

Université de Montréal

**L'intérêt de l'enfant en contexte
d'adoption coutumière autochtone**

par
Marie-Aimée Beaulac

Faculté de droit

Mémoire présenté à Faculté des études supérieures et postdoctorales
en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en droit

Mai 2020

© Marie-Aimée Beaulac, 2020

Université de Montréal

Faculté de droit

Ce mémoire intitulé

**L'intérêt de l'enfant en contexte
d'adoption coutumière autochtone**

Présenté par

Marie-Aimée Beaulac

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes

Michel Morin

Président-rapporteur

Alain Roy

Directeur de recherche

Harith Al-Dabbagh

Membre du jury

Résumé

Ce mémoire présente et analyse les dispositions législatives concernant la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière. Afin de bien contextualiser la pratique de l'adoption coutumière, l'auteure s'emploie d'abord à expliciter la notion d'intérêt de l'enfant et à exposer le cadre juridique de l'adoption étatique. Les perspectives internationales de l'intérêt de l'enfant, son historique en droit interne, ainsi que les définitions et appréciations jurisprudentielles, doctrinales et législatives qu'on en retient font l'objet d'une présentation détaillée. Il en va de même du cadre juridique de l'adoption étatique dont l'évolution et les conditions légales sont exposées.

Consacrée à l'adoption coutumière autochtone, la seconde partie trace d'abord un portrait général du contexte social et de l'environnement juridique dans lesquels évoluent les Autochtones. En ce sens, est notamment étudiée la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* (L.C. 2019, c. 24.). L'auteure s'attarde à décrire les onze nations autochtones et à exposer l'historique des interventions de l'État auprès des familles autochtones. Elle s'emploie ensuite à décrire et à analyser le cadre dans lequel se déploie l'adoption coutumière, relatant les revendications liées à la reconnaissance étatique traditionnellement recherchées, les modifications législatives auxquelles ces revendications ont récemment donné lieu et les enjeux qui en résultent. L'auteure aborde enfin l'épineuse question de l'intérêt de l'enfant autochtone auquel la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière est subordonnée, s'interrogeant sur la pertinence d'un tel critère et sur ses effets régulateurs.

Mots-clés : coutume; intérêt de l'enfant; adoption coutumière; Autochtones; adoption.

Abstract

The author presents and analyzes the legislative provisions regarding the state's recognition of Aboriginal customary adoption. In order to contextualize the practice of customary adoption, the author will first explain the notion of a child's best interest and will then elaborate on the legal framework of state adoption. International perspectives on the notion of a child's best interest are studied as well as the history of the notion in internal law. The definitions and interpretations of this notion within case law, legislation and doctrine will be thoroughly examined. The legal framework of state adoption will also be analyzed by exposing its evolution and legal requirements.

The second part of the present work is devoted to Aboriginal customary adoption and will begin by tracing a general portrait of the social context and legal environment in which Aboriginal people evolve. The *Act respecting First Nations, Inuit and Métis children, youth and families* (L.C. 2019, c. 24.) is particularly analyzed. The author studies the eleven First Nations along with the history of the state's interventions within Aboriginal families. She then describes and analyses the framework within which customary adoption is deployed, detailing the claims for state recognition that have traditionally been pursued, the recent legislative amendments that resulted from these claims along with potential implications that may arise from these amendments. The author will conclude by examining the delicate issue of the best interest of the Aboriginal child upon which the state's recognition of customary adoption is contingent and will question the relevance of such criteria and its regulating effect.

Keywords : Aboriginal customary adoption; custom; child's interest; adoption; Native peoples.

Table des matières

Résumé.....	1
Abstract.....	2
Table des matières.....	3
Liste des sigles.....	6
Liste des abréviations.....	8
Remerciements.....	11
Introduction.....	12
Titre I: Droit de l'adoption étatique.....	21
1. Intérêt de l'enfant.....	21
1.1. Perspectives internationales.....	21
1.2. Historique en droit interne.....	24
1.3. Analyse théorique du concept.....	28
1.4. Doctrine et jurisprudence : éléments de définition.....	32
2. L'adoption en droit civil québécois.....	38
2.1. Historique.....	38
2.2. De la finalité de l'adoption.....	39
2.3. Des conditions de l'adoption.....	40
2.4. De l'admissibilité à l'adoption.....	41
2.4.1. Du consentement des parents à l'adoption.....	42
2.4.2. De la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption.....	42
2.5. L'ordonnance de placement.....	45
2.6. Le jugement d'adoption.....	46
2.7. La confidentialité des dossiers d'adoption.....	46
Titre II: Le droit coutumier de l'adoption autochtone.....	48
1. Les nations autochtones du Québec.....	48
1.1. Terminologie.....	48
1.2. Le cadre législatif général.....	49

1.3. Le cadre législatif international	53
1.4. Les onze nations.....	54
1.5. Interventions de l'État auprès des familles autochtones.....	59
1.6 Conditions de vie socio-économiques des enfants autochtones	60
2. L'adoption coutumière	63
2.1. L'enfant dans les sociétés autochtones.....	63
2.2. Terminologie.....	65
2.3. Conditions de fond et de forme.....	66
2.4. Effets de l'adoption coutumière	70
2.5. Particularités inuites.....	71
2.6. Particularités amérindiennes	74
3. Reconnaissance en droit étatique de l'adoption coutumière	76
3.1. Reconnaissance légale de l'adoption coutumière ailleurs au Canada	76
3.2. Reconnaissance de l'adoption coutumière ailleurs dans le monde	77
3.3. Un droit ancestral protégé par la Constitution	78
3.4. Nécessité de la reconnaissance en droit étatique	80
3.5. Historique des revendications autochtones en matière de reconnaissance de l'adoption coutumière.....	83
3.6. Étude des dispositions prévoyant la reconnaissance de l'adoption coutumière en droit étatique.....	84
3.7. Étude des dispositions prévoyant la création du concept de tutelle supplétive	88
3.8. Interférence entre les systèmes juridiques : relation de contrôle?	90
3.9. Enjeux en lien avec les dispositions législatives concernant l'adoption coutumière autochtone	93
4. Intérêt de l'enfant autochtone	98
4.1. Notions préliminaires : universalisme et relativisme culturel.....	98
4.2. Intérêt de l'enfant : instrument de régulation?	99
4.3. Intérêts individuels par le biais de l'intérêt collectif	102
4.4. Analyse de la définition de l'intérêt de l'enfant autochtone donnée par les tribunaux	103
4.5 Paramètres législatifs de l'intérêt de l'enfant autochtone	106

5. Intérêt de l'enfant autochtone dans le cadre du processus d'adoption coutumière.....	111
5.1. Préoccupations soulevées par le processus d'adoption coutumière	111
5.2. L'adoption coutumière comme réponse à d'autres impératifs que l'intérêt de l'enfant.....	113
5.3. Portée de la notion de l'intérêt de l'enfant dans la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière.....	114
Conclusion	117
Table de la législation	123
Table de jurisprudence	126
Bibliographie générale	128

Liste des sigles

AG	Assemblée générale
A.G.N.U.	Assemblée générale des Nations unies
C.A.	Recueils de jurisprudence du Québec – Cour d'appel
(C.A.)	Cour d'appel du Québec
Cas. W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
C.c.Q.	Code civil du Québec
CLH	Convention de La Haye
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
C.P.C.	Code de procédure civile
(C.Q.)	Cour du Québec
CRC	Convention on the Rights of the Child
C.S.	Recueils de jurisprudence du Québec – Cour supérieure
(C.S.)	Cour supérieure du Québec
C.S.C.	Cour suprême du Canada
Doc. N.U.	Document des Nations unies
Doc. off.	Document officiel
DPJ	Direction de la protection de la jeunesse
E.F.G.	Enfances, familles, générations, revue scientifique internationale
G.O.	Gazette officielle du Québec
L.C.	Lois du Canada (depuis 1987)
L.Q.	Lois du Québec (depuis 1968)
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
L.S.S.S.	Loi sur les services de santé et les services sociaux
L.T.N.-O.	Lois des Territoires du Nord-Ouest
L.Y.	Lois du Yukon
QC	Québec
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé

R.D.F.	Recueils de droit familial
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.G.D.	Revue générale de droit
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec
R.S.B.C.	Revised Statutes of British Columbia
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies
R-U	Royaume-Uni
S.C.	Statuts du Canada (jusqu'à 1986)

Liste des abréviations

al.	alinéa
art.	article
c.	chapitre
c.	contre (en matière de jurisprudence)
coll.	collection
dir.	directeur de publication
etc.	et cætera
Geo. V	George V
id.	idem
légis.	législature
no	numéro
nouv. éd.	nouvelle édition
par.	paragraphe
p.	page
préc.	précité
rés.	résolution
sess.	session
suppl.	supplément
Vict.	Victoria
vol.	volume

À tous ces enfants qui évoluent dans un contexte de quête identitaire et pour qui l'avancement du droit en matière d'adoption permet une connaissance des origines plus complète.

À l'ensemble des communautés autochtones du Québec, auxquelles je souhaite de trouver une voie sereine dans l'administration des services de protection de l'enfance.

Et à toutes ces mères et ces pères qui font le choix douloureux, mais courageux, du renoncement.

Remerciements

Je remercie mes parents, qui ont su me transmettre l'importance de l'éducation et le désir d'apprendre.

Également, un immense merci au professeur Alain Roy, qui a fait preuve d'un accompagnement soutenu, d'une patience infinie et d'une grande disponibilité.

Finalement, je remercie certains de mes collègues, qui m'ont appuyée dans ma rédaction, et mon employeur, le CIUSSS du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal, qui a su stimuler cette soif de connaissance, tout en se montrant conciliant pour me permettre de réussir ce beau défi de travailler à temps plein tout en étudiant.

Introduction

À sa naissance, un enfant ne possède que sa filiation. Par l'entremise de celle-ci, il se verra attribuer un nom¹, obtiendra le bénéfice des obligations liées à l'autorité parentale² et, dans certains cas, bénéficiera de droits successoraux³. Par la suite, le modèle familial dans lequel l'enfant évolue imprènera sa trajectoire de vie. Mais d'où vient l'idée même de la famille ?

S'agissant d'une institution qui s'exprime différemment selon la société qui la définit, il peut être ardu de dresser un portrait de la famille. Historiquement, d'un point de vue occidental, les liens familiaux revêtent une grande importance. En témoignent de célèbres tragédies grecques où ils occupent une place centrale. Durant l'Antiquité romaine, l'institution de la famille fait l'objet d'un encadrement précis : le père choisit le nom de l'enfant et le présente au public. La religion elle-même fera une place de choix à la notion de filiation, notamment dans la Bible. D'ailleurs, Dieu imposera à Abraham et Sarah de se multiplier, d'avoir des enfants. Puis, dès le Moyen Âge, la chrétienté tracera les paramètres de la famille en Occident. Le mariage et le nom de famille seront imposés par l'Église afin de favoriser et d'officialiser les liens familiaux. Graduellement, la famille nucléaire verra le jour et l'autorité patriarcale sera renforcée. La Révolution française de 1789 reconnaîtra ainsi l'égalité des hommes, faisant totalement abstraction des femmes⁴.

À la suite du déploiement des soldats durant la Première Guerre mondiale, le marché du travail ouvrira ses portes aux femmes. Par la suite, le rôle qu'elles assumeront dans la

¹ Art. 51 C.c.Q.

² Art. 599 C.c.Q.

³ Art. 666 C.c.Q.

⁴ Danièle WEISS, « Évolution sociohistorique de la famille », *Journal français de psychiatrie*, (2010) 23 et 24, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-journal-francais-de-psychiatrie-2010-2-page-23.htm>> (consulté le 14 octobre 2019).

structure familiale continuera de changer peu à peu, les femmes passant de mère au foyer à mère avec un emploi, le tout facilité par la création d'outils domestiques aidant au ménage. Ultérieurement, le mariage d'amour, la liberté sexuelle et la contraception amèneront d'autres bouleversements. Les familles monoparentales ou reconstituées s'ajouteront aux dynamiques familiales existantes⁵.

D'autres visages de la parentalité apparaîtront avec le XXI^e siècle, dont ceux révélés par ce qu'il est convenu d'appeler l'homoparentalité. Des couples homosexuels seront désormais en mesure de fonder une famille par la voie de la procréation assistée⁶ ou de l'adoption⁷. La gestation pour autrui demeurera l'un des enjeux les plus délicats, les conventions à cet effet étant encore et toujours frappées de nullité absolue dans plusieurs pays⁸.

Si, dans chaque État, l'écoulement du temps et l'évolution des mœurs en eux-mêmes ont engendré des modifications aux structures familiales en place, les influences venues d'ailleurs ont également contribué à en enrichir les composantes. Ainsi, au Canada, les familles immigrantes présentent des caractéristiques distinctes, notamment en ce qu'elles vivent régulièrement dans des ménages multigénérationnels, c'est-à-dire des foyers regroupant au moins trois générations de membres de la même famille⁹. Les familles autochtones démontrent aussi certaines particularités. Elles sont fondées sur le communautarisme et l'esprit de collectivité; le modèle de famille nucléaire, composé de l'enfant et de ses parents, ne se transpose pas chez les communautés autochtones, où « la famille immédiate et élargie de

⁵ *Id.*

⁶ Art. 115 C.c.Q.

⁷ Art. 578.1 C.c.Q.

⁸ C'est notamment le cas au Québec, la convention étant prohibée par l'art. 541 C.c.Q. Voir également Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 511, 522-544.

⁹ En effet, approximativement 40 % de ces foyers sont constitués d'immigrants. Voir: DIRECTION DE LA RECHERCHE, DE L'ÉVALUATION ET DE LA STATISTIQUE DU MINISTÈRE DE LA FAMILLE, « Portrait des ménages multigénérationnels québécois », (2017) 5-2 *Quelle famille?*, 5, en ligne : <<https://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/quelle-famille-vol5no2-printemps-2017.pdf>> (consulté le 14 octobre 2019).

l'enfant participe à son éducation »¹⁰. À ce propos, l'ethnologue Isabelle Picard, elle-même autochtone, livre le témoignage suivant :

« J'ai vu un ami de la famille prendre du temps pour patiemment expliquer à un garçon de 9 ans que ce sont les aînés qui doivent être servis en premier lors des festins et surtout pourquoi. J'ai vu ledit garçonnet retenir la leçon par la suite. Ou encore une voisine prendre soin d'une petite mal en point, une grand-mère bercer et apaiser un poupon en crise comme si c'était son petit-fils, lui chantant de douces berceuses en mohawk ».¹¹

Cette façon d'élever un enfant entre en contradiction avec la théorie de l'attachement, qui, étroitement liée aux conceptions occidentales, présuppose une ou deux figures parentales avec lesquelles l'enfant est appelé à développer un lien affectif stable¹². Or, est-il utile de rappeler que la théorie de l'attachement a inspiré les modifications de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹³ et guide aujourd'hui les magistrats appelés à se prononcer sur la situation des enfants, y compris en présence d'acteurs provenant de communautés autochtones. Bien que la théorie de l'attachement n'ait jamais été testée auprès des Autochtones, les concepts législatifs qui en découlent s'appliquent à ces derniers de la même façon qu'aux enfants de la société majoritaire¹⁴. Comme l'indiquait l'Honorable Sébastien Grammond lors de son passage à la Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics :

« Il ne suffit pas de traiter tous les individus de façon égale, mais il faut se demander aussi si l'application d'une même règle a des effets qui sont discriminatoires. Autrement dit, si les individus se trouvent dans des

¹⁰ Anne FOURNIER, « L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique », dans *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 173.

¹¹ Isabelle PICARD, « Parce qu'il fallait tout un village... », dans *La Presse*, 4 décembre 2019, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/debats/opinions/201912/03/01-5252255-parce-qu'il-fallait-tout-un-village.php>> (consulté le 7 décembre 2019).

¹² Laurence RICARD, *L'évolution récente de la conception de l'enfant dans le droit québécois : l'exemple de la loi sur la protection de la jeunesse et des récents projets de loi en matière d'adoption*, (2014) 44 R.D.U.S, p. 32, en ligne : <https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/Volume_44/44-1-Ricard.pdf> (consulté le 2 novembre 2019).

¹³ L.R.Q., c. P-34.1.

¹⁴ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, *Rapport final*, Québec, Gouvernement du Québec, 2019, p. 436 (au moment de son passage à la Commission, l'Honorable Sébastien Grammond n'avait pas encore été nommé juge).

situations qui sont si différentes que de leur appliquer une même règle produit des résultats différents. »¹⁵

En fait, on se contente de transposer chez les communautés autochtones des systèmes réfléchis en fonction des conceptions de la société majoritaire, ce qui n'a en rien aidé l'interaction entre les services de la protection de la jeunesse et les peuples premiers dont la méfiance, déjà alimentée par un passé difficile, n'a fait qu'augmenter¹⁶.

Outre les attachements multiples de l'enfant, d'autres particularités sont observables chez les familles autochtones. Pensons précisément à la pratique de garde d'enfants s'apparentant à ce que l'on appelle « adoption » en droit civil et que les allochtones¹⁷ nomment « adoption coutumière ». En vertu de cette pratique traditionnelle, les parents autochtones choisissent de remettre leur enfant à des parents « adoptifs », et ce, pour toutes sortes de raisons, notamment parce qu'ils ont déjà plusieurs enfants à leur charge ou, encore, parce que les parents « adoptifs » sont stériles. La remise de l'enfant peut se faire à sa naissance ou plus tard dans sa vie¹⁸. L'enfant sera tantôt confié temporairement, tantôt sur une base permanente. Dépendamment des communautés, cette remise de l'enfant à d'autres aura pour effet de rompre les liens de filiation initiaux ou, au contraire, d'en créer de nouveaux qui ne feront que s'ajouter aux premiers¹⁹.

¹⁵ *Id.*, p. 446.

¹⁶ *Id.*, p. 59.

¹⁷ Nous avons choisi d'écrire le terme « Autochtones » avec une lettre majuscule en raison du groupe sociopolitique qu'ils constituent. En revanche, nous employons la minuscule pour le mot « allochtones » qui ne peut se qualifier à ce titre.

¹⁸ Mona PARÉ, « L'adoption coutumière au regard du droit international : droits de l'enfant vs droits des peuples autochtones », dans *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2013, p. 76 et 77.

¹⁹ Jacques PRÉSENT, *Rapport du groupe de travail sur l'adoption coutumière en milieu autochtone*, Québec, Ministère de la justice, 2012, p. 39, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/2241341>> (consulté le 10 janvier 2019).

Cette coutume autochtone résulte le plus souvent d'une tradition orale²⁰ gérée par les femmes²¹. L'oralité par laquelle elle s'exprime a engendré d'importantes difficultés lors des interactions entre les familles ayant traditionnellement adopté un enfant et le gouvernement. Aux yeux de l'État, les parents de l'enfant sont ceux dont le nom est inscrit sur le certificat de naissance; ce sont donc ces derniers, et eux seuls, qui sont titulaires de l'autorité parentale. Ainsi, lorsqu'une décision doit être prise, en interaction avec les instances gouvernementales ou les services publics, tels que l'hôpital ou l'école, ce sont les «parents officiels» qui sont interpellés, et ce, même si l'enfant évolue auprès des «parents» à qui il a été confié, parfois depuis plusieurs années. De là l'idée de reconnaître, en droit étatique, l'adoption coutumière²².

Les leaders autochtones ont longtemps revendiqué cette reconnaissance, en prétendant notamment qu'il s'agissait d'un droit reconnu par la Constitution canadienne²³. Hormis l'aspect légal, la quête comporte également une dimension symbolique des plus fondamentales qui lui donne tout son sens : consacrer l'adoption coutumière en droit étatique revient à reconnaître les peuples autochtones comme étant créateurs de normes.

Après des années de pourparlers, cette reconnaissance est enfin devenue réalité en 2017, avec l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*²⁴. En vertu de la nouvelle loi, la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière peut se faire par le biais d'une autorité compétente chargée d'émettre un certificat à cet effet²⁵. L'émission d'un tel certificat attestera d'une situation de fait déjà existante, une situation ayant déjà produit des conséquences

²⁰ Carmen LAVALLÉE, « L'adoption coutumière et l'adoption québécoise : vers l'émergence d'une interface entre les deux cultures ? », dans *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013, p. 50 et 51.

²¹ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 39.

²² A. FOURNIER, préc., note 10, p. 177 et suiv.

²³ Art. 35, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R-U). Voir à cet effet : Ghilsain OTIS, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'adoption coutumière autochtone au Québec », dans *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013, p. 136 et 137.

²⁴ L.Q. 2017, c. 12.

²⁵ Art. 543.1 C.c.Q.

« juridiques » au sein de la communauté autochtone. En effet, le certificat n'autorise pas l'adoption, qui a déjà eu lieu par la remise factuelle de l'enfant : il ne sert uniquement que de courroie d'information entre la communauté autochtone et l'État²⁶.

La nouvelle loi s'inscrit dans une perspective de pluralisme juridique en ce qu'elle fait écho à la source de droit que constitue la coutume autochtone²⁷. Cette perspective s'oppose au monisme juridique qui ne reconnaît que le droit émanant de l'État²⁸. Partant de la prémisse selon laquelle les communautés autochtones sont elles-mêmes créatrices de droit, il importe de s'interroger sur l'interaction entre cet ordre normatif et celui de l'État, particulièrement dans un contexte de colonisation. L'ensemble des phénomènes découlant des rapports entre deux ordres normatifs fait appel à ce qu'il est convenu d'appeler l'internormativité²⁹. Dans un contexte de pluralisme juridique, l'internormativité peut s'observer à travers le transfert d'une norme d'un ordre normatif à un autre ou dans la dynamique des interactions entre les systèmes normatifs, sans le transfert d'une norme d'un système à l'autre³⁰.

On peut constater l'interaction entre les deux ordres normatifs que suppose la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière à différents niveaux ou sur différents plans. L'un d'eux réside dans l'application qu'impose le législateur du principe de l'intérêt de l'enfant, concept relevant du droit étatique. En effet, le certificat qui permet d'opérer la reconnaissance de l'adoption coutumière par l'État ne pourra être émis par l'autorité autochtone compétente que si celle-ci s'est assurée que l'adoption de l'enfant concerné est

²⁶ Notons que les Autochtones, malgré cette reconnaissance étatique, pourraient malgré tout choisir de procéder à l'adoption d'un enfant via le processus d'adoption étatique. Ils ont donc l'opportunité de choisir entre les deux régimes. Voir G. OTIS, préc., note 23, p. 126.

²⁷ Sébastien GRAMMOND et Christiane GUAY, « Comprendre la normativité innue en matière d'« adoption » et de garde coutumière », (2016) 61-4 *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill* 885-906, p. 892, en ligne : <<http://www.erudit.org/fr/revues/mlj/2016-v61-n4-mlj02883/1038491ar/>> (consulté le 13 janvier 2019).

²⁸ A. FOURNIER, préc. note 10, p. 177.

²⁹ Jean-Guy BELLEY, *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, p. 15.

³⁰ Guy ROCHER, « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », dans *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, p. 28.

conforme à son intérêt³¹. Ironiquement, le refus d'émettre le certificat, si l'adoption est jugée non conforme à l'intérêt de l'enfant, ne permettra pas d'assurer la protection de ce dernier, le certificat, comme nous l'avons ci-dessus évoqué, ne faisant que constater une situation factuelle existante. Il faudra s'en remettre aux processus autonomes que prévoit le droit étatique pour s'assurer du bien-être de l'enfant, notamment le système de protection de la jeunesse.

On peut s'interroger sur l'objectif que visait le législateur en intégrant la notion d'intérêt de l'enfant au processus de reconnaissance étatique de l'adoption coutumière. Cette notion apporte-t-elle une quelconque plus-value dans le processus ? Ou ne s'agit-il que d'une coquille vide, sans impact réel ? On peut également s'interroger à savoir si l'intérêt de l'enfant de la société majoritaire est le même que celui de l'enfant autochtone, sachant que le concept lui-même est à « géométrie variable »³².

Comme l'indique la professeure Andréanne Malacket, « le caractère *polymorphe* de la notion a pour effet paradoxal de biaiser les intervenants, qui adopteront souvent une définition à tout le moins incomplète de l'intérêt de l'enfant, voire totalement tronquée, justifiée par une finalité distincte »³³. Dans les cas où la situation d'un enfant autochtone est judiciairisée, en Chambre de la jeunesse ou en Chambre de la famille, le magistrat chargé de prendre la décision est issu de la société majoritaire. Il est porteur de valeurs occidentales et d'une éducation fondée sur des principes profondément ancrés en lui. Faut-il, dans ce contexte, s'étonner que la décision soit généralement en faveur des personnes non autochtones s'étant

³¹ Art. 543.1 C.c.Q.

³² Notons que la notion d'intérêt de l'enfant elle-même pourrait même ne pas trouver écho dans les sociétés autochtones. Voir C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 55. Voir également Marlee KLINE, « Child Welfare Law, “Best Interests of the Child” Ideology, and First Nations », (1992) *Osgoode Hall Law Journal*, p. 380 et 381, en ligne : <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol30/iss2/4>> (consulté le 14 avril 2019).

³³ Andréanne MALACKET, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Montréal, Université de Montréal, 2010, p. 6. Voir aussi Alain ROY, « L'intérêt de l'enfant », dans Benoît MOORE (dir.), *Les grands classiques du droit civil - Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 245.

occupées de l'enfant³⁴ ? En somme, et telle est la question de recherche au centre de ce mémoire, est-il justifié et légitime de subordonner la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière au critère de l'intérêt de l'enfant ?

Si l'on veut répondre à cette question, deux domaines juridiques doivent être approfondis. Le premier, qui sera traité dans la première partie du mémoire, est le droit de l'adoption étatique dans son ensemble : il serait impossible de situer l'adoption coutumière dans son contexte sans une maîtrise des règles et principes qui gouvernent l'adoption étatique. Nous analyserons d'abord la notion centrale de l'intérêt de l'enfant. Après avoir identifié les différents traités internationaux qui ont contribué à l'évolution du concept, dont la *Convention relative aux droits de l'enfant*³⁵ qui a célébré son trentième anniversaire en 2019, nous nous pencherons sur la portée de la notion en droit interne. À cette fin, nous survolerons les différentes législations qui y font écho et en démontrerons le caractère évolutif, les mœurs ayant eu une incidence directe sur la définition qu'on en retient. Nous nous intéresserons également aux différentes conceptualisations théoriques auxquelles l'intérêt de l'enfant a donné lieu, que ce soit en jurisprudence ou en doctrine. Il sera ensuite question des conditions légales de l'adoption en droit interne et du cadre procédural à l'intérieur duquel l'institution se déploie.

Le second domaine à approfondir, qui sera abordé dans la deuxième partie du mémoire, est le droit autochtone à proprement parler, dont les paramètres ne sont pas nécessairement faciles d'accès. Les ouvrages de doctrine en matière de droit autochtone couvrent de vastes sujets et ne sont pas écrits par des juristes de droit familial; certaines nuances entre les deux univers de l'adoption sont donc absentes. Après avoir clarifié un certain nombre de concepts terminologiques propres au droit autochtone, nous nous emploierons à délimiter le cadre législatif applicable à l'adoption coutumière. Nous tracerons ensuite un portrait global des onze nations autochtones, des interventions de l'État auprès des

³⁴ Elizabeth SIGOUIN, *Les mécanismes de protection de la jeunesse autochtone au regard de la théorie libérale de Will Kymlicka*, Montréal, Université de Montréal, 2006, p. 66.

³⁵ Rés. AG 44/25, Doc. Off. A.G.N.U., 44e session., suppl. no 49, Doc. N.U. A44/49 (1989), (1990) 1577 R.T.N.U. 3.

communautés en matière familiale et des conditions socio-économiques dans lesquelles celles-ci évoluent. Un tel regard sur la réalité autochtone nous paraît essentiel à la compréhension de la dynamique qui existe entre les Autochtones et les instances étatiques, parmi lesquelles se trouve la direction de la protection de la jeunesse. Nous analyserons évidemment l'intérêt de l'enfant autochtone, tel qu'apprécié par la jurisprudence émanant de la société majoritaire. Nous nous efforcerons de bien situer l'intérêt de l'enfant autochtone dans le contexte précis de l'adoption coutumière.

Bien que la reconnaissance de l'adoption coutumière en droit étatique constitue un pas intéressant vers l'amélioration des relations avec les peuples autochtones, nous verrons en conclusion que certains enjeux importants demeurent source d'interrogations, voire de préoccupations. Ainsi, en ne choisissant de reconnaître que les adoptions qui rompent le lien de filiation, le législateur s'inscrit en faux à l'encontre de la tradition de plusieurs communautés. Il est par ailleurs possible d'affirmer que la subordination du processus de reconnaissance étatique à la notion d'intérêt de l'enfant n'amène pas de plus-value réelle. Bien au contraire, une telle subordination pourrait contribuer à perpétuer la relation de contrôle du peuple colonisateur à l'égard du peuple colonisé.

Titre I: Droit de l'adoption étatique

1. Intérêt de l'enfant

Notion phare en matière d'adoption étatique, le concept d'intérêt de l'enfant présente de multiples facettes. Nous en étudierons d'abord la portée sous l'angle du droit international, pour ensuite nous y intéresser dans une perspective de droit interne. À cette fin, nous nous intéresserons aux différentes législations qui en font mention et aux sources d'interprétation qui en précisent le sens.

1.1. Perspectives internationales

C'est en 1924 qu'est adoptée à Genève la première *Déclaration des droits de l'enfant*³⁶ qui défend les intérêts des enfants au sens général, en militant pour leur sain développement. Le concept d'intérêt de l'enfant n'apparaît pas formellement dans ce texte fondamental, ni d'ailleurs dans la seconde *Déclaration des droits de l'enfant*³⁷, adoptée après la Seconde Guerre mondiale, dans le but de réitérer plusieurs droits fondamentaux de l'enfant³⁸.

Ce n'est qu'en 1959 avec la troisième *Déclaration des droits de l'enfant*³⁹ que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sera reconnu par le droit international et que seront proposées des mesures destinées à protéger l'enfant⁴⁰. Cet instrument législatif n'aura

³⁶ SOCIÉTÉ DES NATIONS, Genève, 1924.

³⁷ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, 1948.

³⁸ A. MALACKET, préc., note 33, p. 36 et 37.

³⁹ Doc. off. A.G., AG 1386 XIV (1959).

⁴⁰ Luce BOURASSA, *La parole de l'enfant en matière de garde*, Markham, LexisNexis Canada, 2007, p. 82.

cependant aucune force contraignante. Certains le critiqueront d'ailleurs pour cette raison, n'y voyant qu'un ensemble de principes vagues et irréalistes⁴¹.

Trente ans plus tard, soit en 1989, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptera la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁴² (ci-après CDE), également appelée la Convention de New York. Ce document constitue une charte des droits de l'enfant et regroupe différents droits reconnus dans d'autres textes de droit international⁴³.

Il fallut une décennie de travail pour arriver au texte final de la Convention, les différentes perspectives géographiques et religieuses de l'intérêt de l'enfant étant source de profondes divergences. Adoptée le 8 novembre 1989, la CDE entrera en vigueur le 2 septembre 1990. Pour la première fois en droit international, l'enfant sera considéré comme un sujet de droit à part entière⁴⁴. Qui plus est, le concept même d'intérêt supérieur de l'enfant sera formellement énoncé :

« La *Convention* reprend, inévitablement, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant à son article deuxième, celui-ci devant être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant l'enfant, qu'elles soient le fait d'une institution publique ou privée de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs. En matière d'adoption, la *Convention* prévoit, à ses articles 20 et 21, que l'institution constitue, parmi d'autres, une protection de remplacement et qu'elle doit tenir compte de la "nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique"; l'intérêt de l'enfant devra aussi être la considération primordiale à son adoption »⁴⁵.

⁴¹ Carmen LAVALLÉE, « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada », (1996) 48-3 *Revue internationale de droit comparé* 605-630, p. 608, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_3_5259> (consulté le 2 juin 2019).

