

**LA RECONNAISSANCE DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE AU QUÉBEC :
QUELLE PLACE POUR LA *CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE*?¹**

M^e Karina Montminy, conseillère juridique
Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications

Conférence donnée lors de l'Atelier de réflexion sur l'adoption coutumière autochtone, organisé par la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique des peuples autochtones, le 18 février 2011, à l'Université d'Ottawa.

Ce texte sera publié dans les actes du colloque, à paraître aux Éditions Wilson & Lafleur.

¹ Les opinions exprimées dans ce document n'engagent que l'auteur.

INTRODUCTION

La *Charte des droits et libertés de la personne*², instrument de nature quasi-constitutionnelle³, dans laquelle sont enchâssés les droits et libertés reconnus à toute personne, constitue une source de droit incontournable pour l'analyse de la reconnaissance de l'adoption coutumière des enfants autochtones au Québec⁴. Au-delà des considérations constitutionnelles⁵, la Charte renferme des droits qui peuvent soutenir la revendication de la pratique de l'adoption coutumière ou, à l'inverse, peuvent constituer des limites à sa reconnaissance.

En ce sens, il convient dans un premier temps d'identifier ces droits, dont le droit à l'égalité, et de les analyser sous l'angle des droits individuels des enfants autochtones en tenant compte de certaines formes d'adoption coutumière pratiquées dans les communautés autochtones du Québec. Dans un deuxième temps, les constats posés par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse⁶ à l'endroit d'enfants adoptés selon la coutume lors d'une enquête systémique qu'elle a menée sur les services de protection de la jeunesse au Nunavik seront présentés.

² L.R.Q., c. C-12 (ci-après « Charte » ou « Charte québécoise »).

³ Charte, art. 52.

⁴ Tel que l'a constaté le Groupe de travail sur le régime législatif québécois de l'adoption, la pratique de l'adoption diffère considérablement selon qu'on la trouve chez les Inuits ou chez les Premières Nations. Ainsi, aux fins de la communication, nous retenons que « l'adoption coutumière chez les Inuits fait en sorte que l'enfant adopté fait partie à part entière de sa famille adoptive et y détient les mêmes droits qu'un enfant biologique. Les adoptants sont reconnus par la communauté comme ayant les mêmes droits et obligations à l'égard de l'adopté que s'ils étaient ses parents biologiques. » Concernant les Premières Nations, nous retenons que : « Premièrement, il doit s'agir de la prise en charge d'un enfant qui n'est pas le sien par un membre de la communauté ou de la nation; deuxièmement, aucun formalisme n'est requis outre le respect de la tradition pratiquée par cette communauté ou cette nation; finalement, l'un des buts visés par cette pratique est de préserver l'identité culturelle autochtone ». GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, sous la présidence de Carmen Lavallée, mars 2007, p. 105, 107 et 110.

⁵ Charte, art. 55 : « La Charte vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec. » Les aspects constitutionnels ne faisant pas l'objet de la communication, nous nous limitons à mentionner que les tribunaux ont reconnu que la loi provinciale s'applique aux autochtones, indiens inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens* (L.R.C. 1985, c. I-5), dans certaines circonstances. En fait, il en est ainsi lorsque son application ne touche pas une matière soumise à l'autorité législative fédérale. La Cour suprême du Canada a reconnu l'application de la loi provinciale en matière d'adoption dans l'affaire *Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare et al.*, [1976] 2 R.C.S. 751. Jugeant qu'il n'y avait aucune loi fédérale qui visait expressément l'adoption des Indiens, elle a conclu que la loi provinciale n'était pas incompatible avec la législation fédérale.

⁶ Ci-après « Commission ». Cette dernière est l'organisme responsable de veiller au respect des principes énoncés dans la Charte (art. 57) et d'assurer la promotion et le respect des droits de l'enfant reconnus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*, (L.R.Q., c. P-34), art. 23, au Québec.

