

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

Jacques A. Archambault et Claude Boisclair

Volume 25, numéro 1-2, 1994-1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108174ar>
DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12880>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)
2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Archambault, J. A. & Boisclair, C. (1994). 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. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 25(1-2), 27-169.
<https://doi.org/10.17118/11143/12880>

Résumé de l'article

Les auteurs analysent les controverses jurisprudentielles qui ont soulevé beaucoup d'incertitude dans le domaine de l'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon « de fait ». Ils montrent comment l'intérêt de l'enfant est nécessaire pour définir ce qu'il faut entendre par « ne pas assumer de fait » les devoirs parentaux, et déterminer les conditions d'un véritable projet de reprise en charge de l'enfant par les parents. Ils précisent aussi pourquoi la Cour d'appel a rejeté « l'abandon intentionnel » en considérant celui-ci comme une création jurisprudentielle incompatible avec les mots « de fait » du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q.

Les auteurs discutent également du pouvoir discrétionnaire des tribunaux de refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption et ce, après avoir déclaré que toutes les conditions posées par la loi étaient remplies. De plus, ils s'interrogent sur la théorie, avancée par la Cour d'appel, concernant « l'impossibilité » d'exécuter ses devoirs parentaux pour la personne déficiente intellectuellement, ce qui pourrait bien alimenter une nouvelle querelle jurisprudentielle. L'exposé est complété par l'examen de certaines avenues destinées à mieux encadrer la prise en charge de la situation de l'enfant abandonné afin de prendre des décisions plus adéquates sur les plans social et juridique.

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

par Jacques A. ARCHAMBAULT¹
Claude BOISCLAIR²

Les auteurs analysent les controverses jurisprudentielles qui ont soulevé beaucoup d'incertitude dans le domaine de l'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon «de fait». Ils montrent comment l'intérêt de l'enfant est nécessaire pour définir ce qu'il faut entendre par «ne pas assumer de fait» les devoirs parentaux, et déterminer les conditions d'un véritable projet de reprise en charge de l'enfant par les parents. Ils précisent aussi pourquoi la Cour d'appel a rejeté «l'abandon intentionnel» en considérant celui-ci comme une création jurisprudentielle incompatible avec les mots «de fait» du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q.

Les auteurs discutent également du pouvoir discrétionnaire des tribunaux de refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption et ce, après avoir déclaré que toutes les conditions posées par la loi étaient remplies. De plus, ils s'interrogent sur la théorie, avancée par la Cour d'appel, concernant «l'impossibilité» d'exécuter ses devoirs parentaux pour la personne déficiente intellectuellement, ce qui pourrait bien alimenter une nouvelle querelle jurisprudentielle. L'exposé est complété par l'examen de certaines avenues destinées à mieux encadrer la prise en charge de la situation de l'enfant abandonné afin de prendre des décisions plus adéquates sur les plans social et juridique.

The writers examine the jurisprudential controversy, and the uncertainties resulting therefrom, concerning the notion of eligibility for adoption in connection with the de facto abandonment of a child. They point out the extent to which the best interests of the child play a vital role in determining what is meant by the idea that the duties of the parents have not «in fact» been taken in hand. These interests also figure in establishing the conditions under which the parents can reassume their duties. The writers indicate why the Court of Appeal has rejected the concept of «intentional abandonment», since it is viewed as a praetorian innovation incompatible with the words «in fact» found in paragraph 2 of article 559 C.C.Q.

The writers also discuss the discretionary power of the courts to refuse eligibility for adoption, even in cases where it is acknowledged that all legal preconditions for eligibility have been met. Moreover, they question the validity of the controversial theory proposed by the Court of Appeal regarding the «impossibility» for intellectually-challenged persons to fulfill their parental duties. The article concludes by reviewing approaches which may facilitate the legal and social taking in hand of an abandoned child.

-
1. Avocat et chef de service du contentieux des Centres jeunesse de la Montérégie.
 2. Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	33
CHAPITRE I L'ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ABANDON DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION	37
Section 1 L'étude des conditions objectives permettant de conclure à l'abandon d'un enfant.	37
A) La signification de l'expression «assumer le soin, l'entretien ou l'éducation».	38
1) Les sens commun et juridique des termes «soin», «entretien» et «éducation».	38
2) Quelques précisions apportées par les tribunaux.	39
B) Les diverses interprétations de l'expression « <i>ne pas assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation</i> » de l'enfant.	42
1) L'analyse objective du comportement des parents, indépendante de l'élément intentionnel.	44
2) L'évaluation de l'attitude des parents pondérée par certaines circonstances affectant leurs capacités parentales ou l'exécution de leurs devoirs.	46
a) L'obligation des parents d'exercer l'autorité parentale pendant le placement de l'enfant et de prendre les moyens pour faire cesser la situation de compromission.	47
b) L'évaluation des « <i>capacités restantes</i> » des parents déficients intellectuels ou atteints de maladie mentale.	49
c) Les agissements des délégués du directeur de la protection de la jeunesse faisant obstacle à l'exercice de l'autorité parentale.	52
d) L'influence des gestes posés par les parents après la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption.	57

(1994-95) 25 R.D.U.S.	<i>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</i>	29
-----------------------	---	----

Section 2	L'interprétation subjective de la situation des parents pour excuser l'inexécution de leurs obligations.	58
A)	Les motifs acceptés pour excuser l'inexécution des obligations parentales.	58
1)	L'obligation « <i>d'assumer de fait</i> » les devoirs parentaux dénaturée par l'acceptation de circonstances indépendantes des besoins de l'enfant.	60
2)	L'étendue des devoirs parentaux évaluée à partir des « <i>capacités restantes</i> » du parent mentalement inapte.	62
3)	L'abandon involontaire comme justification du défaut d'assumer de fait les devoirs parentaux.	64
B)	Le rejet de la condition de l'abandon intentionnel ou fautif et l'acceptation limitée de certaines circonstances respectant les besoins de l'enfant.	70
1)	La position de la Cour d'appel fondée sur la lettre et l'esprit de la loi. (Juge Vallerand)	71
2)	La position ambiguë de la Cour d'appel fondée sur le concept « <i>d'impossibilité</i> », le risque d'un nouveau dérapage. (Juge Baudouin)	73
3)	L'application récente par les tribunaux des critères de « <i>l'inaction parentale</i> » et de « <i>l'absence de liens significatifs avec l'enfant</i> ».	79

CHAPITRE II LES DIVERSES INTERPRÉTATIONS DES CONDITIONS D'UNE VÉRITABLE PROBABILITÉ DE REPRISE EN CHARGE DE L'ENFANT.

..... 83

Section 1	Les excuses parentales acceptées pour renverser la présomption d'improbabilité de reprise en charge.	84
------------------	---	----

Section 2	Les capacités parentales évaluées en corrélation avec les besoins particuliers de l'enfant.	89
A)	La possibilité d'une véritable reprise en charge par les parents.	93
1)	Un projet précis, structuré et vraisemblable pour reprendre la garde physique de l'enfant.	94

2)	Les motifs de l'absence des parents dans la vie de l'enfant et les changements significatifs apportés pour mettre fin à la situation d'abandon.	95
3)	Les acquis personnels des parents, distincts des acquis relatifs à leur capacité parentale.	96
4)	L'incidence des manifestations des parents après la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption.	96
B)	La possibilité réelle pour l'enfant d'être repris en charge.	98
1)	La durée de l'absence des parents de la vie de l'enfant.	98
2)	Les réactions de l'enfant à l'égard des parents.	99
3)	L'absence d'une relation affective significative entre les parents et l'enfant.	100
4)	L'existence de liens significatifs entre l'enfant et sa famille affective d'accueil.	100
5)	Les besoins particuliers de l'enfant.	101
6)	La non-pertinence du fait pour les parents de s'occuper déjà d'un autre enfant.	101

CHAPITRE III LE RÔLE DU CRITÈRE DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION

..... 103

Section 1	Le critère de l'intérêt de l'enfant pour apprécier l'abandon et la probabilité de reprise en charge.	104
A)	Les textes de lois relatifs à l'intérêt de l'enfant appliqués en matière d'adoption.	105
B)	La notion de l'intérêt de l'enfant interprétée dans sa globalité par les tribunaux.	109
C)	L'utilisation de l'intérêt de l'enfant pour déterminer s'il y a abandon ou probabilité de reprise en charge.	114
1)	L'exclusion de l'intérêt de l'enfant pour déterminer le statut de l'enfant adoptable ou non.	115
2)	Le recours au critère de l'intérêt de l'enfant pour déterminer si les conditions pour le déclarer adoptable sont remplies.	116

Section 2 L'ajout du critère de l'intérêt de l'enfant comme une troisième condition, indépendante des deux autres, avant de prononcer l'admissibilité à l'adoption. 121

- A) La discrétion judiciaire pour déclarer l'enfant adoptable fondée sur l'interprétation du terme «peut». 122
- B) La discrétion judiciaire fondée sur le critère de l'intérêt de l'enfant considéré comme une règle autonome, pour refuser l'admissibilité à l'adoption. 127
 - 1) L'encadrement juridique de la discrétion judiciaire pour refuser de déclarer l'enfant adoptable. 128
 - 2) Le risque de dénaturer le critère de l'intérêt de l'enfant en faisant appel à des «considérations» étrangères aux besoins de l'enfant 135
 - a) La conduite des travailleurs sociaux. 136
 - b) Les droits de visite postérieurs au jugement d'adoption : une autre forme d'adoption ouverte? 137
 - c) L'âge de l'enfant adoptable. 143
 - d) L'adoption interraciale ou l'origine culturelle. 145
 - e) La reprise en charge par la famille élargie. 146

CHAPITRE IV LE CHOC DES CONCEPTIONS JURIDIQUES ET CLINIQUES DANS LE PROCESSUS CONDUISANT À LA PRÉSENTATION D'UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION 150

Section 1 Les difficultés identifiées à partir des conceptions sociales prévalant dans l'évaluation de la situation de l'enfant. 151

- A) Le conflit de loyauté de l'intervenant social à l'égard des parents défaillants. 152
- B) L'intervention sociale fondée sur la primauté de l'intérêt de l'enfant. 153

Section 2	Les difficultés d'arrimage de l'intervention sociale avec l'intervention judiciaire.	153
A)	La nécessité d'un dépistage précoce.	153
B)	La nécessité d'aviser rapidement les parents défailants des conséquences de leur inaction parentale.	157
C)	Les mesures de protection requises pour réaliser un projet de vie pour l'enfant.	158
D)	L'impact d'un jugement de protection sur le processus judiciaire conduisant au jugement d'admissibilité à l'adoption.	159
E)	Le devoir du directeur de la protection de la jeunesse de dévoiler les éléments favorables ou défavorables à la demande d'admissibilité à l'adoption.	161
F)	La mise en garde de la Cour d'appel de ne pas considérer l'adoption comme une panacée universelle cadre-t-elle avec la réalité de l'enfant abandonné?	162
CONCLUSION		163

INTRODUCTION

La réforme du droit familial¹, en vigueur depuis 1981, consacre l'évolution jurisprudentielle qui faisait de l'enfant un véritable sujet de droit². L'article 33 C.c.Q. affirme que l'intérêt de l'enfant constitue la pierre angulaire de toutes les décisions prises à son sujet. Le nouvel article 32 C.c.Q., qui reprend l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³, reconnaît expressément le droit pour l'enfant d'avoir des parents qui s'occupent de lui.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* édicte que les parents restent les premiers responsables de l'enfant⁴, et précise que s'il n'est pas possible de retourner l'enfant protégé dans son milieu familial, on doit chercher à lui assurer la *continuité* et la *stabilité* en le plaçant dans un *milieu familial normal*, compte tenu de ses besoins et de son âge⁵.

Bref, toutes ces dispositions énoncent que l'enfant a le droit de bénéficier d'un milieu familial afin que ses parents, ou des tiers agissant à ce titre, se préoccupent de ses «*besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques*»⁶. Lorsque les parents ne peuvent ou ne veulent plus, peu important les motifs, s'occuper de façon concrète de leur enfant, il est fréquent que le directeur de la protection de la jeunesse doive prendre sa situation en charge pour lui fournir un milieu familial substitut.

Le directeur de la protection de la jeunesse⁷ doit également s'interroger sur le choix d'un projet de vie pour l'enfant dont les parents ont cessé d'en assumer le soin, l'entretien ou l'éducation. Tout dépendant de son âge, de sa situation

-
1. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, mis en vigueur le 2 avril 1981, 1980 L.Q. c. 39. Le nouveau droit de la famille a été repris, avec certaines modifications, par le nouveau Code civil du Québec mis en vigueur le 1er janvier 1994.
 2. Art. 32 à 34 C.c.Q.
 3. L.R.Q., c. C-12, art. 39.
 4. L.R.Q., c. P-34.1, art. 2.2. Voir aussi, art. 599 C.c.Q.
 5. L.R.Q., c. P-34.1, art. 4. Cet article réfère à la continuité des soins et la stabilité des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge.
 6. Voir, à ce sujet, l'article 33 al. 2 C.c.Q. et 3 al. 2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.
 7. L.R.Q., c. P-34.1, art 32, 38, 51.

antérieure, le placement d'un enfant à plus ou moins long terme dans une famille d'accueil ne doit constituer une alternative que *lorsqu'on ne peut faire autrement*. En effet, ce n'est pas la meilleure solution pour l'enfant puisque la famille d'accueil ne lui offre que des parents temporaires. C'est pourquoi, nous devons nous demander si l'adoption ne serait pas la mesure la plus appropriée pour lui fournir de nouveaux parents affectifs permanents⁸. Ajoutons que la quasi-totalité des enfants, dont la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption est fondée sur l'abandon au sens du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q, sont déjà pris en charge par le directeur de la protection de la jeunesse. Il est donc naturel de lui confier la responsabilité de vérifier si l'adoption constitue pour l'enfant abandonné la solution la plus adéquate pour répondre à ses besoins.

Le législateur, *préoccupé par l'inquiétant phénomène des abandons tacites*, estime que le *droit pour l'enfant d'avoir une famille afin d'y développer des liens affectifs stables* permet de le faire déclarer admissible à l'adoption. Il répond ainsi à l'état d'incertitude vécu par de nombreux enfants abandonnés dans les faits, en confiant aux intervenants sociaux et judiciaires la responsabilité d'assurer le respect des droits de l'enfant en lui accordant la possibilité de s'identifier de façon permanente à une nouvelle famille affective lorsque ses parents ne maintiennent plus de liens avec lui, ou sont inaptes à le faire.

L'adoption devient donc, en matière de protection de la jeunesse, comme dans les autres situations, une façon privilégiée par le législateur de venir au secours de l'enfant, comme en fait foi le délai relativement court qu'il pose pour déterminer s'il y a abandon. *Il prend ainsi position en faveur de l'adoption de l'enfant auquel il veut procurer la continuité et la stabilité dans une société où ces deux éléments sont devenus plus que jamais essentiels à son intégration au monde des adultes*.

Le législateur pose deux conditions d'admissibilité à l'adoption qui visent à éviter toute injustice à l'égard des parents et à permettre à l'enfant de bénéficier

8. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 72. 1. Le paragr. 5 de l'article 2.4 de cette loi indique que les intervenants doivent agir avec diligence, compte tenu que la notion de temps chez l'enfant est différente de celle des adultes. Cette disposition située dans le chapitre sur les «Principes généraux et droits des enfants» s'applique aussi à l'adoption qui relève du directeur de la protection de la jeunesse.

d'un milieu familial affectif de substitution dans des délais raisonnables. *La première, l'abandon*, repose sur le constat factuel de l'inexécution des principaux devoirs parentaux décrits par les vocables «soin, entretien ou éducation» au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Cette première condition satisfaite fait naître une présomption d'improbabilité de reprise en charge résultant du défaut d'assumer *de fait* le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant, soit par désintérêt, soit par inaptitude mentale ou intellectuelle des parents. *La deuxième condition* permet de vérifier si la *reprise en charge* de l'enfant par les parents est possible en leur offrant l'opportunité de renverser la présomption d'improbabilité, édictée à l'article 561 C.c.Q., pour faire obstacle à l'admissibilité à l'adoption.

Les deux conditions préalables à l'admissibilité à l'adoption ont donné naissance à diverses tendances, tantôt pour donner effet à la volonté du législateur de procurer à l'enfant des parents désireux de s'en occuper, tantôt pour refuser de déclarer l'enfant adoptable afin de maintenir des liens affectifs parfois plus apparents que réels ou des liens biologiques avec les parents d'origine et ce, à partir de constructions juridiques qui ne correspondent pas, le plus souvent, à la réalité vécue par l'enfant.

Nous allons d'abord traiter, dans le *premier chapitre*, de l'évolution jurisprudentielle de la notion d'abandon à partir de l'analyse des diverses interprétations des conditions d'abandon énoncées dans le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q.⁹ Nous aborderons ensuite, dans le *deuxième chapitre*, l'étude des conditions relatives à la probabilité d'une réelle reprise en charge de l'enfant pour renverser la présomption d'improbabilité édictée à l'article 561 C.c.Q.¹⁰ Nous examinerons, dans le *troisième chapitre*, dans quelle mesure les tribunaux utilisent le critère de l'intérêt de l'enfant pour vérifier s'il y a eu abandon et déterminer la vraisemblance de la probabilité de la reprise en charge proposée

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

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

10. 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».

par les parents¹¹. On se demandera également si ce critère peut constituer un élément distinctif et autonome¹² pour refuser la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption lorsque toutes les autres conditions sont remplies.

Le *quatrième chapitre* est consacré au processus conduisant à la présentation d'une déclaration d'admissibilité à l'adoption. Avec comme toile de fond l'ordonnance de protection préexistante, le choc des conceptions juridiques et cliniques est inévitable. En effet, au-delà des idéologies et des conceptions judiciaires résultant de l'application de la loi, nous verrons que la manière d'enclencher le processus de l'adoption, en regard des gestes posés antérieurement par les intervenants sociaux, peut influencer les tribunaux au point de créer parfois des insatisfactions profondes de part et d'autre. Nous ferons donc état des difficultés concrètes d'arrimage entre l'intervention sociale et l'intervention judiciaire en nous demandant comment améliorer la dynamique prévalant en matière d'adoption lorsqu'il s'agit d'un enfant en voie d'être abandonné.

Nous consacrons une étude élaborée à la déclaration d'admissibilité à l'adoption *fondée sur l'abandon* parce que la majorité des conflits en matière d'adoption résultent de l'inaction parentale qui permet aux tribunaux de substituer une décision judiciaire au consentement parental.

CHAPITRE I L'ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ABANDON DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMIS- SIBILITÉ À L'ADOPTION

L'abandon est fondé sur le constat suivant : le défaut «*d'assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation depuis au moins six mois*». Il repose donc sur

11. Art. 543. «L'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi.

Elle ne peut avoir lieu pour confirmer une filiation déjà établie par le sang.»

12. Art. 33. «Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

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.»

l'inexécution concrète des devoirs parentaux pendant un délai déterminé. Pourtant, cette condition, en apparence simple, est porteuse de toutes sortes de difficultés. Quand peut-on dire que les parents assument *de fait*? Faut-il tenir compte des excuses parentales? Doit-on assumer «beaucoup» ou si «un peu» suffit? Doit-on tenir compte des influences extérieures sur la relation entre les parents et leur enfant? Le tribunal possède-t-il une certaine discrétion en dépit du constat de l'inexécution des devoirs parentaux? Doit-il s'agir d'un abandon intentionnel? Les circonstances particulières de l'abandon doivent-elles être évaluées à partir de la situation vécue par l'enfant ou celle de ses parents? Voilà autant de questions auxquelles nous allons chercher à répondre, en nous s'inspirant de l'esprit de la loi pour expliquer les différentes règles relatives à l'admissibilité à l'adoption. Notre exposé est fondé sur le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant, dont celui d'avoir une famille affective et non seulement une famille nourricière ou d'accommodement.

Nous allons analyser successivement les diverses interprétations données par les tribunaux et la doctrine à propos de la *nécessité d'assumer de fait* les devoirs parentaux, soit pour accepter de déclarer adoptable l'enfant abandonné, soit pour refuser.

Section 1 L'étude des conditions objectives permettant de conclure à l'abandon d'un enfant.

Donnons d'abord quelques précisions sur le contenu des termes «soin, entretien ou éducation», avant de nous interroger sur la portée des termes «ne pas assumer de fait» et sur les théories avancées pour en expliquer le sens, le contenu et l'étendue. C'est ainsi qu'on propose divers fondements pour conclure ou non à l'abandon, tantôt en faisant valoir l'intérêt de l'enfant, tantôt en l'excluant pour ne tenir compte que des circonstances particulières favorables aux parents et indépendantes de la situation vécue par l'enfant.

A) La signification de l'expression «assumer le soin, l'entretien ou l'éducation».

Nous allons tenter de circonscrire le contenu des termes utilisés par le législateur au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Cette étude préliminaire nous

permettra de déterminer plus facilement si les parents ont rempli suffisamment ou non les devoirs «de soin, d'entretien ou d'éducation».¹³

1) Les sens commun et juridique des termes «soin», «entretien» et «éducation».

On définit le mot «soin», en relation avec une personne, comme signifiant *s'occuper du bien-être de celle-ci*¹⁴. Le mot «entretien» signifie ce qui est nécessaire à l'existence matérielle d'un individu, d'une collectivité et le fait de pourvoir à ces besoins¹⁵; et, enfin, le mot «éducation» concerne la mise en oeuvre des moyens propres à assurer la formation et le développement d'un être humain. L'éducation a pour objet non seulement le développement intellectuel, mais aussi la formation physique et morale nécessaire à l'adaptation sociale¹⁶.

Les notions de «soin», «entretien» ou «éducation» énoncées au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. font référence aux attributs découlant de l'autorité parentale énumérés à l'article 599 C.c.Q. Le mot «soin» n'étant pas utilisé dans cet article, la doctrine générale ne nous éclaire pas sur le sens à donner à ce terme. Par contre, à propos du mot «entretien», les auteurs Marty et Raynaud écrivent :

«Le devoir d'entretien est, dans une large mesure, un devoir alimentaire par son objet qui comporte la satisfaction des besoins au service desquels l'obligation alimentaire a été organisée (...) Le devoir d'entretien a un sens plus précis et peut comporter des obligations particulières comme par exemple, la surveillance de la santé...

-
13. Toutefois, le contenu de ces obligations devient sans objet, comme nous le verrons, lorsqu'on invoque la théorie de l'abandon involontaire, ou de l'impossibilité pour les parents de remplir leurs devoirs, pour refuser de déclarer adoptable l'enfant abandonné.
14. P. ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2e édition, tome VIII, édition mise à jour par A. REY, 1989, p. 818.
15. *Id.*, tome IV, p. 20.
16. *Id.*, tome III, p. 795.

L'entretien ne consiste pas seulement à fournir des subsides, il implique une activité quotidienne et des soins personnels. *Souvent on y rattache aussi l'éducation.*¹⁷

Quant au devoir d'éducation, ces derniers estiment que :

«... cette éducation doit être comprise au sens large, il s'agit non seulement de l'instruction et de la formation professionnelle, mais aussi de la formation morale et éventuellement civique et religieuse.»¹⁸

2) Quelques précisions apportées par les tribunaux.

Les tribunaux n'ont pas jugé nécessaire de définir de façon précise les mots «soin», «entretien» ou «éducation» dans le cadre d'une demande d'admissibilité à l'adoption. Ainsi, ils ont déjà déclaré que le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. reprenait le contenu de l'article 599 C.c.Q. traitant des devoirs parentaux et que le libellé des deux articles référait aux mêmes concepts juridiques¹⁹. On a également indiqué, sans en tirer de conclusion particulière, que l'article 599 C.c.Q. contenait plus d'éléments que n'en mentionnait le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. et que le premier utilisait le «et» conjonctif et le second le «ou» disjonctif²⁰ concernant les devoirs «d'entretien» et «d'éducation».

On a cherché aussi à délimiter la portée des devoirs parentaux prévus à l'article 559 C.c.Q. en considérant qu'ils forment un tout cohérent n'ayant pour

17. G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, 3e éd., *Les personnes*, Paris, Sirey, 1976, p. 271. (Les italiques sont de nous.) Voir aussi M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3e éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 1995, p. 218. L'auteure écrit que : «En principe, on peut dissocier le devoir d'entretien de celui de l'éducation : l'entretien revêt un aspect matériel alors que l'éducation est d'ordre intellectuel.»

18. Voir G. MARTY et P. RAYNAUD, *id.*, p. 291. Voir aussi M. OUELLETTE, *supra*, note 17, p. 227. L'auteure propose une notion large du terme «éducation» : «... comprend "l'instruction" et l'enseignement des principes fondamentaux de morale. Si les parents ont, en définitive, peu de contrôle sur le système scolaire, les programmes, le choix des enseignants, ils ont le droit d'exiger qu'un minimum soit dispensé à leur enfant. Ils s'assurent que l'enfant fréquente l'école, qu'il devient responsable, qu'il apprend les règles essentielles à la vie en société. Ils ont le droit de choisir l'école.»

19. *Protection de la jeunesse*, T. J. Longueuil, 505-43-000058-865, 16 octobre 1987, p. 22.

20. *Droit de la famille - 231*, [1985], T. J. 2044, p. 2049.

finalité ultime que le bien-être de l'enfant. Ainsi, le Tribunal de la jeunesse a précisé que le fait d'assumer le «soin» et «l'entretien» d'un enfant :

«... ne peut uniquement se résumer à une question de secours financier. *C'est bien plus une attitude globale d'une personne dans ses relations avec son fils en vue d'assurer un lien d'amour, d'éducation et un soutien vers la maturité, que ce soit par l'aide personnelle ou financière...*»²¹

Dans une affaire plus récente, on s'appuie sur la conjonction «ou» pour soumettre au tribunal que si le parent assume l'une des trois responsabilités soit l'entretien, soit le soin, soit l'éducation de son enfant, il assume ses responsabilités au sens du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. En l'espèce, la preuve révèle que la mère des enfants n'avait aucunement assumé ni l'éducation ni le soin de ces derniers depuis plusieurs années; toutefois, elle avait assumé leur entretien en acquittant ou faisant acquitter les contributions parentales exigibles en raison de leur placement en famille d'accueil. Le tribunal rejette cette distinction pour les motifs suivants :

«... le tribunal ne croit pas que l'assumption (sic) de la responsabilité parentale est une question d'additionner, multiplier ou diviser certains critères *ou* se demander si le mot "ou" est plutôt conjonctif que disjonctif. *Il faut plutôt analyser l'ensemble des responsabilités qu'assume un parent dans une situation donnée.*»²²

Le tribunal, après avoir rappelé que l'article 599 C.c.Q. énonce un ensemble de critères relatifs à la responsabilité parentale, estime que les critères «soin» et «éducation», ont :

«une connotation de "lien personnel et intime, de relation humaine, de communication directe, chaleureuse et affective" et non pas seulement une connotation de "responsabilité", comme ça semble être dans le critère "entretien".»²³

21. *Adoption - 15*, (1982) T.J. 2003, p. 2006. Voir aussi, *Droit de la famille - 362*, (1987) 2 R.J.Q. 1215 (T.J.), p. 1217. (Les italiques sont de nous.)

22. (1993) R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 455.

23. (1993) R.D.F., 451 (C. de la J.), p. 455. (Les guillemets sont dans le texte.)

Enfin, une décision récente de la Cour d'appel rappelle le devoir de vérifier «*si, à partir des faits de chaque espèce, le parent assume l'essentiel de la charge même s'il est à l'écart du quotidien*»²⁴ de l'enfant. De ce bref survol doctrinal et jurisprudentiel, on peut conclure au sujet des obligations particulières de «soin», «entretien» ou «éducation», qu'elles forment, comme l'ensemble des obligations parentales énoncées à l'article 599 C.c.Q., «... un tout cohérent qui a pour but de permettre aux parents de s'acquitter de leurs responsabilités envers leurs enfants et de permettre à ceux-ci d'évoluer favorablement jusqu'à l'âge adulte.»²⁵ Le législateur, utilisant ces trois critères, réfère à la conduite ou au comportement global des parents. En effet, le terme «soin» employé au singulier signifie «s'occuper de»²⁶, «veiller à» ou encore «être attentif à»²⁷. Cette expression est suffisamment large pour inclure l'ensemble des obligations parentales. L'ajout des termes «entretien» ou «éducation» ne constitue que des guides généraux : ils servent à établir si les parents, eu égard aux circonstances de chaque situation, se sont occupés suffisamment de leur enfant à partir des gestes posés dont l'importance ou la fréquence sont déterminantes pour dire qu'ils ont assumé leurs responsabilités. C'est ce qu'il faut entendre par «toute décision doit être prise dans l'intérêt de l'enfant». Ainsi, l'intérêt de l'enfant «s'apprécie en regard de la satisfaction de ses besoins physiques, affectifs, intellectuels et spirituels»²⁸, en tenant compte de la «situation émotive» de l'enfant placé chez des tiers par ses parents qui ne peuvent pas ou ne veulent pas assumer de façon continue leurs obligations²⁹.

24. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 631.

25. R. JOYAL, *Précis de droit des jeunes*, 2e éd., t. 1, Le Code civil, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1994, p. 63, no 232. (Les italiques sont de nous.)

26. Voir plus haut le sens du mot «soin».

27. Voir, à ce sujet, Le petit Larousse illustré, 1995.

28. *Droit de la famille - 198*, [1985] C.S. 397. Cet extrait est tiré du résumé de l'arrêt. Voir, à ce sujet, la page 399 et l'arrêt *In re Goyette : Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1983] C.S. 429, p. 434.

29. *Id.*, p. 400. Cette décision porte sur une demande de garde par les parents de leurs enfants placés en famille d'accueil depuis 6 ans. On constate que, peu importe le litige, le fait d'assumer ou non les obligations parentales doit être évalué à partir des besoins de l'enfant.

B) Les diverses interprétations de l'expression «ne pas assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation» de l'enfant.

Les tribunaux ont souvent interprété de façon objective la condition «ne pas assumer de fait» les devoirs parentaux prévue à l'article 559 C.c.Q. en analysant le comportement des parents à l'égard de leur enfant. L'examen des gestes concrets posés par ces derniers permet de vérifier dans quelle mesure ils ont assumé ou non leurs devoirs. Cette interprétation les a conduits à déterminer que l'élément intentionnel ne devait pas être pris en considération. En d'autres termes, les motifs justifiant l'inaction parentale n'avaient pas d'importance. Seule la preuve de s'être occupé de fait de l'enfant devait être considérée.

L'analyse objective de l'attitude des parents n'exclut pas, toutefois, l'examen de certaines circonstances. En effet, on constate, dans la quasi-totalité des demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption soumises aux tribunaux, que la prise en charge par le directeur de la protection de la jeunesse comporte des restrictions quant à l'exercice de certains attributs de l'autorité parentale.³⁰ En outre, les aptitudes des parents sont parfois limitées, soit en raison d'une déficience intellectuelle ou d'une maladie mentale. Dans ces hypothèses, les tribunaux ont cherché à évaluer à partir de ces circonstances, si les parents, compte tenu de leurs capacités parentales restreintes, s'étaient «suffisamment» occupés de l'enfant pour faire obstacle à la déclaration d'admissibilité à l'adoption. Enfin, les tribunaux ont également pris en considération les agissements du directeur de la protection de la jeunesse lorsqu'ils ont eu pour effet d'empêcher l'exercice de l'autorité parentale.

Cependant, le fait de considérer certaines circonstances dans l'évaluation objective de l'exercice partiel de l'autorité parentale comporte le risque de dénaturer la portée de la condition énoncée au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Les tribunaux en sont ainsi arrivés à excuser les parents du défaut d'assumer leurs responsabilités à l'égard de leur enfant par leur vie personnelle difficile, perturbée ou malheureuse ou par leur inaptitude mentale. À l'origine, ce courant

30. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1. L'article 91, deuxième alinéa, paragr. (b) énonce : «Le tribunal peut, en outre : retirer aux parents l'exercice de certains droits de l'autorité parentale...»

jurisprudentiel très minoritaire, bien que soutenu par un auteur³¹, a pris une certaine ampleur à la suite d'une décision rendue en ce sens par la Cour d'appel³².

Mais, en 1992, la Cour d'appel sonne le glas de cette théorie³³, en déclarant que la portée de la règle de l'article 559 C.c.Q. ne consiste pas à juger ou à sanctionner la conduite des parents, mais plutôt à répondre, à partir de l'analyse d'une situation factuelle, à la question suivante : *Ont-ils oui ou non assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation à l'égard de leur enfant dans les six mois précédant la demande d'admissibilité à l'adoption?* Les tribunaux doivent dès lors, dans chaque cas d'espèce, apprécier avec prudence et discernement les circonstances concrètes et la manière ponctuelle dont les parents ont assumé leurs devoirs parentaux. La Cour d'appel précise que le handicap mental du parent ne constitue pas en soi un motif d'admissibilité à l'adoption, mais elle ajoute qu'il ne faut en déduire que l'existence d'un tel handicap empêche automatiquement de déclarer l'enfant adoptable.

Examinons comment les diverses interprétations données par les tribunaux ont donné naissance à des conceptions opposées sur l'obligation parentale «d'assumer de fait».

1) L'analyse objective du comportement des parents, indépendante de l'élément intentionnel.

Le Tribunal de la jeunesse proposait, en 1985, la définition suivante de l'expression «*de fait*» :

«L'expression "*de fait*" signifie véritablement, réellement et démontre la volonté expresse du législateur de matérialiser les droits et les obligations des parents en gestes concrets à l'égard de l'enfant. La paternité et la maternité ne sont pas des situations statiques, mais elles consistent en des relations dynamiques qui

31. S. PILON, «L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et déclaration d'adoptabilité», [1987] R.D.F. 375.

32. *Droit de la famille* - 256, [1988] R.D.F. 397 (C.A.).

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

permettent à l'enfant dans son vécu quotidien, de trouver réponse à ses besoins et à ses attentes.»³⁴

Les tribunaux ont par la suite continué à préciser la portée de cette définition, notamment en déclarant que le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. vise une situation matérielle d'où l'élément intentionnel est exclu, en déclarant :

«... C'est une question objectivement analysable. Et le résultat de cette analyse ne saurait être mis de côté, au motif qu'il existerait une exception, soit l'incapacité des parents pour cause de maladie ou pour toute autre cause de remplir ces obligations (le parent, dans l'espèce, souffrait d'une maladie mentale sérieuse). Le législateur n'a pas édicté pareille exception; la présumer du texte serait sûrement agir *de lege ferenda*. Tout au plus, l'analyse des faits matériels peut-elle être "pondérée" en fonction de la capacité des parents, mais répétons-le, l'incapacité de ceux-ci, même pour cause de maladie, ne saurait mettre en échec l'application des prescriptions claires et univoques du Code civil du Québec.»³⁵

Dans une autre affaire, le père indique qu'il a cessé tout contact avec ses deux filles parce qu'il ne voulait pas détruire l'image qu'elles avaient de lui. Le tribunal, faisant état de l'unanimité de la jurisprudence sur l'absence de l'élément intentionnel à l'article 559 C.c.Q., décide qu'il faut examiner essentiellement la réalité vécue par l'enfant. Il ajoute qu'une personne peut ne pas vouloir abandonner son enfant, mais que l'inaction parentale finira par en faire un enfant

-
34. *Protection de la jeunesse*, T. J. Québec, 200-43-000051-843, 25 janvier 1985, p. 6; la définition proposée dans cet arrêt fut reprise et appliquée dans un grand nombre de décisions du tribunal au nombre desquelles on retrouve, à titre d'illustration, *Droit de la famille - 231*, [1985] T.J. 2044, p. 2049; *Protection de la jeunesse - 635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456; *Droit de la famille - 256*, [1986] R.J.Q. 139 (T.J.), p. 143; *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 248; *Droit de la famille - 388*, [1987] R.D.F. 285 (T.J.), p. 290; *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.), p. 109.
35. *Droit de la famille - 256*, [1986] R.J.Q. 139 (T.J.), p. 144.; cette décision fut renversée par la Cour d'appel à *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.); puis, la décision initiale du Tribunal de la jeunesse, qui avait décidé, au plan des principes, qu'il n'avait pas à apprécier le caractère volontaire ou non de l'abandon, fut réhabilitée en 1992 lorsque la Cour d'appel eut à statuer de nouveau sur cette question. Voir à ce sujet, *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.). (Les parenthèses sont de nous.)

abandonné.³⁶ En effet, il importe peu de savoir pourquoi les parents, pourtant adéquats et constants dans leur relation avec un autre de leurs enfants également placé en famille d'accueil³⁷, n'ont presque pas eu de contacts avec l'enfant visé par une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Seule l'analyse de la situation du point de vue de l'enfant doit être prise en considération³⁸

L'appréciation de l'abandon à partir de l'enfant est en harmonie avec la position de la Cour suprême qui a décidé, il y a déjà fort longtemps, que l'autorité parentale existe au profit des enfants.³⁹

En terminant sur le sens des termes «de fait», il est toujours intéressant de rappeler le droit antérieur qui imposait aussi aux parents «d'assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation»⁴⁰. À ce propos, le Tribunal de la jeunesse avait déjà en 1979, interprété l'expression «de fait» comme ayant une «portée et un sens pratique». Elle signifiait que la preuve devait démontrer «de façon prépondérante que l'intimé a fait le maximum pour entretenir avec son enfant un lien privilégié sur les plans affectif, éducationnel et pécuniaire pour son plein épanouissement tant moral et social qu'intellectuel et physique»⁴¹. Cette

36. *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 250; cette façon d'analyser la preuve sous l'article 559 paragr. 2 C.c.Q. fut reprise dans *Protection de la jeunesse*, T.J., Longueuil, 505-43-000058-865, 16 octobre 1987 : le tribunal déclare, à la page 22, que «lorsque le tribunal doit apprécier les faits, il doit non seulement les examiner à l'égard des parents mais aussi en relation avec l'enfant qui est le créancier de ce droit». Voir aussi, à ce sujet, *Droit de la famille -198*, [1985] C.S. 397, p. 400.

37. Le placement des enfants a été fait conformément à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 91(j).

38. *Protection de la jeunesse*, T.J. Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, p. 6. Le tribunal avait accordé aux parents des droits de visite. Les motifs pour ne pas assumer ses devoirs sont multiples, volontaires ou involontaires, mais cela importe peu.

39. *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501, p. 510. Dans cet arrêt, la Cour suprême déclare : «... qu'il est maintenant admis par la doctrine que les droits et pouvoirs du père et de la mère sur la personne des enfants mineurs ne leur sont accordés que comme conséquence des lourds devoirs qu'ils ont à remplir et n'ont d'autre but que de leur rendre possible l'entretien et l'éducation de l'enfant. C'est pour la protection de l'enfant que l'autorité "parentale" existe.» Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde, Réalité ou apparence*, Sherbrooke, Les Éditions R.D.U.S., 1978, pp. 16 à 18 et 49.

40. *Loi sur l'adoption*, L.R.Q., c. A-7, art. 6(b) et 7(d).

41. *A. et B. et C. et D.*, T.J., Montréal, 500-43-000254-79, 19 septembre 1979, p. 4.

tendance exclut toute pondération en faveur des parents n'ayant pas exécuté leurs devoirs parentaux.

2) L'évaluation de l'attitude des parents pondérée par certaines circonstances affectant leurs capacités parentales ou l'exécution de leurs devoirs.

Une jurisprudence constante indique que les tribunaux doivent tenir compte, dans l'appréciation de la conduite des parents, de l'existence d'un jugement déjà rendu en protection de la jeunesse. Toutefois, ces derniers ne peuvent pas invoquer les limites posées par les tribunaux à leurs attributs parentaux pour justifier leur inaction parentale.

a) L'obligation des parents d'exercer l'autorité parentale pendant le placement de l'enfant et de prendre les moyens pour faire cesser la situation de compromission.

Les parents doivent exercer de façon tangible les responsabilités qu'il leur reste afin de maintenir un lien affectif significatif avec leur enfant; corrélativement, le maintien de ce lien implique une participation active des parents au plan d'intervention sociale visant à mettre fin à la situation de compromission ayant justifié sa mise sous protection. Rappelons brièvement comment les tribunaux ont précisé les obligations parentales dans diverses situations de placement de l'enfant chez des tiers.

Le devoir des parents de s'occuper de leur enfant dont la situation est prise en charge par le directeur de la protection de la jeunesse subsiste et ils doivent agir en conséquence. C'est ainsi que les tribunaux ont clairement pris position à cet égard en énonçant la théorie suivante :

«Il est évident qu'une ordonnance en protection peut réduire ou restreindre l'exercice de certains droits de l'autorité parentale. Il reste tout de même des obligations dont les parents demeurent investis et qu'ils doivent respecter. À titre d'exemple, signalons l'obligation d'entretien, l'obligation de surveillance et de contrôle, l'obligation d'éducation, l'intérêt qu'ils démontrent au développement de leur enfant et le respect de ses besoins, etc.