⁴² Rés. AG 44/25, Doc. Off. A.G.N.U., 44e session., suppl. no 49, Doc. N.U. A44/49 (1989), (1990) 1577 R.T.N.U. 3.

⁴³ C. LAVALLÉE, préc., note 41 p. 609.

⁴⁴ A. MALACKET, préc., note 33, p. 40; Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 279; Julie LADOUCEUR, « D'esclave à roi, l'évolution de la protection de l'enfant », dans *La protection de l'enfant : évolution*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999, p. 197.

⁴⁵A. MALACKET, préc., note 33, p.41.

Si la CDE a fait l'objet d'une importante adhésion à l'échelle internationale, son impact en droit canadien demeure toutefois limité. En effet, nos règles de droit interne prévoient qu'un traité international ratifié par le Canada doit faire l'objet d'une loi de mise en œuvre pour s'appliquer en sol canadien. Or, une telle loi n'a jamais été adoptée par le législateur fédéral⁴⁶. Le législateur québécois n'a pas davantage adopté une loi en ce sens pour assurer l'application de la CDE dans ses champs de compétence; le gouvernement provincial s'est tout de même déclaré lié par la Convention par voie de décret⁴⁷.

Malgré l'absence d'une loi de mise en œuvre au plan fédéral, la CDE peut tout de même prétendre à certains effets en sol canadien. En effet, la Cour suprême s'est inspirée de son contenu, notamment dans l'arrêt *Baker c. Canada (ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁴⁸, pour interpréter des dispositions législatives de droit interne. En fait, la Cour suprême a formellement déclaré que « [...] les valeurs exprimées dans le droit international [notamment celles énoncées dans la CDE] peuvent être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »⁴⁹.

La *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*⁵⁰ est un autre des instruments de droit international qui enchâssent le principe de l'intérêt de l'enfant. Le texte de droit, également appelé Convention de La Haye (CLH), a été adopté en 1993 et est entré en vigueur à l'échelle internationale en 1995. Son objectif premier est d'encadrer l'adoption internationale :

« La CLH vise d'abord à prévenir l'enlèvement, la vente et la traite d'enfants, en privilégiant un renforcement des médiations institutionnelles entre les adoptants et les familles d'origine. Elle prévoit que chaque État contractant désigne une autorité centrale qui doit s'assurer du respect des

⁴⁶ C. LAVALLÉE, préc., note 41 p. 613; A. MALACKET, préc., note 33, p.41.

⁴⁷ *Décret 1676-91*, (1991) 124 G.O. II, 51. Voir à cet effet C. LAVALLÉE, préc., note 44, p. 283.

⁴⁸ [1999] 2 R.C.S. 817.

⁴⁹ *Id.*, par. 70.

⁵⁰ (1993) 82 R.C.D.I.P. 506.

conditions de fond de l'adoption. Les autorités des pays d'origine et d'accueil doivent collaborer dans l'échange d'informations et vérifier que le déplacement de l'enfant se fait en toute sécurité, qu'il est jumelé à des adoptants par des personnes compétentes et qu'il n'existe pas d'obstacle à son adoption et à son séjour permanent dans son pays d'accueil. Chaque autorité peut autoriser des organismes agréés à agir comme intermédiaires avec d'autres États contractants. »⁵¹

Signée par le Canada en 1994, puis ratifiée en 1996, la CLH est entrée en vigueur sur le plan national en 1997⁵².

1.2. Historique en droit interne

L'analyse du concept de l'intérêt de l'enfant permet de conclure qu'il est tributaire de l'évolution des mentalités et des mœurs de la société d'appartenance de l'enfant. Comme l'explique l'auteure et avocate Laurence Ricard:

« C'est la conception de l'enfant qui sert de point d'appui à l'ensemble du régime. L'évolution de cette conception a plusieurs implications. D'une part, elle s'inscrit dans une évolution historique et sociale plus large. À travers la façon dont on articule sur le plan juridique les besoins de l'enfant, c'est la conception de l'individu en général et du rôle de l'État dans la société qui transparait. En effet, par l'identification de nouveaux besoins qui se transforment en nouveaux principes, le droit reconnaît de nouvelles caractéristiques aux individus. »⁵³

⁵¹ Chantal COLLARD, Carmen LAVALLÉE et Françoise-Romaine OUELLETTE, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale ». *Enfances, Familles, Générations*, (2006) n° 5 : 1–16, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/015781ar>> (consulté le 8 février 2020). Pour approfondir les démarches liées à l'adoption internationale, voir C. LAVALLÉE, préc., note 44, p. 469 et suiv. et Alain ROY, *Le droit de l'adoption au Québec: adoption interne et internationale*, coll. Collection Bleue (Montréal, Québec), Série Précis, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 99 et suiv.

⁵² CONFÉRENCE DE LA HAYE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, État présent, 2019, en ligne : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=69>> (site consulté le 30 septembre 2020).

⁵³ L. RICARD, préc., note 12, p. 32.

Rappelons que l'enfant a été pendant de très longues décennies considéré comme objet de droit. Soumis à la puissance paternelle, l'enfant était assujéti à l'autorité exclusive de son père⁵⁴. Seul l'enfant légitime pouvait par ailleurs prétendre à la protection du droit de la famille, les enfants nés hors mariage étant formellement déclassés⁵⁵.

Au Québec, plusieurs décisions de la Cour suprême ont influencé la notion d'intérêt de l'enfant. Si, en 1925, la Cour considérait que la volonté du père devait normalement l'emporter sur le désir de l'enfant et que l'intérêt de ce dernier ne résidait en réalité que dans l'affection paternelle et l'éducation familiale et religieuse que le *pater* était à même de lui procurer⁵⁶, elle changera par la suite de philosophie en utilisant le concept d'intérêt de l'enfant pour neutraliser le principe de la puissance paternelle. La primauté du concept sera à maintes reprises confirmée par le plus haut tribunal du pays⁵⁷, entre autres dans la décision *Dugal c. Lefebvre*⁵⁸.

En 1977, le législateur du Québec remplacera le concept de puissance paternelle par celui de l'autorité parentale en droit civil. Ainsi, les deux parents deviendront pleinement titulaires de l'autorité parentale, étant appelés à prendre conjointement toutes les décisions concernant l'enfant⁵⁹. Envisagé comme une responsabilité des parents, et non comme un droit sur l'enfant, le nouveau concept d'autorité parentale contribuera à changer notre perception des rapports entre adultes et enfants.

⁵⁴ Julie LADOUCEUR, « D'esclave à roi, l'évolution de la protection de l'enfant », dans *La protection de l'enfant : évolution*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999, p. 128.

⁵⁵ Rappelons que la légitimité se concrétisait par la naissance durant le mariage. Voir A. MALACKET, préc., note 33, p. 11.

⁵⁶ *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532.

⁵⁷ C. LAVALLÉE, préc., note 44, p. 261 et 262.

⁵⁸ [1934] R.C.S. 501.

⁵⁹ *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 11.

En 1980, le législateur introduira le principe de l'égalité des filiations, supprimant le concept d'enfant légitime⁶⁰. Tous les enfants seront désormais égaux, peu importe le contexte de leur naissance. Qui plus est, la notion d'intérêt de l'enfant fera son entrée officielle à l'article 30 du *Code civil du Bas-Canada*⁶¹.

En droit de la famille, les tribunaux considéreront durant un certain temps que l'intérêt de l'enfant consiste à être élevé par sa mère, le père étant réduit au rang de pourvoyeur. Ainsi, à la suite de la séparation parentale, on en confiera presque systématiquement la garde à la mère, même lorsque celle-ci sera considérée comme responsable de la rupture⁶². Peu à peu, les tribunaux substitueront à cette conception limitée de l'intérêt de l'enfant une définition plus riche, davantage axée sur les capacités parentales de chacun des parents⁶³.

Aujourd'hui, différentes lois québécoises enchâssent le concept de l'intérêt de l'enfant, de façon générale ou spécifique. En premier lieu, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶⁴ édicte que les parents ont le droit d'assurer l'éducation religieuse de leurs enfants, tout en respectant les droits et l'intérêt de ces derniers⁶⁵. Le Code civil fait référence à l'intérêt de l'enfant dans différents contextes. Pierre angulaire du concept, l'article 33 énonce que :

« Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

⁶⁰ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 1. Voir à cet effet : Monique OUELLETTE, « Le nouveau droit de la famille et l'adoption », (1982) 13 *R.G.D.* 109, en ligne : <<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1982-v13-n1-rgd04540/1059394ar.pdf>> (consulté le 8 février 2020).

⁶¹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 3, entré en vigueur le 2 avril 1981 (proclamation), (1981) 113 G.O. II, 1565. Voir à cet effet : A. MALACKET, préc., note 33, p. 17.

⁶² Monique OUELLETTE-LAUZON, « Notion de l'intérêt de l'enfant », (1974) 9 *R.J.T.* 367, 369 à 374; A. MALACKET, préc., note 33, p. 23 et 24.

⁶³ Renée JOYAL, « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », dans *Enfances, Familles, Générations*, 2006, *Érudit*, en ligne : <<https://www.erudit.org/fr/revues/efg/2006-n5-efg1620/015778ar/>> (consulté le 3 juin 2019), p. 15.

⁶⁴ L.R.Q., chap. C-12.

⁶⁵ Art. 41, *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. »

Le Code civil prévoit également que, dans le cadre d'une séparation de corps ou de la dissolution de l'union civile, le tribunal devra statuer sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants dans l'intérêt de ceux-ci⁶⁶. Dans le cadre des dispositions relatives à l'autorité parentale, le Code reconnaît en outre au tribunal le pouvoir de trancher les différends qui opposent les parents⁶⁷ à la lumière de l'intérêt de l'enfant⁶⁸. On pose également le principe suivant lequel toutes les décisions qui concernent les enfants peuvent être révisées par le tribunal, si les circonstances le justifient. Au rang desdites circonstances se trouve évidemment l'intérêt de l'enfant⁶⁹.

Au chapitre de la filiation adoptive, on précise que l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant⁷⁰. Différentes dispositions en lien avec la tutelle supplétive et l'adoption coutumière font également référence au concept, comme nous l'examinerons plus loin en détail⁷¹.

La *Loi sur la protection de la jeunesse*⁷² réfère au concept de l'intérêt de l'enfant à différents articles; l'expression se retrouve dans la loi à vingt-neuf reprises. En premier lieu, l'article 3 indique :

« Les décisions prises en vertu de la présente loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits.

⁶⁶ Art. 514 et 521.17 C.c.Q.

⁶⁷ Les parents exercent ensemble l'autorité parentale; art. 600 C.c.Q.

⁶⁸ Art. 604 C.c.Q.

⁶⁹ Art. 612 C.c.Q.

⁷⁰ Art. 543 C.c.Q.

⁷¹ Voir à cet effet la sous-section 3.6 et 3.7 du second titre.

⁷² L.R.Q., c. P-34.1.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. Dans le cas d'un enfant autochtone, est également prise en considération la préservation de son identité culturelle. »

Ensuite, l'article 4 prévoit que toute décision prise en vertu de la loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial. Lorsque, dans l'intérêt de l'enfant, cela n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer auprès de personnes significatives la stabilité des liens et la continuité des soins. À l'article 70.1, le législateur invite le directeur de la protection de la jeunesse à saisir le tribunal s'il considère que la mise en place d'une tutelle se justifie par l'intérêt de l'enfant. La même responsabilité lui est imposée à l'article 71 quant à l'adoption.

La *Loi sur le divorce*⁷³ indique clairement que le tribunal, en matière de garde d'enfant, doit tenir compte « de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation »⁷⁴.

1.3. Analyse théorique du concept

À travers le temps, la notion clé d'intérêt de l'enfant a grandement évolué, comme en témoigne l'étude de la doctrine et de la jurisprudence. L'évolution des mœurs, l'avancée des sciences humaines et le droit international sont autant de facteurs qui ont favorisé l'adaptation du concept aux réalités sociales. Au-delà de l'évolution sociale et juridique de la notion, différentes conceptualisations théoriques en ont été également dégagées. L'une d'elles oppose

⁷³ L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.).

⁷⁴ Art. 16 (8), *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.).

l'intérêt de l'enfant *in abstracto* et l'intérêt de l'enfant *in concreto*, l'un servant à inspirer la règle de droit et l'autre à l'interpréter⁷⁵.

L'intérêt de l'enfant *in abstracto* soutient l'idée générale des droits de l'enfant et des idéaux dans toutes les sphères juridiques qui concernent les enfants de près ou de loin. Cette conception appuie l'adoption de normes législatives reflétant d'une manière ou d'une autre les droits de l'enfant et la protection de ses intérêts, tels qu'envisagés dans l'abstrait. L'intérêt de l'enfant *in abstracto* réfère donc à ce qui est dans l'intérêt des enfants appréhendés comme catégorie sociale⁷⁶. Évidemment, cette manière d'envisager l'intérêt de l'enfant comporte une part de subjectivité, ce qui a mené certains auteurs à la critiquer⁷⁷. Afin de contrer la subjectivité du concept, les auteurs Freud, Goldstein et Solnit se sont tournés vers les sciences humaines consacrées au développement de l'enfant et à ses besoins fondamentaux. Voulant établir les bases concrètes de l'intérêt des enfants, ils ont jeté les fondements de la théorie du parent psychologique. Cette théorie suppose la prise en compte de trois principes directeurs destinés à refléter l'intérêt des enfants : l'importance de la continuité dans les relations de l'enfant, l'intégration de la notion de temps chez l'enfant qui diffère de chez l'adulte et l'incapacité de la loi à superviser les relations interpersonnelles⁷⁸.

Cette théorie a eu un impact notable en matière d'autorité parentale et d'adoption, les auteurs considérant que, lorsqu'un parent répond mieux aux besoins de l'enfant, il doit être privilégié pour s'occuper de celui-ci, allant même jusqu'à suggérer que le second parent doit être écarté de la vie de l'enfant. Transposée en matière d'adoption, cette théorie amène

⁷⁵ C. LAVALLÉE, préc. note 44, p. 262 et 263.

⁷⁶ Carmen LAVALLÉE, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant : rapport du groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption*, Québec, Ministère de la justice, 2007, p. 23, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/couple-famille/adoption-rap.pdf> (consulté le 20 janvier 2019); A. MALACKET, préc., note 33, p. 54.

⁷⁷ C. LAVALLÉE, préc., note 44, p. 265.

⁷⁸ Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et Albert J. SOLNIT, *Dans l'intérêt de l'enfant? Vers un nouveau statut de l'enfance*, Paris, Éditions ESF, 1978, p. 26 et suiv.

naturellement à prioriser les parents d'accueil, voire à rompre le lien de filiation avec le parent d'origine lorsque celui-ci n'a pas maintenu de lien significatif avec l'enfant⁷⁹.

Ailleurs dans le monde, en France par exemple, cette théorie et ses applications en matière d'adoption ont été fortement contestées, notamment par l'école des psychanalystes. Ces derniers considèrent que la situation symbolique de l'enfant dans le système de la filiation est fondamentale. Selon eux, « l'enfant a intériorisé l'histoire et le vécu de ses parents, et le fait de lui cacher une partie de la vérité est forcément traumatisant pour lui »⁸⁰. Ainsi, il faut aborder avec l'enfant l'histoire de ses parents d'origine afin de le mettre à l'abri de troubles psychologiques. En matière d'adoption, l'idée de rompre les liens entre l'enfant et les parents d'origine a été également remise en question. Graduellement, l'idée de l'« adoption ouverte » a conquis certains spécialistes⁸¹.

Parallèlement à l'intérêt de l'enfant *in abstracto*, on retrouve l'intérêt de l'enfant *in concreto*, qui se définit comme l'intérêt d'un enfant en particulier, suivant des faits et une réalité qui lui sont propres. Contrairement à l'intérêt de l'enfant *in abstracto*, qui constitue une source d'inspiration législative, l'intérêt de l'enfant *in concreto* constitue une source d'interprétation de la règle de droit⁸². Différents facteurs sont analysés par les tribunaux pour déterminer l'intérêt concret de l'enfant. Sur le plan affectif, on portera attention aux liens entre l'enfant et sa famille immédiate, sa famille élargie, ses amis, et, s'il y a lieu, sa famille d'accueil. L'éducation à laquelle il est soumise sera également considérée, comme les méthodes éducatives, la cohérence des parents à cet effet, leur disponibilité et le suivi scolaire. Les soins offerts à l'enfant et certaines considérations financières seront aussi pris en compte⁸³.

⁷⁹ C. LAVALLÉE, préc., note 44, p. 266.

⁸⁰ *Id.*, p. 268.

⁸¹ Dominique GOUBAU et Suzanne BEAUDOIN, « Adoption « ouverte » : quelques enjeux et constats » (1996) 45 *Service social*, p. 51, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/706726ar>> (consulté le 8 février 2020).

⁸² A. MALACKET, préc., note 33, p. 57 et 58.

⁸³ C. LAVALLÉE, préc. note 44, p. 271.

Il peut arriver que l'intérêt de l'enfant *in abstracto* soit contraire à l'intérêt de l'enfant *in concreto*. Pensons par exemple à l'enfant issu d'un projet parental impliquant le recours à une mère porteuse. Conçu dans l'abstrait, l'intérêt de l'enfant pourrait s'opposer à reconnaissance indirecte d'une telle pratique, y compris au moyen d'un projet d'adoption post-naissance, puisque la société québécoise a choisi, en l'interdisant⁸⁴, de faire en sorte que l'enfant ne devienne pas un objet d'échange. Cependant, l'intérêt de l'enfant issu du projet réside généralement dans le fait d'être pris en charge par ses parents d'intention, et, ultimement, d'avoir avec chacun d'eux une filiation formellement établie⁸⁵. Tel sera son intérêt *concret*, même si, ce faisant, on se trouve à favoriser indirectement le parachèvement d'un projet considéré contraire à l'intérêt de l'enfant *in abstracto*⁸⁶. Cela dit, peu importe le sens qu'on donnera au concept, l'intérêt de l'enfant demeurera toujours subordonné au cadre législatif et ne permettra pas d'y déroger : « l'intérêt de l'enfant n'est pas un moyen pour se dispenser d'appliquer la règle de droit »⁸⁷. Si l'intérêt de l'enfant *in concreto* permet d'interpréter le droit, il n'est pas attributif de droit, en ce qu'il ne crée pas de nouveaux droits en faveur de l'enfant⁸⁸.

La variante législative de l'« intérêt supérieur » de l'enfant mérite enfin quelques mots. Provenant de l'expression anglaise « the best interest of the child », cette expression consacre aux yeux de certains la priorisation de l'intérêt de l'enfant versus l'intérêt des adultes l'entourant ou encore l'intérêt de la société. D'autres considèrent qu'il s'agit d'une notion en opposition avec l'intérêt immédiat de l'enfant. Selon une étude récemment réalisée, les expressions seraient utilisées indistinctement au sens d'

⁸⁴ Art. 541 C.c.Q.

⁸⁵ Andréanne MALACKET et Alain ROY, « Regards croisés sur la filiation homoparentale d'un enfant né d'une procréation assistée en droit québécois et comparé », dans Claudine PARENT et al. (dir.), *Visages multiples de la parentalité*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 400.

⁸⁶ Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 511, 522-544, p. 541.

⁸⁷ C. LAVALLÉE, préc. note 44, p. 274.

⁸⁸ A. MALACKET, préc., note 33, p. 61. Ce postulat fut confirmé par la Cour d'appel, notamment dans la décision *Droit de la famille - 11394*, 2011 QCCA 319.

« intérêt de l'enfant », sans plus. Au Québec particulièrement, l'utilisation de l'expression « meilleur intérêt de l'enfant » est plus fréquente qu'« intérêt supérieur »⁸⁹.

On pourrait également penser que l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » a pour objectif de permettre au décideur de choisir entre plusieurs droits reconnus à l'enfant. À titre d'exemple, pensons à l'obligation imposée par la *Convention relative aux droits de l'enfant* de détenir les enfants privés de liberté séparément des adultes. Cette garde séparée peut engendrer un lieu de détention très loin de la famille de l'enfant. Ainsi, sont en contradiction deux droits de l'enfant, à savoir celui d'être détenu séparément des adultes et celui de bénéficier de contacts avec sa famille. Prioriser l'un de ses droits reviendrait donc à déterminer son intérêt « supérieur »⁹⁰.

1.4. Doctrine et jurisprudence : éléments de définition

Aux termes du Code civil, on doit considérer, dans la prise de décisions concernant les enfants, leurs besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques⁹¹. De façon générale, les besoins de l'enfant correspondent à son épanouissement, à une éducation opportune et à la protection contre la violence. Les besoins moraux et intellectuels englobent notamment les questions de religion et d'éducation. Les besoins affectifs réfèrent entre autres au besoin d'amour et de compréhension de l'enfant, lequel doit évoluer dans un milieu aimant et affectueux⁹². Bien que le confort matériel de l'enfant soit un facteur d'une certaine importance,

⁸⁹ C. LAVALLÉE, préc. note 44, p. 273.

⁹⁰ Renée JOYAL, « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant et sa place dans la convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant », (1991) 62 *R.I.D.P.* 785, 787.

⁹¹ Art. 33, C.c.Q. Comme le rappelle le professeur Alain Roy, cette liste n'est pas exhaustive : Alain ROY, *Le droit de l'adoption au Québec: adoption interne et internationale*, coll. Collection Bleue (Montréal, Québec), Série Précis, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 19.

⁹² A. MALACKET, préc., note 33, p. 74.

il ne doit pas être priorisé au détriment des autres⁹³, comme l'a d'ailleurs confirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Taillon c. Donaldson*⁹⁴ en 1953.

En matière de protection de la jeunesse, le décideur appelé à appliquer le principe du meilleur intérêt de l'enfant sera d'abord enclin à maintenir l'enfant concerné dans sa famille biologique⁹⁵, histoire d'assurer l'intégrité de la cellule familiale. Toutefois, lorsque la stabilité émotive de l'enfant lui paraîtra compromise, il devra se résoudre à considérer l'option d'un nouveau milieu de vie⁹⁶. Ainsi, le lien biologique ne devra pas être considéré comme l'élément primordial, voire incontournable, dans la détermination de l'intérêt de l'enfant. Qui plus est, bien que le maintien des liens entre l'enfant et la famille d'origine soit l'idéal à atteindre, si, lorsqu'il est retiré de son milieu de vie, l'enfant démontre des réactions négatives liées aux contacts, ceux-ci devront cesser⁹⁷. À ce propos, la Cour suprême enseigne ce qui suit:

« S'il est vrai que le maintien des liens affectifs constitue l'un des éléments de la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant, il ne jouera en faveur de l'octroi d'un droit d'accès que si celui-ci est dans le meilleur intérêt de l'enfant en tenant compte de tous les autres facteurs pertinents. »⁹⁸

La conceptualisation de l'intérêt de l'enfant a été influencée dans la jurisprudence par la théorie de l'attachement. Selon cette théorie, il est fondamental que l'enfant puisse développer un lien affectif stable auprès d'un adulte significatif⁹⁹. Il faudrait donc favoriser le maintien de l'enfant dans la famille à laquelle il est attaché, même s'il ne s'agit pas de sa famille d'origine. Après une certaine période de placement hors du milieu familial, les tribunaux sensibles à cette théorie seront naturellement réticents à retourner l'enfant auprès des parents d'origine,

⁹³ *Id.*, p. 75.

⁹⁴ [1953] 2 R.C.S. 257, 259.

⁹⁵ Art. 4, L.P.J.

⁹⁶ Marie-Noëlle POURBAIX, « L'abandon d'enfants : du Québec à la France en passant par l'Ontario », (1998) 29 *R.G.D.* 133, en ligne: < <https://doi.org/10.7202/1035675ar>> (consulté le 8 février 2020); A. MALACKET, préc., note 33, p. 77.

⁹⁷ *Nouveau-Brunswick c. L.(M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, par. 52.

⁹⁸ *Id.*, par. 48.

⁹⁹ L. RICARD, préc., note 12, p. 34.

même si ceux-ci ont apporté les correctifs qui leur étaient demandés¹⁰⁰. Ainsi, dans l'arrêt *Racine c. Woods*¹⁰¹, la Cour suprême a priorisé les liens d'attachement de l'enfant envers sa famille d'accueil en dépit de l'origine autochtone de l'enfant et des efforts fructueux de la mère d'origine antérieurement aux prises avec un problème de consommation d'alcool.

En 1994, le plus haut tribunal du pays a confirmé la pertinence de la théorie de l'attachement dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M.(C.)*¹⁰², en maintenant l'enfant auprès de sa famille d'accueil avec laquelle il avait tissé des liens d'attachement, même si sa famille d'origine était en mesure d'en reprendre la charge.

La théorie de l'attachement fait l'objet de critiques, dont celle du postulat de l'immutabilité des comportements¹⁰³. En matière de protection de la jeunesse, dans le but d'assurer un projet de vie permanent à l'enfant, la théorie de l'attachement a justifié l'imposition d'une durée maximale pour la durée d'un placement avant que le juge ne doive statuer sur un projet à long terme¹⁰⁴. Ainsi, pour garantir une stabilité à l'enfant, le tribunal doit rendre une ordonnance dans les limites de temps qui ont été fixées par la loi selon l'âge de l'enfant. Or, ces délais semblent avoir favorisé et accéléré le placement, voire l'adoption, des enfants dans des familles d'accueil allochtones¹⁰⁵. Voici ce qu'a dit à ce sujet le juge Sébastien Grammond lors de son passage à la Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics :

« [L]a théorie de l'attachement n'a pas nécessairement été testée avec les enfants autochtones. Elle a été élaborée, je crois, aux États-Unis principalement et on peut se poser la question, est-ce que ça s'applique vraiment dans une société où la famille élargie a une si grande importance?

¹⁰⁰ A. MALACKET, préc., note 33, p. 78.

¹⁰¹ [1983] 2 R.C.S. 173.

¹⁰² [1994] 2 R.C.S. 165.

¹⁰³ L. RICARD, préc., note 12, p. 37.

¹⁰⁴ Art. 91.1, L.P.J. Pour une analyse de cette disposition par la Cour d'appel, voir *Protection de la jeunesse — 10174* [2010] QCCA 1912.

¹⁰⁵ S. GRAMMOND et C. GUAY, préc., note 27, p. 900.

Est-ce que c'est vraiment préjudiciable pour l'enfant [...] à un certain moment dans son enfance de passer de la maison de ses parents à la maison de son oncle et de sa tante, ou à la maison de sa grand-mère? Parfois, tous ces gens-là habitent sous le même toit en raison de la crise du logement. [D]ans une société où la famille élargie a beaucoup d'importance, on peut se poser la question, est-ce que la théorie de l'attachement est valide? »¹⁰⁶

Le souhait de l'enfant constitue un autre facteur important à considérer dans la détermination de son intérêt. Bien qu'il ne soit pas prévu à l'article 33 du Code civil, il faut savoir que, dans les quarante dernières années, cet élément a joui d'une primauté en droit civil québécois¹⁰⁷. Le droit d'être entendu et d'exprimer son opinion est par ailleurs une notion reconnue dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁰⁸, ainsi que dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁰⁹, laquelle prévoit que :

« 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriés, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »¹¹⁰

¹⁰⁶ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, préc., note 14, p. 436. À cet effet, notons que la Commission recommande, dans son rapport, la suppression des délais maximaux de placement dans la loi pour les Autochtones.

¹⁰⁷ Élisabeth GODBOUT, Claudine PARENT ET Marie-Christine SAINT-JACQUES, « Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques », *E.F.G.* 2014, 181, en ligne : <<https://www.erudit.org/fr/revues/efg/2014-n20-efg01429/1025335ar/>> (consulté le 27 juin 2019).

¹⁰⁸ L.R.Q., c. P-34.1. Le droit d'être entendu est prévu notamment aux articles 6 et 7 de la loi.

¹⁰⁹ Rés. AG 44/25, Doc. Off. A.G.N.U., 44e session., suppl. no 49, Doc. N.U. A44/49 (1989), (1990) 1577 R.T.N.U. 3.

¹¹⁰ Article 12, *Convention relative aux droits de l'enfant*.

En ce sens, les tribunaux ont à maintes reprises réitéré l'importance de considérer le souhait de l'enfant¹¹¹. Déjà, en 1934, la Cour suprême donnait suite au choix d'un enfant de quinze ans de ne pas aller vivre avec son père¹¹². Néanmoins, le souhait de l'enfant reste un élément parmi d'autres à prendre en compte dans la définition de l'intérêt de l'enfant. Il ne peut, à lui seul, orienter la décision du magistrat. Celui-ci n'a donc pas l'obligation d'exaucer le souhait de l'enfant qui ne sait pas nécessairement ce qui est le mieux pour lui. Le juge tiendra compte du degré de maturité de l'enfant pour accorder ou non priorité à son souhait. Évidemment, plus l'enfant est âgé ou près de la majorité, plus sa volonté sera prise en considération¹¹³.

D'autres critères à évaluer dans la détermination de l'intérêt de l'enfant ont également fait l'objet d'une jurisprudence abondante, notamment l'héritage culturel. Il semble que l'ascendance raciale et culturelle constitue *théoriquement* un facteur important¹¹⁴, du moins, selon ce que plusieurs juges ont exprimé dans leur décision. Mais, concrètement, cet aspect n'est jamais priorisé lorsque mis en opposition avec l'attachement de l'enfant pour ses parents d'accueil.

Le lien unissant l'enfant au parent d'origine est un autre des éléments à retenir dans la détermination de l'intérêt de l'enfant. Ce lien doit constituer une force positive dans la vie de l'enfant. Autrement, les tribunaux n'y accorderont pas d'importance. En matière de garde, rappelons que le droit de contacts entre parents et enfants appartient à l'enfant et non au parent¹¹⁵. Notons encore une fois ici l'influence importante de la théorie de l'attachement :

« En ce sens, on considère généralement que le lien parental biologique agit négativement sur la vie de l'enfant lorsqu'il compromet son attachement à sa famille psychologique, qui elle, agit comme une force positive dans sa vie.

¹¹¹ À cet effet, voir Monique OUELLETTE-LAUZON, « Notion de l'intérêt de l'enfant », (1974) 9 *R.J.T.* 367, 368; A. MALACKET, préc., note 33, p. 85. Voir également *M. c. D.*, [1966] C.S. 224, 236.

¹¹² *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501. Le plus haut tribunal du pays confirma d'ailleurs la prise en compte de ce critère dans *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165.

¹¹³ Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, [Nouv. éd.], Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 849.

¹¹⁴ A. MALACKET, préc., note 33, p. 86.

¹¹⁵ *Nouveau-Brunswick c. L.(M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, par. 17.

Rationnellement, le raisonnement mène donc souvent à un cul-de-sac pour les parents biologiques. De cette façon, on dira au parent naturel d'un enfant qu'il ne pourra, en dépit de ses aptitudes et malgré sa réhabilitation, récupérer son enfant en raison du fait que celui-ci aura créé des liens d'attachement étroits envers sa famille d'accueil. En d'autres termes, puisque le lien unissant l'enfant à son parent biologique n'agira pas dans le sens de son intérêt en compromettant l'attachement envers sa nouvelle famille, on refusera de rendre l'enfant à son parent biologique, allant même jusqu'à le déclarer admissible à l'adoption contre la volonté du parent biologique. Aussi, nous le répétons, la stabilité émotive de l'enfant primera nettement le maintien de l'intégrité de la cellule biologique, en dépit des considérations identitaires qui se posent et qui pourraient un jour faire rejaillir un problème exacerbé par le passage du temps, qui influencera paradoxalement, *a priori*, le prononcé du jugement d'adoption. »¹¹⁶

Quant à savoir quel poids accorder à chacun des critères énumérés, la question est complexe. Chaque situation est unique et les tribunaux ne procèdent pas nécessairement à un exercice comparatif. Par ailleurs, la disparité socio-économique d'une région à l'autre est un frein à la généralisation. Il est donc difficile de faire la part des choses entre un critère et un autre¹¹⁷.