1 LES DROITS RECONNUS À LA CHARTE : FONDEMENTS OU LIMITES

Contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷, la Charte québécoise ne contient aucune disposition spécifique reconnaissant, individuellement ou collectivement, des droits aux peuples autochtones. Cette absence a été expliquée par certains, d'une part, par la primauté de leurs liens avec le gouvernement fédéral, due à la prééminence constitutionnelle en la matière⁸, et d'autre part, par leurs réticences à reconnaître la légitimité des institutions officielles extérieures à leurs communautés pour régler les problèmes de leur vie quotidienne⁹. Pour d'autres, elle s'expliquerait également par la tension entre les droits des Autochtones et le projet identitaire québécois¹⁰. Quels que soient les motifs de cette absence ou omission, elle emporte des conséquences à la revendication de certains droits par les peuples autochtones.

Dans ces circonstances, il devient nécessaire de se tourner vers d'autres droits, d'application générale, prévus à la Charte. Ces droits sont largement inspirés d'outils de reconnaissance des droits de la personne sur le plan international, dont la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹¹, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹² et le *Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels*¹³. Certains instruments internationaux, adoptés plus récemment, tels que la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁴ et la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*¹⁵, contiennent des dispositions protégeant

⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 25 et 35.

⁸ Art. 91 (24), *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.). Les responsabilités du gouvernement fédéral à l'endroit des Indiens sont notamment prévues à la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés, Volume 1, Bilan et recommandations*, 2005, p. 62.

¹⁰ Sébastien GRAMMOND, « Pour l'inclusion des droits des autochtones dans la *Charte des droits et libertés de la personne* », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, Numéro thématique de la Revue du Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 305-309.

¹¹ Rés. 217 A (III), 10 décembre 1948.

¹² Rés. 2200 A (XXI), 16 décembre 1966.

¹³ Rés. 2200 A (XXI), 16 décembre 1966.

¹⁴ A/RES/44/25 (1989), R.T. Can. 1992 n° 3 (20 novembre 1989), (ci-après « CDE »).

¹⁵ A.G. 13 septembre 2007, le Canada a adhéré à la Déclaration le 12 novembre 2010.

spécifiquement les droits des enfants autochtones¹⁶. Les droits issus de ces instruments constituent des sources d'interprétation pour les tribunaux québécois¹⁷.

Il est d'ailleurs prévu à la Charte qu'elle « doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit »¹⁸. Il ne s'agit toutefois pas d'accorder aux droits et libertés non expressément inscrits dans la Charte une protection équivalente à celle que reçoivent ceux qui y sont énoncés. Il faut plutôt comprendre que ces droits ne se trouvent pas abrogés du fait qu'ils ne sont pas mentionnés dans la Charte¹⁹. Ajoutons que les tribunaux reconnaissent aux lois de nature constitutionnelle et quasi constitutionnelle une interprétation généreuse, large et libérale, et progressiste, de façon à assurer la protection constante des droits et libertés individuels²⁰.

1.1 Le droit au maintien et au progrès de la vie culturelle des minorités ethniques

D'emblée, l'article 43 de la Charte protégeant le droit des personnes appartenant à des minorités ethniques de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe s'impose comme une pierre d'assise au fondement juridique de l'adoption coutumière. Cet article est inspiré de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²¹.

¹⁶ Art. 17, 28, 30, de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et l'art. 7, 14, 17 et 22 de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*.

¹⁷ Voir notamment : *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 55 et 56 et *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] 3 R.C.S. 281, par. 34.

¹⁸ Charte, art. 50.

¹⁹ *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, (2001) R.J.Q. 1919, J.E. 2001-1586; REJB 2001-25557 (C.S.), appel rejeté pour d'autres raisons à (2004) R.J.Q. 1164; J.E. 2004-1041; REJB 2004-61113 (C.A.).

²⁰ *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, 1100, par. 22; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, 27 et 28, par. 44.

²¹ Art. 27 : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. »

Telle qu'exposée par les membres des peuples autochtones du Québec²², la pratique de l'adoption est ancrée dans leur coutume, étant inhérente à leur mode de vie et aux valeurs qu'ils partagent. Partant de ce postulat, il serait possible de reconnaître la pratique revendiquée comme faisant partie de leur vie culturelle, telle que prévue à l'article 43.

