

L'adoption d'un enfant contre la volonté de ses parents

Dominique Goubau

Volume 35, numéro 2, 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043278ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043278ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Goubau, D. (1994). L'adoption d'un enfant contre la volonté de ses parents. *Les Cahiers de droit*, 35(2), 151–172. <https://doi.org/10.7202/043278ar>

Résumé de l'article

L'adoption ne peut, en principe, être prononcée qu'avec le consentement des parents d'origine. Toutefois, lorsque les parents n'ont pas assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant depuis au moins six mois, cet enfant peut être déclaré judiciairement admissible à l'adoption, malgré le refus de ses parents. L'adoption est donc une des solutions que l'on peut envisager à l'égard des enfants abandonnés par leurs parents. Depuis quelques années, la Cour d'appel du Québec a eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur la notion d'abandon et, notamment, sur le fait de savoir si l'abandon involontaire pouvait également ouvrir la porte à l'adoption forcée. Ce problème s'est soulevé de façon particulièrement épineuse dans des cas de mères qui, d'une part, refusent de consentir à l'adoption de leur enfant, mais qui, d'autre part, ne peuvent aucunement s'en occuper elles-mêmes en raison de graves troubles psychiatriques dont elles souffrent.

Le présent article souligne le caractère d'autant plus délicat de ces questions qu'elles se situent dans un contexte légal qui ne reconnaît que l'adoption dite « fermée », c'est-à-dire l'adoption qui entraîne nécessairement une rupture totale et définitive des liens entre l'enfant et sa famille d'origine. Après avoir analysé l'origine et la mise en œuvre du mécanisme de la déclaration d'admissibilité à l'adoption, l'auteur conclut que le contentieux entourant l'adoption d'enfants abandonnés devrait être l'occasion de mener une réflexion plus large sur l'institution de l'adoption elle-même.

L'adoption d'un enfant contre la volonté de ses parents*

Dominique GOUBAU**

L'adoption ne peut, en principe, être prononcée qu'avec le consentement des parents d'origine. Toutefois, lorsque les parents n'ont pas assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation de leur enfant depuis au moins six mois, cet enfant peut être déclaré judiciairement admissible à l'adoption, malgré le refus de ses parents. L'adoption est donc une des solutions que l'on peut envisager à l'égard des enfants abandonnés par leurs parents. Depuis quelques années, la Cour d'appel du Québec a eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur la notion d'abandon et, notamment, sur le fait de savoir si l'abandon involontaire pouvait également ouvrir la porte à l'adoption forcée. Ce problème s'est soulevé de façon particulièrement épineuse dans des cas de mères qui, d'une part, refusent de consentir à l'adoption de leur enfant, mais qui, d'autre part, ne peuvent aucunement s'en occuper elles-mêmes en raison de graves troubles psychiatriques dont elles souffrent.

Le présent article souligne le caractère d'autant plus délicat de ces questions qu'elles se situent dans un contexte légal qui ne reconnaît que l'adoption dite « fermée », c'est-à-dire l'adoption qui entraîne nécessairement une rupture totale et définitive des liens entre l'enfant et sa famille d'origine. Après avoir analysé l'origine et la mise en œuvre du mécanisme de la déclaration d'admissibilité à l'adoption, l'auteur conclut que le contentieux entourant l'adoption d'enfants abandonnés devrait être l'occasion de mener une réflexion plus large sur l'institution de l'adoption elle-même.

* Le présent article s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche plus vaste portant sur les aspects sociojuridiques de l'« adoption ouverte ».

** Professeur, Faculté de droit, Université Laval ; avocat.

Generally, adoption can only be decided with the consent of the original parents. Yet when it occurs that parents have not assumed de facto the care, maintenance and education of their children for at least six months, a child may be declared judicially eligible for adoption—despite the parents' refusal. Hence, adoption is one of the solutions that may be considered in the case of children abandoned by their parents. In past years, the Quebec Court of Appeal has on several occasions examined the question of abandonment and especially regarding the fact of knowing if involuntary abandonment may also open the way to forced adoption. The problem has arisen in rather delicate circumstances under which mothers who refuse consenting to the adoption of their children, are incapable of taking care of them owing to their own serious psychiatric problems.