Somme toute, l'intérêt de l'enfant est un concept flottant. Il s'adapte à l'évolution des mœurs et de la société. La diversité de jugements, d'un district à l'autre ou d'un juge à l'autre, signe de la malléabilité du concept d'intérêt de l'enfant, joue en défaveur de la prise en compte de cet intérêt. Du reste, la grande latitude d'analyse que le concept laisse au magistrat soulève des questions quant à l'influence des expériences et des croyances personnelles sur la décision¹¹⁸.

¹¹⁶ A. MALACKET, préc., note 33, p. 94.

¹¹⁷ É. GOUBOUT, C. PARENT ET M.-C. SAINT-JACQUES, préc., note 107, p. 181.

¹¹⁸ *Id.*, p. 171. Pour une analyse approfondie quant à l'influence du vécu personnel du magistrat sur sa décision, voir Johanne CLOUET, *L'influence des marqueurs identitaires du juge dans les décisions relatives à la garde des enfants dans un contexte post-rupture*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2014.

2. L'adoption en droit civil québécois

Afin de bien situer l'adoption coutumière dans son contexte, une maîtrise des règles et principes de l'adoption étatique nous apparaît essentielle. Nous tracerons d'abord un bref portrait historique de la pratique, après quoi nous exposerons les conditions légales de l'adoption étatique et son cadre procédural.

2.1. Historique

L'adoption est un phénomène social déjà présent chez les premiers peuples de l'humanité¹¹⁹. Au Québec, c'est suite à la guerre de la Conquête (1754 à 1763) que l'adoption de fait apparaît graduellement¹²⁰. Pourtant, ce n'est qu'en 1924 qu'est votée la première loi balisant l'adoption, soit la *Loi concernant l'adoption*¹²¹. Dès lors, c'est le principe de l'adoption plénière qui est mis en place, une adoption rompant les liens de filiation entre l'enfant et ses parents biologiques. « L'objectif du législateur était clairement de favoriser l'adoption afin de diminuer le nombre d'enfants placés dans les orphelinats. »¹²²

En 1969, la *Loi de l'adoption*¹²³ introduit de nouveaux principes, tels que l'intérêt de l'enfant comme considération ultime¹²⁴ et la confidentialité absolue des adoptions¹²⁵. En 1980, les dispositions législatives régissant l'adoption sont intégrées au *Code civil du Québec*¹²⁶. Dès lors, les circonstances entourant la naissance de l'enfant ne sont plus prises en compte par la

¹¹⁹ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 113, p. 710 et 711.

¹²⁰ Dominique GOUBAU et Claire O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale », (1997) 38 *C. de D.* 769, 777 et 778.

¹²¹ 14 *Geo.* V, 1924, c. 75.

¹²² C. LAVALLÉE, préc., note 44, p. 27.

¹²³ *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969 c. 64.

¹²⁴ Art. 2, *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969 c. 64.

¹²⁵ Art. 30, *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969 c. 64.

¹²⁶ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

loi¹²⁷; la notion d'enfant illégitime disparaît. Le législateur prévoit deux modes de filiation, soit la filiation par le sang et la filiation adoptive, qui produisent les mêmes effets¹²⁸.

En 2017 a lieu la dernière réforme du droit étatique de l'adoption, intégrée à la législation par le biais de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*¹²⁹. Les modifications législatives prévoient notamment la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière¹³⁰, la reconnaissance des liens préexistants de filiation¹³¹ et l'entente de communication ou d'échanges d'information entre les parents d'origine et d'adoption¹³².

2.2. De la finalité de l'adoption

L'adoption ne peut servir à « confirmer une filiation déjà établie par le sang »¹³³. Tel qu'il a été mentionné précédemment, l'adoption étatique au Québec est une adoption

¹²⁷ Art. 594 C.c.Q. (1980).

¹²⁸ Art. 595 et suivants, C.c.Q. (1980).

¹²⁹ 2017, chap. 12. . Pour une analyse complète des nouvelles dispositions : Élise CHARPENTIER, Sébastien LANCÔT, Benoit MOORE et Alain ROY, *Code civil du Québec, Annotations - commentaires, 2017-2018*, 2017, 2e éd. Éditions Yvon Blais.

¹³⁰ Art. 543.1 C.c.Q.

¹³¹ Art. 577 C.c.Q.

¹³² Art. 579 C.c.Q.

¹³³ Art. 543 C.c.Q.

plénière¹³⁴, en ce qu'elle rompt définitivement le lien de filiation entre l'enfant adopté et ses parents d'origine pour lui substituer un nouveau lien de filiation avec les parents adoptifs¹³⁵.

Par ailleurs, les modifications législatives amenées par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*¹³⁶ permettent désormais la reconnaissance des liens préexistants de filiation¹³⁷, bien que cette reconnaissance ne soit pas accompagnée d'obligations ou de responsabilités légales. Ainsi, les noms des parents d'origine peuvent figurer ou non sur l'acte de naissance de l'enfant adopté¹³⁸.

2.3. Des conditions de l'adoption

La condition ultime à respecter pour que l'adoption soit prononcée est que celle-ci se fasse dans l'intérêt de l'enfant¹³⁹. Cependant, l'intérêt de l'enfant ne peut justifier que soient écartées les conditions et considérations anticipées par la loi¹⁴⁰.

Le législateur prévoit que l'enfant d'au moins dix ans doit consentir à son adoption, à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté¹⁴¹. Quant à l'adoptant, son âge

¹³⁴ Par opposition à l'adoption simple, parfois appelée adoption sans rupture du lien de filiation, qui prévoit le maintien des liens de filiations biologiques parallèlement à la création des nouveaux liens avec les parents adoptifs. Ces derniers sont malgré tout les seuls titulaires de l'autorité parentale. Plusieurs spécialistes considèrent que cette forme d'adoption peut souvent être plus à même de respecter l'intérêt de l'enfant. Voir à ce sujet A. ROY, préc., note 52, p. 16; D. GOUBAU et S. BEAUDOIN, préc., note 81, p. 51; Françoise-Romaine OUELLETTE et Carmen LAVALLÉE, « La réforme proposée du régime québécois de l'adoption et le rejet des parentés plurielles » (2015) 60 *Revue de droit de McGill*, 295–331, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/1029210ar>> (page consultée le 12 février 2020).

¹³⁵ Art. 577 C.c.Q.

¹³⁶ 2017, chap. 12

¹³⁷ Art. 577 C.c.Q.

¹³⁸ Art. 132 C.c.Q.

¹³⁹ Art. 543 C.c.Q. Voir *Droit de la famille – 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

¹⁴⁰ A. ROY, préc., note 52, p. 19. Voir également *Cour du Bien-être social c. X*, [1974] C.A. 372, 374.

doit dépasser de plus de dix-huit ans celui de l'adopté, sauf si ce dernier est l'enfant de son conjoint¹⁴². Notons également que « toute personne majeure peut, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant »¹⁴³. Ainsi, des personnes célibataires, des conjoints de fait ou des époux peuvent adopter. Il en va de même des couples homosexuels¹⁴⁴.

Hormis les cas d'une adoption fondée sur un consentement spécial¹⁴⁵, sur lequel nous reviendrons ci-après, toute personne qui souhaite adopter un enfant doit subir une évaluation psychosociale. Le directeur de la protection de la jeunesse est l'autorité compétente pour procéder à cette évaluation¹⁴⁶. Si cette dernière se révèle négative, la demande d'adoption sera refusée. Il est à noter que la loi ne prévoit aucun mécanisme de contestation d'un tel résultat¹⁴⁷. Aussi, des critères, comme l'âge avancé d'un postulant ou la précarité de sa situation financière, s'ajoutent dans la pratique à ceux prévus par la loi pour rejeter une candidature¹⁴⁸.

2.4. De l'admissibilité à l'adoption

L'adoptabilité de l'enfant peut découler de deux sources : 1) le consentement des parents ou du tuteur et 2) la déclaration judiciaire d'admissibilité¹⁴⁹.

¹⁴¹ Art. 549 C.c.Q. Par ailleurs, le juge a le pouvoir de passer outre cette absence de consentement pour un enfant âgé de moins de quatorze ans. Pour l'enfant âgé de quatorze ans ou plus, son refus fait obstacle à l'adoption.

¹⁴² Art. 547 C.c.Q. Le tribunal peut toutefois passer outre à cette exigence.

¹⁴³ Art. 546. C.c.Q.

¹⁴⁴ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 113, p. 716; A. ROY, préc., note 52, p. 22 et suiv. Pour aller plus loin quant à l'homoparentalité : Alain ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois », (2005) *Revue générale de droit*, 35 (1), 161–182, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/1027332ar>> (page consultée le 12 février 2020).

¹⁴⁵ Art. 547.1 C.c.Q.

¹⁴⁶ Art. 71.3.5 L.P.J.

¹⁴⁷ A. ROY, préc., note 52, p. 29.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 22 et 23.

¹⁴⁹ Art. 544 C.c.Q.

2.4.1. Du consentement des parents à l'adoption

Dans le premier cas d'adoption prévu par la loi, les parents¹⁵⁰ ou le tuteur¹⁵¹ consentent à l'adoption de l'enfant¹⁵². Leur consentement peut être général ou spécial¹⁵³. S'il est général, le consentement est reçu par le directeur de la protection de la jeunesse¹⁵⁴, qui choisira les postulants à l'adoption à qui confier l'enfant¹⁵⁵. Le consentement spécial, quant à lui, s'applique dans les cas d'adoption intrafamiliale et « ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent; il peut également être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère »¹⁵⁶.

2.4.2. De la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption

Le Code civil prévoit les situations où une déclaration d'admissibilité à l'adoption est possible, à savoir l'enfant a plus de trois mois et ne bénéficie d'aucune filiation; les parents de l'enfant ont été déchus de leur autorité parentale; l'enfant est orphelin et n'est pas pourvu d'un tuteur; et les père et mère de l'enfant, ou son tuteur, n'en ont assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation depuis au moins six mois¹⁵⁷.

¹⁵⁰ Par parent, on entend les parents reconnus à l'acte de naissance, art. 523 C.c.Q.

¹⁵¹ Art. 553 C.c.Q.: le tuteur ne consentira qu'en cas de décès des parents, de déchéance de l'autorité parentale ou d'impossibilité de consentir de la part des parent : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 113, p. 719.

¹⁵² Art. 544 C.c.Q.

¹⁵³ Art. 555 C.c.Q.

¹⁵⁴ Art. 71 (2) L.P.J.

¹⁵⁵ Art. 71 L.P.J.

¹⁵⁶ Art. 555 C.c.Q. Pour aller plus loin quant à l'adoption intrafamiliale : Alain ROY, « L'adoption intrafamiliale : une institution à remanier en fonction des besoins identitaires de l'enfant », (2007) 273 *Développements récents en droit familial*, en ligne : < <https://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/273/367232158#infos>> (consulté le 8 février 2020).

¹⁵⁷ Art. 559 C.c.Q.

Cette dernière situation, la plus fréquemment invoquée¹⁵⁸, fait l'objet d'une analyse en trois étapes, établie par la jurisprudence, laquelle permet de déterminer l'admissibilité de l'enfant à l'adoption¹⁵⁹. La première étape consiste à déterminer si les parents ont assumé le soin, l'entretien ou l'éducation de l'enfant depuis au moins six mois. Il faut noter que le fait d'assumer le soin, l'entretien ou l'éducation d'un enfant ne témoigne pas pour autant de la présence d'un lien significatif entre celui-ci et le parent. L'analyse doit être objective et se faire sans égard à la volonté des parents de se défaire ou non de leur enfant¹⁶⁰. Aussi, au moment des démarches d'adoption, l'enfant ne vit généralement pas auprès de ses parents, mais dans une famille d'accueil, en vertu d'un jugement en matière de protection de la jeunesse. Son placement est souvent la résultante de circonstances témoignant de l'absence de lien significatif. Pour de tels cas, la Cour d'appel a établi des paramètres d'analyse, tels le comportement des parents face à l'intervention sociale et le sérieux des mesures prises par eux pour remédier aux problèmes à l'origine du placement¹⁶¹.

Notons que la Cour d'appel dissocie le fait pour un parent de ne pas assumer le soin, l'entretien et l'éducation de son enfant d'une hypothétique volonté de sa part d'abandonner celui-ci. Le législateur se limite au seul fait objectif du parent qui n'assume pas le soin, l'entretien et l'éducation de l'enfant¹⁶². L'abandon a une connotation négative, il suppose une faute, un choix, et en cela il relève de la subjectivité. Parler d'abandon, surtout dans le contexte du placement d'un enfant en vertu d'un jugement en matière de protection de la jeunesse, alors que les parents peuvent faire face à de grandes difficultés et présenter d'importantes limites, est fort délicat. Ainsi, un parent peut consentir à l'adoption ou ne pas s'opposer à une déclaration d'admissibilité à l'adoption dans le seul but de répondre aux

¹⁵⁸ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 113, p. 729.

¹⁵⁹ *Directeur de la protection de la jeunesse c. An.T.*, 2005 QCCA 568, par. 35. Pour approfondir, voir Jacques A. ARCHAMBAULT et Claude 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, 172. Voir également *Adoption —173*, 2017 QCCA 90 et Élise CHARPENTIER, Sébastien LANCTÔT, Benoit MOORE et Alain ROY, *Code civil du Québec, Annotations - commentaires, 2017-2018*, 2017, 2e éd. Éditions Yvon Blais, p. 543 et suiv.

¹⁶⁰ *Directeur de la protection de la jeunesse c. An.T.*, 2005 QCCA 568, par. 37.

¹⁶¹ *Id.*, par. 46 et 47.

¹⁶² *Droit de la famille – 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

besoins de son enfant, et dans le seul intérêt de celui-ci, posant de cette façon un dernier geste d'amour à son égard¹⁶³. Sous cet angle, une terminologie clinique s'est développée qui isole l'idée d'abandon de la prise de conscience du parent de son incapacité à combler les besoins de son enfant :

« Le renoncement est défini par Marinopoulos comme le résultat d'un processus réflexif qui peut mener le parent à prendre la décision de confier son enfant à d'autres. L'auteur oppose cette notion à celle d'abandon définie davantage comme un passage à l'acte, donc un geste non réfléchi, souvent impulsif, non assumé (le parent disparaît tout à coup de la vie de l'enfant sans donner de nouvelles). Le renoncement permet au parent d'assumer son rôle jusqu'au bout, en confiant son enfant aux soins d'autres parents au moment où il prend conscience qu'il n'est pas lui-même en mesure de jouer ce rôle. Cette décision, qu'il juge être la meilleure pour son enfant et souvent pour lui-même, est souvent prise lorsque de nombreux indices témoignent du bien-être et de l'enracinement de l'enfant dans sa nouvelle famille. Cette décision assumée, réfléchie est nécessairement douloureuse, du fait de la perte ressentie en laissant aller l'enfant. »¹⁶⁴

La deuxième étape de l'analyse établie par la jurisprudence pour évaluer l'admissibilité de l'enfant à l'adoption est celle de l'examen de l'improbabilité de reprise en charge de l'enfant par ses parents. Car l'enfant ne peut être déclaré admissible que s'il est improbable que ses parents en reprennent la garde. Cette improbabilité est présumée¹⁶⁵; il appartient aux parents de renverser cette présomption et de faire la preuve d'un plan de reprise en charge. Outre la capacité des parents à offrir ce plan, le tribunal doit également analyser celle de l'enfant à le recevoir et à l'actualiser¹⁶⁶.

¹⁶³ *Situation de l'enfant A.*, C.Q. Montréal (Ch. de la jeunesse), n° 525-43-007561-182, 9 mai 2019, j. Nolin, par. 3.

¹⁶⁴ Myriam DES MARCHAIS, Michelle ST-ANTOINE et Dominique LEBRUN, « Points de vue clinique et juridique sur les situations de délaissement en protection de la jeunesse », (2015) XXII-1 *Défi jeunesse* 12 à 28, 19.

¹⁶⁵ Art. 561 C.c.Q. Voir également J. A. ARCHAMBAULT et C. BOISCLAIR, préc., note 159, p. 172, ainsi que certains jugements de la Cour d'appel: *Adoption-11228*, 2011 QCCA 1488; *Adoption-16224*, 2016 QCCA 1757, *Adoption-13299*, 2013 QCCA 2080.

¹⁶⁶ *Droit de la famille - 376*, 1987 CanLII 608 (QC CA); *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

La troisième et dernière étape conduit le magistrat à analyser l'intérêt de l'enfant à être déclaré admissible à l'adoption. La Cour d'appel a déterminé les deux facteurs prioritaires à prendre en compte dans cet examen, soit l'écoulement du temps au sein de la famille d'accueil et les liens d'attachement avec cette dernière : « Les liens biologiques, en l'occurrence, et considérés du seul point de vue de l'enfant, ont un poids négligeable en comparaison des effets bénéfiques que l'adoption de X par sa famille d'accueil aura sur son développement »¹⁶⁷.

2.5. L'ordonnance de placement

Après l'obtention du consentement à l'adoption ou de la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption, le tribunal sera appelé à ordonner le placement de l'enfant en vue de son adoption¹⁶⁸. Il ne pourra le faire que si toutes les conditions de l'adoption ont été remplies¹⁶⁹.

Légalement, « l'ordonnance de placement constitue le point de départ de la période de probation de l'adoptant »¹⁷⁰, aux termes de laquelle le tribunal doit s'assurer que l'enfant s'est adapté ou s'adapte à son nouveau milieu de vie¹⁷¹. Généralement, l'enfant vit auprès des adoptants, à la fois parents d'accueil et postulants à un projet d'adoption, depuis déjà un certain temps. La double candidature des adoptants découle du programme Banque mixte, banque de candidats désirant adopter et se disant prêts à accueillir à titre de famille d'accueil un enfant qui deviendra possiblement adoptable¹⁷².

¹⁶⁷ *Adoption* — 151, 2015 QCCA 207, par. 15.

¹⁶⁸ Art. 566 C.c.Q.

¹⁶⁹ Art. 568 C.c.Q.

¹⁷⁰ A. ROY, préc., note 52, p. 64.

¹⁷¹ *Adoption* - 164, 2016 QCCQ 2740.

¹⁷² Dominique GOUBAU et Françoise-Romaine OUELLETTE, « L'adoption et le difficile équilibre des droits et des intérêts : le cas du programme québécois de la «Banque mixte» », (2006) 51 *Revue de droit de McGill*, 7.

2.6. Le jugement d'adoption

L'adoption ne peut être prononcée que si, depuis l'ordonnance de placement, le mineur a vécu au moins six mois avec l'adoptant, ou trois mois quand le tribunal en a tranché ainsi¹⁷³. La demande en adoption sera accueillie par le juge s'il considère que l'enfant s'est bien adapté à sa famille adoptive¹⁷⁴. L'adoption confèrera à l'adopté une filiation qui succède à ses filiations préexistantes, y compris si les noms de parents d'origine sont maintenus sur l'acte de naissance de l'enfant¹⁷⁵ et fera naître les mêmes droits et obligations que la filiation par le sang¹⁷⁶.

2.7. La confidentialité des dossiers d'adoption

En vertu du Code civil, les dossiers judiciaires d'adoption sont confidentiels et aucun des renseignements qu'ils contiennent ne peut être révélé, sauf dans les cas où la loi l'exige¹⁷⁷. Cette confidentialité est parfois théorique en ce que l'enfant est souvent placé dans une famille adoptive en vertu d'une ordonnance en matière de protection de la jeunesse¹⁷⁸. C'est ainsi qu'il

¹⁷³ Art. 566 C.c.Q. Voir par exemple *Adoption - 164*, 2016 QCCQ 2740, où la réduction du délai a été accordé, l'enfant ayant vécu avec les demandeurs depuis sa naissance.

¹⁷⁴ A. ROY, préc., note 52, p. 67.

¹⁷⁵ Art. 577 C.c.Q. : « Quoiqu'il puisse y avoir une reconnaissance de ses liens préexistants de filiation, l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine ». Pour des réflexions sur l'adoption plénière : Françoise-Romaine OUELLETTE et Carmen LAVALLÉE, « La réforme proposée du régime québécois de l'adoption et le rejet des parentés plurielles » (2015) 60 *Revue de droit de McGill*, 295–331, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/1029210ar>> (page consultée le 12 février 2020).

¹⁷⁶ Art. 578 C.c.Q.

¹⁷⁷ Art. 582 C.c.Q.

¹⁷⁸ D. GOUBAU et F-R. OUELLETTE, préc., note 172, p. 7.

est possible, voire probable, que les parents d'accueil et les parents d'origine se croisent à l'occasion des rencontres prévues entre l'enfant et ces derniers¹⁷⁹.

Par ailleurs, le législateur a prévu plusieurs exceptions à la confidentialité dans le domaine de l'adoption. C'est entre autres le cas pour les questions médicales d'ordre génétique¹⁸⁰ et pour les « retrouvailles » entre l'enfant adopté et le parent d'origine. Un adopté a le droit d'obtenir l'information sur son nom d'origine, celui de ses parents d'origine et celle lui permettant de reprendre contact avec ces derniers. Quant au parent d'origine, il a le droit d'obtenir les renseignements l'habilitant à reprendre contact avec l'enfant adopté devenu majeur. Toutefois, dans tous les cas, les renseignements ne peuvent être révélés si un refus à la communication de l'identité ou un refus de contact est enregistré¹⁸¹.

¹⁷⁹ Lise NADEAU, *Les étapes du processus d'adoption au Centre jeunesse de Québec Institut universitaire*, Centre jeunesse de Québec, 2007, p. 17.

¹⁸⁰ Art. 584 C.c.Q.

¹⁸¹ Art. 583 C.c.Q. Un parent d'origine peut enregistrer, dans l'année qui suit la naissance de l'enfant, un refus à la communication de son identité. Ce refus cesse d'avoir effet au premier anniversaire du décès de son bénéficiaire, art. 583.9 C.c.Q. Pour les adoptions antérieures au 16 juin 2018, voir l'art. 583.5 C.c.Q., qui prévoit un régime transitoire. Pour plus d'information, voir ÉLISE CHARPENTIER, Sébastien LANCTÔT, Benoit MOORE et Alain ROY, *Code civil du Québec, Annotations - commentaires, 2017-2018*, 2017, 2e éd. Éditions Yvon Blais, p. 588 et suiv. Sur la question de la quête identitaire de l'enfant : Louise-Andrée BARRETTE, *La connaissance des origines de l'enfant adopté: du « besoin » au « droit » Perspectives anthropologique, sociologique et psychologiques pour une réforme législative*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 2009; D. GOUBAU et S. BEAUDOIN, préc., note 81, p. 51.

Titre II: Le droit coutumier de l'adoption autochtone

1. Les nations autochtones du Québec

La présente section est consacrée aux nations autochtones. Nous nous emploierons d'abord à définir certains concepts terminologiques qui leur sont propres, suivant une perspective étatique. Nous nous intéresserons ensuite au cadre législatif général auquel les Autochtones sont soumis. Nous tracerons également un portrait global des onze nations autochtones, du type d'interventions qu'opère l'État auprès des communautés en matière familiale et des conditions socio-économiques dans lesquelles celles-ci évoluent. Un tel regard sur la réalité autochtone nous paraît essentiel à la compréhension de la dynamique qui existe entre les Autochtones et l'État.

1.1. Terminologie

Différentes expressions sont utilisées dans le langage commun pour référer aux peuples autochtones. Cependant, ces termes ne sont pas équivalents et doivent être utilisés suivant leur sens respectif. Le terme « autochtone » (du grec *autos*, « même », et *khthôn*, « terre ») est défini par l'Office québécois de la langue française comme une « personne vivant sur le territoire habité par ses ancêtres depuis un temps immémorial »¹⁸². Quant à la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁸³, elle définit à l'article 35 l'expression « peuples autochtones » en référence aux Indiens, aux Inuits et aux Métis.

Le terme « indien », considéré désuet, est un terme juridique défini par la *Loi sur les Indiens*¹⁸⁴ et réfère aux nations amérindiennes. Il vise les mêmes nations que l'expression

¹⁸² OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « autochtone », en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=17483311> (consulté le 13 janvier 2019).

¹⁸³ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R-U).

¹⁸⁴ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5.

« Premières Nations », ce qui exclut les Métis et les Inuits¹⁸⁵. Au Québec, le terme Inuits désigne la nation autochtone vivant au Nunavik, dans le nord. Les Métis, peu présents en sol québécois, sont les personnes qui ont des ancêtres autochtones et non autochtones, soit des descendants de la nation métisse¹⁸⁶. Aucune nation métisse en sol québécois n'est reconnue par l'Assemblée nationale du Québec¹⁸⁷.

1.2. Le cadre législatif général

La *Proclamation royale*, adoptée en 1763, constitue le premier document juridique traitant des peuples autochtones. Elle reconnaît leur organisation en nations et prévoit notamment une responsabilité de la Couronne britannique quant à leur protection¹⁸⁸. Par la suite, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, entré en vigueur en 1867, confiera au gouvernement fédéral la compétence sur les Indiens et leurs terres¹⁸⁹.

Dans le but d'assimiler les Autochtones, le gouvernement adoptera, en 1876, la *Loi sur les Indiens*¹⁹⁰, qui s'appliquera aux Premières Nations, et non aux Métis et Inuits¹⁹¹. Après avoir fait l'objet de plusieurs modifications, cette loi, qui est toujours en vigueur en 2020,

¹⁸⁵ BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, « Peuples autochtones : terminologie et identité », *Notes de la Colline* (14 décembre 2015), en ligne : <<https://notesdelacolline.ca/2015/12/14/peuples-autochtones-terminologie-et-identite/>> (consulté le 13 janvier 2019).

¹⁸⁶ *Id.* Dans *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, la Cour suprême définit le terme « métis » de la façon suivante : « Le mot « Métis » à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits, d'une part, et de leurs ancêtres européens, d'autre part. Une communauté métisse est un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun. ».

¹⁸⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Résolution de l'Assemblée nationale du Québec du 20 mars 1985 sur la reconnaissance des droits des Autochtones*, 1985 ; ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Résolution du 30 mai 1989 sur la reconnaissance de la nation malécite*, 1989.

¹⁸⁸ Pierre LEPAGE, *Mythes et réalités sur les peuples autochtones*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2010, p. 13, en ligne : <<http://www.deslibris.ca/ID/221058>> (consulté le 10 janvier 2019).

¹⁸⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R-U), art. 91 (24).

¹⁹⁰ *Loi sur les Indiens*, préc., note 184.

¹⁹¹ *Loi sur les Indiens*, préc., note 184, art. 4.

attribuera aux *Indiens* un statut de citoyens inférieurs. Les *Indiens* seront notamment privés du droit de propriété des terres des réserves et leurs biens situés sur une réserve ne seront pas saisissables, ce qui restreindra grandement leur capacité d'emprunt, puisqu'ils ne pourront contracter d'hypothèque. Leur capacité de transmission des biens par succession sera, quant à elle, limitée¹⁹².

La loi définit un *Indien* comme une personne inscrite au Registre des Indiens ou ayant droit de l'être. Elle définit un enfant comme comprenant les enfants adoptés légalement ou selon la coutume autochtone¹⁹³. Le droit d'inscription au registre, prévu à la loi, comporte des règles liées à la transmission du droit par la filiation :

« 6(1) [...] une personne a le droit d'être inscrite si elle remplit une des conditions suivantes :

[...]

f) ses parents ont tous deux le droit d'être inscrits en vertu du présent article ou, s'ils sont décédés, avaient ce droit à la date de leur décès.

6(2) [...] une personne a le droit d'être inscrite si l'un de ses parents a le droit d'être inscrit en vertu du paragraphe (1) ou, s'il est décédé, avait ce droit à la date de son décès. »¹⁹⁴

Une *bande* réfère à un groupe d'Indiens pour lesquels des terres de la Couronne ont été mises de côté¹⁹⁵. Une *réserve* est une parcelle de terres appartenant à la Couronne et mise de côté pour l'usage et le profit d'une bande¹⁹⁶.

Est également prévue par la loi l'applicabilité des lois provinciales aux *Indiens*, tant que les dispositions sont compatibles avec la loi¹⁹⁷. Au Québec, un régime particulier existe pour les nations crie et naskapie, soumises au régime prévu à la *Loi sur les Naskapis et la Commission crie-naskapie*¹⁹⁸, plutôt qu'au régime prévu à la *Loi sur les Indiens*.

¹⁹² P. LEPAGE, préc., note 188, p. 33 à 38.

¹⁹³ Art. 2, *Loi sur les Indiens*.

¹⁹⁴ Art. 6, *Loi sur les Indiens*.

¹⁹⁵ Art. 2, *Loi sur les Indiens*.

¹⁹⁶ Art. 2, *Loi sur les Indiens*.

¹⁹⁷ Art. 88, *Loi sur les Indiens*.

¹⁹⁸ *Loi sur les Naskapis et la Commission crie-naskapie*, S.C. 1984, c. 18.

Dans un autre ordre d'idées, la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹⁹ prévoit à l'article 25 que les droits garantis par la Charte ne portent pas atteinte aux droits ancestraux issus de traités ou autres des peuples autochtones. Pour ce qui est de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁰⁰, son article 35 reconnaît et confirme les droits ancestraux ou issus des traités des peuples autochtones.

Il est à noter que, pour revendiquer leurs droits liés à l'adoption coutumière, les Autochtones n'invoquent pas l'article 43 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁰¹ prévoyant que les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur vie culturelle avec les autres individus issus du même groupe. C'est que, en effet, les Autochtones ne se reconnaissent pas dans le concept de minorités ethniques²⁰².

Mentionnons également que la *Déclaration sur les droits des enfants des Premières Nations*²⁰³, adoptée en 2015 par l'Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador, prévoit divers droits pour les enfants autochtones, notamment celui d'avoir accès à l'adoption coutumière comme mécanisme susceptible d'assurer leur sécurité et leur bien-être. En outre, c'est le 21 juin 2019 que fut sanctionnée la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*²⁰⁴. Son préambule est particulièrement intéressant :

¹⁹⁹ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R-U).

²⁰⁰ Art. 35, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R-U).

²⁰¹ L.R.Q., c. C-12.

²⁰² Karina MONTMINY, « La reconnaissance de l'adoption coutumière au Québec : quelle place pour la Charte des droits et libertés de la personne? », dans *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2013 à la page 4.

²⁰³ ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS QUÉBEC-LABRADOR, *Déclaration sur les droits des enfants des Premières Nations*, en ligne: < <http://www.cssspnql.com/docs/default-source/centre-de-documentation/affiche-declaration-droits-enfant-pn-rognée-fr.pdf?sfvrsn=0%20>> (consulté le 1er septembre 2019).

²⁰⁴ L.C. 2019, c. 24.

« [...]

que le Parlement reconnaît les séquelles découlant des pensionnats indiens ainsi que les torts, notamment les traumatismes intergénérationnels, causés aux peuples autochtones par les politiques et les pratiques coloniales;

que le Parlement reconnaît les bouleversements subis par les femmes et les filles autochtones en lien avec les systèmes de services à l'enfance et à la famille et l'importance de les aider à surmonter les désavantages historiques auxquels elles sont confrontées;

que le Parlement reconnaît l'importance de réunir avec leurs familles et leurs collectivités les enfants autochtones qui en ont été séparés dans le cadre de la fourniture de services à l'enfance et à la famille;

que la Commission de vérité et réconciliation du Canada a lancé des appels à l'action demandant aux gouvernements fédéral, provinciaux et autochtones de travailler ensemble pour le bien-être des enfants autochtones et demandant l'édiction de dispositions législatives fédérales qui établissent des normes nationales à cette fin;

que le Parlement affirme le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale lequel comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille;

[...]

que le gouvernement du Canada s'est engagé :

à travailler en coopération et en partenariat avec les peuples autochtones afin de favoriser la dignité, le bien-être et le plein épanouissement des enfants et des jeunes autochtones, de leurs familles et de leurs collectivités et à respecter, à renforcer et à utiliser comme fondement les réalisations de ces peuples à cet égard,

à mener à bien la réconciliation avec les Premières Nations, les Inuits et les Métis grâce à des relations renouvelées de nation à nation, de gouvernement à gouvernement et entre les Inuits et la Couronne, qui reposent sur la reconnaissance des droits, le respect, la coopération et le partenariat,

à dialoguer avec les peuples autochtones et les gouvernements des provinces pour appuyer une réforme en profondeur des services à l'enfance et à la famille fournis à l'égard des enfants autochtones;

que le gouvernement du Canada reconnaît la demande constante d'obtention d'un financement des services à l'enfance et à la famille qui soit prévisible, stable, durable, fondé sur les besoins et conforme au principe de l'égalité réelle afin d'atteindre des résultats qui sont positifs à long terme pour les enfants, les familles et les collectivités autochtones. »²⁰⁵

²⁰⁵ Préambule, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, c. 24.

