

L'abandon d'enfants : du Québec à la France en passant par l'Ontario

Marie-Noëlle Pourbaix

Volume 29, numéro 2, mars 1998

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1035675ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1035675ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pourbaix, M.-N. (1998). L'abandon d'enfants : du Québec à la France en passant par l'Ontario. *Revue générale de droit*, 29(2), 133–207.
<https://doi.org/10.7202/1035675ar>

Résumé de l'article

Ce travail porte sur la question de l'abandon d'enfants analysée sous l'angle du droit comparé. Nous avons tenté d'y mettre en relief les différentes interprétations entourant la notion juridique d'abandon et les composantes des systèmes québécois, ontarien et français relativement aux mesures existant pour protéger l'enfant abandonné. Nous avons examiné principalement trois contextes juridiques différents : les lois sur la protection de l'enfant, l'autorité parentale et les déclarations d'abandon. Nous avons voulu mettre en lumière, entre autres, les mécanismes d'intervention en milieu familial en comparant les lois particulières du Canada au système d'assistance éducative de la France. Nous nous sommes aussi attardée à la déchéance de l'autorité parentale comme moyen supplémentaire de protéger l'enfant. Finalement, nous avons étudié le contexte des mesures permettant de rendre adoptable un enfant abandonné. Cette analyse nous a démontré qu'en cette matière, l'État québécois préconise un système hybride, c'est-à-dire un système alliant des interprétations et des mécanismes clairement inspirés de la common law à d'autres, purement civilistes.

L'abandon d'enfants : du Québec à la France en passant par l'Ontario*

MARIE-NOËLLE POURBAIX**
Notaire, Ottawa

RÉSUMÉ

Ce travail porte sur la question de l'abandon d'enfants analysée sous l'angle du droit comparé. Nous avons tenté d'y mettre en relief les différentes interprétations entourant la notion juridique d'abandon et les composantes des systèmes québécois, ontarien et français relativement aux mesures existant pour protéger l'enfant abandonné. Nous avons examiné principalement trois contextes juridiques différents : les lois sur la protection de l'enfant, l'autorité parentale et les déclarations d'abandon. Nous avons voulu mettre en lumière, entre autres, les mécanismes d'intervention en milieu familial en comparant les lois particulières du Canada au système d'assistance éducative de la France. Nous nous sommes aussi attardée à la déchéance de l'autorité parentale comme moyen supplémentaire de protéger l'enfant. Finalement, nous avons étudié le contexte des mesures permettant de rendre adoptable un

ABSTRACT

This article analyses child abandonment from a comparative law perspective. Various interpretations given to the juridical notion of abandonment are considered as well as elements of the legal systems of Québec, Ontario and France that relate to measures for the protection of the abandoned child. Three different legal contexts are examined : child protection legislation, parental authority, and declarations of abandonment. Family intervention mechanisms are addressed through a comparison of specific laws in Canada and the education assistance system in France. Deprivation of parental authority as a supplementary measure for child protection is then examined. Finally, our discussion provides a contextual study of measures permitting an abandoned child to be adopted. This analysis demonstrates that in this area of law Québec has a hybrid system, containing mechanisms and

* Thèse de maîtrise présentée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Elle a mérité le Prix du Barreau de Paris.

** L'auteure tient à remercier les professeurs Alain-F. Bisson et Marie Pratte pour leurs judicieux conseils lors de la réalisation de ce travail.

enfant abandonné. Cette analyse nous a démontré qu'en cette matière, l'État québécois préconise un système hybride, c'est-à-dire un système alliant des interprétations et des mécanismes clairement inspirés de la common law à d'autres, purement civilistes.

interpretations which are drawn from the common law tradition, along with others that are purely civil in nature.

SOMMAIRE

Introduction	135
I. Maintien des liens entre l'enfant abandonné et sa famille d'origine.....	139
A. Protection de l'enfant abandonné par l'intervention en milieu familial	139
1. Conceptions québécoise et ontarienne : intervention permise par le biais de lois spéciales.....	139
a) <i>Abandon ou négligence : une question de vocabulaire</i>	140
b) <i>Mécanismes d'intervention préconisés</i>	142
c) <i>Principes énoncés, principes suivis</i>	145
2. Conception française : intervention permise par le biais du Code civil	148
a) <i>Protection par la voie administrative</i>	148
b) <i>Protection par la voie judiciaire : l'assistance éducative</i>	150
c) <i>Notion de danger et lien avec l'abandon</i>	151
d) <i>Mesures de protection préconisées</i>	153
B. Protection de l'enfant abandonné par la suspension de l'exercice des droits parentaux	156
1. Autorité parentale — Concept purement civiliste.....	156
a) <i>Origine de l'autorité parentale</i>	156
b) <i>Inexistence du concept en Ontario</i>	158
2. France et Québec : retrait de l'autorité parentale comme mesure additionnelle de protection.....	159
a) <i>Notion de déchéance de l'autorité parentale</i>	159
b) <i>Lien entre mesures de protection et retrait de l'autorité parentale</i>	160
c) <i>Québec : l'abandon comme motif grave</i>	161
d) <i>France : le désintéret ou l'abandon comme danger</i>	165
II. Rupture définitive des liens entre l'enfant abandonné et sa famille d'origine	168
A. La protection de l'enfant abandonné par la clarification de son statut.....	168
1. La déclaration d'abandon en common law : mesure ultime de protection.....	169
2. La déclaration d'abandon en droit civil : un mécanisme indépendant	171
a) <i>Québec : la déclaration d'admissibilité à l'adoption</i>	171
b) <i>France : la déclaration d'abandon</i>	173
B. Controverses sur la notion d'abandon — protection de l'enfant abandonné ou des droits de ses parents?	175
1. Conception canadienne de l'abandon : place aux faits objectifs.....	175
a) <i>Assumer le soin d'un enfant : un constat factuel et objectif</i>	176
b) <i>Prendre en charge un enfant : démonstration d'un projet réaliste</i>	184

c) <i>Veiller à l'intérêt de l'enfant : un débat théorique</i>	186
d) <i>Apprécier objectivement les faits : conception partagée par l'Ontario</i>	190
2. <i>Conception française de l'abandon : place aux excuses parentales</i>	193
a) <i>Notion de désintérêt manifeste</i>	194
b) <i>Justifications des parents : un élément déterminant</i>	195
c) <i>L'intérêt de l'enfant : facteur unique pouvant faire rejeter une demande</i>	200
Conclusion.....	201

INTRODUCTION

Le désir d'être parent se transforme souvent en réalité. Malheureusement, certains parents n'auront pas désiré la naissance de leur enfant. Parfois alors, ils l'abandonneront. À une époque où l'enfant est un sujet de droit de prédilection et une cause sociale des plus louables, son abandon, par ses géniteurs, surprend. Alors que des couples essaient de compenser leur stérilité en ayant recours aux nouvelles méthodes de reproduction ou à l'adoption, d'autres, ceux-là bien féconds, abandonnent leur progéniture.

L'abandon d'enfants constitue un malaise social qui traversa l'histoire malgré tous les progrès de la science, du droit et de la psychologie. Toutefois, la recherche de solutions à ce fléau a varié en intensité avec les époques et on se pré-occupait plus sérieusement du problème au fur et à mesure que notre conception de l'enfance et nos connaissances sur celle-ci évoluèrent.

En effet, les enfants n'ont pas toujours attiré l'attention des psychologues, sociologues, juristes et autres intervenants comme c'est le cas aujourd'hui. Il fut un temps où l'on considérait l'enfance simplement comme une période transitoire vers le stade adulte. Ses spécificités n'étaient pas reconnues ou du moins, il n'en était pas fait état. Par exemple, aux environs du XII^e siècle, l'enfant était perçu comme un adulte en miniature; il n'était qu'une version plus petite, plus faible et plus stupide de celui-ci¹. D'ailleurs, dans les peintures de cette époque, les enfants sont représentés comme des personnages à taille réduite, sans aucune caractéristique qui leur soit propre².

Ce n'est que vers la Renaissance que les enfants commencèrent à susciter un certain intérêt, surtout chez les intellectuels. À cette époque, l'Ancienne France avait la réputation d'avoir atteint un haut niveau d'intelligence, de culture et d'humanisme. Le peuple sortait peu à peu de son ignorance et de ses illusions moyenâgeuses. La doctrine suggère que l'entrée dans ce nouvel âge s'est caractérisée par l'apparition de l'individualisme. C'est alors que l'on commença à découvrir la personnalité de l'enfant et à l'entrevoir comme une personne, un individu.

Au cours de cette période, et depuis de nombreux siècles d'ailleurs, les naissances illégitimes étaient fréquentes et expliquaient en grande partie le nombre élevé d'abandons. En effet, les « bâtards » étaient des enfants indésirables car ils

1. R.I. WATSON, *Psychology of the Child — Personal, social and disturbed child development*, New York, John Wiley & Sons, 1959, p. 5.

2. J. CHARPENTIER, *Le droit de l'enfance abandonnée*, Paris, Presses universitaires de France, 1967, pp. 40-41.

attiraient le mépris. Leur statut était frappé de nombreuses incapacités juridiques et tout lien de droit avec leur famille naturelle leur était nié. Si un enfant illégitime était abandonné, la plupart des établissements de charité refusaient de le secourir.

En France, les premiers balbutiements de l'intervention étatique pour venir en aide aux enfants abandonnés se firent sentir vers le milieu du XVI^e siècle³. Au XVII^e siècle, c'est l'action de Saint-Vincent de Paul dans le cadre de la Maison des Enfants-Trouvés⁴ qui marqua principalement l'histoire de la protection des enfants abandonnés⁵. À la même époque, en Nouvelle-France, l'Église fut fondatrice des premières institutions de vocation humanitaire. Elle fonda, entre autres, l'hôtel-Dieu qui s'occupait des malades sans famille, et les hôpitaux généraux qui étendirent leur assistance aux vieillards, aux invalides et aux enfants abandonnés⁶.

Le XVIII^e siècle connut une aggravation du fléau des abandons d'enfants. On dit que la proportion des délaissements excédait alors le tiers du nombre total des naissances⁷. Le contexte social de l'époque, le taux élevé de pauvreté, la sévérité des lois à l'encontre de la procréation hors mariage firent en sorte que même des enfants légitimes étaient abandonnés. Mais ce siècle, époque de la Révolution française⁸, fut aussi marqué par l'action de François de Rochefoucauld-Liancourt (1747-1827) qui fut nommé à la tête d'un comité de mendicité. Liancourt mit l'accent sur le principe de la prévention des abandons et tint notamment l'environnement familial comme indispensable au développement des enfants. Il mit sur pied des mesures pour faciliter la restitution des enfants abandonnés à leur famille⁹.

Au XIX^e siècle, avec les travaux de Darwin sur l'évolution, un certain intérêt scientifique pour l'enfant commença à se manifester¹⁰ et l'idée de lui offrir une protection particulière germa de plus en plus dans l'esprit du législateur qui conçut divers expédients jusqu'alors inexploités. Par exemple, l'ordre pénal fut

3. Arrêt du 13 août 1552 du Parlement de Paris.

4. Institution publique établie par l'Édit du Roi de 1670, pour l'établissement de l'Hôpital des Enfants-Trouvés, uni à l'Hôpital-Général, du mois de juin 1670.

5. À cette époque, ce dernier fit figure de sauveur de l'enfance abandonnée. On dit qu'il prit conscience de la complexité de la personnalité de l'enfant et que dans leur formation scolaire, il tenta de tenir compte des capacités et aptitudes propres à chaque enfant afin de leur donner les outils les mieux adaptés pour qu'ils puissent plus tard gagner leur vie. De plus, on prétend que St-Vincent comprit que la famille était le seul milieu réellement favorable à l'épanouissement de l'enfant. Aussi, le plus possible, la Maison incita les parents à venir reprendre leur enfant. (J. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 2, pp. 49-86).

6. M.-P. MALOUIN (dir.), *L'univers des enfants en difficulté au Québec entre 1940 et 1960*, Montréal, Éditions Bellarmin, 1996, pp. 20-21.

7. J. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 2, p. 102.

8. Le Titre premier de la Constitution contenant les dispositions fondamentales garanties, stipule, à son septième alinéa : « Il sera créé et organisé un établissement général de secours publics pour élever *les enfants abandonnés* [...] » (nos italiques).

9. Pour lui, l'abandon d'enfants existait dans un État en raison de la misère et de la sévérité des bonnes mœurs. Il prôna donc une meilleure répartition des richesses et une éducation du peuple pour le sortir de ses préjugés sociaux. Il souleva aussi tous les problèmes de la vie en institution que devaient subir les enfants trouvés. Il nota le manque d'hygiène, le confinement, la transmission accrue des maladies, etc. Il observa aussi un développement plus lent des facultés mentales et morales chez ces enfants et attribua le problème aux carences affectives engendrées par leur captivité dans une institution. Il devina ainsi l'influence de l'affectivité sur le développement d'un enfant. Voir J. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 2, pp. 146-228.

10. R.I. WATSON, *op. cit.*, note 1, p. 9.

repensé et prévoit des solutions alternatives à la prison pour les mineurs¹¹. C'est aussi au cours de ce siècle qu'apparut au Code Napoléon la possibilité de déchoir de son autorité parentale un parent inadéquat¹². Au même moment, un nombre élevé d'asiles, d'orphelinats, d'écoles de réforme et d'hospices virent le jour au Canada, en même temps que des sociétés d'aide à l'enfance se développaient. Ainsi, c'est sans contredit au cours de ce siècle que l'on s'éveilla à la cause des enfants. Reconnaisant la faiblesse et la vulnérabilité des enfants vis-à-vis du monde adulte, l'État chercha à les protéger et à leur offrir de meilleures conditions de vie lorsqu'ils étaient abandonnés par leurs parents.

Mais c'est réellement au cours du XX^e siècle que les enfants devinrent définitivement le centre de l'attention législative¹³ et médiatique. La cause des enfants devint une considération sociale « indiscutablement louable et symboliquement pure »¹⁴.

La protection de l'enfance paraît devenue aujourd'hui un fait acquis banalisé, indiscutable dans son principe, sinon dans ses modalités.¹⁵

On soutient que cette attitude est en corrélation directe avec la cristallisation des connaissances psychologiques sur les enfants¹⁶. Bien que les théories sur le développement de l'enfant ne fassent pas l'unanimité et qu'il en exista une grande diversité¹⁷, on ne peut nier l'influence des travaux de Freud qui voua une importance prédominante au stade de l'enfance¹⁸.

Ce survol historique nous permet de constater que l'abandon d'enfants constitua un problème tout au long de l'histoire, mais que l'État ne commença à s'y intéresser qu'aux environs du XIX^e siècle. Le Québec n'échappa pas au phénomène et le gouvernement québécois mit sur pied divers moyens pour y remédier. Bien qu'une étude historique puisse être utile à la compréhension d'un problème encore très contemporain, nous nous attarderons, dans le cadre de ce travail, à la question de l'abandon d'enfants telle que régie aujourd'hui au Québec mais sous la perspective du droit comparé. Nous étudierons les composantes du système¹⁹ québécois et son interprétation de l'abandon en les comparant à celles de l'Ontario et de la France.

11. Par exemple, l'émergence des Sociétés de Patronage. Voir P. LACOUSME, « Les mineurs et l'ordre pénal dans les Codes de 1791 et 1810 », dans M. CHAUVIÈRE, P. LENOEL et É. PIERRE (dir.), *Protéger l'enfant — Raison juridique et pratiques socio-judiciaires (XIX^e-XX^e siècles)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1996, pp. 37-44, p. 38.

12. La déchéance de l'autorité parentale fut introduite au Code par le biais de la *Loi du 24 juillet 1889* sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

13. « The 18th century began to put children on the map; the 20th century has moved them toward the center of the map » (G. MURPHY et J.K. KOVACH, *Historical Introduction to modern psychology*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972, p. 401).

14. F.-R. OUELLETTE et J. SÉGUIN, *Adoption et redéfinition contemporaine de l'enfant, de la famille et de la filiation*, Québec, Institut québécois de la recherche sur la culture, 1994, p. 17.

15. M. CHAUVIÈRE, P. LENOEL et É. PIERRE, *op. cit.*, note 11, p. 11.

16. J. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 2, p. 1.

17. M. REUHLIN, *Histoire de la psychologie*, 13^e éd., Collection « Que sais-je », Paris, Presses universitaires de France, 1957, p. 93.

18. Voir entre autres R.I. WATSON, *op. cit.*, note 1, pp. 19 et suiv.

19. Dans ce travail, nous utiliserons l'expression « système » pour désigner la réunion des règles juridiques d'un État donné, sur un sujet donné : ici, l'abandon. Nous étudierons donc les systèmes de la France, du Québec et de l'Ontario. Quant à l'expression « État », nous l'utiliserons dans son sens commun, signifiant une nation organisée, soumise à un gouvernement et à des lois communes (*Petit Larousse*) et cette définition visera également les provinces de l'Ontario et du Québec.

Au cours de cette analyse, nous verrons que, selon les définitions qu'on lui donne, l'abandon peut prendre différentes formes. Il nous semble donc opportun à ce stade d'établir ce que nous entendrons par le terme « abandon ». Le dictionnaire lui donne plusieurs synonymes. Il parle de délaissement, de négligence, de renoncement. Cette terminologie peut s'appliquer autant aux choses qu'aux individus et pour décrire l'abandon d'enfants, nous utiliserons de manière interchangeable l'une ou l'autre de ces expressions. Nous limiterons toutefois notre analyse à son sens juridique, mais là encore, l'abandon comporte de nombreux aspects. Les conséquences juridiques de l'abandon d'un enfant varieront en fonction de la qualification du geste.

Pour notre part, nous croyons qu'il est possible de classer les abandons en trois catégories. La première catégorie, celle des abandons que nous qualifierons de « explicites », est constituée de gestes non équivoques d'abandon tels que le délaissement d'un enfant sur le perron d'une église ou sur un banc de métro ou le consentement à l'adoption. La deuxième catégorie est celle des abandons que nous qualifierons de « tacites » et qui se constatent généralement à l'intérieur de familles connaissant des difficultés émotives ou d'ordre économique et où les enfants sont tellement laissés à eux-mêmes qu'on peut, dans un sens large, les considérer abandonnés par leurs parents. Finalement, la troisième catégorie sera celle des abandons que nous qualifierons de « forcés », c'est-à-dire qui résultent d'une intervention étatique qui oblige le retrait de l'enfant de son milieu familial, forçant les parents à abandonner leur enfant parce que jugés non aptes à en prendre soin, que ce soit pour cause de maladie mentale ou de négligence. Ces abandons seront généralement attestés par une déclaration officielle de la Cour.

Pour les fins de notre travail, et afin de limiter notre propos, nous ne nous attarderons pas aux formes les plus explicites de l'abandon. Par exemple, nous n'étudierons ni la question du consentement à l'adoption ou des abandons planifiés (contrats de mères porteuses), ni celle de l'abandon de famille (sanctionné par le *Code pénal* français), ou de l'accouchement sous l'anonymat (existant en France)²⁰. Nous nous intéresserons plutôt aux formes de l'abandon qui requièrent, ou qui entraînent, une intervention du tribunal. Ainsi, nous verrons la cession volontaire des droits rattachés à l'autorité parentale, les jugements de protection ou les mesures éducatives entraînant le retrait de l'enfant de son milieu familial, la déchéance de l'autorité parentale, la déclaration d'admissibilité à l'adoption et la déclaration d'abandon. Toutes ces formes entrent dans les catégories susmentionnées d'abandons tacites ou forcés.

Nous analyserons de manière comparative les mécanismes utilisés au Québec, en Ontario et en France pour sanctionner l'abandon ou, d'un point de vue différent, pour protéger l'enfant abandonné. Cette analyse nous amènera à conclure que les mécanismes utilisés au Québec forment un système *hybride*. En effet, nous pourrions constater que le Québec retient des solutions inspirées de la *common law* aussi bien que des mécanismes purement civilistes à l'image du système français. Nous parviendrons à cette conclusion en examinant l'abandon dans le cadre de trois contextes juridiques différents. Nous verrons que deux de ces contextes offrent des solutions à caractère temporaire et révocable, permettant de maintenir les liens juridiques entre l'enfant abandonné et sa famille, alors que le troisième contexte entraîne des conséquences définitives rompant pour de bon les liens entre eux. Cette distinction servira d'assise à la division de notre travail.

20. Aussi connu sous l'appellation « accouchement sous X ».

Nous nous attarderons en premier lieu aux mesures existant essentiellement pour la protection des enfants. Nous comparerons le système des lois spéciales sur la protection des enfants qui est préféré au Canada à celui de l'assistance éducative prévu au *Code civil* français. Dans un deuxième temps, nous examinerons l'abandon dans le contexte civiliste de l'autorité parentale. Nous ferons alors un rapprochement entre la notion québécoise de motif grave et la notion française de désintérêt. Finalement, dans une dernière partie, nous analyserons les mécanismes entraînant la rupture définitive des liens entre les parents et leurs enfants abandonnés, et nous nous attarderons plus longuement à la manière dont les tribunaux québécois, ontariens et français interprètent l'abandon dans ce contexte.

I. MAINTIEN DES LIENS ENTRE L'ENFANT ABANDONNÉ ET SA FAMILLE D'ORIGINE

Ce premier chapitre comparera les différentes mesures prévues à la loi pour pallier les situations d'abandon à caractère temporaire. La réversibilité de ces mesures est leur principale caractéristique. Ainsi, même si la protection de l'enfant exige qu'il soit séparé physiquement de ses parents, leurs liens de filiation demeureront inchangés. Aussi, la Cour pourra mettre fin à la mesure palliative dès qu'il sera remédié à la situation problématique.

A. PROTECTION DE L'ENFANT ABANDONNÉ PAR L'INTERVENTION EN MILIEU FAMILIAL

L'intervention en milieu familial vise les situations où les parents négligent leurs enfants en les privant de soins ou d'attention. Ce manquement aux obligations parentales est souvent imputable à des difficultés personnelles ou financières. Afin de protéger les enfants et d'éviter leur abandon, les trois systèmes à l'étude ont prévu des mécanismes d'aide à la famille et de protection de l'enfance.

Il existe d'importantes similitudes entre l'approche retenue par le Québec et celle de l'Ontario. Le Québec a notamment jugé nécessaire de codifier les règles relatives à la protection de l'enfance dans un texte de loi indépendant du Code civil, texte qui, dans sa structure et ses principes, est à l'image de la loi ontarienne. La France, pour sa part, a utilisé le Code civil comme véhicule législatif principal et a jugé pertinent d'insérer les mesures d'intervention familiale dans la section touchant à l'autorité parentale. Cette distinction servira de base à la division du texte traitant de cette question.

1. Conceptions québécoise et ontarienne : intervention permise par le biais de lois spéciales

Les deux lois en vigueur traitant de la protection de l'enfance et qui feront l'objet de notre comparaison s'intitulent la *Loi sur la protection de la jeunesse*²¹ (la « L.P.J. ») pour le Québec et la *Loi sur les services à l'enfance et à la*

21. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. 1977, c. P-34.1.

*famille*²² (la « L.S.E.F. ») pour l'Ontario. Nous nous attardons à la notion d'abandon dans un contexte de protection puisque les deux lois instituées à cet effet traitent spécifiquement des cas d'abandon comme pathologies comportementales nécessitant la protection des victimes. Pour les fins de notre comparaison, nous débiterons par un exercice sémantique.

a) *Abandon ou négligence : une question de vocabulaire*

Au Québec, le terme « abandon » n'est pas utilisé dans le texte même de la L.P.J. L'article 38 a) y fait toutefois référence :

38. Aux fins de la présente loi, la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis :

a) si ses parents ne vivent plus ou *n'en assument pas de fait le soin, l'entretien ou l'éducation.*²³

[...]

L'élément clef de la législation québécoise relative à l'abandon se retrouve dans les termes « ne pas assumer de fait le soin, l'entretien et l'éducation de l'enfant ». Cette formule reprend en quelque sorte l'énoncé des obligations parentales décrites à l'article 599 C.c.Q. et se retrouve aussi à la section du Code qui traite des demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption²⁴. Le fait pour un parent de ne pas assumer ces obligations fondamentales à l'égard de l'enfant constitue un abandon au sens juridique du terme. Dans un contexte législatif de protection, une mesure étatique de protection sera requise.

En référant à cet article, la jurisprudence utilise souvent le terme « abandon » comme synonyme de l'expression utilisée par la loi. Par exemple, dans l'affaire *Protection de la jeunesse — 261*, le juge résume ainsi le problème : « Les *abandons* et les *rejets* successivement vécus en ont fait un enfant carencé avec des besoins énormes »²⁵. Et le résumé de l'affaire *Protection de la jeunesse — 606* dispose ainsi : « L'enfant [...] a été *abandonnée* par sa mère à une amie [...] »²⁶.

La loi ontarienne, pour sa part, utilise expressément le terme « abandon ». L'article 37(2)i) L.S.E.F. peut se lire ainsi :

37 (2). Est un enfant ayant besoin de protection : [...]

i) *l'enfant qui a été abandonné* ou l'enfant dont le père ou la mère est décédé ou ne peut pas exercer ses droits de garde sur l'enfant et qui n'a pas pris de mesures suffisantes relativement à la garde de l'enfant et aux soins à lui fournir ou, si l'enfant est placé dans un établissement, l'enfant dont le père ou la mère refuse d'en assumer à nouveau la garde et de lui fournir des soins, n'est pas en mesure de le faire, ou n'y consent pas;

22. *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, R.S.O. 1990, c. C-11. C'est en 1893 que fut adoptée la première loi ontarienne pourvoyant à la protection des enfants négligés. Elle s'intitulait : *Child Protection Act*, R.S.O. 1937, c. 312.

23. Les italiques sont de nous.

24. Voir le deuxième point de l'article 559 C.c.Q., lequel sera l'objet d'une étude approfondie dans la deuxième partie de ce travail (II).

25. *Protection de la jeunesse — 261*, [1987] R.J.Q. 1461, p. 1462 (T.J.) (les italiques sont de nous).

26. *Protection de la jeunesse — 606*, [1993] R.D.F. 353, p. 353 (C.Q.) (les italiques sont de nous).

Toutefois, bien que l'abandon soit expressément mentionné comme motif d'intervention, les tribunaux ontariens utilisent peu cet alinéa seul. Ils ont plutôt tendance à utiliser une combinaison d'articles comportant une notion de *négligence* pour en arriver à la décision que l'omission d'agir des parents doit être compensée par une mesure de protection. Ils se référeront notamment aux articles décrivant une omission de fournir des soins appropriés²⁷, ou une omission d'agir alors que l'état physique ou mental de l'enfant requiert des traitements médicaux²⁸. Par exemple, dans l'affaire *C.A.S. of Peel c. M.J.W. et W.W.* le juge s'exprime ainsi : « From her birth, she was raised in conditions of squalor and neglect. As a result all aspects of her development have been compromised »²⁹. Les résultats sont semblables à ceux découlant de la loi québécoise puisque les mécanismes de protection sont appliqués dans des cas similaires, mais la qualification du geste diffère. Au Québec, on qualifie d'abandon une omission de fournir des soins; en Ontario, on associe ce geste à de la négligence³⁰.

Cette différence terminologique peut probablement s'expliquer par le fait que l'ancienne *Child Protection Act*³¹ comportait un article spécifique associant l'enfant abandonné à l'enfant négligé :

1. (j) « Neglected child » shall mean, —

(ii) a child who is abandoned or deserted by his parents or only living parent or who is deserted by one parent and whose other parent is unable to maintain him.³²

Par exemple, dans un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario de 1946³³, la Société d'aide à l'enfance chercha à faire déclarer qu'un enfant était négligé : « having the infant declared a *neglected child* ». Ce mécanisme de déclaration de négligence est très semblable à la déclaration d'abandon du droit français et à la déclaration d'admissibilité à l'adoption du droit québécois dont il sera question

27. Art. 37 (2) a) L.S.E.F.

28. Voir notamment les articles 37 (2) e) et h) L.S.E.F.

29. *Children's Aid Society of Peel c. M.J.W. et W.W.*, (1995) 81 O.A.C. 56, p. 59 (Ont. C.A.).

30. Il nous faut néanmoins mentionner que la loi québécoise, à l'image de la loi ontarienne, énumère aussi de nombreuses situations où il y a abstention d'agir des parents (*i.e.* art. 38b), c) et g) L.P.J.), mais malgré ce fait, les tribunaux québécois appliquent plus volontiers l'article traitant spécifiquement de l'abandon. Cette attitude démontre clairement que les tribunaux québécois, habitués à la codification, adoptent une méthode de raisonnement conforme au droit civil et ce, malgré l'influence de la common law.

31. Précitée, note 22.

32. Il est intéressant de noter qu'à l'époque où cette loi était en vigueur, la notion d'abandon était interprétée de manière très restrictive. Par exemple, dans une affaire de 1946 (*Re Murphy*, [1946] 3 D.L.R. 137 (Ont. C.A.)), malgré le fait que l'enfant ait été placé en *orphelinat* et que la mère cessa de contribuer financièrement à son entretien, le juge refusa de déclarer l'enfant abandonné par sa mère :

[...] The mother committed the child to a worthy institution [...] There is no evidence to show that the Orphanage made any demand to recover from the other by process of law, or otherwise, any contribution towards the child's maintenance.

In these circumstances I think it's impossible to say that the child was *either abandoned or deserted by the mother* (p. 139).

Aujourd'hui, comme nous le verrons plus en détails dans la deuxième partie de ce travail (II), des faits identiques auraient certainement entraîné un résultat contraire.

33. *Ibid.*

plus loin³⁴. Il est intéressant d'observer que cette influence du droit civil sur la législation particulière d'une province de common law s'est quelque peu estompée avec les années puisque l'Ontario a abandonné ce concept de déclaration. Aujourd'hui, cet article est aboli et la notion d'abandon est maintenant exprimée à l'article 37(2) i) L.S.E.F. tel que nous l'avons vu.

Ainsi, bien que le terme abandon soit expressément mentionné dans la loi ontarienne, les tribunaux ontariens, moins habitués à travailler à partir du droit codifié, se référeront plutôt au concept de négligence pour décrire la situation de parents qui n'assument pas leurs obligations. La jurisprudence québécoise, malgré le fait que la loi ne fasse pas expressément mention du terme abandon, utilisera plus volontiers cette expression et ce, sûrement en raison de son lien étroit avec le droit civil français. Pour les fins de notre comparaison, nous assimilerons la notion ontarienne de négligence à celle d'abandon.

b) Mécanismes d'intervention préconisés

Il n'est pas de l'essence de ce travail de faire une comparaison exhaustive des mécanismes d'intervention de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. Notre but est plutôt de démontrer les similitudes dans la structure de ces lois afin de faire ressortir le caractère similaire de l'approche retenue par le Québec et l'Ontario pour gérer le problème des abandons d'enfants.

Les deux lois exposent en tout premier lieu les principes généraux régissant leur application. Elles mentionnent notamment que l'intérêt de l'enfant doit guider toutes les décisions prises en vertu de leurs dispositions³⁵. Chacune comporte également une section définissant l'enfant ayant besoin de protection³⁶, une section sur l'accès volontaire aux services³⁷ et une section sur les décisions judiciaires de protection³⁸. Évidemment, il s'agit là d'un tableau bien général et chacune des lois contient ses spécificités, entre autres quant à l'organisation des dispositions. Mais nous trouvons pertinent de faire un rapprochement entre les deux en raison des principes qui s'en dégagent et de la similitude de leur champ d'application. Quant à ce dernier, les deux lois s'appliquent lorsque la sécurité et le développement d'un enfant sont compromis³⁹. La L.S.E.F. utilise l'expression « est un enfant ayant besoin de protection : [...] » alors que la L.P.J. traite de sécurité et de développement compromis⁴⁰. Chacune énumère une liste de situations entrant dans la définition d'un enfant en danger et c'est dans le cadre de cette liste que s'inscrit l'abandon⁴¹.