This article underscores the sensitive nature of these questions as they occur in a legal framework that only recognizes « closed » adoption, i.e. adoption in which there is a necessary and final severance of ties between the child and his or her original family. After analyzing the origin and implementation of the declaration of eligibility for adoption, the author concludes that the discussion on the adoption of abandoned children should become an opportunity to open the debate to a wider examination of the institution of adoption per se.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1. La nature de la déclaration d'admissibilité à l'adoption | 154 |
| 1.1 Un mécanisme qui permet de se passer du consentement parental | 154 |
| 1.2 L'origine et l'évolution de la déclaration d'admissibilité à l'adoption | 155 |
| 2. La mise en œuvre du mécanisme | 159 |
| 2.1 La première étape : la constatation d'une carence parentale passée | 159 |
| 2.1.1 L'étendue de l'obligation parentale | 161 |
| 2.1.2 L'« abandon » involontaire | 164 |
| 2.1.3 La période de la carence parentale | 167 |
| 2.2 La deuxième étape : la constatation d'une impossibilité de reprise en charge future | 169 |
| Conclusion | 171 |

L'adoption est avant tout une institution volontaire : l'enfant, lorsque son âge le permet, doit consentir lui-même au projet et il ne peut en principe être adopté qu'avec le consentement de ses deux parents. Dans certains cas, l'adoption pourra toutefois être réalisée en se passant d'un consen-

tement essentiel, soit celui des parents¹. Ce sont les situations où l'enfant pourra faire l'objet d'une procédure que l'on qualifiait jusqu'à récemment de « déclaration judiciaire d'adoptabilité » et que le nouveau Code civil désigne désormais par les termes suivants : « déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption² ». Elles englobent notamment les cas d'enfants dont les parents n'ont pas assumé le soin, l'entretien ou l'éducation depuis au moins six mois.

Depuis quelques années, la Cour d'appel du Québec a eu l'occasion de se pencher sur la notion d'abandon et de poser la très délicate question de la prise en considération de l'abandon involontaire. Les plus récents développements jurisprudentiels en matière d'abandon mettent le doigt sur un des malaises que traverse actuellement l'institution de l'adoption, particulièrement dans des cas où il s'agit de savoir si l'on peut faire déclarer admissible à l'adoption un enfant dont la mère s'y refuse alors qu'elle est atteinte de graves troubles psychiatriques et qu'il n'y a pas de père dans l'entourage. On se trouve alors en présence, d'une part, d'un enfant dont

-
1. Tout comme le droit québécois, le droit de toutes les provinces de common law prévoit que l'adoption ne peut avoir lieu qu'avec le consentement des parents. Dans la plupart des provinces, toutefois, le tribunal peut se passer de ce consentement et donc passer outre à un refus parental dans certaines circonstances. Celles-ci peuvent varier d'une province à l'autre (Alberta : *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, Part 6 ; Colombie-Britannique : *Adoption Act*, R.S.B.C. 1979, c. 4 ; Manitoba : *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, c. 8, Part V ; Nouveau-Brunswick : *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. C-2.1, Part V ; Terre-Neuve : *The Adoption of Children Act, 1972*, S.Nfld. 1972, c. 36 ; Nouvelle-Écosse : *Children's Services Act*, S.N.S. 1976, c. 8, ss. 8-28 ; Ontario : *Child and Family Services Act, 1984*, S.O. 1984, c. 55, Part VII ; Île-du-Prince-Édouard : *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. A-1 ; Saskatchewan : *The Family Services Act*, R.S.S. 1978, c. F-7, Part III ; Territoires du Nord-Ouest : *Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, Part IV ; Yukon : *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, Part 3). Certaines de ces circonstances paraissent extrêmement larges et semblent donner un pouvoir d'intervention très important aux tribunaux. Sont notamment retenues les situations suivantes : l'abandon volontaire, la négligence à procurer soins et aliments, le fait de ne pas avoir une relation continue avec l'enfant, le fait que l'enfant soit déclaré *permanent ward* à titre de mesure de protection, l'impossibilité de consentir due à un handicap mental ou, encore, le seul fait que l'adoption soit dans l'intérêt de l'enfant. La généralité de ces descriptions laisse donc entrevoir une très grande possibilité de déclarer l'« adoptabilité ». Dans les faits, toutefois, il s'agit de situations exceptionnelles, et les tribunaux exigent généralement une preuve très étoffée quant à l'opportunité de passer outre au consentement parental en matière d'adoption (un auteur souligne à cet égard ceci : « an order dispensing with the consent of a noncustodial parent to the adoption will only be made in special or unusual circumstances, and on the clearest evidence of benefit to the child » : H.L. KATARYNYCH, « Adoption », dans N. BALA, J.P. HORNICKE et R. VOGEL, *Canadian Child Welfare Law : Children, Families and the State*, Toronto, Thompson Educational Publishing, 1991, p. 149).
 2. Art. 544, al. 1 C.c.Q. Notons toutefois que cette modification est de nature purement terminologique.