Or, jusqu'à ce jour, les Autochtones du Québec ne se sont pas prévalus de cette disposition pour appuyer leurs diverses revendications. Cela tient entre autres au fait qu'ils ne s'associent pas aux minorités visées par cet article²³.

Toutefois, le Comité des droits de l'homme de l'ONU reconnaît que l'article 27 du Pacte est applicable aux collectivités autochtones, tant dans ses observations²⁴ que dans ses décisions, reconnaissant par le fait même qu'elles sont des minorités²⁵.

En se fondant sur ces interprétations, il apparaît que l'article 43 de la Charte pourrait constituer une piste à explorer en vue de la reconnaissance de l'adoption coutumière au Québec.

²² ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR et COMMISSION DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR, *Mémoire sur le projet de loi n° 125 – Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* présenté à la Commission des affaires sociales, décembre 2005.

²³ La Commission a rappelé à plus d'une reprise qu'il était incongru que la Charte reconnaisse aux minorités culturelles, d'arrivée plus récente, le droit au maintien et au développement de leur vie culturelle propre, tout en demeurant silencieuse sur les droits des Premières Nations habitant le territoire québécois. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans, La Charte québécoise des droits et libertés, Volume 1, Bilan et recommandations*, 2003, p. 69.

²⁴ NATIONS UNIES. COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale n° 23 (article 27 du Pacte)*, Doc. N.U., CCPR/21/Rev.1/Add.5, 26 avril 1994 : « la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones. Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans les réserves protégées par la loi. »

²⁵ Philippe KARPE, *Le droit des collectivités autochtones*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2008, p. 223-290; X c. *Australie*, cité dans *Rapport des droits de l'homme*, Volume II, Assemblée générale, Documents officiels, Cinquante et unième session, supplément n° 40, (A/51/40), Nations Unies, New York, 1997, p. 246-254, où il était question de droit de garde et de visite d'enfants autochtones à la suite du divorce des parents, dont la mère était non-autochtone. Voir également : *Sandra Lovelace c. Canada*, Comité des droits de l'homme, Sélection de décisions prises en vertu du protocole facultatif (de la 2^e à la 6^e session), Nations Unies, New York, 1988, p. 228-238, concernant le refus de reconnaître l'appartenance à une bande en raison de la perte de la qualité d'autochtone.

1.2 Le droit à l'intégrité, à la liberté et à la personnalité juridique

L'article 1 de la Charte prévoit que : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. Il possède également la personnalité juridique. » Cette disposition se distingue dans l'analyse des fondements essentiels de la reconnaissance de l'adoption coutumière compte tenu d'un des effets de l'adoption, la substitution de la filiation, et de ses impacts sur l'un des attributs de la personnalité juridique de l'enfant, soit le nom. En droit québécois, le droit au nom est un droit qui participe des droits de la personnalité et de l'état civil de la personne (art. 3 et 55 C.c.Q.). Il est intimement lié à la personne en ce qu'il permet de l'identifier et de l'individualiser.

Contrairement à l'adoption coutumière chez les Premières Nations, l'adoption traditionnelle chez les Inuits aurait pour effet de substituer le lien de filiation biologique²⁶ et entraînerait l'attribution d'un nom par les parents adoptifs à l'enfant adopté²⁷. Dans ce contexte, la reconnaissance de la pratique garantirait le respect d'un des attributs de la personnalité juridique de l'enfant, ce qui lui permettrait de jouir de ses droits civils dans l'État québécois²⁸.

D'ailleurs, les tribunaux québécois reconnaissent que « l'identité, en plus d'être un droit, est une caractéristique majeure de la personnalité juridique qui est un facteur de continuité et de stabilité sociale. »²⁹ En ce sens, l'article 8 de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* protège « le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale »; l'article 9 protège quant à lui le droit d'appartenir à une communauté ou nation conformément aux traditions et coutumes.

²⁶ GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, sous la présidence de Carmen Lavallée, mars 2007, p. 107 et 110.

²⁷ Le nom a une importance particulière dans la société inuite. En fait, il peut influencer la position qu'occupe un enfant dans la communauté. Les adoptions ayant généralement lieu à la naissance, ce sont les parents adoptifs qui choisissent le nom de l'enfant adopté. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, sous la présidence de Carmen Lavallée, mars 2007, p. 106.