À l'égard des mesures pouvant être ordonnées par la Cour, mentionnons que l'étendue des degrés d'intervention est plus vaste aux termes de la loi ontarienne qu'en vertu de sa contrepartie québécoise. Ceci s'explique par le fait

34. *Infra*, partie II.

35. Art. 3 L.P.J.; art. 1(a) L.S.E.F.

36. Art. 38 L.P.J.; art. 37 (2) L.S.E.F.

37. Art. 51 et suiv. L.P.J.; art. 26 et suiv. L.S.E.F.

38. Art. 73 et suiv. L.P.J.; art. 57 et suiv. L.S.E.F.

39. Art. 38 L.P.J.; art. 37 (2) L.S.E.F.

40. Art. 2 L.P.J.

41. Art. 38 (a) L.P.J.; art. 37 (2) i) L.S.E.F., tel que nous l'avons vu précédemment.

que la loi québécoise se limite à des mesures d'intervention temporaires et révocables qui pourront être complétées par des mesures plus définitives contenues au Code civil. La loi ontarienne, pour sa part, contient l'ensemble des dispositions applicables au cheminement d'un enfant qui ferait d'abord l'objet de mesures de protection et qui, par la suite, serait adopté. Ceci nous amène à observer que la L.P.J. en tant que législation particulière laisse néanmoins certaines règles de droit commun s'appliquer. La L.S.E.F. constitue pour sa part une exception beaucoup plus importante au droit commun ontarien qu'est la common law traditionnelle. Nous croyons que cette observation constitue sûrement un indice sur l'efficacité des règles de droit commun de chaque système.

Comme le Québec est le point central de notre comparaison et que la L.P.J. se limite à des mesures à effet temporaire, contentons nous ici d'examiner les mesures temporaires communes aux deux systèmes. La codification de la L.S.E.F. se caractérise par sa simplicité dans l'énumération des mesures pouvant être ordonnées par le juge. En effet, elles sont au nombre de quatre et l'article 57 les énumère de manière exhaustive⁴². Comme la quatrième option n'est que le prolongement des deux premières et que la troisième mesure sera examinée dans la deuxième partie de ce travail (puisque qu'elle a un caractère définitif), seules les deux premières options nous intéressent pour l'instant.

Ainsi, lorsqu'un juge constate qu'un enfant a besoin de protection, il peut ordonner que l'enfant demeure chez son père, sa mère ou une autre personne sous la surveillance de la Société d'aide à l'enfance⁴³. Il peut aussi ordonner que l'enfant soit confié, en tant que pupille, aux soins et à la garde de la Société⁴⁴. Voilà comment se limitent les solutions à caractère réversible s'offrant au tribunal, quoique ces mesures fassent généralement l'objet de précisions quant à leurs modalités d'exercice.

Pour le Québec, c'est l'article 91 L.P.J. qui fait état des mesures de protection pouvant être ordonnées par le juge qui considère que la sécurité et le développement d'un enfant sont compromis. La loi québécoise est plus explicite puisqu'elle énumère quatorze possibilités⁴⁵ et une quinzième d'ordre général pouvant englober toute autre mesure non énumérée mais qui serait dans l'intérêt de l'enfant⁴⁶. Bien que la liste soit plus détaillée dans la loi du Québec, les mesures énumérées peuvent tout de même se regrouper en deux catégories : celles qui maintiennent l'enfant dans son milieu, sous réserve d'une surveillance par le Directeur de la protection de la jeunesse⁴⁷, et celles qui retirent l'enfant de son milieu pour le confier à une autre personne⁴⁸. De cette manière, la loi québécoise rejoint la loi ontarienne. À ce point-ci de notre analyse, nous arrêterons là notre comparaison des mesures d'intervention puisque la jurisprudence à laquelle nous nous référe-

42. Les quatre options sont les suivantes (art. 57(1) L.S.E.F.) : 1- Ordonnance de surveillance par la Société; 2- Ordonnance confiant l'enfant à la Société en tant que pupille; 3- Ordonnance confiant l'enfant à la Société en tant que pupille de la Couronne; 4- Ordonnances consécutives de tutelle par la Société, puis de surveillance pour une période n'excédant pas 12 mois. Nous ne nous occupons pour le moment que des deux premières options.

43. Art. 57 (1) 1, L.S.E.F.

44. Art. 57 (1) 2, L.S.E.F.

45. Art. 91 (1) a) à k), art. 91 (2) a) à c), L.P.J.

46. Art. 91 (2) d), L.P.J.

47. Art. 91 (1) a) à d), f), h), i), k), L.P.J.

48. Art. 91 (1) e), g), j) et possiblement les mesures de l'art. 91 (2) L.P.J.

rons tout au long de ce travail exemplifiera davantage les mesures utilisées spécifiquement dans les cas d'abandon.

Mais il est intéressant à ce stade d'examiner qui a le pouvoir d'intervenir et de quelle manière ce pouvoir est exercé. Au Québec, c'est le Directeur de la protection de la jeunesse (le « D.P.J. ») qui occupe les principales fonctions de prise en charge d'un enfant et c'est notamment lui qui décide en premier lieu si la sécurité et le développement de l'enfant sont compromis⁴⁹. En Ontario, ce rôle est confié aux Sociétés d'aide à l'enfance (Children's Aid Society)⁵⁰. Dans l'un et l'autre cas ce sont des travailleurs sociaux qui, dans les faits, interviennent auprès des familles.

En parcourant la jurisprudence relative aux abandons d'enfants, nous avons pu constater à quel point le rôle préliminaire joué par les intervenants sociaux est crucial lorsque les juges sont appelés à prendre une décision sur l'avenir d'un enfant. En effet, une première intervention dans la vie d'un enfant aura généralement des conséquences à long terme en raison, notamment, de la lourdeur du processus judiciaire qui s'ensuivra habituellement⁵¹. Les intervenants sociaux doivent justifier leur intervention à tous points de vue et nous avons remarqué que dans les jugements canadiens, les juges, réalisant sans doute l'impact d'une telle intervention dans la vie d'un enfant, font fréquemment des commentaires à l'égard de ces intervenants. Ils leur reprochent souvent de ne pas chercher à faciliter les contacts entre les parents et leurs enfants lorsque ceux-ci ont été placés. Nous pouvons penser que, par cette attitude, les juges essaient de ne pas encourager des interventions trop hâtives qui peuvent avoir des répercussions négatives dans la vie d'un enfant.

Par exemple, au Québec, dans une affaire de 1984⁵², alors qu'un enfant avait été placé sur une base volontaire et que la mère demandait par la suite sa restitution, la travailleuse sociale a laissé croire à la mère qu'elle devait en faire la demande au tribunal. La mère, découragée, a tardé à agir et le juge a blâmé les travailleurs sociaux de ne pas avoir favorisé une reprise de contact. Dans une autre affaire, *Droit de la famille — 256*⁵³, le juge relate que trois jours après la naissance du bébé, la mère fut « harcelée » par les représentants du Centre des services sociaux pour qu'elle cède ses droits sur l'enfant⁵⁴.

Les juges ontariens ne manquent pas non plus d'occasions de réprover l'action hâtive des travailleurs sociaux ou leurs attentes irréalistes à l'égard des obligations parentales. Voici comment s'exprime le juge dans l'affaire *Catholic Children's Aid Society c. J.*⁵⁵:

49. Art. 32 L.P.J.

50. Art. 15 et suiv. L.S.E.F.

51. Nous aurons l'occasion de revenir sur les effets temporels d'une intervention retirant l'enfant de son milieu, et l'impact du facteur temps dans la définition de l'abandon. *Infra*, partie II.B.1.

52. T.J. Abitibi, n° 605-43-00004-83, le 10 août 1984 (juge OUELLET).

53. *Droit de la famille — 256*, [1988] R.D.F. 397, p. 399 (C.A.).

54. Pour d'autres exemples québécois, voir *Protection de la jeunesse — 880*, [1998] R.D.F. 582 (C.Q., Ch.j.) (ce jugement est commenté par C. DUCHESNAY, « Notion d'abandon en matière d'adoption — Les actes d'une travailleuse sociale suscitent de sérieuses questions... ») (1998) L.P.J. 7.; T.J. Montréal, n° 500-43-000974-823, 22 janvier 1985; T.J. Québec, n° 200-43-000012-79, 13 juin 1979, T.J. Montréal, n° 500-43-000324-854, 14 mars 1986.

55. *Catholic Children's Aid Society c. J.*, (1982) 24 R.F.L. (2d) 195, p. 200 (U.F.C.J.).

Two matters in particular have troubled me :

- (1) Firstly, the society clearly did not establish the most effective modelling program for the child and Miss J.
- (2) Secondly, Miss J. participated in the program to the best of her ability, and her lack of success cannot entirely be blamed on a lack of concern on her part.

Et dans une autre affaire⁵⁶:

The manner in which this case has been conducted by the Catholic Children's Aid Society stemming from the first decision to apprehend at birth has let me to conclude that there is a large gulf between the Court and the Society as to the appropriate parameters of the sort of power that they are exercising;⁵⁷

et plus loin dans la même affaire :

In my opinion the minimum allowable standard of parenting in our society is not as high as the Catholic Children's Aid Society suggests by its action in this case.⁵⁸

Ceci nous amène à penser que les travailleurs sociaux ont peut-être des idéaux élevés pour les enfants et qu'en voulant protéger les intérêts de ces derniers, ils mettent à l'écart certains principes proclamés par la loi, notamment celui du maintien de l'enfant dans son milieu naturel. Afin de mieux comprendre à quoi ces intervenants sont tenus, examinons maintenant certains des principes qui se dégagent de la loi québécoise et de la loi ontarienne.

c) *Principes énoncés, principes suivis*

La notion du meilleur intérêt de l'enfant imprègne depuis de nombreuses années toute la législation le concernant et les tribunaux tentent depuis longtemps d'en définir les paramètres⁵⁹. Dans un exposé portant sur la protection des enfants abandonnés, il nous est impossible de passer ce concept sous silence. Mais afin de limiter notre propos, contentons-nous ici de faire ressortir les deux composantes principales de cette notion se dégageant des lois protectrices québécoise et ontarienne. La plupart des auteurs s'entendent pour dire que la recherche de la stabilité et le respect de l'intégrité de la famille sont deux critères prédominants dans les lois sur la protection de la jeunesse⁶⁰. Ces principes sont d'ailleurs expressément codifiés dans chacune des lois à l'étude⁶¹.

Malgré l'énoncé des deux principes, nous avons observé que les développements récents de la jurisprudence québécoise et ontarienne ont tendance à

56. *Re Catholic Children's Aid Society and Pamela M.*, (1982) 36 O.R. (2d) 451 (prov. court — Family division). À l'inverse, pour un jugement flatteur envers le travail fait par des travailleurs sociaux, voir *Children's Aid Society of Kingston and the County of Frontenac c. J.G.*, [1997] O.J. n° 3205 (Q.L.) (Ont. court — Gen. Div.).

57. *Id.*, p. 457.

58. *Id.*, p. 460.

59. La Cour suprême se penchait déjà sur cette notion dans *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532 et *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501.

60. Par exemple, voir : D.W. PHILLIPS, « The Child and Family Services Act : the mechanics and roles of court, lawyer and professional », (1985) 45 R.F.L. (2d) 299-326, p. 300; et C. BERNARD, R. WARD et B.M. KNOPPERS, « Best Interest of the Child exposed : a portrait of Quebec custody and protection law », (1992) 11 C.J.F.L. 57-149, p. 57.

61. Art. 4 L.P.J.; art. 1 c), d) L.S.E.F.

favoriser davantage le premier critère, la stabilité, et ce, au détriment du deuxième, l'intégrité de la cellule familiale. Une partie de la doctrine est aussi de cet avis :

[...] les tribunaux doivent parfois concilier deux objectifs en opposition : la stabilité de l'enfant et le maintien du lien avec le parent biologique. Quand il est impossible d'atteindre l'un et l'autre, les tribunaux ont commencé à reconnaître la stabilité de l'enfant avec le parent psychologique.⁶²

En effet, le critère de la stabilité est souvent le synonyme de la notion de soins continus et lorsque les soins sont prodigués par une famille d'accueil, leur continuité exigera le maintien de l'enfant dans cette famille. En conformité avec ces principes, les juges se sont donc montrés de plus en plus hésitants à rompre les liens entre les enfants et leurs parents de substitution⁶³ qui s'occupent d'eux depuis l'ordonnance d'une mesure de protection. L'argumentation développée par les juges repose sur le fait qu'après quelques mois, voire quelques années, les enfants développent des liens affectifs avec leurs parents d'accueil et rompre cette relation affective pour retourner l'enfant dans son milieu naturel entraînerait à nouveau une rupture dans les soins prodigués et donc, une instabilité pour l'enfant.

Voyons quelques exemples jurisprudentiels à l'appui de notre propos⁶⁴. Dans l'affaire *Protection de la jeunesse — 694*⁶⁵, le juge est d'avis que dans certaines circonstances, il est préférable d'ordonner l'hébergement des enfants jusqu'à leur majorité étant donné l'insécurité qu'occasionne une option de courte durée qui laisse toujours planer l'idée d'une séparation possible. Dans l'affaire *Protection de la jeunesse — 293*⁶⁶, même si la preuve démontrait que la mère était redevenue apte à prendre soin de son enfant, il a été décidé qu'il était trop tard pour un retour de celui-ci dans son milieu d'origine.

Un arrêt récent de la Cour suprême illustre bien le problème et les juges n'ont pas manqué de soulever la question. Dans cette affaire, *C.C.A.S. Metropolitan Toronto c. M.(C.)*⁶⁷, l'enfant fut retirée de sa mère et mise sous la tutelle de la Société de l'aide à l'enfance. Cette dernière présenta ultérieurement une requête pour que l'enfant devienne pupille de l'État sans droit de visite. La mère s'opposa à cette requête et le cas se retrouva en Cour suprême. L'un des principaux arguments retenus par la Cour suprême pour confirmer le jugement qui avait finalement donné raison à la Société fut celui de l'attachement affectif de l'enfant à sa famille

62. C. BERNARD, R. WARD et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 60, p. 57 (Extrait tiré du résumé en début de texte. Notons que le texte original est en langue anglaise).

63. Voir par exemple *Protection de la jeunesse — 293*, [1988] R.J.Q. 213 (T.J.); *Protection de la jeunesse — 341*, [1988] R.J.Q. 2027 (T.J.); *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173.

64. Voir entre autres *Protection de la jeunesse — 954*, J.E. 98-1844 (C.Q., Ch.j.); *Protection de la jeunesse — 959*, J.E. 98-1943 (C.Q., Ch.j.); *Droit de la famille — 2203*, [1995] R.D.F. 378 (C.Q., Ch. j.); *Droit de la famille — 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C.Q., Ch. j.); *Protection de la jeunesse — 635*, [1993] R.D.F. 451 (C.Q., Ch. j.); *Droit de la famille — 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.); *Droit de la famille — 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.); *V. (M.T.B.) c. Children's Aid Society of Sarnia-Lambton*, [1994] W.D.F.L. 986 (Ont. Prov. Div.); *Children's Aid Society of Peel (Region) c. K.(D.)*, [1991] W.D.F.L. 264 (Ont. Prov. Div.); *Children's Aid Society of the Regional Municipality of Waterloo c. C.(R.)*, [1995] W.D.F.L. 1934 (Ont. Prov. Div.).

65. *Protection de la jeunesse — 694*, [1994] R.D.F. 600 (C.Q., Ch.j.). Pour un jugement à l'effet inverse, voir *Protection de la jeunesse — 968*, J.E. 98-2133 (C.Q., Ch.j.).

66. *Protection de la jeunesse — 293*, précité, note 63.

67. *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165 (Juges siégeant : LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA, GONTHIER, CORY, McLACHLIN et IACOBUCCI).

d'accueil. Bien évidemment, la durée de toute cette affaire joua en faveur des personnes qui avaient la garde physique de l'enfant.

La Cour d'appel de l'Ontario, troisième degré d'instance dans cette affaire, s'exprimait déjà ainsi : « Une ordonnance peut également être nécessaire afin de protéger l'enfant contre les problèmes affectifs qui résulteraient de la rupture du lien affectif avec les responsables des soins que l'enfant considère comme ses parents psychologiques »⁶⁸. Cette Cour reprochait d'ailleurs au premier juge de s'être contenté d'examiner l'intérêt de l'enfant en se demandant uniquement si celle-ci avait besoin d'être protégée contre son foyer naturel, mais non en se demandant quels problèmes affectifs elle pourrait rencontrer si elle était séparée de sa famille d'accueil⁶⁹. Et la Cour suprême d'ajouter : « [...] les longs délais peuvent malheureusement entraîner de lourdes conséquences pour toutes les personnes en cause »⁷⁰, et citant un autre juge qui commentait le facteur temps dans toute cette affaire :

[...] l'attachement psychologique qui s'est produit entre [S.M.] et sa famille d'accueil n'aurait pas eu une telle ampleur. Mes commentaires [...] ne se veulent pas une critique des parties; ce sont des commentaires sur la léthargie du système judiciaire, qui, en l'espèce, a malheureusement contrecarré l'esprit de la loi.⁷¹

D'ailleurs, la Cour suprême s'exprima clairement à ce sujet : « le maintien de la cellule familiale occupe une place importante seulement s'il est dans l'intérêt véritable de l'enfant »⁷².

Il est permis de penser que la position prise par les juges dans ces affaires est parfaitement légitime. En effet, il est pertinent de se demander si un retour de l'enfant dans son milieu naturel après une longue absence est véritablement dans son intérêt⁷³. Comme le pensent certains auteurs, favoriser un retour de l'enfant dans sa famille a du sens seulement à l'intérieur d'une certaine limite de temps⁷⁴. Même un groupe de travail qui a évalué l'efficacité de la L.P.J.⁷⁵ est d'avis qu'après un certain temps de séparation, il faut cesser d'espérer un retour de l'enfant et il faut reconcentrer les énergies vers la recherche d'une famille permanente pour enfin lui offrir un environnement stable. Ils évaluent à un an le temps de séparation à l'expiration duquel il ne faut plus envisager un retour de l'enfant dans sa famille⁷⁶.

Cette question de temps est bien délicate car le délai de séparation raisonnable peut varier en fonction des situations (notamment en fonction de l'âge de l'enfant). Mais elle est d'autant plus délicate que l'épisode judiciaire qui sera réel-

68. *Id.*, p. 184 (extrait du jugement de la Cour d'appel, juges KREVER, CATZMAN et WEILER, 4 mai 1993).

69. *Ibid.*

70. *Id.*, p. 206.

71. *Id.* (citant un commentaire du juge McDONALD de la Cour de l'Ontario, division générale).

72. *Id.*, p. 203.

73. Pour d'autres exemples jurisprudentiels où l'on se pose cette question, voir : *Protection de la jeunesse* — 400, J.E. 89-867 (C.Q., Ch.j.); *Protection de la jeunesse* — 326, J.E. 88-717 (T.J.); *Protection de la jeunesse* — 406, [1989] R.D.F. 522 (C.Q., Ch.j.).

74. C. BERNARD, R. WARD et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 60, p. 105.

75. MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *La loi sur la protection de la jeunesse, plus qu'une loi*, Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la L.P.J., Québec, ministère de la Justice, 1992; aussi nommé le « Rapport Jasmin ».

76. *Id.*, p. 53, pp. 73-74.

lement le plus crucial pour l'enfant est celui où le juge prendra la décision de le retirer de son milieu pour une certaine période de temps. Parfois, le juge prendra cette décision parce que l'enfant a été délaissé par ses parents, mais dans d'autres circonstances, c'est précisément cette séparation qui fera en sorte que les parents biologiques abandonneront graduellement leur enfant ou qu'ils seront « obligés » de l'abandonner aux parents substitutifs avec qui l'enfant aura développé des liens solides que les juges ne voudront pas briser. Les jugements de protection sont donc d'une extrême importance car ils auront une incidence considérable sur les décisions qui, plus tard, devront être prises à l'égard de l'enfant.

La Cour suprême en est d'ailleurs bien consciente : « Le fait d'avoir eu à retirer S.M. de chez sa mère lorsqu'elle était en très bas âge et ce retrait à répétition depuis dans son intérêt véritable ont préparé la voie au résultat final du présent pourvoi, résultat devenu presque inévitable avec les ans »⁷⁷. Une fois la décision prise de retirer l'enfant de son milieu, tous les facteurs tels que le temps et l'attachement pour la famille d'accueil entreront en ligne de compte et joueront dans la décision de déclarer un enfant admissible à l'adoption. Un retrait mal justifié peut entraîner des conséquences irréparables et irrévocables pour la famille d'origine. Il y a donc un trait d'union très marqué entre les jugements de protection et les jugements d'admissibilité à l'adoption. Nous aurons l'occasion d'explorer plus en détail ce lien dans un chapitre subséquent⁷⁸.

Attardons-nous désormais aux mesures de protection existant dans le contexte français. De cette comparaison des systèmes canadiens et français, nous pourrions voir que les tribunaux français réagissent bien différemment à la notion de liens affectifs et à celle du maintien de l'enfant dans son milieu naturel...

2. Conception française : intervention permise par le biais du Code civil

En France, il existe une division nette entre les mesures administratives de protection et les mesures judiciaires. L'un et l'autre type de mesures tirent leur source d'un texte législatif différent. Les mesures administratives sont contenues au *Code de la famille et de l'aide sociale*⁷⁹ tandis que les mesures judiciaires se retrouvent à la section portant sur l'autorité parentale du *Code civil* français⁸⁰. Même si ces dernières seront l'objet de notre attention plus particulière, attardons-nous tout de même quelque peu aux premières.

a) Protection par la voie administrative

Le Titre deuxième du Code de la famille s'intitule : « Protection sociale de l'enfance ». Le premier chapitre contient des dispositions relatives à la protection de la naissance et à l'article 41, il est notamment question des maisons maternelles

77. *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*, précité, note 67, p. 208. Mentionnons que le résultat final du pourvoi fut de déclarer l'enfant pupille de la Couronne, rompant ainsi tout lien avec sa famille biologique.

78. *Infra*, partie II.B.1a).

79. Ci-après : « Le Code de la famille ». C'est le *Décret n° 56-149 du 24 janvier 1956* portant codification des textes législatifs concernant la famille et l'aide sociale à l'enfance qui a codifié les textes législatifs sur la famille et l'aide sociale à l'enfance. (B. TRILLAT, *L'adoption — Essai sur les institutions*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1995, p. 228).

80. Nous utiliserons « C.civ. » pour son abréviation.

qui doivent recevoir les femmes enceintes d'au moins sept mois et les mères avec leurs nouveau-nés « en vue de prévenir efficacement les abandons d'enfants »⁸¹. La prévention des abandons fait elle-même l'objet d'une section particulière au chapitre deuxième. À cette section, il est question encore une fois des maisons maternelles, et de plus, des mesures de secours pour les familles nécessiteuses.

Le chapitre deux, intitulé « Aide sociale à l'enfance », nous intéresse particulièrement car ses dispositions décrivent les catégories d'enfants pouvant être admis en qualité de pupille de l'État et bénéficier des services de l'aide sociale à l'enfance (« A.S.E. »)⁸². L'article 61 énumère ces différentes catégories. La 5^e et la 6^e catégorie méritent d'être étudiées car ce sont celles qui se rapprochent le plus de notre propos. En effet, la 5^e catégorie concerne les enfants qui ont été confiés aux services de l'A.S.E. parce que leurs parents ont été déchus de leur autorité parentale en vertu du Code civil; la 6^e catégorie vise les enfants déclarés abandonnés en vertu de l'article 350 du *Code civil* français. Ces deux catégories d'enfants seront l'objet de discussions ultérieures dans le cadre de ce travail⁸³.

Ce qui distingue l'application des mesures administratives de celle des mesures judiciaires est le consentement obligatoire des parents dans le premier cas⁸⁴. Les mesures de protection par la voie administrative se rapprochent donc des mesures volontaires prévues à la L.P.J. et à la L.S.E.F.

Par contre, en cette matière, nous sommes d'avis que le système français se distingue du système canadien par la complexité et la globalité des dispositions contenues au Code de la famille pour tout ce qui se rapporte à la famille. Au Canada, les dispositions relatives à la famille s'éparpillent à travers les lois d'exception, la common law et le Code civil. De plus, la lecture des dispositions rassemblées au sein du Code de la famille et, notamment, de certains titres de section aussi révélateurs que la « protection de la maternité », la « prévention des avortements », et la « prévention des abandons », révèle une forte inclination à la prévention⁸⁵ et à la protection de l'unité familiale. Ce penchant peut aussi se dégager du droit canadien, mais à un degré moindre en raison de la dispersion des dispositions résultant de la distribution constitutionnelles des compétences.

Examinons à présent le contexte des mesures judiciaires d'intervention.

81. Art. 41 Code de la famille.

82. L'article 40 de la *Loi n° 86-17 du 6 janvier 1986* concernant le transfert de compétence en matière d'aide sociale et de santé établit 3 missions du service de l'A.S.E. : 1) soutenir les familles 2) organiser des actions collectives pour prévenir la mise en marge des bénéficiaires 3) pourvoir aux besoins des mineurs confiés au service. (F. MACORIG-VENIER, « Le danger demeure-t-il le critère de l'action préventive de l'aide sociale à l'enfance? », (1993) 1 *Rev. dr. sanit. et soc.* 170-178, p. 171).

83. *Infra*, partie I.B et partie II.

84. Art. 56 Code de la famille : « Sauf si un enfant est confié au service par décision judiciaire ou s'il s'agit de prestations en espèces, aucune décision sur le principe ou les modalités de l'admission dans le service de l'aide sociale à l'enfance ne peut être prise sans l'accord écrit du représentant légal du mineur ou du bénéficiaire lui-même s'il est mineur émancipé. [...] ».

En effet, la prévention administrative doit s'exercer en conformité avec l'article 371-2 C. civ. qui édicte que : « L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation ».

85. L'article 1 du *Décret n° 59-100 du 7 janvier 1959* relatif à la protection sociale de l'enfance en danger parle d'action sociale préventive auprès des familles dont les conditions d'existence risquent de mettre en danger la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de leurs enfants. (F. MACORIG-VENIER, *loc. cit.*, note 82).

b) *Protection par la voie judiciaire : l'assistance éducative*

Contrairement aux provinces de l'Ontario et du Québec qui ont jugé préférable de légiférer sur la protection des enfants dans un cadre de loi indépendante, la France utilise simplement le Code civil comme véhicule législatif. Les règles particulières à la protection des enfants sont contenues à la Section II du chapitre portant sur l'autorité parentale et s'intitulant « De l'assistance éducative »⁸⁶. Selon l'aménagement du *Code civil* français, il est effectivement logique d'insérer les mesures de protection dans le chapitre de l'autorité parentale puisque l'article 371-2 C.civ. énonce que « l'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité [...] »⁸⁷. Comme ce rôle protecteur revient en tout premier lieu aux parents, le régime de l'assistance éducative a été mis en place dans le but de les aider dans cette tâche. Cet aménagement ne porte pas atteinte aux droits rattachés à l'autorité parentale⁸⁸, mais cherche seulement à assister, aider et seconder les parents dans leur mission éducative⁸⁹. Malgré le fait que le concept d'autorité parentale existe au Québec, ce régime est tout à fait particulier à la France et le droit québécois a plutôt instauré un système de protection conforme à celui des autres provinces canadiennes.

Le régime de l'assistance éducative a une double origine : il est à la fois demandé par les parents et imposé par l'État⁹⁰. Il a été institué par une ordonnance rendue en 1958⁹¹ qui fit une synthèse de deux importants aménagements, celui de la puissance paternelle tiré du droit romain et celui de l'assistance éducative déjà existant dans une loi de 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés⁹². Puis, le texte fut repris, précisé et inséré au Code civil par une loi de 1970⁹³.

Voici comment un auteur s'exprime quant à la finalité de ce régime :

La loi sur l'assistance éducative se propose de faire assurer la protection et le traitement de mineurs en danger sous l'effet de facteurs qui tiennent à leur environnement familial ou extra-familial, à leur milieu « culturel » (ce terme étant pris dans son sens sociologique), à leur individualité profonde.⁹⁴

86. Art. 375-375-8 C.civ.

87. (L'italique est de nous). Cette affirmation législative est absente des textes du C.c.Q. portant sur l'autorité parentale, bien que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent généralement que le rôle de protection revient en premier aux parents. Nous y reviendrons.

88. Art. 375-7 C.civ.

89. P. VERDIER, *L'autorité parentale — Le droit en plus*, Paris, Bayard Éditions, 1993.

90. P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil — La famille*, Paris, Éditions Cujas, 1987.

91. *Ordonnance n° 581301 du 23 décembre 1958*.

92. *Loi du 24 juillet 1889*, précitée, note 12. Régime lui-même inséré dans cette loi par le *Décret du 30 octobre 1935*.

93. *Loi n° 70-459 du 4 juin 1970* relative à l'autorité parentale. Le texte fut par la suite modifié par la *Loi n° 86-17 du 6 janvier 1986* concernant le transfert de compétence en matière d'aide sociale et de santé qui limita les mesures à une durée maximale de 2 ans, puis par la *Loi n° 87-750 du 22 juillet 1987* sur l'exercice de l'autorité parentale qui supprima la notion de « gardien ». (P. VERDIER, *op. cit.*, note 89, p. 65).

94. J. CHAZAL, « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française d'assistance éducative », dans *Aspects nouveaux de la pensée juridique — Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, tome 1, Paris, Éditions A. Pedone, 1975, pp. 327-343, p. 328.

Avant 1959, les mineurs en danger étaient tout de même protégés, mais les textes législatifs alors en vigueur prévoyaient surtout une intervention auprès des mineurs victimes de violence ou de ceux qui se livraient à la prostitution. Pour les autres, il existait déjà le principe de la déchéance de l'autorité parentale qui pouvait les protéger contre un parent incompétent, mais comme celle-ci nécessitait la preuve d'un comportement fautif grave et que les procédures étaient longues, certains jeunes échappaient à toute forme de protection. Le régime de l'assistance éducative prit un essor important à partir de 1959 et le nombre d'affaires en déchéance de l'autorité parentale s'en trouva considérablement réduit⁹⁵. Discutons maintenant des conditions d'application de ce régime.

c) Notion de danger et lien avec l'abandon

En vertu de l'article 375 C.civ., des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont *en danger*, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises [...] »⁹⁶.

Toute intervention judiciaire contentieuse suppose l'existence préalable d'un conflit⁹⁷. Pour une intervention dans le cadre de l'assistance éducative, ce conflit doit représenter un danger pour l'enfant⁹⁸. La notion de danger est donc l'élément clef de l'article 375.

Un arrêt de 1965 de la Cour de Cassation⁹⁹ établit que l'appréciation souveraine de l'état de danger revenait au juge de fond¹⁰⁰. Selon la jurisprudence et la doctrine, le danger doit être actuel ou imminent, et il doit être certain¹⁰¹. Ainsi, par exemple, dans une affaire de 1990¹⁰², la mère en cause, qui était seule investie de l'autorité parentale, quitta le domicile familial et se désintéressa complètement de ses enfants. De l'avis du père, cela pouvait constituer un danger pour les enfants puisque la mère pouvait exiger en tout temps qu'ils lui soient remis. Pour la Cour de Cassation, retenir l'argument d'une possible reprise par la mère serait admettre qu'un danger théorique et purement éventuel puisse servir de motif à des mesures d'assistance éducative, ce qui donnerait « un champ exagérément extensif à l'institution et à la compétence du juge des enfants ». Elle rajoute qu'il faut donc « qu'il existe un danger réel, résultant concrètement des circonstances en cause ».

95. *Id.*, pp. 329-330.

