font l'objet d'aucune évaluation de leurs capacités parentales. On ne peut pas estimer la proportion d'adoptions coutumières problématiques par rapport au nombre total d'adoptions, puisque le directeur de la protection de la jeunesse n'intervient qu'en présence d'un signalement. La jurisprudence fait cependant état de plusieurs décisions dans lesquelles l'enfant adopté sous la forme coutumière fait, par la suite, l'objet d'une ordonnance de protection. Or, l'évaluation psychosociale n'est pas non plus toujours garante du succès de l'adoption. Les échecs de l'adoption légale, principalement de l'adoption plénière, attirent eux aussi l'attention des chercheurs⁷³. Les échecs en matière d'adoption, peu importe qu'elle soit légale ou coutumière, sont particulièrement difficiles pour l'enfant qui en fait l'objet parce que ce dernier a déjà vécu un déplacement de sa famille d'origine vers une famille adoptante.

38. Plusieurs des enfants autochtones qui font l'objet d'une mesure de protection présentent des problèmes de santé sérieux. Ce sont donc des enfants qui ont des besoins spéciaux en ce qui a trait à la prise en charge. Mentionnons à titre d'exemple le déficit d'attention, le problème d'hyperactivité ou le syndrome d'alcoolisme fœtal⁷⁴. Dans une affaire particulièrement difficile, l'enfant souffrait d'un « *breath holding spells syndrome reaction* », qui se traduit en français par le spasme du sanglot, qui constitue une manifestation de frustration, de colère, de rage ou de douleur qui aboutit à une perte de conscience toujours réversible, mais particulièrement difficile à supporter pour les adultes. L'état de santé est aggravé par les changements trop fréquents. Or, l'enfant a connu trois placements en familles d'accueil avant de faire l'objet d'une adoption coutumière, qui s'est soldée par un échec deux mois plus tard. Par la suite, l'enfant a été placée dans huit autres foyers, qui se sont tous montrés incapables de subvenir à ses besoins particuliers⁷⁵. Finalement, une famille non autochtone a accepté de s'investir à long terme

73. Yann FAVIER, « Les échecs de l'adoption », (2008) 146(2) *Informations sociales* 122.

74. *Protection de la jeunesse — 08417*, préc., note 38.

75. *Dans la situation de X*, préc., note 54.

auprès de l'enfant, qui semble y faire des progrès. Les enfants qui font l'objet d'une mesure de protection peuvent aussi présenter des problèmes de santé; cette situation n'est pas exclusive aux communautés autochtones. Toutefois, il est plus difficile de trouver une famille autochtone en mesure de prendre en charge un enfant ayant des besoins particuliers de cette nature, ce qui entraîne alors son placement dans une famille non autochtone⁷⁶.

39. L'absence d'évaluation des adoptants augmente tout de même le risque que l'enfant soit placé auprès de personnes qui ne sont pas en mesure d'en assurer le soin, l'entretien et l'éducation. Sa sécurité ou son développement peut alors être compromis. Les problèmes les plus fréquents rencontrés chez les adoptants sont liés à l'alcoolisme et à la toxicomanie⁷⁷. Ces difficultés peuvent en entraîner d'autres. L'enfant peut être victime de violence verbale, physique ou sexuelle⁷⁸. Il peut faire l'objet d'un rejet de la part des adoptants ou de négligence⁷⁹, parfois de négligence grave⁸⁰. L'enfant adopté sous la forme coutumière peut ne pas être traité de la même manière que les autres enfants de la famille⁸¹. Le caractère libre et éclairé du consentement de l'adoptant soulève aussi des interrogations. Il peut se sentir obligé d'accepter l'enfant que l'on souhaite lui confier, sans nécessairement disposer des ressources psychologiques, humaines et matérielles nécessaires.

40. Si ces constatations sont troublantes au regard de la protection accordée aux enfants autochtones et au respect de

76. Voir aussi *M.-K.K. (Dans la situation de)*, [2004] R.D.F. 264 (C.A.); *Protection de la jeunesse — 084123*, préc., note 55. Dans ces deux décisions, l'impossibilité de trouver une famille d'accueil autochtone a été mise en preuve.

77. *Protection de la jeunesse — 086421*, préc., note 39; *Dans la situation de X*, préc., note 37; *Dans la situation de X*, n° 635-41-000262-094, préc., note 37; *Dans la situation de Q.(M.)*, préc., note 27; *Dans la situation de M.*, préc., note 60; *Protection de la jeunesse — 063117*, 2006 QCCQ 17576; *Protection de la jeunesse — 076278*, préc., note 37; *Protection de la jeunesse — 08417*, préc., note 38.

78. *Protection de la jeunesse — 063117*, *ibid.*; *Protection de la jeunesse — 076278*, préc., note 37.

79. *Protection de la jeunesse — 076242*, 2007 QCCQ 18960; *Protection de la jeunesse — 088347*, 2008 QCCQ 21365; *Protection de la jeunesse — 073119*, 2007 QCCQ 21043.

80. *Protection de la jeunesse — 09701*, préc., note 62.

81. *Protection de la jeunesse — 073119*, préc., note 79; *Protection de la jeunesse — 076278*, préc., note 37.

leurs droits, il faut se garder de tirer des conclusions hâtives. La comparaison est généralement faite entre l'adoption coutumière et l'adoption légale des enfants qui font l'objet d'une mesure de protection en vertu de la L.P.J. Cela s'explique sans doute par le fait que l'adoption coutumière est portée à la connaissance des intervenants sociaux et des tribunaux dans le cadre d'une procédure en vertu de la L.P.J., où certaines carences des parents adoptifs sont constatées. Or, l'adoption coutumière est, dans sa forme la plus répandue, une adoption intrafamiliale et à ce titre, ne devrait-elle pas plutôt être comparée à l'adoption intrafamiliale québécoise? Force serait alors de constater que cette forme d'adoption a été, au même titre que l'adoption coutumière, presque ignorée par la doctrine. Par conséquent, elle est, elle aussi, très peu documentée. L'adoption intrafamiliale serait plus fréquente qu'on ne le croit⁸². Elle se réalise sans l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse et les adoptants ne font normalement pas l'objet d'une évaluation de leurs capacités parentales.