²⁸ Ce droit est reconnu à l'article 1 du *Code civil du Québec* : « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils. »

²⁹ A.-A. C. c. A. C., 2005 CanLII 14526 (QC CS).

Enfin, le droit à l'identité culturelle de l'enfant autochtone est protégé dans le préambule et par les articles 20 et 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* ainsi que par l'article 33 de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*³⁰.

Concernant le droit à l'intégrité, soulignons que la Cour d'appel fédérale a utilisé la notion d'intégrité, parlant tant d'intégrité physique que d'intégrité culturelle, dans une affaire concernant la prestation de services sociaux à des enfants autochtones³¹. Cette dimension de l'intégrité pourrait constituer une avenue intéressante à explorer dans la quête de la reconnaissance de l'adoption coutumière au Québec.

Enfin, à l'égard du droit à la liberté, mentionnons que le droit de l'enfant autochtone d'être adopté conformément à une coutume respectueuse de sa culture pourrait être invoqué par les enfants en âge de consentir à l'adoption³². Les tribunaux ont largement reconnu que le droit à la liberté comporte la faculté de chacun de faire des choix fondamentaux concernant sa vie³³; la détermination de ses parents s'inscrit certainement au nombre de ceux-ci.

L'article premier de la Charte constituerait ainsi un pilier sur lequel la reconnaissance de l'adoption coutumière pourrait s'établir. Il importe toutefois de souligner qu'il serait possible de justifier l'atteinte à ces droits s'il était établi que la pratique n'est pas conforme aux valeurs démocratiques, à l'ordre public et au bien-être général des citoyens du Québec³⁴.

³⁰ L'importance de la prise en compte de l'identité culturelle pour un autochtone est mise en lumière dans une décision de la Cour suprême dans *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

³¹ *Conseil de la bande de Tobique c. Sappier*, (1988), 87 N.R. 1. Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale devait trancher la question de savoir si un organisme financé par le gouvernement fédéral, fournissant des services sociaux aux enfants indiens et à leurs familles relevait de la compétence fédérale. Il fut déterminé que l'organisme visait non seulement le bien-être des enfants, mais de façon plus expresse celui des enfants indiens et que ce sont à la fois l'intégrité physique et l'intégrité culturelle des jeunes qui devaient être prises en compte.

³² Art. 549 du C.c.Q.

³³ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

³⁴ Charte, art. 9.1.

1.3 Le droit à la sauvegarde de sa dignité

S'il demeure une notion difficilement saisissable dans la Charte et qui a donné lieu à plusieurs interprétations, c'est celle de la dignité. Cette notion se retrouve à l'article 4 de la Charte et se lit comme suit : « Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation. »

Le droit à la sauvegarde de la dignité vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain³⁵. En fait, « la dignité est inhérente à la personne humaine et est plus large que le simple sentiment que la personne a d'elle-même comme individu et de l'idée que les autres s'en font »³⁶. Les tribunaux en ont traité en matière autochtone³⁷.

Il est intéressant de souligner que dans le cadre des travaux réalisés en 2000 par la Commission du droit du Canada, intitulé « La dignité retrouvée, la réparation des sévices infligés aux enfants dans les établissements canadiens », le préjudice subi par les enfants privés de leur essence même, soit leur culture, leur famille et leur collectivité lors de leur séjour dans les pensionnats autochtones a été dénoncé³⁸.

Ce même raisonnement pourrait vraisemblablement être appliqué aux enfants autochtones pour qui la non reconnaissance de l'adoption coutumière aurait pour effet de porter atteinte à leur identité culturelle et par le fait même, à la sauvegarde de leur dignité³⁹.

³⁵ Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 R.C.S. 211.

³⁶ Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e Éd., Éditions Yvon Blais, 2008, p. 178.