Cette loi énumère, notamment, les facteurs à considérer dans la détermination de l'intérêt de l'enfant autochtone au moment du placement de celui-ci hors du milieu familial²⁰⁶. Elle prévoit également les paramètres d'accès aux services sociaux pour l'enfant autochtone et sa famille²⁰⁷. Finalement, la loi réitère que la compétence en matière d'aide à l'enfance s'inscrit dans le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale prévue à la Constitution²⁰⁸.

1.3. Le cadre législatif international

Outre celles qui existent à l'échelle nationale, des dispositions pertinentes aux autochtones se retrouvent dans des documents internationaux. Mentionnons d'abord les dispositions de l'article 20 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*²⁰⁹ qui établissent que lorsqu'un enfant est retiré de son milieu familial, son origine culturelle, ethnique, religieuse et linguistique doit être prise en compte dans le choix d'une solution alternative. Ajoutons à cela les dispositions de l'article 30 selon lesquelles un enfant autochtone ne peut être privé du droit à sa propre vie culturelle et d'employer sa langue en commun avec les autres membres de son groupe.

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*²¹⁰, quant à elle, prévoit « le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation, de la formation, de l'instruction et du bien-être de leurs

²⁰⁶ Art. 10 et 16, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, c. 24.

²⁰⁷ Art. 11, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, c. 24.

²⁰⁸ Art. 18, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, c. 24. Pour une analyse plus approfondie de l'impact de cette loi sur l'intérêt de l'enfant autochtone, voir la sous-section 4.5 du second titre.

²⁰⁹ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Convention relative aux droits de l'enfant » (20 novembre 1989), en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>> (consulté le 30 janvier 2019).

²¹⁰ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, adoptée le 13 septembre 2007 dans la résolution 61/295, en ligne : <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf> (consulté le 30 janvier 2019).

enfants, conformément aux droits de l'enfant »²¹¹ et prohibe tout acte de violence à l'égard des peuples autochtones, incluant « le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre »²¹². Elle protège également le droit de l'enfant de préserver son identité et ses relations familiales, sans ingérence illégale²¹³.

Il faut savoir que les dispositions émanant du droit international constituent des sources d'interprétation pour les tribunaux nationaux²¹⁴. Il existe toutefois une exception, soit la *Convention de La Haye sur la protection des enfants et de la coopération en matière d'adoption*²¹⁵, conclue en 1993. Effectivement, le Canada, au moment de sa ratification, a joint une déclaration stipulant que l'adoption coutumière n'y était pas soumise²¹⁶.

1.4. Les onze nations

En 1985, l'Assemblée nationale a adopté une résolution selon laquelle elle reconnaissait l'existence de dix nations autochtones, soit les nations abénaquise, algonquine, attikamek, crie, huronne, micmaque, mohawk, innue, naskapie et inuite. En 1989, une onzième nation a été reconnue par le biais d'une seconde résolution, soit la nation malécite²¹⁷.

Les onze nations sont constituées de plus de 114 000 individus²¹⁸ répartis en 41 communautés amérindiennes et 14 villages nordiques. Des 80 300 Amérindiens, environ 58 000 résident sur une réserve régie par un conseil de bande²¹⁹. La majorité des Autochtones,

²¹¹ *Id.*, dans le préambule.

²¹² *Id.*, art. 7.

²¹³ *Id.*, art. 8.

²¹⁴ K. MONTMINY, préc., note 202, p. 113.

²¹⁵ (1993) 82 *R.C.D.I.P.* 506.

²¹⁶ M. PARÉ, préc., note 18, p. 77.

²¹⁷ ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Résolution du 30 mai 1989 sur la reconnaissance de la nation malécite*, 1989.

²¹⁸ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, préc., note 14, p. 102.

²¹⁹ Denise GAUDREAU, *Amérindiens et Inuits : portrait des nations autochtones du Québec*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 2011, p. 13, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/2218590>> (consulté le

plus précisément 55,6 %, vivent en dehors des communautés, principalement en milieu urbain²²⁰.

Les onze nations appartiennent à trois familles linguistiques et culturelles. Les Amérindiens sont divisés en deux familles : algonquienne et iroquoienne. Cette dernière comprend les nations des Mohawks et des Hurons-Wendat, alors que les neuf autres nations amérindiennes appartiennent à la famille algonquienne. Les Inuits forment une famille distincte, dite eskaléoute²²¹.

La nation abénaquise représente plus de 2 100 individus au Québec. Il existe deux communautés abénaquises, Odanak et Wôlinak, toutes deux situées sur la rive sud du fleuve Saint-Laurent, près de Trois-Rivières, et regroupant environ 400 individus. De nombreux Abénaquis résident en dehors de leur communauté. Les Abénaquis parlent principalement français et leur langue traditionnelle est désormais maîtrisée par moins d'une centaine d'aînés. Ils sont arrivés au Québec au XVII^e siècle en provenance de la Nouvelle-Angleterre. Le premier collège autochtone du Québec, l'Institut postsecondaire des Premières Nations, est situé dans la communauté d'Odanak²²².

La nation algonquine est constituée de 10 000 individus, dont 5 863 sont répartis entre les neuf communautés de la nation. Hunter's Point, Kebaowek, Lac-Simon, Kitcisakik, Pikogan, Timiskaming et Winneway sont des communautés situées en Abitibi-Témiscamingue. Lac-Rapide et Kitigan Zibi sont situées en Outaouais. Certaines communautés ne sont pas constituées en réserve. La langue algonquine est utilisée dans les communautés. Certains Algonquins sont trilingues, maîtrisant également le français et

10 janvier 2019). Notons par ailleurs que la soumission d'un Autochtone à l'ordre normatif que constitue le droit autochtone ne dépend pas de sa situation géographique (à savoir s'il se trouve dans la réserve ou non), mais bien de son appartenance à la communauté, conformément au principe de la personnalité des lois. Pour une analyse complète de cette théorie dans le contexte autochtone, voir Ghislain OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », (2006) 47 *Les Cahiers de droit*, 781.

²²⁰ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, préc., note 14, p. 103.

²²¹ *Id.*, p. 14.

²²² *Id.*, p. 16 et 17.

l'anglais. Traditionnellement nomades, les Algonquins sont peu à peu devenus sédentaires au début du XX^e siècle à la suite de la colonisation de l'Abitibi²²³.

La nation attikamek, représentant 6 730 personnes, est répartie en trois communautés : Manawan (Lanaudière), Wemotaci et Obedjiwan (Haute-Mauricie). C'est la langue traditionnelle qui est parlée par la population, le français étant utilisé comme langue seconde. Entre 1950 et 1972, les communautés ont dû déménager en raison de la construction de barrages. Le Conseil de la nation attikamek s'occupe de la prestation des services sociaux à Manawan et à Wemotaci²²⁴.

Les Cris constituent la seconde nation la plus peuplée, soit 17 000 individus. Les communautés sont situées dans le Nord-du-Québec. Waskaganish, Eastmain, Wemindji et Chisasibi sont situées sur les rives de la baie James, Whapmagoostui sur les rives de la baie d'Hudson et Nemaska, Waswanipi, Mistissini et Oujé-Bougoumou à l'intérieur des terres. La langue crie est parlée par l'ensemble de la nation, l'anglais étant majoritairement la langue seconde. Originaires de l'Ouest canadien, la nation crie résiderait dans cette région depuis environ 5 000 ans. En 1975, la signature de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* assure à la nation différents avantages, dont la création d'un régime territorial comportant des droits exclusifs de chasse, de pêche et de piégeage, et l'administration de responsabilités gouvernementales, notamment sur le plan de l'éducation, de la santé et des services sociaux. En février 2002, une nouvelle entente, appelée *Paix des braves*, a été conclue avec le gouvernement provincial et prévoit l'implication des Cris dans le développement forestier, minier et hydro-électrique du territoire de la Baie-James²²⁵.

Les Hurons-Wendat résident dans une seule communauté, Wendake, située près de la ville de Québec et constituée de 1 330 membres qui parlent français. La langue huronne est considérée comme éteinte, bien que des recherches soient actualisées dans le but de la faire

²²³ *Id.*, p. 18.

²²⁴ *Id.*, p. 20 et 21.

²²⁵ *Id.*, p. 22 et 23.

renaître. La nation est présente au Québec depuis la moitié du XVII^e siècle, moment auquel les Hurons-Wendat ont quitté le lac Huron, en Ontario. Ces derniers forment un peuple de commerçants prospères. Pensons simplement aux mocassins, canots et raquettes de Wendake qui jouissent d'une renommée mondiale²²⁶.

Totalisant 16 820 individus, la nation innue est répartie en neuf communautés, dont sept sont situées sur la rive nord du fleuve Saint-Laurent (Essipit, Pessamit, Uashat-Maliothenam, Mingan, Natashquan, La Romaine et Pakuashipi). Une huitième communauté est située au Lac-Saint-Jean et la dernière près de Schefferville. Les membres de cette nation parlent l'innu et ont comme seconde langue le français. Formant historiquement un peuple de chasseurs-cueilleurs, les Innus ont été très impliqués quant au commerce de fourrures au XVIII^e siècle. Ensuite, avec le développement hydroélectrique de leur région, la nation a conclu des ententes importantes de partenariat avec Hydro-Québec²²⁷.

Situé au nord du Québec, le Nunavik est habité par les Inuits, une nation de 11 000 individus résidant dans 14 villages nordiques. La population connaît un essor démographique et présente une population très jeune. L'inuktitut est maîtrisé par les individus de la nation et est enseigné à l'école. Bien que l'anglais fut autrefois la langue seconde, de nombreux Inuits choisissent désormais le français. En 1975, la signature de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* a assuré à la nation différents avantages, notamment la création de l'Administration régionale Kativik, une entité travaillant entre autres pour le développement économique, les transports, les services de police et les télécommunications²²⁸. Au Nunavik, le coût de la vie est 69 % plus élevé que dans le reste du Québec²²⁹.

La nation malécite est constituée d'environ 780 individus, qui ne résident pas dans des communautés. Ils vivent à différents endroits sur le territoire québécois. Il existe par ailleurs

²²⁶ *Id.*, p. 24 et 25.

²²⁷ *Id.*, p. 26 et 27.

²²⁸ *Id.*, p. 28 et 29.

²²⁹ Mylène LARIVIÈRE, « Le régime coutumier de l'adoption des enfants autochtones : l'exemple du droit des Inuits du Nunavik », dans *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013, p. 7.

une seule bande malécite et celle-ci possède un terrain situé à Whitworth. Le terrain accordé à la nation par le gouvernement fédéral est impropre à l'agriculture et n'est pas habité par les Malécites. Ces derniers ont par ailleurs développé une expertise dans l'exploitation des bateaux de pêche. Les Malécites du Québec parlent français; la langue traditionnelle est maîtrisée uniquement par des Malécites vivant dans le Maine ou au Nouveau-Brunswick (où ils résidaient jusqu'au XVI^e siècle)²³⁰.

Les 5 259 Micmacs forment une nation répartie en trois groupes. Les communautés de Gesgapegiag et de Listuguj sont situées en Gaspésie. Environ 500 Micmacs forment la bande de Gespeg et celle-ci ne dispose pas de terrain, ses membres résidant à Montréal ou à Gaspé. Le micmac est enseigné à l'école et maîtrisé par plusieurs membres de la nation. Ces derniers sont spécialisés dans la pêche en haute mer ainsi que dans les paniers de frêne et de foin d'odeur. La nation a également mis en place différents services pour répondre aux besoins de la population, tels qu'un centre pour jeunes en difficultés, un centre de désintoxication et un centre d'hébergement pour femmes violentées²³¹.

La nation mohawk, constituée de plus de 17 340 individus, est la plus peuplée du Québec et est divisée en trois communautés, toutes situées dans le sud du Québec : Kahnawake, Akwesasne et Kanesatake. Les Mohawks parlent quotidiennement l'anglais, mais certains maîtrisent toujours la langue traditionnelle. Cette nation iroquoise était l'une des cinq qui formaient la Confédération des Cinq Nations avant l'arrivée des Européens. Il s'agissait d'une société matrilineaire. Au cours des années, les Mohawks ont signé des ententes en matière de santé avec le gouvernement. Ils ont notamment la pleine gestion de leur hôpital, à Kahnawake. Le territoire de la réserve d'Akwesasne est situé à la fois sur les territoires québécois, ontarien et new-yorkais. Les terres de la communauté de Kanesatake ne constituent pas légalement une réserve. Des tensions territoriales ont d'ailleurs mené à la célèbre crise d'Oka, en 1990²³².

²³⁰ D. GAUDREAU, préc., note 219, p. 30 et 31.

²³¹ *Id.*, p. 32 et 33.

²³² *Id.*, p. 34 et 35.

1 130 individus forment la nation naskapie, dont la seule communauté (Kawawachikamach) est située dans le Nord-du-Québec, à quinze kilomètres de Schefferville. Le Naskapi est parlé par l'ensemble de la nation et la langue seconde est l'anglais. Vivant traditionnellement de la chasse aux caribous, la nation a été décimée par plusieurs famines vers la fin du XIX^e siècle. En 1978, elle a signé la *Convention du Nord-Est québécois*, qui lui accorde notamment des droits exclusifs de chasse, de pêche et de piégeage. Dans les années 80, la fermeture de la compagnie minière Iron Ore a eu un impact négatif sur l'employabilité des Naskapis. Par la suite, la communauté s'est spécialisée dans le tourisme d'aventure, la construction, l'artisanat et le piégeage des animaux à fourrure²³³.

1.5. Interventions de l'État auprès des familles autochtones

Une analyse de la place qu'occupe l'enfant dans les sociétés autochtones ne saurait être complète sans un exposé des politiques gouvernementales mises en place au fil du temps et des traumatismes qu'elles ont entraînés chez des générations d'enfants.

Dès 1870, et pendant plus d'un siècle, le gouvernement fédéral a instauré un réseau de pensionnats accueillant des enfants autochtones déracinés de force de leur milieu familial :

« Le système des pensionnats indiens avait deux principaux objectifs : isoler les enfants et les soustraire à l'influence de leurs foyers, de leurs familles, de leurs traditions et de leur culture, et les intégrer par l'assimilation dans la culture dominante. Ces objectifs reposaient sur l'hypothèse que les cultures et les croyances spirituelles des Autochtones étaient inférieures. D'ailleurs, certains cherchaient, selon une expression devenue tristement célèbre, « à tuer l'Indien au sein de l'enfant ». »²³⁴

²³³ *Id.*, p. 36 et 37.

²³⁴ AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens » (3 novembre 2008), en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100015644/1100100015649>> (consulté le 19 janvier 2019).

La politique des pensionnats autochtones a produit des effets néfastes sur la culture, la langue et le patrimoine autochtones, contribuant au développement de problèmes sociaux, toujours présents en 2020²³⁵. De surcroît, depuis l'entrée en vigueur, en 1979, de la *Loi sur la protection de la jeunesse*²³⁶, un constat s'impose : les enfants autochtones sont surreprésentés dans le système de protection de la jeunesse. Fréquemment, les conditions de vie et la pauvreté, plutôt que la maltraitance ou la négligence, forcent le placement de l'enfant autochtone dans un nouveau milieu de vie. Et les placements à l'extérieur du milieu familial sont plus nombreux dans le cas des enfants autochtones que dans le cas des autres enfants. À ce propos, des études ont démontré qu'un enfant autochtone est ainsi 5,51 fois plus à risque d'être confié à un milieu de vie substitut qu'un enfant allochtone²³⁷. Il faut savoir que peu de ces enfants retournent vivre auprès de leur famille, mais ceux qui le font, après avoir été élevés par des familles non autochtones, se trouvent parfois aliénés de leur propre culture²³⁸.

1.6 Conditions de vie socio-économiques des enfants autochtones

Le Canada est l'un des pays les plus riches au monde. Pourtant, les conditions de vie de certains enfants autochtones s'apparentent à celles de pays en voie de développement.²³⁹ En témoignent l'accès limité aux soins de santé des enfants autochtones; leur taux de suicide – une des principales causes de décès chez eux – , cinq à huit fois plus élevé que chez les enfants allochtones; et leur consommation précoce de substances toxiques :

²³⁵ *Id.*

²³⁶ L.R.Q., c. P-34.1.

²³⁷ S. GRAMMOND et C. GUAY, préc., note 27, p. 889.

²³⁸ Marc TOURIGNY, Pascale DOMOND, Nico TROCMÉ, Bruno SIOUI et Karine BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la Protection de la jeunesse du Québec: Comparaison Interculturelle », (2007) 3-3 *First Peoples Child & Family Review* 84-102, p. 86, en ligne : <<http://journals.sfu.ca/fpcfr/index.php/FPCFR/article/view/52>> (consulté le 20 janvier 2019).

²³⁹ Anne FOURNIER, « La situation des enfants autochtones du Canada au regard de la Convention relative aux droits de l'enfant », (2014) Tome 73 *Revue du Barreau*, p. 332.

« En 2008, 20,0 % de la clientèle adulte des centres de traitement financés par le Programme national de lutte contre l'abus d'alcool et de drogues chez les Autochtones, rapportait avoir consommé de l'alcool à l'âge de 10 ans et moins, tandis que pour 58,0 % d'entre elle, l'âge de leur première consommation se situait entre 11 et 15 ans. »²⁴⁰

À ces phénomènes préoccupants s'ajoutent la discrimination dont les enfants autochtones font l'objet et une inégalité des chances²⁴¹.

Différents facteurs expliquent cette triste réalité : le surpeuplement des logements, un plus grand nombre de familles monoparentales, un revenu familial plus bas et un niveau de scolarisation significativement moins élevé que celui de la population non autochtone²⁴². Aussi, en 2018, le taux de chômage des hommes amérindiens était de 15,8 %, comparativement à 6,8 % pour les hommes allochtones²⁴³. Qui plus est, le coût de la vie est beaucoup plus élevé dans les villages inuits du Nunavik que dans le reste du Québec : les ménages inuits du Nunavik dépensent 63 % de leur revenu pour l'alimentation et le logement, comparativement à 41,3 % pour les ménages du reste de la province.

Il faut ajouter que les désaccords entre les différents paliers de gouvernement sur la responsabilité des coûts liés à certains services finissent par causer des préjudices aux enfants qui, souvent, n'obtiennent ces services que tardivement. Soulevons, à titre d'exemple, le cas de Jordan, un enfant autochtone atteint depuis sa naissance, en 1999, d'une condition médicale rare. Les autorités fédérales et provinciales se sont querellées durant deux ans avant de s'entendre sur le palier gouvernemental qui serait tenu d'offrir une famille d'accueil à l'enfant. Dans l'intervalle, le petit Jordan est décédé à l'hôpital sans n'avoir jamais pu bénéficier d'un milieu de vie approprié à sa condition et à ses besoins. De ce triste épisode est né le « principe

²⁴⁰ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, préc., note 14, p. 121.

²⁴¹ *Id.*, p. 339 et 340.

²⁴² *Id.*

²⁴³ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, préc., note 14, p. 107.

de Jordan », selon lequel les services requis par le milieu autochtone devraient être offerts par le palier de gouvernement ayant été le premier sollicité. Il reviendrait ensuite aux instances gouvernementales de s'entendre sur la juridiction devant supporter les coûts reliés à ces services. Malheureusement, à ce jour, le principe de Jordan n'a toujours pas été intégré dans la législation fédérale et québécoise. En revanche, d'autres provinces se sont engagées à le respecter²⁴⁴.

²⁴⁴ *Id.*, p. 336 à 338.

2. L'adoption coutumière

Cette section vise à présenter, concrètement, la coutume d'adoption. Nous aborderons d'abord la terminologie appropriée à la pratique, puis exposerons ses conditions de fond et de forme et ses effets. Nous nous intéresserons également aux particularités que présente la coutume chez les Inuits et chez les nations amérindiennes.

2.1. L'enfant dans les sociétés autochtones

Dans la société québécoise majoritaire, l'enfant est généralement éduqué par ses parents. Le lien qui les unit est primordial. Il en va autrement dans les cultures autochtones où la communauté se charge de guider l'enfant jusqu'à sa vie adulte, celui-ci étant perçu comme un don précieux²⁴⁵ :

« Les enfants occupent une place particulière dans les cultures autochtones. Selon la tradition, ils sont un don des esprits, et il faut les traiter avec beaucoup de douceur pour éviter qu'ils soient déçus par le monde où ils sont et décident de s'en retourner dans des lieux plus agréables. Il faut les protéger parce qu'il y a des esprits qui aimeraient les faire revenir dans cet autre royaume. L'enfant jette sur le monde un regard pur qui peut édifier ses aînés. Il possède en lui des dons qui se manifestent lorsqu'il devient enseignant, mère, chasseur, conseiller, artisan ou visionnaire. Il apporte des forces nouvelles à la famille, au clan et au village. Sa présence joyeuse rajeunit le cœur des anciens. La plus grande honte que puisse connaître une famille autochtone est sans doute celle de n'avoir pas pris soin du don qu'elle a reçu, de n'avoir pas protégé son enfant et d'avoir permis que d'autres le trahissent. »²⁴⁶

²⁴⁵ FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., *L'adoption traditionnelle et/ou coutumière chez les Autochtones*, Kahnawake, 2007, p. 4.

²⁴⁶ MINISTÈRE DES AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD, *À l'aube d'un rapprochement : points saillants du Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, 2012, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100014597/1100100014637>> (consulté le 10 janvier 2019).

Le contraste dans le modèle d'éducation des enfants allochtones québécois par rapport à celui qu'on applique aux enfants autochtones s'explique par la conception qu'ont les uns et les autres de la famille. Pour les premiers, la famille est nucléaire, composée de deux parents et d'enfants. C'est le modèle de famille qu'on retrouve traditionnellement dans les sociétés occidentales. Il est soutenu par différentes dispositions qui composent le droit de la famille, telles l'autorité parentale qui est attribuée aux seuls parents de l'enfant²⁴⁷ et l'obligation alimentaire qui s'applique qu'entre parents en ligne directe au premier degré²⁴⁸. Pour les seconds, la famille est plus large et inclusive. Elle englobe plus de membres et ceux-ci, au même titre que les parents, jouent un rôle important dans l'éducation de l'enfant²⁴⁹. C'est pourquoi les dispositions en matière de droit de la famille citées plus haut ne sont pas transposables dans le contexte des sociétés autochtones.

Bien que l'adoption puisse se conceptualiser dans les sociétés autochtones en termes de don ou d'échange, l'enfant n'est pas pour autant considéré comme un bien ou une marchandise, contrairement à ce que pourrait en penser un observateur occidental. D'un point de vue autochtone, le transfert d'une autorité à l'autre de responsabilités vis-à-vis d'un enfant ne signifie pas l'abandon²⁵⁰ de celui-ci, tel que le définit le droit étatique, mais équivaut plutôt à une adoption intrafamiliale²⁵¹

En dépit du fait qu'elle présente des caractéristiques qui varient d'une communauté à l'autre, l'adoption coutumière se pratique dans la majorité des communautés autochtones au Québec²⁵².

²⁴⁷ Art. 599 et 600, C.c.Q.

²⁴⁸ Article 585, *Code civil du Québec*.

²⁴⁹ A. FOURNIER, préc., note 10, p. 173.

²⁵⁰ Le terme *abandon*, utilisé par les auteurs de doctrine en droit autochtone pour opposer l'adoption coutumière à l'adoption étatique est également à nuancer en droit étatique. Voir à cet effet la sous-section 2.4 du premier titre.

²⁵¹ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 23 et 24.

²⁵² FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., *Recherche complémentaire sur les pratiques traditionnelles et coutumières de garde ou d'adoption des enfants dans les communautés autochtones du Québec*, Kahnawake, 2010, p. 10.

2.2. Terminologie

Il peut être ardu de définir la coutume de l'adoption, ses pratiques ne s'inscrivant pas à l'intérieur des balises fixées par le droit civil étatique. Dans certains cas, la remise de l'enfant à un couple en mesure de l'éduquer est clairement temporaire et s'apparente davantage à une délégation de la garde qu'à une adoption en bonne et due forme. Le projet d'adoption peut être empreint de souplesse et la terminologie qui lui est propre, empruntée au langage du droit civil (adoption, délégation, etc.), peut être mal comprise des personnes concernées²⁵³. Le même constat s'applique à la garde coutumière chez les Inuits, bien que ceux-ci y recourent peu²⁵⁴.

C'est ainsi que l'exercice consistant à départager l'adoption coutumière de la délégation temporaire de l'autorité parentale se révèle parfois malaisé. Pour illustrer ce constat, prenons la durée de séjour de l'enfant dans sa famille adoptive. Il arrive que cette période ne soit pas fixée au moment de la remise de l'enfant à ses parents adoptifs, mais que l'adoption se cristallise avec le temps à travers le maintien de l'enfant dans son nouveau milieu familial. Dans certaines communautés, un retour dans la famille d'origine est encouragé, mais laissé à la discrétion de l'enfant. Parfois ce dernier, après un séjour temporaire chez ses parents d'origine, décidera de retourner auprès de ses parents adoptifs²⁵⁵.

Le qualificatif « coutumière » décrit bien l'adoption autochtone, puisque c'est la collectivité autochtone et non le législateur qui en a conçu le principe. La coutume « est un vecteur dynamique d'autonomie d'origine non étatique engendrant des modèles de comportement et des règles de conduite »²⁵⁶. Par définition, la coutume n'est pas figée dans le temps et est appelée à évoluer au gré des courants sociaux. La Cour suprême a d'ailleurs

²⁵³ Cindy L. BALDASSI, « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences », (2006) 39 *U.B.C. Law Review* 38, 70 et 71.

²⁵⁴ M. LARIVIÈRE, préc., note 229, p. 14 et 15.

²⁵⁵ S. GRAMMOND et C. GUAY, préc., note 27, 902.

²⁵⁶ G. OTIS, préc., note 23, p. 126.

reconnu ce non-statismisme des cultures et l'évolution logique des pratiques ancestrales, protégée par la Constitution²⁵⁷.

L'expression « adoption coutumière », qui trouve son origine dans le vocabulaire du droit civil, a peu de résonance dans les communautés des Premières Nations, qui tiennent avant tout la pratique pour une « garde d'enfant »²⁵⁸.

2.3. Conditions de fond et de forme

L'adoption en droit coutumier autochtone constitue une pratique présente depuis des temps immémoriaux²⁵⁹. Comme nous l'avons déjà évoqué, elle n'a pas pour prémisses l'abandon de l'enfant par les parents; on doit l'assimiler à un geste délibéré et conscient des parents de confier, pour une raison ou une autre, l'enfant à des tiers²⁶⁰. Contrairement à l'adoption étatique qui implique un long processus administratif et judiciaire²⁶¹, l'adoption coutumière n'est pas soumise à des formalités écrites. Une entente verbale entre les parents d'origine, les parents adoptifs et, le cas échéant, l'enfant, suffit.

Outre l'inexistence de formalité, l'absence de rôle dévolu à un professionnel ou à un représentant du système judiciaire caractérise l'adoption coutumière. Conséquemment, les parents adoptifs ne sont pas soumis à une évaluation psychosociale. Bien que l'adoption

²⁵⁷ *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 33 et 46.

²⁵⁸ FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., *La reconnaissance des effets des ordres juridiques autochtones dans le système québécois : la garde ou adoption des enfants autochtones des pratiques traditionnelles et coutumières*, mémoire, Kahnawake, 2016, p. 3. D'ailleurs, les difficultés de juxtaposition des deux ordres normatifs en lien avec des notions qui n'existent pas dans l'un ou l'autre univers est un phénomène que l'on constate également auprès des communautés musulmanes avec la pratique de la *kafala*, pour laquelle existe également des enjeux de reconnaissance par le droit étatique. De nombreuses similitudes existent entre la *kafala* et l'adoption coutumière chez les Premières nations, notamment quant aux finalités des deux institutions (don d'un enfant à un couple stérile, absence de rupture du lien de filiation d'origine, enfant traité comme un membre de la famille, etc.). Voir Harith AL-DABBAGH, « La réception de la *kafala* dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel? », (2017) 47 *Revue générale de droit*, 165.

²⁵⁹ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 29.

²⁶⁰ FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., préc., note 245, p. 11.

²⁶¹ Voir à cet effet la section 2 du premier titre.

coutumière ait pour conditions que ceux-ci soient majeurs et autochtones, la coutume chez certaines communautés autorise que les couples soient formés d'un autochtone et d'un allochtone²⁶². Souvent, les parents adoptifs sont membres de la famille élargie, fréquemment les grands-parents maternels ou paternels de l'enfant. Et quand ils n'appartiennent pas au clan familial élargi, les parents adoptifs sont choisis parce qu'ils ont la confiance des parents d'origine²⁶³.

Bien que le processus soit toujours défini et présenté comme étant consensuel, la littérature relève des occasions où des membres de la famille élargie ont exercé des pressions sur la mère d'origine pour qu'elle accepte l'adoption²⁶⁴. Une décision rendue en 2005 par l'honorable Viviane Primeau, qui siégeait alors à la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec, illustre bien cet état de choses. Sous l'influence de sa grand-mère maternelle, une femme confie son enfant naissant à sa tante. Quelque temps plus tard, les services de protection de la jeunesse jugent le nouveau milieu de vie de l'enfant dysfonctionnel et interviennent. L'enfant est alors retourné à sa mère et le dossier fermé. Or, deux semaines plus tard, poussée encore par sa grand-mère et sa tante, la mère remet de nouveau son enfant à cette dernière. La directrice de la protection de la jeunesse intervient une seconde fois et confie définitivement l'enfant à sa mère²⁶⁵.

Parfois, la coutume dicte comme condition que les décisions liées à l'adoption soient prises par les femmes; la mère, mais aussi les autres femmes de la famille. Les pères sont alors exclus du processus et n'ont pas voix au chapitre²⁶⁶.

Plusieurs raisons justifient le recours à l'adoption. Certaines relèvent des besoins de l'enfant, comme le décès de ses parents d'origine, une famille d'origine nombreuse ou aux

²⁶² J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 33 et 34.

²⁶³ C. L. BALDASSI, préc., note 247, p. 72.

²⁶⁴ C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 50 et 51.

²⁶⁵ *M.Q., Re*, [2005] RJQ 2441.

²⁶⁶ M. PARÉ, préc., note 18, p. 101.

ressources limitées et les graves difficultés rencontrées par ses parents d'origine²⁶⁷. D'autres sont imputables à des facteurs non liés à l'enfant et s'inscrivent dans la philosophie voulant que les enfants aient besoin d'un foyer et les foyers d'enfants. On pourrait donc recourir à l'adoption pour permettre à un couple stérile de fonder une famille, ou encore pour aider des aînés à s'acquitter des tâches ménagères ou à chasser. L'adoption s'explique aussi parfois par une recherche de partage des tâches ménagères, divisées selon le genre dans certaines sociétés autochtones. Ainsi, une famille n'ayant pas de garçon pourrait souhaiter en adopter un. Quoiqu'il en soit, quand les liens sont maintenus, l'adoption est susceptible d'encourager les alliances entre les familles adoptive et d'origine²⁶⁸.

Enfin, comme nous l'avons vu, l'intérêt de l'enfant est également au cœur du droit coutumier de l'adoption, un intérêt qui, selon plusieurs auteurs, doit être déterminé par les valeurs autochtones, notamment de culture et de communauté, et non par les valeurs occidentales²⁶⁹.