Il convient donc de scruter plus avant la conduite des parents, ce qui a amené pareilles situations afin de voir si ces parents ont tenté de remédier à leur conduite. Il faut que les parents fassent disparaître les causes qui ont amené la suspension de leur droit, sinon on pourra le leur reprocher et conclure qu'ils n'ont pas rempli leurs obligations; il leur faut donc poser des gestes concrets, matériels, objectivement et extérieurement identifiables, et non pas dans de simples déclarations de principe ou en mettant la faute sur d'autres.»⁴²

Les parents doivent donc continuer à s'intéresser à leur enfant et participer au plan d'intervention psychosociale.⁴³ On a précisé de la manière suivante le contenu de cette double obligation : aux yeux du tribunal, la satisfaction des obligations parentales s'évalue sous deux angles, soit en constatant une réelle préoccupation des parents pour le bien-être de leur enfant qui en retour conservera un attachement significatif pour eux, soit en vérifiant s'ils ont modifié leur situation pour rendre possible une éventuelle reprise en charge à court terme de l'enfant.⁴⁴

-
42. *Protection de la jeunesse*, T. J. Kamouraska, 250-43-000010-893, 20 septembre 1989, p. 6.
43. Voir, *Protection de la jeunesse*, Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, p. 7 «Les parents conservent néanmoins le droit de surveillance de leur enfant. Les visites, les sorties, la collaboration des parents au plan de traitement leur permettent d'exercer leurs droits et leurs obligations, de maintenir un lien significatif avec l'enfant et de manifester à ce dernier leur amour et leur affection.»; la nécessité de participer au plan d'intervention fut notamment reprise dans l'arrêt *Protection de la jeunesse*, T. J. Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, p. 34. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.), pp. 81 et 82.
44. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000421-924, 19 janvier 1994, pp. 9 à 11. «L'expression toute affective de cette présence (parentale) se retrouve dans l'attitude, la préoccupation constante pour le bien-être du petit, une façon de s'inquiéter de lui, de ses progrès, de ses angoisses, de ses plaisirs, la recherche de toutes informations le concernant, le désir de sa présence et le besoin de parler de lui. Quand une telle attitude existe, on en trouve certainement la trace chez l'enfant qui ne manque pas de répondre à cet attachement et nourrit l'espoir qu'il sera éventuellement repris en charge par son parent. (Quant) à l'effort justement fourni par le parent pour rendre possible la reprise en charge éventuelle de l'enfant. Par interprétation, ne pourrait-on pas dire que le parent de l'enfant placé "prend soin" de lui lorsqu'il prend les mesures nécessaires pour retrouver sa pleine compétence parentale? En ce sens, il faut évaluer différemment le cas du parent dont l'enfant est placé pendant de longues périodes et qui ne met pas tout en oeuvre pour reprendre le plein exercice de ses droits et devoirs, de celui qui, dans la mesure de ses moyens, s'efforce de modifier les circonstances qui ont rendu la séparation inévitable dans l'intérêt de l'enfant.» (Les mots entre parenthèses sont de nous et les guillemets sont dans le texte.)

Mais qu'en est-il lorsque le tribunal interdit aux parents tout contact avec leur enfant? L'exercice des devoirs parentaux devient sans doute plus difficile, mais le parent doit au moins remplir ceux qui ne sont pas incompatibles avec l'ordonnance de placement telle l'obligation d'entretien et de contrôle qui s'exécute, par exemple, par «l'attention que le parent démontre au développement de son enfant et au respect de ses besoins.»⁴⁵

Bref, le placement de l'enfant auprès de tiers comportant des restrictions ou non pour les parents, ne les dégage en rien de faire tous les efforts nécessaires pour faire cesser le placement en maintenant avec l'enfant des liens suffisants pour conclure qu'ils manifestent un intérêt pour lui, *les gestes concrets devant témoigner de ce fait*⁴⁶.

-
45. *Droit de la famille - 231*, [1985] T. J. 2044, p. 2050. Voir aussi, *Chambre de la jeunesse*, C.Q., district de Frontenac, 235-43-00007-916, 10 novembre 1992, pp. 14 et 15 : Dans cette affaire, le tribunal confie un enfant, âgé de six mois, à une famille d'accueil pour une période de cinq ans, et interdit tout contact entre les parents et l'enfant. Il ordonne, en outre, aux parents de faire rapport de leur situation une fois par mois au directeur de la protection de la jeunesse. Ces derniers ayant fait défaut de se rapporter, le tribunal statua que : «Bien qu'un jugement rendu en décembre 1989 limitait largement le droit des parents, ces derniers avaient quand même l'obligation de s'intéresser à cet enfant en communiquant, tel que le juge à cette époque l'avait ordonné, mensuellement avec la Direction de la protection de la jeunesse. Ils se devaient de travailler sur eux-mêmes afin d'améliorer leur situation et de préparer un projet de vie acceptable pour l'enfant... Malgré la restriction de leurs droits, les parents ne se sont en aucune façon intéressés à leur enfant tel qu'ils en avaient le devoir.»
46. Voir, à ce sujet, une étude élaborée de la jurisprudence récente dans *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), pp. 7 à 10.

b) L'évaluation des «capacités restantes» des parents déficients intellectuels ou atteints de maladie mentale.

La situation des parents limités intellectuellement ou atteints de maladie mentale, a obligé les tribunaux à développer la théorie des «*capacités restantes*» et à vérifier comment ils les ont concrètement utilisées pour maintenir un lien affectif avec leur enfant. Autrement dit, le handicap mental des parents ne serait pas en soi un motif pour conclure automatiquement à l'existence d'un abandon tel que formulé au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Par contre, ils ne pourraient invoquer un tel handicap pour justifier leur inaction à l'égard de leur enfant. Illustrons à l'aide de quelques décisions comment les tribunaux ont appliqué cette théorie.

Dans un litige, tous les enfants avaient été confiés peu après leur naissance à des familles d'accueil, en raison de l'incapacité physique et mentale des parents à remplir leurs devoirs. Le tribunal rappelle à ce sujet, que :

«... Ce n'est pas parce qu'ils ont confié temporairement à d'autres, comme le leur permet la loi, leur enfant, pour toutes sortes de raisons d'ordre physique, psychologique ou pécuniaire, qu'ils peuvent laisser le temps faire son oeuvre auprès d'un enfant, d'autant plus qu'il est moins âgé, en créant des liens avec ceux qui en prennent soin quotidiennement, sans risquer d'être jugés comme ayant abandonné leur enfant, s'ils n'ont pas fait ce qu'ils pouvaient faire pour lui, eu égard à leurs conditions.

La situation des parents, sur le plan physique, intellectuel, psychologique, financier et moral n'est pertinente que pour circonscire ce qu'ils ont fait ou non en regard de ce qu'ils auraient pu faire ou non, lorsque le tribunal doit apprécier s'il y a eu abandon de fait.»⁴⁷

Dans une autre affaire⁴⁸, la mère, souffrant de schizophrénie, était hospitalisée depuis plusieurs années. Son enfant avait été confié à une famille d'accueil dès sa naissance. Le premier jugement de protection avait assujéti les

47. *Protection de la jeunesse*, T.J. Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, pp. 29 et 30; cette décision fut confirmée par la Cour d'appel, dans *Droit de la famille - 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.).

48. *Droit de la famille - 653*, [1989] R.J.Q. 1361 (C.de la J.).

contacts entre la mère et l'enfant au contrôle et à la supervision du directeur de la protection de la jeunesse. Par la suite, un deuxième jugement, rendu un an plus tard, interdisait tout contact. Saisi d'une demande pour faire déclarer l'enfant admissible à l'adoption, le tribunal dut s'interroger sur l'utilisation par la mère de ses «*capacités restantes*», eu égard à sa situation. Après avoir énoncé que «... l'incapacité physique ou mentale ne constitue pas *en soi* un motif rendant un enfant judiciairement adoptable»⁴⁹, le tribunal estime qu'il doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris des limites imposées aux parents par ce handicap physique ou mental.»⁵⁰

Le tribunal constate que la mère téléphonait fréquemment, au début de son hospitalisation, pour maintenir des contacts avec son enfant et qu'elle avait cessé de le faire après le jugement de protection qui lui interdisait tout contact avec lui. D'après la Cour, elle aurait pu téléphoner aux intervenants sociaux pour obtenir de ses nouvelles et exercer, ce faisant, son droit de surveillance; ou encore, demander la révision du jugement de protection pour faire rétablir les contacts avec son enfant. Ce constat a amené le tribunal à conclure que le silence de la mère ne pouvait «être synonyme que de désintéret»⁵¹.

Enfin, donnons un dernier exemple. Dans ce cas, une mère présentait un déficit intellectuel important, ce qui la rendait inapte au plan des habilités et de sa capacité réelle à assumer un rôle parental auprès de son enfant qui avait été

49. *Id.*, p. 1366. (Les italiques sont de nous.); cette affirmation de principe avait déjà été énoncée par la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399 et elle fut reprise par celle-ci plus récemment dans *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 632 et 636.

50. *Droit de la famille - 653*, [1989] 1361 (C. de la J.), p. 1368.

51. *Id.*, p. 1368. Le tribunal estime, dans les circonstances, qu'il «...ne peut donc considérer que la mère, dans la *faible mesure de ses moyens*, a exercé son autorité parentale et qu'elle a assumé ainsi ses obligations de soin, d'entretien et d'éducation. (Les italiques sont de nous.) Dans un autre litige, le tribunal conclut de la même façon à l'égard d'une mère ayant subi un traumatisme crânien et placée sous curatelle publique : voir *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000028-884, 25 avril 1989, p. 18; voir également *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Bedford, 460-43-000013-892, 26 septembre 1989, p. 7 : après avoir analysé le comportement d'une mère atteinte d'une maladie mentale comportant des intervalles lucides, le tribunal en vient à la même conclusion; voir aussi *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.) où l'on y discute de la conduite d'une mère atteinte de schizophrénie affective.

placé dans une famille d'accueil depuis sa naissance à la suite d'un jugement de protection.

Appelé à se prononcer sur l'admissibilité à l'adoption, le tribunal constate que la preuve révélait qu'au fil des ans, la mère s'était détachée progressivement de son enfant malgré l'aide et les efforts déployés par les intervenants sociaux pour favoriser un rapprochement entre elle et ce dernier; toute démarche s'était avérée infructueuse en raison de sa propension à ne s'occuper exclusivement que de ses besoins personnels. Le tribunal concluait que la mère n'avait pas exercé «ses capacités parentales restantes»⁵².

Il faut retenir de la théorie sur les «capacités parentales restantes» que la maladie, l'éloignement ou toute autre circonstance comportant des restrictions quant à la possibilité de remplir ses obligations parentales ne libèrent pas les parents de faire le maximum, compte tenu de leur situation particulière, pour s'occuper de fait de leur enfant. Ainsi, le seul fait d'assumer l'entretien est insuffisant pour conclure à une contribution parentale susceptible de maintenir un lien avec l'enfant⁵³. De même, des troubles chroniques de la personnalité, de toxicomanie, des troubles de comportement, des carences affectives liées à une misère sociale, l'itinérance, la prostitution⁵⁴, la prison⁵⁵, la drogue⁵⁶, l'inaptitude mentale⁵⁷, etc. ne peuvent justifier l'inaction parentale. Sans doute cela peut-il paraître parfois cruel, mais si l'on considère la réalité vécue par l'enfant, il serait encore plus cruel de le laisser sans famille affective à laquelle il a besoin de s'identifier, surtout dans la société actuelle.

-
52. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Beauharnois, 760-43-000037-894, 5 octobre 1992, p. 15. Dans cette affaire, la mère est intellectuellement limitée. En dépit de cela, elle vaque «à ses occupations quotidiennes. Elle s'est mariée, elle a divorcé, elle cède l'administration de son budget à son conjoint mais soutire de l'argent pour ses loisirs. Elle sait référer aux travailleurs sociaux pour obtenir de l'aide ou leur parler de ses difficultés. Elle s'est maintenu un réseau d'amis et réfère souvent à sa mère. Elle connaît les coordonnées de la famille d'accueil unique de La mère a peu, ou souvent pas du tout exercé ses capacités parentales restantes pour s'intéresser à l'enfant.»
53. *Protection de la jeunesse* - 635, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456.
54. *Droit de la famille* - 1913, [1994] R.D.F. 174 (C. de la J.).
55. *Droit de la famille* - 1101, [1987] R.D.F. 244 (C. de la J.).
56. *A et B c. Y et Z*, [1979] T.J. 201.
57. *Droit de la famille* - 653, [1989] 2 R.J.Q. 1361 (C. de la J.).

c) Les agissements des délégués du directeur de la protection de la jeunesse faisant obstacle à l'exercice de l'autorité parentale.

Les tribunaux doivent tenir compte, pour évaluer si les parents ont assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de l'enfant, non seulement du jugement de protection qui limite l'exercice des attributs parentaux, mais aussi des gestes posés par les délégués du directeur de la protection de la jeunesse ayant pris en charge l'enfant.

L'examen de la conduite des délégués du directeur de la protection de la jeunesse peut amener parfois le tribunal à conclure que leur attitude a constitué un motif d'empêchement de l'exercice de l'autorité parentale. C'est la conclusion à laquelle arrive le tribunal dans une affaire où les intervenants sociaux avaient unilatéralement interrompu les visites permises par le jugement parce que, de l'avis d'un médecin, les visites faites aux enfants les traumatisaient. Le tribunal rejette la demande en déclaration d'admissibilité pour les motifs suivants :

«La suppression de l'exercice des droits de visites des parents aux enfants par les services sociaux Ville Marie, alors que les visites supervisées étaient autorisées par le tribunal, contre la volonté des parents des enfants, empêche le tribunal de conclure que les défendeurs n'ont pas assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de leurs enfants depuis au moins six mois au sens des exigences du législateur. Cette décision des services sociaux a empêché l'une des seules manifestations d'intérêt qui restait encore possible pour les défendeurs. Cette décision crée pour le tribunal une incertitude, l'incertitude de savoir si les parents, laissés à eux-mêmes, auraient oui ou non maintenu des contacts avec les enfants et assumé ce qu'il leur restait de leur autorité parentale.»⁵⁸

On doit, cependant, se demander *si l'enfant doit subir les conséquences* d'une décision du travailleur social. Les parents excusent leur inaction par le comportement de ce dernier qui leur avait interdit les droits de visite autorisés par le tribunal. *Il y aurait eu lieu de s'interroger, dans les circonstances, si les parents ont pris les moyens raisonnables pour retrouver l'exercice des droits de*

58. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000324-854, 14 mars 1986, p. 14.

*visite*⁵⁹ et s'ils ont, entre-temps, conservé des liens avec l'enfant par un autre moyen. Tenir compte de l'attitude du travailleur social doit être mis en corrélation avec la conduite des parents privés de leurs droits de visite, nous semble-t-il. *En effet, l'enfant n'est pas la cause de son placement chez des tiers, ni le travailleur social. Ce sont ses parents qui en sont à l'origine en raison de leur inaptitude ou de leur défaut de s'en occuper.*

Dans une autre affaire⁶⁰, le comportement des intervenants sociaux a influencé considérablement la décision du tribunal selon lequel il n'y a pas eu abandon de l'enfant par sa mère. En effet, la preuve révèle qu'elle a souvent demandé que son enfant, placé à la suite d'une entente sur des mesures volontaires, lui soit rendu ou encore qu'il soit transféré dans une famille d'accueil plus près de son domicile. Les intervenants sociaux ont toujours refusé d'accéder à ses demandes. Or, de l'avis du tribunal, l'intervenante sociale aurait dû, dès la demande de reprise de l'enfant formulée par la mère, saisir le tribunal et, à défaut, lui rendre légalement son enfant dont elle demandait le retour puisqu'il s'agissait d'un placement effectué sur mesures volontaires⁶¹. Dans cette affaire, constate le tribunal, l'intervenante sociale a mal informé la mère en lui disant qu'elle-même devait s'adresser au tribunal⁶². *Mais on ne devrait pas, à notre avis, accepter que l'incompétence d'une autre personne puisse servir d'excuse à l'inexécution totale des devoirs parentaux*⁶³. Les parents désireux de

59. Voir, à ce sujet, *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, p. 183. La Cour suprême indique que la mère, qui n'avait pu voir son enfant pendant trois ans, «aurait pu présenter immédiatement sa demande d'habeas corpus sans attendre trois ans».

60. *Protection de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 605-43-000004-83, 10 août 1984, voir pp. 10 et 11; bien que portant sur une requête en interruption de placement, en vertu de l'article 17 de l'ancienne *Loi d'adoption* L.Q., 1969, c. 64, cette décision demeure pertinente aujourd'hui puisque le tribunal avait notamment à décider s'il y avait eu abandon de fait depuis au moins six mois de la part de la mère.

61. *Id.*, pp. 21 et 22; voir à ce sujet C. BOISCLAIR, *La nature juridique de l'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse*, Droit et enfant, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, pp. 148 et 149. Voir aussi, C. BOISCLAIR, *L'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse*, (1982) 13 R.D.U.S. 143, pp. 197, 198, 204.

62. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *La nature juridique de l'entente...*, *loc. cit.*, note 61, pp. 148 à 152.

63. Voir, à ce sujet, *Protection de la jeunesse - 635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456 : «Les intentions, les raisons, les excuses, les blâmes ... ne peuvent justifier la stagnation de la situation». Voir aussi, *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, p. 183.

s'occuper de leur enfant ne se laissent pas habituellement intimider longtemps dans une société où l'on ne parle que de «droits».

Le tribunal a rejeté également une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption dans un litige concernant des parents atteints de déficience intellectuelle⁶⁴. Peu de temps après sa naissance, l'enfant est confié à une famille d'accueil par le tribunal pour une durée d'un an. Le jugement ordonne un suivi social auprès des parents en vue d'un éventuel retour de ce dernier dans sa famille. Toutefois, dès le début de l'exécution du jugement, les intervenants sociaux orientent le dossier de l'enfant, à l'encontre du jugement, vers l'adoption en incitant les parents à accepter une adoption par consentement spécial au profit d'une tante paternelle. Cette dernière abandonne son projet d'adoption et on trouve alors une famille d'accueil susceptible d'adopter éventuellement l'enfant. *Pendant tout ce temps, les parents le visitent régulièrement*, espérant son retour auprès d'eux, sans toutefois manifester d'opposition au «processus d'adoption» enclenché par les intervenants sociaux. Le tribunal ne peut conclure en l'espèce que les parents ne se sont pas impliqués dans des démarches concrètes pour améliorer leur situation, puisque le défaut d'effectuer auprès des parents le suivi social ordonné judiciairement ne permet pas au tribunal d'apprécier leurs «*capacités parentales restantes*» et l'exercice de celles-ci par eux.⁶⁵

Donnons un dernier exemple⁶⁶ dans lequel les parents invoquent expressément les agissements de l'intervenant social pour tenter d'expliquer leur totale inaction auprès de leur fille pendant la période de huit mois précédant la signification de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, ainsi que dans les mois qui suivirent. Les parents ont toujours fait preuve d'une extrême méfiance à l'égard des intervenants sociaux depuis le premier jugement de protection ordonnant le placement en famille d'accueil de leur enfant *neuf ans plus tôt*. Ils reprochaient au nouvel intervenant social, contrairement à son

64. *Protection de la jeunesse*, T.J. Gaspé, 110-43-000010-857, 13 mai 1986.

65. *Id.* pp. 9 et 10. (Les italiques sont dans le texte.) Dans cette affaire, le directeur de la protection de la jeunesse devait, d'après les ordonnances apporter aide, conseil et assistance à l'enfant et ses parents.

66. *Droit de la famille - 1816*, [1993] R.D.F. 299 (C. de la J.).

prédécesseur, d'exiger une rencontre pour faire le point sur le déroulement de la visite avant d'effectuer la visite suivante.

On justifie cette nouvelle orientation clinique au motif que *cinq années de visites supervisées mensuelles n'ont pas permis le moindre rapprochement affectif avec l'enfant* et que les parents tardaient à modifier certaines attitudes durant les visites perçues négativement par ce dernier. Cette nouvelle exigence s'appuie, en réalité, sur le jugement qui contient deux mesures, soit la participation active des parents aux mesures visant à corriger la situation et l'obligation de se présenter à intervalles réguliers chez le délégué du directeur de la protection de la jeunesse. Après la première visite supervisée par le nouvel intervenant social, les parents refusent de se rendre à une rencontre d'échanges sur celle-ci. L'intervenant social maintient cette condition préalable à toute nouvelle visite. Les parents cessent de voir leur enfant et ne s'en informent pas au cours des huit mois qui suivent. Le tribunal estime que les intervenants sociaux : «... agissaient dans le cadre de jugements que les parents n'acceptaient pas et ne respectaient pas.»⁶⁷

En résumé, il ressort que les tribunaux rejettent habituellement la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption si les délégués du directeur de la protection de la jeunesse posent des gestes qui contreviennent au jugement de protection ou à la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁶⁸, lorsque ces agissements ont un lien direct avec le fait pour les parents de ne pas avoir exercé l'autorité parentale. *Toutefois, il s'agit d'une position incompatible avec la réalité vécue par l'enfant. On doit, pour évaluer ces situations, se demander au moins, en regard du délai écoulé, s'il est acceptable que les parents ne posent aucun geste concret pour maintenir des liens avec leur enfant.* L'absence de réaction des parents constitue un facteur important, nous semble-t-il, pour refuser une telle excuse.

67. *Id.*, p. 308; cette décision fut confirmée par la Cour d'appel, *Droit de la famille - 1816*, (1994) R.D.F. 227 (C.A.), p. 230. Deux autres décisions du tribunal ont souligné des lacunes dans les comportements de délégués du directeur de la protection de la jeunesse chargés d'exécuter un jugement de protection, sans que cela conduise, toutefois, le tribunal à rejeter la preuve de l'abandon de fait soumise dans le cadre de l'article 559 paragr. 2 C.c.Q., voir *Chambre de la jeunesse, C.Q.*, Québec, 200-43-000100-897, 30 septembre 1993, p. 16 et *Droit de la famille - 1914*, (1994) R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 567.

68. L.R.Q., c. P-34.1.

Toutefois, il ne faut pas confondre ces situations d'illégalité avec celles où des parents refusent par leur attitude, implicitement ou expressément, de respecter les mesures ordonnées par le tribunal, tel le refus d'accepter tout «plan de services» proposé dans le cadre d'un jugement en protection de l'enfant. En effet, de nombreuses décisions rendues en matière d'admissibilité à l'adoption rappellent, comme nous le verrons, l'obligation pour les parents de faire cesser les causes les empêchant de reprendre la garde de leur enfant, notamment en collaborant activement au plan d'intervention sociale.

d) L'influence des gestes posés par les parents après la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption.

Les tribunaux ont clairement⁶⁹ indiqué que la conduite des parents, lors de la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption et postérieurement, n'a pas à être considérée pour décider s'ils ont assumé le soin, l'entretien ou l'éducation dans les six mois précédant la demande. Les visites faites à l'enfant depuis la demande d'admissibilité à l'adoption ne peuvent donc excuser l'abandon antérieur.⁷⁰ En effet, ces nouveaux contacts, même fréquents, ne démontrent certainement pas un rôle parental auprès de l'enfant qui a dû s'en remettre à d'autres personnes pour s'occuper de lui souvent pendant plusieurs années⁷¹.

69. *Tribunal de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, et *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 650.

70. *Id.*, *Tribunal de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985. Cette décision a été confirmée en appel à *Droit de la famille - 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.). «Les visites, l'intérêt, les désirs, les intentions et les manifestations de reprendre leur enfant, manifestés au temps de la signification de la déclaration et par après ne sont pertinents que dans la mesure où ils sont susceptibles de renverser la présomption de l'article 613 C.c.Q. (devenu l'article 561 C.c.Q.) sinon, le retard à agir de ceux qui peuvent se porter demandeur en déclaration d'adoptabilité - voir article 612 C.c.Q. (devenu l'article 560 C.c.Q.), pourrait faire en sorte qu'un enfant véritablement abandonné pendant au moins six mois ne puisse être déclaré judiciairement adoptable et avoir le droit éventuel à une famille stable, si, aux six mois, ses parents s'occupent sporadiquement de lui. Il pourrait vivre plusieurs fois cette chaîne infernale qui ne serait sans doute pas dans son intérêt.» (Les parenthèses sont de nous.)

71. *A. et B. et Y. et Z.*, [1979], T.J. 2011, p. 2014.

Section 2 L'interprétation subjective de la situation des parents pour excuser l'inexécution de leurs obligations.

Une jurisprudence, bien que minoritaire, a cherché à faire obstacle à l'analyse objective de la signification de «ne pas assumer de fait» le soin, l'entretien ou l'éducation de l'enfant. En effet, trouvant sans doute très dur la rupture du lien de filiation avec un enfant abandonné dans certaines circonstances, quelques juges, perdant de vue que *l'adoption vise à donner à l'enfant la possibilité d'avoir des parents affectifs capables de s'occuper de lui et auxquels il peut s'attacher de façon définitive*, ont glissé progressivement vers l'analyse subjective de la situation des parents, indépendante de celle de l'enfant.

Les tribunaux ont donc *temporairement* réussi à imposer l'interprétation subjective de la situation des parents aux plans matériel, psychologique et intellectuel de manière à excuser, puis à justifier, peu importe la situation vécue par l'enfant, leur incapacité ou inaptitude à s'occuper de leur enfant ou même à conserver des liens avec lui. Examinons brièvement cette interprétation en montrant comment, d'une part, on excuse les parents en raison des circonstances de la vie et, d'autre part, on justifie le maintien des liens biologiques sur la base que les parents n'ont pas abandonné intentionnellement leur enfant.

A) Les motifs acceptés pour excuser l'inexécution des obligations parentales.

L'analyse subjective tient compte «d'empêchements extérieurs» qui permettent, aux yeux du tribunal, d'excuser les parents n'ayant pas assumé leurs obligations parentales. Prenons l'exemple d'un enfant placé dans une famille d'accueil depuis environ six ans, en vertu de plusieurs jugements successifs de protection prononcés pour cause de négligence parentale, de difficultés personnelles et d'incapacité des parents à satisfaire les besoins les plus élémentaires de leur enfant.⁷² Selon la preuve, seule la mère souffre d'une certaine déficience intellectuelle. Quant au père, il est plutôt immature et irresponsable. Six autres enfants sont également placés dans diverses familles d'accueil.

72. *Droit de la famille - 132*, [1984] T.J. 2036.

Les parents visitent leurs enfants en moyenne une fois par mois au début, puis c'est une fois à tous les deux mois. Par la suite, pendant une période de treize mois, ils n'ont aucun contact avec l'un d'eux. Les seules manifestations parentales se limitent à un appel téléphonique infructueux auprès de la famille d'accueil dû à l'absence de l'enfant et à l'envoi d'une lettre à ce dernier l'informant que leur automobile est hors d'usage à la suite d'un accident. La preuve révélait, enfin, qu'au début de la période d'abandon, les parents se sont éloignés physiquement de leur enfant à la suite d'un déménagement et que trois mois plus tard, ils perdirent l'usage de leur automobile. *Le tribunal estime que les parents savaient que la famille d'accueil s'occupait très bien de leur enfant depuis déjà quatre ans, à la date du début de l'abandon, et que cela, sans les justifier de se désintéresser de lui, «... réduisait en quelque sorte leur devoir de surveillance relativement aux soins, à l'entretien et à l'éducation de l'enfant»⁷³. Voilà une affirmation pour le moins étonnante lorsqu'elle est fondée sur le fait que d'autres s'occupent de l'enfant.*

Le tribunal poursuit en disant que les parents n'avaient que les visites mensuelles comme moyen de maintenir et de développer des liens affectifs avec leur enfant. Pour vérifier l'accomplissement de ce devoir, il faut, d'après le tribunal, «... tenir compte des moyens physiques et matériels à leur disposition»⁷⁴. De plus, les parents sont démunis également au plan intellectuel⁷⁵. Il en résulte qu'on devrait pondérer l'inexécution des devoirs parentaux. C'est ainsi que le tribunal finit par excuser l'abandon des parents. Avant de conclure au rejet de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, il souligne qu'ils ont de l'affection pour leur enfant, qu'ils ont toujours souhaité son retour et qu'ils n'ont jamais voulu qu'il soit adopté. *Le moins que l'on puisse dire, c'est que cette affection parentale n'a pas été suffisamment forte pour se transformer en gestes concrets auprès de ce dernier.* Les affirmations abstraites d'affection, dans cette affaire, constituent une piètre consolation pour l'enfant.

Examinons, au niveau des principes, les conséquences d'une telle position, qui a conduit temporairement les tribunaux à ne considérer que des

73. *Id.*, p. 2044. (Les italiques sont de nous.)

74. *Id.*, p. 2044. (Les italiques sont de nous.)

75. *Droit de la famille - 132*, [1984] T.J. 2036.

circonstances favorables aux parents et susceptibles de justifier l'inexécution de leurs devoirs. *Des circonstances matérielles, on a glissé vers les explications justifiant l'insuffisance des actions parentales, dont la déficience intellectuelle et l'inaptitude mentale, jusqu'à l'abandon intentionnel.* On venait de dénaturer le contenu du paragr. 2 de l'article 559 en considérant l'adoption comme une sanction de l'inexécution des devoirs parentaux plutôt que comme un projet de vie pour l'enfant dont les parents ont cessé de s'occuper dans les faits.

1) L'obligation «d'assumer de fait» les devoirs parentaux dénaturée par l'acceptation de circonstances indépendantes des besoins de l'enfant.

L'acceptation des circonstances propres aux parents pour excuser l'abandon «de fait» de leur enfant dénature la portée du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q., puisqu'on omet volontairement le fait que les parents n'assument pas leurs obligations parentales.

Dans la situation décrite précédemment, la prise en charge de l'enfant par une famille d'accueil, aussi adéquate fut-elle, ne peut dispenser d'aucune façon les parents d'assumer leurs obligations parentales «restantes» et d'agir de manière à faire cesser les causes les privant de la garde de leur enfant. Le contenu même du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. impose expressément au tribunal d'examiner si les parents ont assumé «de fait» leurs obligations à l'égard de leur enfant. En outre, l'intention exprimée par les parents de vouloir reprendre leur enfant ne fut accompagnée d'aucun geste concret visant à matérialiser cette intention, sans compter que le jugement de protection, le plus contemporain, attestait au contraire qu'ils étaient toujours inaptes à s'en occuper et ce, pour les mêmes motifs que ceux qui prévalaient lors du premier placement ordonné par le tribunal six ans plus tôt.

Bref, les parents n'ont posé aucun geste concret pour modifier la situation qui leur avait fait perdre la garde⁷⁶. Ce sont eux qui se sont éloignés de l'enfant

76. Voir, *Droit de la famille -256*, (1986) R.D.F. 34 (T.J.), p. 38. On reconnaît dans cette décision que les parents doivent faire tous les efforts nécessaires pour changer leur comportement ou leur état psychologique en vue de reprendre la garde de l'enfant. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, op. cit., note 39, p. 15.

en choisissant de déménager. La preuve révèle de surcroît que, durant cette période d'abandon, ils ont continué à visiter leurs autres enfants placés en famille d'accueil⁷⁷. Bien qu'ils aient eu la possibilité concrète d'écrire ou encore de téléphoner pour s'informer de leur enfant, ils ne l'ont pas fait. Dans ce jugement, on ne se préoccupe aucunement de l'intérêt de l'enfant, puisqu'on ne vérifie pas la nature ou même l'existence d'un lien significatif entre lui et ses parents, et qu'on ne considère pas qu'il vit depuis six ans auprès de parents affectifs (psychologiques) désirant l'adopter. On ne s'interroge pas non plus sur l'impact chez l'enfant d'un abandon total de plus d'un an de la part des parents biologiques. Cette décision laisse l'impression très nette que l'enfant, pourtant le premier concerné par cette décision, est totalement étranger à celle-ci⁷⁸.

Heureusement, ce jugement n'a pas été suivi même si un nombre important d'arrêts, tel qu'indiqué plus haut, ont déjà tenu compte des circonstances concrètes dans lesquelles se trouvaient les parents et, le cas échéant, d'un handicap mental, pour déterminer l'étendue des obligations parentales qu'ils pouvaient et devaient encore assumer concrètement, mais non pour excuser l'inaction parentale complète. Par contre, nous verrons qu'une décision de la Cour d'appel⁷⁹, concernant une mère atteinte d'une maladie mentale, a exercé une influence considérable sur certains juges, qui ont ajouté à l'article 559

77. *Id.*, p. 2042.

78. On peut relever d'autres décisions judiciaires antérieures où le constat d'abandon devrait s'imposer naturellement au tribunal alors qu'on finit par excuser le parent, en raison de l'absence de collaboration du travailleur social, en invoquant que la mère n'avait de ce fait pas voulu abandonner volontairement son enfant. La thèse intentionnelle remonte au moins jusqu'en 1979. Dans cette affaire, la mère n'avait vu son enfant *qu'une seule fois* en huit ans. Les seuls liens sporadiques n'avaient eu lieu qu'à travers le travailleur social qui l'informait par téléphone de la situation jusqu'à ce qu'elle prenne les moyens pour changer la situation. Elle s'était préoccupée de son enfant à quelques reprises seulement. Pourtant le tribunal indique que depuis huit ans «*c'est bien involontairement par suite d'une ordonnance de placement*» de l'enfant qu'elle n'avait pas assumé de fait ses devoirs parentaux. (*Note : l'enfant doit donc en payer le prix*). D'ailleurs, le tribunal déclare textuellement être inquiet au sujet de l'enfant dont il ordonne le retour auprès de la mère. Voir, à ce sujet, *A. et B. c. C., T.J., Québec, 200-43-000042-79, 13 juin 1979, pp. 8 et 9, 13, 14 et 16*. On retrouve même des germes de la théorie de l'abandon volontaire aussi loin qu'en 1975. Voir, à ce propos, «*Monsieur et Madame X*», [1975] C.B.E.S. 385, p. 388 dans lequel le tribunal souligne que le parent n'a pas «*la volonté de ne pas assumer de fait le soin, l'entretien ou l'éducation*» de l'enfant.

79. *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.).

C.c.Q. la condition d'un abandon intentionnel ou fautif. À leurs yeux, une personne inapte mentalement ne pouvait donc être tenue responsable ni de son état mental, ni de l'abandon de son enfant.

2) L'étendue des devoirs parentaux évaluée à partir des «capacités restantes» du parent mentalement inapte.

On peut résumer la position des tribunaux sur l'exécution des devoirs parentaux, jusqu'à l'apparition de la nouvelle tendance, de la manière suivante : la condition d'application du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. est une question de fait essentiellement objective et ne comporte pas d'élément intentionnel ni d'exception en faveur du parent mentalement inapte⁸⁰. La présumer dans cette disposition serait agir «*de lege ferenda*»⁸¹. Même si ce parent ne peut assumer de fait ses devoirs parentaux comme un autre parent sain d'esprit, on doit au moins s'assurer d'une exécution suffisante pour conclure que ses efforts lui permettent de conserver l'affection de son enfant à partir des gestes concrets à son égard.

Pourtant, la Cour d'appel a infirmé cette position en s'inspirant, *par analogie*, d'un arrêt de la Cour suprême⁸² qui avait déclaré que le tribunal devait, avant de déchoir de son autorité parentale un parent intellectuellement déficient, user de son pouvoir discrétionnaire et ne prononcer la déchéance que s'il n'y a pas d'autre alternative pouvant accorder à l'enfant une protection équivalente. L'un des juges, au nom des autres juges de la Cour d'appel, statua que :

«Si l'on adopte cette façon de voir à l'endroit de la déchéance de l'autorité parentale, on devrait, à mon sens, adopter le même raisonnement lorsqu'il s'agit de poser le geste final et irréversible qui consiste à couper définitivement le lien de filiation entre un enfant et son parent. Il m'apparaîtrait, en effet, inacceptable de considérer que le handicap mental empêchant un parent de s'occuper de son enfant n'est pas une cause de déchéance mais qu'il en est une de rupture totale et définitive du lien de filiation.»⁸³

80. *Droit de la famille* - 256, [1986] R.D.F. 34 (T.J.), p. 39.

81. *Id.*, p. 39.

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

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

Le raisonnement «par analogie» contrevient aux règles d'interprétation lorsque les précisions législatives relatives à la déchéance parentale et à l'adoption sont clairement énoncées, l'un et l'autre poursuivant des objectifs très différents.⁸⁴ *La déchéance sanctionne les manquements graves aux devoirs parentaux dans l'intérêt de l'enfant, alors que l'adoption cherche à procurer à l'enfant une famille même si l'on n'a rien à reprocher aux parents inaptes mentalement*, puisque leur situation ne leur permet pas de s'occuper de l'enfant. Quant à la déchéance, les parents peuvent s'occuper de l'enfant, mais négligent gravement de le faire. Notons que la Cour suprême discutait de garde et son attribution à des tiers dans l'intérêt de l'enfant, sans avoir, au préalable, à prononcer la déchéance parentale.⁸⁵

La Cour d'appel analyse, en outre, les agissements du parent en regard de son enfant. La mère, malgré l'abandon de son enfant environ un an après sa naissance, a par la suite démontré son intérêt pour lui en s'adressant au Tribunal de la jeunesse pour faire préciser ses droits d'accès et exercer ensuite les droits de visite consentis. Selon la Cour d'appel :

«... on ne peut en aucune façon dire que la mère a totalement abandonné son enfant et qu'elle n'a fait aucun effort pour participer, dans la faible mesure de ses moyens et à travers les contraintes imposées par des visites périodiques, son devoir de soin, d'entretien ou d'éducation. Elle n'a peut-être pas réussi à établir avec son enfant une relation satisfaisante, *mais on ne peut en aucune façon dire qu'elle ait renoncé à son enfant, qu'elle l'ait délaissé ou abandonné volontairement.* L'appréciation de la situation doit se faire de façon très

84. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, pp. 240, 257, 258 et 269 et s. On ne doit pas faire usage des différentes méthodes d'interprétation, dont le raisonnement par analogie, lorsque la loi et les buts qu'elle poursuit sont clairs.

85. *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399. La Cour d'appel indique «L'exigence posée par le paragraphe 2 de l'article 611 (devenu l'article 559 paragr. 2 C.c.Q.) est celle du délaissement et de l'abandon de l'enfant par ses parents. S'en tenant au texte de cet article, si des parents n'assument en aucune façon le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant pendant six mois, on peut en conclure qu'ils le délaissent ou l'abandonnent.» (Les parenthèses sont de nous.) Mentionnons, toutefois, que la déchéance parentale pourrait être une circonstance permettant au tribunal de déclarer plus tard l'admissibilité de l'enfant à l'adoption.

concrète et en prenant en considération les moyens et les capacités des parents impliqués.»⁸⁶

Et elle conclut que :

«La conduite de l'appelante, compte tenu de sa condition intellectuelle et mentale, démontre à tout le moins qu'elle n'a pas abandonné son enfant, qu'elle n'a pas renoncé à en assumer le soin, l'entretien et l'éducation et qu'elle n'a pas perdu espoir d'y parvenir un jour, seule ou plus probablement avec une aide et un support extérieurs importants.»⁸⁷

Ainsi, certains juges, s'appuyant sur cette décision de la Cour d'appel, ont rejeté toute demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption lorsque l'existence d'un handicap mental leur permettait de conclure que le parent n'avait pu abandonner volontairement son enfant et ce, peu importe qu'il ait exercé ou non ses «*capacités parentales restantes*». Analysons ce courant jurisprudentiel qui fait de l'abandon intentionnel la condition préliminaire l'acceptation d'une déclaration d'admissibilité à l'adoption ou, inversement, au refus de déclarer l'enfant adoptable au motif que l'abandon est involontaire de la part des parents.

3) L'abandon involontaire comme justification du défaut d'assumer de fait les devoirs parentaux.

Les tribunaux ont cherché également à justifier l'absence des parents dans la vie de l'enfant par des circonstances indépendantes de la volonté de ceux-ci, notamment par la maladie mentale. Donnons trois exemples pour illustrer dans quelles circonstances les tribunaux finissaient par excuser le parent inapte mentalement avec ou sans «*capacités parentales minimales*». Le premier litige concerne⁸⁸ une jeune mère qui souffrait de schizophrénie. Elle a été hospitalisée de façon continue durant l'année précédant la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. La preuve établit qu'elle n'a pas exercé ses «*capacités parentales restantes*» pour entrer en contact avec son enfant durant cette période. En effet, elle était capable de téléphoner pour avoir des nouvelles

86. *Id.*, p. 400. (Les italiques sont de nous.)

87. *Id.*, p. 400.

88. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000018-885, 9 novembre 1988.

de son enfant ou pour demander aux intervenants sociaux d'organiser des visites auprès de son enfant. Seulement trois visites ont eu lieu seulement et elles ne furent pas significatives pour l'enfant. En effet, il ressort de la preuve que la mère ne s'impliquait pas réellement. De plus, elle ne collaborait pas à son «plan de traitement». D'après le tribunal, la question à résoudre, à la lumière de la décision de la Cour d'appel discutée plus haut, consiste à :

«... se demander si la mère, malgré ses 3 visites à son enfant seulement, sa non-contribution financière, son manque de communication avec les travailleurs sociaux, son manque d'effort pour prendre des nouvelles de son enfant, sa non-collaboration et son refus de traitement occasionnel etc...a pour autant *délaissé ou abandonné volontairement* son enfant alors *qu'elle était presque continuellement hospitalisée pour schizophrénie.*»⁸⁹

En l'occurrence, le tribunal omet de considérer l'absence d'exercice par la mère de ses «capacités parentales restantes» afin de garder le contact avec son enfant, et conclut qu'elle n'a pas «renoncé, délaissé ou abandonné son enfant volontairement⁹⁰» et l'excuse ensuite de ne pas avoir assumé de fait ses devoirs parentaux en raison de son état mental.

Dans une autre affaire⁹¹, un enfant, âgé de cinq ans, a été confié à une famille d'accueil dès sa naissance pour cause d'inaptitude mentale de la mère à s'en occuper. En effet, au cours des quatre années précédant la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, la mère s'est très peu manifestée auprès de son enfant, se limitant à quelques visites et deux appels téléphoniques. D'ailleurs, les expertises psychologiques, tant de la mère que de son enfant, révèlent l'absence de relation affective significative entre eux. Enfin, la preuve indique que la mère n'a pas de «*capacités parentales*». Le tribunal estime que les conditions des articles 559 et 561 C.c.Q. sont remplies et que l'enfant peut être déclaré judiciairement admissible à l'adoption. Toutefois, il ajoute qu'il «*ne s'agit pas d'un automatisme; la Cour exerce ensuite la discrétion que lui confère*

89. *Id.*, p. 21. (Les italiques sont de nous.)

90. *Id.*, p. 22.

91. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Joliette, 705-43-000046-874, 31 janvier 1990.

l'article 611 (devenu l'article 559 C.c.Q.) en examinant les circonstances particulières de chaque cas.»⁹²

Référant expressément à la décision de la Cour d'appel analysée plus haut, le tribunal décide, en dépit de l'absence de «capacités parentales» que :

«Dans le cas présent, la Cour est convaincue, suite aux témoignages des travailleurs sociaux et de la psychologue que le fait que la mère n'ait pas assumé le soin, l'entretien et l'éducation de son enfant *est attribuable à sa condition psychologique et qu'il ne s'agit pas d'un "abandon volontaire" qui pourrait lui être reproché*; pendant toutes ces années, son état de santé ne lui a pas permis de vivre de façon autonome et elle n'a même jamais été en mesure de prendre soin d'elle-même sans le support du cadre psychiatrique offert par le centre hospitalier ou par une ressource connexe. Selon les intervenants qui la rencontraient régulièrement, elle savait ne pas être en mesure de prendre soin de ses enfants, mais ceux-ci demeuraient pour elle une préoccupation constante.»⁹³

La mère indique que son enfant demeurait une préoccupation constante pour elle, même si cet intérêt pour lui ne s'est jamais traduit même minimalement par l'exercice de «*capacités parentales restantes*». Le tribunal a choisi d'excuser le parent inapte mentalement plutôt que de constater le véritable abandon vécu par l'enfant.

Donnons un dernier exemple⁹⁴ dans lequel la mère, atteinte d'une maladie mentale grave, n'avait aucune «*capacité parentale restante*». En effet, elle souffre depuis l'âge de dix-huit ans de problèmes très sérieux de santé mentale qui existaient déjà lors de la naissance de son enfant quatre ans plus tôt et qui ne se sont pas résorbés depuis. De l'avis de son psychiatre traitant, son état a peu de chances de s'améliorer. La mère n'est pas assez autonome pour se suffire à elle-même. Par voie de conséquence, elle n'a jamais été en mesure de prendre charge de son enfant et ne le pourra pas dans un avenir prévisible. Les contacts

92. *Id.*, p. 7. (Les parenthèses sont de nous.)

93. *Id.*, p. 9. (Les italiques sont de nous.)

94. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000359-876, 16 septembre 1988. Cette décision fut renversée par la Cour d'appel, voir *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

entre la mère et son enfant qui avaient lieu de façon régulière sous la forme de visites, à l'initiative des intervenants sociaux, sont apparus de plus en plus comme des «*privilèges accordés à la mère (plutôt) que de réponses aux besoins de l'enfant, compte tenu de son âge et de l'ensemble de la situation*». ⁹⁵ De plus, la preuve révèle que ces visites perturbaient l'enfant.

Le tribunal, malgré le constat sans équivoque que la mère n'assume pas le soin, l'entretien ou l'éducation de son enfant et qu'elle ne pourrait probablement jamais le reprendre en charge, rejette la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption en référant à la décision de la Cour d'appel dont nous faisons état plus haut. Selon le tribunal, l'arrêt de la Cour d'appel reconnaissait :

«Les notions d'abandon *et de faute*. Le Tribunal a donc clairement indiqué que le deuxième alinéa de l'article 611 (devenu l'article 559 C.c.Q.) du Code civil du Québec ne trouvait application que dans le cas où les parents *n'avaient pas volontairement*, par négligence, insouciance, irresponsabilité ou refus, assumé le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant, *dans la mesure de leurs moyens et capacités*.» ⁹⁶

Le tribunal arrive à la conclusion que le fait de ne pas assumer ses obligations parentales n'était pas délibéré de la part de la mère ni inexcusable. ⁹⁷ Il estime qu'elle n'est aucunement responsable de son état. On venait ainsi de créer *deux catégories d'enfants : ceux abandonnés intentionnellement et admissibles à l'adoption et ceux abandonnés involontairement et privés du droit d'avoir une famille*, même si les parents d'origine sont inaptes à s'en occuper.

95. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Joliette, 705-43-000046-874, 31 janvier 1990, p. 3. (Le terme «plutôt» entre parenthèses est de nous pour des raisons de style.)

96. *Id.*, p. 8. (Les italiques et les parenthèses sont de nous.)

97. S. PILON, *loc. cit.*, note 31, p. 413. L'auteure avait déjà proposé, erronément à notre avis, la théorie de l'abandon involontaire comme justification pour empêcher de déclarer l'enfant admissible à l'adoption pour cause de maladie mentale du parent, en écrivant : «La maladie mentale peut certainement amener un état psychologique incompatible avec les exigences des juges pour des gestes concrets, répétés, tangibles qui confirment le soin, l'entretien et l'éducation que le parent doit prodiguer à son enfant. L'état mental du parent devient alors en soi un fait objectif susceptible d'amener un tribunal à considérer qu'il y a eu abandon involontaire.»

La théorie de l'abandon involontaire repose sur une conception étrangère à l'article 559 C.c.Q. D'après celle-ci, même si les parents n'ont ni assumé de fait leurs obligations, ni renversé la présomption d'improbabilité de reprise en charge qui en résulte, le tribunal refuse de déclarer l'enfant adoptable au motif qu'il s'agit d'un abandon involontaire. En d'autres termes, il faut conclure que les parents ont assumé de fait leurs devoirs même s'ils ne l'ont pas fait et qu'ils le reprendront peut-être un jour ou jamais et ce, pour éviter la rupture du lien de filiation⁹⁸. Il s'agit d'une application différente de la conception de l'enfant «propriété biologique»⁹⁹. En effet, aussi pénible que puisse paraître la situation des parents qui ont été, qui sont et qui resteront inaptes mentalement ou autrement incapables de s'occuper de leur enfant, ils ne peuvent invoquer que les liens biologiques pour empêcher la déclaration d'admissibilité à l'adoption. Prétendre alors qu'il peut y avoir affection à l'égard d'un enfant dont ils ne peuvent s'occuper, pour des motifs ou des circonstances malheureuses de la vie souvent indépendantes de leur volonté, ne peut découler que d'une conception intellectuelle et théorique de cette affection.¹⁰⁰

M. le juge Vallerand de la Cour d'appel a d'ailleurs fustigé la conception de l'abandon involontaire, en écrivant ce paradoxe démontrant l'absurdité de cette théorie, à savoir que «celui qui, parce qu'il en est incapable, n'assume pas..., assume néanmoins... précisément parce qu'il en est incapable»¹⁰¹.

Ce courant jurisprudentiel avait perdu de vue que l'objectif de l'adoption ne visait pas à punir les parents inaptes à prendre soin de leur enfant, mais plutôt à procurer à ce dernier des parents affectifs en mesure de le faire de façon

98. Voir, à ce sujet, *Droit de la famille - 256*, (1988) R.D.F. 397 (C.A.), pp. 399 et 400. Ajoutons que la substitution d'une filiation pour une autre n'est pas l'objectif premier de l'adoption, mais l'une des conséquences résultant du fait d'attribuer à l'enfant une famille, à laquelle il pourra s'attacher définitivement, composée de parents présents et souvent de frères et de soeurs.

99. C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant...*, op. cit., note 39, pp. 11 à 15, 18, 19, 70 à 72.

100. *Id.*, p. 17. L'auteur souligne que les parents «conservent et conserveront toujours quelques attaches à l'égard de leur enfant même lorsqu'ils l'ont abandonné».

101. *Droit de la famille - 1544*, (1992) R.J.Q. 617 (C.A.), p. 631. M. le juge Vallerand ajoute que «cette interprétation radie nécessairement de la disposition les mots "de fait" en ce qu'ils imposent un constat objectif pour y substituer une notion de faute, une notion subjective, étrangère au texte».

continue. Fort heureusement, la conception de l'abandon involontaire a été renversée par la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 1544*¹⁰². Cet arrêt infirmait l'autorité morale de l'arrêt *Droit de la famille - 256*¹⁰³, lequel avait malencontreusement ajouté la condition supplémentaire de l'abandon intentionnel à celles déjà prévues au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. Souignons, enfin, que la décision de la Cour d'appel qui avait créé cette autre condition n'a pas eu comme conséquence nécessaire pour certains juges, tel que mentionné plus haut¹⁰⁴, de faire échec automatiquement à toute demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption lorsqu'on constate une inaptitude mentale chez les parents; elle incite plutôt les juges à examiner si les parents ont exercé leurs «*capacités mentales parentales restantes*». Étudions cette position plus réaliste.

B) Le rejet de la condition de l'abandon intentionnel ou fautif et l'acceptation limitée de certaines circonstances respectant les besoins de l'enfant.

Nous venons de voir qu'une certaine jurisprudence a réussi à remplacer temporairement l'abandon «de fait» par l'abandon parental «volontaire ou fautif», ce que la doctrine française appelle la «thèse intentionnelle de l'abandon».¹⁰⁵ *Peu importent les arguments pour la défendre, seule la conception de l'enfant «propriété biologique» peut servir de fondement à cette thèse puisqu'on maintient les liens de filiation au profit d'un parent absent de sa vie.*

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

103. *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.).

104. *Droit de la famille - 653*, [1989] R.J.Q. 1361 (C. de la J.); *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Bedford, 460-43-000013-892, 26 septembre 1989, p. 7; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000013-892, 26 septembre 1989, p. 18; voir aussi *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399 et *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 632 et 636. *Droit de la famille - 528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.).

105. Voir *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), à la page 637, M. le juge Baudouin réfère expressément à la thèse française de l'abandon intentionnel. Voir, à ce sujet, Y. PATUREAU, «Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné», *Dalloz* 1978, chr. XXXIX, p. 168. M. VISMARD, «La notion d'enfant abandonné au sens de l'article 368 du Code civil», J.C.P., 1956, 2, p. 1315. R. NERSON, R.T.D.Civ., 1980, p. 109. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, R.T.D.Civ., 1984, p. 299. J. STOUFLET, «L'abandon d'enfant», R.T.D.Civ., 1959, p. 630. C. LAVALLÉE, *L'abandon et l'admissibilité à l'adoption, aperçu comparatif des systèmes français et québécois*, Maîtrise, D.E.A., Lyon, France, Juin 1994, pp. 69 à 72.

Dès lors, on ne se préoccupait plus d'assurer la continuité chez l'enfant au plan de son développement affectif, physique, intellectuel et moral.

La Cour d'appel, dans l'arrêt *Droit de la famille - 1544*¹⁰⁶, a donc reconnu qu'elle avait, dans l'arrêt *Droit de la famille - 256*¹⁰⁷, erronément introduit dans le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. une condition qui ne s'y trouvait pas.¹⁰⁸ Mais, même si elle rejette la théorie de l'abandon volontaire, on perçoit néanmoins un malaise certain chez les juges qui éprouvent de la difficulté à garder le cap sur l'objectif des dispositions en matière d'adoption, soit attribuer à l'enfant une famille permanente et des parents capables de s'en occuper.

Il est essentiel de situer, l'une par rapport à l'autre, les positions de messieurs les juges Vallerand et Baudouin, messieurs les juges McCarthy et Fish¹⁰⁹ étant d'accord également pour rejeter la condition d'un abandon volontaire pour déclarer l'enfant admissible à l'adoption. Quant à monsieur le juge Beauregard (dissident), il est le seul à soutenir que l'abandon doit être répréhensible¹¹⁰.

1) La position de la Cour d'appel fondée sur la lettre et l'esprit de la loi. (Juge Vallerand)

Le rejet par la Cour d'appel, en 1992, de la conception voulant que seul l'abandon volontaire ou délibéré puisse justifier une déclaration d'admissibilité à l'adoption avait été précédé de plusieurs arrêts qui avaient déjà conclu que le paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. ne comportait aucun élément intentionnel.¹¹¹

106. [1992] R.J.Q. 617 (C.A.).

107. (1988) R.D.F. 397 (C.A.).

108. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.). MM. les juges Vallerand, Baudouin et McCarthy rejettent sans équivoque la «thèse intentionnelle», tandis que M. le juge Beauregard est dissident alors que M. le juge Fish rejette aussi la thèse de l'abandon intentionnel, mais en utilisant la théorie des «distinctions du *common law*» (étrangère au droit civil) en faisant valoir que la décision portée en appel est différente de celle de l'arrêt antérieur de la Cour d'appel - *Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.).

109. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 626 et 639.

110. *Id.*, pp. 620 à 626.

111. Voir, à titre d'exemples, *Droit de la famille - 256*, [1986] R.J.Q. 139 (T.J.), p. 144 : le Tribunal de la jeunesse avait déjà, en 1986, indiqué que l'article 559 paragr. 2 C.c.Q. ne comportait pas d'exception : «*Le présumer serait sûrement agir de lege ferenda*». *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235. *Droit de la famille - 388*, [1987] R.D.F. 285 à 291. *Droit de la*

M. le juge Vallerand¹¹² rappelle d'abord que, confrontés à des situations difficiles, les tribunaux ont cherché à tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouvaient les parents et de la façon dont ils s'acquittaient ponctuellement de leurs obligations parentales¹¹³ afin de déterminer si le parent, à l'écart du quotidien de l'enfant, assume l'essentiel de ses devoirs.¹¹⁴ Cette règle, pourtant simple à première vue, a entraîné ce que M. le juge Vallerand qualifie de «*dérapiage*» jurisprudentiel fondé sur la compassion à l'égard des parents, mais sans égard à la situation vécue par leurs enfants. Ce «*dérapiage*» s'est développé de la façon suivante :

«Mais voilà que, depuis les circonstances concrètes et la manière ponctuelle dont le parent remplit ses obligations, on est passé aux circonstances concrètes qui font que le parent ne remplit pas ses obligations.

Extraire tous les empêchements extérieurs, c'était passer des circonstances de l'enfant dont on n'assume pas, aux circonstances des parents qui n'assument pas et on allait désormais parler d'abandon, puis d'abandon coupable, puis enfin d'attitude charitable à l'endroit des parents alors que la loi, elle, ne parlait toujours que de «n'assument pas de fait». Bref, on avait substitué le comportement subjectif des parents aux circonstances objectives de l'enfant auxquelles pourtant seules s'intéresse l'article 611 (devenu l'article 559 C.c.Q.)»¹¹⁵

Bref, d'après monsieur le juge Vallerand, le texte du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. est clair et n'a pas à être interprété; l'interprétation qu'en a donnée la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 256*, à savoir que l'expression «*n'ont pas assumé de fait*» signifiait «ont délaissé, abandonné», conduit à éliminer

famille - 653, [1989] R.J.Q. 1361 (C. de la J.) (Dans cet arrêt, on s'efforce de diminuer l'influence de la décision de la Cour d'appel, en 1988, qui avait introduit la condition supplémentaire à l'article 559 paragr. 2 C.c.Q.).

112. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 631.

113. *Droit de la famille - 132*, [1984] T.J. 2036.

114. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 631.

115. *Id.*, p. 631. (Les parenthèses sont de nous.)

l'expression «*de fait*» et à substituer au constat objectif requis par la loi : «*une notion de faute, une notion subjective, étrangère au texte.*»¹¹⁶

Monsieur le juge Vallerand estime que l'article 559 C.c.Q. couvre tous les enfants dont les parents n'assument pas de fait le soin, l'entretien ou l'éducation, peu importe la cause, comme la maladie mentale, la négligence, l'irresponsabilité, le désintéressement¹¹⁷. En effet, cette disposition ne crée pas d'exceptions implicites. S'il fallait excuser les parents de «ne pas assumer de fait» pour protéger le lien de filiation, l'enfant abandonné pourrait difficilement prétendre à la stabilité que procure une famille permanente en regard d'une famille d'accueil dont le statut «temporaire» empêche l'enfant de s'y intégrer à tous égards.

2) La position ambiguë de la Cour d'appel fondée sur le concept «d'impossibilité», le risque d'un nouveau dérapage. (Juge Baudouin)

Monsieur le juge Baudouin abonde dans le même sens que M. le juge Vallerand à propos de l'interprétation du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. en ajoutant que cette disposition ne codifie pas les droits des parents sur l'enfant, mais vise plutôt à remédier à une situation de crise.¹¹⁸ Ce n'est donc pas une punition. À ses yeux, la thèse intentionnelle de l'abandon «*consacre une déviance du but même de l'institution*»¹¹⁹. Il dénonce également l'assimilation faite par la Cour d'appel, en 1988, de la déchéance parentale à l'adoption en écrivant :

116. *Id.*, p. 631. (Les italiques sont de nous.) Voir aussi à la page 633 où M. le juge Vallerand rejette aussi l'analogie de l'adoption avec la déchéance parentale en ces termes : «La première (la déchéance) frappe d'un stigmate le parent foncièrement coupable; en vue de l'intérêt de l'enfant, certes, mais sur la foi du *comportement du parent*. La seconde (adoption) vient au secours d'un enfant dont personne n'assume la charge, à partir cette fois des circonstances de l'enfant. Transporter de la première à la seconde la notion de culpabilité des parents me paraît être contraire au caractère propre de chacune et inadmissible. (Le mot «adoption» entre parenthèses est de nous.) Voir aussi la position de M. le juge Baudouin à ce sujet à la page 636.

117. *Id.*, p. 632.

118. *Id.*, p. 638.

119. *Id.* (Les italiques sont de nous.)

«Que cette inhabileté résulte, comme c'est malheureusement le cas parfois *d'un abandon de l'enfant, de l'indifférence, de l'égoïsme, d'une négligence, d'un laisser-aller, d'une inconscience, d'une abdication complète* des responsabilités parentales, *ou* comme dans le présent dossier, *d'une impuissance à remplir la fonction parentale importe peu*. Le tribunal n'a pas, en matière d'adoption, contrairement à ce qui se passe en matière de déchéance de l'autorité parentale, à juger et sanctionner la conduite des parents, mais plutôt à constater si oui ou non ils ont assumé *en fait* le soin, l'entretien ou l'éducation pendant le temps prévu à l'article 611 C.c.Q. (devenu l'article 559 paragr. 2 C.c.Q.) *Le tribunal ne prononce donc pas de condamnation; il fait une simple constatation.*»¹²⁰

Toutefois, M. le juge Baudouin signale le danger d'une éventuelle discrimination à l'égard des personnes intellectuellement déficientes en proposant une autre conception qui paraît incompatible avec les règles énoncées aux articles 559 paragr. 2 et 561 C.c.Q. Il écrit, à propos de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption d'un enfant dont le parent est inapte mentalement, que :

«Vu l'absence de participation de celle-ci, (cela) requiert *une preuve convaincante du caractère irréversible de la maladie de la mère et du caractère certain de son impossibilité de pourvoir aux besoins de l'enfant ...il faut présenter une preuve décisive... on ne saurait admettre... qu'une décision judiciaire vienne priver celle-ci, parce qu'elle est atteinte de ce handicap, du lien naturel de son enfant. Il y aurait là un acte contraire aux préceptes de l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne.*»¹²¹

Ce passage relance le débat. Au critère «*ne pas assumer de fait*» qui relève d'un constat objectif, *on lui substitue une nouvelle condition, soit «l'impossibilité pour le parent de pourvoir aux besoins de l'enfant»*. Il s'agit d'une contradiction inexplicable puisqu'il ne suffit pas, à ses yeux, de prouver que le parent n'a pas assumé de fait ses devoirs. Il faut, en outre, en établir l'impossibilité lorsqu'il s'agit d'une personne handicapée mentalement. M. le juge Baudouin risque de dénaturer à nouveau le contenu du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. en remplaçant «*ne pas assumer de fait*» par «*l'impossibilité de le faire*».

120. *Id.*, p. 638. (Les italiques et les parenthèses sont de nous.)

121. *Id.*, p. 636. (Les parenthèses et les italiques sont de nous.)

C'est un retour à la case départ. La thèse de «l'impossibilité» remplace celle de «l'abandon intentionnel». *Réfère-t-il plutôt à la preuve de la probabilité de reprise en charge* par le parent prévue à l'article 561 C.c.Q.? Si tel est le cas, rappelons que cet article crée une présomption d'improbabilité que le parent doit renverser par une preuve de probabilité de reprise en charge. M. le juge Baudouin en inverserait donc le fardeau de la preuve en exigeant qu'on établisse l'impossibilité de reprise en charge de l'enfant par le parent handicapé mentalement.¹²²

On sent très bien le malaise auquel est confronté M. le juge Baudouin lorsqu'il s'agit d'un parent déficient intellectuel puisqu'il ajoute plus loin :

«Il ne faut pas voir à tout prix dans l'adoptabilité, puis dans l'adoption, une sorte de panacée universelle permettant, par un tour de baguette magique de régler tous les problèmes et de combler les carences de l'enfant... Il existe d'autres mesures permettant sinon d'assurer, du moins de promouvoir la stabilité et le bonheur des enfants laissés pour compte...»¹²³

Il y a longtemps qu'on ne considère plus au Québec l'adoption comme une panacée universelle. Bien au contraire, les adoptions québécoises fondées sur l'admissibilité à l'adoption s'obtiennent de haute lutte devant les tribunaux. Il y a encore trop d'enfants abandonnés dans des familles d'accueil et qui restent sans port d'attache, sans famille réelle où ils pourraient se sentir désirés. Bien sûr, l'adoption ne peut convenir à toutes les situations, *mais on la rend tellement difficile à obtenir, en ajoutant, par interprétation, tellement de conditions que de nombreux enfants, auxquels on aurait pu trouver des parents, sont voués à «l'abandon institutionnalisé»* pour éviter de faire des choix difficiles en oubliant que ce n'est pas l'enfant qui est à l'origine de sa situation actuelle. Qui doit-on sacrifier? Les autres mesures auxquelles M. le juge Baudouin fait référence, sans indiquer lesquelles, pour suppléer à l'inexécution des devoirs parentaux qui devront être remplis par d'autres sont, en pratique, fort restreintes. C'est pourquoi

122. Art. 39, L.R.Q., c. C-12 : en dépit de cette disposition, il semble difficile, par-delà toutes les déclarations de principe, de considérer l'enfant comme un véritable sujet de droit et ce même si la Charte des droits et libertés de la personne lui reconnaît, en vertu de l'article 39, le droit d'avoir des parents pour s'occuper de lui. Voir, à ce sujet, *Droit de la famille - 1741*, (1993) R.J.Q. 647 (C.A.).

123. *Droit de la famille - 1544*, (1992) R.J.Q. 617 (C.A.), p. 637.

le législateur impose au directeur de la protection de la jeunesse d'envisager l'adoption lorsque le respect des droits de l'enfant le demande¹²⁴. En effet, la famille d'accueil, où l'enfant se retrouve habituellement, n'est qu'un «*moyen provisoire de pourvoir à divers types d'incapacité parentale*»¹²⁵, et elle ne peut, à ce titre, lui assurer stabilité et sécurité.

Terminons sur les positions de MM. les juges Vallerand et Baudouin en soulignant que le handicap mental d'un parent ne constitue pas en soi un motif d'admissibilité à l'adoption.¹²⁶ Ce n'est pas la maladie mentale elle-même qui est en cause, mais son effet sur la capacité parentale des parents à remplir leurs devoirs parentaux. Le tribunal doit chaque fois vérifier si les parents assument dans les faits le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant, et comme le précise M. le juge Vallerand :

«Le juge de l'adoptabilité doit statuer, à partir des faits, à savoir si les parents assument de fait le soin, l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il est des cas difficiles, des circonstances particulières, *qui l'amèneront à conclure que le parent -- y compris le parent handicapé mental -- qui n'assume pas de façon conventionnelle, assume néanmoins.* Mais cela ne signifie pas que celui ou celle qui n'assume pas du tout, assume pourtant, uniquement parce que, incapable de le faire, il ne mérite aucun reproche.»¹²⁷

Entre le parent déficient intellectuellement ou atteint d'une maladie mentale qui n'assume pas du tout ses devoirs parentaux et celui qui, malgré son handicap mental, assume réellement «*même si de façon non-conventionnelle*» en exerçant ses «*capacités parentales restantes*» *par des gestes concrets et significatifs pour l'enfant*, il existera toujours une zone grise. On peut apercevoir facilement le danger de voir réapparaître subrepticement, lors de cet exercice, l'idée

124. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 72.1.

125. Voir, à ce sujet, *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), pp. 10 et 11.

126. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 638 et 640. Voir aussi *Droit de la famille - 653*, [1989] R.J.Q. 1361 (C. de la J.), pp. 1366 et 1367. Dans cet arrêt, le tribunal refuse de suivre l'arrêt de la Cour d'appel (*Droit de la famille - 256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.), p. 399) qui introduit la thèse de l'abandon intentionnel à l'article 559 paragr. 2 C.c.Q. en lui donnant une portée absolue. Il estime que l'inaptitude mentale peut conduire à l'adoption si le parent n'a pas assumé de fait ses devoirs.

127. *Droit de la famille - 1544*, (1992) R.J.Q. 617 (C.A.), p. 636. (Les italiques sont de nous.)

«*d'excuse*» par compassion pour ce parent qui fait «*son possible*».¹²⁸ Il ne faut jamais perdre de vue que l'analyse de la situation doit avoir pour objectif l'évaluation de la réalité vécue par l'enfant, que l'appréciation du devoir «*d'assumer de fait*» doit être nécessairement objective et toujours s'effectuer à partir «*des circonstances propres à l'enfant*».

Prenons l'exemple suivant pour illustrer ce danger potentiel. Le parent, qui souffre d'une maladie mentale, possède des «*capacités parentales restantes*» assez restreintes, mais qu'il exerce toutefois. Par contre, l'enfant, malgré ces manifestations parentales à son égard, n'a pas développé de lien affectif significatif avec son parent en raison de la pauvreté des échanges entre eux. Bien au contraire, il les perçoit de plus en plus négativement car, à ses yeux, ces rencontres non désirées l'empêchent de s'intégrer à son milieu de vie substitut devenu, au fil des ans, son véritable milieu familial.

À la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *Droit de la famille - 1544*, on ne peut faire abstraction de la réalité vécue par l'enfant, ni de la perception de ses rapports avec ses parents puisque l'autorité parentale existe dans son intérêt. Il est donc nécessaire d'évaluer la suffisance de l'exécution des devoirs parentaux en tenant compte de la situation de l'enfant. À ce sujet, M. le juge Fish écrit, à propos du parent souffrant d'un handicap physique ou mental qui exerce ses devoirs et responsabilités parentales à l'intérieur de ses capacités et de ses moyens, que l'action parentale devrait être considérée suffisante même si elle n'offre que : «*presence, interest and concern*»¹²⁹. Une telle conclusion ne peut être valable que si les manifestations parentales minimales ont laissé des traces tangibles et perceptibles chez l'enfant. En effet, quelle différence y-a-t-il entre la situation de l'enfant dont le parent n'assume pas ses «*capacités parentales restantes*» et celle d'un autre enfant dont le parent les assume en apparence, sans parvenir, en raison de la pauvreté des relations, à créer une relation affective significative même minimale avec lui? Dans les deux situations, l'enfant perçoit son parent comme une personne étrangère à son épanouissement et à son développement, ce qu'elle est d'ailleurs devenue en

128. *Id.* Sans référer à cette possibilité expressément, M. le juge Baudouin introduit le concept de «*l'impossibilité*» qui pourrait donner naissance à une nouvelle conception pour excuser le parent incapable de s'occuper de son enfant.

129. *Id.*, p. 639.

définitive.¹³⁰ Comme la Cour suprême l'a déclaré récemment : «*on ne peut mettre l'accent uniquement sur la capacité du père ou de la mère à assumer leurs responsabilités. Il faut aussi mettre l'accent sur l'enfant*»¹³¹.

En conclusion sur le rejet de la thèse de l'abandon intentionnel, il serait inapproprié de lui substituer celle de «*l'impossibilité de s'occuper de son enfant*» par crainte de discrimination à l'égard du parent déficient intellectuellement. M. le juge Baudouin semble proposer cette nouvelle condition avant de conclure à l'abandon et à l'absence de reprise en charge ou encore de prononcer l'admissibilité à l'adoption. Ce dernier aura sans doute l'occasion de préciser sa pensée sur cette nouvelle condition. En effet, le refus de déclarer adoptable un enfant, dont le parent ne peut s'occuper pour inaptitude mentale ou déficience intellectuelle, ne peut être fondé sur l'absence de preuve «*du caractère certain de l'impossibilité de le faire*», mais sur la preuve qu'une reprise en charge est possible à court terme. On ne peut soulever l'argument de la discrimination à l'égard des déficients mentaux ou intellectuels puisqu'il s'agit de donner des parents d'adoption à l'enfant parce que ses parents biologiques ne peuvent répondre à ses besoins affectifs sur une base régulière. C'est ce qu'il faut entendre par le respect des droits de l'enfant et la satisfaction de ses besoins essentiels. *La preuve dite «de l'impossibilité» n'est pas le choix du législateur ni textuellement, ni par interprétation.* Autrement, on finira assez souvent par refuser de déclarer adoptable l'enfant abandonné. Il leur suffirait alors d'indiquer qu'il y a peut-être un espoir pour conclure qu'il n'y a pas «*une impossibilité certaine*», même si la reprise en charge est aléatoire ou invraisemblable. *Pendant ce temps, l'enfant attend qu'on l'autorise à s'attacher légalement à des parents adoptifs sans risque pour lui de les perdre.*

130. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde, Réalité ou apparence*, op. cit., note 39, pp. 16, 17, 51, 76 à 80, 91.

131. C.C.A.S., *Metro Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, p. 168. Il s'agit d'une décision relative au statut d'un enfant dans une famille d'accueil désireuse de l'adopter.

3) L'application récente par les tribunaux des critères de «l'inaction parentale» et de «l'absence de liens significatifs avec l'enfant».

Le rejet de «l'abandon intentionnel» par la Cour d'appel a donc amené les tribunaux à considérer objectivement la conduite parentale pour déterminer la présence ou l'absence de liens significatifs entre l'enfant et ses parents. Les tribunaux sont retournés aux sources premières de l'interprétation du défaut d'assumer de fait les obligations parentales en faisant de l'enfant le sujet des règles d'adoption. Les parents, ayant abandonné leur enfant dans les faits, ne peuvent plus les invoquer à leur avantage, au nom de diverses excuses, qui apparaissent comme de véritables «constructions juridiques» pour conserver les liens biologiques aux dépens de la continuité et de la stabilité de l'enfant abandonné souvent depuis des années.

Donnons quelques exemples concernant autant le parent souffrant d'un handicap mental que celui qui n'en est pas atteint pour montrer comment les tribunaux ont depuis évalué l'inaction parentale en regard de la situation vécue par l'enfant au plan affectif.

Le tribunal a analysé¹³² la situation d'un enfant âgé de cinq ans vivant dans la même famille d'accueil depuis l'âge de trois mois à la suite de jugements successifs de protection. Le père l'a totalement abandonné depuis des années et la mère, une personne toxicomane, instable au plan affectif, a constamment refusé l'aide offerte pour contrôler ses difficultés personnelles et améliorer ses capacités parentales. Elle n'a eu qu'une *présence erratique* dans la vie de son enfant, négligeant toute manifestation à son égard pendant une période de neuf mois. Après avoir rappelé qu'il n'est plus nécessaire de rechercher les raisons de l'inaction parentale et qu'il suffit d'évaluer si, dans les faits, le parent s'est occupé de son enfant, le tribunal dégage les paramètres suivants pour déterminer s'il y a abandon :

«Il faut analyser les comportements des parents à l'égard de leur enfant et dans le cas où un enfant est placé à l'extérieur de son foyer, il faut considérer les

132. *Chambre de la jeunesse, C.Q., Abitibi, 620-43-00002-910, 4 décembre 1992.*

moyens que les parents, selon leurs capacités, ont adoptés pour conserver et exercer leur autorité parentale. Chaque situation présente donc des caractéristiques propres. Le Tribunal doit tenir compte pour cette analyse, des moyens qu'ils ont privilégiés seuls ou avec les intervenants pour garder contact et préserver les liens familiaux.»¹³³

Rappelons à ce sujet que «*l'autorité parentale doit s'exercer de façon active et non passive en maintenant des liens étroits avec l'enfant*»¹³⁴. Cet énoncé reprend, en des termes différents, ce que la Cour suprême avait déjà déclaré en 1934, à savoir que «*si les parents désirent que les tribunaux les aident à conserver l'affection et l'attachement de leurs enfants, il faut qu'eux-mêmes s'y intéressent*»¹³⁵. Récemment, la Cour suprême a repris la même idée dans l'arrêt *Young c. Young* en déclarant que l'intérêt de l'enfant n'était pas une notion équivalente à l'absence de préjudice.¹³⁶ C'est donc dire que le fait de ne pas nuire à l'enfant n'est pas un élément important. Elle ajoute que «*l'intérêt de l'enfant n'est pas simplement d'être à l'abri de tout préjudice manifeste*»¹³⁷.

Dans un autre litige¹³⁸, le tribunal déclare que les problèmes personnels de la mère ne doivent exercer aucune influence pour déterminer si elle a assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de son enfant. En effet, «*il n'est pas pertinent de se demander si la mère est abandonnante, mais plutôt si l'enfant est abandonnée, ce qu'elle est, dans les faits de la présente affaire.*»¹³⁹

Le tribunal s'est également prononcé sur la qualité des gestes posés.¹⁴⁰ Il s'agit de jumelles âgées de neuf ans, placées dans la même famille d'accueil depuis l'âge de dix-huit mois à la suite de jugements successifs de protection prononcés pour cause d'inaptitude de leur mère à en prendre soin, en raison

133. *Id.*, pp. 25 et 26.

134. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant...*, *op. cit.*, note 39, p. 16.

135. Voir *Dugal c. Lefebvre* (1934) R.C.S. 501, p. 508.

136. (1993) 4 R.C.S. 3, p. 9.

137. *Id.*, p. 10.

138. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000019-923, 30 octobre 1992.

139. *Id.*, p. 9 (Les italiques sont de nous); voir dans le même sens *Droit de la famille - 1816*, (1993) R.D.F. 299 (C. de la J.), p. 308. Cette dernière décision a été confirmée en appel, *Droit de la famille - 1816*, (1994) R.D.F. 227 (C.A.).

140. *Protection de la jeunesse - 635*, (1993) R.D.F. 451 (C. de la J.).

d'une certaine déficience intellectuelle et de déficits sociaux importants. Le tribunal estime, pour apprécier s'il y a abandon, qu'il doit s'en tenir à la situation de fait vécue par les enfants, et ajoute que :

«... il ne suffit plus d'envoyer une carte ou un cadeau à l'occasion, de faire des téléphones à une travailleuse sociale pour avoir des nouvelles ou de la rencontrer. *Il faut que les moyens que les parents prennent aboutissent à des changements tangibles et perceptibles par les enfants.* C'est de cette façon qu'ils maintiendront *un certain lien avec eux*, leur donneront *l'espoir d'un retour dans le foyer familial et assumeront ainsi "leur responsabilité dans les faits"*. *N'est-ce pas là une obligation de résultat?* Les intentions, les raisons, les excuses, les blâmes, le manque de transport ou d'argent, etc., ne peuvent donc justifier la stagnation de la situation.»¹⁴¹

Enfin, le tribunal discute de la situation d'une mère qui, souffrant de schizophrénie, refuse tout traitement.¹⁴² Elle ne s'était jamais manifestée auprès de ses trois enfants depuis leur placement en famille d'accueil deux ans et demie plus tôt¹⁴³. Les efforts tentés par les intervenants sociaux pour l'amener à s'intéresser à ses enfants furent vains. Le tribunal conclut à l'abandon parce que la mère ne croit pas être malade et qu'elle refuse, en conséquence, de se faire soigner, ce qui l'empêche de remplir ses obligations parentales.¹⁴⁴ Son attitude amène le tribunal à constater un abandon¹⁴⁵ puisqu'elle n'offre aucun projet d'avenir pour ses enfants.¹⁴⁶

Nous pouvons conclure sur l'inaction parentale en rappelant ce que le Tribunal de la jeunesse avait déclaré, en 1985, à savoir que «*la paternité et la*

141. *Id.*, p. 456. (Les italiques sont de nous.)

142. *Droit de la famille - 1756*, (1993) R.D.F. 152 (C. de la J.), p. 155.

143. Le placement avait été fait conformément à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

144. *Droit de la famille - 1756*, (1993) R.D.F. 152, p. 155. «Le tribunal ne peut se retrancher derrière cet état de fait et ignorer la situation d'abandon». «La qualité de parent peut se déceler en paroles, mais doit certes se concrétiser en gestes dans l'intérêt de l'enfant, suivant les obligations de la loi et les facultés de chacun.»

145. *Id.*, p. 155.

146. *Id.*, p. 155; voir également *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000178-927, 15 juillet 1993, p. 9, où le tribunal conclut de la même façon à l'égard d'une mère atteinte d'une maladie mentale et qui refusait tout traitement.

maternité ne sont pas des situations statiques, mais elles consistent en des relations dynamiques»¹⁴⁷.

Le fait pour les parents de ne pas assumer leurs obligations parentales constitue la première étape qui permet de considérer l'enfant comme abandonné et potentiellement adoptable. Mais avant de déclarer l'enfant admissible à l'adoption, le législateur offre aux parents la possibilité de renverser la «présomption d'improbabilité» qui résulte de l'abandon en établissant qu'ils peuvent dorénavant le reprendre réellement en charge et en assumer le soin, l'entretien ou l'éducation. Examinons les conditions posées par les tribunaux pour accepter une probabilité de reprise en charge, suffisante pour renverser la présomption d'improbabilité énoncée à l'article 561 C.c.Q.

CHAPITRE II LES DIVERSES INTERPRÉTATIONS DES CONDITIONS D'UNE VÉRITABLE PROBABILITÉ DE REPRISE EN CHARGE DE L'ENFANT.

La présomption d'improbabilité de reprise de la garde de l'enfant en vue d'assumer le soin, l'entretien ou l'éducation¹⁴⁸ existe pour et dans le seul intérêt de l'enfant puisqu'elle est fondée sur son abandon déjà constaté.

L'interprétation de ce qu'il faut entendre par la «probabilité de reprise en charge de l'enfant» a également donné naissance à deux tendances semblables à celles étudiées précédemment pour déterminer s'il y avait abandon «de fait».

Deux théories différentes voient le jour, l'une estimant que toute reprise de la garde de l'enfant doit être évaluée en fonction des divers besoins de l'enfant et de la capacité des parents à les satisfaire. L'autre, à l'opposé, cherche à apprécier les capacités parentales à partir des parents eux-mêmes indépendamment de la réalité vécue par l'enfant. Les tenants de cette tendance confondent habituellement l'intérêt de l'enfant à rester dans sa famille d'accueil ou adoptive avec les aptitudes des parents à combler les besoins actuels de

147. *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000051-843, 25 janvier 1985.