41. Cependant, contrairement à l'adoption coutumière, l'adoption intrafamiliale québécoise, la plus fréquente, est l'adoption de l'enfant du conjoint. Dans ce contexte, le lien de filiation entre le parent biologique et l'enfant n'est pas rompu. Le parent continue d'exercer l'autorité parentale sur l'enfant avec son nouveau conjoint ou sa nouvelle conjointe, ce qui explique sans aucun doute le statut particulier que lui accorde le législateur québécois. Mais hormis le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, comment expliquer que l'adoption intrafamiliale soulève aussi peu de critiques au Québec? Certains ont souligné le caractère inapproprié de l'adoption plénière dans le contexte intrafamilial, notamment à cause

82. L'adoption intrafamiliale représente la majorité des adoptions intérieures dans plusieurs pays. UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS/POPULATION DIVISION, *Child Adoption: Trends and Policies*, Doc. N.U. ST/ESA/SER.A/292 (2009), p. 72 et suiv. Des données compilées par les Nations Unies indiquent que l'adoption par le beau-parent constituerait environ le tiers de toutes les adoptions intérieures dans les pays où les données sont disponibles. CLARE MENOZZI, BARRY MIRKIN, « Child Adoption: A Path to Parenthood? », United Nations Population Division, (2007), p. 5, éd. rév., [En ligne]. <http://paa2007.princeton.edu/download.aspx?submissionId=70610> (Page consultée le 14 octobre 2011).

de l'incohérence identitaire qu'elle suscite⁸³. Toutefois, permettre à des parents biologiques de confier, d'une manière permanente, à des membres de leur famille, l'enfant dont ils ne souhaitent pas ou ne peuvent pas assumer la charge n'est pas remis en question. Le choix de l'adoptant, le fait de procéder sans intermédiaire étatique et sans évaluation obligatoire des capacités parentales des adoptants ne semblent pas non plus susciter de difficultés particulières.

42. L'adoption coutumière ne pose pas plus de problèmes culturels que l'adoption intrafamiliale. La difficulté semble davantage liée aux conditions de vie déplorables au sein des communautés autochtones, qui font en sorte qu'il est souvent difficile, voire impossible, de trouver une personne en mesure de prendre en charge l'enfant d'une manière sécuritaire au sein de sa communauté. Placés devant cette situation, les tribunaux appliquent le critère de l'intérêt de l'enfant pour départager les droits des uns et des autres. Cette notion guide l'intervention sociale et judiciaire et elle sert, le plus souvent, de justification au déplacement temporaire ou permanent de l'enfant en dehors de sa communauté.

2.2 L'INTÉRÊT DE L'ENFANT : UNE INTERPRÉTATION FONDÉE SUR LES DROITS INDIVIDUELS OU SUR LES DROITS COLLECTIFS?

43. L'intérêt de l'enfant est devenu la pierre angulaire de toutes les décisions prises à son endroit⁸⁴. En matière d'adoption, elle est devenue incontournable, au point où aucun acteur ne peut prétendre à quelque légitimité que ce soit s'il ne souscrit pas d'emblée à ce principe⁸⁵. Or, l'intérêt de l'enfant n'est pas une notion culturellement neutre. Elle s'est façonnée au XIX^e siècle sous l'impulsion de l'idéologie libérale du droit et de l'enfance, ainsi que du rôle grandissant de l'État dans la protection des enfants. La notion d'intérêt de l'enfant, élaborée

83. Françoise-Romaine OUELLETTE, Alain ROY, « Prendre acte des nouvelles réalités de l'adoption », (2010) 44(3) *R.J.T.* 7; Carmen LAVALLÉE, « Pour une adoption sans rupture du lien de filiation d'origine dans les juridictions de *civil law* et de *common law* », (2008) 146(2) *Informations sociales* 132.

84. *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244.

85. Françoise-Romaine OUELLETTE, « L'intérêt de l'enfant adopté et la protection de ses droits », (2001) 3(1) *Éthique publique* 148.

dans la cadre du droit occidental, se fonde sur l'individualisme, l'universalisme et l'impartialité⁸⁶. Elle colore la question de l'adoption et contribue au choc des cultures lorsque vient le temps d'appréhender les pratiques d'adoptions coutumières ou de déterminer les conditions permettant l'adoption d'un enfant autochtone par des non-autochtones⁸⁷.

44. Le droit occidental est teinté par la prédominance des droits individuels au détriment des droits collectifs. Dans les sociétés occidentales, l'enfant est considéré comme un individu d'abord et avant tout. Son appartenance à une famille, à une communauté ou à une nation spécifique ne sera qu'accessoirement prise en considération. À titre d'exemple, mentionnons que la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁸ et la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸⁹, bien qu'elles protègent l'enfant autochtone contre la discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, ne prévoient, ni l'une ni l'autre, de droits spécifiques à la protection de son appartenance ethnique, linguistique ou culturelle.

45. S'agissant de l'adoption des enfants autochtones par des non-autochtones⁹⁰, la Cour suprême a donné le ton dès 1976, dans l'affaire *Les parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*. L'enfant né de parents indiens a été recueilli, dès sa naissance, par une infirmière de l'hôpital et son mari. Abstraction faite d'un court séjour auprès de ses parents biologiques lorsqu'il était âgé de trois ans, l'enfant, qui a sept ans au moment de la procédure, a toujours vécu auprès de cette famille, qui désire l'adopter. Les parents biologiques refusent de consentir à l'adoption légale, préférant que l'enfant soit adopté sous la forme coutumière par une tante et un oncle. La Cour s'exprime ainsi :

86. Marlee KLINE, « Child Welfare Law "Best Interests of the Child" Ideology, and First Nations », (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 375.

87. *Ibid.*

88. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 15.

89. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10.

90. Cette situation fait en sorte de couper l'enfant autochtone de ses racines, elle le prive de son identité et de sa culture. Certains considèrent l'adoption d'un enfant autochtone par des non-autochtones comme la survivance du colonialisme; A. SMITH, *loc. cit.*, note 46.

Il s'agit donc d'un cas où les coutumes des Autochtones et l'*Adoption Act* de la province viennent en conflit ou, en d'autres termes, les concepts d'hérédité et de milieu s'affrontent. La solution ne peut être envisagée qu'à la lumière des meilleurs intérêts de l'enfant lui-même. On doit le considérer à titre d'individu, non pas à titre de membre d'une communauté raciale ou culturelle.⁹¹

46. La Cour suprême écarte la race et la culture considérées comme plus ou moins significatives dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant en tant qu'individu. Un peu plus tard, dans la décision *Racine c. Wood*⁹², encore fréquemment citée par les tribunaux au soutien de leurs décisions, la Cour affirme que, peu importe l'importance du facteur de l'ascendance et de la culture indiennes, la durée et la force de l'attachement de l'enfant à l'égard de sa famille d'accueil sont des facteurs encore plus importants. Au moment de déterminer l'intérêt de l'enfant, la race et la culture perdent de l'importance au fur et à mesure que s'établit le lien avec les futurs parents adoptants.

47. Peu à peu, sous l'impulsion de la Cour suprême, le critère des liens psychologiques et affectifs⁹³ qui lient l'enfant à l'adulte qui en assume la charge au quotidien prendra de l'importance au détriment d'autres facteurs, dont celui de l'appartenance à une minorité ethnique ou culturelle. Ainsi, la Cour suprême ne reconnaît pas la protection de l'identité culturelle de l'enfant comme un droit. L'appartenance de l'enfant à une autre communauté que celle des adoptants est un fait qui sera pris en considération, parmi d'autres éléments, au moment de déterminer son intérêt. Définir l'intérêt de l'enfant dans une perspective individualiste permet de l'interpréter de la même manière pour tous et de lui accorder, a priori, un caractère universel et impartial. Dans cette

91. *Les parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, préc., note 31, p. 769.