³⁷ Voir notamment : *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 et *Jaime Grismer c. Première Nation de Squamish*, 2006 CF 1088. Dans cette dernière décision, il fut reconnu qu'il y avait atteinte à la dignité de deux femmes d'origine autochtone, adoptées par une mère également d'origine autochtone, à qui le conseil de bande refusait la demande d'inscription à la liste au motif qu'elles n'étaient pas des enfants biologiques de leur mère inscrite à la liste.

³⁸ COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *Le renvoi de la Ministre sur les sévices contre les enfants placés en établissement*, document de discussion, 1999, p. 16.

³⁹ Une atteinte à ce droit peut également se justifier par l'application de l'article 9.1 de la Charte.

1.4 Le droit à la protection, à la sécurité et à l'attention des parents ou des personnes qui en tiennent lieu

La pratique de l'adoption coutumière en droit québécois doit nécessairement s'établir dans le respect du droit de l'enfant à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner, et ce conformément à l'article 39 de la Charte.

Cet article prévoit, expressément, que le droit à la protection, à la sécurité et à l'attention appartient à l'enfant et peut être tout aussi adéquatement garanti par une personne qui tient lieu de parent que par le parent biologique⁴⁰.

L'article 39 de la Charte et l'article 32 du C.c.Q., qui sont rédigés en termes identiques, ont été utilisés par les tribunaux précisément dans des situations où il y avait l'absence de filiation, notamment lorsque l'intérêt de l'enfant commandait que sa garde ou des droits d'accès soient accordés à des tiers⁴¹. L'accent est ainsi mis sur les relations privilégiées entre l'enfant et ces tiers. Cette situation semble d'ailleurs se rapprocher de la pratique de l'adoption coutumière chez les Premières Nations, qui ne rompt pas le lien de filiation, mais où il y aurait une délégation de l'autorité parentale.

Il semble qu'au nombre des objectifs de cette pratique se retrouvent précisément ceux d'assurer la protection et la sécurité de l'enfant par des personnes, souvent membres de la famille élargie ou de la communauté, à qui les parents l'ont confié. Nier la reconnaissance de cette pratique reviendrait ainsi en quelque sorte à nier la protection et l'attention de l'enfant par des personnes qui lui sont significatives, ce qui serait contraire à l'esprit de cet article de la Charte. Par conséquent, il pourrait constituer un fondement à la reconnaissance de la coutume.

1.5 Le droit à l'égalité

La recherche de fondements juridiques à l'adoption coutumière commande un examen attentif du droit à l'égalité consacré à l'article 10 de la Charte :

⁴⁰ *Droit de la famille-1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.) (Autorisation d'appeler refusée : [1993] 2 R.C.S. VI).

⁴¹ Ce constat est posé par la Cour d'appel dans : P.N. (Re), 2000 CanLII 11357 (QC C.A.).

« Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. »

(Nos soulignés.)

Pour établir la discrimination, trois éléments doivent être réunis, soit l'existence d'une distinction, exclusion ou préférence, fondée sur l'un des motifs de l'article 10 et qui a pour effet de détruire ou compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne⁴².

En regard de ce droit, la reconnaissance de la coutume peut d'abord s'analyser sous l'angle des effets discriminatoires pour l'enfant autochtone si elle était niée. Ensuite, à l'opposé, elle peut s'analyser sous celui des effets discriminatoires pour l'enfant autochtone si elle était admise.

En l'espèce, quel que soit l'angle d'analyse adopté, la distinction s'établit entre l'enfant autochtone, adopté selon la coutume autochtone, et celui adopté, selon la norme légale. Les motifs de discrimination en cause sont la race et l'origine ethnique ou nationale⁴³ et les droits concernés, tel que mentionné précédemment, sont ceux prévus aux articles 1 (le droit à l'intégrité, à la liberté et à la personnalité juridique), 4 (le droit à la sauvegarde de sa dignité), 39 (le droit à la protection, à la sécurité et à l'attention des parents ou des personnes qui en tiennent lieu) et 43 (le droit au maintien et au progrès de la vie culturelle des minorités ethniques) de la Charte.

⁴² *Forget c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90 et *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 790.

⁴³ Ces motifs ont été reconnus par le Tribunal des droits de la personne dans les décisions suivantes : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Suzanne Régis, Véronique Régis, Valérie Hervieux et Françoise McKenzie) c. Michel Blais*, TDP, 2007 QCTDP 11.