148. *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.). Aux pages 657 à 663, la Cour d'appel conclut que la présomption d'improbabilité ne viole pas les droits garantis par la Charte québécoise des droits et libertés de la personne et la Charte canadienne des droits et libertés.

l'enfant. L'article 561 C.c.Q n'est pas édicté pour départager la famille adoptive de la famille d'origine, mais uniquement pour décider si la preuve de reprise en charge de l'enfant est suffisante, vraisemblable et réalisable à court terme.

L'analyse de la jurisprudence révèle qu'une tendance, minoritaire à l'origine, limitait l'analyse de la probabilité de reprise en charge de l'enfant exclusivement aux capacités parentales. Ce courant jurisprudentiel, abandonné aujourd'hui, considérait l'article 561 C.c.Q. comme une dernière chance donnée aux parents de préserver les liens du sang avec leur enfant. La seconde tendance, majoritaire, considère à la fois les capacités parentales et les besoins particuliers de l'enfant en regard de la situation vécue par lui depuis l'abandon. Cette conception, fondée sur les besoins de l'enfant, est maintenant reçue unanimement tant par les tribunaux de première instance que par la Cour d'appel.

Examinons brièvement chacune de ces tendances pour comprendre la philosophie sous-jacente à l'adoption et les conséquences de l'inaction parentale.

Section 1 Les excuses parentales acceptées pour renverser la présomption d'improbabilité de reprise en charge.

Les tribunaux ont déformé la présomption d'improbabilité de la reprise en charge de l'enfant par ses parents en faisant abstraction que cette présomption résultait de la preuve préalable de l'abandon. On se contente d'une preuve des capacités parentales, indépendantes des besoins personnalisés de l'enfant, délaissé parfois pendant de nombreuses années. Examinons, à partir de quelques arrêts, le fondement de cette tendance.

Le tribunal, en 1985¹⁴⁹, fut saisi de la situation d'un jeune enfant, âgé de vingt mois, placé en famille d'accueil pratiquement depuis sa naissance pour cause d'instabilité émotionnelle et matérielle de sa mère. La preuve révéla qu'elle avait eu, lors des cinq premiers mois du placement, des contacts supervisés réguliers avec son enfant sans qu'il soit possible de constater un rapprochement entre eux. La preuve indiquait de plus qu'elle envisageait l'adoption pour son

149. *Tribunal de la jeunesse*, Montréal, 500-43-000135-854, 18 décembre 1985.

enfant avant comme après sa naissance puisqu'il s'agissait d'une grossesse indésirée. Par la suite, dans les dix mois qui ont suivi, la mère n'eut qu'un seul contact avec son enfant. Le tribunal constata donc facilement l'abandon conformément au paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q., d'autant plus qu'à la date de la signification de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, la mère n'avait démontré aucune intention de modifier la situation. Après avoir affirmé qu'il appartient à la mère de prouver qu'elle pouvait reprendre son enfant en charge, le tribunal concluait qu'elle a renversé la présomption d'improbabilité de reprise en charge de l'enfant pour les motifs suivants : elle avait loué un appartement cinq mois plus tôt; elle avait, à la même époque, repris la garde de sa fille âgée de sept ans, sous la surveillance immédiate de sa propre mère qui en avait assumé la garde jusqu'alors, et enfin, elle était retournée aux études afin d'améliorer son autonomie financière. Notons que *toutes ces considérations ne concernent que la situation personnelle de la mère*. En aucun moment, le tribunal ne considère celle de l'enfant ainsi que l'impact de l'abandon sur lui. En effet, ayant conclu qu'il n'était pas improbable que la mère reprenne son enfant en charge puisqu'elle tentait de mettre fin aux causes premières du placement de ce dernier, le tribunal déclarait :

«... , il n'est pas nécessaire de nous prononcer sur l'intérêt de l'enfant. En effet, l'enfant ne répondant pas aux conditions prévues à la loi pour le déclarer judiciairement adoptable, nous n'avons pas à décider si son intérêt serait mieux servi dans la famille d'accueil où il se trouve actuellement. L'intérêt de l'enfant ne peut en effet servir d'argument pour mettre de côté le respect des règles de droit.»¹⁵⁰

Le tribunal confond les acquis personnels de la mère et les acquis au plan de ses capacités parentales. En outre, le fait d'avoir repris la garde d'un enfant de sept ans, duquel elle ne s'était jamais désintéressée, n'est aucunement déterminant pour évaluer la probabilité de reprise en charge d'un autre enfant qui n'a jamais vécu avec sa mère et qui n'a aucune relation affective significative avec elle. La preuve démontrait plutôt que l'enfant avait tissé une relation affective avec ses parents substitués, qui étaient désireux de l'adopter, et que la mère avait toujours fait preuve d'une attitude d'extrême méfiance à l'égard des

150. *Id.*, p. 11.

intervenants sociaux, ce qui n'augurait rien de positif quant à sa collaboration à une éventuelle réinsertion progressive de l'enfant auprès d'elle.

Toutefois, l'erreur du tribunal consiste à discuter de l'intérêt de l'enfant à rester dans sa famille affective, au lieu d'analyser la preuve de probabilité de reprise en charge à partir des besoins actuels de l'enfant pour évaluer les capacités parentales de la mère. Cette évaluation ne peut se faire dans l'abstrait¹⁵¹. Le tribunal n'a pas à déterminer à ce stade si l'intérêt de l'enfant est de continuer à demeurer dans sa famille affective, mais plutôt d'examiner si la mère, *compte tenu de la situation vécue par l'enfant depuis son placement*, possède les capacités parentales nécessaires pour répondre aux besoins actuels de l'enfant. Comment prétendre que la location d'un logement par la mère et son retour aux études puissent constituer des éléments de capacité parentale? Cette décision considère l'enfant comme une «propriété biologique» et un objet de droit puisqu'à aucun moment le tribunal ne cherche à identifier les besoins concrets de l'enfant abandonné en regard des capacités réelles de la mère à les satisfaire.

Dans une seconde affaire¹⁵², le tribunal, après avoir constaté l'abandon, considère uniquement la situation du père, estimant qu'il avait fait des efforts pour tenter de mettre fin aux causes du placement de son enfant en famille d'accueil et qu'il n'était donc pas improbable qu'il reprenne ce dernier en charge. Le tribunal exclut de son analyse toute référence à la situation de l'enfant puisqu'à ses yeux la reprise en charge par le père étant probable, il devenait «purement académique» de débattre de l'intérêt de l'enfant.¹⁵³

Pour convaincre le tribunal de la probabilité de la reprise en charge de son enfant, il a suffi que le père établisse qu'il avait cessé de consommer de l'alcool et qu'il avait continué, malgré les ordonnances d'interdiction de contact avec son enfant, à revendiquer ses droits sur lui. Pourtant, la preuve révéla que les causes du placement de l'enfant n'étaient pas uniquement l'alcoolisme du père, mais

151. *Droit de la famille* - 376, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239.

152. *Droit de la famille* - 231, [1985] T.J. 2044.

153. *Id.*, p. 2053.

également son instabilité sur le plan émotif et matériel¹⁵⁴ et qu'il était solitaire et très dépendant de sa fille aînée. Le tribunal reconnaît d'ailleurs que les démarches du père auprès des intervenants sociaux avaient toujours été faites «... afin de faire valoir des droits et non pas afin de s'inquiéter réellement de l'enfant».¹⁵⁵

Toutefois, aux yeux du tribunal les efforts du père étaient suffisants. Dans l'évaluation de la probabilité de reprise en charge par le père, il ressort que le tribunal ne tint aucunement compte qu'il s'agissait d'un enfant de sept ans, né en plein tumulte, ayant connu une série de placements en famille d'accueil peu de temps après sa naissance avant de bénéficier, enfin, de stabilité dans son actuelle famille d'accueil depuis environ un an. L'enfant, selon la preuve psychologique, était fragile en raison de son lourd passé émotif et n'avait aucun lien affectif significatif avec son père. Il cherchait plutôt à vérifier son sentiment d'appartenance à son actuelle famille d'accueil, désireuse de s'impliquer à long terme auprès de lui et même de l'adopter. Pour le tribunal, tous ces éléments sont étrangers au présent débat et n'ont donc pas à être pris en considération.

Cette décision fut confirmée par la Cour d'appel¹⁵⁶, qui rappelle que :

«L'article 613 du Code civil du Québec (devenu l'article 561 C.c.Q.) prévoit deux stades : au premier stade, la Cour doit déterminer en vertu de l'article 613 (devenu l'article 561 C.c.Q.) qu'"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..."; deuxièmement, après que ce premier stade a été franchi, on décide suivant l'intérêt de l'enfant des modalités de son adoption.»¹⁵⁷

154. *Id.*, pp. 2045, 2047, 2048 et 2051 : on apprend que le père n'a affectué aucune des contributions requises, qu'il a *déménagé 27 fois*, qu'il y a eu plusieurs jugements successifs en protection de l'enfant, au début avec droits de visite, lesquels ont été suspendus lors du dernier jugement en protection qui plaçait l'enfant jusqu'à sa majorité avec la recommandation de lui faire nommer un tuteur. Ses seuls contacts avec l'enfant se sont limités à l'envoi de cadeaux et de photos à une reprise.

155. *Id.*, p. 2052. (Les italiques sont de nous.)

156. *Droit de la famille - 231*, [1988] R.J.Q. 230 (C.A.).

157. *Id.*, p. 234. (Les parenthèses et les italiques sont de nous.)

Puis, statuant sur l'intention du législateur à propos de l'article 561 C.c.Q., la Cour interprète erronément cette disposition, en déclarant que :

«Le législateur a considéré que l'intérêt naturel d'un enfant c'est d'être sous la garde de ses parents à moins qu'il soit démontré qu'il est "improbable qu'ils puissent le faire"; comme un jugement d'adoptabilité rend à tout jamais impossible la reprise de la garde par les parents, l'article 613 (devenu l'article 561 C.c.Q.) a pour but d'éviter tout geste irréparable s'il y a encore une lueur d'espoir que les parents naturels pourraient reprendre le rôle que la nature leur a confié.»¹⁵⁸

Bref, on donne la priorité quasi-absolue aux liens du sang puisque le père ne peut pas invoquer ses liens affectifs avec l'enfant ou son intérêt pour lui dans le passé. On refuse ainsi de donner suite à l'intention du législateur qui a créé l'adoption pour permettre à un enfant d'avoir une véritable famille affective lorsque sa famille biologique, qui avait d'abord reçu cette mission, ne l'a pas assumée. L'enfant peut-il accepter ou se satisfaire du simple espoir d'être repris en charge un jour si cet espoir n'est pas au moins concrétisé par un projet tenant compte de sa situation, de ses besoins et de sa personnalité?

On constate combien cette tendance reste fondée sur les liens biologiques puisqu'à nul moment on ne cherche à évaluer la capacité parentale en rapport avec les attentes de l'enfant qu'on prétend vouloir reprendre en charge. Bien plus, la Cour d'appel substitue à la «présomption d'improbabilité» édictée par la loi une «présomption de probabilité» puisque, comme elle le dit, on devrait démontrer qu'il est improbable que les parents puissent reprendre l'enfant. Les tribunaux peuvent interpréter la loi, mais ils n'ont pas le pouvoir de la modifier. Rappelons que la présomption d'improbabilité est précédée du constat d'abandon, d'où la nécessité imposée aux parents de prouver qu'ils sont en mesure de reprendre la garde réellement¹⁵⁹, non pas d'un enfant, mais de cet enfant dont ils ne se sont pas occupés de fait.

158. *Id.*, p. 234; soulignons que M. le juge Dugas (ad hoc) et Mme la juge Tourigny, qui concourent à la décision, donnent à penser que l'intérêt de l'enfant jouerait un certain rôle lors de la preuve sur la probabilité d'une reprise en charge de l'enfant en vertu de l'article 561 C.c.Q. (Les parenthèses sont de nous.)

159. *Droit de la famille - 1741*, (1993) R.J.Q. 643 (C.A.), p. 654. Dans cette affaire, l'abandon dure depuis sept ans.

On retrouve cette même idée dans un autre arrêt de la Cour d'appel dans lequel M. le juge Baudouin, bien que rejetant la thèse de l'abandon intentionnel, estime qu'on doit établir clairement que la personne ne peut combler les besoins de l'enfant¹⁶⁰. Pourtant, le fardeau de la preuve incombe aux parents, qui ne se sont pas occupés de fait de leur enfant, d'après l'article 561 C.c.Q. En d'autres termes, le législateur, en édictant cette présomption, indique son intention de ne pas se satisfaire des seuls liens biologiques pour justifier la reprise en charge de l'enfant. *C'est plutôt le parent qui doit établir de façon prépondérante qu'il possède maintenant les capacités parentales pour répondre aux besoins particuliers de son enfant qu'il a abandonné.*¹⁶¹

Dans le cadre de l'enquête et audition, il peut arriver que la partie ayant à prouver l'abandon fournisse en même temps au tribunal quelques éléments de preuve, par anticipation, à l'encontre de la preuve de «probabilité» que les parents pourraient faire. Mais il est différent d'élever, par interprétation, au rang de règle de droit l'obligation d'établir qu'il est improbable que les parents reprennent l'enfant en charge, alors que la loi pose une règle différente qui exige plutôt une preuve de «probabilité» de la part du parent dont l'enfant a été jugé préalablement abandonné.

La deuxième tendance majoritaire montre, au contraire de la première, la cohérence entre les étapes dans le processus de l'admissibilité à l'adoption lorsque l'intérêt de l'enfant sert de toile de fond à l'évaluation de la vraisemblance d'une réelle reprise en charge.

160. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 636.

161. *Id.* Voir aussi, *Protection de la jeunesse - 635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456; *Droit de la famille -1756*, [1993] R.D.F. 152 (C. de la J.), p. 155.

Section 2 Les capacités parentales évaluées en corrélation avec les besoins particuliers de l'enfant.

La théorie selon laquelle la reprise en charge de l'enfant doit être appréciée non seulement en regard des capacités parentales, mais en considérant aussi les besoins de l'enfant et la possibilité d'établir un lien affectif avec lui, a été établie par la Cour d'appel dans *Droit de la famille - 376*¹⁶². Plusieurs arrêts¹⁶³ avaient déjà tracé la voie à ce jugement en affirmant la nécessité de tenir compte des besoins de l'enfant et de l'absence d'un lien affectif significatif entre les parents et l'enfant.

Dans cet arrêt, M. le juge Vallerand précise que l'interprétation de la probabilité de reprise en charge doit s'effectuer à la lumière de la relation bipolaire entre l'enfant et ses parents car :

«Assumer le soin, l'entretien ou l'éducation n'est pas une notion abstraite qu'on puisse apprécier uniquement en fonction des disponibilités de celui qui assume. Tout disposé qu'il soit à offrir, il ne pourra assumer que si l'enfant est en mesure de recevoir utilement. Et ce qui est vrai du point de vue matériel l'est tout autant du point de vue psychique, psychologique et affectif. Imaginons le cas de cet enfant qui, profondément traumatisé, vouerait une haine incurable à sa mère qui l'a "abandonné". Il va de soi que celle-ci ne pourrait espérer un instant en assumer le soin et l'éducation.»¹⁶⁴

Le juge poursuit, en adoptant ce que la Cour supérieure avait déjà décidé¹⁶⁵ à propos des éléments à retenir pour apprécier la probabilité de reprendre charge de son enfant :

«Comment apprécier la probabilité d'un père et d'une mère à reprendre charge de leurs enfants sans évaluer d'abord la situation physique, psychologique,

162. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.).

163. À titre d'exemples, voir *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-0051-843, 25 janvier 1985, p. 6 et *Tribunal de la jeunesse*, T.J. Montréal 500-43-000376-847, 16 septembre 1985, p. 7 et *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 252.

164. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239. (Les italiques sont de nous et les guillemets sont dans le texte.)

165. Cour supérieure, St-François, 450-05-000571-816, 20 avril 1982.

financière et morale de ceux-ci non pas dans l'abstrait (mais en regard de l'enfant qui fait l'objet du litige). *L'âge, la santé physique et mentale, ses besoins particuliers doivent également être considérés non pas pour décider quel est le milieu de plus favorable à son intérêt, mais comme des facteurs pouvant conduire à une probabilité de prise en charge.*¹⁶⁶

La Cour d'appel précise également au sujet des «besoins particuliers» de l'enfant, qu'il faut éviter de tomber dans le piège du choix *a priori* du milieu de vie qui paraît le plus favorable à l'enfant, car ce n'est pas la question posée. Le tribunal ne doit cependant ni ignorer la situation vécue par l'enfant dans sa famille affective ni prendre en considération uniquement la volonté parentale, qui ne suffit pas à elle seule à renverser la «présomption d'improbabilité».¹⁶⁷

Récemment, la Cour d'appel¹⁶⁸ réaffirmait l'obligation d'examiner la situation factuelle, tant du point de vue du parent que de celui de l'enfant, et qu'il appartenait au parent de renverser la présomption d'improbabilité de reprise en charge en établissant la possibilité que lui «et l'enfant puissent reprendre contact dans le meilleur intérêt de ce dernier».¹⁶⁹

Enfin, dans une autre décision récente¹⁷⁰ concernant des parents ayant des problèmes mentaux, la Cour d'appel, référant à l'arrêt *Droit de la famille - 1544*, écarte la simple intention des parents de reprendre l'enfant en décidant que «...l'improbabilité de la reprise en charge des obligations parentales doit être analysée *sous l'optique de l'enfant, sans référence à l'intention des parents.*»¹⁷¹

-
166. *Droit de la famille - 376* (1987) R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239. (Les italiques sont de nous.)
 167. *Id.*, p. 1239. M. le juge Vallerand souligne que si «...*les besoins particuliers* sont déterminants et ces besoins, en partie créés par la famille d'accueil, il faut évaluer la capacité de la famille biologique de les satisfaire sans égards à celle, évidente et supérieure de la famille d'accueil.» (Les italiques sont dans le texte.)
 168. *Droit de la famille - 1741*, (1993) R.J.Q. 647 (C.A.).
 169. *Id.*, p. 654. La Cour d'appel ajoute qu'il faut évaluer la situation des deux parties soit «la possibilité d'offrir de la part du parent qui cherche à recréer le lien et la possibilité de recevoir de la part de l'enfant qui a vu factuellement ce lien rompu.»
 170. *Droit de la famille - 1628*, MM. les juges Baudouin, Deschamps et Beauregard (dissent) C.A. Québec, 200-08-000024-878, 28 mai 1992.
 171. *Id.*, p. 5. (Les italiques sont de nous.)

Ces trois arrêts de la Cour d'appel établissent des critères qui doivent guider les tribunaux pour évaluer la possibilité d'une réelle reprise en charge en respectant la situation vécue par l'enfant et en le considérant comme un être concret et non abstrait. Elle n'exclut pas les parents, mais elle reprend, d'une certaine manière, ce que la doctrine avait déjà proposé.¹⁷²

Bien entendu, les liens affectifs existant entre l'enfant et sa famille affective ne donnent pas préséance à celle-ci¹⁷³. Ils obligent cependant le tribunal à vérifier au préalable si les parents sont en mesure de fournir à leur enfant un milieu stable, susceptible de favoriser la continuation du développement de sa personne et ce, dans l'immédiat et de façon permanente.¹⁷⁴ Autrement, la rupture entre l'enfant et sa famille affective serait dramatique, inutile puisqu'il risque de nouveau d'être abandonné ou placé dans une autre famille d'accueil.

En effet, il est important de se rappeler que l'enfant vit l'abandon suivant le mode affectif¹⁷⁵. L'indifférence ou l'absence parentale lui cause plus de tort qu'on ne peut l'imaginer. Si les parents sont capables de rationaliser des rapports affectifs et de conserver un lien d'attachement abstrait à l'égard de l'enfant qu'ils ont abandonné, il en va autrement de l'enfant qui vit au jour le jour. Les tribunaux ne doivent pas présumer de la capacité d'adaptation de l'enfant. Au contraire, les déplacements provoquent une insécurité qui, si elle n'est pas comblée par une nouvelle stabilité affective, entraînera des effets souvent désastreux chez lui.¹⁷⁶ *Le maintenir dans un état d'incertitude au seul motif que*

172. C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant ...*, op. cit., note 39, p. 91. L'auteur écrit à propos de la reprise en charge que «Le tribunal devrait aussi s'interroger sur la "capacité" du parent de pouvoir établir des liens psychologiques (affectifs) avec l'enfant et sur la stabilité qu'il peut offrir en regard de celle déjà proposée par les adoptants avant de le retirer de sa future famille adoptive.» (Les parenthèses sont de nous.) Voir, en ce sens, *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, p. 104.

173. Voir, notamment, *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), pp. 1240 et 1241 et *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-002500-43-000, 30 août 1990, p. 11.

174. Voir, en ce sens, *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 654. Voir aussi, *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239.

175. J. GOLDSTEIN, S. SOLNIT, A. FREUD, *Beyond Best Interests of the Child*, New York, Free Press MacMillan Publishing Co. Inc., 1979, New Edition with Epilogue, pp. 9 à 13. Voir aussi, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant ...*, op. cit., note 39, p. 117.

176. Nous avons consulté à ce sujet le docteur Luc Morin, pédopsychiatre, professeur, Université McGill, sur les effets des déplacements de l'enfant.

les parents veulent le reprendre sans avoir de projet réel ou lorsqu'ils proposent un projet non compatible avec la réalité vécue par l'enfant, c'est lui dénier le droit à une famille stable. On ne peut ignorer la réalité vécue par l'enfant comme l'indique la Cour suprême dans l'arrêt King c. Low¹⁷⁷ :

«La loi accorde des droits aux parents naturels d'un enfant de manière à protéger et encourager le développement de ce très important attachement naturel, dans l'intérêt de l'enfant. La Cour reconnaît l'existence de ces droits à cette fin. *Mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un tel attachement n'existe pas entre le parent naturel et l'enfant mais s'est plutôt établi entre l'enfant et d'autres figures parentales, la Cour doit inévitablement prendre acte des faits de l'espèce en conséquence. Agir autrement équivaldrait à substituer une règle vaine à la réalité que la loi doit contenir et exprimer.*»¹⁷⁸

En effet, comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *Racine c. Woods*¹⁷⁹, «... la Cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l'enfant et non dans la vie du parent.»¹⁸⁰

Pour des raisons de commodité et de clarté, nous regroupons les principaux éléments dégagés par les tribunaux pour déterminer la possibilité réelle de reprise en charge de l'enfant. Nous distinguons ceux ayant trait à la «*possibilité d'offrir de la part du parent*» et ceux relatifs à la «*capacité utile de recevoir de l'enfant*».

A) La possibilité d'une véritable reprise en charge par les parents.

Abordons maintenant les enseignements tirés de la jurisprudence concernant la possibilité pour les parents de recréer des liens avec leur enfant. Les parents doivent établir la probabilité de reprendre la garde de l'enfant en offrant des éléments concrets vérifiables et *en excluant les intentions éventuelles non*

177. [1985] 1 R.C.S. 87.

178. *Id.*, p. 104. (Les italiques sont de nous.)

179. [1983] 2 R.C.S. 173.

180. *Id.*, p. 185; cette idée a été reprise plusieurs fois par les tribunaux. Voir, à titre d'exemple, *Chambre de la jeunesse, C.Q.*, district de Frontenac, 235-43-000007-916, 10 novembre 1992, p. 16.

réalistes ou tout projet qui aurait pour effet de permettre au parent de confier à d'autres les responsabilités qu'il ne peut assumer, peu importent les motifs.

1) Un projet précis, structuré et vraisemblable pour reprendre la garde physique de l'enfant.

Plusieurs décisions¹⁸¹ exigent que les parents présentent un projet de reprise en charge. Ce projet doit être plus qu'un simple énoncé d'intention. La crédibilité du projet doit reposer sur les besoins de l'enfant. En effet, on ne peut, à ce stade, se satisfaire de promesses ou d'intentions. Ainsi, à titre d'exemples, le tribunal refuse d'accepter les promesses de «gagner sa vie, de s'installer définitivement, de ne plus se droguer et de prendre charge de son enfant» et ce, sur une période de trois ans¹⁸², comme preuve de probabilité de reprise en charge. Un projet réaliste suppose souvent la reprise progressive de la garde de l'enfant avec une supervision externe afin de *prévenir un nouvel abandon*. En outre, le tribunal doit s'assurer que la stabilité est offerte par le parent lui-même et non par un tiers proche du parent qui pourra en tout temps cesser de lui apporter son aide.

La garde physique ne constitue pas un élément pour déterminer s'il y a eu abandon, mais elle devient un élément primordial lorsqu'il s'agit d'évaluer l'aspect sérieux du projet de reprise en charge de l'enfant.¹⁸³ On doit se méfier

181. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, p. 7; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Beauce, 350-43-000001-916, 12 avril 1991, p. 7; *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.), p. 113; *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), pp. 10 et 13 : le projet doit être vraisemblable et défini; *Droit de la famille - 1756*, [1993] R.D.F. 152 (C. de la J.), p. 155 : la mère n'a aucun projet d'avenir ni pour l'enfant ni pour elle-même et cela même si elle souhaite reprendre contact avec son enfant.

182. *Droit de la famille - 1913*, [1994] R.D.F. 174 (C. de la J.), p. 178.

183. À ce sujet, tant la jurisprudence que la doctrine se rejoignent. À titre d'exemple, voir *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 9 et l'auteure Suzanne PILON, *loc. cit.*, note 31, p. 417 qui écrit : «... pour amener un tribunal à considérer sa conduite, ce dernier n'a pas à faire la preuve qu'il est en mesure de reprendre la garde de l'enfant; seuls les devoirs de soin, d'entretien et d'éducation sont expressément énoncés à l'article 611 (devenu l'article 559 C.c.Q.). Le législateur reconnaît donc qu'un parent peut déléguer la garde de son enfant sans entraîner une situation d'abandon, pour autant qu'il assume ses autres devoirs ou qu'il prend les moyens pour les assumer. Par contre, cette possibilité pour le parent de reprendre la charge complète de l'enfant, y inclus le droit de garde, se retrouve à l'article 613 C.c.Q.

des projets aléatoires, hypothétiques ou invraisemblables fondés sur des engagements tels «on va prendre tout le temps qu'il faudra ... et lorsque l'enfant sera prêt, je le reprendrai»¹⁸⁴. À titre d'exemple, on a déjà accepté un projet, fondé sur une éventuelle reprise en charge par une proche de la mère afin de décider plus tard s'il serait souhaitable que ce proche recueille les enfants, pourtant abandonnés depuis plusieurs années¹⁸⁵ et avec lesquels il n'avait pas eu de contact depuis.

L'analyse de la situation doit donc permettre au tribunal de conclure à une possibilité réelle de reprise en charge immédiate de l'enfant ou dans un avenir raisonnable¹⁸⁶. À l'inverse, le tribunal refuse habituellement une probabilité de reprise en charge trop éloignée dans le temps, ce qui a pour effet de la rendre encore plus improbable en raison de la notion du temps qui prévaut chez l'enfant.¹⁸⁷

2) **Les motifs de l'absence des parents dans la vie de l'enfant et les changements significatifs apportés pour mettre fin à la situation d'abandon.**

Les motifs de l'absence du parent de la vie de l'enfant qui ne sont pas pertinents pour conclure à l'abandon doivent toutefois être examinés afin de pouvoir déterminer si la probabilité de reprendre la garde de l'enfant est réaliste¹⁸⁸. En effet, le tribunal doit vérifier si le parent a apporté des améliorations et si elles sont suffisantes pour répondre aux besoins fondamentaux et particuliers de leur enfant.¹⁸⁹ Comment pourrait-on accepter un projet de reprise en charge de l'enfant si les causes ayant conduit à son

(devenu l'article 561 C.c.Q.)». (Les parenthèses sont de nous.)

184. *A. et B. et Y. et Z.*, [1979] T.J., 2011, p. 2013.

185. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 569.

186. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000100-897, 30 septembre 1993, p. 21.

187. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000066-926, 20 janvier 1994, p. 25. Sur la notion du temps, voir Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, *La protection de la jeunesse, Plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, Ministère de la Justice, 1992, p. 19.

188. Voir, *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, pp. 6 et 7.

189. Voir, *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Abitibi, 620-43-000002-910, 4 décembre 1992, p. 28; *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

abandon sont toujours présentes ou si les changements apportés sont artificiels, ponctuels, insuffisants ou encore si le motif de l'abandon ne cessera jamais telle une maladie mentale inguérissable. De plus, dans une situation où l'abandon est évident, le tribunal doit refuser d'accorder un délai au parent pour effectuer une thérapie afin de lui permettre de prouver qu'il peut reprendre son enfant. En effet, jusqu'à ce jour il «n'a rien fait réellement pour mettre fin aux causes qui ont amené le placement de l'enfant»¹⁹⁰.

3) Les acquis personnels des parents, distincts des acquis relatifs à leur capacité parentale.

Les acquis personnels, comme le fait de cesser de consommer de l'alcool de façon excessive¹⁹¹ ou de déménager sans arrêt et de s'inscrire à des cours éducatifs¹⁹², peuvent certes être pris en considération. Toutefois, ces progrès ou améliorations au mieux-être du parent ne doivent pas faire conclure automatiquement à l'existence ou à l'augmentation des capacités parentales.¹⁹³ La réalité est beaucoup plus complexe lorsqu'on doit évaluer si les parents sont en mesure de satisfaire les besoins essentiels de l'enfant vivant un abandon souvent depuis des années. On peut imaginer facilement comment on pourrait arriver à se satisfaire des progrès chez le parent en inférant que cela devrait avoir une influence sur ses capacités parentales. Peut-être! Mais elles ne doivent pas être évaluées objectivement en fonction du parent seul, mais subjectivement à partir des besoins de l'enfant à satisfaire.

4) L'incidence des manifestations des parents après la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption.

Les tribunaux ont toujours rejeté les demandes pour suspendre une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, afin de permettre aux parents, ayant abandonné leur enfant, de reprendre contact avec lui en vue de constituer une

190. *Droit de la famille* - 388, [1987] R.D.F. 285 (T.J.), pp. 290 et 291.

191. Voir *Droit de la famille* - 231, [1985] T.J. 2044, p. 2049.

192. Voir *Protection de la jeunesse*, T.J., Longueuil, 505-43-000058-865, 16 octobre 1987, pp. 13 et 26.

193. *Id.*, p. 26.

preuve susceptible de montrer leur intérêt pour lui¹⁹⁴ ou encore de suivre une thérapie pour modifier leur situation¹⁹⁵. En effet, une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption ne se produit pas instantanément. Il s'écoule souvent plusieurs années ponctuées de déplacements de l'enfant, avant qu'elle ne soit présentée. Les parents indifférents ou inaptes à s'occuper de l'enfant ont eu généralement tout le temps de prendre les moyens afin de conserver, sinon de recréer, des liens avec leur enfant qui a suffisamment attendu avant de s'attacher à d'autres personnes.

Les manifestations des parents, après la signification de la déclaration d'admissibilité à l'adoption, ne peuvent donc être considérées pour empêcher de conclure à l'abandon. Mais elles pourraient, le cas échéant, contribuer au renversement de la présomption d'improbabilité par les parents de reprendre l'enfant.¹⁹⁶ L'ensemble de ces manifestations peut alors être retenu comme un fait parmi les autres auquel on peut attribuer une certaine force probante¹⁹⁷. Ainsi, on a décidé que pour être jugées probantes, les manifestations parentales tardives doivent permettre de constater la création d'un lien affectif significatif et satisfaisant entre le parent et l'enfant.¹⁹⁸ À l'inverse, l'augmentation des contacts avec l'enfant par de brèves visites ou la remise de cadeaux qui n'influent pas sur la capacité parentale, ne suffisent pas à renverser la présomption d'improbabilité lorsque les parents apparaissent toujours comme incapables de s'occuper de leur enfant¹⁹⁹.

194. *Droit de la famille - 388*, [1987] R.D.F. 285 (T.J.); *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Beauce, 350-43-00001-916, 12 avril 1991, pp. 7 et 8; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Abitibi, 620-43-00002-910, 4 décembre 1992.

195. *Droit de la famille - 388*, [1987] R.D.F. 285 (T.J.), pp. 290 et 291.

196. *Protection de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, p. 30. On lit dans cette décision que, d'après le tribunal, «le seul lien qui pourrait perdurer serait l'image du passé : des visites intermittentes et troublantes pour les enfants au gré de la disponibilité et du bon vouloir de leur parent». Cet arrêt a été confirmé en appel à *Droit de la famille - 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.).

197. *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 650.

198. Voir *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000043-890, 8 août 1990, p. 52; cette décision fut confirmée en appel, voir *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.).

199. *Droit de la famille - 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.), p. 82.

B) La possibilité réelle pour l'enfant d'être repris en charge.

Nous avons indiqué plus haut que, sauf quelques arrêts marginaux, les tribunaux se sont toujours montrés exigeants quant à la preuve à fournir pour établir une véritable probabilité de reprise en charge. Dans l'examen du projet offert par les parents, les tribunaux doivent mesurer l'avantage que l'enfant peut en retirer à la lumière de ses besoins actuels et des difficultés vécues pendant la période d'abandon. La Cour d'appel l'a rappelé successivement en 1987 et 1993 en déclarant que «assumer le soin, l'entretien ou l'éducation, tel que prévu à l'article 561 C.c.Q., impose au tribunal d'évaluer concrètement les besoins de l'enfant et non seulement les disponibilités de celui qui veut assumer»²⁰⁰. Il est intéressant de souligner que, déjà en 1979, M. le juge Rouillard avait indiqué, à propos de «l'improbabilité», que le parent doit établir qu'il peut s'occuper de l'enfant non seulement «sur le plan pécuniaire, mais également et surtout sur le plan affectif. On doit prouver de façon concluante qu'on offre toutes les garanties de stabilité et de permanence»²⁰¹.

Examinons les principaux critères dégagés par les tribunaux sur ce qu'il faut entendre par «la capacité utile pour l'enfant de recevoir» en regard de ce que proposent ses parents alors qu'ils n'ont plus aucun lien avec lui.

1) La durée de l'absence des parents de la vie de l'enfant.

La durée de l'abandon constitue un facteur important à considérer pour évaluer la probabilité de reprise en charge de l'enfant abandonné²⁰². Comme le soulignait le Tribunal de la jeunesse, «il n'y a rien de plus dynamique qu'un enfant. Il n'attend pas. Il s'accroche ailleurs.»²⁰³

200. *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 650. *Droit de la famille -376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239.

201. *A. et B. c. C. et D.*, T.J., Montréal, 500-43-000254-79, 19 septembre 1979, p. 4. L'article 17 de l'ancienne *Loi sur l'adoption*, L.R.Q., c. A-7, concernait l'improbabilité de reprise en charge, sauf qu'elle n'était pas présumée comme le droit actuel, mais cette condition a toujours le même sens.

202. Voir *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000117-867, 3 juillet 1987, p. 7.

203. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-03-000022-928 et 450-43-000023-926, 18 décembre 1992, p. 25. (Les italiques sont de nous.)

La notion de temps est différente chez l'enfant. Les liens affectifs se développent dans la continuité avec des parents présents. L'absence de ces derniers de sa vie entraîne, à un rythme plus ou moins rapide, la disparition de ces liens. Les parents doivent être confrontés avec cette réalité de devenir pour leur enfant des étrangers au plan affectif. Aussi, ce constat pèse lourd dans l'appréciation de la probabilité de la reprise en charge.²⁰⁴ On ne peut maintenir l'enfant dans un état d'incertitude pendant son enfance ou son adolescence sans risquer à coup sûr de le perturber²⁰⁵.

2) Les réactions de l'enfant à l'égard des parents.

L'enfant peut aussi réagir négativement à son éventuelle reprise en charge par ses parents. Dans l'arrêt *Droit de la famille - 376*, M. le juge Vallerand donne l'exemple suivant pour illustrer les réactions de l'enfant : «Imaginons le cas de cet enfant qui, profondément traumatisé, vouerait une haine incurable à sa mère qui l'a abandonné. Il va de soi que celle-ci ne pourrait espérer un instant en assumer le soin et l'éducation»²⁰⁶. Il ne s'agit donc pas de simples réactions passagères, de gêne ou d'inconfort. Il pourrait s'agir, par exemple, de réactions très négatives d'un jeune enfant comme de fréquentes crises de colère ou de larmes²⁰⁷ ou encore du refus systématique de l'enfant plus âgé d'avoir un contact avec son parent qui devient, à ses yeux, la personne qui menace la stabilité de sa «nouvelle vie» dans son milieu affectif actuel.²⁰⁸

-
204. *Tribunal de la jeunesse*, T.J. Montréal, 500-43-000517-838, 16 mars 1984, p. 7; *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000551-846, 14 décembre 1984. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant ...*, op. cit., note 39, pp. 17, 76 à 78. Voir aussi, l'article 2.4 paragr. 5 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1. Voir également Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, *La protection de la jeunesse, Plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, Ministère de la Justice, 1992, p. 19.
205. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000517-838, 16 mars 1984.
206. Voir *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.) p. 1239.
207. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000043-890, 8 août 1990, pp. 32, 33 et 34.
208. *Droit de la famille - 1816*, [1993] R.D.F. 299 (C. de la J.), p. 307.

3) L'absence d'une relation affective significative entre les parents et l'enfant.

L'absence d'une relation affective significative entre l'enfant et ses parents constitue un indice révélateur de la situation d'abandon et revêt également une grande importance qui a souvent conduit les tribunaux à conclure à l'in vraisemblance de la probabilité de reprise en charge de l'enfant, compte tenu de son âge.²⁰⁹ À l'inverse, l'existence d'un tel lien permet de renverser la présomption d'improbabilité de reprise en charge.²¹⁰

4) L'existence de liens significatifs entre l'enfant et sa famille affective d'accueil.

L'enfant dont les besoins d'affection, de stabilité et de sécurité sont comblés quotidiennement par ses parents d'accueil, pendant une période de temps prolongé, les considérera progressivement comme ses véritables parents, d'autant plus s'il a été abandonné par ceux qui n'ont pas pu maintenir de lien affectif avec lui. Le tribunal ne peut ignorer, lors de l'évaluation du projet de reprise en charge de l'enfant, l'existence de liens affectifs entre l'enfant et ses parents d'accueil²¹¹. Comment peut-il en être autrement puisqu'il doit tenir compte de la réalité de l'enfant. En effet, si le projet du parent de reprendre la garde de son enfant est accepté, cela suppose que ce dernier doit faire le «deuil» des personnes qui l'aiment et qui souhaitent continuer de s'occuper de lui. C'est ainsi que, sans comparer les parents biologiques et les parents d'accueil, *le tribunal doit déterminer si les parents désireux de reprendre leur enfant peuvent créer avec lui des liens susceptibles d'atténuer les effets négatifs de la rupture*

209. *Droit de la famille - 1816*, [1994] R.D.F. 227 (C.A.), p. 230 et *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000008-927, 15 avril 1993, p. 12.

210. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000100-897, 30 septembre 1993, p. 17. Voir aussi à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant ...*, *op. cit.*, note 39, p. 91.

211. À titre d'exemples, *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 13; *Protection de la jeunesse - 635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 457; voir, notamment, *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), pp. 1240 et 1241 et *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-002500-43-000, 30 août 1990, p. 11; voir, en ce sens, *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 654; voir aussi *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239.

entre l'enfant et ses parents d'accueil. Lorsqu'il constate que les efforts très louables faits par le parent pour établir des liens ne donnent aucun résultat après un certain temps, le tribunal doit alors déclarer l'enfant adoptable en dépit des bonnes intentions du parent pour corriger sa situation.²¹²

5) Les besoins particuliers de l'enfant.

L'incapacité des parents à combler les besoins particuliers de leur enfant doit être sérieusement évaluée par les tribunaux. Ainsi, les tribunaux n'hésitent pas à conclure à l'improbabilité de reprise en charge en raison de l'inaptitude des parents découlant de leurs propres limites à répondre aux besoins particuliers de leur enfant, liées à leur déficience intellectuelle²¹³ ou à leurs carences affectives et cognitives²¹⁴. Il ne suffit pas de vouloir reprendre son enfant, il faut aussi que les aptitudes parentales soient suffisantes pour répondre «aux exigences d'un enfant qui a subi et qui subira un grave traumatisme en retournant vivre chez des parents, devenus à ses yeux des étrangers»²¹⁵.

6) La non-pertinence du fait pour les parents de s'occuper déjà d'un autre enfant.

Le fait pour les parents défaillants d'assumer la garde d'un autre enfant et de s'en occuper de façon convenable n'influence pas les tribunaux, puisqu'on ne peut en inférer la probabilité de reprise en charge de l'enfant²¹⁶ abandonné par eux. Il faudrait établir la façon dont les parents pourraient le reprendre à partir, non pas des liens avec un enfant dont ils assument le soin, l'entretien ou

212. *Droit de la famille - 1078*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 12.