96. Les italiques sont de nous.

97. P. ROBERT, « L'assistance éducative à travers la Jurisprudence — Premières années d'application de l'ordonnance du 23 décembre 1958 », (1968) *J.C.P.*, I, p. 2158.

98. *Cass. civ. 1^{re}*, 29 nov. 1965 : *J.C.P.* 1966. II. 14461 ; *Cass. civ. 1^{re}*, 31 mai 1965, *J.C.P.* éd. G. 1965. IV. 98.

99. *Cass. civ. 1^{re}*, 7 avr. 1965, *Bull. civ.* I, n^o 257.

100. Comme les jugements français de première instance sont rarement publiés, il nous a été difficile de relever nous-mêmes les composantes de la notion de danger dégagées par les juges de première instance. Toutefois, la doctrine nous a été fort utile en ce qu'elle a fait ressortir les principaux éléments qui composent le danger et ces éléments sont d'ailleurs régulièrement repris dans des jugements d'instances supérieures.

101. P. ROBERT, *loc. cit.*, note 97 ; J. CHAZAL, *loc. cit.*, note 94. À l'appui : Paris 10^e chambre, 4 février 1965 : *Juridiction des mineurs*, 1966, 120 ; *Cass. civ. 1^{re}*, 21 février 1966, *Rev. trim. dr. san. et soc.* 1966, p. 154, (note RAYNAUD).

102. *Cass. civ. 1^{re}*, 14 février 1990, *rép. Defrénois* 1990, p. 693.

À l'instar de l'article 375 C.civ., la doctrine¹⁰³ ajoute que ce danger doit atteindre la personne de l'enfant dans sa santé, sa moralité, sa sécurité et son éducation. Elle précise qu'il faut interpréter la santé dans son sens le plus étendu, soit celui qui inclut la santé mentale¹⁰⁴, et que la sécurité peut être aussi bien matérielle que morale. La doctrine précise que l'état de danger doit être apprécié *in concreto* dans une perspective globale, qu'un simple intérêt à intervenir ne peut suffire et que seul l'état de danger autorise l'intervention judiciaire.

Elle spécifie par ailleurs que le fait, étant de nature à compromettre la santé, la sécurité, la moralité et l'éducation de l'enfant, n'a pas à être fautif¹⁰⁵. C'est donc ici une évaluation objective de l'état de danger qui prévaut. Seul cet état doit être prouvé, sans égard au caractère fautif ou non de son origine¹⁰⁶. Quoi qu'il en soit, certains comportements fautifs des parents peuvent sans aucun doute constituer un danger pour l'enfant. Dans un texte rédigé une dizaine d'années après les débuts de l'application du régime de l'assistance éducative, un auteur énumère justement divers comportements parentaux retenus par la jurisprudence comme caractérisant un état de danger pour l'enfant. Il mentionne : « le défaut de garantie des parents, la débilité et la passivité de la mère, la paresse, l'agressivité et l'alcoolisme du père, le climat défavorable à l'éducation »¹⁰⁷.

À la suite de cette énumération des composantes de la notion de danger, nous pouvons en venir à la conclusion que l'intervention judiciaire en France se fera probablement dans des circonstances similaires à celles qui permettent une intervention en Ontario ou au Québec. La loi québécoise parle précisément de sécurité et de développement compromis¹⁰⁸, ce qui ne constitue qu'une manière différente d'exprimer le danger. Pour l'Ontario, les exemples énumérés à l'article 37(2) L.S.E.F. proposent manifestement des situations pouvant représenter un danger pour l'enfant. Mais nous pourrions néanmoins soutenir que le cadre d'intervention de la L.S.E.F. est plus vaste que celui de l'assistance éducative française puisque la loi ontarienne vise des situations qui représentent un *risque* pour l'enfant et ne se limite pas au danger certain et non éventuel¹⁰⁹ comme le fait la loi française.

On peut évidemment se demander si l'abandon constitue une situation pouvant justifier l'application de mesures d'assistance éducative. Comme l'article 375 C.civ. est silencieux à cet égard, il faut déduire la réponse de la jurisprudence. Bien qu'aucun jugement ne semble utiliser l'abandon comme motif précis d'intervention, nous sommes d'avis que la déduction est possible à partir de certains principes édictés dans des jugements d'instance supérieure.

103. J. CHAZAL, *loc. cit.*, note 94.

104. « [...] il convient notamment de donner toute leur importance aux perturbations de la vie affective et aux troubles du caractère susceptibles de bloquer l'évaluation d'un sujet, de compromettre son épanouissement et de poser de sérieux problèmes en vue de son adaptation sociale » (J. CHAZAL, *id.*, note 94, p. 335).

105. *Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1965, Bull. civ. I, n° 424.*

106. Comme nous le verrons subséquentement, cette analyse objective des faits ne prévaut, en France, que pour le régime de l'assistance éducative. Les mesures de déchéance de l'autorité parentale ainsi que la déclaration d'abandon requièrent plutôt la preuve d'un comportement fautif des parents.

107. P. ROBERT, *loc. cit.*, note 97, parag. 4.

108. Art. 38 L.P.J.

109. Par exemple, art. 37(2) b) L.S.E.F. : « l'enfant qui *risque* vraisemblablement de subir des maux physiques [...] »; art. 37(2) d) L.S.E.F. : « l'enfant qui *risque* vraisemblablement de subir une atteinte aux mœurs ou d'être exploité sexuellement [...] », etc.

Par exemple, dans une affaire de Nancy¹¹⁰, la Cour disposa qu'il fallait établir que la *carence* et la *défaillance* des parents investis de l'autorité parentale constituent une faute susceptible de mettre en péril la vie de leur enfant. Bien que certains commentateurs¹¹¹ soient d'avis que la Cour a ajouté au texte de l'article 375 en exigeant que la *vie* de l'enfant soit menacée et non seulement sa sécurité, il n'en demeure pas moins qu'elle a établi que la carence des parents pouvait constituer un motif d'intervention. Dans certaines circonstances, cette carence pourrait signifier un abandon. De plus, dans une affaire de 1994¹¹², divers rapports des services sociaux et des examens médico-psychologiques révélèrent que les enfants en cause étaient en « grande souffrance affective » du fait de leur rejet par leur mère; des mesures d'assistance éducative ont été ordonnées. Il est précisément question ici d'un rejet par la mère qui pourrait se traduire par un abandon.

Une partie de la doctrine abonde dans le même sens et estime qu'une carence des parents peut constituer un motif d'intervention. Un auteur parle de carence, de défectuosité du milieu de l'enfant et de prérogatives parentales insuffisamment exercées¹¹³; un autre est d'avis que le danger doit être provoqué par une carence éducative puisque l'assistance éducative est un aménagement de l'autorité parentale¹¹⁴. Finalement, un auteur semble convaincu tout particulièrement que l'abandon constitue un motif d'intervention lorsqu'il écrit que le danger permet d'intervenir « pour remédier à toute carence éducative, allant des soins prodigués à l'enfant aux valeurs morales qui lui sont inculquées. Ainsi, l'enfant livré à lui-même est-il moralement en danger et donc susceptible de bénéficier d'une mesure de protection »¹¹⁵. Bien que l'abandon ne soit pas un motif aussi clairement exprimé qu'au Québec ou en Ontario, la jurisprudence et la doctrine française démontrent tout de même que des mesures peuvent être ordonnées pour protéger des enfants rejetés par leurs parents, livrés à eux-mêmes, en d'autres mots, abandonnés.

Voyons brièvement les mesures de protection qui peuvent être ordonnées, mais surtout, leurs interprétations jurisprudentielles.

d) Mesures de protection préconisées

Pour décider des litiges en matière d'assistance éducative, une juridiction à juge unique a été créée; on nomme celui-ci le « Juge des enfants ». Ce dernier rend des décisions contraignantes et susceptibles d'exécution forcée. Il statue en Chambre du Conseil et dispose d'une procédure simple et non formaliste pour que la comparution du mineur ne soit pas traumatisante¹¹⁶.

En résumé, en matière d'assistance éducative, le juge a le choix entre deux types d'ordonnance : l'une plus souple, l'autre plus contraignante. En effet, il peut ordonner des mesures d'assistance en milieu ouvert qui maintiennent l'enfant dans son milieu ou décider de retirer l'enfant de son milieu¹¹⁷.

110. Nancy, Chambre spéciale, 3 décembre 1982 : *J.C.P.* 1983. II. 20081.

111. *Id.*, observations de G. RAYMOND.

112. *Cass. civ. 1^{re}, R.*, 23 février 1994, *J.C.P.* 1994. IV. 1086.

113. J. CHAZAL, *loc. cit.*, note 94.

114. P. VERDIER, *op. cit.*, note 89, p. 67.

115. F. MACORIG-VENIER, *loc. cit.*, note 82, p. 177.

116. J. CHAZAL, *loc. cit.*, note 94, pp. 342-343.

117. Ce choix qui s'offre au juge a été clairement identifié dans l'arrêt *Colmar*, 15 février 1966 : *J.C.P.* éd. G. 1966. IV. p. 152.

Les mesures d'assistance en milieu ouvert¹¹⁸, pour leur part, sont prévues à l'article 375-2 C.civ. qui stipule que : « chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel »¹¹⁹. Par cette mesure, le juge désigne une personne qualifiée ou un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert pour apporter aide et conseil à la famille et ainsi l'aider à surmonter ses difficultés matérielles ou morales¹²⁰. Cette personne désignée doit suivre le développement de l'enfant et en faire régulièrement rapport au juge¹²¹. La garde est donc laissée aux parents, mais ceux-ci sont soumis à une surveillance. Également, les A.E.M.O. peuvent maintenir l'enfant dans son milieu, mais sous réserve d'obligations particulières : la fréquentation d'un établissement sanitaire ou l'exercice d'une activité professionnelle par exemple¹²².

Le deuxième choix laissé au juge est celui du retrait de l'enfant de son milieu¹²³. Il peut confier sa garde, entre autres, à celui des deux parents qui ne l'avait pas, à un autre membre de la famille, ou au service de l'aide sociale à l'enfance¹²⁴. Cette mesure est exceptionnelle et si elle est appliquée, l'autre parent a généralement priorité pour recueillir l'enfant¹²⁵. Si l'enfant est confié au service de l'aide sociale à l'enfance, il le sera provisoirement à titre de pupille de l'État pendant deux mois et définitivement à l'expiration de ce délai. Notons toutefois que, contrairement à la loi ontarienne, le fait pour un enfant français d'être admis à titre de pupille de l'État ne rompt pas ses liens de filiation avec sa famille biologique¹²⁶. En Ontario, on déduit de l'article 140 L.S.E.F. que le fait de devenir pupille de la Couronne conduira nécessairement à une rupture des liens juridiques entre l'enfant et ses parents. En effet, selon cet article, dès l'admission de l'enfant à titre de pupille, la Société d'aide à l'enfance a pour mission de lui trouver un foyer d'adoption. L'équivalent ontarien de la tutelle de l'État serait plutôt la tutelle de la Société.

Quatre principes devraient orienter la décision d'un juge en matière d'assistance éducative¹²⁷ : la recherche de l'adhésion des intéressés aux mesures, le respect des convictions religieuses ou philosophiques, le maintien de l'enfant dans son milieu d'origine et finalement, la précarité des mesures. Nous retrouvons ici les principes qui se dégagent de la L.P.J. et la L.S.E.F. Toutefois, nous avons vu qu'au Canada, la jurisprudence a donné un sens plutôt restrictif au principe du maintien de l'enfant dans son milieu pour favoriser davantage les liens affectifs formés entre

118. Aussi appelées « Action éducative en milieu ouvert » (A.E.M.O.) (P. VERDIER, *op. cit.*, note 89, p. 74).

119. Cette disposition est conforme à l'article général sur l'autorité parentale, art. 371-3 C.civ., qui stipule qu'on ne peut retirer un enfant de sa maison familiale « que dans les cas de nécessité que détermine la loi ».

120. Selon la Cour de Cassation, un jugement qui ordonne une mesure d'observation en milieu ouvert doit dire en quoi la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant est compromise : *Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 1985, Bull. civ. I, n^o 247*.

121. Art. 375-2 C.civ.

122. *Ibid.*

123. Dans son jugement, le juge doit expliquer pourquoi il décide de retirer l'enfant de son milieu, et le seul motif de l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut suffire comme justification : *Cass. civ. 1^{re}, 26 janvier 1972, D. 72. 553*.

124. Art. 375-3 C.civ.

125. P. VERDIER, *op. cit.*, note 89, p. 74.

126. À l'exception de la première catégorie d'enfant mentionnée à l'article 61 du Code de la famille et de l'aide sociale où la filiation, dès le départ, est inconnue (B. TRILLAT, *op. cit.*, note 79, p. 232).

127. P. VERDIER, *op. cit.*, note 89, p. 73.

l'enfant et ses parents substitutifs¹²⁸. En parcourant la jurisprudence de la Cour de Cassation, il devient évident que la France se distingue du Canada à cet égard.

La jurisprudence française a interprété la notion de « milieu actuel » de l'article 375-2 C.civ. comme étant le milieu familial d'origine de l'enfant et non le milieu où celui-ci se trouve au moment d'une demande en restitution¹²⁹. L'expression « maintien » s'inscrit donc comme opposition au retrait, et la formule « maintenu dans son milieu actuel » doit être interprétée comme « non retiré de son milieu d'origine ». Telle est du moins l'interprétation de la Cour de Cassation.

Par exemple, dans l'affaire du 4 juillet 1978¹³⁰, la fillette en cause fut placée en nourrice dès sa naissance. Après plusieurs années, la mère demanda à la ravoir, invoquant une amélioration de ses conditions de vie. Selon les parents d'accueil, la loi préconise le maintien de l'enfant dans son « milieu actuel » et non dans son milieu familial d'origine. Ils faisaient également valoir que la Cour d'appel, en permettant le retour de l'enfant auprès de sa mère, avait ignoré les nombreuses attestations versées au dossier selon lesquelles un tel déplacement de l'enfant présenterait pour celle-ci de graves dangers. Des rapports d'experts démontraient en effet l'existence de liens affectifs réels entre la famille d'accueil et l'enfant. Or, la Cour de Cassation maintint une position tout à fait contraire en disposant que le milieu actuel était en principe le milieu familial naturel de l'enfant, soit la famille biologique. De plus, elle ajouta que la remise de l'enfant ne comportait « aucun danger réel » pour la fillette tant et aussi longtemps que des mesures transitoires seraient aménagées et que la fillette pourrait préserver les liens établis avec sa famille d'accueil.

Ainsi, même si la Cour semble démontrer une certaine sensibilité à l'égard des liens formés avec les parents d'accueil, ce facteur n'est clairement pas déterminant dans sa décision. Nous sommes bien éloignés des jugements de la Cour suprême du Canada où ce critère est prépondérant¹³¹.

Dans les causes postérieures portant sur le même contentieux, les scénarios sont fort semblables. Par exemple, dans l'affaire du 6 janvier 1981¹³², l'enfant fut placé chez une nourrice près d'un an après sa naissance. Après quelques années, la mère demanda sa restitution. Selon la nourrice, l'intérêt de l'enfant commandait qu'il soit maintenu dans son milieu actuel, soit avec elle. Ce milieu était « propice à une évolution heureuse de l'enfant qui correspond[ait] aux vœux du législateur ». La Cour de Cassation ne fut pas sensible à un tel argument; elle répéta que le milieu actuel signifiait le milieu familial naturel et insista sur le fait que le retour de l'enfant auprès de sa mère, ses frères et sœur « ne comporte pas de risque pour sa santé, sa sécurité ou sa moralité ».

Dans une autre affaire¹³³, une mère décida — après 7 ans — de mettre fin au placement de son fils et de demander son retour. Les parents nourriciers, d'avis que le milieu actuel de l'enfant était chez eux puisqu'ils l'élevaient depuis qu'il avait trois jours, demandèrent en contrepartie un droit de visite. La Cour de

128. *Supra*, partie I.A.1).

129. *Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1981, Bull. civ. I, n° 1; Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1978, Bull. civ. I, n° 249; Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1981, Bull. civ. I, n° 336; Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 1985, Bull. civ. I, n° 35; etc.*

130. *Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1978: Ibid.*

131. Voir entre autres : *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*, précité, note 67.

132. *Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1981*, précité, note 129.

133. *Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1981*, précité, note 129.

Cassation jugea qu' « une telle demande est prématurée » au motif qu'en l'instance, (et reprenant les termes de la Cour d'appel), « tout contact entre l'enfant et les parents nourriciers ne ferait que nuire à l'intérêt même [de l'enfant] », ce mineur ayant été « très perturbé par le conflit opposant ses parents naturels à ses parents nourriciers ».

Comparé à la jurisprudence ontarienne et québécoise sur ce sujet, cet arrêt, comme les autres d'ailleurs, peut nous apparaître des plus surprenants. La Cour de Cassation applique fermement la prémisse selon laquelle l'intérêt supérieur d'un enfant repose au sein de sa famille naturelle, peu importe la durée de la séparation et les liens qui ont pu se former avec les tiers gardiens. Cette position est incontournable : nous n'avons pas trouvé de jurisprudence récente la démentant.

À ce stade, cette comparaison des mesures de protection existant dans les trois systèmes juridiques nous permet de conclure que, bien que le droit québécois connaisse le concept de l'autorité parentale, il se distingue du droit civil français en n'utilisant pas cette autorité comme assise à des mesures de protection de l'enfance. Le Québec a préféré adopter une législation sur la protection des enfants à l'image des provinces de common law.

Pendant, le Québec utilise au surplus un mécanisme de droit civil découlant du contexte de l'autorité parentale comme remède à l'abandon des enfants par leurs parents. Ce remède, la déchéance de l'autorité parentale, existe aussi en France. Examinons alors, de manière comparative, l'abandon dans le contexte de l'autorité parentale.

B. PROTECTION DE L'ENFANT ABANDONNÉ PAR LA SUSPENSION DE L'EXERCICE DES DROITS PARENTAUX

En vertu du *Code civil du Québec*, l'autorité parentale est dévolue aux parents dans l'intérêt de l'enfant¹³⁴, mais si son exercice fait défaut, les droits parentaux en découlant peuvent être suspendus. Nous examinerons dans cette section l'autorité parentale comme mesure additionnelle de protection de l'enfant.

1. Autorité parentale — Concept purement civiliste

L'autorité parentale fait l'objet d'une section particulière au sein des codes civils français et québécois. En Ontario, bien que les parents aient des droits reconnus sur leurs enfants, le concept d'autorité parentale tel qu'entendu en droit civil n'existe pas. Voyons donc plus précisément de quoi il s'agit et pourquoi nous ne nous attarderons pas à son équivalent ontarien.

a) Origine de l'autorité parentale

L'autorité parentale pourrait se définir comme étant « l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs

134. Art. 598 C.c.Q.

enfants, mineurs et non émancipés »¹³⁵. Elle tire son origine de la puissance paternelle du droit romain qui comportait, en théorie, un droit absolu de vie et de mort du père sur ses enfants¹³⁶. Voici comment un auteur résume la portée de ce concept à cette époque :

Dans le Droit romain ancien, le *pater*, c'est-à-dire le chef de la famille, exerce, sa vie durant, sur tous ses descendants, quel que soit leur âge, un pouvoir presque aussi absolu que les esclaves de la *familia*. La personnalité juridique de ses enfants s'absorbe entièrement dans la sienne, au point qu'ils n'ont pas de patrimoine propre.¹³⁷

En ancien droit français, cette tradition se perpétua, mais elle subit quelques restrictions. En effet dans les pays de droit écrit, elle ne s'étendit plus au-delà de la majorité de l'enfant. Dans les régions de droit coutumier, elle fut encore plus altérée puisque cette puissance se partagea avec la mère. De plus, elle ne s'exerça plus sur le patrimoine de l'enfant et se limita à sa personne¹³⁸. Puis, à l'époque du droit intermédiaire entre la Révolution et l'apparition du Code civil, on enleva aux parents le droit d'exhérédation qui accompagnait la puissance paternelle, et certaines autorisations furent désormais requises pour faire incarcérer son enfant mâle. On dit que lorsque le Code civil fut instauré, il fit un pas en arrière en accordant de nouveau aux parents un droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants¹³⁹.

La doctrine est d'avis que cet aménagement de la puissance paternelle existait déjà pour la protection de l'enfant puisque la justice pouvait exercer un contrôle sur son exercice¹⁴⁰. Dès la *Loi du 24 juillet 1889*¹⁴¹, les parents purent être déchus de cette autorité, mais cette sanction était alors liée à un comportement gravement fautif des parents¹⁴². Cette déchéance était automatiquement totale jusqu'à l'adoption de la *Loi du 15 novembre 1921*¹⁴³ qui prévint, pour la première fois, la possibilité d'une déchéance partielle.

La conception moderne de l'autorité parentale se concrétisa en France en 1970. C'est la *Loi du 4 juin 1970*¹⁴⁴ qui substitua cette expression à celle de la puissance paternelle et qui édicta clairement qu'elle appartenait aux parents, de manière égalitaire, pour protéger l'enfant¹⁴⁵. Au Québec, ce changement de terminologie s'opéra en 1977, et c'est cette même année qu'apparut au Code le concept de déchéance de l'autorité parentale¹⁴⁶. Même si le *Code civil du Québec* n'en fait pas expressément mention, la Cour suprême du Canada est d'avis que l'autorité

135. A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil — Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 1983, p. 740.

136. C. ALLAER, « L'enfant oublié », (1975) *J.C.P.*, I, p. 2735.

137. A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, note 135, p. 742.

138. *Id.*, p. 743.

139. *Ibid.*

140. *Ibid.*

141. Précitée, note 12.

142. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil — La famille, fondation et vie de la famille*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 870.

143. *Loi du 15 novembre 1921* complétant la *Loi du 24 juillet 1889* sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés (puissance paternelle) (*J.O.*, 17 novembre 1921).

144. *Loi n° 70-459 du 4 juin 1970*, précitée, note 93.

145. Art. 371-2 C.civ.

146. Année où l'art. 243 ancien C.c.B.C. fut modifié par la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977 c. 72.

parentale existe aussi au Québec pour la protection des enfants puisqu'elle fait également l'objet d'un contrôle judiciaire¹⁴⁷.

b) Inexistence du concept en Ontario

Bien que l'on prétende que le droit civil ait eu, au cours des siècles, une influence importante sur la common law¹⁴⁸, le concept d'autorité parentale est inexistant dans ce système. Le *Code civil du Québec* le traduit par *parental authority*, mais cet énoncé est vide de sens pour les common lawyers. En effet, la common law connaît plutôt la notion de *custody* ou, plus précisément, de *lawful custody*, qui fait référence au parent ayant légalement la garde de l'enfant¹⁴⁹. Ce qui distingue les deux régimes est le fait qu'au Québec (ou en France), les droits relatifs à l'autorité parentale appartenant au père *et* à la mère¹⁵⁰, le parent qui n'a pas la garde légale de l'enfant conserve sur lui son autorité parentale, à moins d'en avoir été déchu. En théorie, même si l'autorité du parent non gardien est en partie altérée par le fait de ne pas avoir la garde de l'enfant, ce parent devrait tout de même être consulté, notamment, pour toutes les questions ayant trait à l'orientation future de l'enfant¹⁵¹.

147. Dugal c. Lefebvre, précité, note 59, p. 510. Voir aussi *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Droit de la famille* — 639, [1989] R.J.Q. 1082 (C.A.) et *Droit de la famille* — 32, [1983] C.S. 79. Toutefois, la jurisprudence québécoise tend à ne pas restreindre le prononcé des déchéances aux cas où l'enfant est en danger. Un manquement aux obligations, tel l'abandon, constituant un motif grave suffit. (M. PRATTE, « Les tenants et aboutissants de la notion d'abandon en matière de déchéance d'autorité parentale », dans *Droit et enfant*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, pp. 1-17, aux pp. 9-10).

148. Comme le dit H.P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 *R.J.T.* 341-351, p. 342 : « C'est d'ailleurs à partir [...] du dix-neuvième siècle que les deux traditions, en se convertissant en systèmes, commencent à dissimuler ce qu'ils ont incorporé du droit étranger, le droit français par le processus exclusif de codification (M. Carbonnier parle ainsi du droit romain qui a été "transversé" dans des articles de la codification), le droit anglais par la notion de précédent [...] ».

149. M. CANO, « Reflections on Recent Trends in the Analysis of Custody and Parental Authority in Canada », (1994) 10 *C.F.L.Q.* 269-284.

150. Art. 599 C.c.Q.; art. 372 et 373-2 C.civ.

151. Cependant, à ce sujet, plusieurs jugements de la Cour suprême du Canada méritent d'être mentionnés car madame la juge L'Heureux-Dubé, dans des *obiter dicta*, semblent vouloir apporter des nuances à cette théorie. En effet, dans une affaire venant de la Colombie-Britannique, *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, la juge L'Heureux-Dubé en profita pour faire un exposé sur la notion de garde. Elle rappela la règle prévalant en common law : « Suivant la règle déjà ancienne en common law, une ordonnance de garde emporte le droit à l'exercice de l'autorité parentale, avec tous ses attributs » (p. 37). Et plus loin : « Comme je l'ai dit au début, c'est au parent qui a la garde qu'il revient de prendre les décisions concernant tous les aspects de la vie de l'enfant » (p. 52). La règle de la common law étant bien posée, la juge semble d'avis que la règle de droit civil devrait être interprétée d'une manière similaire. Elle s'exprime ainsi aux pages 38 et 39 : « Une situation parallèle est sanctionnée par le Code civil du Québec relativement à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation ou de divorce [...] Comme l'écrivait le juge Beetz, au nom de notre Cour, dans l'arrêt *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, à la page 280, l'attribution de la garde a pour effet de retirer au parent n'ayant pas la garde le droit d'exercer l'autorité parentale ».

Pour la juge L'Heureux-Dubé, toutes les questions d'éducation scolaire et religieuse, malgré leur effet sur l'orientation future de l'enfant, devraient relever de la seule discrétion du parent gardien. Voir à cet égard l'arrêt *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141. Cette tendance de la juge L'Heureux-Dubé à vouloir diminuer l'effet des différences entre le régime de common law et celui de droit civil se retrouve à nouveau exprimée à l'intérieur d'arrêts récents : voir *W.(V.) c. S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108 et *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 : « Lors de la séparation ou

En Ontario, au contraire, (et d'une manière plus générale, en common law), le parent n'ayant pas la garde perd tous ses pouvoirs de décision à l'égard de l'enfant, à moins que le juge n'ait ordonné une garde conjointe¹⁵²:

Under the common law system, the awarding of custody of a child to one parent only, at the time of the separation or divorce, entails that he-she will have the sole authority in the decision-making regarding the rearing of the child or children. The non-custodial parent does not have to be consulted in the important decisions involving the welfare of the child, as is the case under the civil law regime.¹⁵³

Pour les fins de notre travail, nous discuterons uniquement du concept d'autorité parentale tel que compris en droit civil puisque dans ce régime, il joue un rôle important à l'égard des enfants abandonnés.

2. France et Québec : retrait de l'autorité parentale comme mesure additionnelle de protection

En France et au Québec, en plus de l'assistance éducative et de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, la protection des enfants est assurée par le retrait de l'autorité parentale lorsqu'un parent s'avère indigne d'en être titulaire.

a) Notion de déchéance de l'autorité parentale

L'autorité parentale comporte des devoirs¹⁵⁴ pour les parents. La déchéance sanctionne les manquements graves à ces obligations¹⁵⁵. En 1925, alors que le concept de déchéance de l'autorité parentale n'existait pas encore au *Code civil du Québec*, la Cour suprême du Canada était d'avis que s'occuper de ses

du divorce des parents, bien que l'autorité parentale subsiste, le parent ou la tierce personne à qui a été confiée la garde de l'enfant jouit d'un pouvoir décisionnel exclusif à l'égard de toutes les questions qui concernent l'enfant [...] » (p. 76).

Ainsi, la distinction entre la common law et le droit civil quant aux droits restants du parent non gardien se trouve quelque peu atténuée par les commentaires de la juge L'Heureux-Dubé. Néanmoins, cette distinction existe en théorie et nous sommes d'avis que la Cour suprême, dans ces arrêts, a erré en droit, au grand malheur du droit civil...

152. Quant à la garde conjointe (M. CANO, *loc. cit.*, note 149, pp. 274 et 276) :

Another type of arrangement is joint custody. This means that both parents will share the decision-making process, notwithstanding the modalities of the custody arrangement in practice. [...]

Therefore, if one examined closely the concepts of parental authority and custody under the civil law and the common law systems, it can be argued that the notion of joint custody in common law, which has been strongly denounced by feminists, has its equivalent in civil law. While in theory, this notion does not have its « raison d'être » in the civil law jurisdiction of Quebec, the concept of parental authority plays exactly the same function.

153. *Id.*, p. 273.

154. Voir art. 371-2 C.civ et art. 599 C.c.Q.

155. Notons que depuis le 5 juillet 1996, la France a aboli dans toute sa législation les termes de « déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale » pour les remplacer par « retrait total ou partiel de l'autorité parentale » afin d'éliminer la coloration péjorative imprégnant le terme déchéance. (*Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption*). Comme la législation québécoise a conservé l'expression « déchéance », nous nous permettrons d'utiliser de manière interchangeable les expressions « déchéance » et « retrait ».

enfants était un droit fondamental, sacré et inaliénable, et qu'un parent qui négligeait d'exercer ce droit méritait de le voir sanctionné¹⁵⁶. Plus tard, elle eut l'occasion de préciser la nature de la déchéance de l'autorité parentale. Cette dernière constitue un jugement de valeur sur la conduite des parents, conduite punissable si elle résulte d'une action répréhensible ou d'une abstention injustifiée de leur part¹⁵⁷. Mais la déchéance occupe une double fonction¹⁵⁸: en plus de servir à punir le ou les parents fautifs, elle sert aussi à protéger l'enfant.

b) Lien entre mesures de protection et retrait de l'autorité parentale

Comme nous l'avons vu, en droit québécois et français, l'autorité parentale existe pour protéger l'enfant et non pour conférer aux parents un pur privilège, comme c'était le cas à l'époque du droit romain¹⁵⁹. Le contrôle judiciaire de l'exercice de l'autorité parentale est donc un moyen d'assurer la protection de l'enfant¹⁶⁰. Mais, comme nous l'avons vu également, il existe déjà au Québec et en France un système offrant des mesures de protection à l'enfant¹⁶¹. Le mécanisme de déchéance de l'autorité parentale viendra donc compléter ces mesures.

Lorsqu'un mineur fait l'objet d'une mesure de protection en vertu de la L.P.J. ou des dispositions sur l'assistance éducative, il est prévu, au Code du Québec et à celui de la France, que les parents conservent sur lui leur autorité parentale, exception faite de l'exercice de leur droit de garde si l'enfant leur est retiré¹⁶². Ainsi, bien que l'autorité parentale puisse être amputée de l'exercice de l'un de ses attributs — généralement la garde — les parents ont le devoir de continuer à surveiller les décisions prises au sujet de l'enfant et de veiller à assurer son entretien et son éducation.

Les parents doivent exercer de façon tangible les responsabilités qui leur restent afin de maintenir un lien affectif significatif avec leur enfant; corrélativement, le maintien de ce lien implique une participation active des parents au plan d'intervention social visant à mettre fin à la situation de compromission ayant justifié sa mise sous protection.¹⁶³

156. *Stevenson c. Florant*, précité, note 59.

157. *C.(G.) c. V-F(T.)*, précité, note 147, p. 261. Idée partagée par J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, note 142. Comme un comportement passif peut être sanctionné, nous pouvons déjà deviner, à ce stade, que l'abandon pourra être un motif d'intervention.

158. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 147, p. 3.

159. *Supra*, partie I.B.1.