Commission des droits de la personne du Québec c. Thibodeau (T.D.P.Q., 1993-06-09), SOQUIJ AZ-93171018, J.E. 93-1421, [1993] R.J.Q. 297.

Sous le premier angle, la question qui se pose est de savoir si la non reconnaissance de l'adoption coutumière aurait des effets discriminatoires pour l'enfant autochtone du fait qu'il y aurait atteinte à l'un des attributs de sa personnalité juridique (son nom), à son identité culturelle, à son appartenance à sa communauté ou sa nation, à sa dignité, à sa protection, à son attention et son intérêt et ce, contrairement aux droits reconnus dans la Charte et dans les instruments internationaux.

La distinction établie entre les enfants autochtones adoptés selon la coutume et les enfants adoptés conformément au droit en vigueur au Québec porte sur les effets de l'adoption. Le droit québécois ne reconnaît pas les effets de l'adoption pour les Premières Nations, ce qui ne serait toutefois pas le cas des Inuits. En fait, il ne reconnaît pas le but de la pratique qui est de préserver l'identité culturelle de l'enfant en lui permettant d'être pris en charge par des membres de sa communauté. Par conséquent, la non reconnaissance de cette pratique culturelle pourrait compromettre les droits de l'enfant énumérés ci-haut. À titre d'illustration, mentionnons les conséquences juridiques ou administratives pour l'enfant dans les actes au quotidien si ses parents adoptifs ne sont pas autorisés à agir en son nom.

Présenté de cette façon, le droit à l'égalité constituerait un fondement à la reconnaissance de l'adoption coutumière chez les Premières Nations du Québec.

Soulignons que l'État accorde une certaine forme d'accommodement aux enfants inuits, pour qui l'adoption traditionnelle est reconnue par un processus simplifié et distinct de celui prévu en droit québécois. Nous traitons spécifiquement cette forme particulière d'adoption au point suivant.

Sous le deuxième angle, la question qui se pose est celle de l'égalité réelle entre les enfants adoptés selon la coutume, tant chez les Inuits que chez les Premières Nations, et ceux adoptés selon la norme légale en regard du respect de leurs droits. Il y a en effet une absence de formalités légales rattachées au processus de l'adoption coutumière⁴⁴, notamment celles déterminant les critères relatifs à l'admissibilité de l'enfant⁴⁵ ou évaluant la probabilité pour les

⁴⁴ En droit québécois, même lorsqu'il s'agit d'une adoption sur consentement spécial, réservée aux membres de la famille élargie de l'enfant ou au conjoint d'un des parents, il y a intervention judiciaire pour faire déclarer l'enfant admissible à l'adoption. Art. 555 et suivants du C.c.Q.

⁴⁵ C.c.Q., art. 559.

parents de reprendre l'enfant⁴⁶. De plus, il n'y a aucune intervention tierce, telle celle assurée par le directeur de la protection de la jeunesse⁴⁷ ou le tribunal, garantissant que l'adoption de l'enfant respecte, entre autres, son droit à l'intégrité (art. 1 Charte), la protection et la sécurité (art. 39 Charte) et son intérêt (art. 3 CDE, art. 33 C.c.Q. et 3 LPJ).

L'ensemble de ces garanties légales étant absentes, il s'avère que les enfants présentent un plus grand risque de se retrouver dans des situations où leurs droits seraient lésés. En effet, les formalités entourant l'adoption en droit québécois permettent de mesurer tant pour les parents biologiques que pour les postulants leur engagement et pour ces derniers, leurs capacités parentales, considérant le caractère définitif qu'emporte l'adoption et les conséquences sérieuses qui en découlent pour l'enfant. Ainsi, en reconnaissant la coutume, en particulier l'adoption traditionnelle telle que pratiquée chez les Inuits, le législateur québécois accepterait d'accorder un traitement distinct aux enfants autochtones qui ne jouissent pas de formalité garantissant le respect de leurs droits reconnus notamment à la Charte et au Code civil.