l'intérêt est de pouvoir intégrer une autre famille et, d'autre part, d'une mère qui ne peut s'occuper de son enfant mais refuse de se résoudre à voir tous les ponts coupés. Rappelons, en effet, que le résultat principal de l'adoption est de créer un nouveau lien de filiation et de rompre définitivement l'ancien, enlevant ainsi au parent biologique toute possibilité de maintenir des contacts, aussi ténus soient-ils, avec l'enfant. C'est l'essence même de l'adoption dite « fermée », la seule que reconnaît le droit québécois.

C'est dans ce contexte que nous nous proposons d'analyser ici le mécanisme de la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption à l'égard d'enfants « abandonnés » et de faire état des questions importantes que ce mécanisme suscite.

1. La nature de la déclaration d'admissibilité à l'adoption

1.1 Un mécanisme qui permet de se passer du consentement parental

Nous avons rappelé plus haut l'importance du rôle de la volonté dans l'adoption. Le caractère volontaire de l'adoption se trouve confirmé par le fait que le consentement parental peut être rétracté soit inconditionnellement dans un délai de 30 jours, soit sur autorisation judiciaire à l'expiration de ce délai³. Si la procédure et les effets de l'adoption sont strictement encadrés par les normes juridiques, l'institution paraît pourtant bien, au départ, conditionnée par la volonté des parties en cause : volonté du parent qui « donne » son enfant, consentement de l'enfant et désir de ceux qui veulent adopter.

À la lecture de l'article 559 C.c.Q. qui énumère de façon restrictive les cas où la déclaration d'admissibilité à l'adoption est possible, on peut constater qu'il s'agit de situations d'exception et de cas marginaux, la situation « normale » apparaissant celle où les parents sont présents à leur enfant et aptes à consentir à son adoption. La plupart de ces situations n'offrent d'ailleurs guère de difficultés. Il s'agit des cas où l'enfant n'a pas de parents, soit parce que le lien de filiation n'est pas établi, soit parce que l'enfant est un orphelin non pourvu d'un tuteur, et des cas de déchéance de l'autorité parentale sans ouverture de tutelle⁴. La situation prévue par le

3. Art. 549-558 C.c.Q.

4. On peut s'interroger sur l'utilité de ce dernier cas, puisque normalement le jugement de déchéance prévoit la nomination d'un tuteur, à défaut de quoi le directeur de la protection de la jeunesse devient tuteur d'office et donc, en principe, habilité à consentir à l'adoption sans être obligé de passer par la procédure d'admissibilité à l'adoption (art. 199 C.c.Q.). Cette interprétation ne fait pas abstraction de l'article 199, al. 2 C.c.Q. qui demeure pertinent pour toutes les autres situations qui ouvrent la voie à la déclaration d'admissibilité à l'adoption.

paragraphe 2 de l'article 559 C.c.Q. est par contre beaucoup plus délicate, et c'est sur ce paragraphe que s'est concentré tout le contentieux de la déclaration d'adoptabilité. Cette disposition vise le cas de l'enfant dont les parents n'ont pas assumé de fait le soin, l'entretien et l'éducation depuis au moins six mois. Certains ont qualifié cette situation en parlant d'« abandon d'enfant⁵ ». On pourrait aussi employer les termes « défaut de soin⁶ ».