160. Notons toutefois que, contrairement à la France, le Québec n'exige généralement pas que l'enfant soit en *danger* pour prononcer la déchéance. Justement, cette position ayant été adoptée dans un jugement de 1983, elle fut sévèrement critiquée car on la considérait empruntée du droit français. Au Québec, un manquement aux obligations, l'abandon progressif de l'enfant par exemple, suffit. (M. PRATTE, *loc. cit.*, note 147, pp. 9-10).

161. *Supra*, partie I.A.

162. Art. 605 C.c.Q. et art. 373-2 C.civ.

163. J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, « L'interprétation de l'abandon et de la probabilité de reprise en charge de l'enfant dans une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption », (1994-95) 25 *R.D.U.S.* 27-173, p. 47. N.B. Il est courant dans la doctrine de voir l'expression « situation de compromission » pour décrire la situation familiale ayant entraîné l'application d'une mesure de protection. L'utilisation de cette expression vient sans doute du fait que la L.P.J. s'applique lorsque la sécurité de l'enfant est *compromise*. Malgré l'étrangeté de cette expression, nous nous permettons de l'utiliser à l'occasion en raison de sa concision et pour alléger le texte.

Ainsi, peu importent les restrictions résultant des mesures de protection de l'enfant, les parents doivent faire des efforts concrets pour remédier à la situation problématique ayant entraîné l'application de ces mesures et doivent se préoccuper du bien-être de leur enfant. À défaut pour eux d'assumer les responsabilités qui leur restent et de manifester un intérêt réel pour leur enfant pendant la période d'application des mesures, la déchéance peut alors être envisagée. C'est donc lorsque des parents ont les moyens d'agir et qu'ils négligent gravement de le faire qu'une mesure supplémentaire de protection peut être prise en considération. En effet, comment peut-on prétendre protéger un enfant si, à l'expiration d'une ordonnance de placement, on le retourne dans un milieu où les titulaires de l'autorité parentale ont failli à leurs obligations pendant toute la durée du placement? Voilà donc comment se juxtapose le mécanisme de l'autorité parentale à celui des mesures de protection de l'enfant.

Examinons maintenant ce que les tribunaux québécois et français exigent pour prononcer le retrait de l'autorité parentale et comment l'abandon s'inscrit dans ce contexte.

c) *Québec : l'abandon comme motif grave*

L'article 606 C.c.Q. prévoit que la déchéance de l'autorité parentale peut être prononcée si des motifs graves et l'intérêt de l'enfant le justifient. Toutefois, cet article ne donne pas d'exemple de ce que peut constituer un motif grave; seule la jurisprudence peut nous éclairer. Même si l'abandon n'est pas expressément énoncé à cet article, il semble que la jurisprudence n'a pas été longue à le reconnaître comme motif grave pouvant justifier une intervention¹⁶⁴. Déjà en 1978, la Cour d'appel en faisait mention, mais elle exigeait en outre que l'abandon relève de l'indignité du parent¹⁶⁵. Elle réitéra d'ailleurs, dans des jugements ultérieurs, le fait que l'indignité pouvait constituer un motif grave¹⁶⁶. Mais c'est en 1982 que, pour la première fois, un tribunal établit clairement que l'abandon pouvait servir de motif de déchéance¹⁶⁷. Par la suite, il est même devenu le principal motif d'intervention¹⁶⁸. Mais depuis quelques années, même si l'abandon est tou-

164. S. PILON, « L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et de déclaration d'adoptabilité », [1987] R.D.F., 373-428, p. 377.

165. *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82.

166. *Droit de la famille — 130*, [1984] C.A. 184. Dans cette affaire, la Cour fut d'avis que le père, immigrant illégal, avait indignement abandonné son enfant en ne tentant pas de régulariser sa situation d'immigrant; *Droit de la famille — 236*, [1985] C.A. 566.

167. *A... c. L...*, [1982] C.S. 964.

168. S. PILON, *loc. cit.*, note 164; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 147, p. 3. Notons toutefois que depuis 1994, avec l'introduction de l'article 65 au Code civil, il existe un courant jurisprudentiel plus restrictif à cet effet puisque l'article 65 en question permet l'obtention d'un changement de nom sur la seule preuve de l'abandon, sans qu'il soit nécessaire de prononcer la déchéance de l'autorité parentale. En effet, avant l'entrée en vigueur de cet article, il était courant de demander la déchéance d'un des parents en vue principalement d'obtenir un changement de nom. Aujourd'hui, comme cette condition est levée et que le changement de nom est facilité, les juges auront plus facilement tendance à refuser la déchéance lorsque le changement de nom est le principal motif de la demande. Voir par exemple *Droit de la famille — 2345*, [1996] R.D.F. 132 (C.S.) où la déchéance fut refusée malgré un abandon du père pendant plus de quatorze ans. Pour d'autres exemples, voir aussi *Droit de la famille — 2200*, J.E. 95-1093 (C.A.); *Droit de la famille — 2137*, [1995] R.J.Q. 583 (C.S.); *Droit de la famille — 1738*, [1995] R.J.Q. 2328 (C.A.), etc.

jours valable comme motif grave, les tribunaux semblent resserrer leurs critères et être plus réticents à prononcer la déchéance. Examinons donc les applications jurisprudentielles de l'article 606 C.c.Q.

L'abandon, dans le contexte de la déchéance de l'autorité parentale, peut prendre différentes formes. Selon la jurisprudence, il peut, d'une manière plus nettement marquée, relever d'une absence totale du parent dans la vie de l'enfant¹⁶⁹. De plus, comme en vertu de la common law, il peut résulter de la négligence des parents à fournir ce qui est nécessaire à la vie ou au bien-être de l'enfant¹⁷⁰, cette négligence pouvant s'illustrer par une indifférence totale face à l'enfant, voire un refus de pourvoir à ses besoins¹⁷¹. L'abandon peut aussi se déduire du consentement par un parent à la déchéance de son autorité parentale¹⁷² ou même d'une absence d'intervention à cette procédure¹⁷³. L'absence de liens affectifs ou psychologiques entre l'enfant et le parent¹⁷⁴ peut aussi amener les juges à conclure qu'il y a abandon. Bref, il doit se dégager du comportement des parents un désintérêt à l'égard de l'enfant se traduisant par un détachement autant physique que psychologique. Le désintérêt est d'ailleurs la notion retenue en cette matière par les tribunaux français, comme nous pourrions le constater dans la partie subséquente.

À l'instar du jugement de la Cour d'appel qui, en 1978, avait exigé que l'abandon relève de l'indignité des parents, on reconnaît désormais que ce désintérêt doit contenir une notion de faute et non résulter d'une raison indépendante de la volonté des parents¹⁷⁵. Contrairement aux jugements en déclaration d'admissibilité à l'adoption¹⁷⁶, les tribunaux exigent, pour prononcer la déchéance, la preuve d'un comportement fautif des parents. Dès que le désintérêt ou l'abstention d'agir du parent résulte de circonstances non provoquées par le parent lui-même, les juges seront réticents à prononcer la déchéance de ses droits. De l'avis des tribunaux, la déchéance de l'autorité parentale est un mécanisme de contrôle qui ne doit avoir lieu que dans les cas où les parents négligent volontairement d'exercer leur droit, car cette autorité leur appartient en tout premier et ils ne doivent en être privés que lorsque leur comportement est inexcusable et menace la sécurité de l'enfant.

Les agissements d'une tierce partie empêchant un parent de voir son enfant sont des exemples de situations qui inciteront les juges à refuser de prononcer la déchéance de ce parent malgré une absence de celui-ci dans la vie de

169. Par exemple, *Droit de la famille* — 2723, [1997] R.D.F. 572 (C.S.); *Droit de la famille* — 2281, J.E. 95-1990 (C.A.): âgée de 14 ans, l'enfant n'avait jamais vu son père.

170. Par exemple, *Grondin c. Desgagné*, C.S. Roberval, n° 1155-04-000010-839, 18 mai 1983.

171. *Id.*, p. 201.

172. S. PILON, *loc. cit.*, note 164, p. 387; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 147, p. 7; Voir par exemple, *Droit de la famille* — 155, J.E. 84-701; *Droit de la famille* — 325, [1987] R.D.F. 71 (C.A.).

173. Voir par exemple: *Droit de la famille* — 1233, [1989] R.D.F. 229 (C.S.); *Fortier c. Émond*, C.S. Hauterive, n° 655-04-000027-83, le 29 juillet 1983; *Germain c. Tomou*, C.S. Abitibi, n° 615-04-107-844, le 26 juin 1985.

174. Voir par exemple: *Droit de la famille* — 104, [1984] C.S. 93; *Droit de la famille* — 325, précité, note 172.

175. Voir S. PILON, *loc. cit.*, note 164, p. 389; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 147, pp. 4 et suiv. Voir notamment *Droit de la famille* — 104, précité, note 174.

176. *Infra*, partie II.

l'enfant pendant un certain temps¹⁷⁷. Également, la maladie ou les troubles psychologiques du parent visé sont, dans le contexte de l'autorité parentale, d'autres types de situations justifiant le refus de prononcer la déchéance¹⁷⁸. En effet, aucun reproche ne peut être formulé à l'égard d'un parent malade puisque ses troubles de la santé ne résultent pas de sa volonté¹⁷⁹. De plus, les problèmes personnels d'un parent dont résulte une diminution des contacts entre lui et son enfant peuvent être acceptés comme excuse, mais on exigera du parent qu'il ait tout de même posé des gestes concrets afin de maintenir un lien avec son enfant¹⁸⁰.

Une affaire de 1995 démontre bien jusqu'à quel point, en matière d'autorité parentale, les juges sont ouverts aux excuses des parents et ce, à plus forte raison dans la jurisprudence récente¹⁸¹. En l'espèce, les peines d'emprisonnement du père, qui était déjà incarcéré au moment de la naissance de sa fille, avaient totalisé onze ans. Malgré une reconnaissance par les juges de la Cour d'appel que ce père n'avait pas eu un comportement exemplaire et qu'il n'avait pas été à la hauteur de ses devoirs parentaux, ils ne purent conclure qu'il s'était désintéressé de sa fille puisqu'à sa sortie de prison, il cessa de consommer drogues et alcool, cessa toutes ses activités criminelles et demanda des droits d'accès pour la voir. Ainsi, bien que les juges désapprouvaient le comportement criminel du père, ils ne purent lui reprocher son attitude envers sa fille. Selon la majorité, il semble que pour qu'elle puisse être sanctionnée, la faute doit affecter la qualité du comportement du parent envers son enfant et que le comportement social de la personne n'est pas pertinent¹⁸².

Cet arrêt attire notre attention sur le fait que le facteur temps n'a rien d'absolu dans les jugements en déchéance. En conformité avec la jurisprudence dominante, la Cour supérieure a récemment répété que, pour que la déchéance soit basée sur ce seul motif, la période d'abandon doit s'être poursuivie pendant un

177. Par exemple, *Droit de la famille — 195*, [1985] C.S. 349. Dans cette affaire, ce sont les multiples déménagements de la mère et le comportement des beaux-parents qui empêchèrent le père d'avoir des contacts avec son fils.

178. Motif relevé dans S. PILON, *loc. cit.*, note 164.

179. À cet égard, le professeur Pineau s'exprimait ainsi : « Car quoi qu'on en dise, la "déchéance" est une sanction à l'égard de celui qui en est frappé : il s'agit de la perte d'un droit fondamental. N'est-ce pas dans des hypothèses de ce type que l'on devrait utiliser la "délégation" de l'autorité à une tierce personne, plutôt que la déchéance ? » : J. PINEAU : *La famille : droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 287.

180. ... des requêtes en droit d'accès, par exemple, *Droit de la famille — 2200*, précité, note 168.

181. *Droit de la famille — 1738*, précité, note 168.

182. Toutefois, cet arrêt divise la Cour d'appel et le juge dissident (juge LEBEL) ne manque pas de rappeler que, tout au long de l'existence de l'enfant, le père n'a exercé aucune des obligations rattachées à l'autorité parentale. Néanmoins, cette réticence à prononcer la déchéance même dans des cas où il y eu abandon depuis de nombreuses années semble devenir le courant jurisprudentiel majoritaire. Il ressort de la jurisprudence récente que la déchéance est de moins en moins prononcée pour le motif de l'abandon. La partie demandant la déchéance doit convaincre le juge qu'il est véritablement dans l'intérêt de l'enfant qu'elle soit prononcée. Si l'enfant n'en tire pas un avantage certain, les juges auront fortement tendance à rejeter la demande. Voir entre autres : *Droit de la famille — 2646*, [1997] R.D.F. 252 (C.S.); *Droit de la famille — 2345*, [1996] R.D.F. 132 (C.S.); *Droit de la famille — 2137*, [1995] R.D.F. 342 (C.S.); *Droit de la famille — 1738*, [1995] R.D.F. 617 (C.A.); *Droit de la famille — 2066*, [1994] R.D.F. 792 (C.S.); *Droit de la famille — 1757*, [1993] R.D.F. 147 (C.S.); *Droit de la famille — 1819*, [1993] R.D.F. 287 (C.S.); *Droit de la famille — 1844*, [1993] R.D.F. 430 (C.S.).

temps suffisamment long¹⁸³. Ce principe fut d'ailleurs catégoriquement affirmé par la Cour d'appel en 1988¹⁸⁴. Par exemple, l'année précédente, celle-ci avait avancé que deux ans ne constituait pas une présomption suffisante d'abandon¹⁸⁵, et dans une affaire de 1989, elle avait refusé de prononcer la déchéance malgré un abandon définitif de trois ans¹⁸⁶. Après avoir posé un regard sur la jurisprudence à cet effet, la Cour supérieure, dans le jugement précité, indiqua qu'il faut plutôt quatre ou cinq ans d'abandon définitif pour que les juges prononcent la déchéance¹⁸⁷.

En conformité avec le droit relatif aux mineurs et avec l'article 606 C.c.Q., les juges se refuseront à prononcer la déchéance de l'autorité parentale si elle n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

[...] il ne suffit cependant pas qu'un motif grave de déchéance existe, il faut également que celle-ci soit prononcée « dans l'intérêt de l'enfant ».¹⁸⁸

Ainsi, une partie qui demande qu'une personne soit déchue de son autorité doit prouver non seulement qu'il y a motif grave, mais aussi qu'il est dans l'intérêt de l'enfant que la déchéance soit prononcée¹⁸⁹.

À cet égard, il existe deux courants jurisprudentiels. Le premier semble conclure qu'il est nécessairement dans l'intérêt d'un enfant abandonné que la déchéance soit prononcée contre le parent abandonnant¹⁹⁰. Par conséquent, seule la preuve de l'abandon suffit.

À compter du moment où il y a abandon, cette deuxième condition devient quelque peu superflue. Il est en effet évident qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de le soustraire à l'autorité d'une personne qui ne manifeste aucun intérêt à son égard.¹⁹¹

Le deuxième courant, pour sa part, exige une preuve à deux niveaux. Il faut d'abord démontrer qu'il s'agit d'un motif grave et en deuxième lieu, qu'il y va de l'intérêt de l'enfant que la déchéance soit prononcée :

Il n'y a pas adéquation automatique de circonstances graves et de l'intérêt de l'enfant.¹⁹²

Dans une section subséquente, nous verrons que cette ouverture d'esprit dont les juges font preuve face aux excuses des parents, ainsi que leur exigence d'une longue période d'abandon, sont des éléments absents des jugements en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Dans ces cas, les juges analysent plutôt la situation des enfants de manière objective, sans égard aux excuses parentales et ce, sur une période de six mois. Comme nous le verrons, cette flexibilité des juges québécois en matière d'autorité parentale correspond davantage à l'attitude des juges français dans le contexte des déclarations d'abandon.

183. *Droit de la famille* — 2137, précité, note 182.

184. *Droit de la famille* — 450, [1988] R.D.F. 25 (C.A.).

185. *Droit de la famille* — 403, [1987] R.L. 639 (C.A.).

186. *Droit de la famille* — 639, précité, note 147.

187. *Droit de la famille* — 2137, précité, note 182, p. 586.

188. *Tanguay c. Lévesque*, C.S. Québec, n° 200-14-000455-854, le 8 septembre 1986, p. 5.

189. Art. 606 C.c.Q.

190. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 147, en discute à la p. 13 et suiv.

191. *Tanguay c. Lévesque*, précité, note 188, p. 5. Voir aussi *Droit de la famille* — 61, [1983] C.S. 426.

192. *Droit de la famille* — 195, précité, note 177, p. 351. Voir aussi *Droit de la famille* — 1102, [1990] R.D.F. 364 (C.A.); *Droit de la famille* — 1173, [1988] R.D.F. 332 (C.S.); *Droit de la famille* — 1071, [1987] R.D.F. 62 (C.S.).

Ce deuxième courant semble majoritaire et nous sommes d'avis qu'il suit plus fidèlement les exigences de l'article 606 C.c.Q.

Dans leur évaluation de l'intérêt de l'enfant, les juges tiendront compte, notamment, du désir de celui-ci — s'il est en âge d'être entendu — et de ses sentiments face au parent abandonnant¹⁹³; ils évalueront aussi les conséquences de cette déchéance sur l'enfant en se souvenant qu'elle n'est pas définitive mais bien réversible¹⁹⁴, et ils examineront les effets probants sur son développement psychologique. Par exemple, dans une affaire de 1987¹⁹⁵, la Cour d'appel considéra que le maintien de l'autorité parentale du parent visé nuirait au développement d'une relation de type parental entre l'enfant et le nouveau conjoint de la mère, et que la déchéance du parent naturel était donc dans l'intérêt du mineur.

Habituellement, les juges essaieront de déterminer les effets positifs de la déchéance sur l'enfant. Par exemple, cette déchéance peut avoir pour effet de clarifier sa situation, de lui donner la liberté de s'attacher à d'autres adultes; elle peut également empêcher une intervention intempestive d'un des parents dans une relation déjà organisée entre l'autre parent et l'enfant¹⁹⁶.

À l'instar du *Code civil du Québec*, le *Code civil* français est silencieux quant à l'abandon comme motif d'intervention en matière de déchéance de l'autorité parentale. Mais certains articles portant sur la délégation de l'autorité parentale et sur son retrait emploient l'expression « désintéressé ». Nous verrons que cette expression peut s'assimiler à un abandon par les parents, ce qui nous fera conclure que, conformément au droit québécois, l'abandon est aussi un motif de déchéance en droit français. Attardons-nous donc quelque peu à la notion française de désintéressé.

d) France : le désintéressé ou l'abandon comme danger

Comme au Québec, il existe en France deux moyens d'interrompre l'exercice des droits rattachés à l'autorité parentale. Cette autorité peut faire l'objet d'une délégation, et elle peut être sujette à une déchéance¹⁹⁷. Quant au premier moyen, la délégation, l'article 376 C.civ. établit clairement le principe selon lequel aucune renonciation ou cession de l'autorité parentale n'est possible à moins d'un jugement à cet effet. Par conséquent, il existe une section entière portant sur la délégation de l'autorité parentale dans le *Code civil* français¹⁹⁸. Au Québec, la délégation est aussi permise, mais elle ne fait l'objet que d'un seul article situé sous le titre portant sur l'autorité parentale¹⁹⁹. Ses modalités et ses particularités sont donc précisées par la jurisprudence. Même si, au Québec, c'est plutôt la déchéance qui a suscité notre intérêt, voyons d'abord le régime français de la délégation de l'autorité parentale puisque la notion de désintéressé y est contenue.

C'est l'article 377 C.civ. qui retient tout particulièrement notre attention. Cet article prévoit que les parents peuvent renoncer en tout ou en partie

193. S. PILON, *loc. cit.*, note 164, p. 398.

194. Voir par exemple : *Droit de la famille — 1738*, précité, note 168.

195. *Droit de la famille — 325*, précité, note 172.

196. *Droit de la famille — 1738*, précité, note 168, (juge LEBEL, dissident).

197. Art. 373, 2°, 4° et art. 601, 606 C.c.Q.

198. Art. 376 et suiv. C.civ.

199. Art. 601 C.c.Q. : « Le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant ».

à l'exercice de leur autorité parentale lorsqu'ils ont remis leur enfant mineur à un tiers digne de confiance, à un établissement agréé ou à un service de l'aide sociale à l'enfance. Il s'agit donc ici de parents qui, par le biais d'une requête en délégation faite conjointement avec le délégataire, lui délèguent volontairement l'exercice de leur autorité parentale. La délégation sera prononcée par le tribunal saisi.

Or, au troisième alinéa de cet article, il est aussi prévu que le délégataire peut présenter seul une requête en délégation. Pour qu'elle soit prononcée, il devra prouver que les parents se sont *désintéressés* de leur enfant depuis au moins un an. Autrement dit, si les parents ont *abandonné* leur enfant à un tiers mais ont négligé de déléguer l'exercice de leur autorité parentale, le tiers gardien, afin de faciliter la garde et la surveillance de l'enfant, peut demander au tribunal que l'exercice de l'autorité parentale lui soit délégué²⁰⁰.

L'élément déclencheur est donc la démonstration du désintérêt des parents. Cette notion de désintérêt revient souvent dans la législation française. Par exemple, il en est question à l'article 348-6 C.civ. qui prévoit que le tribunal peut prononcer une adoption malgré l'absence de consentement des parents si ces derniers se sont *désintéressés* de l'enfant. Mais le texte principal qui en fait mention, et qui fera l'objet de nos propos ultérieurement, est l'article 350 C.civ. portant sur la déclaration d'abandon qui exige un *désintérêt manifeste* des parents pendant au moins un an. Parfois, le législateur exige que ce désintérêt mette en danger la sécurité de l'enfant²⁰¹ et précise sa durée²⁰², d'autres fois il ne le fait pas. Bien que le désintérêt soit l'objet de précisions qui varient d'un article à l'autre, la doctrine est maintenant d'avis qu'il doit être interprété de la même manière, « qu'il s'agisse de le déclarer en vue d'une adoption ou pour justifier la délégation de l'autorité parentale [...] »²⁰³. En matière de délégation, il n'est point précisé que le désintérêt doit mettre en danger la sécurité de l'enfant — car après tout, ce dernier est déjà entre les mains d'un tiers — ou qu'il doive être manifeste, mais sa durée minimale est prévue : un an. La Cour de Cassation a bien précisé que le désintérêt devait persister au moment de la demande²⁰⁴.

En matière de retrait total ou partiel de l'autorité parentale, le concept de désintérêt des parents peut aussi se déduire du texte des articles bien qu'il

200. Contrairement aux conséquences du retrait de l'autorité parentale, les parents déléguants demeurent titulaires de l'autorité parentale. Ainsi, ils conservent sur l'enfant un droit de surveillance, etc. Notons de plus que le droit de consentir à l'adoption n'est jamais délégué et appartient toujours aux parents : art. 377-3 C.civ.

201. Par exemple art. 348-6 C.civ. : « Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents légitimes et naturels ou par l'un d'entre eux seulement, *lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé, ou la moralité [...]* » (nos italiques).

202. Par exemple 350 C.civ. : « L'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, *dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année* qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné [...] » (nos italiques).

203. Observations de RAYNAUD dans : *Cass. civ. 1^{re}, 3 février 1971, J.C.P. 1971. II. 16893.*

204. *Ibid.* Nous aurons l'occasion de discuter plus amplement des composantes de la notion de désintérêt dans les sections de ce travail qui portent sur la déclaration d'abandon : *Infra*, partie II.

n'y soit pas expressément codifié. En effet, l'article 378-1 C.civ. portant sur la déchéance de l'autorité parentale contient deux alinéas qui expriment de manière implicite le désintéret.

Le premier alinéa stipule notamment que des parents qui, « par un défaut de soins ou un manque de direction », mettent manifestement en danger la sécurité, la santé et la moralité de leur enfant, peuvent être déchus de leur autorité parentale. Comparativement au droit québécois qui exige un « motif grave », la loi française requiert que le comportement des parents mette en danger la sécurité de l'enfant. Lorsque ce comportement se traduit par un manque de soin, nous sommes d'avis qu'il rejoint la notion d'abandon dont les tribunaux québécois font état.

Cette nécessité de prouver le danger rejoint le texte de l'article 375 C.civ. sur l'assistance éducative. Comme nous l'avons vu, lorsque des mesures d'assistance éducative sont ordonnées, les parents conservent sur l'enfant leur autorité parentale²⁰⁵. Mais si ce maintien de l'autorité représente un danger pour l'enfant, la déchéance des droits des parents pourra être considérée comme une mesure supplémentaire de protection. Néanmoins, la déchéance peut être prononcée indépendamment de toute ordonnance d'assistance éducative.

Le deuxième alinéa de l'article 378-1 traite justement des cas où des mesures d'assistance éducative sont en place. Il énonce que, lorsqu'un enfant est l'objet de mesures d'assistance éducative et que ses parents s'abstiennent volontairement d'exercer leurs droits restants et de remplir leurs devoirs pendant deux ans, ils peuvent être déchus de leur autorité parentale. À première vue, nous pouvons faire un rapprochement entre la notion d'exercice des droits parentaux qui subsistent et la notion de capacités restantes développée par les tribunaux québécois. Ainsi, pour prononcer une déchéance, les juges français, comme les juges québécois, seront appelés à examiner jusqu'à quel degré les parents ont continué de remplir leurs devoirs de surveillance, d'éducation et d'entretien alors que l'enfant était soumis à des mesures d'assistance éducative. De plus, nous croyons que la notion d'abstention volontaire pendant deux ans se rapproche de manière appréciable du concept de désintéret dont il a été question en matière de délégation. Bien que le désintéret ne soit pas expressément mentionné à cet alinéa, nous sommes d'avis qu'un défaut volontaire d'agir rejoint la notion française de désintéret et, par conséquent, celle d'abandon plus spécifiquement utilisée au Québec. Ainsi, par déduction, nous pouvons conclure qu'en France l'abandon constitue également un motif de déchéance.

Ajoutons que, contrairement à l'article 606 du *Code civil du Québec* qui fait spécifiquement mention de l'intérêt de l'enfant, l'article 378-1 du *Code civil* français ne mentionne pas que la déchéance doit être prononcée seulement si l'intérêt de l'enfant le justifie. Or, comme la loi française insiste beaucoup sur le fait que l'autorité parentale existe pour la protection de l'enfant, nous pouvons aisément soutenir que si le maintien des droits rattachés à l'autorité parentale représente un danger pour l'enfant, il sera dans son intérêt que la déchéance soit prononcée. Comme nous l'avons vu, les tribunaux québécois ont plutôt tendance à interpréter la déchéance comme une sanction à l'encontre d'un parent fautif. Il est donc plus légitime d'examiner séparément la question de l'intérêt de l'enfant.

205. Art. 375-7 C.civ.

En France, comme la loi exige l'existence d'un danger, l'intérêt de l'enfant est plus intrinsèquement lié à la déchéance comme mesure de protection. Qui plus est, c'est ainsi que l'interprète la Cour de Cassation²⁰⁶.

En matière d'autorité parentale, il y a évidemment dominance du rapprochement entre les mécanismes du Québec et ceux de la France. L'autorité parentale est un concept purement civiliste et en cette matière, le Québec est fidèle à sa tradition.

Jusqu'à maintenant, l'hybridité du système québécois en matière d'abandon s'est démontré à deux niveaux : par l'utilisation d'un système de protection à l'image de celui des provinces de common law et par l'emploi d'un mécanisme purement civiliste, celui de la déchéance de l'autorité parentale, à l'instar du système français.

Mais qu'en est-il lorsque des parents se sont complètement désintéressés de leur enfant et n'ont aucune intention d'en reprendre un jour la charge? Lorsqu'un abandon prend un caractère définitif, les mesures d'intervention temporaires n'ont plus leur raison d'être. Afin de permettre à d'autres d'assumer le rôle que les parents naturels se refusent, il y a lieu d'intervenir de manière à rompre les liens juridiques entre l'enfant et ses parents. Le chapitre qui suit portera sur les mesures palliatives à caractère permanent.

II. RUPTURE DÉFINITIVE DES LIENS ENTRE L'ENFANT ABANDONNÉ ET SA FAMILLE D'ORIGINE

Lorsqu'un enfant est confié à un tiers et que l'autorité parentale n'est plus exercée par les parents, l'enfant se retrouve abandonné par ceux-ci. Si cette négligence ou cette impossibilité des parents à prendre soin de leur enfant est passagère, des mesures de protection temporaires seront préférables. Mais lorsque cette négligence, ce désintérêt ou cet abandon prend un caractère définitif, l'adoption pourra être le remède envisagé. Une déclaration de la Cour sera alors nécessaire pour rendre l'enfant adoptable. Dans la partie qui suit, nous allons examiner en premier lieu les mécanismes judiciaires utilisés par chacun des trois systèmes à l'étude pour rendre un enfant adoptable et en deuxième lieu, l'interprétation donnée à la notion d'abandon dans ce contexte.

A. LA PROTECTION DE L'ENFANT ABANDONNÉ PAR LA CLARIFICATION DE SON STATUT

En Ontario, mis à part le consentement des parents à l'adoption, l'un des moyens possibles pour rendre un enfant adoptable est de le déclarer pupille de la Couronne²⁰⁷. Ce mécanisme, qui sera l'objet de la section 1, dérive de la L.S.E.F. et constitue l'ultime mesure de protection pouvant être ordonnée par le tribunal. Au Québec et en France, c'est un mécanisme de droit civil qui est utilisé. Nous comparerons donc, dans un deuxième temps, le mécanisme de déclaration d'admissibilité à l'adoption du Québec et de la France.

206. *Cass. civ. 1^{re}, 14 avril 1982, D. 1983. 294.*

207. Nous verrons l'expression « Crown Ward » dans les jugements de langue anglaise.

1. La déclaration d'abandon en common law : mesure ultime de protection

L'article 57 de la L.S.E.F. énumère les mesures pouvant être ordonnées pour protéger un enfant. Nous avons vu, dans une partie antérieure, les mesures à caractère temporaire, soit l'ordonnance de surveillance par la Société d'aide à la enfance ou l'ordonnance admettant l'enfant comme pupille de la Société²⁰⁸. La troisième mesure énumérée à cet article est celle qui nous intéresse maintenant : la tutelle de la Couronne.

Selon la L.S.E.F., le juge doit choisir la mesure de protection la moins interventionniste possible²⁰⁹. Une ordonnance de tutelle de la Couronne surviendra donc généralement après l'application répétée de mesures à effet moins sévère, et après plusieurs mois de protection. En effet, il est prévu à l'article 64 L.S.E.F. que le statut d'un enfant doit faire l'objet d'un réexamen périodique. Lors d'une audition en révision, le juge peut décider de modifier les modalités de l'ordonnance originale, de la terminer, de la proroger, ou d'en ordonner une nouvelle tirée de l'article 57 L.S.E.F. Si, au moment de cette audition, l'enfant a été pupille de la Société depuis déjà vingt-quatre mois, le juge ne pourra renouveler cette ordonnance puisque la tutelle de la Société ne peut excéder deux ans²¹⁰. Il lui restera alors le choix d'ordonner le retour de l'enfant dans son milieu d'origine ou de le déclarer pupille de la Couronne.

La cause *C.A.S. of Haldimand-Norfolk c. L.(C.B.)*²¹¹ illustre bien cette situation. Dans cette affaire, deux jumelles nées de père inconnu avaient été soustraites des soins de leur mère qui négligeait de s'en occuper. Elles furent admises comme pupille de la Société et après deux ans, cette dernière demanda que les enfants soient placées sous la tutelle de la Couronne. Le délai maximal pour une tutelle de la Société étant atteint, le juge dut décider entre un retour des enfants auprès de leur mère et la proposition de la Société. Comme aucune preuve d'abus physique n'avait été apportée et que les enfants avaient elles-mêmes exprimé à maintes reprises leur désir de retourner avec leur mère, le juge ordonna le retour des enfants auprès de cette dernière. Pour lui, la prétendue négligence de la mère pouvait être remédiée par des efforts soutenus de sa part et l'assistance de la Société. Les liens avec la mère biologique furent donc maintenus.