Les adoptions coutumières étant par définition régies par la coutume, les instances judiciaires ont rarement eu à se prononcer sur le respect de ses conditions de fond et de forme. Une décision rendue en 2012 par la Cour du Québec, *Adoption — 1212*²⁷⁰, fait exception à la règle. Dans cette affaire, la Cour a statué qu'une adoption coutumière alléguée par la nation crie n'avait pas eu lieu, puisque les conditions de fond et de forme qui s'y greffent n'avaient pas été respectées. L'enfant au cœur de cette décision est née en 2006 d'une mère crie et d'un père non reconnu sur le certificat de naissance. Durant les premiers mois de son existence, l'enfant avait vécu auprès de sa mère, alternativement en ville et au sein de la communauté. Un signalement de négligence avait été fait au directeur de la protection de la jeunesse, notamment après que la mère eut laissé l'enfant et sa fratrie sans surveillance pendant plus de 16 heures. L'enfant fut alors placée en famille d'accueil en vertu d'une mesure de protection

²⁶⁷ Ces situations peuvent être réfléchies de la même façon que les situations de renoncement décrites à la sous-section 2.4.2 du premier titre, en ce que le parent fait un choix difficile axé sur le bien-être de l'enfant et non dans une perspective d'abandon.

²⁶⁸ M. PARÉ, préc., note 18, p. 72 et 73.

²⁶⁹ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 137 et 138.

²⁷⁰ 2012 QCCQ 2873.

immédiate, puis d'une entente provisoire, pour une période de trente jours, et, finalement d'une ordonnance d'hébergement obligatoire provisoire. L'intervenante attitrée au dossier avait communiqué avec les services sociaux de la communauté crie de l'enfant afin de vérifier si la famille élargie, ou une famille d'accueil de la communauté, était en mesure de recevoir l'enfant, mais sans succès²⁷¹.

Après le placement, la mère s'était montrée peu disponible pour des contacts avec l'enfant et pour le suivi avec son intervenante. Au début de l'année 2007, le tribunal ordonna le placement de l'enfant en famille d'accueil pour une année, ce à quoi la mère consentit. Puis, la mère disparut quelques mois sans donner de nouvelles. Le service d'adoption n'étant pas parvenu à trouver une famille d'accueil autochtone, l'enfant fut placée dans une famille d'accueil allochtone de type Banque mixte²⁷².

En octobre 2007, une demande de déclaration d'admissibilité à l'adoption fut déposée. Plusieurs remises de l'audition de la demande eurent lieu. En janvier 2008, la mère dit souhaiter que l'enfant soit confiée à l'un de ses oncles et, au mois d'août de la même année, elle consentit à ce qu'elle soit adoptée suivant la coutume autochtone. Le conseil de bande de la communauté crie vota une résolution entérinant cette adoption. En septembre 2008, la sœur de l'enfant, placée chez l'oncle adoptif, fut retirée du milieu en urgence en raison des conditions inadéquates qui y régnaient. Les intervenants du Conseil cri de la Santé et des Services sociaux ciblerent alors un couple apte à adopter l'enfant. Le 29 septembre 2008, le couple rencontra la mère dans les bureaux des avocats de celle-ci à Montréal. La mère consenti de nouveau à ce que l'enfant soit adoptée traditionnellement, mais cette fois-ci par le couple en question. Un document officiel fut signé à cet effet²⁷³.

En dépit de ce qui précède, le tribunal considéra que l'enfant n'avait pas été adoptée coutumièrement. Il invoqua d'abord le fait que c'est le Conseil cri de la santé et des services

²⁷¹ *Adoption — 1212*, 2012 QCCQ 2873., p. 6 à 10.

²⁷² *Id.*, p. 10 à 13.

²⁷³ *Id.*, p. 13 à 18.

sociaux qui avait choisi les parents adoptifs, alors que la coutume veut que ce soient les parents d'origine, appuyés par les membres de la famille, qui arrêtent ce choix. Or, la mère n'aurait pas pu faire ce choix puisqu'elle ne connaissait pas le couple ciblé. Le tribunal constate ensuite que le couple avait fait l'objet d'une évaluation psychosociale, ce qui est conforme à l'adoption légale, mais non à la coutume. Il ajouta que l'entente avait été officialisée par un document écrit, signé dans les bureaux des procureurs de la mère, en ville, alors qu'habituellement, l'entente d'adoption est orale et se conclut dans la communauté. Le tribunal déclara donc l'enfant admissible à l'adoption suivant le système de droit étatique. L'enfant ne fut donc pas remise au couple ciblé et demeura dans la famille d'accueil non autochtone²⁷⁴.

Somme toute, contrairement à l'adoption étatique qui implique nombre d'acteurs et d'étapes, l'adoption coutumière chez les Autochtones est simple et aisée et se caractérise par des situations de faits ayant force juridique.

2.4. Effets de l'adoption coutumière

Alors que la subtilité de l'adoption coutumière réside dans la variation de ses effets d'une communauté à l'autre, des similitudes se constatent chez l'ensemble des nations au Québec. D'abord, l'adoption coutumière occasionne un transfert des responsabilités relevant de l'autorité parentale aux parents adoptifs. Contrairement à l'adoption étatique, elle crée un nouveau lien de filiation qui remplace les liens originaux ou s'y ajoute, sans nécessairement mettre fin aux droits et obligations antérieurs²⁷⁵.

De plus, l'adoption coutumière n'est pas confidentielle. De façon générale, les membres de la communauté et l'enfant lui-même sont au fait de sa concrétisation. En outre, les parents d'origine et les parents adoptifs se connaissent puisqu'ils ont conclu une entente ensemble; il

²⁷⁴ *Id.*, p. 88 à 92 et p. 118.

²⁷⁵ J. PRÉGENT, préc., note 19, p. 39.

n'y a donc aucune confidentialité entre eux. L'enfant lui-même connaît habituellement ses parents d'origine, avec lesquels il entretient généralement des liens et peut avoir des contacts, réguliers ou non²⁷⁶. On constate ainsi combien le système ouvert de l'adoption coutumière tranche avec la procédure confidentielle de l'adoption étatique.

Enfin, un autre effet de l'adoption coutumière commun à toutes les nations est qu'au sein de la famille adoptive, l'enfant adopté jouit des mêmes soins et attentions que les enfants biologiques des parents adoptifs; il est traité comme un membre à part entière de la famille²⁷⁷.

2.5. Particularités inuites

L'adoption autochtone présente une prévalence importante au Nunavik, où 20 à 40 % des Inuits en auraient fait l'objet²⁷⁸. De nos jours, un nouveau-né sur cinq est adopté selon la coutume²⁷⁹. Deux phénomènes sociaux influencent la pratique de l'adoption coutumière en terre inuite, soit la sédentarisation des communautés et la présence d'une population jeune (50 % de la population est âgée de moins de 20 ans)²⁸⁰.

Chez les Inuits, la décision quant aux modalités de l'adoption est souvent prise durant la grossesse ou dès la naissance de l'enfant, après un échange verbal entre les protagonistes. Il n'y a pas de formalité écrite et la coutume veut que l'adoption soit définitive. L'enfant porte d'ailleurs le nom de ses parents adoptifs, bien qu'il connaisse ses parents d'origine²⁸¹. Quant au prénom, qui est important dans la culture inuite, ce sont souvent les parents adoptifs qui le choisiront²⁸².

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ S. GRAMMOND et C. GUAY, préc., note 27, p. 901 et 902.

²⁷⁸ C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 36.

²⁷⁹ C. LAVALLÉE, préc., note 76, p. 106.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 67 et 68.

²⁸² C. LAVALLÉE, préc., note 76, p. 107.

De façon générale l'enfant inuit à être adopté est remis dès ses premières heures de vie aux parents adoptifs qui seront ses « anaana » et « ataata » (« maman » et « papa » en inuktitut). Sa mère d'origine sera « puukuluk », appellation qui n'a pas d'équivalent en langue française. Il faut noter qu'il n'existe pas de référent pour désigner le père d'origine. L'adoption coutumière est en effet matriarcale; ce sont les femmes qui prennent les décisions. Traditionnellement, la place des grands-mères est primordiale, mais elle a perdu de son importance avec le temps²⁸³. Il arrive que l'adoption chez les Inuits se fasse alors que l'enfant n'est pas naissant, mais qu'il soit victime d'abus ou que ses parents soient décédés²⁸⁴.

Quant aux effets de l'adoption chez les Inuits, ils sont sans équivoque. Comme pour l'adoption étatique, une adoption en droit coutumier inuit entraîne une rupture des liens de filiation préexistants et en crée de nouveaux. Les parents d'origine n'ont ainsi plus de droits ou de responsabilités à l'égard de l'enfant²⁸⁵, ce qui n'empêche pas l'enfant d'entretenir des contacts avec eux. Aussi, il arrive que la mère d'origine vive dans la même maison que l'enfant puisque ce dernier est régulièrement adopté par les grands-parents maternels²⁸⁶. Quant aux parents adoptifs, la communauté reconnaît qu'ils ont les mêmes droits et obligations à l'égard de l'enfant que s'ils étaient les parents d'origine²⁸⁷.

Notons chez les communautés nordiques une particularité administrative présente depuis de nombreuses années, qui contraste avec la non-reconnaissance de l'adoption coutumière en droit étatique québécois. Introduit en 1995, un arrangement administratif permet aux parents adoptifs inuits de signaler au directeur de l'état civil le changement de filiation survenu après une adoption coutumière. Le directeur émet alors un nouveau certificat de naissance comprenant une filiation conforme à l'adoption. La procédure s'effectue simplement : les parents adoptifs et ceux d'origine complètent un formulaire de déclaration d'adoption coutumière, qui est par la suite attesté par des représentants élus de la communauté.

²⁸³ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 67 et 68.

²⁸⁴ C. LAVALLÉE, préc., note 76, p. 107.

²⁸⁵ C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 39 et 40.

²⁸⁶ C. LAVALLÉE, préc., note 76, p. 107.

²⁸⁷ *Id.*, p. 106.

Cet arrangement s'inscrit dans la poursuite d'une tradition établie par le clergé catholique, qui, à l'époque, émettait un acte de baptême conforme à l'adoption coutumière²⁸⁸.

Or, en 2005, la Cour du Québec, dans une décision rendue dans un dossier de protection de la jeunesse, a remis en question cette façon de faire, la considérant non conforme à la législation alors en vigueur. Malgré tout, le tribunal s'est estimé lié par la filiation apparaissant au certificat de naissance, c'est-à-dire celle des parents adoptifs²⁸⁹.

Finalement, en avril 2007, la Commission des droits de la personne et de la jeunesse a émis des constats inquiétants liés à l'adoption coutumière au Nunavik :

« Des familles acceptent d'adopter un enfant alors qu'elles ne le souhaitent pas vraiment. C'est le cas, par exemple, de grands-parents qui n'osent pas refuser l'honneur qui leur est fait;

certaines familles obligent les mères à donner leur enfant en adoption alors qu'elles désirent plutôt le garder;

le transfert d'une famille à l'autre peut se faire par convenance : la famille adoptante est reconnue comme étant inadéquate, mais les parents d'origine ne veulent pas lui nuire et lui donnent l'enfant;

en cas de difficultés, le parent d'origine peut reprendre l'enfant et le transférer dans une autre famille. Ainsi, dans certains cas, un enfant sera adopté à plusieurs reprises;

des professionnels interviewés lors de l'enquête indiquent que, de façon régulière, les enfants adoptés sont ceux qui éprouvent le plus de difficultés dans la famille d'adoption. Ils en sont le souffre-douleur. Selon des membres du personnel médical, les parents adoptifs s'intéressent moins à la santé de l'enfant qu'ils ont adopté qu'à celle de leurs autres enfants. Ils notent également que des grands-parents se sentent parfois fatigués et qu'ils auraient préféré ne pas adopter;

dans la baie d'Ungava, 19 des 62 enfants dont le dossier a été étudié, soit 30 %, ont été adoptés, tandis que 20 des 77 enfants de l'échantillon constitué

²⁸⁸ J. PRÉGENT, préc., note 19, p. 73 et 74.

²⁸⁹ *M.Q., Re*, [2005] RJQ 2441, par. 15 à 17.

pour la baie d'Hudson (26 %), l'ont été. Cela revient à dire que près du tiers des enfants dont la situation a été examinée ont été adoptés. Treize enfants de la baie d'Hudson, soit 65 % des enfants adoptés de l'échantillon, ont été déplacés d'un milieu à l'autre. Ils ont été remis à un parent d'origine, transféré à un autre parent adoptif, remis, puis repris par le parent adoptif. De façon générale, la Commission a constaté que les enfants adoptés font l'objet de plusieurs transferts. »²⁹⁰

Ces éléments nous rappellent qu'aucun système d'adoption n'est parfait, malgré les intentions bienveillantes à la base des fondements culturels qui les soutiennent.

2.6. Particularités amérindiennes

L'adoption coutumière chez les Premières Nations peut légèrement différer d'une communauté à l'autre. On comprend donc que les traits communs sont plus nombreux que les disparités et qu'ils rendent possible l'esquisse d'un portrait global de la pratique²⁹¹.

L'adoption coutumière amérindienne peut se concrétiser avec le passage du temps puisque la durée de l'engagement des personnes qui prendront soin de l'enfant est au départ souvent inconnue; elle pourra être temporaire ou indéterminée. Généralement, c'est un membre de la famille élargie qui adoptera l'enfant, lequel conservera des liens avec ses parents d'origine. Plutôt qu'une rupture des liens antérieurs, une filiation s'ajoutera, au bénéfice de l'enfant²⁹².

L'adoption amérindienne contribue à élargir le réseau parental de l'enfant et à soulager les parents d'origine lorsque ceux-ci sont incapables de s'occuper de l'enfant²⁹³. Par ailleurs, il

²⁹⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE et LOUISE SIROIS, *Nunavik. Rapport, conclusions d'enquête et recommandations: enquête portant sur les services de protection de la jeunesse dans la baie d'Ungava et la baie d'Hudson*, 2007, p. 8, en ligne : http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/rapport_Nunavik_francais.pdf (consulté le 10 janvier 2019).

²⁹¹ C. LAVALLÉE, préc., note 76, p. 110.

²⁹² C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 41 et 42.

²⁹³ *Id.*

existe une coutume ancestrale, parfois encore pratiquée, voulant que l'aîné de sexe masculin soit adopté par ses grands-parents maternels²⁹⁴.

Au sein même des communautés amérindiennes, le terme « adoption », ou son équivalent dans la langue traditionnelle, est peu utilisé. Des formules comme « subvenir aux besoins de l'enfant » et « accompagner [l'enfant] vers l'âge adulte » sont plutôt d'usage. Celles-ci inspirent la gratitude des parents d'origine envers les parents adoptifs et la fierté de l'enfant de jouir d'une double filiation. Il faut toutefois savoir que, malgré le maintien des liens d'origine, ce sont les parents adoptifs qui assumeront les responsabilités liées à l'autorité parentale²⁹⁵. Aucune cérémonie ne vient célébrer la remise de l'enfant aux parents adoptifs et, tel que mentionné précédemment, aucun document n'est signé pour officialiser la situation. L'enfant est simplement remis à ses parents adoptifs²⁹⁶.

Enfin, chez les Premières Nations, l'adoption se fait habituellement au sein d'une même communauté, mais il peut arriver qu'elle se concrétise entre deux communautés d'une même nation. Plus rarement, elle intervient entre deux nations²⁹⁷.

²⁹⁴ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 108.

²⁹⁵ *Id.*, p. 109 et 110.

²⁹⁶ *Adoption - 1212*, 2012 QCCQ 2873, p. 77 et 78.

²⁹⁷ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 111.

3. Reconnaissance en droit étatique de l'adoption coutumière

La présente section présente les conditions et modalités de la reconnaissance légale de l'adoption coutumière dans les autres provinces canadiennes et ailleurs dans le monde. Il s'agira également d'exposer les revendications autochtones liées à la reconnaissance étatique au Québec et d'en analyser l'opportunité. Ce portrait nous conduira à l'étude des dispositions aux termes desquelles le législateur québécois a récemment permis cette reconnaissance, et des enjeux qui en découlent.

3.1. Reconnaissance légale de l'adoption coutumière ailleurs au Canada

Les Territoires du Nord-Ouest ont été les premiers à reconnaître l'adoption coutumière. Dès 1960, de nombreuses décisions judiciaires admettaient en droit la conséquence juridique d'une telle adoption. Cependant, plutôt que d'en reconnaître les effets coutumiers, les décideurs ténois attribuaient à cette forme d'adoption les mêmes effets juridiques que l'adoption étatique. Au milieu des années 1990, le législateur ténois a adopté la *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*²⁹⁸. En vertu de cette loi, un commissaire, nommé par le ministre de la Santé et des Services sociaux, doit émettre, à la demande des adoptants, un certificat de reconnaissance attestant que l'adoption a eu lieu. Soulignons que le commissaire n'autorise pas l'adoption en soi, mais accepte d'émettre un certificat l'attestant. Le commissaire peut refuser de l'émettre s'il ne reçoit pas les informations requises ou s'il n'est pas convaincu que l'adoption a eu lieu. Une fois émis, le certificat de reconnaissance est déposé par le commissaire auprès du greffier du tribunal, ce qui donne valeur de jugement au certificat²⁹⁹. Il faut savoir que le préambule de la loi prévoit que les effets d'une telle adoption sont ceux prévus par la coutume.

²⁹⁸ L.T.N.-O. (Nu) 1994, c. 26.

²⁹⁹ Articles 2 à 6, *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*, L.T.N.-O. (Nu) 1994, c. 26

Le Nunavut, territoire issu de la scission des Territoires du Nord-Ouest, possède la même législation³⁰⁰. Au Yukon, depuis 2008, le cadre législatif permet aux Autochtones de faire reconnaître devant les tribunaux une adoption traditionnelle, les effets de cette dernière étant déterminés au cas par cas par la Cour³⁰¹. Le tribunal pourrait statuer, par exemple, que le lien de filiation original est maintenu et que les responsabilités parentales sont divisées entre les parents adoptifs et ceux d'origine.

En Colombie-Britannique, l'adoption coutumière est formellement reconnue par le droit étatique depuis 1996³⁰². Comme pour le Yukon, le processus passe par la reconnaissance judiciaire de l'adoption. Pour l'obtention de la reconnaissance étatique, des critères s'appliquent, notamment la vérification du consentement des parents d'origine et adoptifs ainsi que l'existence de faits démontrant que l'adoption a eu lieu³⁰³.

3.2. Reconnaissance de l'adoption coutumière ailleurs dans le monde

Dans le but de situer la pratique dans une perspective plus large, sans entrer dans une analyse de droit comparé, il apparaît opportun de souligner comment la reconnaissance étatique s'est déployée ailleurs dans le monde. À l'opposé du globe, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, où vivent également des populations autochtones, possèdent des régimes juridiques semblables à celui du Canada. En Australie, le législateur, sans octroyer d'effets juridiques à l'adoption coutumière, reconnaît son existence et fixe les facteurs à considérer quand vient le temps de déterminer l'intérêt de l'enfant autochtone. Quant à la Nouvelle-Zélande, sa loi précise qu'elle ne reconnaît pas d'effets juridiques à l'adoption coutumière³⁰⁴.

³⁰⁰ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 49.

³⁰¹ Art. 134, *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.Y. 2008, c. 1.

³⁰² *Adoption Act*, R.S.B.C., 1996, c. 5.

³⁰³ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 51.

³⁰⁴ *Id.*, p. 53.

En Papouasie-Nouvelle-Guinée, l'adoption coutumière est reconnue par le législateur et doit être confirmée par un tribunal local, qui est en fait une instance autochtone. Il appartient au tribunal local d'inscrire sur le certificat les effets de l'adoption découlant de la coutume³⁰⁵.

Plus près de nous, aux États-Unis, si l'enfant autochtone vit sur le territoire de sa tribu, c'est le code tribal qui trouvera application. S'il réside plutôt hors du territoire tribal, ce sont le droit de l'État et le droit fédéral qui s'appliqueront. Puisqu'il prime sur le droit étatique, il faudra s'en remettre au droit fédéral pour connaître les critères à respecter pour la garde d'un enfant autochtone en cas de litige. Par ailleurs, en 2010, la Californie a reconnu l'adoption coutumière comme « projet de vie » pour les enfants autochtones³⁰⁶.

3.3. Un droit ancestral protégé par la Constitution

Pour revenir au Canada, comme nous l'avons mentionné précédemment, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁰⁷ reconnaît et confirme les droits existants des peuples autochtones, qu'il s'agisse de droits ancestraux ou issus de traités. Ces droits concernent notamment la vie familiale et sociale des communautés autochtones. Reprenant à son compte ce principe, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déterminé que les coutumes liées à l'adoption peuvent constituer un droit ancestral au sens de la Constitution³⁰⁸.

La théorie de l'évolution logique des droits ancestraux³⁰⁹ permet de conclure que même si des contextes nouveaux fondent l'adoption contemporaine ou même si les procédures ne

³⁰⁵ *Id.*, p. 56.

³⁰⁶ *Id.*, p. 58 et 59.

³⁰⁷ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)

³⁰⁸ *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1994] 2 C.N.L.R. 22 (B.C.C.A.).

³⁰⁹ *Supra*, théorie abordée dans la section 2.2 du second titre.

sont pas exactement identiques d'une époque à l'autre, la pratique demeure protégée par la Constitution à titre de droit ancestral³¹⁰.

D'ailleurs, l'inclusion des enfants adoptés selon la coutume dans la définition du terme « enfant » de la *Loi sur les Indiens*³¹¹ démontre que la pratique est reconnue par le gouvernement fédéral. Le Bureau du registraire lié au registre des Indiens a adopté une politique quant aux demandes d'inscription impliquant une adoption coutumière. Le demandeur doit accompagner sa demande d'inscription d'une résolution du conseil de bande attestant que la communauté a une coutume d'adoption et que le demandeur a été adopté en conformité avec cette dernière, ainsi que des déclarations assermentées des parents d'origine, des adoptants et de deux aînés de la bande. Le registraire ne s'immiscera pas dans la qualification de la coutume, la vérification de ses formalités ou autres. Il se limitera à constater le fait juridique émanant de l'adoption coutumière qui a eu lieu, la seule condition étant que la communauté elle-même considère que cette adoption a effectivement eu lieu³¹².

Le gouvernement du Québec utilise la même approche dans sa *Loi sur les autochtones cris, inuit et naskapis*³¹³. Est notamment admissible aux droits et avantages octroyés par la loi quiconque a été adopté par une personne d'ascendance crie ou naskapie, l'adoption étant définie dans la loi comme celle régie par les lois canadiennes ou celle conforme aux coutumes cries ou naskapies³¹⁴.

Bref, en vertu de l'article 35 de la Constitution, les modifications législatives mises en œuvre au Québec pourraient être considérées comme inopposables aux Autochtones si elles portaient atteinte de manière injustifiée à leur droit coutumier de pratiquer l'adoption.

³¹⁰ G. OTIS, préc., note 23, p. 136 et 137.

³¹¹ L.R.C. (1985), c. I-5.

³¹² Martin REIHER, « La reconnaissance fédérale de l'adoption coutumière aux fins de l'inscription au registre des Indiens », dans *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2013 p. 165 et 166.

³¹³ 1979, RLRQ, c. A-33.1.

³¹⁴ Art. 14 *Loi sur les autochtones cris, inuit et naskapis*, 1979, c.25, a.1. Notons que la disposition omet les coutumes inuites.

Puisque les gouvernements reconnaissent l'adoption coutumière et que celle-ci constitue un droit ancestral protégé par la Constitution, l'État a l'obligation de traiter équitablement les adoptants et adoptés liés à la pratique autochtone et ceux liés à la pratique étatique. Agir autrement contreviendrait manifestement à l'interdiction de discrimination prévue à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³¹⁵. En effet, « ce serait réserver un traitement préjudiciable aux seuls Autochtones, ce qui contribuerait à perpétuer un désavantage historique et social que la Cour suprême n'a pas hésité à reconnaître aux fins de la norme antidiscriminatoire de la Charte canadienne »³¹⁶.

Dans un autre ordre d'idées, rappelons que la compétence législative sur les « Affaires indiennes » appartient au gouvernement fédéral suivant la Constitution. Ainsi, le gouvernement du Québec ne pourrait adopter des règles législatives qui viendraient entraver la coutume liée à l'adoption, en assujettissant, par exemple, la validité de l'adoption à une sanction judiciaire³¹⁷. Toutefois, l'Assemblée nationale aurait le pouvoir de prévoir les modalités d'enregistrement de l'adoption autochtone, dans le but de donner pleinement effet au droit ancestral de la pratique de l'adoption coutumière et de faciliter les interactions entre les ordres autochtone et étatique³¹⁸.

3.4. Nécessité de la reconnaissance en droit étatique

Pour illustrer la nécessité de la reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone par le droit étatique, nous nous proposons ici d'exposer, par opposition, les obstacles que les familles concernées auraient à surmonter en l'absence d'une telle reconnaissance. Avant d'examiner ces obstacles, et pour mieux cerner la problématique, il est utile de rappeler que l'adoption coutumière autochtone est une pratique basée uniquement sur la tradition orale. Elle

³¹⁵ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R-U).

³¹⁶ G. OTIS, préc., note 23, p. 141.

³¹⁷ *Id.*, p. 145.

³¹⁸ *Id.*, p. 151.

n'est pas attestée par la signature d'un document officiel³¹⁹. Selon la législation telle qu'elle existait avant les modifications législatives étudiées dans le présent mémoire, l'enfant adopté selon la coutume était d'un point de vue juridique confié à un tiers. Les parents d'origine demeuraient ses seuls tuteurs et titulaires de l'autorité parentale³²⁰. Ils détenaient le droit de prendre les décisions le concernant, notamment celles en lien avec les soins de sa santé. Il en va de même pour son inscription à l'école ou à des activités parascolaires et pour sa demande de passeport³²¹.

Dans cette perspective, l'absence d'une reconnaissance étatique de l'adoption traditionnelle conduit les parents adoptifs à une impasse. Les droits parentaux qu'ils revendiqueront auprès des institutions civiles, telles que les écoles, les hôpitaux et les bureaux gouvernementaux leur seront refusés³²². Citons par exemple les difficultés que rencontrerait un parent adoptif cherchant à se prévaloir des paiements de soutien aux enfants offerts par les différents paliers de gouvernement. Ce parent ne serait même pas éligible à remplir les formulaires requis par une telle formalité³²³. Ou l'exemple de l'enfant admissible, selon la coutume, à des droits alimentaires à l'encontre d'un parent adoptif. Cet enfant pourrait se faire opposer l'inexistence de cette obligation en droit étatique et, ainsi, se voir privé de ce soutien financier, pourtant établi par le droit étatique³²⁴.

Un autre problème envisageable dans un contexte de non-reconnaissance juridique de l'adoption coutumière, concerne le parent d'origine, démuné et faisant face à de graves difficultés (alcoolisme ou toxicomanie, par exemple), qui demanderait à reprendre son enfant. Une telle reprise serait concevable en raison de la non-reconnaissance juridique de l'adoption coutumière, ses droits parentaux étant demeurés intacts³²⁵.

³¹⁹ FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., préc., note 252, p. 12.

³²⁰ Articles 192, 599 et 600, *C.c.Q.*

³²¹ A. FOURNIER, préc., note 10, p. 51.

³²² J. PRÉGENT, préc., note 19, p. 98 et 99.

³²³ FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., préc., note 252, p. 12.

³²⁴ G. OTIS, préc., note 26, p. 130.

³²⁵ FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., préc., note 252, p. 12.

Par ailleurs, l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse dans la situation d'un enfant adopté selon la coutume peut créer d'importants enjeux par rapport aux individus qui bénéficient des droits à titre de parents prévus à la *Loi sur la protection de la jeunesse*³²⁶. En effet, la loi prévoit spécifiquement plusieurs droits en faveur des parents, comme le droit de participer aux décisions ou le droit à l'information³²⁷. Sans reconnaissance étatique de l'adoption, les intervenants de la protection de la jeunesse vont octroyer ces droits aux parents inscrits sur l'acte de naissance, c'est-à-dire les parents d'origine. En résultera une forme d'inégalité entre l'enfant adopté suivant le processus étatique et l'enfant adopté selon le droit autochtone, puisque le second, contrairement au premier, ne pourra jouir pleinement de l'exercice de ses droits civils³²⁸.

Pour toutes ces raisons, il était devenu pressant pour les groupes autochtones que soient reconnus en droit étatique les effets de l'adoption coutumière autochtone et qu'ainsi soient garantis à l'enfant une certaine stabilité et sa sécurité. Les groupes autochtones ont donc milité en faveur de cette reconnaissance, tout en déclarant qu'il leur appartenait de définir la coutume. Seulement alors, ont-ils argué, la réalité juridique de l'enfant auprès des instances étatiques correspondrait-elle à la réalité juridique découlant de son univers social et culturel³²⁹. Somme toute, la reconnaissance étatique du droit autochtone permet de s'assurer que ce qui est accordé ou permis par le droit autochtone ne devienne pas prohibé ou nié par le droit étatique³³⁰.

Par ailleurs, malgré la reconnaissance de l'adoption coutumière en droit étatique, il nous apparaît opportun de rappeler que les Autochtones peuvent toujours choisir entre un régime ou l'autre. Ils sont dans une réalité de pluralisme juridique, où pour une même situation donnée, des mécanismes émanant d'ordres juridiques différents peuvent trouver

³²⁶ L.R.Q., c. P-34.1.

³²⁷ Voir notamment les articles 2.3, 2.4 et 5 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

³²⁸ M. LARIVIÈRE, préc., note 229, p. 20.

³²⁹ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 41.

³³⁰ G. OTIS, préc., note 23, p. 136 et 137.

application. Ainsi, des parents ayant adopté coutumièrement un enfant auraient pu choisir de le faire selon le régime étatique, en suivant les dispositions du droit civil³³¹.

En terminant, notons que la reconnaissance étatique du droit coutumier comporte également une dimension politique. En confirmant la normativité autochtone, l'État valorise la culture juridique coutumière, tant sur le plan de l'affirmation de la dignité des peuples premiers que sur celui de l'attractivité que ce régime peut exercer auprès des familles autochtones³³².

3.5. Historique des revendications autochtones en matière de reconnaissance de l'adoption coutumière

Les milieux autochtones revendiquent la reconnaissance du droit coutumier de l'adoption depuis les années 1980³³³. Dans les années 1990, la société Makivik, organe agissant pour la protection et le développement social, politique et économique des Inuits, commence son implication dans le processus de reconnaissance étatique³³⁴. Dans les années 2000, elle est intégrée au groupe de travail dirigé par la professeure Carmen Lavallée et mandaté pour réfléchir sur le système d'adoption québécois. Les travaux de ce groupe de travail aboutiront, en 2007, à un rapport intitulé *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*³³⁵, qui suggère la création d'un groupe de travail dont le mandat serait de documenter les différentes pratiques d'adoption traditionnelle chez les communautés autochtones et d'évaluer les conditions et les effets d'une éventuelle reconnaissance de ce phénomène en droit étatique³³⁶.

³³¹ A. FOURNIER, préc., note 10, p. 181, 182, 190 et 191. Pour une analyse approfondie de l'interaction entre les deux ordres normatifs, voir Sébastien GRAMMOND et Christiane GUAY, « L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption », (2018) 48 *R.G.D.* 123.

³³² G. OTIS, préc., note 23, p. 132.

³³³ J. PRÉGENT, préc., note 19, p. 42.

³³⁴ *Id.*, p. 63.

³³⁵ C. LAVALLÉE, préc., note 76.

³³⁶ *Id.*, p. 126.

En 2005, à l'occasion de l'étude du projet de loi 125 ayant pour but de réformer le droit en matière de protection de la jeunesse, la Commission de la Santé et des Services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador et l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador déposent un mémoire réclamant la reconnaissance en droit civil de l'adoption coutumière³³⁷. Puis, en 2008, un groupe de travail composé de représentants autochtones, de représentants du ministère de la Justice et de représentants du ministère de la Santé et des Services sociaux est mandaté par le ministère de la Justice pour entreprendre « l'analyse de l'adoption coutumière au sein des collectivités autochtones du Québec et [...] proposer les conditions, les effets et les moyens pouvant être mis en place dans l'éventualité d'une reconnaissance des pratiques de l'adoption coutumière dans ces milieux »³³⁸. Produité en 2012, le rapport du groupe de travail (ci-après cité « le rapport Prégent ») comporte plusieurs recommandations qui, une fois appliquées, ont mené à la reconnaissance étatique du droit coutumier de l'adoption.