92. *Racine c. Wood*, [1983] 2 R.C.S. 173.

93. Voir, entre autres, *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165. Dans cette dernière décision, la Cour suprême affirme que « [d]ans la question de "l'intérêt véritable de l'enfant", l'attachement psychologique de l'enfant à sa famille d'accueil est en l'espèce le facteur le plus important ».

optique, la prise en compte des facteurs culturels, religieux ou linguistiques joue un rôle ambigu dans les décisions judiciaires. Le plus souvent, les tribunaux se contentent de faire état de la sensibilité des adoptants, qui se disent prêts à expliquer à l'enfant sa culture et son origine indienne et à l'encourager à en être fier⁹⁴, pour considérer cet aspect des besoins de l'enfant comme étant comblé.

48. L'étude de la jurisprudence québécoise démontre qu'elle est fidèle à la notion d'intérêt de l'enfant telle qu'énoncée par la Cour suprême. D'une part, l'intérêt de l'enfant est débattu dans 13 des 39 décisions analysées. Cela s'explique sans doute par le fait que dans plusieurs cas, les parties consentent aux mesures proposées. De ces 13 décisions, 7 abordent aussi la question des droits collectifs de l'enfant. Cet aspect est plaidé par les parents biologiques qui s'opposent à l'adoption légale ou par les représentants des communautés autochtones qui demandent à intervenir à la procédure.

49. Cinq requêtes en déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption d'un enfant autochtone par des non-autochtones ont été publiées de 2000 à 2011. Dans l'affaire *M.-K.K.*, le juge de la Cour du Québec refuse de déclarer l'enfant judiciairement admissible à l'adoption au motif qu'il n'est pas « convaincu par la preuve que la recherche d'une famille adoptive d'ascendance algonquine fut une préoccupation significative pour les intervenants » et que « déclarer l'enfant K... admissible à l'adoption revient, vu la famille adoptive choisie par le directeur, à mettre en péril son identité, sa culture, une partie de son essence »⁹⁵. La Cour d'appel infirme la décision pour les motifs suivants :

94. *Racine c. Wood*, préc., note 92, p. 173; Dans la décision *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, la Cour suprême mentionne que la future mère adoptante a du sang indien, « facteur qui joue en sa faveur, car on peut s'attendre à ce qu'elle soit capable de comprendre et de régler les problèmes que l'enfant pourra connaître à cet égard ». Il n'est toutefois pas précisé si la future mère adoptante appartient ou non à la même nation que l'enfant. Dans une décision rendue par la Cour du Québec, il a été mis en preuve que la mère adoptante avait suivi une formation sur les coutumes autochtones et avait déjà adopté deux autres enfants autochtones; *Adoption — 08452*, préc., note 52.

95. *Dans la situation de M.-K.K.*, préc., note 52.

Après analyse, il appert que la décision de première instance est entièrement consacrée à l'examen de l'intérêt de la communauté autochtone, et fort accessoirement, à celui de l'enfant. Les critères que sont les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère et son milieu familial [article 33 C.c.Q.] sont occultés alors que l'un des aspects de sa situation, son identité algonquine, devient seul prédominant.⁹⁶

50. La Cour d'appel semble placer en opposition l'intérêt de la communauté autochtone et l'intérêt de l'enfant interprété dans une perspective individualiste. Les droits collectifs de la communauté dont il est issu ne sont pas considérés comme des droits de l'enfant. La Cour d'appel réitère les propos qu'a tenus la Cour suprême dans *Racine c. Wood*, selon lesquels le lien d'attachement doit prévaloir sur les liens culturels et l'appartenance identitaire à la communauté d'origine de l'enfant. À partir de ce moment, la jurisprudence de la Cour du Québec s'est alignée sur la position des tribunaux supérieurs⁹⁷.

51. L'opposition entre les droits individuels et les droits collectifs est aussi exposée lorsque des représentants autochtones demandent à intervenir à la procédure afin de faire valoir leurs prétentions quant à l'issue du débat. Une première décision porte sur une requête en rétractation d'un jugement d'adoption d'une personne majeure, présentée par un Conseil de bande de la nation innue. Celui-ci prétend que ses droits sont affectés à la suite de l'adoption, puisque l'adopté représente désormais un fardeau administratif et financier supplémentaire. Le juge rejette la demande au motif que « [l']adoption relève des droits individuels qui ne peuvent être entravés par les intérêts collectifs que le tiers opposant représente »⁹⁸. La Cour d'appel confirme la décision. Selon elle, ni le Code civil ni la *Loi sur les Indiens*⁹⁹ ne confèrent au Conseil de bande un intérêt juridique en

96. *Réjean Bergeron, ès qualité DPJ Abitibi c. JK et W.B.*, [2004] R.D.F. 264 (C.A.).

97. *Adoption — 07253*, préc., note 52; *Adoption — 08452*, préc., note 52; *Adoption — 08592*, préc., note 52; *Adoption — 08591*, préc., note 52.

98. *Droit de la famille — 3632*, préc., note 55.

99. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

matière d'adoption. La question met en cause l'état civil des parties et le litige est de nature individuelle¹⁰⁰.

52. Quelques années plus tard, le même juge est de nouveau saisi d'une demande d'intervention présentée par un Conseil de bande qui veut intervenir dans une requête en déclaration d'admissibilité à l'adoption, pour faire valoir que « l'adoption d'un enfant autochtone par des adoptants de race blanche provoque des conséquences importantes pour sa fratrie et sa famille immédiate et élargie, pour sa communauté, pour l'ensemble de la nation autochtone et pour les membres des Premières Nations »¹⁰¹. Le tribunal rejette la demande d'intervention pour plusieurs motifs. D'une part, l'adoption met en cause l'état civil des parties; elle relève donc des droits individuels. D'autre part, le tribunal doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant du point de vue de celui-ci et non du point de vue de la communauté à laquelle il appartient, ni du point de vue du Conseil de bande¹⁰². Encore une fois, les droits et l'intérêt de l'enfant sont définis en excluant les droits collectifs de la communauté dont il est originaire.

53. La Cour du Québec sera de nouveau saisie de la question en 2008. Une première demande d'intervention présentée sur le fondement de l'article 211 du *Code de procédure civile*, dans le cadre d'une instance en déclaration d'admissibilité à l'adoption, sera rejetée par la juge Jones pour les mêmes motifs que ceux mentionnés plus haut par le juge Tremblay. La décision est confirmée en appel¹⁰³ et la requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada est rejetée¹⁰⁴.