Le législateur a mis sur pied un mécanisme de déclaration d'admissibilité à l'adoption en deux étapes. La première étape consiste à vérifier, dans les faits, si l'enfant se trouve dans la situation décrite par l'article 559 (2) C.c.Q. Si la réponse est affirmative, le tribunal⁷ doit, avant de déclarer l'enfant admissible à l'adoption, vérifier « 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'éducation⁸ ». La loi, à ce deuxième stade, introduit une présomption et prévoit que, dès que l'on constate effectivement une situation prévue par l'article 559 (2) C.c.Q., l'on présume alors l'improbabilité de reprise en charge par les parents. Il s'agit, bien entendu, d'une présomption relative⁹ que les parents « en défaut » ou déchus pourront renverser en prouvant que, malgré la déchéance ou le défaut, il est tout de même probable qu'ils pourront assumer adéquatement la garde de leur enfant. De toute évidence, cette présomption constitue un mécanisme de protection de l'enfant. Le législateur exprime donc, à cette deuxième étape, un parti pris favorable à la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption.

1.2 L'origine et l'évolution de la déclaration d'admissibilité à l'adoption

La procédure visant à faire constater qu'un enfant devrait pouvoir être adopté est relativement récente puisqu'elle a été introduite en 1980 par le nouveau *Code civil du Québec*¹⁰. Toutefois, les lois antérieures prévoyaient également la possibilité, dans le respect de certaines conditions,

-
5. S. PILON, « L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et de déclaration d'adoptabilité », (1987) *R.D.F.* 373-428 ; J. PINEAU, *La famille, droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, PUM, 1983, p. 253.
 6. Art. 559 (2) C.c.Q. : « [Peut être judiciairement déclaré admissible à l'adoption] 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 ».
 7. En l'occurrence, il s'agit de la Cour du Québec, chambre de la jeunesse (art. 36.1 C.p.c.).
 8. Art. 561 C.c.Q.
 9. La présomption est « relative » au sens du nouveau *Code civil du Québec* (art. 2847), c'est-à-dire réfragable.
 10. On se souviendra qu'en 1980 fut adopté le Livre II du nouveau Code civil, comprenant seulement les matières familiales : *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, sanctionnée le 19 décembre 1980 et entrée en vigueur le 2 avril 1981 (proclamation), (1981) 113 *G.O.* II 769.

de procéder à l'adoption d'enfants délaissés par leurs parents. Le processus de l'époque se déroulait en une seule étape au cours de laquelle le tribunal vérifiait, dans le cadre de la requête en adoption elle-même, si l'enfant pouvait être adopté, c'est-à-dire s'il était effectivement abandonné ou délaissé¹¹. On ne vérifiait donc l'abandon factuel d'un enfant que lorsque celui-ci faisait déjà l'objet d'un projet déterminé d'adoption par un couple désigné.

À l'opposé de cette optique, la déclaration d'adoptabilité, telle qu'elle a été introduite par la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, apparaît comme un outil visant à répondre de façon systématique aux situations d'enfants placés à long terme et *de facto* abandonnés par leurs parents. De fait, si on se réfère aux travaux de l'Office de révision du Code civil, il en ressort clairement que l'objectif principal de la déclaration d'adoptabilité était bien d'éliminer, dans la mesure du possible, les cas d'enfants placés et « oubliés¹² ». L'abandon de fait dans les familles d'accueil et dans les centres de réadaptation¹³, à la suite du délaissement de la part des parents, justifie pleinement cette préoccupation, et l'ambiguïté du statut de ces enfants « abandonnés » constitue un des problèmes les plus délicats auxquels les services sociaux ont à faire face¹⁴.