3.6. Étude des dispositions prévoyant la reconnaissance de l'adoption coutumière en droit étatique

En 2017, l'Assemblée nationale adopte le projet de loi 113, soit la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*³³⁹. Cette loi modifie notamment le *Code civil du Québec* afin que soit reconnue l'adoption coutumière autochtone en droit étatique. Le Code instaure d'abord le concept d'« autorité compétente » :

³³⁷ COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR ET ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR, *Mémoire sur le projet de loi 125 : Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, 2005, en ligne: <<http://cssspnql.com/docs/default-source/centre-de-documentation/m%C3%A9moire-loi-125.pdf?sfvrsn=2>> (consulté le 14 avril 2019).

³³⁸ J. PRÉGENT, préc., note 19, p. 4.

³³⁹ 2017, chap. 12.

« L'autorité compétente pour délivrer un certificat d'adoption coutumière autochtone est une personne ou un organe domicilié au Québec désigné par la communauté ou la nation autochtone. Elle ne peut, lorsqu'elle est appelée à agir, être partie à l'adoption. L'acte de désignation d'une telle autorité est notifié au directeur de l'état civil dans les 30 jours de la désignation et, le cas échéant, celui-ci est avisé dans le même délai de la date à laquelle l'autorité cesse d'être compétente. »³⁴⁰

L'article 132.0.1. édicte le contenu d'un certificat d'adoption coutumière :

« Le certificat d'adoption coutumière autochtone énonce le nom de l'enfant, son sexe, les lieu, date et heure de sa naissance et la date de l'adoption, le nom, la date de naissance et le domicile des père et mère d'origine et ceux des adoptants de même que le nouveau nom attribué à l'enfant, le cas échéant. Il fait mention que l'adoption a eu lieu dans le respect de la coutume autochtone applicable et, s'il y a lieu, de la reconnaissance d'un lien préexistant de filiation et il précise, le cas échéant, les droits et les obligations qui subsistent entre l'adopté et un parent d'origine. Le certificat énonce la date à laquelle il est fait, les noms, qualité et domicile de son auteur et il porte la signature de celui-ci. ».

Le Code prévoit également que lorsque l'autorité compétente délivre un certificat d'adoption coutumière, elle doit le notifier au directeur de l'état civil dans les 30 jours suivant sa délivrance³⁴¹. Une modification doit être apportée au certificat de naissance après la réception d'un certificat d'adoption coutumière : « Le nouvel acte fait également mention, le cas échéant, des droits et des obligations qui subsistent entre l'adopté et un parent d'origine en faisant renvoi à l'acte modificatif. Enfin, une mention de la substitution est portée à l'acte primitif »³⁴².

L'article 543.1 consacre en ces termes la reconnaissance de l'adoption coutumière par le droit étatique:

³⁴⁰ Art. 152.1, C.c.Q.

³⁴¹ Art. 129, C.c.Q.

³⁴² Art. 132, C.c.Q.

« Peuvent se substituer aux conditions d'adoption prévues par la loi celles de toute coutume autochtone du Québec qui est en harmonie avec les principes de l'intérêt de l'enfant, du respect de ses droits et du consentement des personnes concernées. Ainsi, les dispositions du présent chapitre qui suivent, à l'exception de celles de la section III, ne s'appliquent pas à une adoption faite suivant une telle coutume, sauf disposition contraire.

Une telle adoption qui, selon la coutume, crée un lien de filiation entre l'enfant et l'adoptant est, sur demande de l'un d'eux, attestée par l'autorité compétente désignée pour la communauté ou la nation autochtone de l'enfant ou de l'adoptant. Toutefois, si l'enfant et l'adoptant sont membres de nations différentes, l'autorité compétente est celle désignée pour la communauté ou la nation de l'enfant.

L'autorité compétente délivre un certificat qui atteste de l'adoption après s'être assurée du respect de la coutume, notamment que les consentements requis ont été valablement donnés et que l'enfant a été confié à l'adoptant; elle s'assure en outre que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. »

Le Code prévoit également une disposition régissant les cas où l'enfant est domicilié hors Québec, à l'article 565.2 :

« L'adoption coutumière autochtone d'un enfant domicilié hors du Québec, au Canada, qui crée un lien de filiation entre l'enfant et un adoptant domicilié au Québec peut faire l'objet d'une reconnaissance au Québec si l'adoption est confirmée par un acte délivré en vertu du droit applicable dans l'État du domicile de l'enfant. Cette reconnaissance peut être faite soit judiciairement, soit par l'autorité de la communauté ou de la nation de l'adoptant qui est compétente pour délivrer un certificat d'adoption coutumière. »

Toujours lorsque l'enfant est domicilié hors du Québec, l'article 574.1. prévoit :

« L'autorité appelée à reconnaître un acte d'adoption coutumière autochtone autre qu'un jugement vérifie si cet acte respecte les conditions de reconnaissance des décisions étrangères. Le cas échéant, elle porte à l'acte de reconnaissance les mêmes énonciations et mentions qu'un certificat d'adoption coutumière autochtone ainsi que sa signature.
Il en est de même pour le tribunal appelé à reconnaître un acte d'adoption coutumière autochtone. »

Les effets de l'adoption sont prévus à l'article 577.1:

« Lorsque l'adoption est prononcée, les effets de la filiation préexistante prennent fin. L'adopté et le parent d'origine perdent leurs droits et sont libérés de tout devoir l'un envers l'autre. Le tuteur, s'il en existe, perd ses droits et est libéré de ses devoirs à l'endroit de l'adopté, sauf de son obligation de rendre compte. Il en est de même lorsqu'un certificat d'adoption coutumière autochtone est notifié au directeur de l'état civil, sous réserve de dispositions contraires conformes à la coutume autochtone mentionnées au certificat. ».

L'article 581 indique que « la reconnaissance d'une adoption coutumière autochtone réalisée hors du Québec, au Canada, produit les mêmes effets qu'un certificat d'adoption coutumière autochtone à compter de la date à laquelle l'adoption a pris effet dans l'État d'origine de l'enfant ».

Par ailleurs, la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements* modifie également la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁴³. Elle instaure d'abord l'obligation pour le directeur de la protection de la jeunesse de considérer la tutelle supplétive ou l'adoption coutumière autochtone s'il estime que ces mesures peuvent assurer l'intérêt de l'enfant (art. 71.3.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁴⁴). L'article 71.3.2 prévoit ainsi :

« Dès lors que l'enfant fait l'objet d'un signalement et jusqu'à la fin de l'intervention du directeur, aucun certificat de tutelle ou d'adoption coutumière autochtone ne peut être délivré, selon le cas, conformément à l'article 199.10 ou 543.1 du Code civil sans l'avis du directeur eu égard à l'intérêt de l'enfant et au respect de ses droits.

À cette fin, le directeur et l'autorité compétente échangent les renseignements nécessaires pour permettre au directeur de rendre son avis. La divulgation des renseignements par le directeur s'effectue conformément à l'article 72.6.1.

L'avis du directeur doit être donné par écrit et être motivé. »

³⁴³ L.R.Q., c. P-34.1

³⁴⁴ *Id.*

L'article 95.0.1 prévoit une démarche spécifique lorsqu'une adoption coutumière survient alors que des mesures judiciaires de protection sont déjà ordonnées :

« Dans le cas d'une adoption coutumière autochtone pour laquelle un nouvel acte de naissance a été dressé par le directeur de l'état civil en application de l'article 132 du Code civil, les conclusions incompatibles de l'ordonnance visant à protéger l'enfant deviennent inopérantes sur décision du tribunal à la demande du directeur, qui agit en application de l'article 95 dès qu'il reçoit du directeur de l'état civil une copie du nouvel acte de naissance. ».

La *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*³⁴⁵ comporte une disposition intéressante pour la nation inuite. En effet, l'article 103 de la loi prévoit que les actes de naissance dressés avant l'adoption de la loi ne peuvent être déclarés invalides au motif qu'aucune disposition législative ne prévoyait cette pratique. Ainsi, les certificats de naissance émis suivant le processus administratif présent chez les Inuits depuis quelques années³⁴⁶ sont protégés par cette disposition. Pour l'avenir, les communautés devront tout de même se soumettre au processus désormais prévu par le Code.

Les dispositions de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*³⁴⁷ sont entrées en vigueur le 16 juin 2018³⁴⁸.

3.7. Étude des dispositions prévoyant la création du concept de tutelle supplétive

Le projet de loi 113 a amené la création d'un nouveau concept juridique, soit la tutelle supplétive :

³⁴⁵ 2017, L.Q. c. 12.

³⁴⁶ Supra; processus décrit à la sous-section 2.5 du second titre.

³⁴⁷ 2017, L.Q. c. 12.

³⁴⁸ Art. 105, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, 2017, c. 12.

« 199.1. Le père ou la mère d'un enfant mineur peut désigner une personne à qui déléguer ou avec qui partager les charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale lorsqu'il est impossible pour eux ou pour l'un d'eux de les exercer pleinement.

Seul le conjoint de l'un d'eux, un ascendant de l'enfant, un parent de l'enfant en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou un conjoint de cet ascendant ou de ce parent peut être ainsi désigné tuteur.

199.2. Une telle désignation doit être autorisée par le tribunal à la demande du père ou de la mère.

Si le père et la mère sont empêchés de manifester leur volonté, toute personne pouvant être désignée tuteur et qui a, de fait ou de droit, la garde de l'enfant, peut s'adresser au tribunal pour que les charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale lui soient confiées.

199.3. Le tribunal autorise la désignation avec le consentement du père ou de la mère. À défaut d'obtenir celui-ci pour quelque cause que ce soit ou si le refus exprimé par l'un d'eux n'est pas justifié par l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut l'autoriser. »³⁴⁹

Comme il a été démontré antérieurement, l'adoption coutumière, particulièrement chez les Premières nations, ne correspond pas nécessairement au concept étatique de l'adoption. La pratique s'apparente plutôt à une délégation de la garde, assortie d'autres attributs de l'autorité parentale. Dans cette perspective, la tutelle supplétive peut représenter une option intéressante pour les communautés autochtones :

« 199.10. Peuvent se substituer aux conditions de la tutelle supplétive celles de toute coutume autochtone du Québec qui est en harmonie avec les principes de l'intérêt de l'enfant, du respect de ses droits et du consentement des personnes concernées. Ainsi, les dispositions de la présente section ne s'appliquent pas, à l'exception des articles 199.6 et 199.7.

Une telle tutelle est, sur demande de l'enfant ou du tuteur, attestée par l'autorité compétente désignée pour la communauté ou la nation autochtone de l'enfant ou du tuteur. Toutefois, si l'enfant et le tuteur sont membres de

³⁴⁹ C.c.Q.

nations différentes, l'autorité compétente est celle désignée pour la communauté ou la nation de l'enfant.

L'autorité compétente délivre un certificat qui atteste de la tutelle après s'être assurée du respect de la coutume, notamment que les consentements requis ont été valablement donnés et que l'enfant a été confié au tuteur; elle s'assure en outre que la tutelle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

L'autorité est une personne ou un organe domicilié au Québec désigné par la communauté ou la nation autochtone. Elle ne peut, lorsqu'elle est appelée à agir, être partie à la tutelle. »³⁵⁰

Il sera donc intéressant de voir quel cadre juridique sera principalement utilisé dans les communautés autochtones, entre les dispositions relatives à l'adoption et celles qui régissent la tutelle supplétive.

3.8. Interférence entre les systèmes juridiques : relation de contrôle?

Nous l'avons mentionné, les Autochtones se retrouvent au centre d'un phénomène de pluralisme juridique, étant appelés à choisir entre deux régimes créant chacun leurs effets juridiques. Qui plus est, dans les territoires où s'est opéré une forme de colonialisme, le pluralisme juridique est régulièrement teinté d'ethnocentrisme et entraîne souvent une hiérarchisation des systèmes juridiques, voire l'assimilation d'un système par l'autre. La quête de reconnaissance poursuit nécessairement des objectifs pratiques liés à l'interaction entre les communautés autochtones et les instances de l'État. Mais, elle tend aussi vers un but symbolique, celui de l'affirmation des communautés autochtones en tant qu'entités créatrices de normes. Ce que rejette le peuple colonisateur pour qui le droit étatique prime sur le droit autochtone, ce qui se constate notamment dans le contrôle³⁵¹ qu'il semble exercer avec

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ A. FOURNIER, préc., note 10, p. 185 et 186. Pour une analyse approfondie de l'interaction entre les deux ordres normatifs, voir Sébastien GRAMMOND et Christiane GUAY, « L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption », (2018) 48 *R.G.D.* 123.

certaines concepts introduits par des modifications législatives liées à la reconnaissance étatique du droit coutumier de l'adoption.

Citons à ce propos, l'article 71.3.2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁵² qui prévoit ce qui suit :

« Dès lors que l'enfant fait l'objet d'un signalement et jusqu'à la fin de l'intervention du directeur, aucun certificat de tutelle ou d'adoption coutumière autochtone ne peut être délivré, selon le cas, conformément à l'article 199.10 ou 543.1 du Code civil sans l'avis du directeur eu égard à l'intérêt de l'enfant et au respect de ses droits.

À cette fin, le directeur et l'autorité compétente échangent les renseignements nécessaires pour permettre au directeur de rendre son avis. La divulgation des renseignements par le directeur s'effectue conformément à l'article 72.6.1.

L'avis du directeur doit être donné par écrit et être motivé. »³⁵³

Cette disposition fait interférer une instance étatique, le directeur de la protection de la jeunesse, dans le processus coutumier de l'adoption. Mentionnons que le directeur de la protection de la jeunesse représente pour les communautés autochtones un organisme étatique hautement controversé, avec lequel le lien de confiance est loin d'être acquis³⁵⁴.

On constate ici l'exercice d'un contrôle. Pour empêcher celui-ci et faciliter le rapport qu'entretiennent les Autochtones avec les autorités étatiques, les processus d'évaluation d'un signalement et d'adoption coutumière pourraient se faire en parallèle, d'autant plus que la délivrance d'un certificat ne fait qu'attester une situation de faits déjà existante. Même si, suivant l'avis du directeur, l'autorité compétente refuse d'émettre un certificat, cela n'aura aucune incidence concrète sur la situation de l'enfant qui ne sera pas déplacé du milieu inadéquat où il se trouve. C'est une autre institution, soit la direction de la protection de la jeunesse, qui pourra agir si la sécurité ou son développement de l'enfant est compromis. Ainsi,

³⁵² L.R.Q., c. P-34.1.

³⁵³ Art. 71.3.2 L.P.J.

³⁵⁴ FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., préc., note 252, p. 6.

le refus d'émettre le certificat (document qui ne fait qu'attester d'une situation ayant déjà produit ses effets) ne protège pas l'enfant. L'émission du certificat, qui serait conforme à la réalité vécue par cette famille autochtone, n'empêcherait pas la direction de la protection de la jeunesse de par ailleurs choisir de déplacer l'enfant.

Citons également l'article 95.0.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁵⁵ qui prévoit que, suivant une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption, les dispositions incompatibles de l'ordonnance de protection deviennent inopérantes après l'expiration du délai d'appel du jugement de déclaration d'admissibilité à l'adoption. Le troisième alinéa de l'article édicte désormais ce qui suit:

« Dans le cas d'une adoption coutumière autochtone pour laquelle un nouvel acte de naissance a été dressé par le directeur de l'état civil en application de l'article 132 du Code civil, les conclusions incompatibles de l'ordonnance visant à protéger l'enfant deviennent inopérantes sur décision du tribunal à la demande du directeur, qui agit en application de l'article 95 dès qu'il reçoit du directeur de l'état civil une copie du nouvel acte de naissance. »³⁵⁶

C'est ainsi que les dispositions incompatibles de l'ordonnance de protection mèneront à un procédé différent selon que l'on a affaire à une adoption étatique ou à une adoption coutumière. Dans le premier cas, les dispositions deviennent automatiquement inopérantes, alors que dans le second, le tribunal doit trancher. Il semble donc qu'une certaine forme de contrôle de l'ordre juridique du peuple colonisateur sur l'ordre juridique du peuple colonisé persiste.

L'article 543.1 du *Code civil du Québec* prévoit que les conditions d'adoption d'une coutume peuvent se substituer aux conditions d'adoption prévues par le Code en autant qu'elles respectent, notamment, les règles relatives aux consentements des personnes concernées. De ce fait, si une coutume ne prévoit pas, par exemple, le consentement du père d'origine, on peut s'interroger à savoir si l'adoption coutumière pourrait être reconnue par

³⁵⁵ L.R.Q., c. P-34.1.

³⁵⁶ Art. 95.0.1. LP.J.

l'État. Dans l'éventualité où l'adoption ne serait pas reconnue en l'absence du consentement du père, il s'agirait donc de la priorisation d'un concept de droit étatique, soit le consentement, sur les principes de droit coutumier.

Également, certaines nouvelles dispositions législatives prévoient le respect de l'intérêt de l'enfant lors du processus de reconnaissance de l'adoption coutumière. La transposition de ce concept étatique en droit coutumier peut relever d'une forme de contrôle. Cet aspect sera longuement analysé dans les sections ultérieures³⁵⁷.

3.9. Enjeux en lien avec les dispositions législatives concernant l'adoption coutumière autochtone

Les dispositions législatives introduites laissent déjà entrevoir certaines difficultés ou, du moins, certaines incertitudes. En premier lieu, le concept d'autorité compétente, prévu à l'article 152.1 du Code civil, suscite des questionnements, notamment quant à la forme que prendra cette autorité dans les communautés. Au moment de l'étude du projet de loi 113 en commission parlementaire, la ministre Stéphanie Vallée avait précisé que sa décision de considérer la désignation d'une entité qui serait investie de l'autorité compétente découlait de ses discussions avec les différentes nations. Les échanges auraient également porté sur l'importance pour l'entité désignée d'avoir une connaissance fine de ce qui constitue la coutume. Sauf que ce critère n'a pas été retenu par le législateur et n'apparaît donc pas au Code civil. Il avait également été question de l'intention de la nation inuite de désigner le Bureau d'inscription du Nunavik comme autorité compétente³⁵⁸; ce qui s'est concrétisé³⁵⁹.

³⁵⁷ Voir notamment la sous-section 4.2 du présent titre.

³⁵⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, 41^e législature, 1^{re} session, Vol. 44 N^o 196, 31 mai 2017, « Étude détaillée du projet de loi n^o 113, Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-170531.html>> (consulté le 26 mars 2019).

³⁵⁹ DIRECTEUR DE L'ÉTAT CIVIL, « Registre des autorités compétentes en matière d'adoption coutumière autochtone, de tutelle supplétive autochtone et de reconnaissance d'adoption coutumière autochtone hors du

Quant à la communauté innue de Uashat Mak Mani-Utenam, son conseil de bande a adopté une résolution approuvant la politique intitulée Nitaunitaushun, qui prévoit la création d'un groupe, formé de quatre personnes et d'un secrétariat, qui agirait comme autorité compétente. La résolution précisait que ces personnes devaient être enracinées dans la communauté, posséder une grande expérience des relations familiales et être reconnues comme étant bien au fait de la pratique contemporaine du *ne kupaniem / ne kupanishkuem*³⁶⁰ (termes innus « masculin » / « féminin », utilisés dans le contexte de la garde d'enfants).

Bien que la reconnaissance de l'adoption coutumière ait été une revendication des leaders autochtones, dans l'année qui a suivi l'entrée en vigueur des dispositions législatives, seulement trois nations ont enregistré une autorité compétente auprès du directeur de l'état civil³⁶¹. Ceci dit, on peut se demander comment les familles s'approprièrent le nouveau mécanisme associé à l'autorité compétente puisque celui-ci les fera interagir avec un État avec lequel les relations passées ont été tendues³⁶². Sans compter que, au quotidien, les avantages de la reconnaissance de l'adoption coutumière ne sont pas clairs pour les familles autochtones.

Bien que la coutume actuelle ne prévoise pas de formalité écrite, la reconnaissance de l'adoption coutumière par l'État suppose l'établissement d'un lien entre les Autochtones et le gouvernement. Le rapport Prigent suggérait justement l'établissement d'une autorité qui assurerait ce lien,³⁶³ suggestion partagée par le professeur Ghislain Otis³⁶⁴.

Québec », novembre 2019, en ligne : <http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/Registre%20Autorité%20compétente%20-%20Français.pdf> (consulté le 8 février 2020).

³⁶⁰ COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR, *Guide de référence: désignation d'une autorité compétente pour l'adoption et la tutelle coutumières par les nations ou les communautés des Premières Nations*, p. 13, en ligne : [http://cssspnql.com/docs/default-source/services-sociaux/guide-de-référence---1%27adoption-et-la-tutelle-coutumière_fr-\(1\).pdf?sfvrsn=0](http://cssspnql.com/docs/default-source/services-sociaux/guide-de-référence---1%27adoption-et-la-tutelle-coutumière_fr-(1).pdf?sfvrsn=0) (consulté le 1 septembre 2019).

³⁶¹ DIRECTEUR DE L'ÉTAT CIVIL, « Registre des autorités compétentes en matière d'adoption coutumière autochtone, de tutelle supplétive autochtone et de reconnaissance d'adoption coutumière autochtone hors du Québec », novembre 2019, en ligne : <http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/Registre%20Autorité%20compétente%20-%20Français.pdf> (consulté le 8 février 2020).

³⁶² Robert LECKEY, « L'adoption coutumière autochtone en droit civil québécois », (2018) 59-4 *Les Cahiers de droit* 973–996, 984, en ligne : <https://doi.org/10.7202/1055261ar> (consulté le 1 septembre 2019).

³⁶³ J. PRIGENT, préc., note 19, p. 143.

Du reste, des difficultés découlent du concept même de l'adoption tel qu'il est conçu par le droit étatique. Nous l'avons déjà indiqué, il arrive que l'adoption ne soit pas au départ envisagée pour en être une, tant sur le plan de son concept (création de nouveaux liens de filiation) que sur celui de ses paramètres, comme sa durée. Ainsi, les protagonistes ne souhaitent parfois que la garde de l'enfant et ne cherchent pas à créer de nouveaux liens de filiation. En d'autres circonstances, l'adoption en est une de fait, qui s'est concrétisée avec le passage du temps. En conséquence, inscrire la date de l'adoption sur le certificat d'adoption coutumière, pour se conformer à l'article 132.0.1 du Code civil, peut s'avérer impossible³⁶⁵.

À titre d'exemple, dans la nation innue, le terme « adoption » réfère à l'adoption telle que comprise par le droit étatique et le mot « garde » à la réalité de l'enfant élevé par une autre famille. En innu, cet enfant est *ne kupaniem* (masculin) ou *ne kupanishkuem* (féminin), soit un enfant que l'on garde temporairement³⁶⁶. On voit comment la notion étatique d'adoption se conçoit difficilement dans le contexte coutumier de la garde d'enfant.

De plus, l'idée de permanence, d'immutabilité de la procédure du droit étatique s'accorde mal avec l'adoption coutumière pour laquelle un retour en arrière est envisageable. Dans la réalité autochtone, l'adoption est souvent temporaire, fluide, le retour de l'enfant dans sa famille d'origine pouvant être encouragé. Sous cet angle, délivrer un certificat d'adoption à l'issue d'une démarche entreprise en vertu du droit coutumier présume une permanence, conforme au droit étatique, mais en contradiction avec la coutume³⁶⁷. De là le risque que le premier raidisse la pratique de la seconde : « Bien que la volonté d'[...]assurer la

³⁶⁴ G. OTIS, préc., note 23 p. 154.

³⁶⁵ S. GRAMMOND et C. GUAY, préc., note 27, p. 898.

³⁶⁶ *Id.*, p. 898 et 899. Ainsi, les dispositions établissant la tutelle supplétive seraient probablement plus conformes à la tradition innue de garde d'enfant : Sébastien GRAMMOND et Christiane GUAY, « L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption », (2018) 48 *R.G.D.*, 152.

³⁶⁷ *Id.*, p. 902.

reconnaissance [de l'adoption coutumière] en droit québécois soit louable, les techniques proposées à cette fin auraient pour effet de rigidifier une institution qui se veut flexible »³⁶⁸.

Rappelons que la délivrance d'un certificat d'adoption coutumière atteste de l'adoption. En revanche, comme nous l'avons vu, qu'il y ait ou non délivrance de certificat, l'adoption coutumière se fait et crée ses effets. En ce sens, la non-reconnaissance par l'État des effets d'une adoption de droit coutumier pourrait être considérée comme une atteinte au droit ancestral³⁶⁹.

Dans un autre ordre d'idées, les modifications législatives liées à la reconnaissance de la coutume autochtone ne prévoient pas de système de règlement en cas de litige, comme celui que soulèverait auprès de l'autorité compétente un père d'origine qui n'aurait pas été consulté au moment des démarches d'adoption. Dans ce cas, comme dans d'autres, il n'existe pas d'instance désignée pour intervenir alors que, on le sait, l'interprétation de la coutume peut être équivoque. La mise sur pied d'un tel mécanisme de médiation a été proposée par le professeur Ghislain Otis³⁷⁰. Sans un système de règlement en cas de litige, la contestation de la validité d'un certificat d'adoption coutumière se fera par la voie des tribunaux étatiques, ce qui implique le recours à un procédé propre à la culture dominante pour régler un litige autochtone³⁷¹. Dans cette optique, les litiges seront soumis à des juristes formés selon la méthode libérale et individualiste d'appréciation de l'intérêt de l'enfant ³⁷². Or, il serait plus respectueux de l'autonomie des peuples autochtones de laisser la communauté trancher en cas de litige³⁷³.

³⁶⁸ *Id.*, p. 899.

³⁶⁹ G. OTIS, préc., note 23, p. 140.

³⁷⁰ *Id.*, p. 155.

³⁷¹ R. LECKEY, préc., note 362, p. 990.

³⁷² *Id.*, p. 993. Bien que des experts pourraient venir témoigner du droit autochtone et des coutumes, le recours au processus judiciaire étatique demeure un recours propre à la culture dominante plutôt qu'un procédé enraciné dans la culture autochtone.

³⁷³ *Id.*, p. 995.

À ce propos, notons qu'il existe chez les Cris une avenue intéressante, soit la création de comités spécialisés qui ont le mandat de conseiller les familles souhaitant procéder à une adoption coutumière. Ces comités représentent une ressource d'information pour les familles et un organe décideur en cas de conflit³⁷⁴.

³⁷⁴ RADIO-CANADA, « Le système d'adoption coutumier cri prend forme », *Radio-Canada* (16 avril 2019), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1164494/systeme-adoption-coutumier-cris-quebec-autochtones>> (consulté le 1 septembre 2019).

4. Intérêt de l'enfant autochtone

4.1. Notions préliminaires : universalisme et relativisme culturel

Différentes conceptions des droits de la personne se côtoient. Les tenants de l'universalisme considèrent que les droits de la personne s'appliquent à tous de façon universelle, notamment parce que ces droits sont reliés à la dignité humaine. En vertu de cette vision, les droits individuels priment sur les droits collectifs. Il faut savoir que les instruments internationaux des droits de la personne ont été fondés sur cette conception³⁷⁵ et qu'ils sont parfois critiqués pour leurs valeurs à prédominance occidentale. Pour certains auteurs, l'universalité des droits de la personne demeure un concept théorique, le reflet de mœurs occidentales insensibles aux différences culturelles³⁷⁶.

À la doctrine de l'universalisme s'oppose la théorie du relativisme culturel, une thèse philosophique née du constat suivant lequel les Occidentaux ont tenté d'imposer leur point de vue moral aux pays en voie de développement. Elle pourrait se définir de la façon suivante :

« Holds no particular culture as superior to another when examining issues of ethics, morality, law or politics. It is a philosophical notion that all cultural beliefs are equally valid and that truth itself is relative, depending on the cultural environment. Cultural relativism holds that all religious, ethical, aesthetic, and political beliefs are completely relative to an individual within a society of a particular culture »³⁷⁷.

Voyons brièvement comment ces deux visions, universaliste et relativiste, s'affrontent dans la sphère de l'adoption au Québec.

³⁷⁵ M. PARÉ, préc., note 18, p. 78.

³⁷⁶ Leslye AMEDE OBIORA, *Bridges and Barricades: Rethinking Polemics and Intransigence in the Campaign against Female Circumcision*, (1997) 47 Cas. W. Res. L. Rev. 275, en ligne: <<http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol47/iss2/4>> (consulté le 14 avril 2019), p. 277.

³⁷⁷ Sandra DANIAL, « Cultural Relativism vs. Universalism: Female Genital Mutilation » (2013), *The Journal of Historical Studies*, en ligne: <<http://jps.library.utoronto.ca/index.php/prandium/article/view/19692>> (consulté le 21 avril 2019).

Prenons d'abord l'âge maximal des demandeurs-adoptants. En droit étatique, il est considéré comme préjudiciable de confier un enfant à une personne âgée, cette dernière ayant devant elle peu d'années à vivre, du moins en principe. Ainsi, il serait vu comme contraire à l'intérêt de l'enfant qu'il s'attache à un individu âgé. À l'opposé, le droit coutumier autochtone encourage la cohabitation avec les aînés. À cet effet, précisons que « la notion même de mort est différente dans la société inuite, tout comme la brisure qui y est rattachée. L'appréciation de l'intérêt de l'enfant peut donc refléter des perspectives et des valeurs culturelles différenciées »³⁷⁸.

En outre, l'expérience tend à montrer que l'application universelle de règles engendre des préjudices chez certaines populations, particulièrement celles victimes de préjugés. Pour illustrer ceci, prenons l'exemple des règles en matière criminelle. Quand elles sont appliquées uniformément, il en résulte une surreprésentation des Autochtones en milieu carcéral. Ce qui incite les tribunaux à envisager des sanctions substitutives à l'incarcération. En protection de la jeunesse, l'introduction uniforme d'une règle, soit celle relative aux durées maximales de placement, entraîne un nombre proportionnellement plus important de placements chez les Autochtones que chez les allochtones. L'application universelle de la règle n'est donc pas toujours l'avenue appropriée³⁷⁹.

4.2. Intérêt de l'enfant : instrument de régulation?

Nous l'avons vu, le principe de l'intérêt de l'enfant est désormais reconnu par le droit international³⁸⁰. Examinons maintenant comment, transposé dans le droit autochtone, ce principe devient source de problèmes potentiels.

³⁷⁸ M. LARIVIÈRE, préc., note 229, p. 13.

³⁷⁹ A. FOURNIER, préc., note 10, p. 179 et 180.

³⁸⁰ Voir la sous-section 1 du titre premier.

Des auteurs allèguent que le principe de l'intérêt de l'enfant ne serait pas culturellement neutre, mais découlerait d'idéologies prônant l'individualisme, l'universalisme et l'impartialité³⁸¹, lesquelles sont opposées aux valeurs autochtones. Dans cet ordre d'idées, lorsque confrontée à la réalité autochtone, l'application du principe du meilleur intérêt de l'enfant peut entraîner du racisme³⁸². Bien que se situant à l'opposé des politiques de ségrégation ou d'assimilation qui les ont précédées, les politiques encadrant la protection de l'enfance, légitimées par le recours à un universalisme idéalisé des droits de l'enfant, engendrent le même résultat. De ce fait, les décisions prises dans l'intérêt de l'enfant qui apparaissent nécessaires et légitimes peuvent, au contraire, se révéler coercitives et oppressives à l'égard de la population minoritaire³⁸³.