54. Quelques jours après le rejet de la première demande d'intervention, l'enfant fait l'objet d'une adoption coutumière par des membres de sa communauté, avec le consentement de sa mère biologique. Une deuxième demande d'intervention est présentée par la suite, dans laquelle les demandeurs invoquent

100. *Droit de la famille* — 3632, préc., note 55. Pour le suivi de cette affaire, voir *Innu Takuaikan Uashat Mak Mani-Utenam c. Jean-Guy Grégoire Noël*, 2004 Can LII 1230 (QC C.A.).

101. *Dans le cas de l'enfant X*, 2007 QCCQ 13341 (C.Q.).

102. *Ibid.*

103. *Adoption* — 0915, 2009 QCCA 806.

104. *Crees of Oujé-Bougoumou et al. v. Director of Youth Protection of Batshaw Centres et al.* (Que.) (Civil) (By Leave) (33185), Cour suprême du Canada — Juge-ments sur demande d'autorisation, Ottawa, 29 octobre 2009.

la revendication par la mère de droits constitutionnels issus des traités, par le biais de l'adoption coutumière dont l'enfant a fait l'objet. Selon eux, cette nouvelle situation fait intervenir la notion « d'intérêt en droit public ». La décision aura un impact sur l'exercice et l'étendue de l'adoption coutumière et en l'espèce, la défense et la promotion de ce droit reposent sur leurs épaules. De plus, ils plaident qu'il n'est pas dans l'intérêt d'un enfant autochtone d'être adopté par des non-autochtones. La mère, ayant amendé sa défense, fait valoir que l'enfant a fait l'objet d'une adoption coutumière reconnue par la Convention de la Baie James et qu'en conséquence, elle ne peut pas faire l'objet d'une déclaration d'admissibilité à l'adoption en vertu du *Code civil du Québec*¹⁰⁵. Au lendemain du dépôt de la défense amendée, la Procureure générale du Québec est intervenue dans le dossier, qualifiant le litige d'affaire d'intérêt public. Nonobstant ces éléments, la Cour du Québec rejette les prétentions des demandeurs. Elle réaffirme que l'adoption est une affaire privée et que les intervenants n'ont pas démontré un intérêt juridique au sens de l'article 55 du *Code de procédure civile*.

55. La Cour d'appel infirme la décision de première instance. Elle fait valoir que les interventions souhaitées visent à donner un sens aux dispositions de « la *Convention* et la *Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois*, ainsi qu'à celles de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones* au regard de la compétence des institutions criées en matière d'adoption d'enfants criés et au regard de l'adoption coutumière »¹⁰⁶. La Cour affirme que les prétentions des appelants sont préalables à l'analyse faite en vertu des articles 559 et suivants du C.c.Q. : « La nature des questions soulevées, qui sont d'intérêt public, [...] pourront affecter non seulement l'enfant en cause ici, mais plus généralement la situation des enfants criés bénéficiaires de la *Convention* »¹⁰⁷. Or, permettre le débat de fond préalable à la question de l'admissibilité à l'adoption de l'enfant X aura pour effet d'allonger sensiblement les délais, repoussant ainsi le moment de statuer sur son sort. L'intérêt

105. *Adoption* — 0968, préc., note 55.

106. *Adoption* — 09201, préc., note 8.

107. *Ibid.*

de l'enfant, tel qu'il est habituellement interprété, soit dans une perspective individualiste et en prenant en considération que la notion de temps chez un enfant n'est pas la même que chez un adulte¹⁰⁸, aurait dû, normalement, dans la foulée des décisions antérieures sur l'intérêt de l'enfant, conduire la Cour d'appel à rejeter la demande. Au contraire, la Cour s'inscrit dans une autre logique et rompt avec la position qu'elle avait traditionnellement adoptée, en reconnaissant que l'appartenance de l'enfant autochtone à sa communauté d'origine est un droit, et non seulement un des aspects dont le tribunal doit tenir compte dans la détermination de son intérêt :

Le droit de l'enfant autochtone d'appartenir à sa communauté d'origine est donc un droit reconnu par le Canada et, certainement, une demande d'admissibilité à l'adoption telle que celle présentée par la DPJ A affecte directement et substantiellement ce droit de l'enfant X.

Il faut tenir compte aussi du statut particulier accordé par la Constitution canadienne aux droits autochtones, particulièrement lorsqu'il s'agit de droits issus de traités, qui n'ont pas qu'une dimension collective, mais aussi individuelle. En ce sens, on ne peut nier que les interventions souhaitées par les appelants, dans leurs aspects constitutionnels et juridictionnels, vont dans le sens de l'intérêt de X *en ce qu'ils défendent son droit d'appartenir à sa communauté d'origine. Cet intérêt de l'enfant ne peut être restreint à la seule question de son attachement et de son intégration à la famille d'accueil qui l'a reçue et serait disposée à l'adopter, même si cela, assurément, est important.* (Nos italiques).

56. La Cour d'appel invoque spécifiquement la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*¹⁰⁹ au soutien de sa décision. En effet, la Convention reprend le principe de l'interdiction de la discrimination¹¹⁰, mais elle va plus loin que les instruments nationaux de protection des droits de la

108. Cet élément est pris en compte dans la L.P.J., à l'article 2.4, par. 5.

109. *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, Doc. off. A.G. N.U., 44^e sess., Doc. N.U. A/RES/44/25, le 20 novembre 1989 (ci-après « *Convention sur les droits de l'enfant* »).

110. Art. 2 de la *Convention sur les droits de l'enfant*.

personne. Elle établit une protection particulière pour l'enfant autochtone. L'article 30 se lit ainsi :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

57. Le texte énonce des mesures particulières en ce qui a trait à la protection de l'enfant privé de son milieu familial. L'article 20 (3) prévoit la nécessité de tenir compte de l'origine ethnique, culturelle et linguistique de l'enfant dans le choix d'une mesure de remplacement. L'article 21 traite spécifiquement de l'adoption. Il énonce que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière. De plus, les États qui permettent l'adoption veuillent à ce qu'elle ne soit autorisée que par les autorités compétentes, après que celles-ci se soient assurées de l'adoptabilité de l'enfant et de la validité des consentements.

58. Toutefois, le gouvernement du Canada a émis une réserve selon laquelle il conserve le droit de ne pas appliquer l'article 21 de la Convention dans la mesure où cet article pourrait entrer en conflit avec les formes de garde coutumière pratiquées par les communautés autochtones¹¹¹. Le Canada a également émis une déclaration interprétative selon laquelle il doit s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vertu de la Convention en tenant compte des droits particuliers reconnus aux enfants autochtones aux termes de l'article 30. Le Québec s'est déclaré lié par la Convention sur les droits de l'enfant et a manifesté son appui à la réserve et à la déclaration interprétative émises par l'autorité fédérale¹¹².

111. « En vue de s'assurer le plein respect de l'objet et de l'intention recherchés au paragraphe 20 (3) et à l'article 30 de la Convention [lesquels réfèrent entre autres à l'origine ethnique de l'enfant], le gouvernement du Canada se réserve le droit de ne pas appliquer les dispositions de l'article 21, dans la mesure où elles pourraient entrer en conflit avec les formes de garde coutumière au sein des peuples autochtones du Canada ».