Le dépistage des enfants « délaissés » est donc non seulement un impératif social, mais semble aussi une condition d'efficacité réelle du mécanisme de déclaration d'adoptabilité. Certes, depuis quelques années, les pouvoirs publics ont pris conscience de l'ampleur du problème de ces

-
11. *Loi de l'adoption*, S.R.Q. 1964, c. 218, art. 6 et 9 ; *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, art. 6 et 7. Lorsque l'enfant se trouvait dans une situation de délaissement et que le parent « négligent » refusait de consentir à l'adoption, le tribunal pouvait passer outre ce refus en déclarant qu'il était abusif : article 23 de la loi de 1969 (pour une application de ce principe, voir *Ste-Marie c. Cour de B.E.S.*, (1973) C.S. 534).
 12. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, *Commentaires*, t. I, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 122 : « On s'est ensuite attaché à éliminer le plus possible les cas d'« abandon tacite » assez nombreux en pratique. Il s'agit d'enfants qui ne peuvent faire l'objet d'une adoption car leurs parents n'ont pas manifesté l'intention de les abandonner, bien que, dans les faits, ils ne s'en occupent plus. »
 13. Notons que la nouvelle *Loi sur les services de santé et les services sociaux* remplace l'expression « centre d'accueil » par « centre de réadaptation » : *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1991, c. 42, art. 84, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1992. Quant aux centres de services sociaux, ils sont désormais désignés, en vertu de l'article 82 de la même loi, comme « centres de protection de l'enfance et de la jeunesse » (CPEJ).
 14. En ce sens, voir G. TURCOTTE, *Antécédents et conséquences de l'abandon d'enfants : une recension des publications scientifiques*, Montréal, CSSMM, CPEJ, décembre 1992, p. 1.

enfants¹⁵. Mais récemment encore, un comité d'experts en adoption constatait que seule une minorité de centres de services sociaux (CSS) ont mis sur pied des programmes de dépistage d'enfants placés depuis plus de deux ans¹⁶ et que, dans la majorité des centres de services sociaux, on ne sait pas exactement combien d'enfants sont placés en famille d'accueil ou en centre de réadaptation depuis plus de deux ans¹⁷. Fort de ces constatations, le comité d'experts recommandait, notamment, la mise en place par tous les CSS, ou centres de protection de l'enfance et de la jeunesse (CPEJ), d'un mécanisme de dépistage et de révision spéciale pour tout enfant placé depuis deux ans en famille d'accueil ou en centre de réadaptation. Dans cette démarche, l'adoption serait l'un des projets privilégiés¹⁸. De plus, le comité recommandait, d'une part, l'instauration dans chaque CSS (CPEJ) d'un « comité d'élaboration de projet de vie » en vue d'une intervention efficace auprès des enfants placés depuis six mois et, d'autre part, la mise en vigueur de l'article 57.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, disposition adoptée en 1984 et qui prévoit précisément un mécanisme de dépistage d'enfants placés¹⁹. Depuis, certains centres commencent effectivement à implanter des programmes structurés destinés à élaborer pour les enfants un projet de vie permanent²⁰. C'est sans doute à ces conditions

-
15. Voir en particulier les rapports suivants : MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *La protection sur mesure. Un projet collectif, Rapport du Groupe de travail sur l'application des mesures de protection de la jeunesse*, Québec, Les Publications du Québec, 1991 (rapport Harvey) et l'annexe 3 de ce rapport : *Guide d'intervention psychosociale auprès des enfants en situation d'abandon, auprès des enfants présentant des troubles de comportement sérieux, auprès des enfants victimes de négligences graves* ; MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *La protection de la jeunesse : plus qu'une loi, Rapport du Groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse*, Québec, Les Publications du Québec, 1992 (rapport Jasmin).
16. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *La pratique de l'adoption au Québec, Rapport du Comité provincial dans le cadre du plan d'action sur la politique familiale*, Québec, décembre 1991.
17. *Id.*, p. 9.
18. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 16, p. 10.
19. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 57.1 :
 Le directeur doit réviser la situation de tout enfant placé en vertu de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (chapitre S-4.2) [...] dont il n'a pas pris la situation en charge et qui, depuis deux ans, est confié à une famille d'accueil [...] sans avoir fait l'objet d'une décision quant à un retour possible chez ses parents.
 Le directeur doit, au préalable, décider si la sécurité ou le développement de cet enfant est compromis au sens des articles 38 ou 38.1.
20. M. LAROCHELLE et al., *Programme « Faire des racines » ou La clarification d'un projet de vie permanent*, Québec, Centre de services sociaux du Québec, 1992. Les auteurs de cette étude notent que « l'observation de la situation de certains enfants placés donne à croire qu'ils seraient « oubliés dans le système », qu'on ne se préoccuperait pas de leur évolution et de leur développement » (p. 17).