213. Voir *Chambre de la jeunesse*, C. Q., Beauharnois, 760-43-000032-894, 5 octobre 1992, p. 19.

214. Voir *Protection de la jeunesse -635*, [1993] R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 457.

215. *Protection de la jeunesse*, T.J., St-François, 450-43-000039-80, 450-43-000041-80 et 450-43-000042-80, 23 mars 1981, p. 18.

216. À titre d'exemples, voir *Droit de la famille - 1816*, [1993] R.D.F. 299 (C. de la J.), p. 309. Dans cet arrêt, le juge signale que le comportement des parents s'est amélioré à l'égard des autres enfants, mais que cela n'a rien changé de leur attitude à l'égard de leur autre enfant placé en famille d'accueil. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-000008-907, 15 avril 1993, p. 12.

l'éducation, mais de ceux qu'ils pourraient réellement créer avec l'enfant abandonné.

En conclusion sur la probabilité d'une reprise en charge réelle, on constate que les facteurs énumérés plus haut forment un tout cohérent, sont étroitement reliés et s'influencent mutuellement. Il faut aller au-delà de l'intention ou des projets vagues ou éventuels pour renverser la présomption d'improbabilité qui, rappelons-le, résulte de la preuve d'un abandon préalable. On doit donc se montrer sévère quant à la preuve d'une véritable reprise en charge pour ce motif. *Plus encore, on doit prévenir un nouvel abandon, dans la mesure du possible, en s'assurant que les besoins à satisfaire de l'enfant ne dépassent pas les capacités parentales.* Bref, la situation des parents doit avoir changé de façon substantielle tout comme leurs aptitudes parentales à s'occuper de leur enfant pour lui offrir désormais la stabilité et la permanence d'un foyer. Autrement, à quoi peut bien servir, si ce n'est le maintien des liens biologiques, la remise de l'enfant à ses parents alors qu'il bénéficie souvent dans sa famille affective d'une continuité avec des parents désireux de s'en occuper, *ce qu'ils font déjà sans aucune obligation légale, alors que le parent sur qui pesait une telle obligation ne l'a pas fait ou ne pouvait pas le faire. On ne fera que prolonger l'incertitude familiale pour l'enfant surtout si le parent qui veut le reprendre doit confier à d'autres ses principales responsabilités.*

CHAPITRE III LE RÔLE DU CRITÈRE DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT DANS UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION

Le critère de l'intérêt soulève depuis toujours au Québec des difficultés d'interprétation et d'application. *Les uns* s'en servent pour faire triompher implicitement des liens du sang ou encore pour faire connaître, puis imposer leur conception personnelle fondée sur des préférences. Cette tendance transforme toute demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption en une véritable course à obstacles. Nous venons, d'ailleurs, d'en donner un aperçu à propos des diverses interprétations de deux règles pourtant simples, soit «*ne pas assumer de fait ses devoirs parentaux*» et l'obligation de renverser «*la présomption d'improbabilité*» de reprise en charge par une juste évaluation des capacités parentales à satisfaire les besoins de l'enfant.

Les autres, au contraire, utilisent ce critère pour déterminer si les deux conditions préalables pour déclarer un enfant adoptable sont remplies.

Enfin, *certaines* emploient ce critère pour s'attribuer une discrétion judiciaire, rattachée au terme «peut» de l'article 559 C.c.Q., et à laquelle on donne une portée tellement large qu'elle peut conduire à dénaturer l'objet même de l'adoption. Les tenants de cette tendance, ne pouvant plus invoquer les excuses parentales ou l'abandon intentionnel rejetés par la Cour d'appel, *utilisent l'intérêt de l'enfant comme une règle autonome, lorsque la probabilité d'une reprise en charge de l'enfant par ses parents est invraisemblable, en créant une troisième condition d'admissibilité à l'adoption*. On se sert alors de ce critère pour refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption, au nom d'avantages aussi vagues qu'imprécis pour l'enfant comme nous le verrons.

Examinons ces trois principaux volets concernant le rôle de l'intérêt de l'enfant dans une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon. Nous les traitons séparément, même s'ils peuvent se croiser, afin de situer les diverses tendances qui ont donné naissance à des contradictions parfois apparentes, parfois réelles.

Nous allons d'abord déterminer la fonction du critère de l'intérêt de l'enfant dans l'appréciation même de l'abandon et de la probabilité de reprise en charge par les parents. Par la suite, nous aborderons la discrétion judiciaire fondée sur la portée juridique du terme «peut» de l'article 559 C.c.Q. Enfin, nous discuterons de l'utilisation d'une telle discrétion dans une décision où le tribunal refuse, dans l'intérêt de l'enfant, de prononcer l'admissibilité à l'adoption, même si toutes les conditions sont remplies. Nous allons montrer, à partir de ce jugement, que si l'adoption ne permet pas de régler tous les problèmes²¹⁷, il ne faudrait pas non plus conclure que le refus de déclarer l'enfant adoptable, bien que les conditions soient réunies, règle aussi toutes les difficultés. *Les placements en famille d'accueil à long terme parce que les parents ne peuvent s'en occuper ne doivent pas non plus être considérés comme une panacée.*

217. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 637.

L'expression «intérêt de l'enfant» comporte elle aussi le danger de la «baguette magique» lorsqu'on s'en sert, inconsciemment peut-être, à des fins autres que celles voulues par la loi. L'adoption vise essentiellement à procurer à l'enfant des parents à temps plein²¹⁸ plutôt que des parents qui, bien qu'ils voudraient sans doute s'en occuper, ne peuvent améliorer leur état mental ou ne font aucun effort pour modifier la situation ayant entraîné le placement de leur enfant.

Section 1 Le critère de l'intérêt de l'enfant pour apprécier l'abandon et la probabilité de reprise en charge.

Nous avons relevé deux tendances bien définies dans une demande d'admissibilité à l'adoption : *la première* a fait beaucoup de bruit en ce qu'elle refuse d'examiner l'intérêt de l'enfant pour le déclarer adoptable puisqu'il ne s'agit alors que de déterminer le statut de l'enfant.

La deuxième trouve plus naturel de l'employer pour évaluer, d'une part, la suffisance de l'exécution des devoirs parentaux et, d'autre part, la valeur du projet de reprise de l'enfant par ses parents. La réponse négative à ces deux questions conduit alors à la déclaration d'admissibilité à l'adoption.

Notre exposé sur ces deux tendances porte simultanément sur les «notions d'abandon» et de «probabilité de reprise en charge» de l'enfant. En effet, même s'il serait possible de les traiter séparément, on n'y trouve aucun avantage puisque les arguments pour refuser ou accepter la preuve de «l'abandon» ou du renversement de la «présomption d'improbabilité» sont identiques.

Précisons, au préalable, les textes de lois portant sur l'intérêt de l'enfant applicables en matière d'adoption. Nous verrons qu'il existe une certaine confusion dans ce domaine.

218. *Droit de la famille - 376*, (1987) R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1237. M. le juge Vallerand fait sien le passage où la Chambre de la jeunesse rappelle que le rôle de l'adoption est de fournir des parents à l'enfant et non «*de remplacer des parents par d'autres que l'on jugerait plus acceptables ou plus adéquats*». (Les italiques sont dans le texte.)

A) Les textes de lois relatifs à l'intérêt de l'enfant appliqués en matière d'adoption.

Le législateur indique à l'article 543 C.c.Q. que «*l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi*». Cette disposition reprend textuellement l'ancien article 595 C.c.Q.(1980)²¹⁹, qui s'inspirait lui-même de l'article 2 de la *Loi de l'adoption de 1969*²²⁰ qui édictait que : «*L'adoption ne peut intervenir qu'aux conditions prévues par la présente loi. Elle ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant*»²²¹.

Peu importe que l'article 543 C.c.Q. énonce la même règle en une seule phrase ou en deux comme l'ancien article 2 de la *Loi de 1969*, on s'entend pour dire que *ces trois textes ont la même portée*²²², soit que le tribunal doit, avant de prononcer l'adoption, s'assurer que les conditions de la loi ont été respectées et que l'adoption correspond à l'intérêt de l'enfant. *Il s'agit du jugement d'adoption lui-même auquel réfère l'article 543 C.c.Q.*²²³. En effet, rappelons que la légalité

219. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, sous l'article 543 C.c.Q. Voir aussi, pour l'évolution législative antérieure, Office de Révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, Projet de Code civil, (1978), vol 1, art. 25.

220. L.Q. 1969, c. 64 ou L.R.Q., c. A-7. Cette loi fut abrogée par l'entrée en vigueur le 1er décembre 1982 de l'article 60 de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, (L.Q. 1980, c. 39) et ce conformément à la proclamation qu'on retrouve à G.O.Q., 3 novembre 1982, 114^e année, no 50, p. 4153.

221. *Ste-Marie c. Cour de Bien-Être Social*, (1973) C.S. 534, p. 539 : l'adoption n'est prononcée que s'il y a un intérêt certain pour l'enfant. On doit respecter les autres conditions, peu importe l'avantage que l'enfant pourrait retirer de l'adoption. Voir également, à ce sujet, *Cour de Bien-Être Social c. X*, (1974) C.A. 372, p. 374.

222. Voir l'édition antérieure de M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 131 et 132. Dans son édition de 1995, l'auteure ne reprend pas textuellement ses propos, mais elle réfère aux mêmes arrêts.

223. Voir, notamment, un arrêt postérieur au nouveau droit de la famille de 1980 et rendu sous l'ancien article 595 C.c.Q. (1980) où l'on donne le même sens à cette disposition, écrite maintenant en une seule phrase, que l'ancien article 2 de la *Loi de l'adoption de 1969*. L'article 543 C.c.Q. a repris textuellement l'ancien article 595 C.c.Q. Voir, à ce sujet, *Adoption - 17*, (1982) C.A. 58, p. 60. Dans cet arrêt, on parle de prononcer l'adoption. *Droit de la famille - 107*, (1984) T.J. 2001, p. 2003.

du consentement à l'adoption²²⁴, de la déclaration d'admissibilité à l'adoption²²⁵ ou encore du placement en vue de l'adoption n'étaient discutés dans le droit antérieur qu'au moment de la présentation de la requête pour obtenir un jugement d'adoption. Il en résulte que l'article 543 C.c.Q., calqué sur l'article 2 de la *Loi de l'adoption 1969*, ne devrait s'appliquer qu'au stade de la requête en adoption. Le tribunal doit alors s'assurer s'il est de l'intérêt de l'enfant de prononcer un jugement d'adoption qui dépendra, conformément aux articles 543 et 573 C.c.Q., de l'adaptation de l'enfant à sa famille adoptive et de celle-ci à l'égard de l'enfant.

Pourtant, l'intérêt de l'enfant reste déterminant pour déclarer l'enfant adoptable. C'est plutôt l'article 33 C.c.Q. qui doit servir de fondement pour chacune des décisions intervenant dans le processus conduisant au jugement d'adoption. Cette disposition codifie, en quelque sorte, les principaux critères jurisprudentiels identifiés par les tribunaux depuis le début du siècle. Elle énonce que :

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

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.»

L'article 33 al. 2 C.c.Q. fournit des jalons au tribunal qui doit s'assurer que les diverses décisions préalables à la requête en adoption sont prises dans l'intérêt de l'enfant. L'article 543 C.c.Q. réfère plutôt, quant à lui, à l'adoption proprement dite et confère au tribunal le pouvoir de prononcer l'adoption, *sauf si on produit un rapport attestant que l'enfant ne s'est pas adapté*. Quant aux autres conditions de fond et de forme, le tribunal les vérifie, conformément à

224. Art. 6 (a) et 7 (a), (b), (c) de la *Loi de l'adoption de 1969* (L.R.Q., c. A-7) dont on trouve l'équivalent aujourd'hui aux articles 551 à 558 C.c.Q.

225. La demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption prévue aux articles 559 à 562 C.c.Q. s'inspire des anciens articles 6 (b) et 7 (d), (e), (f) de la *Loi de l'adoption de 1969*, L.R.Q., c. A-7.

l'article 568 C.c.Q., *avant le placement de l'enfant*, une étape déterminante qui conduit habituellement au jugement d'adoption.

Dès lors, est-il indifférent de faire appel à l'article 33 C.c.Q. ou à l'article 543 C.c.Q. pour décider si l'enfant peut être déclaré judiciairement adoptable? D'aucuns pourraient le croire, à première vue. Mais, faut-il le rappeler, l'origine de l'article 543 C.c.Q. actuel circonscrit l'intérêt de l'enfant à son adaptation à sa famille adoptive. Par contre, c'est le contenu beaucoup plus précis de l'article 33 al. 2 C.c.Q. qui devrait servir de fondement aux autres jugements préalables à l'adoption elle-même.

Ceux qui prétendent invoquer indifféremment l'une ou l'autre règle, ne peuvent pas soulever le caractère vague du critère de l'intérêt de l'enfant à l'article 543 C.c.Q. pour référer, inconsciemment ou non, à leurs valeurs personnelles. En effet, l'article 33 al. 2 C.c.Q., appliqué dans le contexte du processus d'une adoption éventuelle, *impose des balises aux tribunaux*²²⁶. *Ils doivent privilégier la satisfaction des besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques par des adultes capables d'assumer cette responsabilité.* Dans les commentaires sur le Code civil du Québec, on peut lire qu'on a ajouté à l'ancien article 30 C.c.Q.(1980), devenu l'article 33 C.c.Q., «*la notion de besoins*» parce qu'elle «*s'accorde mieux avec la notion d'intérêt exprimée au premier alinéa*»²²⁷.

Les besoins de l'enfant correspondent à des valeurs concrètes contrairement à l'expression indéfinie de «l'intérêt de l'enfant». De plus, l'application de l'article 33 C.c.Q., au lieu de l'article 543 C.c.Q., dans les décisions préalables susceptibles de conduire au jugement d'adoption, indique que *les tribunaux*

226. S. PILON, *L'abandon de l'enfant...*, *loc. cit.*, note 31, p. 420.

227. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, sous l'article 33 C.c.Q. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 14 et 97. La nouvelle définition descriptive de l'intérêt de l'enfant, à l'article 33 al. 2 C.c.Q., *correspond à celle déjà donnée par l'auteur, en 1978, à la page 97, sauf que ce dernier y ajoutait les critères de «continuité» et de «stabilité», appliqués par les tribunaux comme deux composantes importantes de l'intérêt de l'enfant.* Voir, aussi, *Droit de la famille - 595*, [1989] R.D.F. 94 (C. de la J.), p. 103. Dans ce jugement, le tribunal souligne que *la notion d'intérêt de l'enfant permet d'évaluer et d'individualiser sa situation en regard de l'évolution de la société.*

doivent, en outre, «respecter les droits de l'enfant»²²⁸ qui, dans le contexte de l'adoption, signifient essentiellement le droit d'avoir une famille ou des parents à temps complet et non de façon intermittente.

Bref, le législateur désire offrir une deuxième chance à l'enfant dont les parents ne peuvent ou ne veulent pas faire les efforts nécessaires pour en reprendre la garde. *Le terme «besoins» de l'article 33 C.c.Q. a un sens précis. Il ne s'agit pas d'un espoir lointain, ou d'une probabilité indéfinie ou éventuelle ou encore de satisfaction des besoins de l'enfant uniquement par personne interposée. Les «besoins» reposent sur deux éléments indissociables, soit «l'immédiateté» et la «quotidienneté»²²⁹. Tout discours sur l'intérêt de l'enfant qui n'inclut pas au moins ces deux éléments, peu importent les termes utilisés, déroge à la volonté exprimée par le législateur à l'article 33 C.c.Q. qui a élevé, en 1980²³⁰, une règle jurisprudentielle au rang d'un principe de droit positif. Ce principe maintenant codifié, et repris en 1994 dans le nouveau Code civil, n'offre pas autant de discrétion que certains peuvent le croire.*

En conclusion, on doit dire que ceux qui invoquent l'article 543 C.c.Q. pour évaluer l'intérêt de l'enfant ne peuvent pas ignorer que son contenu est maintenant défini à l'article 33 al. 2 C.c.Q. Cette disposition, étant située dans la partie du Code civil intitulée «De certains droits de la personnalité», interdit de substituer ses propres valeurs ou préférences à celles imposées par le législateur pour définir le contenu principal de ce qu'il faut entendre par «l'intérêt de l'enfant».

228. *Droit de la famille - 595*, [1989] R.D.F. 94 (C. de la J.), p. 103. «*La notion de droits définis par la loi, par essence plus statique, offre l'avantage (de fournir) des balises claires et définies*». (Les mots entre parenthèses sont de nous.)

229. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, p. 97. L'auteur précise que les besoins de l'enfant obligent à s'en occuper de façon quotidienne.

230. Voir L.Q. 1980, c. 39, art. 3, qui ajoute l'article 30 au Code civil du Bas Canada.

B) La notion de l'intérêt de l'enfant interprétée dans sa globalité par les tribunaux.

Au-delà des textes de lois, les tribunaux confrontés avec des décisions difficiles à prendre ont cherché à mieux circonscrire le contenu global des différents éléments composant la notion d'intérêt de l'enfant.

Notons, au départ, la constance de la Cour suprême depuis le début du siècle jusqu'à nos jours²³¹ sur la façon d'analyser l'intérêt de l'enfant, de sa place en cas de conflit entre le bien-être de l'enfant et les droits des parents ou des tiers sur eux. De l'autre côté, la Cour d'appel a souvent fait preuve d'hésitation et de conceptions contradictoires sur la question²³².

Il n'est pas toujours facile d'expliquer les opinions contradictoires de la Cour d'appel sur la place de la primauté de l'article 33 C.c.Q. (l'ancien 30 C.c.B.C.). Comment en est-on venu, entre autres, à exiger un jugement préalable de *déchéance parentale* ou la preuve au moins des motifs de déchéance avant de donner effet à l'article 33 C.c.Q.? Pourquoi avoir dénaturé les conditions objectives de la déclaration en admissibilité à l'adoption en y ajoutant l'abandon intentionnel ou encore en acceptant des projets de reprise en charge étrangers aux besoins de l'enfant? D'où vient cette réticence de plusieurs juges à prononcer l'admissibilité de l'enfant québécois à l'adoption?

231. *Stevenson c. Florent*, [1925] R.C.S. 532; *Dugal c. Lefèvre*, [1934] R.C.S. 501; *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257; *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *C. (G) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *C.C.A.S. Metro Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165.

232. Voir, à titre d'exemples, les arrêts suivants qui ne concernent pas tous des adoptions, mais on y discute de la primauté de l'intérêt de l'enfant. *Gravel c. Wood-Gravel*, [1975] C.A. 387; *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82; *Adoption - 17*, [1982] C.A. 58; *Droit de la famille - 52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille - 236*, [1985] C.A. 566; *Droit de la famille - 320*, [1987] R.J.Q. 9 (C.A.); *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.); *Droit de la famille - 231*, [1988] R.J.Q. 230 (C.A.).

La règle plus absolue du «*stare decisis*» en *common law*²³³ joue-t-elle pour assurer une telle continuité à la Cour suprême ou celle-ci est-elle plus sensible à la protection de l'intérêt de l'enfant? La Cour d'appel y voit-elle une atteinte implicite à l'autorité parentale?²³⁴ Ajoutons que l'autorité morale du précédent en droit civil²³⁵ est moins contraignante et confère aux tribunaux une certaine latitude pour faire évoluer les fondements et l'interprétation du droit civil sans avoir à le modifier constamment.

Mais au-delà de ces considérations, il semble qu'une certaine confusion, au plan législatif, entre la nécessité de protéger l'enfant, dans des circonstances où ses parents n'assument plus leurs obligations, et la possibilité de plus en plus grande pour le mineur d'agir seul, indépendamment de toute idée de protection, n'est peut-être pas étrangère aux hésitations ou contradictions des tribunaux québécois pour affirmer la primauté de l'intérêt de l'enfant sur l'autorité parentale et *les liens* de sang. *L'élargissement constant des droits de l'enfant qui ne requiert pas de protection irritée et inquiète parfois* devant l'affaiblissement du rôle parental qu'il entraîne avec lui.

Il reste, cependant, qu'on doit intervenir lorsqu'il s'agit de protéger l'enfant en favorisant, le cas échéant, son adoption pour des raisons d'inaptitude ou de désintérêt parental. On doit alors donner préséance à l'enfant qui n'est pas responsable, le plus souvent, de son placement chez des tiers²³⁶, et cela même

233. J.-F. BISSON, «Nouveau Code civil et jalons pour l'interprétation : traditions et transitions», (1992) 23 R.D.U.S. 1, pp. 23 à 25. L'auteur écrit à la page 23 que le «*Code est au système de droit civil, ce que le "stare decisis" est au système de common law*» (Les italiques sont dans le texte.)

234. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39. Voir aussi les arrêts cités ci-dessus où il apparaît clairement que cette question reste importante pour la Cour d'appel.

235. J.-F. BISSON, «Nouveau Code civil ...», *loc. cit.*, note 233, pp. 23 et 24. L'autorité du précédent, comme le souligne M. le professeur Bisson, résulte de la constance de décisions semblables sur un même sujet ou d'une seule décision dont les «*motifs soigneusement pesés*» déploient «*le système de droit civil dans toutes ses virtualités*» alors qu'on «*n'accordera pas la même autorité à certains motifs, hétéroclites et incertains*».

236. Voir, C. (G.) c. V.-F. (T.), (1987) 2 R.C.S. 244, p. 269 : M. le juge Beetz écrit que «*l'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit... Le principe de la primauté de l'intérêt a alors été reconnu pour la première fois de façon non-équivoque dans le Code civil...*»

si la décision est douloureuse à prendre. En effet, on ne peut généralement pas concilier les situations opposées dans lesquelles se trouvent l'enfant et ses parents. Il faut choisir et ce choix est orienté par le législateur. Rappelons que les articles 33 et 543 C.c.Q. ne suppriment pas les droits²³⁷ des parents. Bien au contraire, ces dispositions ne peuvent que valoriser l'exercice de l'autorité parentale *qui doit, cependant, l'être de façon active*²³⁸.

L'autorité parentale n'a été confiée aux parents que pour accomplir leurs devoirs. L'inaction parentale ou le simple fait de ne pas causer préjudice à l'enfant abandonné ne peut servir de fondement à une reprise en charge. Il faut plus que cela. L'intérêt pour leur enfant doit correspondre à une action parentale précise pour répondre aux besoins concrets de l'enfant. *L'adoption n'a pas comme objectif principal de rompre le lien de filiation, mais de permettre aux tribunaux de donner une seconde chance à un enfant abandonné d'avoir des parents affectifs pour prendre soin de lui et le conduire vers le monde adulte en lui fournissant la sécurité et la stabilité.*²³⁹

C'est ce qu'exprime la Cour suprême, en des termes variés, lorsqu'elle déclare, dans de nombreux arrêts, que l'intérêt de l'enfant consiste à favoriser une croissance et un développement sains²⁴⁰, en tenant compte de son âge, de son état physique et psychologique, de son milieu de vie actuel ou futur, de la relation qu'il entretient avec ses parents, de la force des liens affectifs et du rôle de la personne qui s'en occupe dans sa vie.²⁴¹

Mme le juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême²⁴² écrit, en outre, que *le critère de l'intérêt de l'enfant ne doit pas faire en sorte que l'enfant «devienne*

237. *Id.*, p. 270.

238. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 16 à 19.

239. Voir, en ce sens, *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

240. *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, p. 107.

241. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 66. Mme la juge L'Heureux-Dubé signale que ces éléments dégagés en «*common law*» sont tous inclus à l'article 30 C.c.B.C. (devenu depuis 1994, 33 C.c.Q.). Voir *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.), p. 113 : le tribunal estime que «*c'est la dimension psychologique et affective de la relation parents-enfant qui préoccupe davantage les juges.*»

242. *Id.*, p. 138. Mme la juge L'Heureux-Dubé indique aussi que l'intérêt de l'enfant, c'est d'avoir «un parent qui voit à son intérêt».

*l'otage d'une rhétorique des droits parentaux*²⁴³, ou encore la victime «des préjugés culturels et de l'abus de pouvoir discrétionnaire du juge»²⁴⁴. Il faut se rappeler, écrit Mme la juge L'Heureux-Dubé, que :

«Les enfants ne sont pas seulement les bénéficiaires d'une décision, *mais ils en portent aussi le fardeau réel.*»²⁴⁵

On peut qualifier d'exceptionnelle l'analyse de l'intérêt de l'enfant faite par Mme la juge L'Heureux-Dubé, et la résumer en disant que les tribunaux doivent non seulement veiller à ce que *leurs décisions assurent le développement global de l'enfant, mais servent également, à le «protéger des conflits et des effets perturbateurs ... à des moments critiques de sa vie»*²⁴⁶. La Chambre de la jeunesse a également exprimé ce devoir en déclarant «qu'on doit mettre fin à toute situation d'incertitude...»²⁴⁷.

L'application des guides prévus à l'article 33 C.c.Q. à une situation d'adoption nous conduit à poser le principe suivant, comme on l'a fait dans l'arrêt *C.C.A.S. Metro Toronto c. M. (C.)*²⁴⁸, à savoir que *l'intégrité de la cellule familiale ne doit être protégée que si l'on peut établir que l'enfant tire un réel bénéfice du lien avec ses parents. «Favoriser le contraire irait à l'encontre des objectifs de la loi»*²⁴⁹. Cette dernière remarque s'applique aux objectifs de l'adoption québécoise et, particulièrement, lorsqu'on doit décider «d'une reprise en charge de l'enfant» conformément à l'article 561 C.c.Q.

On peut donc conclure que *toute la rhétorique sur l'intérêt de l'enfant, sur de vagues inquiétudes concernant les effets de l'adoption à long terme alors qu'il peut maintenant rechercher ses origines en tout temps, à certaines*

243. *Id.*, p. 67.

244. *Id.*, p. 68.

245. *Id.*, p. 79. (Les italiques sont de nous.)

246. *Id.*, pp. 78 et 84. Voir aussi, en ce sens, *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000517-838, 16 mars 1984.

247. *Droit de la famille 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

248. [1994] 2 R.C.S. 165, pp. 168, 195, 201 et 203. Voir aussi *Re Moores Feldstein*, (1973) 12 R.F.L., pp. 273 et 287.

249. *Id.*

conditions, si cela lui cause problème²⁵⁰, sur l'appréhension de troubles à l'adolescence, sur ses difficultés à comprendre le but de l'adoption, nous paraissent aller à l'encontre du véritable intérêt de l'enfant; ces motifs non soutenus par une preuve prépondérante contribuent à faire de l'enfant un objet, la propriété des parents comme on le dit dans l'arrêt *Racine c. Woods*²⁵¹. Certes l'adoption ne règle pas tous les problèmes de l'enfant. Mais nul ne le prétend. Toutefois, il a peut-être plus de chances d'y faire face dans une famille sur laquelle il peut compter quotidiennement. En effet, l'intérêt de l'enfant commande la stabilité qui résulte principalement de l'établissement de liens permanents avec des parents en mesure «de répondre à ses besoins de manière harmonieuse et complète»²⁵².

Après avoir brossé à grands traits ce que visent globalement les différents aspects de l'intérêt de l'enfant, examinons maintenant pourquoi les tribunaux ont parfois refusé d'en tenir compte dans une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, soit pour apprécier l'abandon, soit pour évaluer la probabilité de reprise en charge de l'enfant par les parents. À l'opposé, nous verrons que plusieurs se servent de ce critère à chacune des décisions préalables au jugement d'adoption lui-même. Les contradictions relevées entre ces deux tendances nous apprennent que le respect de l'intérêt de l'enfant et de ses droits ne peut être assuré que lorsque la discrétion judiciaire s'exerce dans le cadre de l'article 33 al. 2 C.c.Q. plutôt qu'à partir d'une perception personnelle de ce que devrait être l'intérêt de l'enfant.

250. Il peut rechercher seul, depuis le 1er janvier 1994, ses parents biologiques à partir de l'âge de 14 ans; avant l'âge de 14 ans, il lui faut le consentement des parents adoptifs : art. 583 C.Q. L'avenir nous révélera si cette nouvelle possibilité entraînera plus de problèmes que de remèdes.

251. (1983) 2 R.C.S. 173, p. 185.

252. *Droit de la famille* - 256, (1986) R.J.Q. 139 (T.J.), p. 145.

C) L'utilisation de l'intérêt de l'enfant pour déterminer s'il y a abandon ou probabilité de reprise en charge.

Après avoir discuté de la portée des textes de loi sur l'intérêt de l'enfant et le contenu de ce critère en matière d'adoption, il reste à examiner la *détermination du statut de l'enfant* dont on demande l'admissibilité à l'adoption. *On a posé deux questions complètement opposées en donnant l'impression ou en croyant qu'il s'agissait d'une seule et même question* : le statut légal de l'enfant à être déclaré adoptable dépend-t-il de son intérêt à ce qu'il le soit? Et est-il possible d'évaluer l'abandon et la probabilité d'une reprise en charge en vue de le déclarer adoptable sans tenir compte de sa situation et de ses besoins, c'est-à-dire de son intérêt?

Établissons, dès le départ, ce qui n'est pas contesté, soit que le critère seul de l'intérêt de l'enfant ne permet pas de passer outre aux autres conditions de l'adoption²⁵³ et de prononcer l'admissibilité à l'adoption même si cela apparaît souhaitable²⁵⁴. Nous nous demanderons plus loin si, toutes les conditions étant satisfaites pour déclarer un enfant adoptable, on peut refuser de le faire sur la base du seul critère de l'intérêt de l'enfant.

Abordons immédiatement l'application de ce critère dans une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. On peut relever ici, comme dans tous les domaines où l'on discute de l'intérêt de l'enfant, des positions opposées ou des affirmations qui par leur imprécision, généralité ou portée, engendrent des incertitudes. Mais il nous apparaît que ces contradictions ne sont pas toutes irréconciliables en ce sens qu'on n'utilise pas le critère de l'intérêt de l'enfant dans la même optique selon qu'on l'exclut ou l'inclut pour discuter si l'enfant est adoptable.

Paradoxalement, c'est la position de M. le juge Vallerand de la Cour d'appel en 1987 et en 1992 dont il n'est pas toujours facile de mesurer la signification

253. Voir, à ce sujet, à titre d'exemples, *Brisebois c. C.B.E.S.*, C.A., Montréal, 500-09-000171, 26 octobre 1977; *Droit de la famille -107*, [1984] T.J. 2001, p. 2003; *Droit de la famille - 231*, [1985] T.J. 2044, pp. 2051 et 2053.

254. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1238; *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, p. 630.

véritable qui est à l'origine de deux tendances. Ce qu'il y a de particulier, voire surprenant, c'est que la théorie avancée par M. le juge Vallerand inspire autant ceux qui soutiennent que l'intérêt de l'enfant ne s'applique pas au stade de l'admissibilité à l'adoption que les autres qui disent le contraire. Les tenants de chacune des tendances citent des extraits différents du raisonnement de M. le juge Vallerand pour justifier leur position. Analysons brièvement ces positions.

1) **L'exclusion de l'intérêt de l'enfant pour déterminer le statut de l'enfant adoptable ou non.**

La Cour d'appel déclare, dans un premier temps, que l'adoption comprend deux étapes bien distinctes, la déclaration d'admissibilité à l'adoption et le jugement d'adoption, lequel est précédé du placement de l'enfant à cette fin.²⁵⁵

Par la suite, M. le juge Vallerand énonce sa théorie que l'on peut résumer de la façon suivante. Décider si l'enfant est adoptable *ne concerne que son statut juridique et non son bien-être*²⁵⁶. À ses yeux, cela s'applique tout autant à l'article 559 paragr. 2 C.c.Q. qu'à l'article 561 C.c.Q. Au fond, cette position laisse entendre qu'on ne considérera pas l'intérêt de l'enfant pour évaluer l'abandon et la probabilité de la reprise en charge. Il s'agit, comme le souligne M. le juge Vallerand, d'une question préliminaire. Ce n'est qu'une fois admis à l'adoption que l'on décidera s'il est de son intérêt d'être placé ou non, d'être adopté ou non.

Plusieurs décisions postérieures à l'arrêt de la Cour d'appel de 1987 citent ce passage pour indiquer qu'on «*ne peut ni ne doit s'arrêter à l'intérêt de l'enfant à ce stade*»²⁵⁷. Pourtant, même si cette position semble claire, on s'interroge sur

255. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), pp. 1237 et 1238; *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, pp. 629 et 630.

256. *Id.*

257. *Id.* Voir, en ce sens, *Droit de la famille - 231*, [1988] R.J.Q. 230 (C.A.). Sauf pour M. le juge Dugas (p. 232) qui estime que le critère de l'intérêt de l'enfant doit s'appliquer au moins à l'article 561 C.c.Q. Mme le juge Tourigny (p. 231) et M. le juge Dubé (p. 234) adhèrent à la théorie de M. le juge Vallerand, notamment en précisant qu'on n'a pas à considérer l'intérêt de l'enfant pour le déclarer adoptable. On n'utilise ce critère que pour préciser les modalités de son adoption. Voir aussi, *Droit de la famille - 595*, [1989] R.D.F. 94 (C. de la J.), p. 99.

sa portée ou le sens qu'on doit lui donner. En effet, M. le juge Vallerand ajoute une réflexion qui peut paraître contradictoire, soit :

«J'ai dit ... que l'intérêt de l'enfant est sans pertinence aucune à la détermination de son adoptabilité. Et pourtant, statuant en matière d'adoptabilité, je retiens et j'évalue des considérations qui n'ont trait qu'au bien-être de l'enfant. Les conditions que mettent les articles 611 et 613 (devenus 559 et 561 C.c.Q.) à la déclaration d'adoptabilité sont bien sûr toutes marquées au coin de l'intérêt de l'enfant».²⁵⁸

En 1990, un jugement de la Chambre de la jeunesse, s'inspirant de cet extrait, déclare que si l'on doit tenir compte des besoins de l'enfant pour décider de la probabilité de reprise en charge conformément à l'article 561 C.c.Q., il en est autrement du paragr. 2 de l'article 559 C.c.Q. qui «commande de regarder de façon exclusive le comportement des parents»²⁵⁹ pour évaluer s'ils ont assumé *de fait* leurs devoirs parentaux.

Bref, on constate qu'il y a une distorsion entre le motif qui justifie d'exclure le critère de l'intérêt, dans certaines circonstances, ou de l'inclure dans d'autres partiellement ou totalement.

2) Le recours au critère de l'intérêt de l'enfant pour déterminer si les conditions pour le déclarer adoptable sont remplies.

Les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt de l'enfant, d'après M. le juge Baudouin, aux différentes étapes conduisant à un jugement d'adoption.²⁶⁰ Mme la juge Tourigny déclare également que le bien-être de l'enfant s'applique à l'admissibilité à l'adoption en précisant, toutefois, que c'est surtout lors de l'analyse de la preuve relative à la probabilité de la reprise en charge que l'intérêt de l'enfant «doit prendre toute sa place»²⁶¹. Quant à M. le juge Vallerand, il souligne que si l'intérêt de l'enfant n'a rien à voir avec son admissibilité à

258. *Droit de la famille -376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1239; *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 630.

259. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Joliette, 750-43-000046-874, 31 janvier 1990.

260. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 637.

261. *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 654.

l'adoption²⁶², les dispositions relatives à l'abandon et la probabilité de reprise de la garde de l'enfant reposent en fait sur les besoins de l'enfant.²⁶³

La question qui se pose à nous est la suivante. La Cour d'appel dit-elle la même chose ou se contredit-elle sur l'application de l'intérêt de l'enfant lors d'une demande en admissibilité en adoption? Ces diverses positions paraissent énoncer deux réalités distinctes. La première estime que l'intérêt de l'enfant ne peut servir pour comparer les familles adoptive et biologique en vue de déterminer laquelle serait la plus apte pour s'occuper de l'enfant, ce qui est conforme à la loi à ce stade du processus d'une adoption.

L'autre inclut l'intérêt de l'enfant pour déterminer si les parents ont assumé de fait leurs devoirs parentaux et s'ils sont en mesure de le reprendre en charge. C'est l'article 33 al. 2 C.c.Q. qui détermine le contenu de l'intérêt de l'enfant tel qu'indiqué plus haut.

En effet, on ne peut établir de façon concrète que les parents ont assumé suffisamment leurs devoirs de parents sans tenir compte de la réalité vécue par l'enfant, de ce qu'il est devenu et de ses besoins. S'il y a eu abandon, la probabilité d'une reprise en charge réaliste et acceptable pour l'enfant peut-elle être déterminée sans évaluer ses besoins en rapport avec les capacités parentales?

L'analyse de ces deux conditions exige des réponses concrètes. Toute évaluation faite de façon abstraite des deux conditions préalables à l'admissibilité à l'adoption ou encore à partir des seules actions parentales posées ou envisagées, ne peut conduire qu'à la protection des liens biologiques et des droits parentaux, alors que la loi pose la règle contraire, c'est-à-dire qu'on doit décider de l'abandon ou de la probabilité de reprise en charge en fonction de l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits.

Dès lors, les contradictions énoncées plus haut disparaissent puisque l'intérêt de l'enfant n'accorde pas de droits aux parents adoptifs sur lui et que la

262. *Droit de la famille* - 376, (1987) R.J.Q. 1235 (C.A.), pp. 1237 et 1238.

263. *Id.*, p. 1239.

satisfaction de ses besoins devient l'élément déterminant pour décider s'il y a abandon d'abord et, ensuite, s'il y a lieu de leur remettre ou non l'enfant. La Cour d'appel confirme, en 1987, la position de la Cour supérieure qui avait déclaré, en 1982, à propos de la probabilité de reprise en charge :

«On ne peut mettre une cloison étanche entre les conditions exigées par la loi et l'intérêt de l'enfant. Nous sommes dans un domaine profondément humain où réagissent les relations parents et enfants. Comment apprécier la probabilité ... sans évaluer d'abord la situation (des enfants) ... non pas dans l'abstrait (mais en regard de l'enfant qui fait l'objet du litige). L'âge, la santé physique et mentale, ses besoins particuliers doivent également être considérés, non pas pour décider quel est le milieu le plus favorable à son intérêt, mais comme un des facteurs pour conduire à une probabilité de prise en charge»²⁶⁴.

Donnons quelques exemples. Les parents ne peuvent poser les mêmes gestes pour assumer leurs devoirs parentaux selon que l'enfant est âgé de 1 an, 2 ans, 6 ans, 12 ans, qu'il est en santé ou malade, handicapé ou non; on doit aussi tenir compte de la situation de la famille où il vit (souvent depuis longtemps), qui a habituellement créé des liens affectifs avec lui, contribué à son développement intellectuel, affectif, moral, physique et autres aspects de sa personnalité. *Les besoins particuliers sont donc déterminants* autant pour décider si les parents ont accompli suffisamment leurs devoirs pour maintenir des liens avec lui ou pour évaluer la possibilité de la reprise de sa garde, compte tenu de son évolution, et sans le détruire ou remettre en cause les acquis de l'enfant. *Plus le temps s'écoule, plus les attentes de l'enfant risquent d'être grandes en regard des capacités parentales.*²⁶⁵ Mais on ne peut tout de même pas reprocher à l'enfant de s'être attaché à sa famille d'accueil ou adoptive, ni à celle-ci de lui avoir donné ce qu'elle avait de meilleur à lui offrir. L'enfant n'est pas un être abstrait. Il subira l'influence de sa famille d'accueil désireuse de l'adopter. Ce serait anormal, s'il en était autrement.

264. C.S., St-François, 450-05-000571-816, 20 avril 1982, pp. 10 et 11. Repris par M. le juge Vallerand dans *Droit de la famille* - 376, [1987] 1235 (C.A.), p. 1239. (Les italiques sont dans le texte.) (Les mots «des enfants» entre parenthèses est de nous à des fins de compréhension de l'extrait reproduit seulement en partie.)

265. Voir, sur la notion du temps, J. GOLDSTEIN, A. FREUD, A.J. SOLNIT, *op. cit.*, note 175, pp. 17, 31 à 34. Voir aussi, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 76 à 80.

Somme toute, tenir compte des besoins de l'enfant ne signifie pas comparer la qualité des parents d'accueil ou des parents biologiques, puisque ceux qui s'en occupent de façon quotidienne seront toujours gagnants²⁶⁶. Cela revient simplement à déterminer si les parents naturels peuvent maintenant reprendre l'enfant et s'en occuper de façon acceptable à ses yeux même si les capacités parentales sont moindres que celles des parents adoptifs. Mais, comme le signale la Cour d'appel, à propos de ce que l'enfant a reçu dans sa famille d'accueil qui en demande maintenant l'adoption, on ne peut ignorer ni ce que l'enfant a reçu, ni les besoins développés dans cette famille, «non pas pour comparer les aptitudes respectives»²⁶⁷, mais pour déterminer si les parents d'origine sont en mesure de répondre aux attentes de l'enfant.