112. *Décret 1676-91 concernant la Convention relative aux droits de l'enfant*, (1992) 124 G.O. II, 51.

La réserve et la déclaration faites par le gouvernement du Canada et appuyées par le gouvernement du Québec réfèrent à la garde coutumière et non pas à l'adoption coutumière. Doit-on y voir une position de principe selon laquelle la circulation des enfants au sein des peuples autochtones du Canada n'est pas considérée par les autorités fédérales comme de l'adoption en tant que telle?

59. Quoi qu'il en soit, la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* n'a pas été incorporée dans le droit canadien¹¹³. Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême rappelle la conception dualiste applicable au Canada, mais elle reconnaît que « les valeurs exprimées par le droit international des droits de la personne peuvent être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois en matière de contrôle judiciaire »¹¹⁴. Cette position de principe a ensuite été reprise par la Cour d'appel du Québec¹¹⁵. Si les tribunaux se montrent généralement réceptifs et désireux de donner tous les effets possibles à la Convention, ils doivent le faire dans le respect du système parlementaire, ce qui limite la portée du texte international.

60. La Cour d'appel fonde également sa décision d'autoriser les interventions sur le principe de réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones¹¹⁶, un principe fondamental dans l'interprétation des droits ancestraux et issus des traités¹¹⁷. Ainsi, des principes de droit constitutionnel et une interprétation de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* favorable aux prétentions des demandeurs pourraient rendre impossible la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption légale d'un enfant bénéficiaire de la Convention de la Baie James¹¹⁸. En revanche, la seule reconnaissance de l'existence des droits collectifs de l'enfant

113. Pour plus de renseignements, voir Carmen LAVALLÉE, « Respect des droits de l'enfant », in *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Droit des personnes et de la famille*, fasc. 3, Montréal, Lexis Nexis Canada, 2010.

114. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70.

115. *A.P. c. L.D.*, [2001] R.J.Q. 16; *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2003] R.J.Q. 1118 (C.A.).

116. *Adoption — 09201*, préc., note 8.

117. *Premières nation crie Mikisew c. Canada*, [2005] 3 R.C.S. 388.

118. *Adoption — 09201*, préc., note 8.

autochtone à la protection de sa langue, de sa culture et de sa religion n'aura pas nécessairement le même résultat. En effet, une fois établie l'existence des droits collectifs, les tribunaux devront procéder à un équilibrage délicat entre les droits collectifs et les droits individuels de l'enfant autochtone, tels que définis par les différents textes législatifs internes et internationaux.

61. L'intérêt de l'enfant autochtone doit s'interpréter en tenant compte à la fois de ses droits collectifs et de ses droits individuels. Le Comité sur les droits de l'enfant des Nations Unies fait état de la difficulté qui consiste à donner une interprétation cohérente de l'article 3, qui traite de l'intérêt supérieur de l'enfant, et de l'article 30, qui énonce le droit de l'enfant à la protection de son appartenance culturelle. Le comité rappelle que les droits de l'enfant, en tant qu'individu, ne doivent pas non plus être subordonnés à l'intérêt supérieur du groupe auquel il appartient. En revanche, dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, son droit à la protection de son identité culturelle doit être protégé en tant que droit¹¹⁹, et non seulement en tant qu'une des multiples facettes de sa situation.

62. Dans ce contexte, quels critères devraient guider les tribunaux? La Cour d'appel a déjà mentionné des pistes de réflexion intéressantes. Elle affirmait, en 2004, que les liens d'attachement de l'enfant à sa famille d'accueil devaient prévaloir sur les liens culturels et l'appartenance identitaire, lorsque l'enfant n'avait pas connu d'autre famille que celle désireuse de l'adopter. Toujours selon la Cour, il pourrait en être autrement si le lien d'attachement résultait d'une entrave faite aux rapports entre l'enfant et ses parents biologiques, ou lorsque l'enfant fait l'objet d'un placement à un âge plus avancé, ou encore s'il a connu préalablement d'autres liens d'attachement¹²⁰.

63. Or, pour limiter la possibilité que l'enfant crée des liens d'attachement auprès d'une famille non autochtone, se coupant ainsi d'une partie de ses racines, le directeur de la

119. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 11(2009) : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention*, Doc. N.U., 50^e sess., CRC/C/GC/11 (12 février 2009).

120. Réjean Bergeron, *ès qualité DPJ Abitibi c. J.K et W.B.*, préc., note 96.

protection de la jeunesse doit faire tous les efforts nécessaires pour trouver une famille d'accueil dans la communauté de l'enfant. Le principe de subsidiarité, déjà reconnu en adoption internationale, pourrait s'appliquer à la situation de l'enfant autochtone. La *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* prévoit l'obligation pour les pays signataires de s'assurer que l'enfant ne peut pas faire l'objet d'un placement dans son pays d'origine avant d'être adopté à l'étranger¹²¹. Le principe appliqué aux enfants autochtones forcerait le directeur de la protection de la jeunesse à prouver la subsidiarité du placement chez des non-autochtones.

64. L'appartenance identitaire de l'enfant est au cœur des revendications des communautés autochtones. Or, elle constitue également un principe sur lequel s'appuient différents groupes en vue d'une éventuelle réforme de l'adoption québécoise. Toutefois, dans le cas de l'adoption québécoise, il s'agit plutôt de l'identité personnelle et familiale que de l'identité culturelle, bien que cette dernière soit également importante en matière d'adoption internationale.

3. LA RÉFORME DE L'ADOPTION QUÉBÉCOISE ET LA RECONNAISSANCE DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE : UN MÊME DÉFI DERRIÈRE DES RÉALITÉS DIFFÉRENTES?

65. Au cours des dernières années, les demandes relatives à une éventuelle réforme de l'adoption québécoise s'appuient sur des considérations diverses. L'une des principales constatations du Groupe de travail sur l'adoption québécoise est que l'adoption plénière, le seul modèle d'adoption existant à l'heure actuelle dans le Code civil, fondé sur le secret, la rupture et l'exclusivité du lien parental, n'est plus en mesure de répondre aux besoins de tous les enfants. Si l'affirmation est vraie pour les enfants non autochtones, elle est sans doute encore plus vraie pour les enfants autochtones. De plus, les questions identitaires, relayées par des revendications concernant l'accès aux origines, colorent désormais le discours en

121. *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, art. 4.

adoption interne et internationale. De nouveaux paramètres viennent désormais soutenir l'échafaudage de la réforme de l'adoption québécoise. Or, plusieurs des ces paramètres constituent également des valeurs importantes pour les communautés autochtones et soutiennent leur demande de reconnaissance de la coutume. Si les réalités sont différentes, le défi est le même : réformer l'adoption québécoise et reconnaître l'adoption coutumière en assurant d'abord et avant tout le respect des droits de l'enfant.