Les juges doivent respecter certains critères avant de prononcer une ordonnance de tutelle de la Couronne. Tout d'abord, la jurisprudence a clairement établi que, si le prononcé a lieu dans le cadre d'une procédure en révision du statut de l'enfant, la seule décision que le tribunal doit prendre est celle de déterminer si l'ordonnance originale continue d'être nécessaire. Autrement dit, le tribunal doit déterminer si l'enfant a toujours besoin de protection²¹². Le cas échéant, il peut ordonner la tutelle de la Couronne, mais selon certaines conditions. En vertu de l'article 57(6) L.S.E.F., la Cour doit être d'avis que « [...] les circonstances justifiant cette ordonnance ne sont pas susceptibles de changer *dans*

208. *Supra*, partie I.A.1.

209. Art. 1c) et 57(3) L.S.E.F.

210. Art. 70 L.S.E.F.

211. *Children's Aid Society of Haldimand-Norfolk c. L.(C.B.)*, [1995] W.D.F.L. 1015 (Ont. Prov. Div.).

212. *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*, précité, note 67.

un avenir raisonnablement prévisible qui ne peut être supérieur à vingt-quatre mois [...] »²¹³. Cette prévision que les circonstances ayant entraîné une mesure de protection ne vont pas changer à l'intérieur d'un certain délai correspond en quelque sorte au test de l'improbabilité de la reprise en charge prévu au *Code civil du Québec*²¹⁴. Toutefois, l'Ontario évalue la situation sur une période de deux ans, alors que le Québec ne spécifie aucun délai. De plus, la jurisprudence ontarienne, en conformité avec l'article 57(4) L.S.E.F., a réitéré le fait qu'une ordonnance de tutelle de la Couronne ne peut être envisagée que si la Cour est d'avis qu'aucun membre de la famille élargie n'est en mesure de prendre soin de l'enfant²¹⁵.

La jurisprudence en matière de tutelle de la Couronne est abondante, mais nous devons nous limiter à quelques exemples. Dans une affaire où la mère était disparue complètement de la vie de l'enfant et où le père avait des problèmes de consommation abusive de drogues et d'alcool, une ordonnance de tutelle de la Couronne fut prononcée car la Cour considéra qu'il était peu probable que le père améliore ses conditions au point de pouvoir reprendre la garde de l'enfant, et ce, dans un délai raisonnable²¹⁶.

Dans l'affaire *C.A.S. of Peel c. M.J.W. et W.W.*²¹⁷, la Société d'aide à l'enfance avait retiré une enfant de son milieu au motif qu'elle était élevée de manière négligente et dans des conditions délétères. Un an après le premier jugement de protection, la Société demanda à la Cour qu'elle admette l'enfant comme pupille de la Couronne. Les motifs retenus par la Cour pour faire droit à cette demande furent notamment que : « the trial judge found that M.W. was severely neglected and deprived in the first five years of her life », qu'elle avait besoin d'un programme spécial adapté à ses besoins — ce que la mère n'était pas en mesure de lui donner — que les liens avec sa mère naturelle étaient ténus, que l'enfant était « adoptable » et qu'il était dans son intérêt qu'elle le soit.

Curieusement, en Ontario, les juges s'attardent souvent au fait de savoir si l'enfant est « adoptable », c'est-à-dire s'il présente des caractéristiques susceptibles de plaire à des parents adoptifs potentiels. L'âge de l'enfant, sa facilité à tisser des liens nouveaux, à s'adapter à un nouvel environnement sont autant de facteurs pris en considération par les tribunaux. Il semble que ce critère ne se dégage pas de la jurisprudence québécoise en la matière. Au Québec, la preuve que les parents ont cessé de prendre soin de leur enfant et qu'ils n'en reprendront probablement pas la charge suffit à rendre un enfant adoptable et les traits de sa personnalité importent peu. À notre avis, cette considération n'est pas négligeable dans la recherche d'une situation stable pour l'enfant, d'autant plus que son nouveau statut aura pour effet de rompre de manière irrévocable les liens avec sa

213. Les italiques sont de nous.

214. Art. 561 C.c.Q. : « L'enfant ne peut être déclaré admissible à l'adoption *que s'il est improbable que son père, sa mère ou son tuteur en reprenne la garde* et en assume le soin, l'entretien ou l'éducation. Cette improbabilité est présumée » (nos italiques). Voir *infra*, partie II.A.2.

215. *L.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, (1995) 21 O.R. (3d) 724 (Gen. Div.). Notons que cette exigence apparaît aussi dans la disposition française équivalente (voir citation de l'article 350 C.civ. *infra* partie II.A.2.b), alors qu'il n'existe rien de tel dans le C.c.Q.

216. *V.(M.T.B.) c. Children's Aid Society of Sarnia-Lambton*, précité, note 64.

217. Précité, note 29.

famille biologique²¹⁸. Nous croyons donc que les tribunaux québécois ont tort de ne pas s'attarder à ce critère.

Une ordonnance qui admet un enfant à titre de pupille de la Couronne est en principe définitive, à l'image de la déclaration d'admissibilité à l'adoption du Québec et de la déclaration d'abandon de la France. L'article 65(2) L.S.E.F. énonce que « si l'enfant est devenu pupille de la Couronne [...], le tribunal ne doit pas rendre d'ordonnance portant sur la tutelle par la Société [...] ». De plus, l'article 140 L.S.E.F. stipule que, dès le moment où un enfant est admis comme pupille de la Couronne et que les délais d'appel sont expirés, la Société d'aide à l'enfance a pour devoir de tout mettre en œuvre pour lui trouver une famille adoptive. La décision est donc irrévocable et elle vise à permettre la construction de liens nouveaux, stables et permanents. Dans la section qui suit, nous verrons plus en détails comment les tribunaux interprètent les situations les amenant à conclure qu'il y a abandon définitif. Mais d'abord, examinons les mécanismes du Québec et de la France qui ont un effet semblable et qui tirent leur source du droit civil.

2. La déclaration d'abandon en droit civil : un mécanisme indépendant

Au Québec et en France, la déclaration d'abandon est un mécanisme indépendant de toute loi ou section du Code portant sur la protection de l'enfant. Il s'agit simplement d'une des étapes vers l'adoption de l'enfant lorsque le consentement des parents ne peut être obtenu. Voyons de quoi il s'agit.

a) Québec : la déclaration d'admissibilité à l'adoption

Au Québec, lorsque les parents n'ont pas consenti à l'adoption mais qu'ils ont, dans les faits, délaissé leur enfant pendant un certain temps, la déclaration d'admissibilité à l'adoption²¹⁹ officialisera l'abandon de l'enfant et permettra aux Centres Jeunesse de lui chercher une famille adoptive²²⁰. Les dispositions pertinentes se retrouvent ainsi au chapitre de l'adoption puisque la déclaration judiciaire d'adoptabilité constitue l'une des conditions préalables à la procédure d'adoption²²¹. En effet, l'article 544 C.c.Q. énonce qu'un enfant mineur ne peut être adopté que si ses parents (ou son tuteur) ont consenti à l'adoption, ou s'il a été déclaré judiciairement admissible à l'adoption.

Le Code civil traite de la déclaration d'adoptabilité à la suite des articles portant sur le consentement. L'emplacement de cette disposition a entraîné une certaine controverse en jurisprudence. Dans un jugement de la Cour d'appel, la dissidence était d'avis que la déclaration d'adoptabilité était un « succédané » aux consentements lorsque ceux-ci ne pouvaient être obtenus²²². Pour le juge dissident, il existe deux théories pouvant expliquer l'existence de cette déclaration, et toutes

218. Pour de nombreux autres exemples jurisprudentiels, se référer à I. MANG et J. KING, *The 1997 Annotated Ontario Child and Family Services Act*, Toronto, Carswell, 1997, notamment sous l'article 57.

219. Ainsi dénommée depuis 1994. Avant l'entrée en vigueur du C.c.Q., ce mécanisme s'intitulait la « déclaration d'adoptabilité ». Afin d'alléger le texte, nous nous permettrons d'utiliser de manière interchangeable l'une ou l'autre de ces expressions.

220. Art. 72.1 L.P.J.

221. Voir art. 543 et art. 568 C.c.Q.

222. *Droit de la famille — 1544*, [1992] R.J.Q. 617, 621 (C.A.) (juge BEAUREGARD).

deux reposent sur une conduite répréhensible des parents : ou bien la conduite blâmable de ces derniers les déchoit de leur droit de consentir à l'adoption, ou bien le fait qu'ils n'assument pas leurs obligations envers leur enfant fait présumer leur consentement à l'adoption²²³. La majorité ne partage pas ce point de vue. Elle est plutôt d'avis que la déclaration d'adoptabilité est sur un pied d'égalité avec les consentements et ne constitue pas un pis-aller²²⁴.

Nous sommes d'avis que cette question est d'une certaine pertinence au Québec puisque, contrairement à l'Ontario et à la France, il n'existe pas d'article dans le Code énonçant que le tribunal puisse passer outre au refus des parents de consentir à l'adoption si ce refus est abusif. Nous croyons qu'en considérant la déclaration d'adoptabilité comme un « succédané » aux consentements, la dissidence cherche, en quelque sorte, à s'arroger un pouvoir que la loi ne lui confère pas expressément. Nous ne croyons pas non plus que le fait que la déclaration d'adoptabilité soit située dans le Code à la suite des consentements la subordonne à ces derniers. Nous partageons donc le point de vue de la majorité qui accorde une importance équivalente aux deux mécanismes.

Quoi qu'il en soit, un enfant ne peut être adopté que si les consentements requis ont été obtenus ou s'il a été déclaré admissible à l'adoption. C'est cette deuxième option qui retiendra notre attention.

Certains membres de la parenté de l'enfant, un Directeur de la protection de la jeunesse ou le mineur lui-même peuvent faire une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption²²⁵. Pour que le juge fasse droit à cette demande, le débat devra se jouer autour des articles 559 C.c.Q. et 561 C.c.Q. :

559. Peut être judiciairement déclaré admissible à l'adoption :

[...]

2° L'enfant dont ni les père et mère ni le tuteur n'ont assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation depuis au moins six mois;

[...]

561. L'enfant ne peut être déclaré admissible à l'adoption que s'il est improbable que son père, sa mère ou son tuteur en reprenne la garde et en assume le soin, l'entretien ou l'éducation. Cette improbabilité est présumée.

Ainsi, avant qu'un juge ne prononce cette déclaration, il devra, premièrement, faire le constat factuel du manquement par les parents à leurs principaux devoirs parentaux depuis six mois, et deuxièmement, il devra être convaincu qu'il est peu probable qu'ils reprennent la charge de leur enfant, cette improbabilité étant présumée.

Si, de prime abord, ces articles semblent clairs, leur application a entraîné de nombreux questionnements. Par exemple, est-ce que le juge doit tenir compte des justifications amenées par les parents? Jusqu'à quel degré ceux-ci doivent-ils assumer leurs responsabilités? Faut-il faire la preuve que cet abandon était volontaire? Le juge possède-t-il une certaine discrétion²²⁶? Autant de questions auxquelles nous tenterons de répondre à l'aide de la jurisprudence dans la section

223. *Id.*, p. 623.

224. Voir par exemple Juge MCCARTHY, *id.*, p. 626.

225. Art. 560 C.c.Q. (pour les membres de la parenté : un ascendant de l'enfant, un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, ou le conjoint de cet ascendant ou parent), art. 32 et 72.1 L.P.J.

226. J.A. ARCHAMBAULT, et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 37.

suiuante. Gardons toutefois en mémoire que cette décision du juge est en principe irrévocable puisqu'elle permet le placement de l'enfant en vue de son adoption et ce placement empêche toute restitution de ce dernier à ses parents²²⁷.

Cette remarque s'applique aussi pour la déclaration d'abandon du droit français; l'application de celle-ci entraîne à peu près les mêmes questionnements. Mais avant de nous attarder à son interprétation, familiarisons-nous d'abord avec son fonctionnement.

b) France : la déclaration d'abandon

À l'image du droit québécois, la déclaration française d'abandon est décrite au Code civil dans la partie traitant de la filiation adoptive²²⁸. L'article 347 C.civ. énonce d'abord que les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350 font partie de l'une des trois catégories d'enfants pouvant être adoptés²²⁹. L'article 350 auquel il est fait mention et qui décrit les modalités de la déclaration d'abandon se lit ainsi :

350. L'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance sauf le cas de grande détresse des parents et sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa. La demande en déclaration d'abandon est obligatoirement transmise par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant à l'expiration du délai d'un an dès lors que les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs.

La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon.

L'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délai prévu au premier alinéa du présent article, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier.

227. Art. 569 C.c.Q. Ajoutons que cette déclaration a pour effet automatique de déchoir les parents de leur autorité parentale et le juge désignera la personne qui l'exercera à leur place, en attendant que l'enfant soit adopté : art. 562 C.c.Q.

228. À une certaine époque, il exista aussi une controverse sur les consentements à l'adoption et la déclaration d'abandon. Un jugement d'un tribunal de grande instance avait une fois affirmé que le consentement du conseil de famille de l'enfant était requis avant que l'on puisse déclarer un enfant abandonné. Cette position ne fut pas reprise par la Cour de Cassation et la doctrine semble d'avis que ce jugement est un faux pas et qu'aucun consentement n'est nécessaire : voir notamment les observations de PATUREAU dans *Trib. gr. inst. de Lille, 3^e Ch., 26 novembre 1976 : D. 1978. 499*; et R. GOZILLON, *L'adoption — Tout savoir pour bien la préparer et mieux réussir*, Mesnil-sur-l'Estrée, Hachette, 1995, p. 68.

229. Cette catégorie constitue le troisième point de l'article 347. Les deux autres catégories d'enfants sont 1° les enfants pour qui on a valablement consenti à l'adoption et 2° les pupilles de l'État.

Lorsqu'il déclare l'enfant abandonné, le tribunal délègue par la même décision les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant.

La tierce opposition n'est recevable qu'en cas de dol, de fraude ou d'erreur sur l'identité de l'enfant.

Bien que cet article vise le même résultat que la déclaration d'adoptabilité du Québec, nous pouvons observer, dès le premier coup d'œil, que les articles 559 C.c.Q. et 350 C.civ. n'ont rien de comparable. La disposition française est beaucoup plus détaillée. Elle précise ce qui peut ou non constituer un abandon.

Par exemple, nous pouvons remarquer qu'en France, l'abandon doit avoir duré au moins un an et, si à l'expiration de ce terme les parents se sont manifestement désintéressés de leur enfant, la personne, l'établissement ou le service d'aide sociale à l'enfance doit *obligatoirement* faire une demande en déclaration d'abandon. Au Québec, l'abandon peut n'avoir duré que six mois et il n'existe aucune obligation de faire une demande en déclaration d'adoptabilité à l'expiration de ce délai²³⁰. Également, ce recours est, en France, ouvert à toute personne ou établissement ayant recueilli l'enfant, alors qu'au Québec, il est limité à certains membres de la famille élargie et au D.P.J. De plus, la disposition française définit la notion de désintérêt manifeste et précise qu'il se distingue par une insuffisance de relations nécessaires au maintien de liens affectifs. Au Québec, même si ce critère ressort de la jurisprudence, il n'est pas précisé au Code. Finalement, à l'instar de la loi ontarienne, l'article 350 C.civ. énonce que l'abandon n'est pas déclaré si un membre de la famille a demandé à s'occuper de l'enfant²³¹. Cette exception est inexistante en droit québécois.

À l'origine, l'article 350 C.civ. n'était pas aussi précis qu'aujourd'hui. C'est l'expérience d'une trentaine d'années d'interprétations jurisprudentielles qui ont modelé l'article tel que nous pouvons le lire à l'heure actuelle. Il est apparu pour la première fois au Code civil en 1966²³². L'un des objectifs de la loi d'alors était de clarifier la situation juridique de l'enfant avant de le placer en adoption²³³ et de per-

230. Du point de vue français, restreindre le délai d'un an serait porter atteinte aux chances des parents, qui sont victimes de circonstances malheureuses, de se reprendre en main. Pourtant, d'autres prétendent qu'un délai plus court, tel qu'au Québec, donne à l'enfant de meilleures chances d'intégration à un nouveau foyer (Voir A.-M. FOURNIÉ, « De l'abandon à l'adoption plénière — Le contentieux de l'abandon », (1974) *J.C.P. I.* 2640). Pour notre part, nous sommes d'avis qu'un délai d'un an est beaucoup plus raisonnable qu'un délai aussi court qu'au Québec étant donné la gravité des conséquences rattachées à la déclaration d'abandon, soit la rupture des liens de filiation. Nous croyons que l'interprétation d'une situation n'ayant duré que six mois peut mener à des erreurs de qualification où les juges pourraient voir un abandon là où il n'y en a pas réellement. Logiquement, les chances d'interpréter erronément une situation sont diminuées lorsque la période d'observation des faits est plus longue.

231. Voir l'article 57 (4) L.S.E.F. Un arrêt de la Cour de Cassation du 24 mars 1987 a précisé que cette limitation de la déclaration d'abandon valait aussi lorsqu'un membre de la famille de l'enfant s'occupe déjà de celui-ci au moment de la demande (*Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1987, D.* 1988. 153. (note M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE)) Comme une déclaration d'abandon ouvre les portes à l'adoption plénière, un commentateur (M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE, *id.*) est d'avis que cette limitation existe dans le but d'empêcher l'adoption plénière entre les membres d'une même famille.

232. *Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966.*

233. B. TRILLAT, « Pourquoi la loi? — Entretien avec Simone Veil », dans B. TRILLAT (dir.) *Abandon et Adoption — Liens du sang, liens d'amour*, Paris, Éditions Autrement, 1988, pp. 98-103, p. 98.

mettre ainsi au plus grand nombre possible d'enfants abandonnés de bénéficier de l'adoption plénière²³⁴. Avec la loi de 1976²³⁵, il fut l'objet de quelques modifications dont l'ajout du 2^e alinéa qui précise la notion de désintérêt. À cette époque, le gouvernement cherchait à mieux circonscrire cette notion car il considérait que la jurisprudence protégeait encore trop la famille biologique; il voulait insister sur la nécessité de prendre en considération les besoins affectifs de l'enfant²³⁶. Finalement en 1996²³⁷, l'article 350 fut amendé de nouveau; l'alinéa premier fut reformulé et on y ajouta la notion de « grande détresse des parents ». Selon des commentateurs, ce critère fut ajouté pour satisfaire les personnes qui contestaient le remplacement au premier alinéa du verbe « peut » par le verbe « est (déclaré) »²³⁸.

Bref, à l'instar de la déclaration québécoise, la déclaration d'abandon est une procédure contentieuse dont tout enfant ayant au moins un parent peut bénéficier. En France, c'est le désintérêt manifeste des parents qui doit être prouvé et ce, sur un délai d'un an. Cette décision aura pour effet de conférer à l'enfant la qualité requise pour qu'il puisse être adopté, elle délèguera l'autorité parentale à la personne à qui l'enfant est confié et, passée en force de chose jugée, elle sera irrévocable²³⁹.

Nous l'avons vu, l'article 350 C.civ. est plus précis que l'article 559 C.c.Q. D'ailleurs, son interprétation fait l'unanimité jurisprudentielle. Toutefois, la manière dont les tribunaux ont interprété l'abandon n'enchant pas tous les auteurs français et, nous le verrons, son interprétation est tout à fait contraire à celle qui est retenue au Québec et en Ontario. La saga contentieuse de l'abandon se poursuit donc...

B. CONTROVERSES SUR LA NOTION D'ABANDON — PROTECTION DE L'ENFANT ABANDONNÉ OU DES DROITS DE SES PARENTS?

Après avoir examiné les mécanismes juridiques visant à déclarer un enfant abandonné, il convient maintenant de nous attarder aux différentes interprétations jurisprudentielles des dispositions pertinentes. Si les articles applicables semblent bien articulés, nous verrons que les tribunaux canadiens et français les appliquent de manière bien différente.

1. Conception canadienne de l'abandon : place aux faits objectifs

Afin de mieux circonscrire notre point central de comparaison qui est le droit québécois, nous allons voir de manière détaillée l'interprétation que donnent les tribunaux québécois à la notion d'abandon, et nous verrons par la suite que les tribunaux ontariens retiennent globalement la même approche.

234. A.-M. FOURNIÉ, *loc. cit.*, note 230.

235. *Loi n^o76-1179 du 22 décembre 1976* modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption.

236. Y. PATUREAU, « Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné », (1978) *D. chron.*, 167-172, p. 167.

237. *Loi du 5 juillet 1996*, précitée, note 156.

238. Des parlementaires craignaient que la suppression du verbe « peut » enlève toute discrétion au tribunal. C'est pour cette raison qu'on exigea l'ajout d'une exception au prononcé de la déclaration, soit la grande détresse des parents.

239. A.-M. FOURNIÉ, *loc. cit.*, note 230. À l'instar du droit québécois, le placement qui suivra mettra obstacle à toute demande de restitution de l'enfant : art. 352 C.civ.

a) Assumer le soin d'un enfant : un constat factuel et objectif

D'abord, une définition des termes de l'article 559 C.c.Q. s'impose. D'une manière courante, le terme « soin » signifie le fait de s'occuper du bien-être d'une personne; « entretien » pourrait se définir comme étant le fait de pourvoir à ce qui est nécessaire à l'existence matérielle, et « éducation », la mise en œuvre des moyens propres à assurer la formation et le développement d'un être humain²⁴⁰. Une affaire de 1993 a précisé que :

les critères de « soins » et d' « éducation » ont une connotation de lien personnel et intime, de relation humaine, de communication directe, chaleureuse et affective et non seulement une connotation de responsabilité comme cela semble être le cas pour le critère de l'entretien.²⁴¹

À l'instar de ce que nous avons exposé plus tôt sur la tutelle de la Couronne de l'Ontario²⁴², un jugement en déclaration d'admissibilité à l'adoption sera souvent l'aboutissement de l'application répétée de mesures de protection²⁴³. Le scénario classique menant à une telle demande est celui où l'enfant en cause a été retiré des soins de ses parents, et ceux-ci, se voyant coupés d'un contact physique quotidien avec leur enfant, s'en désintéressent peu à peu, ou diminuent de manière significative la fréquence de leurs visites. Comme dans les causes en déchéance de l'autorité parentale, la notion d'exercice des « capacités restantes » prend toute son importance dans l'évaluation de la situation discutée.

Dans les années 1980, les tribunaux ont semblé faire preuve d'une certaine sensibilité à l'égard de la situation particulière des parents. Par exemple, en 1983, la Cour suprême affirma que « [...] la conduite d'une personne doit être évaluée dans le contexte de la situation de cette personne. Les actes d'une personne peuvent constituer un abandon alors que les mêmes actes de la part de quelqu'un d'autre peuvent ne pas être interprétés comme tel »²⁴⁴. Plus tard, dans l'affaire *Droit de la famille — 1544*, la Cour d'appel rappela que le devoir du juge était de vérifier « si, à partir des faits de chaque espèce, le parent assume l'essentiel de la charge même s'il est à l'écart du quotidien »²⁴⁵. Un autre jugement ajouta que dans les cas où les enfants ont été retirés de leur milieu en vertu d'une mesure de protection, il faut examiner les moyens pris par les parents pour conserver un lien avec l'enfant et continuer d'exercer leur autorité parentale, et ce, *selon leurs capacités*²⁴⁶. Cette position confirme celle déjà exprimée dans un jugement qui édictait que dans l'évaluation de la capacité des parents, les juges peuvent prendre en considération leur capacité physique et matérielle²⁴⁷.

S'il est permis de tenir compte de la situation particulière des parents, leurs actes devront être examinés à la lumière de leurs droits restants. Par exemple, si les titulaires de l'autorité parentale sont privés du droit de garde, les juges devront

240. Définitions retenues par J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, pp. 39-40.

241. *Protection de la Jeunesse — 635*, précité, note 64 (citation tirée du résumé).

242. *Supra*, partie II.B.1.

243. J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 34.

244. *Racine c. Woods*, précité, note 63, p. 184 (juge WILSON).

245. *Droit de la famille — 1544*, précité, note 222, p. 631.

246. C.Q. (Ch. j.) Abitibi, n° 620-43-000002-910, 4 décembre 1992, pp. 25-26. (cité dans J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 79.)

247. *Droit de la famille — 256*, [1986] R.J.Q. 139, p. 143 (C.S.).

évaluer s'ils ont tout de même continué à assumer leur responsabilité financière et à exercer leurs droits d'accès, le cas échéant. Là encore, les juges devront ajuster leur évaluation en fonction de la fréquence permise des droits de visite. Par exemple, si ce droit se limite à une fois par mois, le tribunal devra reconnaître le fait que les liens affectifs entre les parents et l'enfant seront moins forts que si le droit pouvait être exercé une fois par semaine²⁴⁸. Si les parents sont privés de tout contact, le juge devra vérifier s'ils ont continué à exercer leur obligation d'entretien et leur droit de surveillance, ce dernier pouvant se traduire par une attention marquée vis-à-vis du développement de l'enfant. Le juge devra aussi examiner si les parents ont au moins tenté de remédier à la situation les ayant privés de tout contact²⁴⁹.

La jurisprudence plus récente insiste sur l'aspect relationnel et précise que les parents doivent entretenir une présence morale auprès de l'enfant, si elle ne peut être physique. Ils doivent manifester une réelle préoccupation pour son bien-être, et démontrer qu'ils désirent sa présence, qu'ils ont envie de lui parler, etc.²⁵⁰. Ils peuvent le faire, si possible, par une présence régulière auprès de l'enfant, par le maintien avec lui de liens affectifs, par des coups de téléphone, l'envoi de cartes, de lettres, etc.²⁵¹. La jurisprudence ajoute que les moyens pris par les parents doivent indiquer un effort soutenu²⁵² et aboutir à des changements tangibles et perceptibles dans la situation de compromission²⁵³. Elle donne aussi des exemples de conduites faisant échec à cette démonstration : des efforts strictement postérieurs à la demande en déclaration²⁵⁴ ou, dans un cas de maladie, un refus de se faire soigner²⁵⁵.

Bref, les juges devront apprécier les circonstances concrètes de chaque affaire et la manière ponctuelle dont les parents ont rempli leurs obligations, ou du moins, celles qui leur restent²⁵⁶.

Ainsi, dans une analyse pouvant mener jusqu'à une déclaration d'adoptabilité, l'abandon peut prendre de multiples formes. Certains écrits sur ce thème se sont attardés à dégager de la jurisprudence les composantes de la notion d'abandon²⁵⁷. Reprenons ici certains éléments retenus²⁵⁸. Pour les cas les plus déterminants d'abandon, on mentionne notamment le consentement à l'adoption, qui consiste à se départir explicitement de ses attributs parentaux²⁵⁹, et l'abandon ouvert, qui peut s'illustrer, par exemple, par le fait de ne pas contester la demande

248. Exemple tiré de *Droit de la famille — 132*, [1984] T.J. 2036.

249. *Droit de la famille — 231*, [1985] T.J. 2044, p. 2050.

250. *Droit de la famille — 1913*, [1994] R.D.F. 174 (C.Q., Ch.j.).

251. T.J. Montréal, n° 500-43-000174-838, 7 février 1984 (cité dans S. PILON, *loc. cit.*, note 164).

252. *Droit de la famille — 1913*, précité, note 250.

253. *Protection de la jeunesse — 635*, précité, note 64.

254. *Droit de la famille — 1741*, précité, note 64; *Droit de la famille — 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.).

255. *Droit de la famille — 1756*, [1993] R.D.F. 152 (C. de J.).

256. *Droit de la famille — 231*, précité, note 249, p. 2049.

257. Entre autres, voir J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163; S. PILON, *loc. cit.*, note 164.

258. La plupart de ces éléments nous proviennent de : S. PILON, *id.*, p. 407 et suiv.

259. ... il faut distinguer ici du cas d'un placement volontaire dans le cadre d'une loi sur la protection de l'enfant. Dans une affaire de 1987, le procureur des parents reprochait au juge de première instance d'avoir interprété ce geste comme une marque de désintéret. Bien que le juge en appel ne se soit prononcé très longuement sur ce moyen d'appel, il affirma tout de même qu'il ne s'agissait que d'un élément de preuve parmi tant d'autres : *Droit de la famille — 1078*, précité, note 254.

en déclaration d'admissibilité à l'adoption²⁶⁰. Pour les cas moins caractérisés on mentionne, à l'image de l'article 559 alinéa 2 C.c.Q., l'absence de soin, d'entretien et d'éducation. Évidemment, si cette absence est totale, il sera aisé pour le juge de conclure à l'abandon. Mais si ces obligations sont partiellement exécutées, le juge devra examiner leur degré d'exécution et leur fréquence. Nous rejoignons ici la théorie des « capacités restantes ».

L'abandon psychologique et l'abandon involontaire constituent des cas plus subtils. Dans la première hypothèse, il peut s'agir d'un rejet affectif s'accompagnant généralement et graduellement d'un abandon physique. Ce rejet peut se caractériser par un manque d'attention, de tendresse, de sécurité, de support affectif, de stabilité, etc.²⁶¹. Quant à l'abandon involontaire, il s'agira généralement de cas où le parent souffre d'une maladie et, devant être interné ou hospitalisé, n'est plus apte à prendre soin de son enfant. La réversibilité ou non de la maladie du parent aura souvent une influence importante sur le résultat de la procédure²⁶².

Les cas d'abandon involontaire placent les juges dans une position bien délicate car, de manière générale, aucun reproche ne peut être formulé envers le parent malade, du moins relativement à sa maladie. Mais si cette dernière l'empêche de prendre soin de son enfant, la Cour peut-elle se permettre de déclarer l'enfant abandonné afin qu'on lui trouve des parents plus aptes? Ces situations, que l'on pourrait qualifier de « zones grises », ont provoqué de nombreux débats jurisprudentiels. Elles ont amené le développement des théories dites intentionnelle et objective. Alors que la France a retenu la première, le Québec et l'Ontario appliquent la deuxième. Voyons comment, au Québec, la jurisprudence a évolué vers la théorie objective.

Les débats jurisprudentiels sur l'abandon volontaire ou involontaire peuvent être divisés en trois étapes principales : la période antérieure à 1988, la période 1988-1992, et la période postérieure à 1992.

Au Québec, jusqu'en 1988, c'est la théorie objective qui domina²⁶³. L'interprétation objective consiste en une analyse de la situation particulière d'un enfant, sans égard aux motifs justifiant l'inaction parentale. Par cette interprétation, les juges se limitent à observer si *de facto* l'enfant se trouve dans une situation d'abandon. De plus, si la deuxième condition d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption est remplie, soit l'improbabilité d'une reprise en charge, les juges prononcent la déclaration. Ainsi, cette interprétation ne tient pas compte des raisons ayant amené les parents à délaisser leur enfant.

Une décision de 1986²⁶⁴ (qui sera plus tard renversée par la Cour d'appel) illustre bien l'interprétation dominante de cette époque²⁶⁵. Le juge dans

260. S. PILON, *loc. cit.*, note 164, cite en exemple : T.J. St-François, n° 450-43-000012-838, 8 avril 1983.

261. Dans tous les jugements dont nous avons pris connaissance, les abandons psychologiques étaient toujours accompagnés d'un abandon physique. Ainsi, même si le critère du lien affectif est de plus en plus important dans la jurisprudence récente, nous ne connaissons pas d'exemple où un abandon psychologique seul aurait suffi pour prononcer la déclaration d'adoption. Comme l'article 559, 2° exige la preuve d'une absence de soins, nous sommes tentés de croire que la preuve d'un abandon *physique* est nécessaire.

262. Par exemple, *Droit de la famille — 1544*, précité, note 222.

263. J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 42 et suiv.

264. *Droit de la famille — 256*, précité, note 247.