En conclusion, *exclure l'intérêt de l'enfant et ses besoins pour discuter de l'abandon et de la probabilité de la reprise en charge par ses parents, c'était s'engager dans une voie sans issue* qui a donné lieu à diverses tendances, dont l'abandon intentionnel ou fautif. Si l'article 33 C.c.Q. avait été appliqué, aucune des tendances ayant comme fondement les excuses ou encore les actions parentales qui ne tiennent pas compte des besoins de l'enfant n'aurait pu voir le jour. Il ne s'agit donc pas d'opposer parents d'accueil et parents biologiques, *mais d'individualiser les besoins essentiels propres à chaque enfant.*²⁶⁸ *C'est de cette manière qu'on peut dire que «l'enfant est sujet et non un objet de droit».*²⁶⁹

La seule contradiction dans le raisonnement de la Cour d'appel résulte de la comparaison bizarre faite entre l'admissibilité à l'adoption et la filiation par le sang pour en tirer l'argument que l'intérêt de l'enfant ne s'appliquerait ni à l'un ni à l'autre.²⁷⁰ La filiation par le sang obéit uniquement à des règles biologiques

266. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1239 (C.A.), p. 1239.

267. *Id.*, p. 1241.

268. Il y a quasi-unanimité à ce sujet, voir en ce sens, *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.), p. 654; *Droit de la famille - 1544*, [1992] 617 (C.A.), p. 637; *Droit de la famille - 1628*, C.A., Québec, 200-08-000024-878, 28 mai 1992, p. 5; *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 252; *Droit de la famille - 376*, [1987] 1235 (C.A.), p. 1239; *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-0000-843, 25 janvier, 1985, p. 6; *Tribunal de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000376-847, 6 septembre 1985, p. 7.

269. Voir C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 14 et 187. Voir aussi, *Droit de la famille - 595*, [1989] R.D.F. 94 (C. de la J.), p. 103.

270. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235, p. 1238; *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, pp. 629 et 630.

mécaniques alors que l'intérêt de l'enfant s'applique au domaine de l'adoption qui a été créé précisément pour répondre, entre autres, aux besoins décrits à l'article 33 al. 2 C.c.Q. Discuter de l'abandon et de probabilité de reprise en charge n'ont rien à voir avec la filiation par le sang. *C'est une comparaison stérile qui ne mène nulle part.*

Bref, on constate qu'on ne peut se priver du critère de l'intérêt de l'enfant pour prendre chacune des décisions qui conduisent à l'adoption. En effet, comme l'a déjà souligné la Cour supérieure :

«... ce serait une erreur grave en droit ... de considérer uniquement l'intérêt de l'enfant, sans au préalable décider et de l'abandon et de la reprise en charge, mais ce serait également une erreur ou une négligence dans l'appréciation par présomption de ne pas tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour décider de l'existence des deux conditions préalables»²⁷¹.

Les domaines où l'on doit faire appel à la règle de l'intérêt de l'enfant sont pleins de rebondissements et l'adoption n'y échappe pas. En effet, les tribunaux se sont demandés, une fois les conditions remplies pour prononcer l'admissibilité à l'adoption, s'ils avaient discrétion pour refuser malgré tout de déclarer l'enfant adoptable.

Section 2 L'ajout du critère de l'intérêt de l'enfant comme une troisième condition, indépendante des deux autres, avant de prononcer l'admissibilité à l'adoption.

Les tribunaux ont aussi cherché à ajouter une autre condition à l'admissibilité à l'adoption pour exercer de nouveau leur discrétion judiciaire. Après avoir exercé celle-ci pour décider s'il y a abandon et, ensuite, probabilité de reprise en charge, ils se sont demandés s'ils ne pouvaient pas également refuser de déclarer l'enfant adoptable, en considérant l'intérêt de l'enfant comme une règle autonome.

On pourrait poser cette question plus justement de la manière suivante : *doit-on décider, par anticipation, de l'adoption éventuelle d'un enfant au stade de la*

271. C.S., St-François, 450-95-000571, 20 avril 1982, pp. 10 et 11. (Les italiques sont de nous.)

*demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption ou reporter cette discussion lors de la demande du placement en vue de son adoption?*²⁷²

La discussion sur la possibilité pour les tribunaux de refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption, lorsque toutes les conditions sont remplies, s'est engagée à partir du terme «peut» à l'article 559 C.c.Q. On s'est d'abord interrogé sur la portée de ce terme en faisant appel aux règles d'interprétation pour en déterminer le sens général et, ensuite, dans le contexte de l'adoption.

A) La discrétion judiciaire pour déclarer l'enfant adoptable fondée sur l'interprétation du terme «peut».

Quelle est la portée du terme «peut» conférant au tribunal le pouvoir de faire quelque chose? Si le terme «doit» est impératif, celui de «peut» est-il nécessairement facultatif? M. Louis-Philippe Pigeon écrivait que «peut» «*est impératif quand il est attributif de juridiction judiciaire et quasi-judiciaire*»²⁷³ en ce sens qu'un tribunal doit exercer sa juridiction²⁷⁴. L'auteur ajoute que :

«Quand il est attributif non plus d'une juridiction, mais d'une discrétion - la discrétion évidemment, c'est l'accessoire de la juridiction, c'est là où est la nuance, - quand il est attributif de discrétion, cette discrétion, dans le cas d'un tribunal judiciaire, doit être exercée judiciairement»²⁷⁵.

Exercer judiciairement sa discrétion *signifie le faire pour un motif valable en droit*²⁷⁶. Au fond, cerner le sens du mot «peut» à l'article 559 consiste à se

272. L'adoption comporte trois étapes distinctes, soit l'admissibilité à l'adoption (ou un consentement à l'adoption), le placement en vue de l'adoption et le jugement d'adoption. Les tribunaux devraient-ils limiter l'exercice de leur discrétion judiciaire en fonction de l'étape concernée et des objectifs de celle-ci? Doit-on laisser les juges exercer leur discrétion aux autres étapes postérieures pour décider de la continuation du processus d'adoption? Ainsi, on pourrait déclarer un enfant adoptable et ne pas le placer en vue de son adoption pour d'autres circonstances étrangères à son admissibilité à l'adoption. Voir, à ce sujet, les articles 570, 572 et 573 C.c.Q. qui prévoient que le placement peut prendre fin.

273. L.-P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Les Publications du Québec, 1986, pp. 65, 67, 69 et 70.

274. *Id.*, p. 23.

275. *Id.*, p. 70.

276. *Id.*

demander ce que signifie, dans le cadre cette disposition, «attribuer une juridiction» ou «une discrétion». Comme la juridiction en matière d'adoption est attribuée par l'article 36.1 C.p.c., le terme «peut» se rapporte donc uniquement à l'attribution d'une «discrétion» pour déclarer l'enfant adoptable lorsque les conditions déterminées par le législateur sont remplies. Dans cette hypothèse, les termes «*peut être judiciairement déclaré admissible à l'adoption*» permettent-ils au tribunal de ne pas le faire? Les opinions sont partagées.

D'après le professeur P.-A. Côté, c'est le contexte ou l'objet de la loi qui permettent de dégager que *«le pouvoir conféré ou la faculté accordée n'est pas absolument discrétionnaire. Il se peut, en effet, qu'un pouvoir soit assorti d'un devoir d'exercer le pouvoir en question lorsque certaines circonstances sont réunies»*²⁷⁷. Dans l'arrêt *Droit de la famille - 1544*, M. le juge Beaugard (dissident)²⁷⁸ estime que l'article 559 C.c.Q. n'attribue pas au tribunal le pouvoir de refuser de déclarer l'enfant adoptable si l'une des situations prévues existe. À ses yeux, le tribunal peut refuser seulement si l'enfant ne se trouve pas dans l'une des quatre situations énoncées à l'article 559 C.c.Q. ou s'il s'y trouve lorsque les parents renversent la présomption d'improbabilité de reprise en charge.

En 1987, la Cour d'appel avait également rejeté la proposition de la Cour supérieure qui avait statué que si l'enfant était susceptible d'être adoptable, le tribunal devait s'assurer que la déclaration d'admissibilité à l'adoption était faite dans son intérêt et le respect de ses droits.²⁷⁹ M. le juge Vallerand de la Cour d'appel déclarait qu'il ne partage pas cet avis et cela, nonobstant les dispositions expresses de l'article 30 devenu 33 C.c.Q.²⁸⁰ Dans une décision récente, discutant du terme «peut» dans le cadre du pouvoir accordé au tribunal d'annuler un acte antérieur à la mise sous protection d'un majeur²⁸¹, on indique que le tribunal doit l'exercer alors que les conditions sont remplies et ce, dans l'intérêt du majeur protégé.²⁸²

277. P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 84, p. 222.

278. [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 622.

279. T.J., Montréal, 500-43-000347-830 et 500-43-000348-848, 31 juillet 1984.

280. *Droit de la famille - 376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.), p. 1237.

281. Art. 284 C.c.Q.

282. *Drouin c. Larivière*, [1995] R.D.F. 106 (C.S.), p. 111.

Somme toute, il apparaît que l'on doit se demander, à propos de ce «pouvoir», appliqué à une éventuelle demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, quel est le but poursuivi par le législateur. D'après M. le juge Vallerand de la Cour d'appel, l'adoption est une institution qui lui semble de loin *la meilleure solution pour procurer à l'enfant des parents irrévocablement engagés et obligés*, qu'une famille d'accueil ne pourra jamais lui offrir si bienveillante soit-elle.²⁸³

Il ressort que les conditions remplies des articles 559 paragr. 2 et 561 C.c.Q. devraient conduire les tribunaux à déclarer l'enfant adoptable, quitte à analyser l'intérêt de l'enfant quant à son adoption éventuelle lors de la demande de placement et, plus tard, lors de la demande d'adoption elle-même. En effet, sur quelle base les tribunaux pourraient-ils refuser de déclarer l'enfant adoptable *lorsque, usant de leur discrétion judiciaire, ils ont déjà décidé que les parents n'avaient pas assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant et qu'ils étaient incapables d'en reprendre la charge?* Seule la conservation des liens biologiques ou autres motifs semblables, sans rapport avec les besoins réels de l'enfant, peuvent servir de fondement, à première vue, à un tel refus.

On affirme qu'on ne doit pas le déclarer adoptable sans raison. Lui fournir une famille affective devrait constituer la seule raison majeure. Si d'aventure les circonstances changent, il serait toujours loisible de ne pas placer l'enfant ou de refuser l'adoption, auxquels cas les liens de sang seraient conservés. En effet, il faut se rappeler que *le jugement d'admissibilité à l'adoption est sans effet aucun sur le lien de filiation*. Seul le jugement d'adoption entraîne la substitution de la filiation adoptive à la filiation d'origine conformément aux articles 577 et 579 C.c.Q.²⁸⁴ L'attribution de l'autorité parentale lors de la déclaration d'admissibilité à l'adoption ne fait que clarifier la situation légale de la personne qui s'occupera de l'enfant, et ce jusqu'au placement en vue de l'adoption en vertu des articles 562 et 569 C.c.Q., puisque ses parents ne s'en occupent plus ou tellement peu.

283. *Droit de la famille - 1554*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 635.

284. Voir, en ce sens, *Protection de la jeunesse*, C.Q., 500-43-000038-942, 2 décembre 1994, p. 10.

Les motifs pour refuser l'admissibilité à l'adoption nous paraissent confondre les étapes et les effets de cette déclaration. *On s'arroe implicitement des pouvoirs au nom de la discrétion judiciaire, alors qu'à notre avis ces pouvoirs appartiennent à un autre forum lors d'une autre étape. Autrement, pourquoi avoir prévu des étapes successives jusqu'au jugement d'adoption en prévoyant que chacune d'entre elles peut conduire ou non à l'étape suivante, à la lumière des circonstances et de l'intérêt de l'enfant?*

Si l'on compare les deux voies pour parvenir au placement de l'enfant en vue de son adoption, on constate que le législateur a substitué au consentement des parents la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption. Dans les deux hypothèses, que l'enfant devienne adoptable par consentement²⁸⁵ ou à la suite d'un jugement le déclarant adoptable, *c'est lors du placement qu'on devrait décider s'il est dans l'intérêt de l'enfant de le faire*²⁸⁶. Il ressort que les tribunaux, lorsqu'ils refusent de prononcer l'admissibilité à l'adoption, décident par anticipation de prévenir des effets qui ne relèvent pas du terme «peut» à l'article 559 C.c.Q., mais de la décision rendue au moment de la demande de placement. Même si la déclaration d'admissibilité à l'adoption conduit *habituellement* à l'adoption elle-même, le législateur distingue néanmoins ces trois étapes. Elles requièrent de tenir compte de l'intérêt de l'enfant dans une optique différente, la raison étant que les buts poursuivis par chacune d'elles diffèrent.

Pourtant, au-delà de ces considérations sur la portée du terme «peut» dans le contexte particulier d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, d'autres estiment disposer d'une discrétion judiciaire plus large en discutant à nouveau de l'intérêt de l'enfant même si les conditions prévues aux articles 559

285. Art. 551 à 558 C.c.Q. Il ne viendrait pas à l'esprit de refuser le consentement à l'adoption des parents au motif que cela irait à l'encontre de l'intérêt de l'enfant.

286. *Droit de la famille* - 376, [1987] 1235 (C.A.), pp. 1237 et 1238; *Droit de la famille* - 1544, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 629 et 628. Voir, à ce propos, une décision du juge en chef M. J.-P. Lavallée qui, en 1976, avait discuté de la portée du terme «peut» dans un contexte identique (L.R.Q., c. A-7, art. 2 et 7). Parlant de la discrétion judiciaire, il indique que la grande latitude du tribunal s'applique pour apprécier les faits d'abandon et l'improbabilité de reprise en charge qui n'était toutefois pas présumée à l'époque. Quant à la discussion sur l'intérêt de l'enfant, il la fait principalement lorsqu'il se demande si l'enfant doit être adopté. En effet, rappelons que l'étape du placement *effectué par le tribunal* n'existait pas dans le droit antérieur : Voir A... c. D..., [1976] C.P. 2013, pp. 2015 et 2016.

paragr. 2 et 561 C.c.Q. sont remplies. C'est une troisième condition qui viendrait s'ajouter à la preuve de l'abandon et de l'incapacité des parents d'établir qu'une reprise en charge est possible, l'un et l'autre ayant déjà été précisément appréciés en regard de l'intérêt de l'enfant et de ses besoins.²⁸⁷

On justifie cette position en affirmant qu'il faut «préférer la discrétion judiciaire à l'automatisme de la loi»²⁸⁸. Paradoxalement, M. le juge Vallerand, qui avait déclaré en 1987 que l'admissibilité à l'adoption doit être déclarée lorsque les deux conditions préalables sont satisfaites, suggère en 1992 de reporter cette discussion lorsque cette question se posera devant la Cour d'appel²⁸⁹.

Quoi qu'il en soit, si la discrétion judiciaire fondée sur l'intérêt de l'enfant envisagée comme une troisième condition venait à s'imposer, même temporairement, nous croyons devoir à tout le moins discuter de son encadrement pour prévenir la naissance de diverses tendances qui n'auraient rien à voir avec les besoins de l'enfant, comme ce fut le cas à propos de celles créées à partir de l'article 559 paragr. 2 C.c.Q., dont l'abandon intentionnel ou fautif.

287. Le critère de l'intérêt de l'enfant ne peut être détaché du cadre juridique dans lequel on l'applique et comme l'écrit le professeur P.-A. Côté, «une fois l'objet de la loi établi, ... rechercher le sens des mots dont le législateur s'est servi au lieu de spéculer sur ses intentions». P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 84, pp. 274 et 275 et les arrêts cités par l'auteur à la note 149. Voir aussi les propos de l'auteur sur l'article 41 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, aux pages 357 et 456.

288. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 637 et 638. Voir aussi, S. PILON, *loc. cit.*, note 31, pp. 420 et 421. L'auteure se contente d'affirmer que l'on doit vérifier si la déclaration d'admissibilité à l'adoption est faite dans l'intérêt de l'enfant.

289. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 630 et note 22. Déjà, en 1973, dans *Ste-Marie c. C.B.E.S.*, [1973] C.S. 534, p. 539, M. le juge Vallerand, alors juge à la Cour supérieure, avait déclaré qu'on ne doit pas prononcer l'adoption chaque fois que l'enfant y trouve un intérêt quelconque. On a transposé, en quelque sorte, ce raisonnement concernant le jugement d'adoption proprement dit pour l'appliquer à la déclaration d'admissibilité à l'adoption.

B) La discrétion judiciaire fondée sur le critère de l'intérêt de l'enfant considéré comme une règle autonome, pour refuser l'admissibilité à l'adoption.

La Cour d'appel, par la voix de M. le juge Baudouin, estime qu'il pourrait arriver qu'il ne soit pas «dans l'intérêt de l'enfant d'être immédiatement déclaré adoptable»²⁹⁰. Le terme «immédiatement» signifie-t-il qu'on devra refaire ultérieurement la même preuve pour arriver aux mêmes conclusions?²⁹¹ En effet, si la probabilité de reprise en charge existe, le tribunal ordonnera le retour progressif de l'enfant auprès des parents, sinon il devient difficile de concevoir pourquoi on refuserait de le déclarer adoptable, *sauf si l'enfant, âgé de 10 ans et plus refuse d'être adopté*²⁹². *Mais la Cour d'appel venait d'entrouvrir une porte; on n'allait pas attendre longtemps!* On avait, jusqu'en 1994, énoncé principalement, sous forme d'*obiter dicta*, qu'aux deux conditions posées par le législateur s'en ajoutait une troisième tel qu'indiqué plus haut, si tant est qu'elle existe.²⁹³

Précisons d'abord l'encadrement juridique de l'exercice de la discrétion judiciaire pour refuser de déclarer l'enfant adoptable une fois l'abandon et

290. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, p. 638.

291. C. LAVALLÉE, *op. cit.*, note 105, p. 102. L'auteure signale l'intérêt de prononcer l'admissibilité à l'adoption lorsque les conditions sont remplies, notamment pour permettre l'économie des délais où le temps dans ce domaine joue contre l'enfant. Si le placement est refusé, on n'aura pas à refaire les procédures si les circonstances justifient un peu plus tard le placement à des fins d'adoption.

292. Art. 549 et 550 C.c.Q. Dans cette hypothèse, l'affaire ne se retrouvera pas devant le tribunal. Notons que le tribunal peut passer outre le refus de l'enfant âgé de 10 ans et plus et qu'il doit respecter celui de l'enfant âgé de 14 ans et plus.

293. Voir, en ce sens, *Droit de la famille - 231*, [1985] T.J. 2044, p. 2045, dans lequel le tribunal établissait trois étapes distinctes dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, soit celle du constat d'un abandon, puis de la probabilité de reprise en charge, et enfin, ces conditions étant remplies, celle de déterminer s'il est dans l'intérêt de l'enfant d'être déclaré adoptable. Il s'agissait, toutefois, d'un *obiter dictum* puisque le tribunal conclut à la probabilité de reprise en charge, ce qui rendait inutile toute discussion sur l'intérêt de l'enfant pour le déclarer adoptable. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel à *Droit de la famille - 231*, [1988] 230 (C.A.), p. 234. Voir dans le même sens *Tribunal de la jeunesse*, Montréal, 500-43-000135-854, 18 décembre 1985. (Le tribunal signale ne pas avoir à discuter de l'intérêt de l'enfant puisque l'une des conditions à son admissibilité à l'adoption n'est pas remplie) *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), p. 638.

l'incapacité de reprise en charge constatés. Nous verrons, par la suite, pourquoi un juge de la Chambre de la jeunesse a posé et appliqué une troisième condition pour refuser expressément de prononcer l'admissibilité à l'adoption même si toutes les autres conditions étaient remplies. Ce jugement a l'avantage de poser concrètement la question.

1) **L'encadrement juridique de la discrétion judiciaire pour refuser de déclarer l'enfant adoptable.**

Plusieurs décisions prononcent l'admissibilité à l'adoption en disant le faire dans l'intérêt de l'enfant, sans donner de précisions²⁹⁴ ou encore sans référer expressément à ce critère²⁹⁵. Dans d'autres décisions, les tribunaux discutent brièvement du critère de l'intérêt de l'enfant en constatant à la fois l'absence d'un lien affectif entre les parents et l'enfant et le fait que les parents d'accueil sont devenus les parents (psychologiques) affectifs de l'enfant.²⁹⁶

Dans toutes ces décisions, toutefois, les tribunaux ne semblent pas avoir envisagé le critère de l'intérêt de l'enfant comme une condition supplémentaire à celles déjà requises pour prononcer une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption. Au contraire, ce critère a toujours été envisagé comme intimement lié à l'appréciation des deux conditions posées par le législateur : l'abandon et l'improbabilité de reprise en charge par les parents. Ajoutons également que les

294. Voir *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Beauce, 350-43-000001-916, 12 avril 1991, p. 10; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Abitibi, 620-43-000002-910, 4 décembre 1992, p. 37; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Frontenac, 235-43-000007-916, 10 novembre 1992, p. 17; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000008-927, 15 avril 1993, p. 16.

295. Voir *Droit de la famille - 388*, [1987] R.D.F. 285 (T.J.); *Droit de la famille - 653*, [1989] R.J.Q. 1361 (C. de la J.); *Tribunal de la jeunesse*, Montréal, 500-43-000058-874, 18 janvier 1988; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Bedford, 460-43-000013-892, 26 septembre 1989; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000 et 500-43-000, le 30 août 1990; *Droit de la famille - 1756*, [1993] R.D.F. 152 (C. de la J.); *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000102-901, 3 avril 1991.

296. *Droit de la famille - 1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.), p. 257; *Tribunal de la jeunesse*, Québec, 200-43-000018-86, 4 février 1987, p. 13; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000028-884, 25 avril 1989, p. 19; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000043-890, 8 août 1990, p. 54; *Droit de la famille - 1528*, [1992] R.D.F. 103 (C. de la J.), p. 113; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000421-924, 19 janvier 1994, pp. 15 et 16; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000022-928 et 450-43-000023-926, 18 décembre 1992, p. 32.

tribunaux considèrent, de façon générale, que l'absence d'un projet d'adoption, par la famille d'accueil où l'enfant vit depuis quelques années, ne constitue pas un obstacle à la déclaration d'admissibilité à l'adoption lorsque les conditions sont remplies.²⁹⁷

Bref, les tribunaux se réfèrent au cadre juridique de l'abandon et de la probabilité de reprise en charge pour déterminer, à partir des besoins de l'enfant, s'ils ont été satisfaits ou s'ils sont susceptibles de l'être. Toutefois, ils n'ont vraiment rien dit sur ce qu'il fallait entendre par l'intérêt de l'enfant à ne pas être déclaré adoptable, si ce n'est d'affirmer cette possibilité ou de donner des exemples qui relèvent plutôt de l'improbabilité de la reprise en charge.

Mme le juge McLachlin de la Cour suprême *souligne le danger du critère de l'intérêt de l'enfant, qu'elle qualifie de «large», lorsque les tribunaux l'utilisent pour exercer leur discrétion judiciaire*, en déclarant que :

«La tâche des tribunaux n'est pas, pour autant, purement discrétionnaire. En incorporant dans la loi le critère de l'intérêt de l'enfant ... le législateur a établi un critère juridique, bien qu'il s'agisse d'un critère souple ... Il n'y a pas de place pour les prédilections et les préjugés du juge. Son devoir est d'appliquer la loi; non pas d'agir comme il ou elle le veut, mais comme il ou elle est tenu de le faire.»²⁹⁸

Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en fonction des besoins de l'enfant et en ayant comme objectif l'atteinte du but proposé par la loi.²⁹⁹ Autrement, il y a risque de substituer ses propres critères et de donner naissance à des conceptions éloignées ou étrangères à l'intérêt même de l'enfant qu'on désire protéger. En effet, nul ne veut rendre une décision contraire au bien-être de l'enfant, mais imperceptiblement, en l'absence de certaines balises juridiques, l'influence de ses conceptions ou perceptions personnelles, acquises au fil des années, s'infiltré dans le subjectivisme inhérent à la notion d'intérêt de l'enfant.³⁰⁰

297. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000058-915, 8 mars 1993, pp. 29 et 32; *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Longueuil, 505-43-000066-926, 20 janvier 1994, pp. 25 et 26.

298. *Young c. Young*, 1993 4 R.C.S. 3, p. 117.

299. *Id.*, Mme le juge Claire L'Heureux-Dubé, p. 67.

300. Voir, en ce sens, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins...*, *op. cit.*, note 39, pp. 2, 4 et 5.

Sans retreindre l'exercice du pouvoir discrétionnaire lui-même, il ressort qu'il doit être cependant orienté d'après les buts poursuivis dans la loi et qui sont en matière d'adoption, comme on l'a souvent décidé, «*d'établir des liens permanents avec des parents ... capables de répondre à ses besoins de manière complète et harmonieuse*»³⁰¹. Lorsque les parents d'origine sont incapables de s'occuper de leur enfant après que tous les efforts aient été tentés, ou qu'il est inutile de le faire pour des motifs d'incapacité mentale permanente, *on doit chercher à lui procurer des parents le plus rapidement possible*.³⁰² Le législateur impose des conditions marquées par la prudence avant de conclure à l'admissibilité à l'adoption. Mais les délais réels sont souvent trop longs à cause des hésitations d'abord des travailleurs sociaux et, ensuite, des tribunaux. Aussi, on ne devrait pas retarder davantage le processus de l'adoption, au nom de la discrétion judiciaire, *sans avoir des motifs très sérieux pour le faire*.

L'adoption vise à faire cesser l'incertitude quotidienne en permettant, enfin, à l'enfant de créer des liens affectifs stables et continus avec des parents capables de s'en occuper.³⁰³ Dans cette perspective, il nous apparaît, une fois remplies les deux conditions préalables, que le *législateur présume qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'être déclaré admissible à l'adoption, à moins d'établir sans équivoque que cela irait à l'encontre de ses besoins actuels et futurs*. C'est d'ailleurs ce que l'ensemble des textes de lois prévoit : ainsi, l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁰⁴ indique que l'enfant a droit à des parents. Les articles 2.3, 4 et 72.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁰⁵ font obligation aux intervenants sociaux et judiciaires d'éviter de placer l'enfant dans des situations susceptibles de compromettre son développement ou sa sécurité, de lui trouver un milieu familial normal pour lui assurer la continuité et la stabilité et, enfin, de lui fournir une famille adoptive lorsque c'est dans son intérêt.

301. *Droit de la famille* - 256, [1986] R.D.F. 34 (T.J.), p. 40; *Droit de la famille* - 231, [1985] T.J. 2044, p. 2051.

302. *Id.*

303. *Droit de la famille* - 1725, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

304. L.R.Q., c. C-12.

305. L.R.Q., c. P-34.1.

L'adoption demeure encore aujourd'hui la seule alternative pour procurer à l'enfant un milieu familial stable auquel il pourra s'attacher, comme un membre à part entière, et duquel il pourra s'attendre à l'exécution des devoirs parentaux normaux prévus aux articles 33 al. 2 et 599 C.c.Q.

Une famille d'accueil ne devrait jamais, règle générale, être considérée comme un milieu *substitut permanent* pour un enfant. Elle ne doit servir qu'à dépanner les parents ou à prendre en charge des situations particulières d'enfants non adoptables pour diverses raisons comme l'âge, le refus de l'enfant, etc. Il pourrait aussi s'agir d'enfants non abandonnés qui maintiennent des liens affectifs fréquents et importants avec leurs parents d'origine qui ne peuvent en assumer la garde physique.

Dans une majorité de cas, si l'on devait refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption d'un enfant abandonné dont les parents ne le reprendront pas en charge, ce serait le condamner à vivre dans des foyers d'accueil qui deviendront fréquemment à l'adolescence des foyers transitoires successifs. En effet, un bon nombre d'entre eux, faute de pouvoir compter sur une famille intéressée à faire tous les efforts pour les aider à traverser l'adolescence, finiront dans un centre d'accueil pour troubles de comportement sérieux ou délinquance.

La famille d'accueil est un pis aller en attendant une solution définitive qu'on ne cesse de reporter, tantôt au plan social, tantôt au plan judiciaire. Lorsqu'on néglige de faire déclarer l'enfant adoptable, on lui refuse la chance de s'intégrer à un nouveau foyer. Hélas, de nombreux enfants vivent cette situation dans une famille qui aurait pu souhaiter l'adopter, mais y a renoncé en raison d'obstacles insurmontables. *Bref, il s'agit d'enfants abandonnés par le «système» après l'avoir été d'abord par leurs parents et, ensuite, par des parents d'accueil successifs qui ne peuvent créer des liens affectifs profonds avec eux de crainte qu'ils ne leur soient enlevés. Bref, ces enfants sont les bienvenus un peu partout, mais ils ne sont en réalité, nulle part chez eux.* La Chambre de la jeunesse souligne d'ailleurs, à propos de la famille d'accueil, qu'elle :

«... ne peut lui assurer la sécurité et la stabilité que constitue une véritable cellule familiale. La famille d'accueil n'est qu'un moyen provisoire de pourvoir à divers types d'incapacité parentale.»³⁰⁶

Nous avons souligné plus haut que M. le juge Baudouin³⁰⁷ n'est pas favorable à «l'automatisme de la loi». Cette conception, replacée dans le contexte de l'adoption, devrait *conduire à exiger la preuve qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'être adopté, et non le contraire, puisque à ce stade le tribunal a déjà constaté non seulement l'abandon, mais aussi l'incapacité d'une reprise en charge par les parents*. Aussi, si cette troisième condition existe, elle doit être mise au service de l'enfant et de la famille adoptive qui s'offre à s'occuper de l'enfant dont les parents ne peuvent pas ou ne veulent plus s'occuper.

On ne peut refuser de déclarer l'enfant adoptable, compte tenu des objectifs de loi, pour des motifs abstraits ou des raisonnements incompatibles avec la vie réelle de ce dernier qui ne peut créer des liens significatifs avec un parent absent ou qui le visite occasionnellement à son gré. D'ailleurs, rapportons à ce sujet les propos de M. le juge Baudouin de la Cour d'appel :

«Les parents n'ont que peu de droits à l'égard de leurs enfants ... ils ont par contre beaucoup de devoirs, devoirs visant à favoriser leur développement physique et psychologique harmonieux. Lorsqu'un choix doit être fait, d'une part, entre la conservation des liens de filiation et d'une situation ne favorisant ces objectifs au nom des liens du sang et d'un "droit à l'enfant" et, d'autre part, la rupture de ce lien, en espérant permettre le développement social et émotif et la progression de l'enfant, ce *choix apparent n'est plus un véritable choix.*»³⁰⁸

Ce passage nous incite donc à encadrer la troisième condition si jamais on venait à conclure à son existence. *On doit le faire en fonction des objectifs de la loi et des besoins de l'enfant, d'où la présomption de son intérêt à devenir adoptable pour clarifier sa situation*. Est-il besoin d'édicter une telle présomption, comme le législateur l'a fait à l'article 561 C.c.Q., lorsqu'il

306. *Droit de la famille - 1725*, [1993] R.D.F. 1 (C. de la J.), p. 10.

307. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.), pp. 637 et 638.

308. *Id.*, p. 637. (Les italiques sont de nous et les guillemets sont dans le texte.) Notons, toutefois, que le jugement d'admissibilité à l'adoption ne rompt pas les liens de filiation d'origine.

présume de l'improbabilité de reprise en charge par les parents? Nous croyons que les conditions pour conclure à l'admissibilité à l'adoption sont suffisantes, et que si le législateur avait voulu créer une troisième condition il l'aurait exprimée expressément³⁰⁹, puisque les dispositions sur l'adoption sont des règles particulières qui dérogent aux règles habituelles de la filiation par le sang.³¹⁰

Les tribunaux s'arrogent possiblement un pouvoir discrétionnaire trop large lorsqu'ils refusent de prononcer l'admissibilité à l'adoption même si les deux conditions prévues expressément par la loi sont remplies. On aperçoit le danger d'utiliser une discrétion judiciaire déjà épuisée pour apprécier l'abandon et l'absence d'une probabilité de reprise en charge de l'enfant par les parents. *En ajouter une autre serait retarder le processus de l'adoption en cherchant à faire indirectement ce que les parents n'ont pu faire directement vu leur inaptitude ou incapacité de reprendre en charge l'enfant.* Il ressort que le refus de prononcer l'admissibilité à l'adoption a pour conséquence nécessaire de maintenir l'enfant en famille d'accueil.

En résumé, la discrétion judiciaire permet d'examiner s'il y a abandon et probabilité de reprise en charge de l'enfant. Si l'on décide ultérieurement de ne pas le placer en vue de son adoption, la situation légale de l'enfant sera claire au moins. En effet, il ne sera pas nécessaire de ramener le dossier devant le tribunal en présentant une nouvelle demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption dans l'hypothèse où les circonstances seraient à nouveau favorables pour le faire adopter.³¹¹ En effet, il faut garder à l'esprit que *l'enfant abandonné ne doit pas le rester, et c'est ce qui lui arrivera pourtant lorsqu'on estime que le placer à long terme en famille d'accueil constitue une solution apparemment satisfaisante.*

309. Voir les articles 543 paragr. 2, 544, 549 et 550, 551 à 558, 566 à 568, 570 à 572, 573, 575, 576, 583, 584 C.c.Q.

310. Les règles particulières de l'adoption maintenant intégrées au Code civil s'inspirent en partie des anciennes dispositions qui étaient contenues dans une loi particulière.

311. L'admissibilité à l'adoption permettrait aussi de faire nommer un tuteur à l'enfant si l'on venait à la conclusion de ne pas poursuivre le processus de l'adoption, voir les articles 186, 199 al. 2 et 252 C.c.Q.

On doit éviter à l'enfant de prolonger son abandon en le faisant adopter rapidement lorsqu'il n'y a pas de retour possible auprès de ses parents. En effet, le maintien dans une famille d'accueil peut entraîner des conséquences ou des difficultés plus graves à l'adolescence que s'il est adopté.³¹² *En définitive, on doit présumer qu'il doit être déclaré adoptable et si on estime devoir user de sa discrétion judiciaire à ce stade, ce doit être pour déterminer si les motifs soulevés pour empêcher qu'il le soit sont graves et sérieux.* Il serait pour le moins surprenant que le législateur ait voulu le contraire, c'est-à-dire qu'on établisse, outre l'abandon et l'incapacité de reprise en charge de l'enfant, qu'il est dans son intérêt d'être adopté. *Les deux conditions exigées aux articles 559 paragr. 2 et 561 C.c.Q. ne sont pas seulement préalables, mais elles sont aussi les conditions mêmes de l'admissibilité à l'adoption.* De plus, on se rend compte que le refus de déclarer l'enfant adoptable peut conduire à un *subjectivisme fondé sur la perception que chacun peut avoir de ce critère.* En effet, cette ultime discrétion judiciaire n'est plus encadrée par le sens du mot «abandon» ni par le contenu de la «probabilité de reprise en charge».

312. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-43-000517-838, 16 mars 1984.

2) Le risque de dénaturer le critère de l'intérêt de l'enfant en faisant appel à des «considérations» étrangères aux besoins de l'enfant .

Nous venons de montrer pourquoi il est nécessaire d'encadrer la discrétion judiciaire, fondée sur la recherche de l'intérêt de l'enfant, dans l'hypothèse où l'on en viendrait à la conclusion que l'admissibilité à l'adoption ne résulte pas naturellement des deux conditions déjà fixées par la loi. En effet, on ne peut laisser libre cours aux conceptions personnelles des experts, des avocats ou des juges.

Nous allons analyser les motifs invoqués dans un jugement qui, refusant de déclarer les enfants adoptables, ajoute une troisième condition aux deux autres déjà prévues par le législateur. *Notre démarche vise à montrer comment, au nom de la discrétion judiciaire, on peut dénaturer la notion subjective de l'intérêt de l'enfant lorsqu'on évalue celle-ci à partir de diverses considérations détachées de la réalité vécue par l'enfant.* Nous discuterons également des conséquences concrètes de l'utilisation de la discrétion judiciaire lorsqu'elle n'est pas exercée dans le cadre juridique fixé par la loi.

Donnons brièvement les faits de cette affaire³¹³. La mère, *d'origine camerounaise*, a donné naissance à deux enfants en 1985 et 1986 et qui sont placés par le directeur de la protection de la jeunesse à la suite de plusieurs signalements à compter de 1987, d'abord dans une première famille d'accueil jusqu'en 1990, puis dans la famille adoptive actuelle où ils demeurent depuis au moins trois ans et demi lors de la décision de la Chambre de la jeunesse en 1994. Ils sont alors âgés respectivement de sept et huit ans. Les motifs du placement sont les suivants : *prostitution de la mère, consommation de drogue, instabilité physique et psychologique, inaptitude à s'occuper de ses enfants, séjours en prison.*³¹⁴

Le psychiatre nous apprend que la mère souffre de schizophrénie de type catatonique et de troubles de la personnalité; l'état de celle-ci est l'un des plus

313. *Droit de la famille - 1914*, (1994 R.J.Q. 564 (C. de la J.); cette décision a été portée en appel.

314. *Id.*, p. 566.

graves qui existent, *ce qui la rend complètement inapte à reprendre ses enfants ou même à développer des relations affectives stables et continues avec eux*³¹⁵. Pendant les sept années du placement des enfants, la mère est peu intéressée à ses enfants et ses visites ont été nettement ponctuelles. Elle a été absente de leur vie pendant un an, de 1990 à 1991, les a vus une fois en 1991, et une fois en 1992³¹⁶.

Examinons maintenant les principales considérations ou considérants dont le juge de la Chambre de la jeunesse a tenu compte pour refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption, après avoir constaté l'abandon et l'incapacité pour la mère de reprendre seule la charge des enfants³¹⁷. Nous les commentons à la lumière des critères dégagés plus haut pour délimiter la discrétion judiciaire.

a) La conduite des travailleurs sociaux.

Le tribunal fait grief aux travailleurs sociaux³¹⁸ d'avoir refusé une visite de la mère en 1992, d'avoir refusé, en février 1990, de laisser la mère d'accueil lire une lettre aux enfants adressée par leur mère, d'avoir laissé planer le doute sur l'adresse de la mère, et de ne pas avoir enquêté davantage sur un abus sexuel (qui s'est avéré non fondé) que les enfants auraient subi dans leur première famille d'accueil.

Nous ne disposons pas, à partir du jugement, des informations pour commenter l'attitude des travailleurs sociaux, si ce n'est que le tribunal souligne que la visite refusée à la mère en 1992 serait postérieure à la demande en déclaration d'admissibilité des enfants. Ces constats du tribunal sont, en réalité, peu pertinents dans le présent dossier puisque tous s'accordent, incluant le tribunal, pour conclure à l'abandon qui semble, du reste, remonter à la naissance des enfants, en raison des problèmes de la mère et son inaptitude à tous les plans

315. *Id.*, pp. 568 et 569.

316. *Id.*, p. 566.

317. *Id.*, pp. 568 et 569.

318. *Id.*, p. 567.

à s'occuper d'eux. D'ailleurs, le tribunal signale que *l'attitude des travailleurs sociaux n'a pas pour effet d'empêcher de déclarer les enfants adoptables*.³¹⁹

La conduite discutable des travailleurs sociaux *ne doit pas servir d'excuse pour le comportement de la mère*. Ce ne sont tout de même pas les travailleurs sociaux qui sont à l'origine des placements qui ont eu lieu à la suite de plusieurs signalements. Les expertises témoignent non seulement des désordres de personnalité de la mère, *mais aussi de son inaptitude à créer des liens avec les enfants*, ce qui viendrait peut-être justifier la façon d'agir des travailleurs sociaux et la présentation d'une demande en déclaration d'admissibilité en adoption.

b) Les droits de visite postérieurs au jugement d'adoption : une autre forme d'adoption ouverte?

Le tribunal signale que les enfants auraient établi avec leur mère *«un lien affectif, tenu certes, mais significatif»*. Disons au départ qu'un lien significatif ne peut être tenu et qu'un lien tenu ne peut être significatif. Cette construction intellectuelle résultant de la juxtaposition de mots qui s'opposent est pour le moins surprenante.³²⁰

On tire l'existence de liens affectifs entre les enfants et la mère de deux expertises psychologiques qui n'ont jamais mis en présence les uns des autres les enfants, la mère biologique et les parents adoptifs, pour déterminer les allégeances des enfants. *D'après le premier expert*³²¹, les enfants *«ont creusé leur racine dans la famille d'accueil adoptive»*. Puis, on apprend que l'enfant de huit ans dit craindre que sa mère biologique vienne à mourir, mais elle se dit rassurée lorsqu'on lui dit qu'elle est malade et qu'il ne lui arrivera rien de grave.