3.1 LES NOUVEAUX PARAMÈTRES PROPOSÉS AU SOUTIEN DE LA RÉFORME DE L'ADOPTION QUÉBÉCOISE

66. À la suite du dépôt du rapport du Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, un avant-projet de loi¹²² a été déposé. Les propositions de réforme ont été étudiées en commission parlementaire. Des spécialistes et des groupes représentant des intérêts divergents ont été entendus. L'avant-projet de loi introduit des changements importants dans le droit de l'adoption. La réforme se caractérise par le recul de la confidentialité et la fin de la rupture automatique des liens entre l'adopté et sa famille d'origine. Elle fait aussi une plus grande place à la famille élargie et réitère la nécessité de distinguer la filiation et l'exercice de l'autorité parentale. Ces paramètres rejoignent des valeurs chères aux communautés autochtones, pour lesquelles l'adoption doit s'inscrire dans une perspective de continuité plutôt que de rupture. En réalité, la réforme propose désormais de considérer l'adoption sous plusieurs angles. D'une part, la place de l'adoption plénière est réitérée, car elle constitue encore un modèle adéquat pour plusieurs enfants. En revanche, d'autres types d'adoption sont suggérés afin de répondre aux besoins des enfants qui se situent dans un espace partagé au chapitre des relations parentales et familiales.

67. Chez les Premières Nations, l'adoption coutumière se rapproche plus d'une délégation des droits de l'autorité parentale que de l'adoption québécoise. Or, jusqu'à tout

122. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, avant-projet de loi, préc., note 11.

récemment, l'idée selon laquelle des parents pourraient déléguer volontairement leurs droits d'autorité parentale à d'autres personnes n'était pas considérée comme étant socialement acceptable. L'autorité parentale devait nécessairement être arrachée aux parents par les tribunaux, avec toutes les séquelles qu'une déchéance de l'autorité parentale ou le retrait d'un ou de plusieurs de ses attributs peut parfois laisser chez les parents, mais aussi chez l'enfant. L'avant-projet de loi prévoit l'ajout de l'article 100.1, qui se lirait ainsi :

Avec l'autorisation du tribunal et de l'autre parent, à moins qu'il ne soit déchu de l'autorité parentale ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, les père et mère peuvent déléguer l'exercice de l'ensemble de leurs droits et devoirs liés à l'autorité parentale et à la tutelle légale en faveur de leur conjoint, d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré de l'enfant ou du conjoint de cet ascendant ou parent.

68. Bien que cette disposition ait fait l'objet de certaines critiques, l'idée a été plutôt bien accueillie par les personnes et organismes qui se sont présentés en commission parlementaire. Or, ne sommes-nous pas en train d'introduire l'idée selon laquelle un parent peut choisir de confier volontairement son enfant à une personne de sa famille élargie afin que cette dernière exerce tous les droits de l'autorité parentale, d'une manière temporaire ou permanente? La délégation volontaire de l'autorité parentale ou de la tutelle créerait une interface entre l'adoption coutumière chez les Premières Nations et l'adoption légale.

69. L'avant-projet de loi propose également d'introduire l'adoption ouverte. Les nouveaux articles 581.1 à 583 prévoient que les père et mère, le tuteur ou le titulaire de l'autorité parentale et l'adoptant pourraient convenir d'une entente de communication sur la divulgation ou l'échange de renseignements concernant l'adopté et le maintien de relations personnelles entre eux et avec l'adopté durant le placement ou après l'adoption. L'enfant âgé de 14 ans et plus devrait consentir à l'entente et l'avis de celui de moins de 14 ans devrait être pris en considération si son âge et son

discernement le permettent. Le tribunal pourrait sur demande entériner l'entente pour valoir jugement. Cette entente pourrait être modifiée ou révoquée ultérieurement. Ces dispositions traduisent une panoplie de situations allant du simple échange de renseignements avant ou après l'adoption, par l'entremise d'un intermédiaire ou non, au maintien de relations personnelles après l'adoption. Lors des consultations publiques, tous les intervenants se sont prononcés en faveur de l'introduction de l'adoption ouverte. Toutefois, certains se sont opposés au caractère judiciaire de l'entente. Ils auraient souhaité laisser aux parents adoptants le droit de mettre fin unilatéralement à l'entente si ces derniers estiment que l'intérêt de l'enfant l'exige¹²³. L'adoption ouverte a déjà été présentée comme étant plus acceptable pour les communautés autochtones¹²⁴.

70. Un deuxième type d'adoption qui laisserait subsister le lien de filiation d'origine entre l'enfant et sa famille biologique est aussi proposé. C'est délibérément que l'expression « adoption simple » n'a pas été reprise, car l'adoption dont il est question dans l'avant-projet de loi n'est pas l'équivalent de l'adoption simple qui existe dans certains pays d'Europe et d'Amérique latine. La préservation du lien d'origine ne vise pas la survivance d'effets juridiques particuliers liés à la filiation biologique. Elle a pour but de protéger la valeur significative de cette filiation dans le vécu ou dans l'imaginaire de l'enfant. Ne se rapproche-t-on pas encore ici des préoccupations des nations autochtones? L'article 573 du Code civil introduirait une adoption qui n'aurait pas pour effet de rompre le lien préexistant de filiation afin de préserver des liens d'appartenance significatifs pour l'enfant avec sa famille d'origine. Le texte prévoit qu'il peut en être ainsi, notamment dans les cas d'adoptions intrafamiliales, limitées aux parents en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, d'adoption de

123. FÉDÉRATION DES PARENTS ADOPTANTS DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 14 janvier 2010, p. 5; ORDRE DES PSYCHOLOGUES DU QUÉBEC, *Avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Mémoire de l'Ordre des psychologues du Québec, 8 janvier 2010, p. 10.

124. COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR (CSSSPNQL), *préc.*, note 5, p. 16.

l'enfant du conjoint ou de l'adoption d'un enfant plus âgé. Peut-on faire un parallèle avec la situation des enfants autochtones? Aurait-on dû prévoir une éventuelle application aux enfants autochtones, en vue de protéger leur langue, leur culture et leur religion? Une telle possibilité pourrait se justifier, compte tenu des droits particuliers reconnus aux enfants autochtones par les différents textes internationaux.