C'est ce concept de meilleur intérêt de l'enfant qui a justifié, dans de nombreuses décisions judiciaires, le retrait d'un enfant de sa communauté autochtone, le déracinant de son milieu culturel et identitaire. À son épanouissement au sein de sa communauté d'origine, les tribunaux ont privilégié l'attachement de l'enfant à ses parents d'accueil allochtones. On le voit, le principe même de l'intérêt de l'enfant tient alors de l'instrument de régulation³⁸⁴. Placé devant deux systèmes de valeurs, le juge choisit celui de la majorité à laquelle il appartient, au détriment de celui forgé à partir des traditions autochtones qu'il connaît peu. Des auteurs avancent que les valeurs projetées dans les décisions judiciaires seraient celles de la classe moyenne blanche. Compte tenu de ceci, on pourrait présumer que les décisions des tribunaux varieraient si les juges qui ont à trancher sur le sort des enfants autochtones étaient issus du peuple minoritaire. Quoi qu'il en soit, il est intéressant de noter que le principe de l'attachement sur lequel s'appuient ces juges pour justifier le déplacement d'enfants autochtones vers des familles d'accueil de la société majoritaire favorise dans les faits cette

³⁸¹ C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 55.

³⁸² Marlee KLINE, « Child Welfare Law, “Best Interests of the Child” Ideology, and First Nations », (1992) *Osgoode Hall Law Journal*, p. 380 et 381, en ligne : <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol30/iss2/4>> (consulté le 14 avril 2019).

³⁸³ *Id.*, p. 389.

³⁸⁴ *Id.*, p. 394 et 395.

dernière et défavorise la société minoritaire, confrontée à des difficultés socio-économiques³⁸⁵. À quelques reprises, la situation économique favorable de la société majoritaire a même été citée pour justifier le placement d'un enfant autochtone auprès de membres de sa famille allochtones, et ce, même si des liens psychologiques existaient avec un membre de sa famille autochtone³⁸⁶.

Pour illustrer ce qui précède, prenons la législation albertaine. En 1984, après que des critiques importantes eurent été formulées quant au caractère arbitraire du principe de l'intérêt de l'enfant, la loi encadrant le système de protection de l'enfance a été modifiée pour annuler la primauté de ce principe sur les autres. Une liste de critères à considérer a été dressée, parmi lesquels figurait l'intérêt de l'enfant, mais sans qu'on lui reconnaisse quelle que primauté que ce soit. L'adoption de ces dispositions législatives a mené au rapatriement de plus de deux cents enfants dans leur communauté autochtone. Des dossiers ont cependant été judiciairisés, les parents d'accueil blancs désapprouvant la décision de la protection de l'enfance de retourner l'enfant dans son milieu d'origine. L'une de ces judiciairisations a conduit à un jugement en appel à l'issue duquel la Cour a critiqué l'absence de primauté du principe de l'intérêt de l'enfant et maintenu l'enfant dans sa famille d'accueil. Le cas a été fortement médiatisé et les médias ont rapporté que l'intérêt des enfants autochtones retournés dans leur communauté n'avait pas été nécessairement respecté. À la suite de cette controverse, la loi a été modifiée à nouveau pour redonner au principe de l'intérêt de l'enfant sa primauté³⁸⁷.

³⁸⁵ Elizabeth SIGOUIN, *Les mécanismes de protection de la jeunesse autochtone au regard de la théorie libérale de Will Kymlicka*, mémoire, Montréal, Université de Montréal, 2006, p. 66.

³⁸⁶ *Id.*

³⁸⁷ M. KLINE, préc., note 382, p. 490 et 491.

4.3. Intérêts individuels par le biais de l'intérêt collectif

Pour protéger l'identité, la culture et la langue autochtones, le système de valeurs autochtones associe l'intérêt de l'enfant à celui de sa famille et de sa communauté³⁸⁸. Voici ce que dit le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies à ce sujet :

« Lorsque les autorités de l'État, notamment les organes législatifs, cherchent à évaluer quel est l'intérêt supérieur d'un enfant autochtone, elles devraient tenir compte des droits culturels de cet enfant et de son besoin d'exercer ces droits de manière collective avec les membres de son groupe. »³⁸⁹

Dans une perspective de pérennité des cultures autochtones, une telle prise en compte des droits culturels et de leur exercice est à même de préserver l'intérêt de l'enfant dans son individualité et son rôle au sein de sa communauté. L'intérêt de l'enfant passe donc, notamment, par le respect de sa langue et de son identité culturelle. Comme le mentionne la professeure Mona Paré, « [u]ne appréciation respectueuse du relativisme des concepts comme de la pluralité des droits est dès lors requise pour saisir toute l'essence du droit coutumier d'adoption autochtone en général ».³⁹⁰

Certains auteurs font valoir un point de vue plus radical. Assimilant le principe de l'intérêt de l'enfant à une doctrine occidentale individualiste, ils considèrent qu'il ne devrait pas être transposé en droit autochtone. Selon eux, l'individualisme n'a pas sa place dans les valeurs autochtones et l'intérêt de l'enfant est un concept subjectif, façonné par le bagage de celui qui l'invoque³⁹¹.

³⁸⁸ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 10.

³⁸⁹ NATIONS UNIES, COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale No 11 (2009) : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention*, Doc. Off. 5^e sess., Doc. CRC/C/GC/11, janvier 2009, p. 8, par. 31.

³⁹⁰ J. PRÉSENT, préc., note 19, p. 71.

³⁹¹ M. PARÉ, préc., note 18, p. 98.

À l'inverse, le Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies soutient que l'intérêt supérieur d'un enfant autochtone ne peut être soumis à l'intérêt de la communauté. Le Comité s'inquiète notamment que le sort d'un enfant soit tributaire de considérations relatives à la communauté. En cas d'opposition entre l'intérêt de l'enfant et celui de la communauté, le Comité invite à opter invariablement pour l'intérêt de l'enfant³⁹².

Quoi qu'il en soit, les enfants autochtones placés dans des familles allochtones risquent de traverser une crise identitaire, particulièrement à l'adolescence. Coupés de leurs repères culturels, ils sont sujets à de graves séquelles psychologiques, l'identité culturelle constituant une composante primordiale du développement et de l'estime de soi³⁹³.

4.4. Analyse de la définition de l'intérêt de l'enfant autochtone donnée par les tribunaux³⁹⁴

En 1976, dans sa décision rendue dans l'affaire *Les parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, la Cour suprême du Canada a été appelée à trancher pour la première fois un litige portant sur l'adoption d'un enfant autochtone par des allochtones³⁹⁵. Les faits en cause sont les suivants. À l'article de la mort en raison de blessures inexplicables et de négligence, l'enfant autochtone en question, âgé de sept semaines, est admis à l'hôpital. Une infirmière et son conjoint le prennent en charge et, des années plus tard, entament des démarches pour l'adopter. Les parents autochtones s'y opposent, souhaitant plutôt que, en vertu de l'adoption coutumière, l'enfant soit confié à des membres de leur famille élargie. La Cour suprême, qui examine la question strictement sous l'angle de l'applicabilité des lois provinciales d'adoption

³⁹² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 11 : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention*, Doc. off., CRC, 50e session, suppl. no 41, en ligne: < https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Observation%20Generale_11_2009_FR.pdf>

³⁹³ E. SIGOUIN, préc., note 385, p. 55.

³⁹⁴ Les passages de jugements de cette section ont été relevés dans l'article de la professeure Carmen Lavallée, bien que ne soit cité en référence que le jugement lui-même: C. LAVALLÉE, préc., note 20.

³⁹⁵ [1976] 2 RCS 751.

aux Autochtones, affirme cette applicabilité. La plus haute instance du pays n'aborde pas la question de l'intérêt de l'enfant, mais cite un passage dans lequel le juge de première instance partage clairement son analyse du principe de l'intérêt de l'enfant :

« Il s'agit donc d'un cas où les coutumes des Autochtones et l'*Adoption Act* de la province viennent en conflit ou, en d'autres termes, les concepts d'hérédité et de milieu s'affrontent. La solution ne peut être envisagée qu'à la lumière des meilleurs intérêts de l'enfant lui-même. On doit le considérer à titre d'individu, non pas à titre de membre d'une communauté raciale ou culturelle. Les siens sont prêts à l'élever et sont désireux de le faire — effectivement de l'adopter. Ses parents nourriciers lui ont fourni, et lui fournissent aujourd'hui, le seul foyer qu'il ait jamais connu. J'estime que les parents nourriciers ont maintenant établi leurs droits à la *garde* (ou se sont approprié le droit délaissé par les parents naturels), [...]. Sur le tout, je crois qu'il est dans le meilleur intérêt de l'enfant qu'il demeure où il est. »³⁹⁶

Quelques années plus tard, la Cour suprême, constituée de juges issus de la société majoritaire, étaye sa position dans l'arrêt *Racine c. Woods*³⁹⁷. Les faits à la base du litige sont les suivants : les parents d'accueil ont pris l'enfant en charge, d'abord comme pupille de l'État, puis avec le consentement de la mère autochtone. Ultérieurement, cette dernière présente une demande d'*habeas corpus* et les parents d'accueil présentent une demande d'adoption. La décision de la Cour, qui repose uniquement sur le critère de l'intérêt de l'enfant, tranche en faveur des parents d'accueil, offrant une interprétation claire du principe de l'intérêt de l'enfant :

« La loi ne considère plus que les enfants sont la propriété de ceux qui leur ont donné la vie, mais elle recherche ce qui leur convient le mieux. Lorsqu'il s'agit de décider de l'intérêt de l'enfant, l'importance de l'aspect culturel et de l'ascendance diminue avec le temps par rapport au lien parental : plus le lien qui se développe avec les futurs parents adoptifs est étroit, plus le lien racial perd de l'importance. »³⁹⁸

³⁹⁶ *Id.*, p.769.

³⁹⁷ [1983] 2 RCS 173.

³⁹⁸ *Id.*, p. 175.

Par la suite, dans leurs décisions, les tribunaux québécois se conformeront à cette interprétation de la Cour suprême, privilégiant le lien qui unit l'enfant à ses parents d'accueil par rapport à son appartenance à une communauté culturelle spécifique³⁹⁹. Prenons pour exemple, le jugement de la Cour d'appel qui renversa un jugement rendu en 2003 par un juge de la Cour du Québec. Constatant que le directeur de la protection de la jeunesse n'avait pas mis tous les efforts requis dans sa recherche d'une famille adoptive, le tribunal de première instance refusa de déclarer admissible à l'adoption un enfant autochtone confié à des allochtones. Le juge considéra que la déclaration d'admissibilité à l'adoption revenait à mettre en péril l'identité et la culture de l'enfant⁴⁰⁰. La Cour d'appel, qui consacra son analyse principalement à l'examen de l'intérêt de la communauté autochtone, infirma la décision du juge de première instance, déclarant que celui-ci avait erré en insistant sur l'identité algonquine de l'enfant⁴⁰¹.

L'interprétation de la Cour suprême a également été reprise dans le jugement *Adoption — 1212*, de l'honorable Ann-Marie Jones de la Chambre de la jeunesse⁴⁰², que nous avons analysé en détail plus haut. Rappelons que le procès portait sur une déclaration d'admissibilité à l'adoption. Ce qui retient particulièrement notre attention ici est la décision de la Cour d'appel qui infirme le jugement de la Cour du Québec, laquelle avait rejeté la demande d'intervention au procès présentée par le Grand conseil des Cris et par l'Autorité régionale crie. La Cour autorisa l'intervention, mais limita celle-ci à des sujets bien précis. Assurément, la Cour d'appel a ancré sa décision dans une perspective coutumière des droits de l'enfant autochtone, ce qui laisse présumer un changement d'approche :

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

³⁹⁹ C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 57.

⁴⁰⁰ *M.-K. K. (Dans la situation de)*, [2003] R.D.F. 762 (C.Q.).

⁴⁰¹ *Réjean Bergeron, ès qualité DPJ Abitibi c. J.K. et W.B.*, [2004] R.D.F. 264 (C.A.).

⁴⁰² 2012 QCCQ 2873.

Il faut tenir compte aussi du statut particulier accordé par la Constitution canadienne aux droits autochtones, particulièrement lorsqu'il s'agit de droits issus de traités, qui n'ont pas qu'une dimension collective, mais aussi individuelle. En ce sens, on ne peut nier que les interventions souhaitées par les appelants, dans leurs aspects constitutionnels et juridictionnels, vont dans le sens de l'intérêt de l'enfant X en ce qu'ils défendent son droit d'appartenir à sa communauté d'origine. Cet intérêt de l'enfant ne peut être restreint à la seule question de son attachement et de son intégration à la famille d'accueil qui l'a reçue et serait disposée à l'adopter, même si cela, assurément, est important. »⁴⁰³

Toujours en lien avec la question délicate des enfants autochtones placés à l'extérieur de leur communauté, la professeure Carmen Lavallée propose une avenue séduisante, soit l'application en droit interne du principe de subsidiarité, qui émane du droit international de l'adoption. La *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* oblige les pays signataires à s'assurer que l'enfant ne peut faire l'objet d'une adoption dans son pays d'origine avant d'être adopté à l'étranger. Si le principe de subsidiarité était appliqué en droit interne, le directeur de la protection de la jeunesse aurait à démontrer l'impossibilité de placer l'enfant dans sa communauté avant de le déplacer dans une famille allochtone⁴⁰⁴.

4.5 Paramètres législatifs de l'intérêt de l'enfant autochtone

Le 21 juin 2019, la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*⁴⁰⁵ est sanctionnée. Elle établit des principes avantageux pour l'enfant autochtone. Le concept de famille y est défini très largement :

⁴⁰³ *Adoption - 09201*, [2009] R.J.Q. 2217 (C.A.), par. 58 et 59.

⁴⁰⁴ C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 63.

⁴⁰⁵ L.C. 2019, chap. 24.

« Famille : Vise notamment toute personne que l'enfant considère être un proche parent ou qui, conformément aux coutumes, aux traditions ou aux pratiques coutumières en matière d'adoption du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont l'enfant fait partie, est considérée par ce groupe, cette collectivité ou ce peuple être un proche parent de l'enfant »⁴⁰⁶.

La loi énumère certains principes et critères à considérer dans la détermination de l'intérêt de l'enfant autochtone :

« Principe — intérêt de l'enfant

9 (1) La présente loi doit être interprétée et administrée en conformité avec le principe de l'intérêt de l'enfant.

Principe — continuité culturelle

(2) La présente loi doit être interprétée et administrée en conformité avec le principe de la continuité culturelle, et ce, selon les concepts voulant que :

- a) la continuité culturelle est essentielle au bien-être des enfants, des familles et des groupes, collectivités ou peuples autochtones;
- b) la transmission de la langue, de la culture, des pratiques, des coutumes, des traditions, des cérémonies et des connaissances des peuples autochtones fait partie intégrante de la continuité culturelle;
- c) le fait que l'enfant réside avec des membres de sa famille et le fait de respecter la culture du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie favorisent souvent l'intérêt de l'enfant;
- d) les services à l'enfance et à la famille sont fournis à l'égard d'un enfant autochtone de manière à ne pas contribuer à l'assimilation du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie ou à la destruction de la culture de ce groupe, de cette collectivité ou de ce peuple;
- e) les caractéristiques et les défis propres à la région où se trouvent les enfants, les familles et les groupes, collectivités ou peuples autochtones doivent être pris en considération.

Principe — égalité réelle

(3) La présente loi doit être interprétée et administrée en conformité avec le principe de l'égalité réelle, et ce, selon les concepts voulant que :

⁴⁰⁶ Art. 1, Art. 9 (2), *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, chap. 24.

- a) les droits et les besoins particuliers d'un enfant handicapé doivent être pris en considération afin de favoriser sa participation — autant que celle des autres enfants — aux activités de sa famille ou du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie;
- b) tout enfant doit être en mesure d'exercer sans discrimination, notamment celle fondée sur le sexe et l'identité ou l'expression de genre, ses droits prévus par la présente loi, en particulier le droit de voir son point de vue et ses préférences être pris en considération dans les décisions le concernant;
- c) tout membre de la famille d'un enfant doit être en mesure d'exercer sans discrimination, notamment celle fondée sur le sexe et l'identité ou l'expression de genre, ses droits prévus par la présente loi, en particulier le droit de voir son point de vue et ses préférences être pris en considération dans les décisions le concernant;
- d) le corps dirigeant autochtone agissant pour le compte d'un groupe, d'une collectivité ou d'un peuple autochtones dont un enfant fait partie doit être en mesure d'exercer sans discrimination les droits de ce groupe, de cette collectivité ou de ce peuple prévus par la présente loi, en particulier le droit de voir le point de vue et les préférences de ce groupe, de cette collectivité ou de ce peuple être pris en considération dans les décisions les concernant;
- e) dans le but de promouvoir l'égalité réelle entre les enfants autochtones et les autres enfants, aucun conflit de compétence ne doit occasionner de lacune dans les services à l'enfance et à la famille fournis à l'égard des enfants autochtones.

Intérêt de l'enfant autochtone

10 (1) L'intérêt de l'enfant est une considération primordiale dans la prise de décisions ou de mesures dans le cadre de la fourniture de services à l'enfance et à la famille à l'égard d'un enfant autochtone et, s'agissant de décisions et de mesures relatives à la prise en charge de l'enfant, l'intérêt de celui-ci est la considération fondamentale.

Considération première

(2) Lorsqu'il est tenu compte des facteurs prévus au paragraphe (3), une attention particulière doit être accordée au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant, ainsi qu'à l'importance pour lui d'avoir des rapports continus avec sa famille et le groupe, la collectivité ou le peuple autochtones dont il fait partie et de préserver ses liens avec sa culture.

Facteurs à considérer

(3) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant autochtone, il doit être tenu compte de tout facteur lié à la situation de ce dernier, notamment :

- a) son patrimoine et son éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels;

- b) ses besoins, dont son besoin de stabilité, compte tenu de son âge et du stade de son développement;
- c) la nature et la solidité de ses rapports avec son parent — mère ou père —, son fournisseur de soins et tout membre de sa famille ayant un rôle important dans sa vie;
- d) l'importance pour lui de préserver son identité culturelle et ses liens avec la langue et le territoire du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie;
- e) son point de vue et ses préférences, compte tenu de son âge et de son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis;
- f) tout plan concernant ses soins, lequel peut comprendre des soins donnés conformément aux coutumes ou aux traditions du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie;
- g) la présence de violence familiale et ses effets sur l'enfant, notamment le fait que l'enfant y soit ou non directement ou indirectement exposé, ainsi que le tort physique, affectif ou psychologique causé à l'enfant ou le risque qu'un tel tort lui soit causé;
- h) toute procédure judiciaire, ordonnance, condition ou mesure, de nature civile ou pénale, concernant sa sécurité ou son bien-être. »⁴⁰⁷

La loi prévoit également que lorsque la prise en charge d'un enfant est inévitable, le responsable des services sociaux est tenu de démontrer que des efforts raisonnables ont été mis en œuvre pour que l'enfant puisse demeurer auprès de son parent⁴⁰⁸. Dans le cadre d'un placement, un ordre de priorité est établi pour déterminer auprès de qui l'enfant devrait être placé, soit : un parent, un autre membre de la famille, un adulte appartenant à la même communauté autochtone que l'enfant, un adulte appartenant à une autre communauté autochtone ou tout autre adulte, le tout en tenant compte des coutumes autochtones, notamment en matière d'adoption coutumière⁴⁰⁹.

La loi affirme que « le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille, notamment la compétence législative en matière

⁴⁰⁷ Art. 9 et 10, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, chap. 24.

⁴⁰⁸ Art. 15.1, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, chap. 24.

⁴⁰⁹ Art. 16, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, chap. 24.

de tels services »⁴¹⁰. Il est indiqué spécifiquement que la loi ne porte pas atteinte à l'application des dispositions d'une loi provinciale, dans la mesure où ces dispositions ne sont pas incompatibles avec la loi⁴¹¹ et qu'en cas de conflit entre les dispositions d'un texte adopté par une communauté autochtone et les dispositions d'une loi provinciale ou fédérale, les premières l'emportent⁴¹².

Quant à elle, la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁴¹³, sans définir l'intérêt de l'enfant autochtone, prévoit que toute décision relative à un enfant doit prendre en compte la préservation de son identité culturelle⁴¹⁴, conformément au principe de continuité culturelle précédemment mentionné. Certains principes prévus à la loi fédérale existe déjà à la loi provinciale, tel que l'obligation de considérer les membres de la famille élargie en cas de placement ou encore un milieu en mesure de préserver l'identité culturelle de l'enfant⁴¹⁵. Il sera certes intéressant de voir comment les tribunaux vont interpréter l'applicabilité des lois entre elles et face aux textes législatifs des communautés autochtones, tant du point de vue pratique que pour l'aspect constitutionnel.

⁴¹⁰ Art. 18, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, chap. 24. Pour une analyse approfondie du droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, voir Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, p. 48 et 49, en ligne : <https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Documents_deposes_a_la_Commission/P-415.pdf> (consulté le 17 septembre 2020). Notons que le gouvernement du Québec a, le 18 décembre 2019, adopté le décret 1288-2019, mandatant la Procureure générale de saisir la Cour d'appel pour que celle-ci statue sur la constitutionnalité de certaines dispositions.

⁴¹¹ Art. 4, *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, chap. 24.

⁴¹² Art. 22 (3), *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, chap. 24.

⁴¹³ L.R.Q., c. P-34.1.

⁴¹⁴ Art. 3., L.P.J.

⁴¹⁵ Art. 4, L.P.J.

5. Intérêt de l'enfant autochtone dans le cadre du processus d'adoption coutumière

5.1. Préoccupations soulevées par le processus d'adoption coutumière

Divers aspects de l'adoption coutumière, liés parfois au manque de régulation étatique, sont sources de préoccupations. Il en est ainsi de la non-évaluation psychosociale, pourtant exigée par le droit civil aux postulants à l'adoption⁴¹⁶. Une telle absence pourrait mettre l'enfant autochtone à risque, voire violer son droit à l'égalité⁴¹⁷. Notons qu'une évaluation psychosociale n'est d'ordinaire pas non plus requise en droit étatique dans les cas d'une adoption fondée sur un consentement spécial⁴¹⁸.

Ce défaut de vérification des antécédents a mené à l'adoption d'enfants par des parents à qui la garde de leurs propres enfants avait été retirée. Un tel choix discutable repose sur la croyance que l'immense responsabilité d'élever un enfant pourrait remettre dans le droit chemin une personne éprouvant des difficultés⁴¹⁹. En 2006, le juge Daniel Bédard a exprimé sans équivoque son appréciation du processus d'adoption coutumière sous l'angle de la non-évaluation des parents d'adoption et de l'intérêt de l'enfant :

« Given the fact that a traditional adoption is above all, a private agreement, the director of youth protection in Town A does not in any way intervene in the process. Consequently, the director does not study, question, examine, inquire or determine if the process ensures the respect of the rights of the child and if it is in his best interest.

[...]

The situation creates two classes of adopters and two classes of children. In one situation, the adoptive parents are evaluated and monitored and, in the

⁴¹⁶ Art. 547.1, C.c.Q.

⁴¹⁷ K. MONTMINY, préc., note 202, p. 120.

⁴¹⁸ Art. 547.1, C.c.Q.

⁴¹⁹ C. L. BALDASSI, préc., note 253, p.78.

other case, they are not submitted to any kind of evaluation. As for the children, in cases of legal adoptions, the paramount consideration is their best interest, while in the second case the situation is at the least, unclear and unascertained »⁴²⁰.

D'autres inquiétudes s'ajoutent à celle soulevée par l'absence d'évaluation des parents d'adoption. Mentionnons l'idée que certaines familles ont de l'enfant adopté comme étant à leur service. Quelques cas ont été rapportés⁴²¹. Aussi, bien que des recherches montrent que l'enfant adopté serait mieux traité que les enfants biologiques⁴²², d'autres relèvent que l'accès à l'éducation et aux soins de santé est inégal entre l'enfant adopté et les enfants d'origine de la famille⁴²³. Notons également la présumée intention, exposée par une participante autochtone à une étude de terrain, de grands-parents accueillant des enfants dans le but de recevoir les sommes allouées par les services sociaux⁴²⁴.

Nous l'avons dit, la coutume prévoit régulièrement l'adoption de l'enfant par les grands-parents. Or, comme une étude l'a démontré, l'adoption par des parents plus âgés pourrait être la cause d'un absentéisme scolaire plus élevé. Plusieurs raisons expliquent le phénomène. D'abord, des parents adoptifs plus âgés risquent plus souvent que d'autres de se trouver loin du domicile familial en raison des soins requis par leur santé. Ensuite, d'un point de vue sociologique, la génération des aînés étant moins éduquée et plusieurs de ses membres ayant été victimes d'abus par le système scolaire, elle ne priorise pas toujours la scolarisation⁴²⁵.

⁴²⁰ X (*dans la situation de*), 2006 QCCQ 9875, par. 24 et 30.

⁴²¹ C. L. BALDASSI, préc., note 239, p. 78.

⁴²² C. L. BALDASSI, préc., note 239, p. 79.

⁴²³ K. MONTMINY, préc., note 202, p. 122.

⁴²⁴ Christiane GUAY, Sébastien GRAMMOND et Kheira BELHADJ-ZIANE, *Les pratiques d'adoption coutumière chez les autochtones: la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, p. 13, en ligne : <<https://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Guay-Grammond---Premier-rapport-adoption-coutumiere.pdf>>.

⁴²⁵ C. L. BALDASSI, préc., note 253, p. 79.

Dans un autre ordre d'idées, l'instabilité domiciliaire constitue un sujet additionnel de préoccupation. Il arrive que l'enfant adopté retourne auprès de ses parents d'origine. Parfois, il fera plusieurs déplacements entre sa famille adoptive et sa famille d'origine, ou des membres de sa famille élargie. Selon un rapport préparé par la Commission des droits de la personne et de la jeunesse, 65 % des enfants adoptés ciblés ont fait l'objet de plusieurs transferts de milieu de vie⁴²⁶. Ceci étant dit, nous pourrions nous poser la question de savoir si la stabilité domiciliaire relève de valeurs autochtones.

En toute hypothèse, quel que soit l'aspect de l'adoption étudié, la professeure Mona Paré souligne l'importance de consulter l'enfant avant de prendre une décision le concernant. La consultation de l'enfant est un principe présent en droit civil⁴²⁷. Cependant, il n'existe aucune garantie que le point de vue de l'enfant, lorsqu'il est en âge de le manifester, sera pris en compte lors des adoptions coutumières. Les pratiques varient et peu de données sont disponibles à ce propos⁴²⁸.

5.2. L'adoption coutumière comme réponse à d'autres impératifs que l'intérêt de l'enfant

Même si l'intérêt de l'enfant faisant l'objet d'une adoption coutumière est pris en compte par la communauté, il n'est pas toujours le facteur décisif. L'intérêt de la famille, tant immédiate qu'élargie, est souvent une considération primordiale⁴²⁹. Les exemples suivants illustrent la subordination de l'intérêt de l'enfant à celui de la famille : adoption par une tante infertile; adoption dans le but de favoriser une alliance; adoption offerte par des parents

⁴²⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE et LOUISE SIROIS, préc., note 290, p. 8.

⁴²⁷ Art. 34 C.c.Q. et art. 6 L.P.J.

⁴²⁸ M. PARÉ, préc., note 18, p. 94.

⁴²⁹ C. L. BALDASSI, préc., note 253, 77.

d'origine souhaitent offrir un enfant à des aînés; adoption offerte par des parents d'origine ayant d'autres enfants, adoption offerte par parents d'origine considérant leur charge parentale trop lourde⁴³⁰.

Comme nous l'avons déjà exposé, de telles situations dénotent l'interdépendance entre l'intérêt de l'enfant et celui de sa communauté, les deux étant indissociables. Bien que l'adoption coutumière réponde à plusieurs considérations, dans tous les cas elle prend en compte l'intérêt de l'enfant⁴³¹. Soulignons aussi que si, à première vue, des décisions peuvent sembler ne pas faire grand cas de l'intérêt de l'enfant, elles ne se dressent pas pour autant contre celui-ci. Pour comprendre la perspective autochtone, il faut faire fi de la prémisse occidentale selon laquelle l'enfant doit nécessairement vivre auprès de ses parents d'origine.

5.3. Portée de la notion de l'intérêt de l'enfant dans la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière

Avant d'évaluer la portée de la reconnaissance législative de la notion de l'intérêt de l'enfant, rappelons les articles du projet de loi 113 qui traitent de cette notion. Tout d'abord, l'article 199.10 du Code civil prévoit que peuvent se substituer aux conditions de la tutelle supplétive celles de toute coutume autochtone en harmonie avec l'intérêt de l'enfant et que l'autorité compétente peut délivrer un certificat attestant de cette tutelle après s'être assurée qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant. Dans le même sens, l'article 543.1 reconnaît que peuvent se substituer aux conditions d'adoption celles de toute coutume autochtone en harmonie avec l'intérêt de l'enfant et que l'autorité compétente peut délivrer un certificat attestant de cette adoption après s'être assurée qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant. Finalement, l'article 71.3.1 de

⁴³⁰ C. LAVALLÉE, préc., note 20, p. 667.

⁴³¹ C. L. BALDASSI, préc., note 239, p. 77.

la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁴³² impose au directeur de considérer la tutelle ou l'adoption coutumière s'il estime que cela serait susceptible d'assurer l'intérêt de l'enfant.

Cela dit, abordons maintenant la portée de l'ajout de la notion de l'intérêt de l'enfant dans les dispositions du projet de loi. Disons, *prima facie*, que cet ajout, qui pourrait témoigner de la méfiance des autorités québécoises à l'égard de l'adoption traditionnelle⁴³³, a une portée qui reste à évaluer. On est en droit de se demander, toutefois, s'il n'est pas vide de sens sachant qu'aucun mécanisme de contestation n'est prévu et que la notion de l'intérêt de l'enfant est malléable, tout un chacun pouvant lui accoler sa définition⁴³⁴. Cette notion peut être difficile à apprécier en adoption coutumière puisque « les tribunaux ont façonné une approche occidentale, libérale et individualiste de l'intérêt de l'enfant axée sur la cellule nucléaire, aux antipodes des approches plus collectives des communautés autochtones »⁴³⁵. Ceci étant, la question qui se pose est de savoir qui, lors d'un litige, serait le plus à même de déterminer l'intérêt de l'enfant autochtone *in concreto*.

Il est impossible, à ce jour, de prévoir la façon dont, dans la pratique, l'autorité compétente interprétera la notion de l'intérêt de l'enfant, cette pratique variant d'une communauté à l'autre. À titre d'exemple, l'autorité compétente d'une communauté donnée pourrait, à l'inverse d'une autre, choisir de rencontrer longuement les parents adoptifs pour s'assurer que le milieu de vie que ceux-ci comptent offrir à l'enfant soit sain. On pourrait aussi n'observer aucun effet tangible de l'ajout législatif de la notion de l'intérêt de l'enfant et s'apercevoir que le rôle de l'autorité compétente, à cet égard, demeure superficiel.

Malgré tout, le législateur a indubitablement imposé l'obligation à l'autorité compétente de veiller à ce que l'adoption coutumière soit dans l'intérêt de l'enfant avant de délivrer un

⁴³² L.R.Q., c. P-34.1.

⁴³³ S. GRAMMOND et C. GUAY, préc., note 27, p. 903.

⁴³⁴ E. SIGOUIN, préc., note 385, p. 65.

⁴³⁵ R. LECKEY, préc., note 362, p. 993.

certificat. Il reste à espérer que cette autorité prendra une part active dans le rôle important qui lui est confié par le gouvernement. Rappelons que le refus d'émettre le certificat dans le cas où l'adoption ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant ne constitue pas un filet de protection pour l'enfant, puisque ce dernier demeurera dans le milieu des parents adoptifs; le certificat atteste d'une réalité déjà présente et la constate, il ne la permet pas. Afin de protéger l'enfant dont la sécurité ou le développement semblent compromis, demeurera la possibilité de faire un signalement au directeur de la protection de la jeunesse. Mais, considérant la méfiance qui découle des relations historiques des communautés autochtones avec les instances gouvernementales, il sera intéressant d'analyser l'interaction entre l'autorité compétente désignée par les communautés et les services de la protection de la jeunesse.