319. Si la conduite des travailleurs sociaux n'empêche pas la déclaration d'admissibilité à l'adoption, alors pourquoi en parler si ce n'est pour excuser l'inaction de la mère. Au-delà de l'affirmation de principe du tribunal, on peut se demander, si l'attitude des travailleurs n'a pas quand même influencé le tribunal lorsqu'il refuse de déclarer les enfants adoptables. Voir aussi, *Protection de la jeunesse* - 635, (1993) R.D.F. 451 (C. de la J.), p. 456 : on peut lire que «les intentions, les raisons, les blâmes, ... etc. ne peuvent donc justifier la stagnation de la situation».

320. *Droit de la famille - 1914*, (1994) R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 572.

321. *Id.*, p. 568.

Quant à l'enfant de sept ans, il dit rêver à sa mère, mais «qu'il l'oublie des fois et qu'il n'aimerait pas qu'elle meure tout de suite».

D'après cet expert, *seule la famille d'accueil actuelle peut procurer aux enfants une «stabilité émotionnelle»³²²*. Puis, il devient hésitant, ou pire encore il se demande s'il ne faudrait pas attendre encore une autre année pour voir ce qui va se passer. Finalement, il opte pour l'adoption en raison de l'ouverture des parents adoptifs qui se disent prêts à accepter des rencontres bi-annuelles entre la mère et les enfants après l'adoption. Il ajoute qu'il faudrait, en l'absence de cette possibilité, envisager une autre solution pour maintenir les contacts avec le milieu d'origine. Il ne suggère pas cependant les autres alternatives. L'adoption suppose un choix, difficile parfois, mais tout de même un choix entier et non une solution qui n'en est pas une!

L'expert propose, en quelque sorte, une forme «*d'adoption ouverte avec droits de visite*» qui n'existe pas dans notre droit. Le juge constate lui-même que les parents adoptifs n'accepteraient qu'une seule rencontre annuelle entre la mère biologique et les enfants. Il semble en tirer indirectement, sans le dire expressément, un motif pour refuser de déclarer l'enfant adoptable³²³. Si tel est le cas, *un tel motif nous rend perplexes quant à sa légalité puisque l'adoption plénière, la seule permise au Québec³²⁴, ne comporte aucune obligation de permettre des visites. Ce n'est pas non plus une condition que le tribunal peut imposer ou même envisager avec les parents adoptifs.³²⁵*

On peut d'ailleurs s'interroger sur la légalité de ces conventions préalables entre les futurs parents adoptifs et les parents biologiques. Même si elles sont assorties d'une obligation morale seulement, nous ne croyons pas, *en dépit d'une certaine pratique dans ce sens, que les dispositions actuelles en matière d'adoption permettent de telles ententes*. Ce n'est pas parce que le législateur ne

322. *Id.*

323. *Id.*

324. Art. 577 et 578 C.c.Q.

325. Art. 579 C.c.Q.

l'interdit pas que cela est permis. Au contraire, le régime québécois de l'adoption plénière interdirait de telles conventions.³²⁶

Le juge tient un discours sur l'ouverture des parents adoptifs à des visites qui se comprend seulement lorsqu'il indique qu'il «*est clair pour les deux parents d'accueil qu'ils sont prêts à garder les enfants jusqu'à leur majorité, peu importe qu'ils les adoptent ou non*». On veut d'eux, si l'on peut dire, comme parents d'accueil pour remplacer une mère inapte à reprendre ses enfants de façon permanente, mais non comme de véritables parents. *Et après la majorité, que se passera-t-il? Ils n'auront plus besoin de parents? Cette approche qui considère la famille d'accueil comme une alternative contredit, comme nous l'avons indiqué plus haut, toute la jurisprudence et les théories sur le besoin d'appartenance de l'enfant et l'article 33 al. 2 C.c.Q.*³²⁷. L'hypothèse même de l'expert de retarder l'adoption d'une année pour voir ce qui va arriver est plutôt gênante. On ne fait que rallonger inutilement la période d'incertitude puisque la mère ne peut aucunement développer, à toutes fins pratiques, des liens affectifs avec ses enfants.

Le deuxième expert fait état également d'un profond attachement des enfants à leur famille d'accueil, mais il signale que les enfants auraient des angoisses résultant de la séparation d'avec leur mère et de l'abandon. Ce dernier en tire la conclusion qu'ils ont besoin de maintenir des liens significatifs avec leur mère biologique³²⁸. Il aurait été intéressant de lui demander si ces rares visites de cette

326. De telles conventions risquent d'exposer l'enfant à un certain tiraillement entre les parents biologiques et les parents adoptifs. Même si ces derniers peuvent y mettre fin, *ils auront l'odieux de la décision, aux yeux de l'enfant*, peu importe si la cessation des visites est faite dans son intérêt. Il est discutable, par ailleurs, d'obtenir des consentements à l'adoption sur la base d'une obligation morale. *L'adoption «à la carte» nous paraît présenter beaucoup plus d'inconvénients pour l'enfant et les parents adoptifs que les personnes favorables à toutes sortes d'adoptions ouvertes veulent bien l'indiquer. On peut penser au conflit de loyauté, à la possibilité des parents adoptifs de ne pas être considérés comme les véritables parents, au chantage de l'enfant à un certain âge, etc.* Sur les adoptions ouvertes, voir D.H. SIEGEL, «Open adoption of infants : Adoptive Parent's Perceptions of Advantages and Disadvantages», *Social Work*, vol. 38, no 1, janvier 1993.

327. Voir, Chapitre III, section 2, (b) (i) : l'encadrement juridique de la discrétion judiciaire pour refuser de déclarer l'enfant adoptable. Voir, entre autres, L. MORIN, «Pour une définition de l'intérêt de l'enfant basée sur son besoin d'appartenir», (1976-77) 7 *R.D.U.S.* 452.

328. *Droit de la famille - 1914*, [1994] R.J.Q. 564 (C. de J.), p. 569.

personne, qu'on leur présente comme leur mère, ne contribueraient pas à favoriser des espoirs inexistantes puisque la mère, de l'avis de tous, ne pourra *jamais* les reprendre. Comment peut-il envisager, comme il le propose, que les enfants entretiennent des liens significatifs avec la mère alors qu'il indique, dans sa propre expertise, que la mère est peu apte à développer des relations affectives avec eux, ce qui est confirmé par le diagnostic médical du psychiatre tel que rapporté plus haut?

Il est bien connu que l'enfant ne peut créer ni maintenir de liens avec un parent absent trop longtemps de sa vie. D'ailleurs, les angoisses dont parle cet expert et la crainte de voir mourir leur mère ne peuvent être l'objet d'une inquiétude chez des enfants de sept et huit ans à moins de leur avoir posé cette question expressément ou d'avoir discuté en leur présence des problèmes de santé psychologique de la mère.

Ces deux enfants montrent un éveil aux liens biologiques, mais leur réaction à l'égard de leur mère est assez révélatrice. *En effet, si l'attachement des enfants était tel qu'on le prétend et s'ils avaient conservé des liens significatifs avec elle, nous devrions observer des signes importants de détresse chez ces derniers au moment de l'abandon.*³²⁹ *Comme il n'y a pas de véritables liens avec la mère, il n'y a pas de détresse.*³³⁰ *De plus, si la situation d'angoisse et d'abandon avait l'importance que lui accorde l'expert, les enfants auraient dû présenter des difficultés d'adaptation scolaire ou de comportement et ils auraient été carencés, comme c'est généralement le cas dans de telles situations.*³³¹ À tout événement, s'il ne nous appartient pas de refaire l'expertise, *le tribunal ne doit pas non plus en être esclave. Il aurait été nécessaire d'entendre les parents d'accueil sur les réactions des enfants. Comme la Cour suprême le signale :*

«Le bon sens nous force en effet à reconnaître que la personne qui s'occupe de l'entretien quotidien de l'enfant peut observer (souvent mieux que l'expert) dans

329. Nous avons consulté à ce sujet le docteur Luc Morin, pédopsychiatre, professeur, Université McGill, sur les comportements habituels d'enfants en situation d'abandon ou de détresse dans le contexte du présent litige.

330. *Id.*

331. *Id.*

sa conduite, son humeur, son attitude et son développement des changements qui, aux yeux de toute personne, passeraient inaperçus.»³³²

Les deux expertises psychologiques, pour ce qui en ressort dans le jugement, sont pleines de contradictions et paraissent peu réalistes ou invraisemblables, à un tel point qu'il est même possible de s'interroger sur leur utilité dans les circonstances. Elles sont manifestement fondées sur des déductions non soutenues par les faits. En effet, en aucun moment, et rien n'indique que ce ne fut pas possible, les parents affectifs d'accueil, la mère et les enfants n'ont été vus ensemble³³³ pour évaluer concrètement et de façon factuelle les relations entre ces personnes. Bien au contraire, l'expert procède par «déduction» plutôt que par «constatation».

La description de la réaction des enfants est, d'ailleurs, très instructive «à l'égard de la crainte du décès de la mère» : le premier expert rapporte que l'enfant de huit ans, sachant sa mère malade *espère qu'il ne lui arrivera rien de grave et l'enfant de sept ans aimerait qu'elle ne décède pas tout de suite*. Il ne s'agit manifestement pas de réactions d'enfants qui ont des liens d'attachement significatifs, profonds ni même ténus avec leur mère. *Ils auraient dû réagir vivement. Bien au contraire, ils ne ressentent aucune peine ou désarroi proportionnel à leur âge.*³³⁴ Comment pourrait-il en être autrement? Ils n'ont, à toutes fins pratiques, jamais vécu avec elle qui ne les voyait que de façon très occasionnelle. On comprend que l'enfant de sept ans mentionne qu'il rêve de sa mère à l'occasion, mais on reste surpris qu'il ajoute également qu'il «oublie sa mère».

332. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 86. (Les mots entre parenthèses sont de nous.)

333. On qualifie cette expertise de «*macroscopique*» par opposition à celle qui repose sur des déductions lorsque l'expert ne rencontre pas ensemble, ou ne peut le faire, toutes les parties impliquées. Le tribunal aurait pu requérir une expertise en lui demandant de déterminer la qualité des liens entre l'enfant et ses parents affectifs en précisant *quel serait l'effet sur les enfants s'ils devaient renoncer à leurs parents affectifs en regard de la conséquence que pourrait produire la disparition des liens avec leur mère biologique*.

334. Nous avons consulté à ce sujet le docteur Luc Morin, pédopsychiatre, professeur, Université McGill, sur les réactions habituelles à un décès éventuel d'un parent auquel un enfant est attaché.

Au fond, les propos des enfants laissent voir qu'ils sont sensibles et bien éduqués lorsqu'ils souhaitent qu'il n'arrive rien de grave à cette personne qui intervient parfois dans leur vie. Pourquoi lui en voudraient-ils? Il ressort davantage qu'il y a une absence complète de liens et qu'ils n'ont qu'une simple préoccupation légitime pour cette deuxième mère (biologique), une étrangère au plan affectif. En effet, la mort est ressentie comme une disparition à cet âge, d'où leur préoccupation normale de s'intéresser à cette personne qu'ils savent être leur mère.³³⁵ Mais de là à en déduire l'existence de liens ou la nécessité pour les enfants de les développer, c'est une autre affaire. Il ne font que s'interroger sur cette personne puisque les enfants bien éveillés à cet âge sont curieux. Bref, les enfants veulent être rassurés. *Ils ne sont pas déprimés. Normalement, plus les liens sont significatifs, plus la détresse est grande en cas de perte de ceux-ci.*³³⁶ *Dans la présente affaire, les propos des enfants attestent d'une attitude bienveillante.* Ils sont conscients, sans aucun doute, qu'ils font l'objet d'une dispute entre adultes et ils ne veulent déplaire à aucun d'entre eux.

Le tribunal, à notre avis, s'est trop laissé influencer par la spéculation des deux psychologues sur l'existence de liens significatifs avec une mère absente de la vie des enfants et n'a pas assez insisté sur leur profond attachement aux parents adoptifs. Ils sont les seuls à pouvoir leur fournir, d'après les experts, la «continuité». Ils le comprennent d'ailleurs tellement bien qu'ils envisagent, tout comme le juge, que les enfants devront rester dans leur famille d'accueil jusqu'à l'âge de la majorité au moins. *On sacrifie leur intégration entière à leur famille affective pour protéger la mère qui ne peut rien leur offrir.* Bref, les enfants devraient pouvoir tirer un bénéfice du maintien des liens avec leur mère³³⁷, mais nous savons qu'elle ne peut en développer.

Les enfants continueront d'être soumis à des visites irrégulières pour maintenir «l'image du passé»³³⁸ alimentant leurs angoisses ou inquiétudes. La stabilité essentielle à l'enfant ne peut être constamment remise en cause sans le

335. *Id.*

336. *Id.*

337. Voir, en ce sens, *C.C.A.S. Metro Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, p. 201.

338. Voir, *Protection de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 615-43-000018-83 et 615-43-000019-83, 18 janvier 1985, p. 30, confirmé par la Cour d'appel à *Droit de la famille - 1078*, [1987] R.D.F. 81 (C.A.).

perturber, ce qui finit par se produire dans ce genre de dossier lorsque la mère ou d'autres personnes voudront intervenir dans son éducation ou autrement. *Il n'appartient pas aux enfants de supporter le poids de la maladie de la mère.*³³⁹ *L'abandon et l'angoisse que pourraient ressentir les enfants sont distincts de l'inconfort qui semble résulter de la présente situation* : d'un côté, une mère biologique absente qui inquiète et de l'autre des parents d'accueil qui ne peuvent s'affirmer comme de véritables parents.

La présente décision risque d'accentuer l'inconfort des enfants puisqu'ils font face à un problème de loyauté. Assure-t-elle la protection de l'intérêt de l'enfant ou celui de la mère à la simple conservation des liens biologiques puisque des liens significatifs ne peuvent être développés avec elle? Comme le souligne M. le juge Vallerand de la Cour d'appel, la stabilité ne peut venir que de parents «*irrévocablement engagés et obligés*»³⁴⁰, soit des parents présents dans la vie des enfants.

c) L'âge de l'enfant adoptable.

Le tribunal estime que l'âge des enfants serait un facteur important pour refuser de les déclarer adoptables : il serait trop tard s'ils savent qui est leur mère, d'une part, et il serait peut-être aussi trop tôt, d'autre part, s'ils ne sont pas en mesure de comprendre totalement les conséquences d'une adoption légale.³⁴¹ Il s'agit d'un raisonnement comportant des éléments qui s'opposent (trop tard ou trop tôt) et dont l'effet est de rendre non adoptables presque tous les enfants, soit parce qu'ils sont trop jeunes pour comprendre ou trop âgés lorsque leurs parents les visitent occasionnellement. Seuls les enfants en bas âge ne connaissant pas leurs parents deviendraient ainsi adoptables.

Un tel argument ne résiste pas à l'analyse. Le législateur pose comme conditions l'abandon et l'absence d'une véritable reprise en charge, ce qui

339. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., St-François, 450-43-000043-890, 8 août 1990.

340. *Droit de la famille - 1544*, 1992 R.J.Q. 617 (C.A.), p. 635. Voir aussi, *Droit de la famille - 1725*, 1993 R.D.F. 1 (C. de la J.), pp. 10 et 11; *Protection de la jeunesse*, T.J., Québec, 200-43-000017-867, 3 juillet 1987, p. 8; *Protection de la jeunesse*, C.Q., Québec, 200-43-000118-873, 27 août 1991, p. 9.

341. *Droit de la famille - 1914*, 1994 R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 572.

suppose dans bien des situations que l'enfant connaîtra au moins les personnes décrites comme ses parents biologiques. Par ailleurs, de nombreux enfants âgés, ayant rencontré leurs parents ou l'un deux, ont été adoptés, par la suite, avec succès. À notre avis, *on ne doit pas sous-estimer l'expertise développée par les intervenants sociaux en matière d'adoption concernant les enfants plus âgés et leur capacité à trouver des solutions «cliniques» adaptées aux besoins de ces enfants*. On doit évaluer les risques à partir d'une *preuve suffisante* sur la personnalité des enfants, leur besoin de stabilité, etc... et ne pas se satisfaire de spéculations résultant d'abstractions non fondées sur les faits découlant des deux expertises. Il ressort de la preuve que les enfants sont heureux là où ils se trouvent : pourquoi devrait-on changer cela? *Seule l'adoption correspond à la situation constatée par les deux experts et le tribunal. La perte d'une visite annuelle ou bi-annuelle de la mère n'aura aucune ou peu d'influence sur ces enfants d'après les propos neutres qu'ils tiennent en présence de celle-ci.*

Le tribunal indique ne pas vouloir couper les enfants du lien affectif tenu qu'ils ont avec leur mère biologique. Avec tout le respect dû au tribunal, *celui-ci sacrifie des liens majeurs et indiscutables avec leurs véritables parents affectifs en les exposant aux aléas d'une famille d'accueil*³⁴² et ce, dans le seul but de conserver des liens ténus dont l'existence est contredite, à notre avis, par la preuve. Les angoisses et les inquiétudes des enfants pourraient venir aussi d'une éventuelle possibilité d'être arrachés à leur famille d'accueil plutôt que de la rupture de liens inexistantes avec leur mère.³⁴³ Même si le tribunal réfère à l'appartenance à deux milieux familiaux, il n'y en a qu'un seul, en réalité : celui des parents adoptifs³⁴⁴. Il devient ainsi difficile de comprendre que le refus de prononcer l'admissibilité à l'adoption permettra, d'après le tribunal, d'apporter aux enfants leur meilleur épanouissement possible³⁴⁵, lequel ne viendra jamais de la mère pour les motifs indiqués plus haut, mais de la famille adoptive!

342. En effet, ces enfants resteront soumis à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1; voir les articles 7, 38, et 62 qui confèrent le pouvoir au directeur de la protection de la jeunesse de changer la famille d'accueil de l'enfant pour diverses raisons.

343. Nous avons consulté à ce sujet le docteur Luc Morin, pédopsychiatre, professeur, Université McGill, sur les réactions susceptibles de se produire lorsque les enfants sentent menacé leur stabilité actuelle.

344. *Droit de la famille - 1914*, (1994) R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 572.

345. *Id.*

d) L'adoption interraciale ou l'origine culturelle.

Le tribunal invoque un motif supplémentaire, celui de l'origine culturelle et de l'impact de l'adoption de ces enfants par des parents adoptifs d'une autre culture ou couleur. On ne peut accepter ce genre de raisonnement, car ainsi seuls les noirs devraient adopter des noirs, les blancs des blancs, des enfants d'une culture seraient adoptables seulement par des parents de même culture, etc... Les adoptions interraciales ne posent pas plus de difficultés d'intégration dans une société différente de celle de la culture d'origine de l'enfant adopté, que pour n'importe quel autre enfant non adopté ayant la même culture. Bien au contraire, dans bien des cas, cela pourrait favoriser une meilleure intégration. À tout événement, lorsque les enfants abandonnés sont, de surcroît, nés au Québec, comme dans la présente affaire, une telle restriction mènerait à la frontière de la discrimination.

Le tribunal, dans l'espèce, signale : «Quand on pense aux enfants... on pense aussi au facteur culturel»³⁴⁶. Que signifie ici le «facteur culturel»? On accepte, dans ce jugement, la perspective que les enfants soient entièrement éduqués par la famille d'accueil jusqu'à leur majorité et nous pouvons facilement comprendre *qu'elle communiquera aux enfants ses valeurs au gré de la vie quotidienne*. En quoi la situation de ces enfants sera-t-elle différente s'ils sont adoptés? Ils sont nés au Québec et fréquentent sans doute déjà des écoles québécoises souvent multiculturelles dans plusieurs régions. *Il semble difficile de soutenir que le facteur culturel puisse être préservé par une visite occasionnelle de la mère biologique inapte à créer des liens avec eux ou même d'une tante comme dans le présent dossier qui, jusqu'à ce jour, ne s'est jamais souciée d'eux.*

«Le facteur culturel» est un motif étranger, *dans les circonstances de cette affaire*, aux véritables besoins de l'enfant. Nous concluons rapidement, à ce sujet, en empruntant un passage de la Cour suprême sur cet aspect, à savoir que «l'héritage culturel et les difficultés pouvant résulter de l'adoption des enfants par une autre race, notamment qu'ils pourraient faire "une grave crise d'identité au cours de l'adolescence" du fait d'être élevés par une race blanche, s'estompent

346. *Id.*

avec le temps»³⁴⁷. «Plus le lien parental avec les futurs parents adoptifs est étroit, plus le lien racial perd de l'importance»³⁴⁸.

e) La reprise en charge par la famille élargie.

Le tribunal souligne, à l'instar des deux psychologues, qu'il est impensable que la mère puisse reprendre en charge seule les enfants. Au mieux pourrait-elle le faire avec l'aide de sa soeur, une psychologue, si cette dernière donne suite à son engagement de rencontrer les enfants durant la prochaine année pour les accueillir éventuellement chez elle et vivre ainsi dans la famille élargie.³⁴⁹ Discutons de la proposition de la tante et des exigences de l'article 561 C.c.Q. en regard de ce que doit nécessairement comprendre la famille élargie.

La tante des enfants, bien qu'elle n'ait eu aucun contact avec eux depuis longtemps, même si elle connaissait vraisemblablement les difficultés majeures et permanentes de sa soeur, la mère des enfants, s'oppose à leur adoption. Elle propose donc de reprendre contact progressivement avec eux durant la prochaine année *pour vérifier s'il serait souhaitable qu'ils lui soient confiés ou alors qu'ils demeurent dans leur famille d'accueil actuelle*.³⁵⁰ L'offre de la tante nous apprend trois choses évidentes : l'absence de liens avec les enfants; son intérêt soudain pour eux; et son objectif à peine caché de retarder d'un an leur admissibilité à l'adoption. Bref, l'effet de cette proposition ne saurait constituer, ni de près ni de loin, une quelconque reprise en charge même par la famille élargie telle que les tribunaux l'ont définie en analysant le sens à donner aux mots «père et mère» à l'article 561 C.c.Q.³⁵¹

L'un des experts qualifie l'offre de la tante, qui elle-même élève un enfant autistique, *de tardive et d'illusoire*³⁵². La proposition de la tante, que le tribunal semble accepter, repose sur des hypothèses peu réalistes. Pourra-t-elle, dans les circonstances, consacrer tout le temps nécessaire aux deux enfants qui se

347. *Racine c. Woods*, 1993] 2 R.C.S. 173, pp. 187 et 188.

348. *Id.*

349. *Droit de la famille - 1914*, 1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 568.

350. *Id.*, p. 569.

351. Voir Chapitre II, section 2.

352. *Droit de la famille - 1914*, 1994] R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 568.

développent bien, semble-t-il, dans leur famille d'accueil, puisque la mère biologique est inapte à le faire? Jusqu'où est-on prêt à aller pour empêcher les conflits d'origine culturelle qui devraient survenir, d'après la tante, à l'adolescence ou encore pour maintenir des liens ténus avec une mère qui ne pourra jamais, d'après le tribunal, s'occuper deux? On peut mieux comprendre pourquoi nous avons qualifié plus haut certains motifs ou arguments pour refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption de «constructions intellectuelles» ou «d'abstractions» ou encore «d'hypothèses non réalistes».

Dans ce jugement où l'on refuse de déclarer adoptables les enfants dans leur intérêt, *on ne connaît, en définitive, que très peu de choses à leur sujet même si l'article 33 al. 2 C.c.Q. impose de tenir compte de plusieurs facteurs de la vie quotidienne.* Comment la tante, qui n'a jamais trouvé le temps de se soucier d'eux, peut-elle espérer répondre à leurs besoins? Son opposition apparaît artificielle, peu convaincante, surtout qu'elle envisage avec une facilité déconcertante la possibilité pour les enfants de rester dans leur famille d'accueil.³⁵³

Abordons brièvement la question de la famille élargie qui pourrait, selon le tribunal, finir par «héberger» (ce sont les termes utilisés par le juge) les enfants. La jurisprudence nous apprend qu'il n'est pas nécessaire que la reprise en charge se fasse par le parent seul, mais qu'il peut être aidé³⁵⁴. Toutefois, il ressort aussi que le parent doit être au centre de la reprise en charge, c'est-à-dire qu'il doit assumer, comme l'exige l'article 561 C.c.Q., le soin, l'entretien ou l'éducation lui-même même s'il ne peut remplir complètement seul ses devoirs. *En aucun temps, la reprise en charge ne peut avoir lieu par un parent inapte à exécuter ses devoirs au moins partiellement dans le seul but d'en confier l'entière responsabilité à une tierce personne.* En d'autres termes, la famille élargie ne peut exclure *de fait* le parent puisque l'article 561 C.c.Q. réfère expressément aux «père et mère».

353. *Id.*, p. 569.

354. Voir, *Droit de la famille - 256*, (1988) R.D.F. 397 (C.A.), p. 400; *Droit de la famille - 231*, (1985) T.J. 2044, pp. 2051 et 2052 : confirmé par la Cour d'appel à *Droit de la famille - 231*, (1988) R.J.Q. 230 (C.A.), p. 234.

Dans la présente affaire, il y a au moins une chose sur laquelle tous s'entendent, autant les experts, la mère elle-même que le tribunal, soit que celle-ci est irrémédiablement inapte à reprendre en charge les enfants afin de s'en occuper même partiellement. Il s'agit manifestement d'une reprise en charge *par personne interposée* (la tante), puisque la mère témoigne vouloir lui confier ses enfants. La famille élargie doit inclure au moins un parent capable de développer des liens avec l'enfant, ce qui n'est pas le cas ici.

En conclusion sur cette affaire, *on pense que l'intérêt des enfants, qu'on connaît peu puisqu'on ne parle pas de leurs besoins, serait mieux servi par une mère inapte à développer des liens et qui souhaite les confier à sa soeur. Cette dernière s'y est tellement peu intéressée qu'elle doit reprendre contact avec eux non pour les reprendre avec la mère, mais uniquement pour évaluer s'il est préférable de les laisser dans leur famille d'accueil actuelle.* On ne cherche, semble-t-il, qu'à retarder l'adoption pour des raisons, disons-le, uniquement culturelles, puisque même si on parle d'attachement significatif des enfants avec la mère, ils la connaissent très peu en définitive.

Dans cette décision, on indique vouloir favoriser les conditions les plus propices à leur épanouissement.³⁵⁵ *Le projet de vie qu'on offre à ces enfants constitue une véritable désolation* : on leur propose des rencontres peu fréquentes avec une mère que les circonstances de la vie ont rendue inapte à s'occuper d'eux depuis leur naissance; une tante qui ne s'est jamais préoccupée d'eux, qui leur manifeste un intérêt soudain, probablement temporaire, à la condition qu'elle accepte de donner suite à ses engagements; et, enfin, une incertitude quant à leur attachement à la famille d'accueil jusqu'à leur majorité suivie d'un vide complet après celle-ci. *Ce constat peut paraître sévère; pourtant nous le croyons juste et approprié.* L'intérêt de l'enfant doit correspondre à des éléments concrets de la vie quotidienne. En outre, on doit présumer ici que les parents adoptifs sauront s'occuper éventuellement des problèmes culturels de ces enfants si jamais il devait s'en présenter. Ils s'occupent de ceux-ci depuis trois ans et ils ont été évalués par les services de l'adoption.

355. *Droit de la famille - 1914*, (1994) R.J.Q. 564 (C. de la J.), p. 572.

Somme toute, la tante et la mère n'offrent pas un projet défini, articulé autour des besoins réels des enfants. *Au nom de la discrétion judiciaire, on a utilisé l'intérêt de l'enfant pour leur refuser de s'identifier à leurs véritables «parents» et de s'intégrer à leur véritable famille d'appartenance affective.*

Nous constatons, et c'est là l'intérêt de ce jugement qui a véritablement posé la question, que la discrétion judiciaire fondée sur l'intérêt de l'enfant en matière d'admissibilité à l'adoption, conduit, lorsqu'elle est détachée des deux seules conditions posées par le législateur, à des adaptations subjectives qui ne correspondent pas nécessairement aux éléments de l'article 33 al. 2 C.c.Q. qui servent à définir l'intérêt de l'enfant. Si l'article 561 C.c.Q. «laisse une marge de discrétion au juge»³⁵⁶, elle ne lui permet pas de s'éloigner des buts poursuivis par le législateur. On ne peut y substituer les vues personnelles des experts en sciences humaines ou la conception des juges qui pourraient les amener à favoriser ou non cette institution dans notre société.

Les enfants n'ont jamais eu autant besoin de parents stables et permanents et non de familles d'accueil qui malgré elles, deviennent des familles affectives aléatoires parce qu'on retarde sans cesse le moment où il faudra prendre une décision. Nombre d'enfants qu'on retrouve dans les centres d'accueil ont souvent ce profil d'enfants abandonnés, dépourvus d'affection et d'une famille où ils auraient pu se sentir désirés si on leur avait donné cette deuxième chance d'avoir des parents pendant que cela comptait vraiment pour eux.

L'adoption, qu'on le veuille ou non, met en oeuvre des conceptions et des émotions auxquelles les intervenants sociaux et judiciaires ne peuvent échapper. C'est le choc des conceptions juridiques et cliniques dans le processus conduisant à l'adoption qui peut nous éclairer sur la conduite ou les attitudes des uns et des autres qui tantôt retardent indéfiniment la prise d'une décision, tantôt favorisent une décision rapide.

Nous allons nous demander s'il est possible d'améliorer cette dynamique tout en faisant justice aux parents biologiques pour éviter que des enfants soient à la fin privés de leurs vrais parents, de leur seule vraie famille.

356. *Droit de la famille - 1544*, (1992) R.J.Q. 617 (C.A.), p. 638.

CHAPITRE IV LE CHOC DES CONCEPTIONS JURIDIQUES ET CLINIQUES DANS LE PROCESSUS CONDUISANT À LA PRÉSENTATION D'UNE DEMANDE EN DÉCLARATION D'ADMISSIBILITÉ À L'ADOPTION

La grande majorité des demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption proviennent du directeur de la protection de la jeunesse qui a déjà, sauf en de très rares exceptions, pris en charge ces enfants conformément à la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁵⁷, et généralement à la suite d'un jugement de protection. Il ressort qu'il a habituellement déjà tenté par diverses démarches de responsabiliser les parents à l'égard de leur enfant, et qu'à un certain moment l'adoption constitue «la mesure la plus susceptible d'assurer le respect des droits de l'enfant»³⁵⁸, en lui permettant de s'intégrer à une famille affective désireuse de s'occuper de lui de façon continue.

Une telle décision implique la participation et la concertation de plusieurs intervenants afin de vérifier s'il est dans l'intérêt de l'enfant d'être adopté. Le mécanisme mis en place par le directeur de la protection de la jeunesse pour assurer la pérennité et l'efficacité de ce processus décisionnel prend généralement la forme d'un comité créé à cette fin.

Le Comité est pluridisciplinaire et n'a pas pour but d'orienter l'enfant nécessairement vers l'adoption. Il s'agit plutôt d'un forum donnant lieu à des échanges et discussions visant à s'assurer que l'intervention clinique en regard de la situation de l'enfant est toujours conciliable avec son intérêt, le respect de ses droits *et un projet de vie*³⁵⁹. La décision du Comité conduit souvent à envisager une demande en déclaration d'admissibilité en adoption, mais elle peut aussi consister à favoriser la poursuite de l'intervention en protection en suggérant, par exemple, à l'intervenant social de sensibiliser les parents en leur

357. L.R.Q., c. P-34.1.

358. Art. 72.1 (d) L.P.J.

359. L'expression «*projet de vie*» s'emploie généralement pour désigner la démarche servant à établir «*des conditions de vie sociale et familiale jugées les plus aptes à répondre aux besoins de l'enfant et à lui offrir des liens continus et un milieu d'appartenance dans une optique de permanence*»; voir Rapport du groupe de travail sur l'application des mesures de protection de la jeunesse, Annexe 3, *La protection sur mesure, un projet collectif*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1991, p. 16.

faisant comprendre la nécessité d'envisager un projet de vie pour leur enfant et l'urgence pour eux d'agir en conséquence.

Ce forum de discussions contribue à *concilier les critères cliniques et les critères juridiques relatifs aux concepts d'abandon et de probabilité de reprise en charge*. Parfois, l'examen de certaines situations donne lieu à un véritable choc de «conceptions», notamment lorsqu'il s'agit de parents atteints de déficience intellectuelle ou de maladie mentale. De plus, l'existence d'un jugement de protection met en relief le double rôle du directeur de la protection de la jeunesse (protection-adoption), ce qui a pour effet de soumettre le processus conduisant à l'adoption à des exigences particulières dont il lui faut tenir compte.

Section 1 Les difficultés identifiées à partir des conceptions sociales prévalant dans l'évaluation de la situation de l'enfant.

Les premiers conflits de conceptions viennent d'abord des intervenants sociaux, chargés d'évaluer la situation de l'enfant. D'une part, ils retardent parfois la décision qui doit être prise pour favoriser l'intérêt des parents. À l'opposé, d'autre part, dans le but de favoriser immédiatement l'intérêt de l'enfant, ils négligent d'entreprendre des démarches structurées pour sensibiliser les parents au danger de devenir des étrangers à ses yeux s'ils n'agissent pas en regard d'une situation potentielle d'abandon.

A) Le conflit de loyauté de l'intervenant social à l'égard des parents défaillants.

L'intervenant social, de par la nature même de sa fonction, s'engage dans une relation d'aide avec autrui. Il est au centre d'une démarche visant à fournir des services aux individus connaissant des difficultés personnelles pour les amener progressivement à se prendre en main. Dans ce contexte, il se crée nécessairement des allégeances, une sorte d'«alliance clinique» entre lui et l'usager.³⁶⁰ Lorsque l'intervention sociale concerne un enfant et ses parents,

360. Voir la *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 3 qui énonce les lignes directrices devant guider la prestation de services sociaux à un usager. Voir également l'article 2.4 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, qui

l'intervenant doit relever le défi particulier de concilier à la fois la préservation de l'autonomie et l'intégrité de la famille, et le besoin indiscutable de l'enfant de faire partie d'une famille stable.

L'intervenant social peut donc être appelé à vivre un conflit de loyauté en acceptant ou en tolérant une implication minimale des parents à l'égard de leur enfant. Cette absence de responsabilisation des parents tolérée peut durer de longues périodes, au mépris, souvent inconscient, du droit de l'enfant à bénéficier d'un projet de vie. Le «conflit de loyauté» peut aussi amener l'intervenant social à adopter une attitude qui le pousse à agir à la place des parents.

Dans la première hypothèse, la situation de l'enfant pourrait ne jamais être soumise à l'examen du Comité ou l'être très tardivement. Dans la seconde hypothèse, le Comité pourrait être incapable de suggérer une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption pour procurer à l'enfant une famille désireuse de s'en occuper de façon permanente.

B) L'intervention sociale fondée sur la primauté de l'intérêt de l'enfant.

L'intervention sociale centrée *a priori* uniquement sur l'enfant n'est guère meilleure, puisqu'on ne cherchera pas à inciter les parents à s'impliquer dans une démarche visant la réinsertion familiale de leur enfant ou, à tout le moins, à les responsabiliser à son égard. C'est seulement dans l'éventualité où les actions entreprises auprès des parents s'avèrent infructueuses ou irréalistes, après l'écoulement d'un délai raisonnable, que l'intervention sociale pourrait alors orienter l'enfant vers l'adoption, en vue de sauvegarder son droit à l'affection continue et à la stabilité familiale.

Section 2 Les difficultés d'arrimage de l'intervention sociale avec l'intervention judiciaire.

Les intervenants sociaux ont développé des indicateurs susceptibles de les aider à identifier un abandon les justifiant à présenter une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Les indicateurs permettent d'intervenir auprès des parents pour les inciter à mettre fin à la situation de compromission et à conserver des liens significatifs avec leur enfant. À défaut par eux de comprendre l'importance de cet enjeu, les intervenants doivent alors concevoir un projet de vie durable pour l'enfant. *Les tribunaux doivent donc, lors de son placement en famille d'accueil, aviser clairement les parents de s'impliquer, à défaut de quoi un projet de vie pour leur enfant les exclura et pourra conduire à son adoption.* Par la suite, il sera plus facile de concevoir l'adoption comme une solution naturelle pour l'enfant abandonné et non comme une atteinte à l'autorité parentale et aux liens de sang.

A) La nécessité d'un dépistage précoce.

L'étude de la jurisprudence et l'expérience dans ce domaine nous apprennent que la situation de certains enfants aurait dû être soumise beaucoup plus tôt au Comité, n'eût été d'une intervention sociale qui omet, tarde ou résiste à constater l'abandon vécu par ces enfants.³⁶¹ À cet égard, il faut se rappeler

361. Les auteurs d'un document récent, énonçant les orientations ministérielles en matière d'adoption au Québec, font le même constat; voir *L'adoption : un projet de vie*. Cadre de référence en matière d'adoption au Québec, Gouvernement du Québec, ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'adaptation sociale, mai 1994, à la page 75 du document : «La définition d'un projet de vie pour les enfants à risque ou en situation d'abandon n'est pas encore une pratique répandue chez tous les intervenants sociaux. Certains suivis psychosociaux sont beaucoup trop longs pour qu'une décision sur l'élaboration et l'orientation d'un projet de vie puisse être prise. Le réflexe de penser "projet de vie" ne fait pas suffisamment partie de la culture ou des réflexes des intervenants sociaux et des dirigeants. Cette attitude n'est pas toujours prise en considération par les intervenants, selon la valeur qu'ils donnent au lien biologique dans la construction de l'identité. Il est fréquent de constater que la décision d'élaborer un projet de vie n'a pas été arrêtée, et encore moins celle d'orienter vers l'adoption un enfant à risque ou en situation d'abandon. Non seulement cette démarche conjointe ne se réalise-t-elle pas systématiquement mais, dans plusieurs cas, elle arrive tardivement. Trop souvent, les parents maintiennent un contact intermittent avec l'enfant, sans engagement, et refusent de prendre position quant à l'avenir de leur enfant. Les intervenants sociaux se heurtent à cette réalité, maintiennent le *statu quo*

constamment que le sens du «*temps*» n'est pas le même chez l'enfant que chez l'adulte. C'est ce que rappellent les auteurs d'un rapport sur la protection de la jeunesse, en soulignant les conséquences que comportent pour l'enfant tous les «*temps perdus*» :

«Les liens affectifs se construisent dans la durée, dans le temps de la présence des figures parentales personnalisées; ils s'atténuent et même se défont dans l'absence. Le temps de (chez) l'enfant n'est pas celui de l'adulte. Pour l'enfant, il y a le temps (vu comme un) facteur d'anxiété et le temps à considérer comme élément fondamental à (de) son développement. Il y a aussi les temps perdus dans l'inconnu de l'attente d'une décision, les temps de placements provisoires dans l'attente d'une autre décision, les temps de délais administratifs et judiciaires. Autant de temps suspendus durant lesquels l'enfant macère dans l'anxiété, en transit, comme si le temps et les lieux ne comptaient pas. Il y a également le temps du détachement lorsque l'enfant perd ses points de repère affectifs pendant une trop longue période. Pire, il y a la perte de la capacité d'attachement lorsqu'il n'y a pas d'inscription affective durable avec un adulte significatif ou lorsqu'il n'y a pas de continuité, mais une succession de moments avec une succession de personnes.»³⁶²

et n'arrivent pas à définir un projet de vie pour l'enfant, qui vieillit ainsi dans le réseau. Il s'ensuit un renouvellement des ententes volontaires ou des ordonnances du tribunal, qui maintiennent le placement de l'enfant en famille d'accueil ou en centre de réadaptation à long terme, sans projet de vie».

362. Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, *La protection de la jeunesse, Plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, Ministère de la Justice, 1992, p. 19. (les parenthèses sont de nous); ce rapport est souvent désigné sous l'appellation abrégée de «Rapport Jasmin». Voir également au sujet de l'importance du besoin d'attachement, St-Antoine, Michelle, psychologue, attachée aux Centres jeunesse de Montréal, «*Besoins des enfants en fonction de l'élaboration d'un projet de vie*», conférence prononcée le 4 mai 1995 à l'occasion de la tenue du Colloque des contentieux des Centres jeunesse du Québec, à la page 2 de son texte : «Le sujet que l'on me demande de traiter aujourd'hui est vaste, c'est-à-dire les besoins physiques, intellectuels, moraux et affectifs des enfants en fonction de l'élaboration d'un projet de vie. Tellement vaste que de tenter de définir de tels besoins à chaque période de vie de l'enfant risquait de nous éparpiller et de nous faire perdre de vue l'essentiel. Je me suis donc permise aujourd'hui de m'en tenir à ce que je considère être le besoin primordial pour qu'un individu puisse se développer en relation avec les gens qui l'entourent et dans le respect de la réalité sociale, soit le *besoin d'attachement*. En effet, toute la recherche des dernières décades nous montre que le développement de l'enfant n'est pas seulement lié au milieu physique, nutritionnel mais aussi de façon encore plus importante, au milieu psychologique, c'est-à-dire, aux liens d'attachement que l'enfant développe, que ces liens sont essentiels à son développement

Il en résulte que les intervenants sociaux autant que les avocats et les juges peuvent être responsables de «temps perdus» pour l'enfant. Ils doivent donc chercher à minimiser les dommages et agir en conséquence.