71. Quoi qu'il en soit, le projet de réforme permet de mesurer l'évolution de la pensée et des pratiques autour de l'adoption. D'une part, l'introduction de l'adoption ouverte, de l'adoption sans rupture du lien de filiation d'origine et de la délégation des droits de l'autorité parentale ou de la tutelle marque l'acceptation de l'idée selon laquelle l'affection d'un enfant peut ne pas être exclusive et qu'en conséquence, il ne convient pas toujours de sanctionner l'incapacité parentale par une substitution de filiation. D'autre part, certaines communautés ou représentants autochtones reconnaissent désormais l'existence de problèmes liés aux conditions de vie, et que la pauvreté, la négligence et la violence sont les principales causes de placement des enfants autochtones¹²⁵. La nécessité de trouver rapidement une solution permanente pour l'enfant, en tentant d'assurer la continuité et la stabilité des liens qui lui sont significatifs, est plus facilement acceptée. Pour les Autochtones, cela suppose cependant que l'on recherche prioritairement parmi les membres de sa famille immédiate et élargie ou parmi les membres de sa communauté, une personne à la fois capable et désireuse d'adopter l'enfant sous la forme coutumière, ce qui nécessite la reconnaissance de la pratique par le droit étatique.

3.2 LA RECONNAISSANCE DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE PAR LE DROIT ÉTATIQUE : ASSIMILATION, INSTRUMENTALISATION OU AVANCÉE POUR LES DROITS DES ENFANTS AUTOCHTONES?

72. Il est de l'essence même de la coutume qu'elle évolue au fil du temps. Désormais, elle se pratique parfois à l'extérieur

125. FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, préc., note 23, p. 6.

de la famille élargie¹²⁶. La question de la place des pères biologiques commence à être soulevée¹²⁷, etc. De plus, les finalités de l'adoption coutumière sont diverses. Elle peut être pratiquée dans un but altruiste. Elle constitue alors un don envers les adoptants. L'adoption coutumière permet à des couples sans enfant d'en accueillir, à des parents âgés d'être soutenus par les plus jeunes. Elle vise également à venir en aide aux parents biologiques qui ne peuvent pas ou ne veulent pas assumer la charge de leur enfant¹²⁸. Les grands-parents ou d'autres membres de la famille se voient parfois contraints d'assumer le soin, l'entretien et l'éducation de l'enfant. Autrefois, les adoptants pouvaient compter sur la solidarité, la responsabilité et le soutien de la communauté, ce qui n'est plus nécessairement le cas maintenant. La détérioration du tissu social, les problèmes de pauvreté, d'alcoolisme, la promiscuité et la violence conjugale¹²⁹, contribuent à mettre en évidence la finalité palliative de la pratique et l'aspect protectionniste des droits de l'enfant dans l'appréhension de l'adoption coutumière. Ainsi, la Commission des droits de la personne du Québec recommande que l'adoption coutumière soit, en quelque sorte, assujettie au droit étatique¹³⁰. Certains y voient une manière de préserver l'enfant autochtone contre la discrimination¹³¹. Or, l'adoption coutumière est le plus souvent une adoption endofamiliale, pour

126. *Id.*, p. 11. Les tribunaux font parfois preuve de méfiance lorsque les adoptants n'appartiennent pas à la famille élargie de l'enfant. Ils craignent que l'adoption coutumière, dans un tel contexte, vise à contourner la loi. *Protection de la jeunesse* — 09701, préc., note 62.

127. *L.P. v. A.P.*, préc., note 35. Les parties s'opposent sur la question de savoir si la coutume permet ou non l'adoption sans le consentement du père biologique. Ce dernier prétend que la coutume doit désormais tenir compte de l'évolution du rôle paternel dans la société inuite.

128. Ce changement est constaté par les aînés qui ont témoigné dans l'affaire *S.K.K. v. J.S.*, préc., note 35, par. 23.

129. LA SANTÉ DE LA POPULATION DES TERRITOIRES DU PLAN NORD, document obtenu par *La Presse*, Montréal, le 16 mai 2011, p. A8.

130. La Commission recommande « [q]ue le ministre de la Santé et des Services sociaux et le ministre de la Justice s'assurent que toute adoption dite traditionnelle soit évaluée comme un projet de vie permanent et qu'elle soit précédée d'une évaluation psychosociale de l'enfant ainsi que des postulants à l'adoption »; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Rapport d'enquête sur les services de protection de la jeunesse dans la baie d'Ungava et la baie d'Hudson*, Montréal, 2007, p. 78.

131. D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 12, p. 421.

laquelle le droit québécois ne prévoit pas d'évaluation psychosociale systématique des enfants et des postulants à l'adoption. Soumettre l'adoption coutumière à la procédure prévue pour l'adoption hétérofamiliale, sans faire les nuances nécessaires, semble, au contraire, contrevenir au droit à l'égalité¹³².

73. Si la réforme de l'adoption québécoise envisagée permet l'émergence d'une interface entre les deux systèmes, au moins en ce qui a trait aux valeurs et aux principes qui la sous-tendent, elle ne doit pas servir de prétexte à l'annexion du droit coutumier par le droit québécois. Elle doit plutôt faciliter la détermination des effets juridiques entraînés par la reconnaissance de l'adoption coutumière. La multiplication des possibilités de placement de l'enfant, afin de mieux répondre à ses besoins, permettrait d'adapter les effets de cette reconnaissance selon les communautés qui la pratiquent. La réforme du droit québécois, en favorisant l'émergence d'interfaces pour faire le pont entre les systèmes juridiques, favoriserait la mise en place d'une approche holistique dans la reconnaissance de l'adoption coutumière.

74. Les Autochtones rejettent toute forme d'assimilation de la coutume par le droit étatique québécois. La reconnaissance de l'adoption coutumière s'inscrit dans le contexte plus large de la revendication des droits ancestraux protégés par la Constitution ou encore des droits issus d'un traité, telle la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*. Dans cette optique, le législateur québécois peut reconnaître l'adoption coutumière, mais il serait empêché d'en réglementer l'exercice. La reconnaissance ne peut donc pas s'accompagner de normes qui ajouteraient à la coutume, en prescrivant des droits et des obligations découlant de l'adoption coutumière, qui n'auraient pas été déterminés par les Autochtones eux-mêmes¹³³.

75. Cependant, la reconnaissance de la pratique de l'adoption coutumière n'aura pas pour effet de soustraire l'enfant qui en fait l'objet à l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse. Si la sécurité ou le développement de l'enfant

132. *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. 1985 App. II n° 44, art. 15.

133. Ghislain OTIS, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de "l'adoption coutumière" autochtone au Québec », (2011) 41(2) R.G.D. 567.

adopté selon la coutume est compromis, il pourrait être placé à l'extérieur de sa famille ou de sa communauté, si aucune famille d'accueil autochtone n'est en mesure de l'accueillir. La reconnaissance de l'adoption coutumière n'est pas, à elle seule, en mesure de répondre adéquatement à tous les besoins des enfants autochtones. Placer le contrôle exclusif de l'adoption coutumière entre les mains des communautés autochtones permettrait certainement d'atteindre les objectifs en matière d'autodétermination, mais soulèverait des inquiétudes sur le respect des droits individuels des enfants autochtones à cause des lacunes présentes dans les communautés, mais aussi à cause des défaillances de l'État canadien et des législatures provinciales dans leurs rapports aux Autochtones.