Dans cette perspective, le droit à l'égalité pourrait constituer une limite à la reconnaissance de la coutume autochtone en matière d'adoption

2 UN CAS D'ESPÈCE : L'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE PROTECTION OFFERTS AUX ENFANTS AU NUNAVIK

Agissant en vertu du mandat qui lui est dévolu par la *Loi sur la protection de la jeunesse* et en s'appuyant sur les articles 1, 4, et 39 de la Charte, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a mené une enquête systémique d'envergure sur l'ensemble des services de protection offerts aux enfants dans la baie d'Ungava et la baie d'Hudson de 2003 à 2006⁴⁸. Les plaintes faisaient état de lacunes sérieuses à plusieurs niveaux, impliquant divers

⁴⁶ C.c.Q., art. 561 : « L'enfant ne peut être déclaré admissible à l'adoption que s'il est improbable que son père, sa mère ou son tuteur en reprenne la garde et en assume le soin, l'entretien ou l'éducation. Cette improbabilité est présumée. »

⁴⁷ Le directeur de la protection de la jeunesse procède notamment à l'évaluation psychosociale des postulants à l'adoption.

⁴⁸ Dans le cadre de l'enquête, 139 dossiers d'enfants recevant des services d'un des deux directeurs de la protection de la jeunesse ont été retenus et analysés. De plus, 120 personnes ont été rencontrées, dont les enfants, les familles, les deux directeurs de la protection de la jeunesse, les intervenants, les enseignants, les policiers, les maires de village et le personnel des centres hospitaliers.

organismes et instances œuvrant auprès des jeunes Inuits et de leurs familles. Au terme de son enquête, la Commission a déclaré que les droits reconnus aux enfants et aux adolescents inuits du Nunavik, en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, étaient lésés. De plus, la Commission a déclaré que les droits fondamentaux des enfants et des adolescents, tels que reconnus aux articles 1, 4 et 39 de la Charte étaient atteints. Elle a rendu public un rapport dans lequel elle formule une série de recommandations à différentes instances gouvernementales et locales⁴⁹.

Une de ces recommandations concernait l'adoption traditionnelle. Le rapport fait état de statistiques attestant son application généralisée et la place prépondérante qu'elle occupe chez les Inuits. En effet, un quart des enfants nés au Nunavik entre 2000 et 2004 auraient été adoptés selon la coutume et près du tiers des enfants ciblés par l'enquête auraient ainsi été adoptés. Les directeurs de la protection de la jeunesse au Nunavik ne sont que de façon exceptionnelle impliqués dans le processus d'adoption. En fait, l'adoption ne repose que sur l'entière discrétion des familles. Elle jouit toutefois d'une reconnaissance légale grâce à la mise en place d'une procédure simplifiée qui permet au Directeur de l'état civil du Québec de procéder à l'inscription au registre de l'état civil et d'émettre un nouvel acte de naissance faisant état de la nouvelle filiation de l'enfant.

Concrètement, ce dernier valide l'adoption traditionnelle sans évaluation préalable des capacités parentales : le parent qui veut donner son enfant en adoption se présente à la municipalité où il doit donner le nom des parents biologiques, la date et le lieu de naissance de l'enfant, le nom des parents adoptifs, leur lieu de résidence et leurs dates de naissance. La famille biologique et la famille adoptive signent le document. Si le document est dûment complété et approuvé par la personne identifiée dans la municipalité pour ce faire, le Directeur de l'état civil confirme l'adoption et émet un extrait de naissance.

L'enquête révèle que les enfants adoptés éprouvent des difficultés dans la famille d'adoption comparativement aux autres enfants biologiques de la famille, ils reçoivent un moins bon traitement que les autres enfants sur les plans de la santé et de l'éducation. De plus, ils vivent souvent des allers-retours entre leur famille adoptive et biologique, voire même entre plusieurs

⁴⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Nunavik – Rapport, conclusions d'enquête et recommandations*, 2007, [En ligne].
www2.cdpdj.qc.ca/publications/Documents/rapport_Nunavik_francais.pdf

familles adoptives. Plusieurs d'entre eux, se retrouvent confiés à leurs parents biologiques par les parents adoptifs. Enfin, l'enquête établit que de nombreux parents adoptifs n'ont pas assuré la sécurité ou le développement des enfants qu'ils ont adoptés.