265. Voir également *Droit de la famille — 1078*, précité, note 254.

cette affaire indiqua que « c'est une question de fait, une question objectivement analysable »²⁶⁶. Les faits de l'espèce peuvent se résumer ainsi. La mère souffrant d'une maladie mentale chronique, l'enfant en cause avait été placée en nourrice, en vertu d'un jugement de protection, onze jours après sa naissance. La mère avait eu droit à des visites aux trois semaines, mais comme son état se détériora, les visites eurent lieu à intervalles irréguliers. Selon le témoignage d'un médecin, dans la meilleure des hypothèses, la mère aurait pu reprendre la charge de son enfant seulement si elle avait pu bénéficier d'un support social très important²⁶⁷. Une fois convaincu que les conditions de la demande en déclaration étaient remplies, le juge déclara l'enfant admissible à l'adoption. Bien que la mère, dans son témoignage, avait indiqué qu'elle ne s'était jamais désintéressée du sort de son enfant²⁶⁸, le juge s'exprima ainsi :

C'est donc essentiellement une question de fait [...], une situation matérielle d'où l'élément intentionnel est exclu.²⁶⁹

Et le résultat de cette analyse ne saurait être mis de côté au motif qu'il existerait une exception, soit l'incapacité des parents pour cause de maladie ou pour toute autre cause de remplir ces obligations.²⁷⁰

La thèse objective se dégage donc clairement des propos du juge. Pourtant, lorsque la mère porta l'affaire en appel, ce jugement fut renversé par la Cour d'appel au motif qu'il fallait tenir compte de l'*intention* des parents. C'est ici que nous entrons dans l'ère de la deuxième période, laquelle retient la thèse intentionnelle.

Le juge Moisan de la Cour d'appel infirma le jugement de première instance au motif qu'on ne peut conclure que la mère a « abandonné » son enfant²⁷¹. Dans sa réflexion, il s'attarda sur l'impact des déclarations du juge de première instance sur les cas où c'est un parent handicapé mentalement qui est en cause. Dans son argumentation, il fit un retour sur le rapport de l'Office de révision du Code civil²⁷². L'article 307 alinéa 4 de ce rapport édictait que l'enfant, dont le parent était atteint d'une maladie mentale le rendant inapte, pouvait être déclaré adoptable. Or, le texte final de 1980²⁷³ élimina cette disposition, et le juge vit dans cette suppression une indication précieuse de l'intention du législateur. Pour lui, l'interprétation retenue par le premier juge était plus conforme au rapport de 1977 qu'au texte officiel de 1980.

Il continua son argumentation en faisant référence à un jugement de la Cour suprême : *C.(G.) c. V.-F.(T.)*²⁷⁴. Cet arrêt portait sur une affaire en déchéance de l'autorité parentale où le parent en cause souffrait d'un handicap mental. Le juge Moisan détecta des rapprochements significatifs entre les deux causes puisque selon lui, c'est la capacité des parents à prendre soin de leur enfant qui est au centre

266. *Droit de la famille* — 256, précité, note 247, p. 144.

267. *Id.*, p. 141.

268. *Id.*, p. 140.

269. *Id.*, p. 144.

270. *Ibid.*

271. *Droit de la famille* — 256, précité, note 53.

272. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil*, volume I, Projet de Code civil, Québec, Éditeur officiel, 1977 (*id.*, p. 398).

273. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

274. Précité, note 147.

du débat²⁷⁵. Dans cet arrêt, le juge Beetz avait indiqué qu'il fallait éviter de déchoir un parent à qui on ne pouvait adresser aucun blâme²⁷⁶. Le juge Moisan fut d'avis qu'en espèce, il fallait adopter la même attitude, d'autant plus que la déclaration d'adoptabilité est une décision irréversible rompant le lien de filiation²⁷⁷.

Plus loin, le juge indiqua que, dans les cas en déclaration d'adoptabilité, il faut prendre en considération les moyens et les capacités des parents impliqués²⁷⁸. En relatant les faits du jugement de protection, le juge chercha à démontrer que la mère avait fait des efforts « dans la faible mesure de ses moyens »²⁷⁹ pour voir son enfant et qu'en conséquence, on ne pouvait conclure à un abandon :

On ne peut en aucune façon dire qu'elle ait renoncé à son enfant, qu'elle l'ait délaissé ou abandonné *volontairement*.²⁸⁰

Le juge venait ainsi de poser la théorie de l'abandon volontaire. Comme nous avons pu le constater, cette théorie consiste à évaluer la situation particulière des parents, en tenant compte des empêchements extérieurs tels que leurs limites intellectuelles ou matérielles, afin de pondérer la négligence de leurs devoirs parentaux²⁸¹.

Cette interprétation suscita certaines critiques. Des auteurs sont d'avis que cette conception de l'abandon eut pour effet de dénaturer l'article 559 C.c.Q en y ajoutant la condition d'un abandon intentionnel et en considérant l'adoption comme une sanction au manquement aux devoirs parentaux au lieu d'un projet de vie pour l'enfant²⁸². Pour ces auteurs, adopter une telle interprétation revient à dire qu'une personne inapte ne peut être tenue responsable ni de son état mental, ni de l'abandon de son enfant²⁸³.

Nous croyons que l'abandon intentionnel ne se déduit effectivement pas du texte et que par conséquent, les juges ne peuvent se permettre de faire le droit. Néanmoins, le fait de vouloir apporter une touche d'humanisme à un article à première vue objectif ne signifie pas pour autant que l'on considère l'adoption comme une sanction à l'abandon. Nous croyons que le juge, avec raison, s'est attardé aux conséquences d'une déclaration d'abandon et a réfléchi à l'impact d'une telle décision sur les personnes déficientes mentalement. Par contre, il a peut-être surpassé sa liberté de réflexion en rendant un jugement qui ne semble pas conforme aux choix du législateur.

Malgré certaines critiques de la doctrine sur la position prise par le juge, ce jugement de la Cour d'appel exerça une influence importante dans le monde jurisprudentiel. À la suite de cet arrêt, une série de jugements abondèrent

275. Ce rapprochement fut l'objet de critiques. Pour certains auteurs, il n'y a pas d'analogie à faire entre les deux causes puisque chaque régime d'intervention poursuit des buts différents : la déchéance serait une sanction à des manquements graves, alors que la déclaration viserait à permettre la recherche d'une nouvelle famille pour l'enfant dont les parents sont inaptes à en prendre soin, même s'ils sont sans reproche. (J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 63.)

276. *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, précité, note 147, p. 263.

277. *Droit de la famille* — 256, précité, note 53, p. 399.

278. *Id.*, p. 400.

279. *Ibid.*

280. *Ibid.* (les italiques sont de nous).

281. J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163.

282. *Id.*, p. 60.

283. *Id.*, p. 62.

dans le même sens que le juge Moisan. Durant cette période, de nombreuses demandes en déclaration d'adoptabilité furent refusées au motif que l'abandon était involontaire²⁸⁴.

Mais en 1992, ce nouveau courant jurisprudentiel fut à son tour renversé, et ce, par la Cour d'appel elle-même. Dans l'affaire *Droit de la famille — 1544*²⁸⁵, qui servit d'occasion à la Cour pour rétablir l'interprétation qui prévalait avant 1988, il était aussi question d'une demande en déclaration d'adoptabilité alors que la mère était institutionnalisée pour cause de maladie mentale. Le juge Vallerand, de la majorité, étant d'avis que l'arrêt de 1988 constituait un « dérapage » jurisprudentiel, profita de l'occasion pour remettre le banc de la Cour d'appel dans la voie de la théorie objective :

C'est donc à bon droit que le premier juge s'est déclaré lié par le principe posé par l'arrêt *Droit de la famille — 256* et l'appelant ne saurait réussir que s'il peut nous convaincre de revoir le précédent et de réformer l'état du droit tel que dit, il y a quatre ans, par notre cour. C'est là nécessairement l'invitation, pressante, qu'il nous fait et, soit dit avec tous égards, j'estime qu'il nous faut nous y rendre.²⁸⁶

Notons que dans l'affaire de 1992, l'invalidité de la mère était plus grave que dans l'arrêt de 1988 et le juge le reconnût²⁸⁷. Mais il considéra qu'il y avait quand même lieu d'intervenir : « [...] l'étude de la question m'amène à conclure que *Droit de la famille — 256* est frappé d'une erreur »²⁸⁸. Voilà comment il expliqua la problématique de l'arrêt en question : « Mais voilà que, depuis les circonstances concrètes et la manière ponctuelle dont le parent remplit ses obligations, on est passé aux circonstances concrètes qui font que le parent ne remplit pas ses obligations [...] »²⁸⁹. Pour lui, de cette attitude jurisprudentielle résulte la proposition bizarre selon laquelle « [...] celui qui, parce qu'il en est incapable, n'assume pas... assume néanmoins... précisément parce qu'il en est incapable [...] »²⁹⁰.

Pour le juge Vallerand, le texte de l'article 559 alinéa 2 C.c.Q. est clair et le fait d'imposer une notion de faute équivaldrait à radier du texte les mots « de fait ». Après une argumentation plutôt détaillée où, entre autres, il incita les juges à voir l'adoption non pas comme une rupture mais comme une solution créatrice de liens, il conclut ainsi :

Il est des cas difficiles, des circonstances particulières qui l'amèneront à conclure que le parent — y compris le parent handicapé mental — qui n'assume pas de façon conventionnelle, assume néanmoins. Mais cela ne signifie pas que celui ou celle qui n'assume pas du tout, assume pourtant, uniquement parce que, incapable de le faire, il ne mérite aucun reproche.²⁹¹

284. Voir par exemple : C.Q. (Ch. j.) Longueuil, n° 505-43-000018-885, 9 novembre 1988; C.Q. (Ch. J.) Joliette, n° 705-43-000046-874, 31 janvier 1990; C.Q. (Ch. j.) Montréal, n° 500-43-000359-876, 16 septembre 1988; etc. Compilation tirée de J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163.

285. *Droit de la famille — 1544*, précité, note 222 : les juges : BEAUREGARD (dissident), MCCARTHY, VALLERAND, BAUDOIN et FISH.

286. *Id.*, p. 629.

287. « [...] la mère est ici plus invalide que ne l'était celle du précédent et assume moins » : *ibid.*

288. *Ibid.*

289. *Id.*, p. 631.

290. *Ibid.*

291. *Id.*, p. 636.

Le juge préconisa donc un retour vers une analyse objective à partir de la situation de l'enfant. Mais sa position ne fit pas l'unanimité du banc. Le juge Beauguard, dissident dans cette affaire, fut d'avis que, dans un cas comme en espèce où la mère était internée contre son gré, où elle était consciente qu'elle avait un enfant et ne consentait pas au changement de filiation, appliquer littéralement le deuxième point de l'article 559 C.c.Q. serait faire affront au bon sens²⁹². Il exprima donc la position selon laquelle la Cour ne peut se permettre de rester insensible à la situation particulière du parent en cause. Bref, à l'instar de l'arrêt de 1988, il préconisa une interprétation subjective!

Pour le juge Beauguard, le critère que la Cour devait évaluer n'était pas l'étendue et la qualité des soins apportés à l'enfant mais bien l'état d'esprit du parent. Il considéra que la loi ne permettait pas l'adoption d'un enfant lorsqu'un parent refuse le changement de filiation, si cet enfant est protégé par les personnes qui lui prodiguent des soins en remplacement du parent inapte²⁹³. Le juge ajouta qu'il ne pouvait concevoir qu'une mère qui souffre d'une psychose, mais qui connaît ses obligations et qui est disposée à contribuer dans la mesure de ses moyens, ne puisse s'opposer au changement de filiation de son enfant et « qu'elle puisse risquer de perdre toute trace de celui-ci au motif que son handicap ne lui permet pas de faire plus pour lui »²⁹⁴.

Autrement dit, la question au cœur du débat est la suivante :

[...] où situer le point minimum où la contribution spirituelle ou morale apportée à l'enfant par le parent indigent et handicapé sera considérée comme insuffisante?²⁹⁵

On ne peut rester insensible aux propos du juge Beauguard. En effet, bien que sa position ne fut pas celle préconisée par les juges de la majorité, elle amena le juge Baudouin à apporter quelques nuances à l'interprétation objective.

Comme le débat se situe autour de la capacité des parents souffrant d'un handicap mental d'assumer leurs obligations, le juge Baudouin, bien qu'il préconisait l'approche objective, se permit de faire quelques commentaires :

L'on doit se méfier de discriminer à l'endroit des personnes qui sont malheureusement atteintes d'un handicap mental et qui sont déjà, dans notre société, suffisamment l'objet d'ostracisme.²⁹⁶

On ne saurait admettre, en effet, qu'un processus administratif ou une décision judiciaire vienne priver celle-ci [la mère], parce qu'elle est atteinte de ce handicap, du lien naturel avec son enfant.²⁹⁷

Et voilà que le juge Baudouin apportait une touche de subjectivité dans cet arrêt qui chercha à rétablir l'application de la théorie objective...

J'estime donc qu'avant même de permettre l'adoptabilité de l'enfant (encore plus son adoption) d'une personne atteinte d'une invalidité mentale, il faut présenter une preuve décisive.²⁹⁸

292. *Id.*, p. 621.

293. *Id.*, pp. 625-626.

294. *Id.*, p. 625.

295. *Id.*, p. 624.

296. *Id.*, p. 636.

297. *Id.*, pp. 636-637.

298. *Id.*, p. 636.

Des auteurs sont d'avis que le juge Baudouin imposa ainsi une nouvelle condition : l'impossibilité pour le parent déficient de prendre soin de son enfant, et que seule cette impossibilité, preuve décisive, permettait une déclaration d'adoptabilité²⁹⁹. Pour eux, cette condition additionnelle dans le cas des handicapés mentaux ne fait que remplacer la thèse de l'abandon intentionnel et qu'en ce faisant, le juge nous ramène à la case de départ³⁰⁰!

Bien que le juge Vallerand ait exprimé clairement son intention dans cette affaire, soit le rétablissement de l'interprétation objective, l'arrêt *Droit de la famille — 1544* est parsemé de nuances. Non seulement divise-t-il le banc de la Cour d'appel (dissidence du juge Beauregard), mais il divise aussi, d'une certaine manière, la majorité (commentaires du juge Baudouin). Cet arrêt qui devait remettre de l'ordre dans la jurisprudence n'a mis fin à la controverse qu'en apparence. Nous avons tendance à penser qu'il illustre plutôt un certain malaise dans l'application de la théorie objective lorsque des handicapés mentaux sont en cause.

Quoi qu'il en soit, l'effet recherché fut en partie réussi puisque la jurisprudence postérieure à cet arrêt appliqua de nouveau la thèse objective qui prédomine maintenant au Québec³⁰¹.

L'évaluation objective ou subjective de la situation se fait au cours de la première étape de la décision finale où le juge doit déterminer s'il y a abandon ou non en vertu du deuxième point de l'article 559 C.c.Q. Si le juge conclut qu'il y a effectivement abandon, les parents devront, dans une deuxième étape et afin de faire échec à la déclaration, tenter de prouver qu'il est probable qu'ils reprennent la

299. J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 74.

300. *Ibid.*

301. Voir entre autres : *Droit de la famille — 2845*, [1998] R.D.F. 155 (C.S.); *Droit de la famille — 2915*, [1998] R.D.F. 365 (C.S.); *Droit de la famille — 2642*, [1997] R.D.F. 404 (C.S.); *Droit de la famille — 2643*, [1997] R.D.F. 395 (C.S.); *Droit de la famille — 2234*, [1995] R.D.F. 579 (C.Q., Ch.j.); *Droit de la famille — 2203*, précité, note 64; *Droit de la famille — 1756*, précité, note 255, p. 155 : « L'abandon est une question de fait sans qu'il y ait d'élément intentionnel »; *Droit de la famille — 1725*, précité, note 64, p. 12 : « Le tribunal ne peut qu'en venir à la conclusion que la mère, comme le père d'ailleurs, n'a pas assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de son enfant [...] »; *Protection de la jeunesse — 635*, précité, note 64, p. 454 : « Comme le dit la nouvelle jurisprudence : les raisons importent peu »; *Droit de la famille — 1913*, précité, note 250 : Le père, malgré des contacts nettement plus fréquents que la mère, n'a jamais assumé l'éducation, l'entretien, le soin et la surveillance de son enfant; *Droit de la famille — 1914*, [1996] R.J.Q. 219 (C.A.). Jugement intéressant car le juge BEAUREGARD fut encore une fois dissident, mais il appliqua à la lettre sa théorie du consentement. Dans *Droit de la famille — 1544*, parce que la mère était handicapée mentalement, qu'elle ne pouvait prendre adéquatement soin de son enfant, qu'elle était consciente de sa maternité et qu'elle aurait aimé prendre soin de son enfant, le juge considéra qu'elle ne pouvait être déchue de son droit de consentir au changement de filiation parce que son comportement n'était pas répréhensible. Dans *Droit de la famille — 1914*, parce que la mère se droguait, se prostituait et faisait des séjours en prison, elle avait, aux yeux du juge, un comportement répréhensible et devait être déchue de son droit de consentir au changement de filiation. L'arrêt est aussi intéressant parce que le juge Fish, de la majorité, sembla démontrer un certain assouplissement de sa pensée par rapport à l'arrêt de 1992. Peut-être ressentit-il quelques remords de conscience à la suite du jugement de 1992? :

As well, it is important to remember that the biological parents have no status at the subsequent stages of adoption. The eligibility stage therefore represents their last opportunity to explain to the court why — even if they have not been able to in fact take in hand care, maintenance or education of a child — it does not ineluctably follow that the child, in his or her best interest, should be at that time declared eligible for adoption (p. 227).

charge de leur enfant. Examinons alors les composantes maîtresses de la probabilité de reprise en charge.

*b) Reprendre en charge un enfant : démonstration d'un projet réaliste*³⁰²

L'article 561 C.c.Q. établit une présomption selon laquelle il est improbable que les parents qui ont délaissé leur enfant en reprennent la charge. Néanmoins, ceux-ci sont invités à faire la preuve du contraire pour empêcher que leur enfant soit déclaré admissible à l'adoption. On explique la finalité de cette disposition par la volonté du législateur de donner une deuxième chance au coureur³⁰³. On fournit aux parents l'occasion de démontrer qu'ils ont réellement l'intention d'assumer à nouveau le soin, l'éducation et l'entretien de leur enfant. À cette étape, le juge devra décider si le projet de reprise de l'enfant présenté par les parents est vraisemblable, réalisable à court terme, et s'il suffit pour renverser la présomption³⁰⁴.

La doctrine est d'avis qu'il existe deux tendances jurisprudentielles à cet effet³⁰⁵. La première tendance est celle centrée principalement sur la situation vécue par le *parent*. La démonstration par les parents que des changements positifs se sont opérés dans leur vie, tels la location d'un nouvel appartement, un retour aux études, la reprise en charge d'un autre enfant³⁰⁶, le fait d'avoir cessé de consommer de l'alcool de manière abusive³⁰⁷ ou de s'être inscrit à des cours éducatifs³⁰⁸ sont autant de justifications que certains juges considèrent valables pour renverser la présomption s'ils sont convaincus que les parents ont mis fin à l'instabilité qui régnait dans leur vie au moment où les travailleurs sociaux sont intervenus³⁰⁹.

Aujourd'hui, nous considérons que la situation est autre, et qu'il n'est pas improbable qu'il puisse assumer la garde et reprendre le soin, l'entretien ou l'éducation de cet enfant.³¹⁰

D'une certaine manière, cette attitude des juges est presque une façon déguisée d'adhérer à la thèse intentionnelle. Alors que la situation subjective des parents n'a peut-être pas influencé leur constat de l'abandon, elle a certainement réussi à renverser la présomption de la reprise en charge. C'est d'ailleurs ce que certains auteurs reprochent à ce courant. Une amélioration dans la vie du parent n'est pas nécessairement le pendant d'une amélioration des capacités parentales³¹¹. Pour que la reprise de l'enfant soit réellement dans l'intérêt de celui-ci, il faut que la nouvelle situation du parent réponde aussi aux besoins particuliers de l'enfant :

302. *N.B.* Pour cette partie, le relevé de la jurisprudence ainsi que les critères énumérés nous proviennent principalement de la source doctrinale suivante : J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163.

303. S. PILON, *loc. cit.*, note 164, p. 417.

304. J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 83.

305. *Ibid.*

306. T.J. Montréal, n° 500-43-000135-854, 18 décembre 1985.

307. *Droit de la famille — 231*, précité, note 249.

308. T.J. Longueuil, n° 505-43-000058-865, 16 octobre 1987.

309. T.J. Montréal, n° 500-43-000135-854, précité, note 306, et *Droit de la famille — 231*, précité, note 249, confirmé dans [1988] R.J.Q. 230 (C.A.).

310. *Simard c. J.R. (père), M.L. et J.R. (fils)*, (1990) 22 Q.A.C. 181.

311. J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 96.

L'enfant peut-il accepter ou se satisfaire du simple espoir d'être repris en charge un jour si cet espoir n'est pas au moins concrétisé par un projet tenant compte de sa situation, de ses besoins et de sa personnalité?³¹²

C'est justement cette prise en compte de la situation de *l'enfant* qui caractérise la deuxième tendance jurisprudentielle. La Cour d'appel a récemment répété qu'à l'étape de la reprise en charge, il fallait prendre en compte la situation psychologique, intellectuelle et affective de l'enfant, dans un sens large et concret, et tenir compte de critères tels que son âge, son milieu de vie, son milieu scolaire, ses liens affectifs avec les adultes l'entourant, etc.³¹³. La jurisprudence précise en outre que les parents doivent non seulement démontrer qu'ils possèdent désormais les ressources intellectuelles ou matérielles nécessaires à la reprise en charge mais qu'ils ont aussi un projet précis de reprise, ce projet devant inévitablement tenir compte des besoins fondamentaux de l'enfant³¹⁴. De plus, le projet doit convaincre le juge que les parents peuvent, dans l'immédiat, offrir un milieu stable et permanent à l'enfant³¹⁵.

Précurseur de cette tendance, la Cour suprême, dans l'affaire *Racine c. Woods*³¹⁶, s'exprimait ainsi :

[...] la Cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l'enfant et non dans la vie du parent.³¹⁷

La Cour d'appel a par la suite précisé cette pensée et a indiqué qu'il fallait non seulement scruter la situation du parent et celle de l'enfant séparément mais qu'il fallait aussi l'examiner à la lumière de la réciprocité de leur relation :

Tout disposé qu'il soit à offrir, il [le parent] ne pourra assumer que si l'enfant est en mesure de recevoir utilement.³¹⁸

Le lien affectif entre le parent « abandonnant » et l'enfant semble être un facteur important dans l'évaluation du réalisme d'une reprise en charge. Ainsi, la durée de l'absence du parent dans la vie de l'enfant doit être prise en considération³¹⁹. Nous avons vu dans une section antérieure que plus la durée de l'absence est prolongée, plus elle jouera en défaveur du parent biologique³²⁰. Une absence trop longue fera souvent en sorte que l'enfant considérera de plus en plus ses parents comme des étrangers et qu'il tissera plutôt des liens avec sa famille nourricière. Les juges devront aussi examiner la réaction de l'enfant lorsqu'il est mis en présence de ses parents naturels. Les juges ne pourront ignorer une réaction néga-

312. *Id.*, p. 88.

313. *Droit de la famille* — 2203, précité, note 64. La Cour d'appel fait ici référence à *Droit de la famille* — 1741, précité, note 64. Elle s'était déjà exprimée à cet effet dans *Droit de la famille* — 376, précité, note 64.

314. Voir par exemple : *Droit de la famille* — 1528, [1992] R.D.F. 103 (C.Q. Ch.j.); *Droit de la famille* — 1725, précité, note 64; *Droit de la famille* — 1756, précité, note 255.

315. *Droit de la famille* — 1741, précité, note 64; *Droit de la famille* — 1628, C.A. Québec, n° 200-08-000024-878, 28 mai 1992.

316. Précité, note 63.

317. *Id.*, p. 185.

318. *Droit de la famille* — 376, précité, note 64, p. 1239.

319. Rapport Jasmin, précité, note 75, p. 19.

320. *Supra*, partie I.A.1.

tive de l'enfant à la vue de ses parents ni une absence totale de liens affectifs entre eux, quelles que soient les bonnes intentions des parents³²¹.

[...] le tribunal doit déterminer si les parents désireux de reprendre leur enfant peuvent créer avec lui des liens susceptibles d'atténuer les effets négatifs de la rupture entre l'enfant et ses parents d'accueil.³²²

Nous l'avons vu, le critère du lien affectif est dorénavant un facteur dominant dans la jurisprudence canadienne et les tribunaux valorisent de plus en plus les liens affectifs existant entre l'enfant et la famille de remplacement³²³.

Bref, quelle que soit l'approche retenue, les parents, à cette étape, doivent laisser comprendre au juge que l'épisode du délaissement de leur enfant, pour quelle que cause que ce soit, n'était que passager. Ils doivent faire la preuve qu'ils ont l'intention réelle d'assumer à nouveau le soin, l'éducation et l'entretien de leur enfant, et doivent en faire la démonstration à l'aide de faits concrets.

À la lumière des facteurs retenus par la jurisprudence, cela ne représente-t-il pas un défi énorme à surmonter? Selon un auteur, la charge est lourde, mais elle démontrera la bonne intention de celui qui saura relever le défi³²⁴. Pour notre part, les exigences de la jurisprudence ou les critères proposés par la doctrine nous semblent parfois exorbitants. Il est raisonnable d'exiger des parents qu'ils démontrent qu'ils ont les ressources matérielles nécessaires à la reprise en charge et qu'ils comprennent les besoins fondamentaux de leur enfant. Mais n'est-il pas un peu exagéré d'exiger que la réciprocité de leur relation soit intacte? Il est démontré que l'enfant, séparés de ses parents, ressentira un détachement à leur égard. Aussi, si on rend jugement en faveur des parents biologiques, il souffrira sans aucun doute de la rupture d'avec ses parents d'accueil. Mais nous pensons qu'il faut, jusqu'à un certain point et lorsque cela est encore possible, laisser la nature faire son œuvre et donner une chance aux parents et à l'enfant de retrouver le lien qui existait auparavant.

En réfléchissant au bien-être de l'enfant à long terme, nous pouvons penser que cette reprise de contact, même s'il est impossible qu'elle se fasse sans brèche, pourra s'avérer positive pour l'enfant. En effet, même si au moment du placement temporaire l'enfant s'est attaché à ses parents d'accueil, rien ne garantit qu'à l'adolescence il ne veuille retracer ses origines pour combler sa quête d'identité. Les juges se doivent de veiller à l'intérêt de l'enfant au moment où une décision doit être prise à son égard, mais ils ne doivent pas négliger de l'évaluer à long terme. Il faut avoir confiance en la capacité d'adaptation de l'enfant.

c) Veiller à l'intérêt de l'enfant : un débat théorique

Où se situe l'intérêt de l'enfant dans tout cela? Ne se trouve-t-il pas compromis par tous ces débats jurisprudentiels, thèse intentionnelle, thèse objec-

321. C.Q. (Ch. j.) St-François, n° 450-43-000043-890, 8 août 1990; *Droit de la famille* — 1816, [1993] R.D.F. 299, (C.Q., Ch. j.).

322. J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 101.

323. *Supra*, partie I.A.1. Pour d'autres exemples jurisprudentiels, se référer à J.A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 100.

324. M. OUELLETTE, « Le nouveau droit de la famille et l'adoption », (1982) 13 R.G.D. 109-140, p. 131.

tive, excuses parentales, besoins particuliers de l'enfant? Est-il nécessairement dans l'intérêt de l'enfant qu'il soit déclaré admissible à l'adoption si le juge constate l'abandon?

Conformément aux dispositions générales sur l'adoption³²⁵, les juges se doivent de tenir compte de l'intérêt de l'enfant dans toutes les questions qui le concernent. Mais nous pouvons remarquer que ce critère n'est pas mentionné à nouveau dans le libellé des deux articles que nous venons d'étudier. Est-ce dire qu'à l'étape de la déclaration d'adoptabilité il n'est pas pertinent de s'attarder à la question du meilleur intérêt de l'enfant? Peut-il, au contraire, faire à lui seul obstacle à la déclaration? Voici comment un juge formule le problème :

Ces pourvois soulèvent la question de savoir si le juge peut, après avoir constaté l'application du paragraphe 2 de l'article 611 [aujourd'hui 559] et de l'article 613 [aujourd'hui 561], refuser de déclarer un enfant adoptable au motif que cette déclaration serait contre son intérêt.³²⁶

Autrement dit, l'intérêt de l'enfant à lui seul pourrait-il empêcher un juge de prononcer la déclaration même si les deux étapes ont été franchies avec succès? La jurisprudence n'a pas manqué de se pencher sur cette question. Bien qu'elle soit clairement tranchée en droit français, comme nous le verrons, cette question a suscité, au Québec, certaines discussions.

À notre avis, il se dégage de la jurisprudence trois niveaux d'interprétation en cette matière. Tout d'abord, il y a l'interprétation concordant avec la thèse subjective préférée par le juge Beaugrand de la Cour d'appel. Dans l'affaire *Droit de la famille — 1544* susmentionnée³²⁷, le juge traita aussi de cette matière dans sa dissidence. À son avis, l'intérêt de l'enfant ne devrait être évalué qu'à l'étape de l'adoption en tant que telle et non à celle de la déclaration d'adoptabilité. Sa préférence pour le respect des liens biologiques ressort clairement de son commentaire lorsqu'il exprime qu'on aurait tort « [...] de privilégier l'intérêt de l'enfant plutôt que le droit des père et mère ou du tuteur de donner son consentement »³²⁸.

Cette vision, selon laquelle l'évaluation de l'intérêt de l'enfant n'est pas pertinente à l'étape de la déclaration d'adoptabilité, est partagée par certains juges de la Cour d'appel bien que ceux-ci adhèrent plus franchement à la thèse objective. C'est ce que nous considérons être le deuxième degré d'interprétation. Par exemple, dans une affaire de 1987, la Cour s'exprima ainsi :

Bref, il faut à cette étape déterminer s'il est adoptable; non pas s'il est dans son intérêt qu'il soit adoptable et la décision n'est pas prise à son sujet, mais au sujet de son statut.³²⁹

Cette position serait comme une application stricte de la théorie objective où seule la constatation des faits doit prévaloir. Dans une autre affaire, le juge de première instance fut d'avis que la question de l'intérêt de l'enfant ne se posait pas à cette étape puisque en espèce, le père avait renversé la présomption de l'article 561 C.c.Q. La Cour d'appel réitéra cette position en ajoutant que « le législateur a consi-

325. Art. 543 C.c.Q.

326. *Droit de la famille — 1914*, précité, note 301, p. 227 (juge CHAMBERLAND).

327. Précité, note 222.

328. *Id.*, p. 622.

329. *Droit de la famille — 376*, précité, note 64, p. 1237.

déré que l'intérêt naturel d'un enfant c'est d'être sous la garde de ses parents à moins qu'il soit démontré qu'il est « improbable qu'ils puissent le faire »³³⁰.

Dans un arrêt récent, *Droit de la famille — 1914*, la Cour d'appel, enfin, énonça clairement sa position³³¹. Les faits de cette affaire peuvent se résumer ainsi. La mère des enfants en cause était camerounaise, elle avait des troubles de comportement, se prostituait, se droguait et passait des séjours en prison. Les enfants, nés de père inconnu, avaient été placés en famille d'accueil peu après leur naissance. Toutefois, les enfants connaissaient leur mère biologique et le juge de première instance constata même qu'il existait toujours un lien affectif entre eux et leur mère³³². Ce juge fut aussi d'avis que ces enfants ne comprenaient pas adéquatement les conséquences d'une adoption, soit la rupture définitive des liens avec leur mère.