76. La reconnaissance de l'adoption coutumière contribuerait certainement à protéger l'identité culturelle de l'enfant autochtone, mais il s'agit d'un droit de l'enfant parmi d'autres. Le droit de l'enfant le plus fondamental est le droit à la vie, à la survie et au développement. Ce droit constitue l'un des quatre principes directeurs de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*. L'article 6 de la Convention se lit ainsi : « 1) Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie. 2) Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant. » Le droit à la vie est un droit fondamental, dit de première génération, que l'on retrouve dans tous les instruments internationaux ou régionaux de protection des droits de la personne. Le droit à la vie n'est donc pas assorti, comme le droit à la survie et au développement, à la restriction de la « mesure possible ». L'un des indicateurs les plus probants pour mesurer le respect ou non du droit à la vie est le taux de mortalité infantile. Or, selon des données récentes, le taux de mortalité infantile est quatre fois plus élevé au Nunavik que dans le reste du Québec¹³⁴. Ces données soulèvent des interrogations sur le respect d'autres droits de l'enfant autochtone, tout aussi importants, sinon plus encore, que le droit au respect de son identité culturelle.

134. LA SANTÉ DE LA POPULATION DES TERRITOIRES DU PLAN NORD, préc., note 129.

77. Le droit au développement est un exemple des droits dits de troisième génération, qui figurent uniquement dans les instruments les plus modernes de protection des droits de la personne¹³⁵. Le comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant demande aux États parties d'interpréter « le terme "développement" au sens le plus large et en tant que concept global, embrassant le développement physique, mental, spirituel, moral, psychologique et social »¹³⁶ de l'enfant. Les principaux droits de l'enfant reconnus par la Convention et qui assurent le respect de son droit au développement sont le droit à un accès à des soins de santé, le droit à l'éducation, le droit à un niveau de vie suffisant et le droit de bénéficier de la sécurité sociale.

78. Or, les données relatives à la santé et à la scolarité des jeunes Autochtones sont effarantes¹³⁷ et viennent jeter un éclairage sur les difficultés rencontrées par les organismes chargés d'assurer leur protection. Le Comité des droits de l'enfant se dit préoccupé par la situation des enfants autochtones au Canada¹³⁸. Le discours autour de la reconnaissance de l'adoption coutumière en tant que droit ancestral ou issu d'un traité ne doit pas nous faire perdre de vue qu'il ne constitue qu'un aspect des droits de l'enfant autochtone. D'autres actions doivent être entreprises par les législateurs et les communautés elles-mêmes afin de s'engager dans une réflexion globale sur l'amélioration des conditions de vie des

135. Selon le Comité des Nations Unies, le droit au développement de l'enfant est similaire au concept de « développement humain » tel que défini à l'article premier de la *Déclaration sur le droit au développement*, Rés. A/RES/41/128, Doc. A.G. N.U., 41^e sess., 4 décembre 1986. Voir Manfred NOWAK, Article 6 : *The Right to Life, Survival, And Development*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

136. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observations générales n° 5 (2003) : Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant*, Doc. N.U., 34^e sess., CRC/GC/2003/5, p. 5 (27 novembre 2003).

137. Les maladies à déclaration obligatoire sont 54 % plus fréquentes dans le Nord du Québec, les cas de cancer y sont plus nombreux et le taux de décès des suites d'une maladie respiratoire y est 50 % plus élevé qu'ailleurs au Québec. Le taux de décrochage scolaire est plus grand. En effet, 80 % des Inuits et 73 % des Cris de la Baie-James n'ont aucun diplôme, alors que 37 % des autres jeunes québécois sont dans la même situation. LA SANTÉ DE LA POPULATION DES TERRITOIRES DU PLAN NORD, préc., note 129.

138. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observations finales : Canada*, Doc. N.U., 34^e sess., CRC/C/15/Add.215 (27 octobre 2003).

enfants autochtones, condition *sine qua non* au respect de leurs droits individuels et collectifs.

CONCLUSION

79. La réforme de l'adoption québécoise entraînerait l'émergence de nouvelles interfaces avec l'adoption coutumière. Elle contribuerait certainement à un rapprochement encore plus marqué entre les deux institutions. En ce sens, elle simplifierait certains aspects de la reconnaissance de l'adoption coutumière, en facilitant la formulation des effets juridiques et leur transposition d'un système vers l'autre. La reconnaissance de l'adoption coutumière pratiquée chez les Premières Nations ou les Inuits constituerait une avancée pour les droits collectifs des enfants autochtones, mais elle serait nettement insuffisante pour assurer le respect des obligations internationales du Canada à leur égard. Si les Autochtones jouissaient d'un niveau de vie comparable à celui des autres Canadiens, l'adoption coutumière pourrait assurer la sécurité et le développement de l'enfant, tout en protégeant son identité culturelle. L'étude des décisions publiées au cours des dernières années démontre que ce n'est malheureusement pas le cas. L'impossibilité de trouver une famille autochtone apte à répondre aux besoins de l'enfant est parfois mise en preuve, alors que l'enfant a déjà fait l'objet de multiples placements qui ont contribué à la détérioration de sa situation.

80. Plusieurs enfants autochtones vivent dans une extrême pauvreté et un nombre disproportionné d'entre eux sont pris en charge par les services de protection de l'enfance. Cette situation constitue l'un des plus importants défis sociaux auxquels font face les communautés autochtones du Canada. La reconnaissance de l'adoption coutumière ne doit donc pas être une solution isolée; elle doit s'inscrire au cœur d'une panoplie de mesures. Les États parties à la Convention sur les droits de l'enfant sont tenus de prendre les moyens nécessaires pour assurer le respect des droits économiques, sociaux et culturels des enfants dans les limites des ressources dont les États disposent. Il est inadmissible que les enfants autochtones vivent dans un tel état de dénuement dans un pays qui possède autant de ressources économiques et matérielles que le

Canada. Des mesures spéciales et des indicateurs de progrès adaptés à la situation des enfants autochtones doivent être élaborés en partenariat avec les populations concernées. De plus, les enfants autochtones doivent participer activement aux consultations et à l'élaboration des mesures qui les touchent directement. La Convention garantit à l'enfant le droit d'exprimer son opinion, individuellement et collectivement. À ce titre, on ne peut que déplorer la place restreinte accordée jusqu'ici à la parole de l'enfant autochtone dans les discussions autour d'une éventuelle reconnaissance de l'adoption coutumière.

Carmen Lavallée
Université de Sherbrooke
Pavillon Albert-Leblanc
2500, boul. de l'Université, bureau A-9 275
Sherbrooke (Québec) Canada J1K 2R1
Tél. : 819 821-8000, poste 61962
Carmen.lavallee@USherbrooke.ca

Note de l'auteure : L'auteure tient à remercier la professeure Françoise-Romaine Ouellette pour ses commentaires judicieux, ainsi que madame Sabrina Gauthier, étudiante au programme de deuxième cycle droit-MBA, qui a agi à titre d'assistante de recherche pour la rédaction du présent article.