Le rapport identifie certains éléments qui expliquent les ratées observées pour plusieurs enfants adoptés. Au nombre de ceux-ci, nommons la volonté réelle des mères à donner leur enfant en adoption en raison de leur jeune âge ou du fait de l'infertilité d'un membre de leur famille; la volonté réelle des parents adoptifs d'adopter l'enfant, notamment les grands-parents et le niveau d'engagement des adoptants qui tend à se modifier en fonction de l'état physique ou mental de l'enfant.

Malgré ces constats, il ressort de l'enquête que la majorité des témoignages recueillis favorise le maintien de l'adoption. Or, plusieurs personnes rencontrées réclament un meilleur encadrement de la pratique afin de s'assurer que la famille adoptive constitue un milieu adéquat pour l'enfant.

Ce contexte a ainsi incité la Commission à recommander au ministre de la Santé et des Services sociaux et au ministre de la Justice de s'assurer « que toute adoption traditionnelle soit évaluée comme un projet de vie permanent et qu'elle soit précédée d'une évaluation psychosociale de l'enfant, ainsi que des postulants à l'adoption ».

Lors du suivi assuré par la Commission quant aux recommandations formulées, elle a été informée de travaux en cours sur l'adoption traditionnelle, dont ceux du comité sur les valeurs inuites, dirigé par la Société Makivik⁵⁰. Dans le rapport de suivi, la Commission a pris acte qu'à l'automne 2009, le gouvernement a présenté un avant-projet de loi visant à modifier le Code civil et d'autres dispositions en matière d'adoption et d'autorité parentale. Cet avant-projet de loi ne proposait aucune modification visant spécifiquement l'adoption traditionnelle. Le gouvernement a plutôt confié à un groupe de travail, piloté par le ministère de la Justice et composé de spécialistes de l'adoption coutumière ou traditionnelle et de représentants autochtones, le mandat de documenter les différentes pratiques d'adoption et de mesurer les

⁵⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Nunavik – Rapport de suivi des recommandations de l'enquête portant sur les services de protection de la jeunesse dans la baie d'Ungava et la baie d'Hudson*, 2010, [En ligne].
www2.cdpdj.qc.ca/publications/Documents/Rapport_suivi_Nunavik_2010.pdf

effets d'une éventuelle reconnaissance de la coutume autochtone ou inuite en matière d'adoption. La Commission déplorait ainsi que le processus d'adoption traditionnelle demeurerait inchangé à ce jour.

CONCLUSION

L'analyse des droits protégés par la Charte démontre que certains d'entre eux jettent les bases pour une reconnaissance légale de l'adoption coutumière ou traditionnelle au Québec, pratique ancrée dans la culture autochtone chez les Premières Nations et les Inuits. Ces droits sont ceux prévus à l'article 1 (intégrité, liberté et personnalité juridique), à l'article 4 (dignité), à l'article 10 (égalité), à l'article 39 (protection, sécurité et attention des parents ou des personnes qui en tiennent lieu) et 43 (maintien et progrès de la vie culturelle des minorités ethniques).

L'analyse repose sur l'interprétation large et généreuse réservée aux droits énumérés à la Charte et qui tient compte de ceux contenus dans les instruments internationaux, tels la *Convention relative aux droits de l'enfant* et la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*.

Cependant, le fondement de la reconnaissance de l'adoption coutumière en milieu autochtone pourrait, dans une certaine mesure, être ébranlé par le droit à l'égalité. Les enfants autochtones adoptés selon cette pratique jouissent-ils, comparativement aux enfants adoptés selon le droit québécois, d'une même égalité dans l'exercice et la reconnaissance de leurs droits protégés par la Charte considérant l'absence de formalités entourant sa réalisation?

Les constats posés à la suite de l'enquête systémique menée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec portant sur les services de protection dispensés au Nunavik illustrent les défis que pose la reconnaissance légale de l'adoption traditionnelle chez les Inuits.

KM/cl