Même après avoir constaté l'application des articles 559 alinéa 2 C.c.Q. et 561 C.c.Q., le juge de première instance, au nom de l'intérêt de ces enfants, rejeta la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. La discussion en appel se situa autour de la question de savoir s'il fallait tenir compte de l'intérêt de l'enfant à toutes les étapes menant à une adoption ou seulement au moment du prononcé de celle-ci. Sur cette question, la majorité³³³ exprima finalement sa position et l'interprétation retenue fut celle que nous considérons être de troisième degré :

[...] je suis plutôt d'avis que le tribunal doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant à toutes les étapes du processus d'adoption, y compris l'étape de la déclaration d'adoptabilité.³³⁴

Et :

Dans ce contexte, j'ai peine à croire qu'un juge doive déclarer un enfant admissible à l'adoption s'il ou elle est d'avis qu'il ne serait pas dans son intérêt, ultimement, qu'il soit adopté.³³⁵

Et le juge Fish d'ajouter :

I agree with Justice Chamberland [...] The entire exercise has a single purpose : to determine judicially whether the substitution of an adoptive filial bond for the failed biological one favours the interests of the child.³³⁶

À ne pas nous surprendre, le juge Beauregard fut aussi dissident dans cette affaire. Face à la discrétion judiciaire à laquelle la majorité prétendit et qui leur permettrait, même si toutes les conditions de la déclaration étaient réunies, de ne pas déclarer un enfant adoptable pour le motif que cela irait à l'encontre de son intérêt, voici ce qu'il en pensa :

Soit dit en toute humilité, j'ai cependant un peu de difficulté à concevoir comment il peut être dans l'intérêt d'un enfant « négligé » au sens du paragraphe 2 de l'article 611 [aujourd'hui 559] de ne pas être déclaré admissible à l'adoption.³³⁷

Et plus loin :

330. *Simard c. J.R. (père), M.L. et J.R. (fils)*, précité, note 310.
 331. *Droit de la famille — 1914*, précité, note 301 (C.A.).
 332. *Droit de la famille — 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C.Q., Ch. j.).
 333. Juges FISH et CHAMBERLAND (juge BEAUREGARD est dissident).
 334. *Droit de la famille — 1914*, précité, note 301, p. 228 (C.A.) (les italiques sont de nous).
 335. *Ibid.*
 336. *Id.*, pp. 225-226.
 337. *Id.*, p. 225.

[...] je vois mal comment [...] on puisse dire qu'il est dans l'intérêt de cet enfant de lui nier les avantages que lui confère la loi.³³⁸

Pour le juge, le fait de pouvoir être déclaré adoptable est une protection offerte à l'enfant, un droit qui lui revient :

Le législateur est le premier défenseur de l'intérêt des enfants et, à cette fin, il a voulu offrir aux enfants privés de soin de la part de leur père et mère ou tuteur la possibilité d'être adoptés afin de trouver des soins, une famille dont il devient membre à part entière et tous les avantages d'une nouvelle filiation.³³⁹

Il est intéressant de constater que le juge Beauregard, dont les propos sont ici très axés sur l'enfant, n'appliqua pas ce raisonnement dans l'arrêt *Droit de la famille — 1544*³⁴⁰. L'eut-il appliqué dans cette affaire, où il fit clairement état de son adhésion à la thèse intentionnelle, il en serait peut-être venu à la même conclusion que les juges de la majorité! Rappelons que dans cette cause, l'enfant était aussi privé de soins...

Il semble que le raisonnement du juge Beauregard soit fortement influencé par le comportement des parents en cause. Si ces derniers ont un comportement irréprochable du fait de leur handicap mental, le juge hésite à déclarer l'enfant adoptable. Mais s'ils ont une conduite dite « immorale », le juge déclarerait plus volontiers l'enfant admissible à l'adoption. Bref, le juge Beauregard a tendance à raisonner un peu comme dans les jugements en déchéance de l'autorité parentale où les juges peuvent se permettre de poser un jugement de valeur sur la conduite des parents. Les juges de la majorité, pour leur part, semblent tenter de faire abstraction le plus possible du comportement des parents dans les affaires en déclaration d'adoptabilité.

Ainsi, dans *Droit de la famille — 1914*³⁴¹, les juges de la Cour d'appel ne se penchèrent pas sur la question de savoir si le juge de première instance avait eu raison de croire qu'il était dans l'intérêt des enfants de ne pas les admettre à l'adoption. Ils ne revinrent pas sur les faits de l'espèce et corroborèrent donc implicitement la décision du premier juge sur cet aspect. Les juges d'appel se contentèrent plutôt d'examiner la question de l'intérêt de l'enfant à l'étape de la déclaration d'adoptabilité. La majorité adopta la position selon laquelle ce critère, à lui seul, peut suffire pour refuser une demande en déclaration.

Malgré une adhésion ferme à la théorie objective en 1992³⁴², quatre ans plus tard, les juges se gardent une porte ouverte pour refuser une demande en déclaration d'abandon. Autrement dit, ils se permettent désormais de s'en remettre à une notion aussi vague que l'intérêt de l'enfant pour contrebalancer les termes de la loi et l'interprétation objective qu'ils lui ont donnée auparavant. Sommes-nous donc réellement plus avancés en la matière? Les arguments amenés par les juges font appel à notre raison, mais ils laissent planer néanmoins une certaine incertitude. À notre sens, la position adoptée par le juge Beauregard dans ces causes démontre justement que la question n'est peut-être pas aussi réglée qu'on aimerait le croire et que la théorie objective, sous son apparence impartiale, est peut-être plus difficile à appliquer et à défendre qu'on l'aurait espéré.

338. *Ibid.*

339. *Ibid.*

340. Précité, note 222.

341. Précité, note 301 (C.A.).

342. Voir *Droit de la famille — 1544*, précité, note 222.

Pourtant, les tribunaux de l'Ontario ont adopté une interprétation similaire à celle qui prévaut au Québec. Les juges ontariens semblent aussi s'en tenir à une analyse objective de la situation vécue par l'enfant lorsqu'ils constatent l'abandon. Mais comme nous le verrons plus tard, la France, pour sa part, refuse toujours son adhésion à la théorie objective et applique au contraire la thèse de l'abandon intentionnel. Mais voyons d'abord quelques exemples jurisprudentiels ontariens qui démontrent que la théorie objective prévaut non seulement au Québec mais, à plus grande échelle, qu'elle semble correspondre à une attitude canadienne.

d) *Apprécier objectivement les faits : conception partagée par l'Ontario*

En opérant un retour en arrière d'une vingtaine d'années, on s'aperçoit que déjà à cette époque, les tribunaux ontariens semblaient avoir adopté une approche objective dans les affaires portant sur une demande en tutelle de la Couronne. Dans une cause souvent citée³⁴³, *C.A.S. de Kingston c. Reeves et Reeves*³⁴⁴, il était question d'un cas où les parents concernés étaient des « persons of quite low intelligence »³⁴⁵. Dès la naissance de leur enfant, leur entourage avait des inquiétudes quant à leur habilité à être parents. Comme l'enfant avait effectivement démontré les symptômes d'un manque de soins, une ordonnance de supervision par la Société fut émise. Dans cette affaire, la Société demanda que l'enfant soit admise comme pupille de la Couronne.

Le juge ne manqua pas l'occasion de souligner la fragilité des situations impliquant des parents souffrant de retards mentaux :

The issue of parenthood and the mentally retarded has been a difficult one for several decades.³⁴⁶

Voici comment il formula l'enjeu :

As we enter the age of cloning and genetic engineering, it is ironic and yet also comforting to know that we have become increasingly uncertain about *the skills and characteristics necessary to perform the role of parent in an adequate fashion*. Throughout the child protection and delinquency fields, there is constant questioning of the values and moral principals which underlie the decision to remove children from their parents.³⁴⁷

Il est intéressant de noter que dans son analyse de la situation, le juge mit fortement l'accent sur l'enfant et ses besoins particuliers. Par exemple, il établit qu'il faut examiner la capacité et l'intelligence de l'enfant pour déterminer si les parents répondent à ses besoins. Selon lui, il faudrait aussi déterminer « if the child is young, highly adoptable and not too closely attached to his or her natural family »³⁴⁸. Le juge ajouta qu'il faut non seulement observer l'état physique de l'enfant mais aussi son développement intellectuel car il peut être dommageable pour lui d'être privé de stimulation ou d'affection.

343. Par exemple, voir B. HOVIUS, *Family law — Cases, notes and materials*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1987, p. 750.

344. *Children's Aid Society of Kingston c. Reeves et Reeves*, (1976) 23 R.F.L. 391 (Ont. prov. court).

345. *Id.*, p. 392.

346. *Id.*, p. 393.

347. *Ibid.* (les italiques sont de nous).

348. *Id.*, p. 394.

Enfin, le juge posa le critère qui devrait guider tout juge dans sa décision :

Only if it is felt that the *risk* to the child is too great even with outside help, should the court remove the child from home.³⁴⁹

Il faut se rappeler qu'en Ontario les jugements admettant un enfant comme pupille de la Couronne se situent dans un contexte de loi sur la protection de l'enfance. Les notions de *risque* et de *danger* imprègnent donc ces décisions. Dans le cas qui nous préoccupe, le juge refusa la demande de tutelle de la Couronne pour le motif que le père était en mesure de prendre soin de l'enfant avec l'aide et la supervision de la Société. Cette décision illustre donc une approche modérée où c'est la situation de l'enfant et les conséquences de la tutelle qui eurent préséance. Nulle part le juge ne se posa la question de savoir si les parents avaient volontairement négligé de prendre soin de leur enfant.

Quelques années plus tard, la Cour provinciale de l'Ontario indiqua clairement que l'évaluation de la situation d'abandon devait se faire de manière objective :

I agree with the submission of counsel for the Society that this child as of the date of birth, has been in effect deserted [...] Although I cannot find any precedent containing a definition, I think « desertion », here, is *objective*. In other words, in these circumstances, the baby finds itself deserted for the purposes of subsection (ii) and *it does not really matter about the cause*. The focus is on the child and the child is probably deserted for the purposes of subsection (ii).³⁵⁰

Ce jugement ontarien est l'un des rares à avoir exprimé de manière aussi limpide son adhésion à la théorie objective. Bien qu'il ne s'agisse là que d'un jugement d'une cour inférieure qui ne fait pas nécessairement le droit, nous croyons que les propos qui s'en dégagent sont pertinents puisque les instances inférieures sont tenues au *stare decisis*. D'ailleurs, dans des jugements plus récents, bien que les tribunaux ne l'expriment pas de manière aussi manifeste, l'interprétation objective s'en dégage clairement. Par exemple, dans l'affaire de la Cour d'appel de l'Ontario, *C.A.S. of Peel c. M.J.W. et W.W.*³⁵¹, ce fut principalement les capacités parentales de la mère et la situation factuelle de l'enfant qui préoccupèrent les juges et non l'état d'esprit de la mère. La Cour fit la constatation suivante :

[...] the evidence and the trial judge's *finding of fact* support the trial judge's conclusion that M.W. was a grossly neglected child who was in need of protection.³⁵²

Dans une autre affaire, *C.A.S. of Regional Municipality of Waterloo c. R.C.*³⁵³, alors que la Société d'aide à l'enfance demanda que l'enfant en cause soit déclarée pupille de la Couronne, la mère implora la Cour de lui donner un répit d'un an afin d'améliorer ses capacités parentales. La Société motiva sa demande en

349. *Ibid.* (les italiques sont de nous).

350. *Re Children's Aid Society of the City of Kingston and H. and G.*, (1979) 24 O.R. (2nd) 146, p. 154 (prov. court — family division) (les italiques sont de nous). Soulignons que le juge fait ici référence à l'article 20 (1) b) (ii) de la *Child Welfare Act*, (R.S.O. 1970, c. 64) : « a child who is deserted by the person in whose charge he is ».

351. Précité, note 29.

352. *Id.*, p. 65 (les italiques sont de nous).

353. *Children's Aid Society of Regional Municipality of Waterloo c. R.C.*, [1994] O.J. n° 2955 (Ont. prov. div.).

rappelant que les trois premiers enfants de la mère devinrent eux-mêmes pupilles et que l'enfant en cause était en danger car elle risquait sérieusement d'être négligée à son tour. La mère dit ne pas comprendre pourquoi tous ses enfants lui avaient été retirés. Elle prétendit qu'elle avait abandonné les trois autres parce qu'elle n'avait pas eu le choix et qu'elle avait cédé à la pression des intervenants. Malgré le fait que l'amour de la mère pour son enfant fut démontré à de nombreuses reprises³⁵⁴, le juge déclara l'enfant pupille de la Couronne.

De manière évidente, si la Cour avait adhéré à la thèse de l'abandon intentionnel dans cette affaire, elle n'aurait pu conclure à l'abandon comme elle le fit car tous les faits ont démontré que la mère n'avait aucunement l'*intention* d'abandonner son enfant. C'est par pure mesure de protection que l'enfant lui fut retirée.

Non seulement cette approche axée exclusivement sur les besoins de l'enfant prévaut-elle dans la jurisprudence ontarienne, mais la Cour suprême confirma récemment cette tendance. Dans une affaire que nous avons examinée précédemment, tout laisse croire que le plus haut tribunal du Canada a adhéré à la théorie objective. Rappelons brièvement les faits de l'affaire *M.(C.)*³⁵⁵. Après avoir été tutrice de l'enfant pendant plusieurs mois, la Société d'aide à l'enfance fit la demande, lors d'une requête en révision, que l'enfant devienne pupille de la Couronne. Plutôt que d'accéder à cette demande, la Cour provinciale ordonna la restitution de l'enfant à la mère. La Société interjeta appel devant la division générale puis, avec succès, devant la Cour d'appel. La mère s'adressa à la Cour suprême pour faire annuler l'ordonnance de tutelle de la Couronne qui résulta du jugement en appel.

La Cour suprême rappela d'abord qu'un examen en révision doit comporter deux volets. Il s'agit en premier lieu de déterminer si l'enfant continue d'avoir besoin de protection et, en deuxième lieu, d'opter pour la solution qui serait dans son meilleur intérêt³⁵⁶. De plus, la Cour réitéra l'application de l'approche axée sur l'enfant. Elle mentionna que, dans la détermination du besoin continu ou non de protection, il fallait examiner la question sous l'angle des besoins de l'enfant et non sous celui de la capacité des parents à assumer leurs obligations parentales³⁵⁷. Puis, après avoir fait l'analyse de l'ensemble des circonstances³⁵⁸, elle conclut que celles-ci justifiaient la continuation de l'intervention de l'État.

Qui plus est, la Cour indiqua que, malgré l'amélioration de la santé mentale de la mère, son désir de prendre soin de son enfant, le fait qu'elle n'eût pas fait de rechute de nature psychiatrique depuis quatre ans, toutes ces circonstances devaient être soupesées en regard de la réalité vécue par l'enfant, soit une séparation physique d'avec elle depuis cinq ans³⁵⁹. Par ces propos, la Cour ne put indiquer plus clairement son rejet de la théorie de l'abandon intentionnel. Elle reconnut volontiers que la mère désirait jouer son rôle de mère et que c'est en grande partie sa santé mentale qui l'en empêchait, mais elle refusa de se laisser influencer par ces circonstances. Elle

354. « He [un travailleur social] never lost sight of R.C.'s love for her children [...] », *id.*, p. 35.

355. *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*, précité, note 67.

356. *Id.*, p. 200.

357. *Id.*, p. 204.

358. [...] la Cour retint entre autres que l'attachement entre la mère naturelle et l'enfant ne s'était pas matérialisé, que l'enfant n'affichait aucun désir d'être avec sa mère naturelle, et que malgré l'amélioration de la santé mentale de la mère, la preuve ne démontrait pas qu'elle possédait désormais la capacité de voir aux besoins de son enfant (*id.*, p. 205).

359. *Id.*, p. 205.

indiqua que, malgré l'attachement de la mère pour sa fille, elle n'était pas en mesure de répondre convenablement à ses besoins³⁶⁰. La Cour prétendit n'avoir à cœur que l'intérêt de l'enfant et fut d'avis que celui-ci reposait dans son adoption.

Ces quelques exemples jurisprudentiels ontariens démontrent sans contredit que la théorie dite objective prévaut également en Ontario. Bien sûr, le plus haut tribunal ne s'est pas encore prononcé en cette matière dans une affaire québécoise. Mais permettons-nous de spéculer qu'il appuiera sûrement l'approche retenue par la Cour d'appel du Québec, d'autant plus qu'elle rejoint celle de l'Ontario. Bien que le contexte législatif du droit civil et de la common law soit différent, il est légitime de prétendre, croyons-nous, que cette tendance à ne pas tenir compte des excuses des parents pour avoir délaissé leur enfant n'est pas typiquement québécoise mais qu'elle s'inscrit plutôt dans un contexte canadien.

Comme nous aurons l'occasion de le voir dans la section subséquente, la France retient une conception de l'abandon tout à fait différente. Cette différence du régime français et les rapprochements démontrés entre la jurisprudence québécoise et la jurisprudence ontarienne indiquent qu'en cette matière, c'est le droit québécois qui est influencé par les concepts de la common law et non l'inverse. Il convient bien sûr de se demander si les conceptions empruntées de la common law sont compatibles avec notre système. Mais l'ampleur de la question est telle qu'elle nous oblige à ramener nos propos à notre sujet précis.

La manière québécoise d'interpréter l'abandon — application de la théorie objective — est, selon nous, plus un emprunt d'idées qu'un emprunt de techniques. Nous sommes d'avis qu'un emprunt d'idées ne menace pas forcément l'intégrité d'un système ou n'en dément pas nécessairement les fondements. Que les tribunaux québécois retiennent la thèse objective à l'instar de l'Ontario n'en fait pas pour autant un système moins civiliste³⁶¹. Le partage de cette conception avec une province de common law s'explique sans aucun doute par notre coexistence dans un système politique et économique commun et justifie ainsi les rapprochements.

Les limites de ce travail nous obligent à nous restreindre à ces quelques propos, quoique nous sommes consciente que la question de la compatibilité des idées empruntées de la common law avec notre système de droit civil pourrait, à elle seule, faire l'objet d'une étude en soi. Mais afin de mieux comprendre les différences conceptuelles entre les deux continents, il convient de s'attarder maintenant à la conception française de l'abandon. De plus, le contraste qui se dégagera de cette comparaison nous permettra d'apprécier davantage les conséquences de l'interprétation retenue au Québec.

2. Conception française de l'abandon : place aux excuses parentales

Même si la France connaît un mécanisme civiliste similaire à la déclaration d'admissibilité à l'adoption du Québec, elle retient une toute autre interprétation de l'abandon. Il semble que les tribunaux français considèrent que l'intérêt de l'enfant doit être examiné à la lumière de la situation vécue par les parents. Ils reconnaissent peut-être plus facilement que la déclaration d'abandon a des conséquences graves sur les liens familiaux et en conséquence, ils semblent s'armer de prudence.

360. *Id.*, p. 208.

361. D'autant plus que cette interprétation ne va pas à l'encontre de la lettre de la loi.

a) *Notion de désintérêt manifeste*

Comme nous l'avons vu, l'article 350 C.civ. permet au tribunal de déclarer un enfant abandonné s'il est prouvé que ses parents se sont manifestement désintéressés de lui. Cette notion de désintérêt a déjà été étudiée à la section portant sur l'autorité parentale³⁶². Nous avons mentionné alors que la plupart des théoriciens s'entendent maintenant pour dire qu'il faut lui donner la même interprétation, qu'il s'agisse de l'évaluer dans un contexte de déchéance ou dans un contexte de déclaration d'abandon³⁶³. Regardons tout de même les spécificités du désintérêt pouvant mener à une déclaration d'abandon.

Alors que la loi de 1966³⁶⁴ se limitait à mentionner le désintérêt manifeste comme condition à la déclaration d'abandon, la loi de 1976³⁶⁵ est venue préciser le contenu de cette notion. C'est par l'entremise de cette loi que le deuxième alinéa de l'article 350 fut ajouté. À la lecture de cet alinéa³⁶⁶, on pourrait définir le désintérêt manifeste comme étant une absence de relation nécessaire au maintien de liens affectifs³⁶⁷. Jusqu'à maintenant, une impression d'objectivité se dégage de cette notion. Mais des auteurs critiquent le fait que le libellé de l'article 350 C.civ. juxtapose des notions objectives, telles que l'absence de relations affectives, et des notions subjectives à « résonance moralisante » telles que le « désintérêt » et « l'abandon »³⁶⁸. Nous pouvons noter immédiatement que ces expressions à connotation négative sont absentes de la disposition québécoise, laquelle formule l'abandon d'une manière tout à fait neutre³⁶⁹. À ne pas en douter, l'utilisation de ces expressions en droit français laisse présager une interprétation de l'abandon à saveur subjective...

Toutefois, nous pouvons reprocher à son tour à la disposition québécoise de ne pas donner d'indice sur la manière d'interpréter l'abandon. La disposition française, pour sa part, a l'avantage de réduire la discrétion judiciaire en offrant au juge des guides d'interprétation. Par exemple, elle dispose à son deuxième alinéa que si des parents n'ont pas su entretenir avec l'enfant une relation suffisante au maintien de liens affectifs, c'est qu'ils se sont manifestement désintéressés de lui. De plus, le troisième alinéa donne des exemples de comportements ne constituant pas une preuve suffisante d'intérêt s'ils ne sont pas suivis d'effet : la

362. *Supra*, partie I.B.2.

363. Voir les commentaires de J.M. dans *Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1980, D. 1981. 514*. À ce sujet, il est tout de même intéressant de noter les différences entre la notion de désintérêt prévue à l'article 348-6 et celle de l'article 350 C.civ. Bien qu'on les dise similaires, on peut noter que le premier doit comporter le risque de compromettre la santé et la moralité de l'enfant, alors que le deuxième doit avoir rendu impossible le maintien de liens affectifs. De plus, l'article 350 suppose un désintérêt chez le père *et* la mère si la filiation est établie à l'égard des deux et doit avoir duré une année complète, alors que le désintérêt de l'article 348-6 n'exige le désintérêt que de la part d'un seul parent, sans exigence de durée. On peut aussi observer que le recours de l'article 348-6 paraît plus simple et plus souple. Mais il est vrai que leur plus grande similitude est que dans les deux cas, l'abandon doit être volontaire. Voir *Cass. civ. 1^{re}, 19 juillet 1989, J.C.P. 1990, éd. G. 21443* pour le désintérêt volontaire de l'article 348-6.

364. Précitée, note 232.

365. Précitée, note 235.

366. Voir le libellé de l'article à la page 76.

367. Y. PATUREAU, *loc. cit.*, note 236, p. 169.

368. *Id.*, p. 170.

369. Art. 559 C.c.Q.

simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles et l'intention exprimée mais non concrétisée de reprendre l'enfant.

La doctrine peut aussi nous être utile pour circonscrire les contours de cette notion. D'abord, un auteur indique qu'il s'agit pour le juge, à l'image du droit canadien, d'examiner le comportement général des parents et l'ensemble des circonstances³⁷⁰. Un autre donne à la notion de désintéret la définition suivante :

[...] le désintéret est un comportement négatif qu'il est difficile de définir ou de constater : c'est une attitude d'abstention, un oubli plus ou moins volontaire, qui trouve son origine dans l'existence d'autres préoccupations ou soucis plus urgents et immédiats au point que le souci de l'enfant est passé à une place secondaire.³⁷¹

Il ajoute que l'intéret qu'un parent manifeste à l'égard de son enfant est différent du simple intéret que peut manifester un étranger, voire un ami. Pour lui, un parent qui s'intéresse à son enfant éprouve de la souffrance lorsqu'il en est séparé et toutes ses énergies sont orientées vers un seul et même objectif, celui de faire cesser la situation qui a provoqué cette séparation. Un tel parent ne se contente pas de demander des nouvelles, il se déplace pour voir son enfant et lorsqu'il lui rend visite, il n'a plus envie de le quitter. Il ne souhaite pas non plus laisser son enfant là où il est placé, il veut le ramener à la maison le plus tôt possible³⁷². Pour cet auteur, si toutes ces situations étaient lues *a contrario*, elles donneraient des exemples de désintéret que les juges devraient reconnaître. Pour l'exprimer autrement, le désintéret est marqué par l'absence de signes extérieurs d'intéret³⁷³.

Mais les soucis plus urgents et immédiats dont l'auteur fait mention dans sa définition peuvent-ils servir d'excuses à un abandon? Au Québec, la question est maintenant tranchée. Si l'enfant a été abandonné plus de six mois, peu importe les raisons de cet abandon, le juge a le pouvoir de le déclarer adoptable³⁷⁴. Mais en France, la situation est différente. Les juges devront non seulement constater le désintéret, mais ils devront aussi s'attarder aux circonstances ayant entraîné ce désintéret afin de déterminer s'il est volontaire ou non.

b) Justifications des parents : un élément déterminant

En France, il ne fait aucun doute que la théorie de l'abandon intentionnel prévaut. Le plus haut tribunal français l'a affirmé à maintes reprises³⁷⁵ et la doctrine s'y est ralliée³⁷⁶. Un rapport de l'Assemblée nationale le confirmait d'ailleurs en 1976 : « l'abandon doit être volontaire, c'est-à-dire qu'on ne prend pas en considération les abandons causés par la maladie, par un état de détresse ou de

370. Y. PATUREAU, *loc. cit.*, note 236, p. 171.

371. C. ALLAER, *loc. cit.*, note 136, parag. 8 (les italiques sont de nous).

372. *Id.*, parag. 12.

373. *Id.*, parag. 13.

374. À moins que la reprise en charge ne soit possible.

375. *Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 1973, D. 1974. 135 (note GAURY); Cass. civ. 1^{re}, 2 juillet 1974, Bull. civ. I, n° 213; Cass. civ. 1^{re}, 3 octobre 1978, Rev. trim. dr. civ. 1980. 105 (obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI); Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1979, J.C.P. 1980. II. 19366; Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 1980, Bull. civ. I, n° 158; Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1981, D. 1981. inf. rap. 437; Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1985, Rev. trim. dr. civ. 1986. 730 (obs. RUBELLIN-DEVICHI); etc.*

376. Par exemple, voir M. VISMARD, « La notion d'enfant abandonné au sens de l'article 368 du Code civil », (1956) *J.C.P. I. Doctr.* 1315; J. STOUFFLET « L'abandon d'enfants », (1959) *Rev. trim. dr. civ.* 627-664; P. RAYNAUD, « La réforme de l'adoption », (1967) *D. Chron.* 77-84.; etc.

nécessité extrême »³⁷⁷. L'affirmation de l'application de cette théorie en France n'a pas surpris le monde doctrinal qui prônait depuis longtemps une telle interprétation. Voici comment, en 1956, un auteur définissait un enfant abandonné :

l'enfant abandonné est celui dont les père ou mère (légitimes ou naturels) sont connus mais qui, en fait, *a été volontairement délaissé par eux* dans des conditions telles que l'on peut en déduire qu'il s'agit d'un abandon définitif [...].³⁷⁸

Et Gaury d'ajouter plus tard, en expliquant de quoi il s'agit :

Il apparaît ainsi, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que l'élément intentionnel est pris en considération pour caractériser l'abandon.

[...]

Cette solution met à la charge des juges de fond la tâche difficile de rechercher dans quelles conditions, à la suite de quelles circonstances, les parents de l'enfant, objet de l'action dont il s'agit, ont cessé de lui prodiguer les soins qui lui étaient normalement dus et notamment s'ils ont eu conscience des conséquences de leur abstention.³⁷⁹

Alors qu'au Québec et en Ontario les tribunaux se contenteraient de constater que les parents de l'enfant « ont cessé de lui prodiguer les soins qui lui étaient dus », les tribunaux français doivent en outre découvrir dans quelles conditions ils l'ont fait et s'ils l'ont fait en connaissance de cause. La France est donc plus restrictive dans sa conception de l'abandon, lequel doit nécessairement contenir un élément intentionnel. Examinons, à l'aide de la jurisprudence, comment cette théorie est appliquée.

Dans une affaire où la Cour de Cassation affirma pour la première fois que l'abandon devait être volontaire³⁸⁰, quatre des cinq enfants d'un couple avaient été confiés à l'Aide sociale à l'enfance. À la suite de ces placements, les parents n'eurent plus de contact avec leurs enfants. Ils n'écrivirent jamais, ne leur rendirent jamais visite et ce, pendant de nombreuses années. Malgré ces faits révélateurs, la Cour refusa de prononcer la déclaration d'abandon. Elle maintint que les enfants avaient été retirés des parents par des décisions judiciaires et que les parents avaient eu recours à tous les moyens disponibles pour mettre fin à ces jugements. Elle ajouta que les services de l'Aide à l'enfance ne firent rien pour leur faciliter les visites, et les parents étant quasiment illettrés, on ne pouvait leur reprocher de ne pas avoir écrit.

Avec des faits similaires, il est aisé d'imaginer que les tribunaux canadiens en seraient venus à une décision tout à fait contraire. Mais un auteur, commentant cette décision, explique ainsi la prudence de la Cour :

[...] il s'agit là de questions graves dont l'examen requiert la plus extrême prudence : autant il est nécessaire de favoriser au maximum l'adoption de certains mineurs qui, sans cette mesure, poursuivraient, séparés de parents indifférents, une

377. Rapport Rivièrez, *J.O. déb. Ass. nat.*, 2 décembre 1976, p. 8910, cité dans Y. PATUREAU, *loc. cit.*, note 236, p. 170. Justement, cette notion de détresse des parents fut tout récemment ajoutée au libellé de l'article 350 comme exception à la déclaration : *Loi du 5 juillet 1996*, précitée, note 155. Un auteur émet l'hypothèse que c'est cette théorie qui fut retenue par le législateur et les tribunaux car on reconnaît qu'il n'y a pas que des abandons par manque d'intérêt, mais qu'il y en a aussi pour des raisons économiques : Y. PATUREAU, *id.*, p. 167.

378. M. VISMARD, *loc. cit.*, note 376 (les italiques sont de nous).

379. *Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 1973, D. 1974. 135* (note GAURY).

380. *Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 1973 (2^o), J.C.P. 1974. II. 17689* (note MARNIERRE).

enfance sans joie, autant il est souhaitable d'éviter d'enlever aveuglément un enfant à ses parents alors que ceux-ci pourront encore lui apporter tout ce qui est nécessaire à son plein épanouissement.³⁸¹

Dans une autre affaire³⁸², la demande en déclaration d'abandon fut également refusée car le juge fut incapable de conclure que l'abandon était intentionnel. La Cour constata que la mère, prostituée, avait remis ses enfants aux services de l'Aide sociale à l'enfance avec l'intention de les reprendre une fois que l'état de nécessité dans lequel elle se trouvait aurait cessé. Comme elle pouvait désormais vivre des fruits de la prostitution, au lieu de la déclaration d'abandon c'est la demande en restitution des enfants qui fut accordée.

Dans une affaire où la mère dut être hospitalisée³⁸³, la Cour d'appel de Versailles rejeta la demande en déclaration d'abandon au motif que certains gestes que la mère avait posés constituaient des marques suffisantes d'intérêt. Par exemple, elle avait entrepris des démarches pour reprendre son enfant malgré sa situation financière précaire, elle lui avait envoyé plusieurs paquets par la poste et demandé la reprise de l'exercice de l'autorité parentale.

Le cas des parents handicapés mentaux ou souffrant de troubles psychiatriques a aussi surgi dans la jurisprudence française. Mais, cela ne nous étonnera pas, les demandes sont généralement rejetées au motif que le délaissement des enfants n'est pas intentionnel.