Conclusion

La notion de l'intérêt de l'enfant puise ses sources dans une idéologie occidentale, qui s'appuie sur la théorie des droits de l'homme dans leur universalité. Poser un regard relativiste, c'est tenter de déconstruire les syllogismes induits par la culture majoritaire. La notion en soi est malléable, polymorphe; elle s'adapte aux époques, mais également aux décideurs⁴³⁶. Ainsi, elle peut être utilisée de plusieurs façons, selon les priorités de celui qui la définit.

En droit de l'adoption étatique, cela signifie que c'est le juge, issu de la société colonisatrice et porteur de son éducation occidentale, qui devra en dessiner les contours. À l'étape de la déclaration d'admissibilité à l'adoption, l'intérêt de l'enfant est un critère à considérer. Il devient une condition au moment du jugement d'adoption. Différentes décisions, émanant de diverses instances, ont proposé des paramètres d'évaluation de l'intérêt de l'enfant. Dans le cas d'enfants autochtones, le constat est que le maintien dans la famille allochtone est toujours priorisé au détriment du retour dans la communauté d'origine⁴³⁷.

Par ailleurs, l'intérêt de l'enfant est une notion qui ne trouve pas forcément de résonance dans la pratique de l'adoption coutumière, puisque d'autres raisons peuvent justifier une adoption : la stérilité d'un couple, la coutume d'offrir l'enfant à adopter aux aînés, l'aide à des parents en difficulté, etc. Ce qui ne signifie toutefois pas que l'adoption coutumière va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. La définition même du concept n'est pas la même pour la société majoritaire et les peuples autochtones. Profondément communautaires, l'intérêt de l'enfant passe nécessairement pour ces derniers par l'intérêt de la collectivité.

L'adoption coutumière est une pratique ancestrale reposant sur une tradition exclusivement orale. Elle est présente chez toutes les nations autochtones du Québec : 11

⁴³⁶ Voir à cet effet C. LAVALLÉE, préc., note 44, p. 269 et l'ensemble de l'analyse effectuée par la professeure Malacket: A.MALACKET, préc., note 33.

⁴³⁷ Voir à cet effet la sous-section 4.4 du second titre.

nations constituées de plus de 114 000 individus⁴³⁸, répartis en 41 communautés amérindiennes et 14 villages nordiques⁴³⁹. L'adoption coutumière est une pratique menée par les femmes de la famille qui confient l'enfant à des parents adoptifs, choisis avant ou après la naissance. L'enfant est parfois remis à la naissance, parfois à un âge plus avancé. La durée de l'adoption n'est pas nécessairement discutée avec les parents adoptifs; elle peut être temporaire, permanente, ou indéfinie. C'est ainsi que, parfois, le passage du temps cristallisera l'adoption. Principalement chez les Premières Nations, l'adoption ne substitue pas les nouveaux liens aux anciens; elle ajoute les premiers aux seconds, le tout au bénéfice de l'enfant. De plus, l'adoption coutumière est une pratique publique portée à la connaissance de tous. L'enfant connaît ses parents biologiques et demeure parfois dans la même maison qu'eux. Les contacts entre eux sont encouragés, et, dans certaines circonstances, l'enfant peut même choisir de retourner auprès de ses parents d'origine⁴⁴⁰.

Le législateur québécois a fait preuve d'ouverture en modifiant le Code civil afin de reconnaître les effets de l'adoption coutumière autochtone. L'histoire démontre que, durant des siècles, le peuple majoritaire, qu'il fût français, britannique, canadien-français ou québécois, a tenté d'assimiler les peuples premiers. Avec les connaissances anthropologiques et sociologiques d'aujourd'hui, il est plus que temps d'établir un dialogue de nation à nation. Pour éviter les contresens, la reconnaissance étatique de l'adoption coutumière est essentielle pour améliorer les relations entre les Autochtones et les instances gouvernementales. Contresens, par exemple, de l'État qui, au moment de l'hospitalisation ou de l'inscription à l'école d'un enfant adopté, déclare les parents d'origine comme étant les parents de l'enfant, même si les parents d'origine ont été absents de la vie de l'enfant depuis sa naissance. Les Autochtones ont longtemps revendiqué la reconnaissance de leur pratique afin de faciliter leurs interactions avec les instances gouvernementales. Mais bien que la reconnaissance étatique constitue un bon pas, plusieurs questions demeurent.

⁴³⁸ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLIQUES : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, préc., note 14, p. 102.

⁴³⁹ D. GAUDREAU, préc., note 219, p. 13.

⁴⁴⁰ Voir à cet effet la section 2 du second titre.

Ainsi, lorsque l'adoption coutumière est reconnue, ses effets demeurent les effets déjà reconnus à l'adoption étatique, notamment au niveau de la rupture du lien de filiation initial. La disposition législative qui permet la reconnaissance étatique prévoit que les conditions de la coutume peuvent se substituer aux conditions prévues par le Code, à l'exception de la section III⁴⁴¹ qui atteste que l'adoption confère à l'adopté une filiation qui succède à sa filiation d'origine⁴⁴². Mais est-ce respectueux à l'égard des traditions autochtones que d'imposer cet effet de l'adoption ? Est-ce là le rapport égalitaire que l'État souhaite instituer ? Considérant la jurisprudence existante en matière de droits ancestraux protégés par la Constitution⁴⁴³, on est en droit de se demander si cette limitation est conforme à la Constitution.

D'autres enjeux existent, notamment l'absence d'une instance régissant les conflits ou encore la transposition de concepts de droit civil en droit autochtone, tels que la permanence de l'adoption ou l'adoption elle-même, concepts qui n'ont pas de racines chez les Autochtones. Il reste aussi à évaluer, avec le temps, l'appropriation que les communautés feront de cette pratique d'adoption étatique. D'aucuns remettent en question l'absence d'un processus d'évaluation des parents adoptifs, qui existe en adoption étatique. Mais, on parle encore ici du calque d'une pratique occidentale. Rappelons, encore une fois, que d'autres mécanismes existent pour protéger l'enfant.

Bien que certains auteurs dépeignent la pratique de l'adoption coutumière comme étant nécessairement dans l'intérêt de l'enfant, des écrits en dressent un tableau plus sombre. Des cas ont été répertoriés d'enfants adoptés affectés au service de la famille adoptante ou moins bien traités que les enfants biologiques de la famille⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Art. 543.1. C.c.Q.

⁴⁴² Art. 577 C.c.Q. Cette notion de rupture du lien de filiation fut réitérée à plusieurs reprises par la ministre de la Justice lors des débats parlementaires : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 30 mai 2017, « Étude détaillée du projet de loi n° 113, Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements », 20h50 (Mme Vallée).

⁴⁴³ Voir à cet effet la sous-section 3.3 du second titre.

⁴⁴⁴ C. L. BALDASSI, préc., note 253, 78.

Rappelons que le législateur impose à l'autorité compétente de s'assurer, avant de délivrer un certificat, que l'adoption est dans l'intérêt de l'enfant⁴⁴⁵. Puisque le certificat ne permet pas l'adoption, mais atteste de sa concrétisation, nous nous interrogeons sur la pertinence de ce critère législatif. Il semble que l'intérêt de l'enfant soit utilisé comme outil de régulation pour maintenir un contrôle sur les peuples autochtones. Concrètement, le refus d'émettre le certificat ne protégerait pas l'enfant puisque ce dernier resterait tout de même au milieu de sa famille d'adoption. Ici encore, rappelons que d'autres mécanismes existent pour protéger l'enfant, notamment l'intervention de la direction de la protection de la jeunesse. Par ailleurs, l'intérêt de l'enfant est une notion tellement subjective que vérifier si l'autorité compétente l'a analysée se révélera fort ardu. D'ailleurs, l'analyse de cette autorité aurait peut-être différée de celle d'un organe vérificateur si un tel instrument avait existé. Rappelons aussi l'absence d'un organe décisionnel en cas de litige. Ainsi, si l'autorité compétente refuse d'émettre ledit certificat, les parents n'auront d'autre choix que de s'adresser aux instances de recours de droit civil, ce qui implique nécessairement une interaction avec le système judiciaire commun.

Si nous prenons en considération le caractère subjectif du concept de l'intérêt de l'enfant, l'absence de répercussions concrètes sur la protection de l'enfant en cas de refus d'émettre le certificat, l'absence d'organe vérificateur, l'absence de moyens pour contester la décision de l'autorité compétente, nous jugeons futile et théorique l'ajout de ce critère à la procédure d'attestation. Cet ajout témoigne plutôt de la pérennisation de la domination de la société colonisée par la société colonisatrice. Le législateur transpose des concepts occidentaux dans une culture qui existe à part entière, et ce, même si, concrètement, il n'y a aucune plus-value à en retirer. Un tel ajout nous semble être une coquille vide, ajoutée pratiquement par automatisme. On peut s'interroger sur la façon dont les peuples autochtones perçoivent cette intrusion dans leur pratique et sur le refus du législateur de reconnaître les adoptions qui ne rompent pas le premier lien de filiation. Des questions qui s'inscrivent dans un contexte historique fait d'interactions difficiles entre les familles autochtones et l'État, dans

⁴⁴⁵ Ar. 543.1 C.c.Q.

les paramètres d'un passé traumatique, qui va des pensionnats jusqu'aux familles d'accueil allochtones.

Dans un tout autre ordre d'idées, nous estimons que la reconnaissance de la coutume d'adoption est un pas intéressant dans la bonne direction, mais ne constitue qu'une facette du respect des droits de l'enfant. Concrètement, au quotidien, des milliers d'enfants autochtones continuent de vivre dans des conditions déplorables. Dans son rapport, cité plus haut, le Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations unies a d'ailleurs soulevé des inquiétudes quant à cette situation⁴⁴⁶.

En octobre 2019, la Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics a produit son rapport final : 142 appels à l'action, expliqués dans plus de 500 pages. Rappelons que la Commission avait été mise en place, en 2015, par le gouvernement québécois, à la suite de la diffusion d'un reportage troublant dans lequel des femmes autochtones de Val-d'Or rapportaient avoir été victimes d'abus de la part de policiers. Après la diffusion du reportage, ces derniers ont été relevés de leurs fonctions pour la durée de l'enquête, à la demande de représentants des Premières Nations. Signalons que ces policiers ont reçu un appui massif de la population, malgré la gravité des gestes allégués; preuve du fossé qui sépare encore et toujours les communautés autochtones et allochtones⁴⁴⁷.

Le rapport de la Commission contient de sombres constats en lien avec la protection de la jeunesse. Plusieurs de ses appels à l'action concernent directement ce champ de relations avec les services publics. Ainsi, la Commission note les répercussions de l'application de la théorie de l'attachement et des délais maximaux de placement aux dossiers autochtones, qui mènera au placement à long terme de l'enfant hors de la communauté. La Commission recommande de « modifier la *Loi sur la protection de la jeunesse* pour exempter les enfants autochtones de l'application des délais maximaux de placement en milieu substitut prévus aux

⁴⁴⁶ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observations finales: Canada*, Doc. N.U., 34e sess., CRC/C/15/Add.215 (27 octobre 2003).

⁴⁴⁷ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, préc., note 14, p. 11 à 13.

articles 53.0.1 et 91.1 »⁴⁴⁸. En outre, elle recommande de modifier la loi afin d'inclure le concept de soins conformes aux traditions autochtones, comme l'a fait l'Ontario dans sa loi concernant la protection des enfants⁴⁴⁹, et afin d'ajouter l'obligation de mettre en place un conseil de famille dès que la situation d'un enfant est prise en charge par la protection de la jeunesse⁴⁵⁰. Quant au système judiciaire, la Commission recommande de fournir aux juges devant prendre des décisions concernant des enfants autochtones l'équivalent d'un rapport Gladue (rapport faisant état des circonstances particulières aux personnes autochtones et axé sur une approche réparatrice)⁴⁵¹.

D'un point de vue clinique, la Commission recommande de faire valider auprès d'experts cliniques autochtones les outils d'évaluation utilisés en protection de la jeunesse et d'inclure dans le plan d'intervention auprès d'enfants autochtones placés hors de leur milieu des objectifs visant à préserver leur identité culturelle⁴⁵².

Au total, plus de 24 appels à l'action concernent la protection de la jeunesse. Ainsi, il reste énormément de travail à faire afin d'assurer l'intérêt de l'enfant du point de vue autochtone. Il ne devrait plus appartenir à la société majoritaire de définir l'intérêt de ces enfants.

⁴⁴⁸ *Id.*, p. 438.

⁴⁴⁹ *Id.*, p. 440.

⁴⁵⁰ *Id.*, p. 443.

⁴⁵¹ *Id.*, p. 445.

⁴⁵² *Id.*, p. 449.

Table de la législation

Textes fédéraux et provinciaux

Lois canadiennes, britanniques ou d'une autre province

Adoption Act, R.S.B.C., 1996, c. 5.

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

[annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11, (R.-U.)]

Loi concernant l'adoption, 14 Geo. V, 1924, c. 75

Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis, L.C. 2019, c. 24

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)

Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones, L.T.N.-O. (Nu) 1994, c. 26.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.)

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), c. I-5

Loi sur les Naskapis et la Commission crie-naskapie, S.C. 1984, c. 18

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.Y. 2008, c. 1

Lois et décret québécois

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

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de procédure civile, L.Q. 2016, c. C-25.01

Décret 1676-91, (1992) 124 G.O. II, 51

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

Loi assurant la mise en oeuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, L.Q. 2004, c. 3

Loi concernant l'adoption, S.R.Q. 1941, c. 324

Loi de l'adoption, L.Q. 1969, c. 64

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

Loi modifiant le Code civil, L.Q. 1977, c. 72

Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements, L.Q. 2017, c. 12.

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

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., c. S-4.2

Débats parlementaires du Québec

ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1^{ère} sess., 41^e légis., 30 mai 2017, « Étude détaillée du projet de loi n^o 113, Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements », 20h50 (Mme Vallée)

ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, 1^{re} sess., 41^e légis., 31 mai 2017, « Étude détaillée du projet de loi n^o 113, Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements », en ligne : <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-41-1/journal-debats/CI-170531.html>> (page consultée le 26 mars 2019)

Textes internationaux

Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, (1993) 82 R.C.D.I.P. 506

Convention relative aux droits de l'enfant, Rés. AG 44/25, Doc. Off. A.G.N.U., 44^e sess., suppl. no 49, Doc. N.U. A44/49 (1989); (1990) 1577 R.T.N.U. 3

Déclaration des droits de l'enfant, Société des Nations, Genève, 1924

Déclaration des droits de l'enfant, Nations Unies, 1948

Déclaration des droits de l'enfant, 20 novembre 1959, AG 1386 XIV

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007, Assemblée générale des Nations Unies, résolution 61/295

Table de jurisprudence

Adoption- 09201, [2009] R.J.Q. 2217 (C.A.)

Adoption — 151, 2015 QCCA 207

Adoption - 164, 2016 QCCQ 2740

Adoption —173, 2017 QCCA 90

Adoption — 1212, 2012 QCCQ 2873

Adoption–11228, 2011 QCCA 1488

Adoption — 13247, 2013 QCCA 1808

Adoption–13299, 2013 QCCA 2080

Adoption–16224, 2016 QCCA 1757

Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817

Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia, [1994] 2 C.N.L.R. 22 (B.C.C.A.)

Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.), [1994] 2 R.C.S. 165

Cour du Bien-être social c. X, [1974] C.A. 372

Directeur de la protection de la jeunesse c. An.T., 2005 QCCA 568

Droit de la famille - 376, 1987 CanLII 608 (QC CA)

Droit de la famille – 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.)

Droit de la famille - 11394, 2011 QCCA 319

Dugal c. Lefebvre, [1934] R.C.S. 501

Les parents naturels c. Superintendent of Child Welfare, [1976] 2 RCS 751

M. c. D., [1966] C.S. 224, 236.

M.-K. K. (Dans la situation de), [2003] R.D.F. 762 (C.Q.)

M.Q., Re, [2005] RJQ 2441

Nouveau-Brunswick c. L.(M.), [1998] 2 R.C.S. 534

Protection de la jeunesse — 10174 [2010] QCCA 1912

Racine c. Woods [1983] 2 R.C.S. 173

R. c. Sappier; R. c. Gray, [2006] 2 R.C.S. 686

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

Situation de l'enfant A., C.Q. Montréal (Ch. de la jeunesse), n° 525-43-007561-182, 9 mai 2019, j. Nolin

Stevenson c. Florant, [1925] R.C.S. 532

Taillon c. Donaldson, [1953] 2 R.C.S. 257

X (dans la situation de), 2006 QCCQ 9875

Bibliographie générale

Monographie et ouvrages collectifs

BELLEY, J.-G., *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, 279 p.

BOURASSA, L., *La parole de l'enfant en matière de garde*, Markham, LexisNexis Canada, 2007

CHARPENTIER, E., S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, *Code civil du Québec, Annotations - commentaires, 2017-2018*, 2017, Montréal, 2e éd., Éditions Yvon Blais

FOURNIER, A., « L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique », dans Ghislain Otis (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013

GOLDSTEIN, J., A. FREUD et A.J. SOLNIT, *Dans l'intérêt de l'enfant? Vers un nouveau statut de l'enfance*, Paris, Éditions ESF, 1978.

LARIVIÈRE, M., « Le régime coutumier de l'adoption des enfants autochtones : l'exemple du droit des Inuits du Nunavik », dans Ghislain Otis (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013

LAVALLÉE, C., « L'adoption coutumière et l'adoption québécoise : vers l'émergence d'une interface entre les deux cultures ? », dans Ghislain Otis (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013

LAVALLÉE, C., *L'enfant, ses familles et les institutions d'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, 541 p.

LECLAIR, J. et M. MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », Droit constitutionnel, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, p. 48 et 49, en ligne : <https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Documents_deposes_a_la_Commission/P-415.pdf> (consulté le 17 septembre 2020)

MALACKET, A. et A. ROY, « Regards croisés sur la filiation homoparentale d'un enfant né d'une procréation assistée en droit québécois et comparé », dans Claudine PARENT et al. (dir.), *Visages multiples de la parentalité*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 400.

MONTMINY, K., « La reconnaissance de l'adoption coutumière au Québec : quelle place pour la Charte des droits et libertés de la personne? », dans Ghislain Otis (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013

OTIS, G., « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de l'adoption coutumière autochtone au Québec », Ghislain Otis (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013.

PARÉ, M., « L'adoption coutumière au regard du droit international : droits de l'enfant vs droits des peuples autochtones », dans Ghislain Otis (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013

PINEAU, J. et M. Pratte, *La famille*, Nouv. éd., Montréal, Éditions Thémis, 2006, 1 057 p.

REIHER, M., « La reconnaissance fédérale de l'adoption coutumière aux fins de l'inscription au registre des Indiens », dans Ghislain Otis (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013

ROCHER, G., « Les phénomènes d'internormativité : faits et obstacles », dans *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996

ROY, A., *Le droit de l'adoption au Québec: adoption interne et internationale*, coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, 254 p.

ROY, A., « L'intérêt de l'enfant », dans BENOÎT MOORE (dir.), *Les grands grands classiques du droit civil - Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015

Articles de revue

AL-DABBAGH, H., « La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel? » (2017) 47 *Revue générale de droit*, 165

AMEDE OBIORA, L., « Bridges and Barricades: Rethinking Polemics and Intransigence in the Campaign against Female Circumcision », (1997) 47 *Cas. W. Res. L. Rev.* 275, en ligne: <<http://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol47/iss2/4>> (consulté le 14 avril 2019)

ARCHAMBAULT, J. A. 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, 172

BALDASSI, C. L., « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences », (2006) 39 *U.B.C. Law Review* 38

COLLARD, C., C. LAVALLÉE et F.-R. OUELLETTE, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale ». *Enfances, Familles, Générations*, (2006) n° 5 : 1–16, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/015781ar>> (consulté le 8 février 2020)

DANIAL, S., « Cultural Relativism vs. Universalism: Female Genital Mutilation » (2013), *The Journal of Historical Studies*, en ligne:

- <<http://jps.library.utoronto.ca/index.php/prandium/article/view/19692>> (consulté le 21 avril 2019)
- DES MARCHAIS, M., M. ST-ANTOINE et D. LEBRUN, « Points de vue clinique et juridique sur les situations de délaissement en protection de la jeunesse », (2015) XXII-1 *Défi jeunesse* 12
- DIRECTION DE LA RECHERCHE, DE L'ÉVALUATION ET DE LA STATISTIQUE DU MINISTÈRE DE LA FAMILLE, « Portrait des ménages multigénérationnels québécois », (2017) 5-2 *Quelle famille?*, en ligne : <<https://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/quelle-famille-vol5no2-printemps-2017.pdf>> (consulté le 14 octobre 2019)
- FOURNIER, A., « La situation des enfants autochtones du Canada au regard de la Convention relative aux droits de l'enfant », (2014) 73 *R. d. B.* 327
- GIROUX, M., « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 *R. du B.* 511, 522-544
- GODBOUT, É., C. PARENT et M.-C. SAINT-JACQUES, « Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques », (2014) *E.F.G.*, en ligne : <<https://www.erudit.org/fr/revues/efg/2014-n20-efg01429/1025335ar/>> (consulté le 27 juin 2019)
- GOUBAU, D. et C. O'NEILL, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale », (1997) 38 *C. de D.* 769
- GOUBAU, D. et F.-R. OUELLETTE, « L'adoption et le difficile équilibre des droits et des intérêts : le cas du programme québécois de la «Banque mixte» », (2006) 51 *Revue de droit de McGill* 1
- GOUBAU, D. et S. BEAUDOIN, « Adoption « ouverte » : quelques enjeux et constats » (1996) 45 *Service social*, p. 51, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/706726ar>> (consulté le 8 février 2020).

- GRAMMOND, S. et C. GUAY, « Comprendre la normativité innue en matière d'« adoption » et de garde coutumière », (2016) 61-4 *Revue de droit de McGill* 885, en ligne : <<http://www.erudit.org/fr/revues/mlj/2016-v61-n4-mlj02883/1038491ar/>> (consulté le 13 janvier 2019)
- GRAMMOND, S. et C. GUAY, « L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption », (2018) 48-1 R.G.D. 123-152
- JOYAL, R., « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant et sa place dans la convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant », (1991) 62 *R.I.D.P.* 785, 787.
- JOYAL, R., « Parenté, parentalité et filiation. Des questions cruciales pour l'avenir de nos enfants et de nos sociétés », dans *E.F.G.*, 2006, en ligne : <https://www.erudit.org/fr/revues/efg/2006-n5-efg1620/015778ar/_1> (consulté le 3 juin 2019)
- KLINE, M., « Child Welfare Law, “Best Interests of the Child” Ideology, and First Nations », (1992) *Osgoode Hall Law Journal*, 375, en ligne : <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol30/iss2/4>> (consulté le 14 avril 2019)
- LADOUCEUR, J., « D'esclave à roi, l'évolution de la protection de l'enfant », dans *La protection de l'enfant : évolution*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999, 128
- LAVALLÉE, C., « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada », (1996) 48-3 *Revue internationale de droit comparé* 605, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1996_num_48_3_5259> (consulté le 2 juin 2019)

- LECKEY, R., « L'adoption coutumière autochtone en droit civil québécois », (2018) 59-4 *Les Cahiers de droit* 973, en ligne : <<https://doi.org/10.7202/1055261ar>> (consulté le 1 septembre 2019)
- OUELLETTE, F.-R. et C. LAVALLÉE, « La réforme proposée du régime québécois de l'adoption et le rejet des parentés plurielles » (2015) 60 *Revue de droit de McGill*, 295–331, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/1029210ar>> (page consultée le 12 février 2020)
- OUELLETTE-LAUZON, M., « Notion de l'intérêt de l'enfant », (1974) 9 *R.J.T.* 367
- OUELLETTE, M., « Le nouveau droit de la famille et l'adoption », (1982) 13 *R.G.D.* 109, en ligne : < <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1982-v13-n1-rgd04540/1059394ar.pdf>> (consulté le 8 février 2020)
- OTIS, G., « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », (2006) *Les Cahiers de droit*, (2006) 47 *Les Cahiers de droit*, 781.
- PARÉ-KABORÉ, A., « L'Éducation traditionnelle et la vie communautaire en Afrique : repères et leçons d'expériences pour l'éducation au vivre-ensemble aujourd'hui », (2013) *McGill Journal of Education* 15
- POURBAIX, M.-N., « L'abandon d'enfants : du Québec à la France en passant par l'Ontario », (1998) 29 *R.G.D.* 133, en ligne: < <https://doi.org/10.7202/1035675ar>> (consulté le 8 février 2020)
- ROY, A., «L'adoption intrafamiliale : une institution à remanier en fonction des besoins identitaires de l'enfant », (2007) 273 *Développements récents en droit familial*, en ligne : < <https://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/273/367232158#infos>> (consulté le 8 février 2020)

ROY, A., « Les couples de même sexe en droit québécois », (2005) *Revue générale de droit*, 35 (1), 161–182, en ligne: <<https://doi.org/10.7202/1027332ar>> (page consultée le 12 février 2020)

RICARD, L., *L'évolution récente de la conception de l'enfant dans le droit québécois : l'exemple de la loi sur la protection de la jeunesse et des récents projets de loi en matière d'adoption*, (2014) 44 R.D.U.S, p. 32, en ligne : <https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/Volume_44/44-1-Ricard.pdf> (page consultée le 2 novembre 2019).

TOURIGNY, M., P. DOMOND, N. TROCMÉ, B. SIOUI et K. BARIL, « Les mauvais traitements envers les enfants autochtones signalés à la Protection de la jeunesse du Québec: Comparaison Interculturelle », (2007) 3-3 *First Peoples Child & Family Review* 84, en ligne : <<http://journals.sfu.ca/fpcfr/index.php/FPCFR/article/view/52>> (consulté le 20 janvier 2019)

WEISS, D., « Évolution sociohistorique de la famille », (2010) *Journal français de psychiatrie* 37, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-journal-francais-de-psychiatrie-2010-2-page-23.htm>> (consulté le 14 octobre 2019)

Documents gouvernementaux ou d'organismes

AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens », (2008) en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100015644/1100100015649>> (consulté le 19 janvier 2019)

ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS QUÉBEC-LABRADOR, *Déclaration sur les droits des enfants des Premières Nations*, en ligne: < <http://www.cssspnql.com/docs/default-source/centre-de-documentation/affiche-declaration-droits-enfant-pn-rognee-fr.pdf?sfvrsn=0%20>> (consulté le 1er septembre 2019)

ASSEMBLÉE NATIONNAIRE DU QUÉBEC, *Résolution sur la reconnaissance des droits des Autochtones*, 1985

ASSEMBLÉE NATIONNAIRE DU QUÉBEC, *Résolution sur la reconnaissance de la nation malécite*, 1989

BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT, « Peuples autochtones : terminologie et identité », Notes de la Colline (2015), en ligne : <<https://notesdelacolline.ca/2015/12/14/peuples-autochtones-terminologie-et-identite/>> (consulté le 13 janvier 2019)

COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR, *Guide de référence: désignation d'une autorité compétente pour l'adoption et la tutelle coutumières par les nations ou les communautés des Premières Nations*, 2018, en ligne: < [http://cssspnql.com/docs/default-source/services-sociaux/guide-de-référence---1%27adoption-et-la-tutelle-coutumière_fr-\(1\).pdf?sfvrsn=0](http://cssspnql.com/docs/default-source/services-sociaux/guide-de-référence---1%27adoption-et-la-tutelle-coutumière_fr-(1).pdf?sfvrsn=0)>, consulté le 1er septembre 2019

COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR ET ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR, *Mémoire sur le projet de loi 125 : Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, 2005, en ligne: <<http://cssspnql.com/docs/default-source/centre-de-documentation/m%C3%A9moire-loi-125.pdf?sfvrsn=2>> (consulté le 14 avril 2019)

COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLIQUES : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS, *Rapport final*, Québec, Gouvernement du Québec, 2019

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Nunavik: Rapport, conclusions d'enquête et recommandations: enquête portant sur les services de protection de la jeunesse dans la baie d'Ungava et la baie d'Hudson*, 2007, en ligne :

<http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/rapport_Nunavik_francais.pdf> (consulté le 10 janvier 2019)

CONFÉRENCE DE LA HAYE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, État présent, 2019, en ligne : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=69>> (site consulté le 30 septembre 2020)

DIRECTEUR DE L'ÉTAT CIVIL, « Registre des autorités compétentes en matière d'adoption coutumière autochtone, de tutelle supplétive autochtone et de reconnaissance d'adoption coutumière autochtone hors du Québec », juillet 2019, en ligne : <<http://www.etatcivil.gouv.qc.ca/publications/Registre%20Autorité%20compétente%20-%20Français.pdf>> (consulté le 1er septembre 2019).

FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., *L'adoption traditionnelle et/ou coutumière chez les Autochtones*, Kahnawake, 2007

FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., *Recherche complémentaire sur les pratiques traditionnelles et coutumières de garde ou d'adoption des enfants dans les communautés autochtones du Québec*, Kahnawake, 2010

FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC., *La reconnaissance des effets des ordres juridiques autochtones dans le système québécois : la garde ou adoption des enfants autochtones des pratiques traditionnelles et coutumières*, Kahnawake, 2016

GAUDREAU, D., *Amérindiens et Inuits : portrait des nations autochtones du Québec*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 2011, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/2218590>> (consulté le 10 janvier 2019)

LAVALLÉE, C. (dir.), *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant : rapport du groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption*, Québec, Ministère de la justice, 2007, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais/_centredoc/rapports/couple-famille/adoption-rap.pdf> (consulté le 20 janvier 2019)

LEPAGE, P., *Mythes et réalités sur les peuples autochtones*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2010, en ligne : <<http://www.deslibris.ca/ID/221058>> (consulté le 10 janvier 2019)

MINISTÈRE DES AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD, *À l'aube d'un rapprochement : points saillants du Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, 2012, en ligne : <<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100014597/1100100014637>> (consulté le 10 janvier 2019)

NADEAU, L., *Les étapes du processus d'adoption au Centre jeunesse de Québec Institut universitaire*, Québec, Centre jeunesse de Québec, 2007

NATIONS UNIES, Comité des droits de l'enfant, *Observation générale No 11 (2009) : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention*, Doc. Off. 5^e sess., Doc. CRC/C/GC/11, janvier 2009, p. 8, par. 31

PRÉSENT, J., *Rapport du groupe de travail sur l'adoption coutumière en milieu autochtone*, Québec, Ministère de la justice, 2012, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/2241341>> (consulté le 10 janvier 2019)

Mémoires et thèse

BARRETTE, L.-A., *La connaissance des origines de l'enfant adopté: du « besoin » au « droit » Perspectives anthropologique, sociologique et psychologiques pour une réforme législative*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 2009

CLOUET, J., *L'influence des marqueurs identitaires du juge dans les décisions relatives à la garde des enfants dans un contexte post-rupture*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2014

MALACKET, A. *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement, l'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres*

dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 2010

SIGOUIN, E., *Les mécanismes de protection de la jeunesse autochtone au regard de la théorie libérale de Will Kymlicka*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 2006

Articles de journal

PICARD, I., « Parce qu'il fallait tout un village... », dans *La Presse*, 4 décembre 2019, en ligne : < <https://www.lapresse.ca/debats/opinions/201912/03/01-5252255-parce-qu'il-fallait-tout-un-village.php>> (consulté le 7 décembre 2019)

RADIO-CANADA, « Le système d'adoption coutumier cri prend forme », Radio-Canada, 16 avril 2019, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1164494/systeme-adoption-coutumier-cris-quebec-autochtones>> (consulté le 1 septembre 2019)

Liens internet

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Convention relative aux droits de l'enfant », (1989), en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>> (consulté le 30 janvier 2019)

GUAY, C., S. GRAMMOND et K. BELHADJ-ZIANE, « Les pratiques d'adoption coutumière chez les autochtones : la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-Utenam », en ligne : <<https://www.legitimus.ca/static/uploaded/Files/Documents/Rapports/Guay-Grammond---Premier-rapport-adoption-coutumiere.pdf>>

OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « autochtone », en ligne :
<http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=17483311> (consulté le 13
janvier 2019)