Des efforts ont été consacrés, particulièrement au cours des dernières années, pour dégager des critères permettant de conclure à un abandon, d'une part, et qui font consensus chez les intervenants sociaux, d'autre part. Le «guide d'intervention psychosociale auprès des enfants vivant une situation d'abandon» identifie douze indicateurs jugés probants pour dépister les situations à risque d'abandon :

- «- l'absence d'implication des parents auprès de l'enfant;
- l'absence ou la rareté des visites, des contacts;
- l'absence de plan concret pour reprendre l'enfant placé;
- la discontinuité dans la présence des parents auprès de l'enfant dès les premiers mois suivant la naissance;
- un comportement de rejet ouvert envers l'enfant dès la naissance;
- les prolongations et répétitions du placement;
- une demande de placement dès les premiers mois de la vie de l'enfant;
- la présence chez les parents de carences affectives graves subies dans leur enfance;
- la négation de la grossesse, l'absence de préparation pour recevoir l'enfant;
- un projet d'avortement non réalisé à cause des pressions de l'entourage;
- des antécédents de placements et de délaissement dans la fratrie;

intellectuel et affectif et que toute coupure dans cet attachement a des conséquences graves sur son développement (Bowlby, 1982).» (Les italiques et la parenthèse sont dans le texte.)

- la peur, le refus de l'enfant d'avoir des contacts avec ses parents.»³⁶³

On constate que, sauf les indicateurs concernant les «*prolongations et répétitions du placement*» et «*la peur, le refus de l'enfant d'avoir des contacts avec ses parents*», tous les autres ont trait à la situation et aux attitudes des parents. Pour mieux comprendre l'abandon et contribuer à son dépistage efficace, il faut aussi tenir compte de ce que l'enfant a vécu pour comprendre à partir d'indicateurs qui lui sont propres, son éloignement affectif réel à l'égard de ses parents. Au nombre des indicateurs spécifiques à la situation de l'enfant permettant de dépister une situation d'abandon, on peut retenir les suivants : les attitudes de gêne et/ou de crainte à l'égard de ses parents; les réactions négatives manifestées après un contact avec ses parents; le désir de porter le nom de famille de ses parents nourriciers (sa famille affective), de célébrer les fêtes de Noël, son anniversaire de naissance et les autres fêtes significatives avec ces derniers; ou encore la difficulté à s'enraciner au plan affectif dans son milieu de vie substitut en raison de la faible estime de soi.³⁶⁴

L'analyse antérieure de la jurisprudence concernant les critères pour évaluer l'abandon et la probabilité de reprise en charge citée dans la première partie de notre exposé, nous permet de constater que la majorité de ces indicateurs, tant ceux relatifs aux parents que ceux concernant l'enfant, ont été en quelque sorte «validés» par les tribunaux qui les ont jugés probants en matière d'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon.

363. Rapport du groupe de travail sur l'application des mesures de protection de la jeunesse, Annexe 3, *La protection sur mesure, un projet collectif*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, 1991, p. 18.

364. À cet égard, voir *Écho journal du Conseil consultatif du personnel clinique du Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain* (devenu les Centres jeunesse de Montréal en 1995), «Les enfants abandonnés, une espèce en voie de disparition», vol. 2, no 1, Hiver 1989, pp. 8 à 10. (Les parenthèses sont de nous.)

B) La nécessité d'aviser rapidement les parents défaillants des conséquences de leur inaction parentale.

L'intervenant social, qui prend la situation d'un enfant en charge et qui identifie la présence d'un ou de plusieurs indicateurs d'abandon chez les parents ou l'absence d'intérêt de l'enfant pour ces derniers, doit faire comprendre aux parents la situation sans délai. Il doit leur rappeler que leur enfant a des besoins et qu'ils doivent se comporter en conséquence.

L'obligation de faire prendre conscience de la situation aux parents correspond au devoir de transparence qui doit animer le directeur de la protection de la jeunesse. De plus, elle élimine le risque potentiel pour l'intervenant social de vivre un conflit de loyauté à l'égard des parents auxquels il doit également venir en aide.

Enfin, l'avertissement donné aux parents par le directeur de la protection de la jeunesse aura un impact important lors de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. En effet, le tribunal, qui constate que l'inaction et le désintéressement des parents se sont poursuivis, après les avoir confrontés avec la situation vécue par l'enfant, doit en tirer les conséquences qui s'imposent tant à l'égard de l'existence de l'abandon que de la probabilité d'une reprise en charge.

C) Les mesures de protection requises pour réaliser un projet de vie pour l'enfant.

Nous avons déjà indiqué pourquoi le tribunal devait tenir compte de l'existence d'un jugement en protection de la jeunesse pour évaluer l'abandon en considérant la conduite des parents qui devaient mettre fin aux motifs de protection en participant activement au plan d'intervention sociale.³⁶⁵

Il est nécessaire que les intervenants sociaux soient réalistes avec les parents défaillants ou ceux en voie de le devenir, en demandant au tribunal des mesures

365. *Supra*, Chapitre II, section 1 B) 2) a).

concrètes qui les placent face à leurs responsabilités³⁶⁶. Ils devront alors agir tant au niveau de la relation affective à maintenir avec leur enfant qu'à celui des changements personnels à effectuer pour restaurer leurs capacités parentales. Un plan d'intervention écrit, reflétant ces objectifs, doit être préparé à cette fin et remis aux parents.³⁶⁷

Tout aussi importante est la nécessité de ne pas requérir du tribunal, autant que faire se peut, une mesure de placement de longue durée, et *a fortiori* lorsqu'elle concerne un enfant en bas âge; dans l'intérêt de l'enfant, il faut inciter les parents à réagir rapidement à son égard. Le placement de longue durée pourrait avoir l'effet de démobiliser les parents ou de les «*déresponsabiliser*» sans que pour autant cela entraîne une prise de conscience de leur part. Enfin, les mesures de protection de courte durée obligent l'intervenant social à être plus actif dans le dossier de l'enfant.

En dernier lieu, il y a lieu de faire état d'un épineux problème susceptible de survenir lorsque l'intervenant social demande un avis au Comité à la suite d'un nouveau jugement de protection à l'égard de l'enfant. Prenons l'exemple suivant : l'enfant, placé en famille d'accueil depuis plusieurs années, a été clairement abandonné au cours de la dernière année. Le lien affectif avec ses parents est ténu. Toutefois, à chaque année, les parents se ressaisissent à l'approche de la révision judiciaire de l'ordonnance de protection. Le jugement en révision de protection les invite de nouveau à saisir l'occasion d'assumer leur rôle de parents auprès de leur enfant avant qu'il ne soit trop tard et prévoit en conséquence diverses mesures incitatives en ce sens.

Dans une telle hypothèse, le Comité n'a alors d'autre choix que de demander à l'intervenant social d'être vigilant et de représenter le dossier de l'enfant au Comité dès que la défaillance parentale se manifesterait de nouveau. Il ressort que le mauvais arrimage entre «ces nouvelles chances répétitives» et la situation d'abandon vécue par l'enfant est à l'origine de «temps perdus» pour l'enfant.

366. Voir, notamment à ce sujet les articles 54 (a), (b) et 91 (1) (a) et (b) de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

367. Voir l'article 5 paragr. 2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 et l'article 102 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.R.Q., c. S-4.2.

D) L'impact d'un jugement de protection sur le processus judiciaire conduisant au jugement d'admissibilité à l'adoption.

L'expérience nous apprend qu'il s'écoule souvent quelques mois entre la décision de présenter une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption et la signification de celle-ci aux parents. De plus, dans l'hypothèse d'une contestation par les parents, il peut s'écouler en moyenne une période de huit mois entre la signification et le jugement en première instance. Enfin, il s'écoule entre douze et dix-huit mois avant d'être entendu, le cas échéant, par la Cour d'appel.³⁶⁸

Il est assez fréquent de voir des parents défaillants se manifester auprès de leur enfant après avoir reçu la signification d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Nous avons indiqué antérieurement que les tribunaux considèrent ces manifestations parentales tardives que pour évaluer la probabilité de reprise en charge par ces derniers³⁶⁹.

Il n'est pas rare non plus, en raison de la longueur des délais et l'approche préconisée de raccourcir la durée des placements de l'enfant résultant des jugements de protection, que le directeur de la protection de la jeunesse soit contraint pendant l'instance en admissibilité à l'adoption, de requérir la prolongation du jugement de protection venu à expiration. Cette demande peut aussi être contestée par les parents.

Dans une affaire³⁷⁰ dans laquelle le tribunal, après avoir statué que le directeur de la protection de la jeunesse avait le pouvoir de présenter une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption alors qu'il était chargé d'exécuter un jugement de protection à l'égard du même enfant, constate qu'il s'agit d'une situation contradictoire en apparence et propose la suggestion suivante pour y remédier :

368. Voir l'article 26 paragr. 6 du Code de procédure civile qui prévoit l'appel de plein droit, à l'égard des jugements ou ordonnances rendus en matière d'adoption.

369. *Supra*, Chapitre I, section 1 B) 2) d) et Chapitre II, section 2 A) 4).

370. *Droit de la famille - 1816*, (1993) R.D.F. 299 (C. de la J.).

«Il est évident qu'en pratique il peut être difficile de favoriser la réinsertion familiale d'un enfant chez ses parents quand, en même temps, on demande de dissoudre ce même lien familial. C'est pourquoi le Tribunal croit et en profite pour suggérer au directeur de la protection de la jeunesse de faire une demande de révision (art. 95) aussitôt que la décision sur une nouvelle orientation est prise. Toutes les parties seraient mises au courant et des ajustements de conditions pourraient être faits, s'il y a lieu, pour la durée du processus d'adoption.»³⁷¹

Il s'agit certes d'une avenue à explorer³⁷². Toutefois, le tribunal dans une autre affaire³⁷³ emprunte une voie fort différente pour régler cette difficulté. S'appuyant sur une décision récente de la Cour d'appel³⁷⁴, il affirme que :

«... le tribunal saisi d'une demande pouvant déboucher sur l'admissibilité d'un enfant à l'adoption peut, pour les fins propres de la procédure et dans le meilleur intérêt de l'enfant tel que compris par notre Cour d'appel en de telles circonstances se prononcer sur une question ancillaire comme le droit d'accès du parent naturel, nonobstant l'ordonnance rendue sur ce droit en vertu de la Loi sur la protection de la jeunesse.»³⁷⁵

L'avenir nous dira laquelle de ces deux voies prédominera. Toutefois, la suspension des droits de visite nous paraît être la solution à privilégier. D'autant que si l'on demande de déclarer l'enfant adoptable pour cause d'abandon, c'est que souvent les parents n'exercent plus ou peu leurs droits de visite. Il serait par contre possible d'éviter fréquemment ce dilemme juridique en raccourcissant singulièrement les délais, pour permettre au tribunal de tenir *l'enquête et l'audition* dans un délai très court et de bénéficier d'un cadre adéquat pour les compléter rapidement. Il y aurait lieu aussi d'introduire une disposition

371. *Id.*, p. 307.

372. Voir également *Protection de la jeunesse - 532*, C.Q., Saint-François, 450-41-000013-88, 25 novembre 1991; dans cette affaire, le tribunal accueille une requête en révision d'ordonnance visant à annuler les droits d'accès d'un parent à son enfant, reconnus par un jugement de protection, alors qu'il avait été déclaré judiciairement admissible à l'adoption et que ce jugement était porté en appel.

373. *Chambre de la jeunesse*, C.Q., Montréal, 500-43-000038-942, 2 décembre 1994.

374. *Droit de la famille - 1873*, [1994] R.J.Q. 1787 (C.A.).

375. *Chambre de la jeunesse*, C.A., Montréal, 500-43-000038-942, 2 décembre 1994, p. 12.

législative afin que l'appel d'un jugement déclarant un enfant admissible à l'adoption soit entendu et jugé d'urgence.

E) Le devoir du directeur de la protection de la jeunesse de dévoiler les éléments favorables ou défavorables à la demande d'admissibilité à l'adoption.

Le directeur de la protection de la jeunesse, qui est chargé d'exécuter tout jugement de protection à l'égard d'un enfant³⁷⁶, agit alors «*en contexte d'autorité*» et, à ce titre, il peut avoir une influence déterminante sur l'évolution de la relation entre les parents et l'enfant. La jurisprudence étudiée plus haut fait ressortir, d'une part, que les parents doivent tenter de mettre fin aux «causes» ayant justifié la mise sous protection de leur enfant en participant au plan d'intervention sociale et, d'autre part, que les agissements du directeur de la protection de la jeunesse, dans l'exécution d'un jugement de protection, peuvent créer à l'occasion une situation faisant obstacle à l'exercice de l'autorité parentale, ce qui peut entraîner parfois le rejet de la demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. Ce danger potentiel impose au directeur de la protection de la jeunesse de faire preuve d'une grande transparence, non seulement au niveau des interventions sociales, mais également à l'égard des éléments de la preuve qu'il soumet au tribunal à l'appui d'une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption. À titre d'exemple, les éléments de preuve qui paraissent favorables aux parents qui contestent la demande, doivent être portés à la connaissance du tribunal par le directeur de la protection de la jeunesse s'il les connaît.

376. Art. 92, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

F) La mise en garde de la Cour d'appel³⁷⁷ de ne pas considérer l'adoption comme une panacée universelle cadre-t-elle avec la réalité de l'enfant abandonné?

Les données statistiques³⁷⁸ des dernières années des trois Centres de protection de l'enfance et de la jeunesse³⁷⁹, lesquels desservent ensemble près de la moitié de la population totale du Québec, révèlent que pour la région sociosanitaire de *Québec* on présente environ vingt demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption par année, dont les trois-quarts procèdent par défaut; pour celle de *Montréal*, on recense approximativement vingt-cinq demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption par année, dont les deux tiers procèdent par défaut; et, enfin, pour celle de la *Montérégie*, on y relève en moyenne dix-huit demandes en déclaration d'admissibilité à l'adoption par année, dont les deux tiers environ procèdent par défaut. À ce tableau de statistiques brossé sommairement, ajoutons que l'enfant déclaré admissible à l'adoption présente fréquemment le profil suivant : il est âgé en moyenne de sept à huit ans; il a été l'objet d'ordonnances pendant plusieurs années; et il a pris racine dans un milieu substitut qui est devenu au fil des ans sa véritable famille.

Le moins que l'on puisse dire c'est que l'on est très loin de la «*panacée universelle*» évoquée par la Cour d'appel. L'objectif poursuivi par les divers intervenants vise le bien-être de l'enfant. Aussi, dans cette perspective, on peut dire qu'en matière d'adoption au Québec, «*ce n'est pas l'adoption à tout prix, mais l'adoption lorsqu'elle apparaît nécessaire pour répondre aux besoins de l'enfant*»³⁸⁰.

À la suite de la reconnaissance législative de la «*notion de temps chez l'enfant*»³⁸¹, des jugements rendus par la Cour d'appel au cours des dernières

377. *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617, p. 637.

378. Le ministère de la Santé et des Services sociaux ne compilant pas ce type de statistiques dans ses données opérationnelles (D.G.F. 2), nos chiffres proviennent de consultations ad hoc auprès des contentieux des établissements concernés.

379. L'article 82 de la *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, définit la mission de ce type de centres qui doivent s'occuper de la protection et de l'adoption des enfants selon les circonstances.

380. Voir, *supra*, note 361, p. 75.

381. Article 2.4, paragr. 5, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

années³⁸² et de la reconnaissance par la Cour suprême de la primauté³⁸³ à accorder à l'attachement psychologique de l'enfant à ses parents substitués, on devrait notamment voir le droit de ce dernier à un *projet de vie* reconnu beaucoup plus rapidement et ce, tant par les intervenants sociaux que judiciaires.

CONCLUSION

L'adoption d'un enfant québécois fondée sur l'abandon «de fait» a donné lieu à de nombreuses contradictions qui paraissent s'atténuer, même si les débats risquent de reprendre en tout temps en raison des raisonnements inconsistants sur la portée donnée à l'intérêt de l'enfant dans ce domaine. On doit, bien entendu, privilégier d'abord le maintien des liens de l'enfant avec ses parents biologiques. Mais lorsque cela s'avère irréaliste, en raison de l'inaptitude ou du comportement des parents, l'adoption, qui est un moyen indiscutablement supérieur à bien d'autres, reste tellement difficile à obtenir qu'on risque de voir moins de parents adoptifs potentiels chercher à adopter des enfants québécois plus âgés. Quant aux enfants en bas âge, on tergiverse tellement que de nombreux parents adoptifs choisissent de se tourner vers l'adoption internationale³⁸⁴, malgré les coûts financiers et parfois les problèmes propres à ce type d'adoption³⁸⁵.

Nous avons indiqué plus haut qu'il y a eu annuellement, au cours des dernières années, environ soixante-cinq demandes en déclaration d'admissibilité en adoption pour les trois régions administratives des centres de protection de l'enfance et de la jeunesse couvrant plus de la moitié de la population du Québec. Y a-t-il moins d'enfants abandonnés ou fait-on semblant de ne pas les voir puisque «*le système s'en occupe*»? De surcroît, certains intervenants

382. Voir principalement les arrêts *Droit de la famille - 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.) et *Droit de la famille - 1741*, [1993] R.J.Q. 647 (C.A.).

383. *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, p. 202; cet arrêt de la Cour suprême fut notamment appliqué dans une affaire concernant une demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption, voir : *Droit de la famille - 2020*, [1994] R.D.F. 585 (C. de la J.), p. 587.

384. Les adoptants recherchent, en premier lieu, l'adoption d'un enfant en bas âge.

385. On peut penser aux problèmes de santé ou aux problèmes juridiques en raison de la complexité de certains dossiers et des exigences du législateur et des tribunaux québécois pour valider le processus de l'adoption.

sociaux, tout comme certains juges, ont posé depuis le début des années 80 tellement de freins qu'il est devenu hasardeux de se risquer à demander l'adoption d'un enfant plus âgé.

Les intervenants sociaux sont confrontés à une clientèle ayant besoin d'aide et il est difficile de la leur apporter en leur enlevant leur enfant. Les tribunaux éprouvent aussi de la difficulté, sauf pour certains juges, à accepter que les parents adoptifs puissent être considérés comme de véritables parents de l'enfant; les liens de sang restent, même s'ils ne le disent pas, très importants. Ou encore, on se sert inconsciemment de l'enfant pour revaloriser le parent biologique ou encore pour éviter d'aggraver sa maladie ou sa détresse. Toutefois, le législateur, désireux de protéger l'enfant, opte pour une famille stable et permanente et non pour la famille d'accueil dont le rôle devrait être temporaire auprès de l'enfant. Malheureusement, la réalité est souvent toute autre. On laisse s'éterniser la situation de l'enfant, manifestement abandonné, au motif qu'on croit déceler une forme ténue d'intérêt pour lui et qu'on espère qu'un jour les parents pourront le reprendre en charge. *La famille d'accueil devient alors une famille affective qui laisse à la fois l'enfant et les parents d'accueil dans un état précaire qui ne peut que générer des inquiétudes, soit d'être de nouveau abandonné pour l'enfant, soit de se voir enlever l'enfant pour la famille d'accueil.*

L'adoption vise à procurer à un enfant des parents affectifs permanents avec lesquels il pourra créer des liens qui ne risquent pas d'être remis en cause à tout moment. En effet, la loi considère l'adoption, lorsque les parents d'origine de l'enfant ne peuvent pas ou refusent de faire de véritables efforts pour le reprendre en charge, comme un moyen privilégié de l'intégrer dans une famille capable de s'occuper de lui *quotidiennement en mettant fin à l'incertitude affective et à l'instabilité qui auraient pu marquer son enfance et son adolescence.*

Le respect des droits de l'enfant³⁸⁶, dans une société où l'instabilité familiale et la négligence parentale au sens large sont trop fréquents, repose, en premier lieu, sur celui d'avoir *une seconde chance de pouvoir bénéficier de parents et*

386. Art. 32 paragr. (h) et 72.1, *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., P-34.1.

d'un milieu familial où il se sent désiré. Il pourra ainsi échapper à des visites irrégulières et souvent peu significatives de parents qui font encore semblant de s'intéresser à leur enfant alors qu'ils ne veulent pas modifier la situation ayant entraîné son placement, ou qu'ils en sont incapables pour cause de maladie mentale ou autres. Il en résulte que le placement de leur enfant, qu'on voulait temporaire, n'en finit plus de se prolonger. Les tribunaux l'ont souvent affirmé : la famille d'accueil ne devrait jamais servir de famille permanente, sauf si l'adoption ne peut constituer pour l'enfant une solution adéquate pour répondre à ses besoins essentiels. *Lorsque l'enfant comprend, plus tard, le sens de l'expression «famille d'accueil», il ne cesse de se demander s'il s'y trouve de passage, s'il est aimé, désiré et considéré comme les autres enfants de la famille.*³⁸⁷ En effet, les parents d'accueil ne pourront jamais le rassurer complètement en lui faisant comprendre qu'il est *définitivement* leur enfant comme les parents adoptifs peuvent le faire pour l'enfant adopté qui se poserait les mêmes questions.

Il est difficile, et disons-le avec respect pour l'opinion contraire, de comprendre pourquoi certains travailleurs sociaux et juges se servent de l'enfant pour valoriser et aider les parents, ou de «constructions juridiques» pour en arriver à considérer l'adoption comme une solution de dernier recours, voire même exceptionnelle. Le législateur l'envisage pourtant comme une avenue naturelle pour l'enfant abandonné.³⁸⁸

Les débats entourant l'adoption indiquent que les liens de sang donnent des droits quasi-absolus, *en dépit des affirmations contraires même si on utilise des termes différents pour l'exprimer*, alors qu'on a souvent l'impression que les parents même devenus «adoptifs», qui ont consacré une bonne partie de leur vie

387. Le besoin d'identification est parfois si important pour l'enfant en famille d'accueil qu'il demande à se faire désigner à l'école sous le nom de ses parents d'accueil.

388. Depuis 1969, le législateur n'a cessé de faciliter l'adoption d'un enfant tout en édictant des règles justes pour les parents avant de les exclure de la vie de ce dernier. Il accorde à l'adoption, en incorporant au Code civil les dispositions particulières qu'on retrouvait jusqu'en 1980 dans les «Statuts du Québec», autant d'importance qu'à la filiation par le sang. Il permet même à l'enfant abandonné de changer de nom pendant le placement et avant son adoption (art. 569 C.c.Q.) ou de changer de nom sans adoption en vertu de l'article 65 C.c.Q. Le nom recherché pourrait être celui de la famille d'accueil permanente, ce qui lui permettrait de s'identifier de façon formelle à celle-ci.

à l'éducation de l'enfant, restent au fond des parents au statut précaire. On finit toujours par justifier ou excuser l'abandon maintenant ou plus tard.³⁸⁹

L'abandon «*de fait*» a soulevé de nombreux problèmes et entraîné des revirements jurisprudentiels spectaculaires. Le législateur a édicté deux conditions préalables, soit l'abandon résultant du défaut de «*ne pas assumer de fait*» ses devoirs parentaux et «*l'absence d'une preuve prépondérante de probabilité de reprise en charge de l'enfant*».³⁹⁰ Ces conditions ont donné naissance à diverses interprétations dont plusieurs visaient à transformer, dans les faits, toute demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption en une véritable course à obstacles, sans doute parce qu'il répugne d'accepter que des parents, sauf pour ceux atteints de maladie mentale ou autres maladies les rendant inaptes, puissent abandonner leurs enfants.

D'abord, ce fut l'abandon «*de fait*» auquel on ajouta la condition de l'abandon «*intentionnel*» qui a donné lieu à l'analyse subjective du comportement des parents. Toutes sortes d'excuses se sont greffées à cette théorie, si bien que de nombreux parents étaient considérés comme justifiés de ne pas avoir assumé «*de fait*» leurs devoirs. Ainsi, de la maladie mentale au handicap grave, on finit par accepter les circonstances malheureuses de la vie. Puis, alors que le débat faisait rage, la Cour d'appel, réunissant un banc de cinq juges, y a mis fin en déterminant ce qu'il faut entendre par «*ne pas assumer de fait*» ses devoirs parentaux. *Seule l'analyse objective du comportement des parents correspond à la volonté exprimée par le législateur de ne pas laisser indéfiniment l'enfant dans un état d'attente.*

La probabilité de reprise en charge de l'enfant n'a pas donné lieu à des débats aussi contradictoires que ceux sur le sens à donner à la condition de «*ne pas assumer de fait*» ses devoirs parentaux. Néanmoins, une jurisprudence minoritaire a accepté de ne tenir compte que de la situation des parents ou de

389. Le nouvel article 583 C.c.Q. permettant, du moins pour l'enfant, des retrouvailles à tout âge, constitue l'expression de la manière dont on considère les parents adoptifs.

390. Cette preuve incombe aux parents en raison de la présomption d'improbabilité de reprise en charge résultant de la preuve préalable de l'abandon. Il aurait été illogique d'imposer cette preuve au demandeur puisqu'il appartient aux parents d'établir qu'ils sont maintenant en mesure de s'occuper de leur enfant. Ne sont-ils pas les «abandonnants»?

promesses de reprise en charge indépendamment des besoins de l'enfant. Finalement, la Cour d'appel a déclaré que *les parents doivent avoir modifié suffisamment leur situation pour améliorer leurs capacités parentales en vue d'une reprise en charge vraisemblable.*

L'appréciation de l'abandon de fait et la probabilité de reprise en charge ont aussi soulevé le problème de prendre en considération l'intérêt et les besoins de l'enfant pour évaluer ces deux conditions. Après des hésitations, il ressort que les besoins de l'enfant, compte tenu de son âge, doivent servir à déterminer si les parents d'origine ont rempli de fait leurs devoirs suffisamment, et s'ils sont en mesure maintenant, s'il y a eu abandon, de répondre à ses attentes à la lumière de son évolution dans sa famille d'accueil. Bref, les deux conditions préalables à l'admissibilité à l'adoption ne sont pas des normes abstraites indépendantes de la situation vécue par l'enfant.

On aurait pu croire que la Cour d'appel, qui dans l'arrêt *Droit de la famille - 1544*³⁹¹ apportait des précisions, avait ramené le calme juridique dans ce domaine. Mais voilà qu'elle relance le débat avec la théorie de «*l'impossibilité*» d'exécuter ses devoirs parentaux lorsqu'il s'agit d'un déficient intellectuel. De plus, elle ouvre la porte à une troisième condition susceptible de s'ajouter aux deux autres déjà prévues par la loi. En effet, il ne suffirait plus de constater l'abandon «de fait» et «l'incapacité du parent de reprendre en charge l'enfant», on voudrait aussi décider à ce stade du processus, en usant de la discrétion judiciaire, *s'il est dans son intérêt d'être adopté et non seulement d'être déclaré admissible à l'adoption comme le requiert la loi.*

Nous avons souligné que l'intérêt de l'enfant, maintenant élevé au rang d'une règle de droit positif, est défini concrètement à l'alinéa 2 de l'article 33 C.c.Q. Ainsi, la discrétion judiciaire est encadrée par les «*besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant*»³⁹² et doit servir à évaluer si les parents sont en mesure de satisfaire à l'ensemble de ses besoins. S'ils ne le sont pas, le tribunal doit enclencher le processus susceptible de fournir à l'enfant des parents adoptifs disposés à s'en occuper avec affection, non comme des parents d'accueil que les

391. (1992) R.J.Q. 617 (C.A.).

392. Art. 33 al. 2 C.c.Q. (Les italiques sont de nous.)

tribunaux qualifient de «bienveillants», mais simplement comme des parents. Dans l'hypothèse où les tribunaux estimerait qu'ils doivent exercer leur discrétion judiciaire pour déterminer s'il est dans son intérêt d'être déclaré admissible à l'adoption et ce, après avoir déjà constaté l'abandon «de fait» et «l'incapacité des parents de reprendre en charge l'enfant», *il semble ressortir des dispositions 559 et 561 C.c.Q. que le législateur présume qu'il serait dans son intérêt qu'il le soit. Ce ne serait qu'en cas d'une preuve manifeste en sens contraire que les tribunaux pourraient refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption.* Il ne reviendrait donc pas au demandeur d'établir qu'il serait dans l'intérêt de l'enfant qu'il le soit. En effet, le législateur crée une présomption d'improbabilité à l'article 561 C.c.Q. et, par la suite, une autre présomption que l'enfant s'est bien adapté à sa famille adoptive, *à moins d'un rapport contraire*, telle que prévue à l'article 573 C.c.Q.

En résumé, la discrétion judiciaire fondée sur l'intérêt de l'enfant comme une règle autonome, indépendante des deux conditions fixées par la loi, ne peut être exercée en laissant libre cours aux conceptions ou perceptions personnelles des avocats et des juges au motif que le critère de l'intérêt de l'enfant serait vague et large. De plus, il reste discutable de se prononcer à ce stade sur son adoption éventuelle alors que la loi prévoit expressément d'autres étapes à cette fin.

Nous pouvons nous demander si le recours à l'adoption internationale³⁹³ n'est pas favorisé en partie par le fait que les enfants québécois qui seraient adoptables ne le deviennent que très tardivement pour les motifs signalés dans notre exposé. On doit, nous le répétons, apporter toute l'aide nécessaire aux parents biologiques et les aider à modifier leur situation. *Mais après un délai assez bref, lorsqu'on constate qu'ils n'ont entrepris aucune action réelle pour améliorer leurs capacités parentales, on devrait opter pour l'adoption non pour régler tous les problèmes, mais pour donner au moins la possibilité à l'enfant d'avoir une vraie famille désireuse de s'en occuper à tous les plans. On s'émeut parce que l'enfant adopté pourrait rencontrer des difficultés mais, il vivra sans doute les mêmes problèmes que les autres enfants de son âge. On voudrait et, pire encore, on semble exiger que toutes les difficultés disparaissent. Pourtant*

393. Adopte-Info, Bulletin d'information du secrétariat à l'adoption internationale, Montréal, décembre 1995, vol. 3, no 5, 1 : on prévoit 1 000 adoptions internationales pour l'année 1995.

l'enfant, dans une société où la famille est de plus en plus désorganisée, ne demande que de vivre dans une famille où l'on y trouve un cadre normal, avec ses problèmes habituels mais aussi ses nombreux avantages, et avec des parents présents qui ont des qualités et des défauts comme tous les parents.

Nous ne pouvons passer sous silence la possibilité pour l'enfant de rechercher ses parents biologiques conformément à l'article 583 C.c.Q. Avant l'âge de quatorze ans, les parents adoptifs doivent consentir. On peut imaginer quel sort leur réservera l'enfant s'ils venaient à refuser leur consentement même pour des motifs valables. Ils supporteront l'odieux de cette décision. S'il a quatorze ans ou plus, il peut agir seul. Les commentaires sur le Code civil comparent cette faculté donnée au mineur d'agir seul à la possibilité pour ce dernier de consentir seul aux soins.³⁹⁴ Il s'agit d'une comparaison absurde, sans aucun rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur en matière de soins et d'adoption. *Cette disposition, d'application générale, aurait dû être considérée comme une règle d'exception.* Elle ne manquera pas de soulever des difficultés de toutes sortes. On aurait dû protéger la stabilité de l'enfant, sauf si des cas spéciaux exigeaient, sur autorisation judiciaire au préalable, que l'enfant rencontre ses parents biologiques avant l'âge de dix-huit ans. *Il sera intéressant d'évaluer l'impact d'une telle règle sur les parents adoptifs et sur l'enfant, notamment lorsque le parent d'origine refusera de rencontrer son enfant³⁹⁵ ou lorsque ce dernier voudra le visiter régulièrement³⁹⁶.* Bref, cette disposition, si elle venait à poser autant de difficultés que nous le prévoyons, pourrait devenir un incitatif supplémentaire pour privilégier l'adoption internationale au détriment des enfants québécois adoptables.

Quant à l'adoption «à la carte», c'est-à-dire ouverte avec toutes sortes de modalités, elle ne nous paraît pas être faite principalement dans l'intérêt de l'enfant, mais plutôt dans celui des parents, soit pour les «déculpabiliser», soit pour les inciter à consentir à l'adoption ou encore pour divers motifs rattachés,

394. Commentaires du ministre de la Justice, sous l'article 583 C.c.Q., Les publications du Québec, 1993.

395. L'enfant ressentira ce refus comme un deuxième rejet.

396. La rencontre de l'enfant avec ses parents biologiques pourrait donner lieu à des interventions «de fait» par ces derniers dans l'éducation de l'enfant. On peut s'interroger s'ils ne pourraient pas également réclamer des droits de visite en se fondant sur l'article 33 C.c.Q.

notamment à leur personne, à leur orientation religieuse ou sociale comme si cela pouvait avoir une importance pour l'enfant. Le fait que plusieurs parents d'origine connaissent la famille d'accueil désireuse d'adopter l'enfant peut aussi inciter à conclure de telles ententes dont la légalité reste discutable. Que de raisons les adultes ne peuvent-ils pas trouver pour créer l'illusion qu'ils se sont occupés de leur enfant *sans l'avoir jamais fait et sans être réellement intéressés à le faire ou encore parce qu'ils sont inaptes à le faire*. Une fois l'enfant abandonné, sauf pour *l'adoption sur consentement spécial*³⁹⁷, il appartient aux intervenants sociaux, à partir des critères reconnus et validés par l'expérience, de confier l'enfant à des parents adoptifs correspondant à ces critères et capables de répondre à ses besoins et non au désir des parents biologiques ayant abandonné leur enfant.

Les conditions posées par la loi aux articles 559 paragr. 2 et 561 C.c.Q. ont été édictées *pour protéger l'enfant et lui permettre de se trouver une nouvelle famille affective* et non pour permettre aux parents de maintenir des droits quasi-absolus sur lui, et cela même lorsqu'ils l'ont abandonné «de fait» pour des raisons indépendantes de leur volonté. Mais les tribunaux, comme les intervenants sociaux pour des motifs différents, ont dénaturé l'admissibilité à l'adoption pour abandon «de fait», empêchant ainsi des adoptions qui manifestement auraient pu être demandées par les travailleurs sociaux et accordées par les tribunaux. Notre exposé montre, à partir de la jurisprudence, qu'on s'est souvent préoccupé bien plus des parents et des circonstances malheureuses de la vie qui les ont amenés à abandonner leur enfant que de la situation grave vécue par ce dernier, *en oubliant que cet enfant deviendra un jour un adulte qui se retrouvera sans famille : ses parents d'origine seront toujours inaptes ou non intéressés et il aura quitté sa famille d'accueil avec laquelle on ne l'aura pas autorisé légalement à créer des liens définitifs*.

L'attitude qui consiste à se satisfaire de «l'abandon institutionnalisé» au motif que la famille d'accueil s'occupera à long terme de l'enfant *pénalise ce dernier qui sera le bienvenu partout, mais nulle part chez lui*. Un meilleur encadrement de la prise en charge de la situation de l'enfant avec une aide appropriée pour les parents «abandonnants», mais pour une durée limitée,

397. Art. 555 C.c.Q.

devrait conduire à l'attribution d'une véritable famille à l'enfant à l'âge où *cela compte vraiment pour lui*. En effet, trancher dans le vif des émotions humaines reste difficile, même lorsque ses parents ne peuvent ou ne veulent pas, en dépit des intentions et des promesses, modifier leur situation pour mettre fin au placement et reprendre la garde de leur enfant. L'analyse de la jurisprudence nous laisse perplexes quant à la facilité pour trouver des motifs pour refuser de prononcer l'admissibilité à l'adoption, *en dépit d'une situation d'abandon manifeste et d'une incapacité réelle de le reprendre en charge*.

En terminant, les conditions d'admissibilité à l'adoption fondée sur l'abandon ont été édictées par le législateur *pour vérifier d'abord s'il y avait inexécution «de fait» des devoirs parentaux et, ensuite, déterminer si les parents ont présenté un projet vraisemblable de reprise en charge de l'enfant dans l'immédiat*. Comme l'intérêt de l'enfant, défini par ses besoins à l'article 33 al. 2 C.c.Q., doit servir à évaluer l'abandon et la reprise en charge de l'enfant en fonction de ses besoins personnalisés, les tribunaux doivent, à notre avis, prononcer l'admissibilité à l'adoption lorsque les deux conditions sont remplies. Elles existent pour venir au secours de l'enfant et non pour conserver les droits des parents indifférents dans les faits ou inaptes à s'occuper de lui. *Invoquer l'intérêt de l'enfant pour maintenir des liens plus apparents que réels ou impossibles à créer ne correspond pas au respect des droits de l'enfant*.

La nouvelle tendance à rediscuter une troisième fois de l'intérêt de l'enfant avant de prononcer l'admissibilité à l'adoption, lorsque les deux seules conditions posées par la loi sont rencontrées, nous paraît déborder de la compétence des tribunaux dans le cadre des articles 559 et 561 C.c.Q. puisqu'on veut, à ce stade, se prononcer implicitement sur son adoption éventuelle. Le législateur prévoit deux autres étapes où l'intérêt de l'enfant sera réévalué, soit celle du placement pendant une certaine période et celle de l'adoption elle-même. *Lorsqu'on arrête le processus au niveau de l'admissibilité à l'adoption alors que les deux conditions sont satisfaites, on se substitue à la compétence d'un autre juge qui doit décider de la poursuite du processus en le plaçant légalement dans sa famille adoptive*.

La déclaration d'admissibilité à l'adoption de l'enfant abandonné et dont les parents sont incapables de le reprendre en charge permet de *clarifier son statut afin de confier l'exercice de l'autorité parentale au directeur de la protection de*

la jeunesse d'abord, lui qui pourra par la suite désigner une personne désireuse de s'occuper de l'enfant, à moins que le tribunal ne décide immédiatement d'en confier l'exercice à une autre personne proche de l'enfant et ce, en vertu des articles 186, 199 al. 2 et 562 C.c.Q.,. Cette façon de procéder ne rompt pas encore les liens de sang et permet, en tout temps, la poursuite du processus de l'adoption par le placement de l'enfant si les circonstances changent au lieu d'avoir à refaire tout le débat sur son admissibilité à l'adoption.

Il ressort, à la lecture des dispositions sur l'adoption et ses effets, que le législateur ne la considère pas comme une mesure exceptionnelle. Aucune disposition ne permet de conclure en ce sens, hormis qu'on y trouve des règles de prudence avant de substituer une filiation à une autre comme on le fait également pour les recours en constatation ou en réclamation de paternité ou maternité.

Le législateur désire fournir des parents à l'enfant, non seulement pendant sa minorité, mais aussi par la suite. La vie affective de l'enfant avec ses parents ne s'arrête pas à dix-huit ans.³⁹⁸ C'est pourtant ce qui risque de lui arriver lorsqu'on refuse de prononcer l'admissibilité à l'adoption en le plaçant plutôt à long terme ou en renouvelant régulièrement son placement dans une famille d'accueil où il ne se sentira probablement jamais, au fond de lui-même, comme un enfant rattaché définitivement à celle-ci. Certains juges semblent prendre des décisions qui montrent, en invoquant des motifs étrangers aux besoins de l'enfant, qu'ils ne sont pas favorables à l'adoption alors que d'autres, conscients des choix douloureux qu'ils doivent faire en écartant les parents d'origine de la vie de l'enfant, décident de protéger ce dernier en lui offrant ce qu'il y a de plus nécessaire pour lui, soit une nouvelle famille affective capable de lui offrir «stabilité» et «continuité».

User de la discrétion judiciaire, en invoquant l'intérêt de l'enfant pour le faire, ne peut servir ce dernier que si elle tient compte de ses besoins quotidiens et des objectifs de la loi. *Elle ne doit pas être utilisée pour faire triompher ses théories personnelles ou être fondée sur des abstractions juridiques sans aucun*

398. Art. 545 C.c.Q. Cette disposition permettant d'adopter une personne majeure est assez significative sur l'intérêt, même pour une personne majeure, d'avoir une famille et des parents avec lesquels il pourra maintenir des liens.

*L'interprétation de l'abandon et de la probabilité de
(1994-95) 25 R.D.U.S. reprise en charge de l'enfant dans une
demande en déclaration d'admissibilité à l'adoption*

169

lien avec l'enfant qui n'est pas encore capable d'assumer seul la défense de ses droits, dont celui d'avoir une famille et des parents affectifs substitués lorsque ses parents d'origine l'ont abandonné et qu'ils sont incapables de le reprendre en charge.