On ne peut qualifier de délaissement volontaire ou abandon au sens de l'article 350 C.civ., le fait pour une mère en traitement enfermée dans un hôpital psychiatrique, de s'être trouvée dans l'impossibilité de manifester sa libre volonté et d'assurer la charge de l'enfant [...].³⁸⁴

Dans une affaire de la Cour d'appel de Paris³⁸⁵, alors que la mère était traitée en psychiatrie depuis plusieurs années et qu'elle avait laissé son fils sans nouvelle ni visite depuis son placement, la Cour s'exprima ainsi :

Considérant que le manque d'intérêt manifeste prévu par l'article 350 du Code civil doit, ainsi que le rappelle une jurisprudence constante, être volontaire; qu'en l'espèce, si les renseignements recueillis militent en faveur de mesures de protection, d'ailleurs instituées, à l'égard du mineur, la réalité de l'abandon n'est pas démontrée.

La Cour appuya son dispositif sur le fait que l'Administration avait entravé les efforts de la mère pour demeurer en contact avec son fils, que le rapport d'experts établissait l'importance des difficultés qui avaient empêché la mère de manifester son attachement à son fils (telles que son état de santé et l'insuffisance de ses ressources), et que malgré tout, la correspondance produite démontrait qu'elle avait su maintenir un rapport excellent avec son enfant.

Mais après toutes ces exigences, existe-t-il des cas où les tribunaux reconnaissent que l'abandon par les parents était intentionnel? Bien sûr, les demandes en déclaration d'abandon n'échouent pas forcément. Il existe des cas où l'abandon est caractérisé intentionnel et où les tribunaux le reconnaîtront volontiers.

381. Commentaire de GAURY dans *D.* 1974. 135.

382. *Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 1973, D.* 1973, I.R. 89.

383. *Versailles (1^{re} Ch.), 5 juin 1979, Gas. Pal.* 1980. I. somm. p. 278.

384. *Trib. gr. inst. Paris (15^e ch.), 6 novembre 1967, Gaz. Pal.* 1968. II. 19.

385. *Paris, 24^e Ch. Sect. B, 6 janvier 1977, J.C.P.* 1977. II. 18762.

Par exemple, dans l'arrêt du 23 juin 1981³⁸⁶, l'enfant en cause avait été placé chez une nourrice demeurant dans une localité voisine de celle de la mère. Cette dernière, bien qu'elle connaissait l'adresse de la nourrice, n'avait demandé aucune nouvelle de son enfant. La Cour conclut que la mère n'avait pas entretenu la moindre relation nécessaire au maintien de liens affectifs entre elle et son enfant. La demande de déclaration d'abandon fut donc acceptée. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Rennes³⁸⁷ conclut que le parent n'avait manifesté aucune marque d'intérêt envers son enfant puisqu'il ne lui avait donné aucun signe de vie pendant quatre ans. Elle donna droit à la demande d'abandon. Dans un autre arrêt de la Cour de Cassation³⁸⁸, les faits de l'espèce permirent à la Cour de conclure au désintéret manifeste. Par exemple, dans une période de trois ans, la mère n'avait rendu que deux courtes visites à son enfant; elle avait pris de ses nouvelles de manière de plus en plus sporadique; alors même qu'elle avait présenté une demande en restitution, elle avait omis de se présenter au rendez-vous fixé; sachant bien où l'enfant avait été placé, elle n'avait pas cherché à reprendre contact avec lui; finalement, elle s'était engagée dans des affaires qui devaient la conduire hors du pays pour de longues périodes de temps. La Cour estima donc que la mère s'était progressivement désintéressée de son enfant et elle fit droit à la déclaration d'abandon.

Ces quelques exemples jurisprudentiels démontrent clairement toute l'importance que prend l'expression « manifeste ». Si les tribunaux ont le moindre doute que le délaissement de l'enfant ait pu être causé par des circonstances hors de la volonté des parents, ils seront réticents à prononcer la déclaration d'abandon. Mais s'ils considèrent que les parents se sont manifestement désintéressés de leur enfant sans la moindre excuse, ils jugeront qu'il y a abandon.

Pourtant, la théorie de l'abandon intentionnel est critiquée. Plusieurs considèrent que cette interprétation va à l'encontre du texte du Code :

C'est encore ajouter au texte que d'exiger que le désintéret soit *volontaire et conscient* et rien de tel n'existe, même dans les travaux préparatoires.³⁸⁹

Le texte exclut absolument qu'on doive rechercher les motivations affectives profondes des parents.³⁹⁰

Les auteurs de ces commentaires opéraient pour une interprétation objective de l'état d'abandon. Selon eux, le tribunal devrait seulement vérifier si, *de fait*, il y a désintéret manifeste :

Seule cette interprétation de l'article 350 permet de régulariser la situation juridique des enfants de parents débiles ou atteints de maladie mentale, ou internés en hôpital psychiatrique : en effet, par définition même, ce type de parent n'a pas totalement conscience de ses actes et ne peut être considéré fautif.³⁹¹

La volonté du législateur de placer le problème du désintéret manifeste au seul plan de la réalité objective domine tellement les nouvelles dispositions qu'une précau-

386. Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1981, précité, note 375.

387. Rennes 24 novembre 1978, J.C.P. 1980. 19385 (note C. GEFFROY).

388. Cass. civ. 1^{re}, 23 octobre 1973 (1^o), précité, note 375.

389. C. ALLAER, *loc. cit.*, note 136, parag. 10. Notons que ce texte fut rédigé avant que l'Assemblée nationale ne se prononce à cet effet en 1976 : *supra*, note 377.

390. Commentaires d'A.-M. FOURNIÉ sous Paris, 24^e Ch. Sect. B, 6 janvier 1977, précité, note 385.

391. C. ALLAER, *loc. cit.*, note 136, parag. 10.

tion est prise, dans un troisième alinéa, contre les prometteuses déclarations d'intention qui n'auraient pas de suites positives.³⁹²

Une partie de la doctrine reproche principalement au courant jurisprudentiel dominant de laisser pour compte l'intérêt véritable de l'enfant.

Dans cette matière, il faut se souvenir que ce qui prime, c'est l'intérêt de l'enfant.³⁹³

Fervents de l'interprétation objective, ces auteurs semblent d'avis que l'intérêt de l'enfant repose dans la stabilité de sa situation et que cette stabilité signifie parfois la rupture des liens avec les parents naturels afin de favoriser ceux qui se sont développés avec les parents du foyer nourricier :

[...] si l'enfant s'est intégré dans une nouvelle famille, s'il ne reconnaît comme ses père et mère que ses parents nourriciers, s'il a oublié ses parents légaux, le juge se doit de procéder, sans attendre, au *constat de rupture*, en mettant une qualification juridique sur une situation de fait préexistante, afin d'assurer à l'enfant son bonheur dans la sécurité.³⁹⁴

Ces commentaires nous ramènent indéniablement vers l'interprétation maintenant favorisée au Canada. Il est intéressant de constater comment certains juges et auteurs québécois opérait pour l'interprétation qui prévaut en France, alors que des auteurs français sont de grands fervents de l'approche retenue au Québec. À qui donner raison ?

Il existe certainement un argument de texte qui nous fait pencher en faveur de l'interprétation objective. Nous sommes d'avis, comme plusieurs d'ailleurs, que la condition de l'abandon volontaire ne se déduit ni de la disposition québécoise, ni de la disposition française. Nous pourrions donc arrêter ici notre argumentation en prétendant qu'il faut s'en tenir à loi. Toutefois, comment ne pas être sensible au fait que le plus haut tribunal de la France tient mordicus à la thèse de l'abandon intentionnel ? En raison de la gravité des conséquences de la déclaration d'abandon, nous croyons que les tribunaux français ont raison de s'attarder plus longuement aux circonstances entourant l'abandon.

Par contre, nous considérons que leur interprétation est, selon le point de vue, soit trop flexible à l'égard des parents, soit trop rigide à l'égard des enfants. En effet, dans leur recherche d'un abandon volontaire à tout prix, les tribunaux semblent accepter des excuses parentales qui à nos yeux, ne devraient pas justifier un refus de la demande en déclaration d'abandon, notamment lorsque les parents ont laissé leurs enfants sans nouvelle pendant plusieurs années.

Par contre, nous estimons que les tribunaux québécois sont, pour leur part, trop rigides à l'égard des parents. Il est difficile d'admettre que des personnes tout à fait étrangères à une situation puissent décider de rompre des liens aussi importants que les liens familiaux, sans même prendre en considération les raisons ayant amené les parents à cesser de prendre soin de leurs enfants. Ainsi, nous trouvons que chaque théorie comporte des aspects positifs mais que pour le moment, leur application est en quelque sorte outrancière. Il s'agirait de trouver un juste

392. Commentaires d'A.-M. FOURNIÉ sous *Paris*, 24^e Ch. Sect. B, 6 janvier 1977, précité, note 385.

393. *Ibid.*

394. C. ALLAER, *loc. cit.*, note 136, parag. 16.

milieu; un rééquilibrage des critères dans une demande en déclaration d'abandon jouerait certainement en faveur des enfants et protégerait mieux leurs intérêts.

c) L'intérêt de l'enfant : facteur unique pouvant faire rejeter une demande

Nous avons vu qu'au Québec, la question de savoir si l'intérêt de l'enfant devait être évalué à l'étape de la déclaration d'adoptabilité a suscité certaines discussions jurisprudentielles. Cette question fut tranchée dans un arrêt récent de la Cour d'appel³⁹⁵ qui établit qu'il fallait, même à l'étape de la déclaration, prendre en compte l'intérêt de l'enfant et qu'une demande pouvait être refusée pour ce motif unique. La France, bien qu'elle retienne une conception différente de l'abandon, partage tout de même ce point de vue.

Cette position selon laquelle l'intérêt de l'enfant peut à lui seul justifier le rejet d'une requête fut clairement prononcée par la Cour de Cassation :

Il résulte de l'article 350 C.civ. que, même lorsque les conditions d'application de ce texte sont réunies, l'intérêt de l'enfant peut justifier le rejet d'une requête aux fins de déclaration d'abandon.³⁹⁶

La question est donc tranchée par le plus haut tribunal français et encore une fois, la doctrine s'y est ralliée³⁹⁷. De plus, la Cour de Cassation a plus tard précisé que, non seulement ce critère peut à lui seul justifier le rejet d'une demande mais, même si l'enfant a déjà été déclaré abandonné, il peut être restitué à ses parents tant qu'il n'est pas placé en adoption, si cette action est conforme à son intérêt véritable³⁹⁸.

Ainsi, en France, il ne fait pas de doute que le critère de l'intérêt de l'enfant, aussi ouvertement admis, donne beaucoup de discrétion et de latitude aux tribunaux³⁹⁹. Bien entendu, les tribunaux canadiens ont aussi ce pouvoir entre leurs mains, mais leur discrétion se trouve en quelque sorte freinée par l'application de l'interprétation objective des faits. Les tribunaux français, pour leur part, évaluent la situation en faisant appel à des notions subjectives sur toute la ligne : ils prennent en considération les excuses des parents et ils évaluent l'intérêt de l'enfant.

Bien que nous ne cherchions pas ici à faire un exposé exhaustif de la notion de l'intérêt de l'enfant, nous trouvons intéressant de citer certains passages de la doctrine qui mettent en garde contre une utilisation abusive de cette notion :

On dit justement que le recours à l'intérêt de l'enfant est parfois un moyen commode pour le juge de se dispenser d'appliquer la règle de droit, en toute bonne foi d'ailleurs.⁴⁰⁰

395. *Droit de la famille — 1914*, précité, note 301.

396. *Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1981, D. 1981. 495* (note P. RAYNAUD) (citation tirée du résumé).

397. R. GOZILLON, *op. cit.*, note 228, p. 68.

398. *Cass. civ. 1^{re}, 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 218*. En effet, rappelons-nous que c'est le placement pour adoption qui met fin à toute possibilité de restitution de l'enfant. Art. 352 C.civ.

399. Précisons qu'une demande en déclaration d'abandon ne pourrait être accordée pour le seul motif de l'intérêt de l'enfant si les autres conditions ne sont pas remplies. La discrétion des tribunaux n'est donc pas absolue.

400. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », (1994) 7 *J.C.P. I.* 3739.

Et les commentaires de l'éminent Jean Carbonnier :

L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. À la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions de droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire.⁴⁰¹

Finalement, après tous ces débats jurisprudentiels et doctrinaux sur la thèse objective et intentionnelle, comment déterminer, sans se tromper, ce qui est véritablement dans l'intérêt de l'enfant ?

L'enfant ne sait que vivre son enfance. La connaître appartient à l'adulte. Mais qui va l'emporter dans cette connaissance, le point de vue de l'adulte ou celui de l'enfant?⁴⁰²

Une étude approfondie de la question nous apporterait peut-être quelques réponses, mais déborderait malheureusement des limites de notre travail. Cependant, après l'examen des règles en vigueur dans les trois systèmes, nous pouvons au moins, à ce stade, tirer la conclusion suivante : la notion de l'intérêt de l'enfant est des plus fluctuantes et ne fait toujours pas l'unanimité. Même si son expression est devenue, en quelque sorte, universelle, son contenu est sans contredit variable, car imprégné des valeurs d'une société donnée. Cette notion est donc intrinsèquement subjective.

Après une étude de la jurisprudence, nous avons pu constater que, même si le Québec utilise un procédé à l'image de la France et conforme au droit civil, il retient une interprétation de l'abandon qui se rapproche davantage de celle de l'Ontario. Au Québec, on « déclare » un enfant admissible à l'adoption comme on le fait en France, mais on constate l'abandon de manière objective, sans prendre en considération les faux-fuyants des parents, à l'instar de la jurisprudence ontarienne. L'hybridité du système québécois se confirme donc encore une fois.

CONCLUSION

L'abandon d'enfants est un grave problème de société. Ce n'est pas un phénomène nouveau; les écrits, témoins de l'histoire, en ont souvent fait état. Dans le cadre de ce travail, nous nous sommes arrêtée à l'approche adoptée par trois systèmes de droit pour faire face au problème.

La comparaison des systèmes québécois, ontarien et français nous a permis d'observer que chaque système, face à un problème commun, a sa manière de concevoir l'abandon, de prévenir sa réalisation, de venir en aide aux enfants en difficulté et de contrôler le problème. Nous avons même vu que la conception de l'abandon peut varier dans un seul et même système, selon le contexte dans lequel il s'inscrit.

À l'égard de certains aspects, des rapprochements ont pu être faits entre le système québécois et le système français, notamment quant à l'utilisation de mécanismes civilistes. Quant à d'autres aspects, c'est entre le système québécois et celui de l'Ontario que des similitudes ont pu être observées, particulièrement quant au rejet de la thèse de l'abandon intentionnel.

401. Notes sous *Paris*, 10 avril 1959, D. 1960. 673.

402. H. WALLON, *L'évolution psychologique de l'enfant*, Paris, Librairie Armand Collin (1968), p. 1941.

Ainsi, l'étude comparée des moyens palliatifs à l'abandon que nous avons entreprise dans ce travail nous a permis de constater qu'il existe au Québec un « système hybride », c'est-à-dire un système composé d'un ensemble de mesures juridiques qui résultent d'un croisement entre une mentalité et des procédés à l'image d'une province de common law et des mécanismes de nature civiliste à l'image d'un pays de tradition civiliste. L'hybridité du régime québécois a pu être démontrée dans le cadre de trois contextes juridiques différents qui s'intéressent aux cas des enfants victimes d'un abandon par leurs parents.

Dans un contexte de protection de l'enfance, le droit québécois se rapproche plus du droit ontarien que du droit français. En effet, nous avons pu observer que les deux provinces canadiennes utilisent un procédé législatif semblable (législation spéciale) et que leurs jugements véhiculent une philosophie similaire, notamment quant à la valorisation des liens affectifs développés entre l'enfant et sa famille nourricière.

Or, dans le contexte de l'autorité parentale, il fut aisé de constater que le droit québécois se rapproche davantage du droit français puisque la notion « d'autorité parentale », telle qu'utilisée en droit civil, est inexistante en common law. Le mécanisme de déchéance est, *a fortiori*, inapplicable en Ontario. Même si le Québec exige un motif grave et que la France exige la preuve d'un désintéressé des parents représentant un danger pour l'enfant, dans l'ensemble, nous pouvons soutenir que la philosophie entourant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale comme sanction à l'abandon est appliquée de manière similaire dans les deux systèmes civilistes.

Finalement, dans un contexte où l'abandon prend une allure définitive, il faut, pour faire des rapprochements, distinguer entre l'interprétation donnée à la notion d'abandon et le mécanisme utilisé pour le sanctionner. Alors que le Québec prononce l'abandon en utilisant un mécanisme de type civiliste semblable à celui de la France, nous avons vu qu'il lui donne une interprétation analogue à celle de sa province voisine.

Le résultat des trois démonstrations soutenant notre conclusion pourrait s'illustrer ainsi :

SYSTÈME DU QUÉBEC

	RAPPROCHEMENT PLUS MARQUÉ AVEC L'ONTARIO	RAPPROCHEMENT PLUS MARQUÉ AVEC LA FRANCE
1- Contexte de la protection de l'enfant	X - mentalité X - mécanisme	
2- Contexte de la déchéance de l'autorité parentale		X - mentalité X - mécanisme
3- Contexte de la déclaration d'adoptabilité	X - mentalité	X - mécanisme
Total	3	3

Alors que l'observation de similitudes dans les idées et les moyens peut nous rassurer quant à nos choix législatifs, l'observation de différences soulève sans contredit des questions.

Par exemple, nous avons vu que les lois québécoise, ontarienne et française cherchent à promouvoir le maintien de la cellule familiale et reconnaissent que le retrait d'un enfant doit être une mesure exceptionnelle. Mais nous avons aussi démontré que l'application de ce principe au Canada est bien différente de celle prévalant en France. La Cour suprême du Canada a clairement affirmé que le retour d'un enfant dans son milieu familial d'origine après un long placement ne doit être ordonné que lorsqu'il est clairement démontré qu'il y va de son intérêt. Nous avons vu qu'elle est d'avis, au nom de la stabilité, que l'intérêt de l'enfant exige généralement de favoriser le maintien de celui-ci auprès de sa famille d'accueil si des liens affectifs forts se sont développés entre eux. Pourtant, guidée par un principe analogue, la Cour de Cassation ordonne généralement le retour de l'enfant dans son « milieu actuel », malgré une longue absence, et ce, au nom de l'application des principes de la loi.

Cette divergence dans l'application d'un principe nous ramène inévitablement vers le débat central qui imprègne tout le droit de l'enfant : qu'est-ce qui est dans son meilleur intérêt? Même au stade le plus préliminaire d'une intervention étatique, il est opportun de se demander s'il est plus dommageable de maintenir un enfant dans un milieu problématique ou de le retirer du seul milieu qu'il connaisse en le forçant à s'adapter à un autre environnement? Malheureusement, cette question suscite toujours des débats, autant en psychologie qu'en droit. Mais une chose est certaine, la décision de retirer un enfant de son milieu est d'une grande importance car elle peut avoir des conséquences insoupçonnées. Nous l'avons vu, dans un pays comme le Canada qui favorise les liens affectifs nouveaux au détriment parfois des liens biologiques, un jugement en protection peut avoir des conséquences irrévocables pour la famille d'origine. Bien souvent, c'est cette mesure de protection même qui, sur une longue période de temps, entraînera une situation d'abandon de la part des parents naturels. Ceux-ci, souvent malgré eux, n'auront pas su garder un contact suffisant au maintien de liens significatifs pouvant être reconnus par la Cour.

Les tribunaux canadiens ont-ils tort d'être réticents à ordonner un retour de l'enfant dans sa famille après plusieurs années de placement? Ou est-ce que ce sont les tribunaux français qui font erreur en ordonnant un retour de l'enfant dans un milieu qui lui est désormais devenu étranger en raison de sa longue absence? La question se pose encore une fois : qu'est-ce qui est le plus profitable pour l'enfant? L'obliger à se réadapter à un milieu naturel qui lui est devenu étranger ou le laisser continuer à tisser des liens avec sa famille d'accueil au détriment de ses liens biologiques?

Dans les situations qui requièrent une intervention de l'État parce que les parents sont considérés inaptes à prendre soin de leurs enfants, c'est presque l'impasse pour les tribunaux. En effet, si ceux-ci décident de maintenir l'enfant dans un milieu familial problématique, les pathologies de la famille risquent d'affecter son développement. S'ils ordonnent le retrait temporaire de l'enfant, son retour, après un certain temps, risque de créer une nouvelle situation de rupture, cette fois entre l'enfant et la famille d'accueil. Mais si, au nom de la stabilité, les tribunaux refusaient catégoriquement d'ordonner un retour de l'enfant après quelques mois, voire quelques années de placement, l'intervention étatique originelle pourrait avoir des conséquences trop sévères et pourrait aller à l'encontre des principes proclamés par la loi. Même une étude en droit comparé ne peut apporter de solutions à une telle impasse. La France est aux prises avec les mêmes dilemmes, quoiqu'elle soit plus lente à reconnaître l'importance du développement de liens

affectifs entre l'enfant et sa famille de substitution. Elle semble appliquer la loi plus littéralement en favorisant nécessairement un retour de l'enfant dans son milieu actuel. Seule une étude approfondie des conséquences de ces approches sur le développement des enfants saurait nous apporter des réponses sur ce que les tribunaux devraient favoriser. Malheureusement, une telle analyse empirique n'entre pas dans les limites de notre travail.

Les jugements en déclaration d'abandon sont tout aussi incertains quant à l'approche gagnante. Non seulement le Canada et la France ne s'entendent pas sur l'interprétation à donner à l'abandon mais, même à l'intérieur des juridictions québécoises, il existe un certain chaos jurisprudentiel. Nous l'avons vu, les juges québécois dont les points de vue convergent vers l'application d'une interprétation objective des faits éprouvent un certain malaise lorsque les parties en cause sont des parents souffrant d'une maladie mentale. L'application pure et dure d'une interprétation ne tenant pas compte des raisons de l'abandon se trouve quelque peu ébranlée lorsqu'il s'agit de parents non responsables de leur état mental. L'enjeu est plus profond qu'un simple débat théorique entre la thèse objective et la thèse subjective. Lorsqu'on interprète l'abandon en se limitant à la constatation des faits entourant la situation de l'enfant, il faut penser aux conséquences à long terme. Par exemple, il y a une différence entre un enfant qui a été abusé par ses parents et un enfant qui a simplement hérité de parents lents :

On ne choisit pas ses parents dit-on souvent, et l'adoption systématique de tous les enfants dont les parents souffrent de maladie mentale constitue peut-être, comme le disait le juge Mayrand de la Cour d'appel [...], une conception trop absolue de l'intérêt de l'enfant qui à la limite conduirait à la dissolution des familles.⁴⁰³

Il n'est pas de notre rôle de prendre position pour l'une ou l'autre des approches, mais il est de notre devoir de soulever que l'incertitude qui règne toujours autour de cette question est peut-être symptomatique d'un malaise face à la rigidité de la théorie objective telle que prônée au Québec et en Ontario. Il existe des situations où il s'avère difficile, voire inhumain, de trancher en faveur d'une rupture des liens entre les parents d'origine et l'enfant « négligé », surtout lorsque l'insuffisance des soins résulte de la lenteur intellectuelle des parents. En effet, les handicapés mentaux forment aussi une catégorie de personnes que l'État protège. Or, si on accepte l'état mental d'un parent comme excuse à une insuffisance dans les soins, les débats sur l'interprétation à donner à la déclaration d'admissibilité à l'adoption risquent de durer encore longtemps. Le Québec devra donc déterminer rapidement les balises de cette « excuse », si elle devient recevable. Un jour, la Cour suprême du Canada sera sûrement appelée à trancher. Quoi qu'il en soit, l'incertitude qui règne actuellement quant à cette question invite à la prudence face aux conséquences lourdes de la théorie objective.

La prudence est d'autant plus essentielle que la solution ultime à l'abandon est l'adoption et la seule forme reconnue au Canada est celle qui évacue complètement la famille d'origine. En effet, en Ontario et au Québec seule l'adoption plénière est légalement reconnue. Cette institution a comme principale caractéristique d'être irrévocable et de rompre définitivement les liens de filiation avec la famille biologique. En France, l'adoption plénière est aussi pratiquée, mais il en

403. S. PILON, *loc. cit.*, note 164, p. 414.

existe également une autre forme, plus souple : l'adoption simple. Cette dernière offre à l'adopté tous les avantages d'une adoption traditionnelle, mais elle lui permet en plus de maintenir sa filiation d'origine, de conserver son acte de naissance, son nom et ses droits successoraux⁴⁰⁴. Cette forme d'adoption est en quelque sorte une solution intermédiaire entre un placement qui n'offre aucune garantie de continuité et l'adoption plénière qui rompt à tout jamais les liens avec la famille naturelle.

Ironiquement, le système qui présente déjà la plus grande flexibilité à l'égard des parents dans son interprétation de l'abandon est celui qui offre en surplus une solution aux conséquences moins irréversibles pour la famille d'origine. Ceci nous amène à penser que l'approche de la France est plus souple face à l'abandon d'enfants, du moins en ce qui concerne les parents naturels. Non seulement leur permet-elle de justifier leur inaction à l'égard de leurs responsabilités parentales, mais elle leur propose en plus une solution qui les allégera de leur fardeau et qui leur permettra au demeurant de maintenir un contact et des liens significatifs avec leur enfant. Cette solution semble tout désignée pour les cas moins caractérisés d'abandon telles que les situations impliquant un parent handicapé mentalement⁴⁰⁵.

Bien que l'adoption simple ne comporte pas que des avantages et qu'elle fasse régulièrement l'objet de critiques⁴⁰⁶, elle comporte à tout le moins l'avantage d'être réversible et d'éviter ainsi une erreur judiciaire fatidique pour l'enfant. Le Canada, avec l'adoption plénière comme seule solution ultime à l'abandon, court le risque de jouer un rôle de redistribution des enfants, sans égard aux difficultés que peut éprouver une personne à assumer son rôle parental. Nous ne cherchons pas ici à dramatiser la situation, mais plutôt à mettre en garde contre une interprétation trop rigide de l'abandon qui laisse peu de place à des justifications, même légitimes. À ne pas en douter, l'argument de *l'intérêt de l'enfant avant tout* resurgira, mais encore une fois, nous faisons une mise en garde contre une application abusive d'une notion elle-même empreinte de subjectivisme.

Est-ce que, de cette étude comparative, le Québec aurait des leçons à tirer? Face à sa province voisine de common law, nous ne pouvons affirmer que le Québec aurait avantage à prendre exemple sur elle puisqu'il le fait déjà à un degré assez important. Il ne faut pas oublier que le Québec poursuit une tradition civiliste et, de par sa position géographique particulière, il a déjà de la difficulté à ne pas l'altérer au profit des principes de common law. Néanmoins, nous ne pouvons nier

404. Plusieurs ouvrages de droit civil traitent de l'adoption simple. Voir par exemple : J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, note 142; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, note 135; J. CHEVALIER et L. BACH, *Droit civil — Introduction à l'étude du droit*, 10^e éd., t. 1, Paris, Éditions Sirey, 1989; etc.

405. Notons que dans les faits, le Québec a de plus en plus recours à une forme plus ouverte d'adoption où les parties participent au processus par des rencontres, en formulant des exigences, etc. Le Québec reconnaît d'ailleurs le mouvement des retrouvailles et celles-ci font l'objet de quelques dispositions au Code civil : art. 582-584 C.c.Q. Il ne fait pas de doute que le besoin pour un type d'adoption plus ouvert se fait sentir en Amérique du Nord. Voir entre autres : D. GOUBAU et S. BEAUDOIN, « Adoption ouverte : quelques enjeux et constats », (1996) 45, n^o 2 *Service social* 51.

406. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, note 142, p. 710; J. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 163, p. 170; etc.

le fait qu'une ouverture d'esprit vis-à-vis une mentalité étrangère peut être profitable à un système. L'emprunt d'idées n'est pas contre-indiqué, en autant que celles-ci ne remplacent les fondements du système emprunteur. Il est évident qu'en matière de protection de l'enfant, le système québécois s'est inspiré du savoir-faire ontarien, mais cela ne l'a pas empêché de maintenir ses principes civilistes.

Face à la France, nous serions davantage tentés de dire que le Québec a tout à apprendre parce que cette dernière possède un bagage historique considérable et une expérience législative non négligeable. Ainsi, lorsque notre étude comparative nous démontre que la France, aussi de tradition civiliste, interprète l'abandon d'une manière bien différente de la nôtre et fait preuve d'une plus grande souplesse dans ses solutions, nous sommes inévitablement portés à questionner les choix d'interprétation prévalant au Québec. Même si la théorie objective peut sembler, aux yeux des adeptes du meilleur intérêt de l'enfant, plus respectueuse des droits de celui-ci, il faut peut-être réfléchir sérieusement aux conséquences à long terme des déclarations d'admissibilité à l'adoption et se rappeler que notre expérience historique et législative est plus limitée que celle de la France.

Pourtant, le contraire est aussi vrai. La France a peut-être elle-même des leçons à tirer de l'expérience canadienne. Un pays qui traîne avec lui une si longue tradition est souvent plus lent à s'adapter aux nouvelles réalités. Par exemple, les tribunaux français tardent peut-être trop à retirer un enfant d'un milieu familial défaillant et peut-être ont-ils tort, dans la majorité des cas, d'ordonner un retour de ce dernier dans un milieu qui n'est plus le sien. Peut-être s'attardent-ils trop aux excuses des parents et laissent-ils pour compte l'intérêt véritable de l'enfant?

Rappelons-nous que le Québec n'a adhéré clairement à la théorie objective que depuis 1992 et qu'il est peut-être encore trop tôt pour évaluer la justesse d'une telle approche. À l'heure actuelle, il y a certainement toujours lieu de s'interroger et d'observer. Seules des études empiriques poussées et le développement d'un modèle psychosocial adapté à la cause des enfants abandonnés, et évaluant les conséquences à long terme de chacune des approches prédominantes, seraient en mesure de nous apporter des réponses plus scientifiques que spéculatives. Or, une fois de plus, une telle démarche déborde de notre propos, mais nous lançons ici l'invitation.

Bref, nous avons pu observer que chaque système de droit a légiféré à sa manière, mais nous reconnaissons aussi que la gravité des enjeux demeure entière pour chacun d'eux. Malgré un intérêt marqué de leur part envers la protection des enfants, plusieurs questions demeurent non résolues, tout particulièrement dans les cas d'abandon. La variabilité du sens donné au concept d'abandon s'explique en partie par la difficulté éprouvée par chaque système à déterminer ce que constitue un niveau minimal de soins devant être prodigués aux enfants. Dans certains cas, les faits sont clairs, il y a détachement physique et émotionnel complet entre les parents et l'enfant, mais d'autres situations sont plus ambivalentes. Le cas des parents souffrant d'une déficience mentale est un exemple de situation moins caractérisée. Bien souvent ces derniers essaient d'être parents dans la mesure de leurs moyens, mais est-ce suffisant?

Toutes ces questions nous amènent à l'évidence que régir les comportements humains n'est pas chose simple et que même l'expérience historique ne saurait apporter de réponses infaillibles aux problèmes contemporains. Le droit reconnaît des formes de plus en plus variées d'abandon, il élabore des mécanismes

de plus en plus sophistiqués pour gérer le problème mais celui-ci demeure entier. Un système hybride comme celui du Québec, qui essaie de concilier une mentalité plutôt nord-américaine à des mécanismes de tradition civiliste, est-il une solution gagnante à coup sûr? La prudence, la réflexion et l'observation de ce qui se passe ailleurs sont d'autant plus primordiales que dans le cas qui nous préoccupe, c'est l'enfant, valeur universelle, qui est concerné.

Marie-Noëlle Pourbaix
Ministère de la Justice
Section du Code civil
284, rue Wellington, SAT-7
OTTAWA (Ontario) K1A 0H8
Tél. : (613) 946-8911
Télé. : (613) 954-1209
Courriel : marie-noelle.pourbaix@justice.x400.gc.ca