que le directeur de la protection de la jeunesse pourra pleinement jouer son rôle en matière de déclaration d'admissibilité à l'adoption, tel que cela est prévu par la *Loi sur la protection de la jeunesse*²¹.

Les lacunes dans le dépistage des enfants délaissés, que ce soit en milieu familial ou en milieu institutionnel, et l'absence de « projets de vie » systématiques, qui peuvent inclure éventuellement des projets d'adoption, amènent à constater que le mécanisme de déclaration d'admissibilité à l'adoption est en fait redevenu ce qu'il était dans les lois antérieures. En effet, au lieu d'être un outil d'intervention systémique permettant, dans tous les cas où cela s'avère un avantage, de donner aux enfants abandonnés le statut juridique d'enfants adoptables, il est devenu tout simplement une première démarche dans des projets concrets d'adoption avec une famille adoptive précise.

Le cas de l'adoption par la famille d'accueil qui a préalablement reçu l'enfant dans le cadre d'une mesure de protection, volontaire ou judiciaire, illustre bien cet état de choses. Dans de nombreux dossiers où le directeur de la protection de la jeunesse entame des procédures de déclaration judiciaire d'adoptabilité, on peut constater que le projet est de faire adopter l'enfant par la famille d'accueil²². En effet, il est bien connu que, dans les services d'adoption des centres de protection de l'enfance et de la jeunesse, il existe une pratique qui consiste à permettre l'adoption d'un enfant par la famille d'accueil²³. On conçoit d'ailleurs que l'adoption de l'enfant, initialement accueilli sur une base temporaire, puisse éventuellement constituer l'issue la plus heureuse pour lui et qu'il ne faut alors pas hésiter à y recourir²⁴. Mais il faut être conscient que cette pratique, souhaitable dans certains cas, n'est pas toujours sans dangers. Ainsi, le fait que des candidats à l'adoption soient disposés à devenir d'abord famille d'accueil « en

21. *Loi sur la protection de la jeunesse*, précitée, note 19, art. 72.1 : « Le directeur doit, s'il considère que l'adoption est la mesure la plus susceptible d'assurer le respect des droits de l'enfant, prendre tous les moyens raisonnables pour la faciliter dont, notamment : [...] d) le cas échéant, faire déclarer l'enfant judiciairement adoptable ». Au moment de mettre sous presse, le ministère de la Santé et des Services sociaux rendait public le document *L'adoption : un projet de vie*, Québec, mai 1994, proposant un cadre de référence en matière d'adoption au Québec. Cet énoncé de politique propose, parmi bien d'autres choses, la mise en place d'un système rigoureux de dépistage des enfants abandonnés ainsi que d'un plan d'intervention qui devrait permettre une prise de décision rapide en vue de concevoir un projet d'adoption pour ces enfants.

22. Voir, par exemple : *Droit de la famille-1544*, [1992] R.J.Q. 617-641 (C.A.); *Droit de la famille-1756*, [1993] R.D.F. 152 (C.Q.); *Droit de la famille-1725*, [1993] R.D.F. 1 (C.Q.); *Anonyme*, C.Q. Montréal, n° 500-43-000248-913, 18 janvier 1994, j. Demers.

23. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 16, p. 28.

24. En ce sens, voir M. LAROCHELLE *et al.*, *Clarification de projet de vie, Modèle pratique*, Québec, Centre des services sociaux de Québec, 1992, p. 30.

vue d'optimiser leur chance d'adopter un enfant²⁵ », risque de constituer un véritable détournement de l'institution qu'est la famille d'accueil. En effet, les placements en milieu familial ont essentiellement une vocation temporaire. Les dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, dont notamment les articles 57 et 62, obligent le directeur de la protection de la jeunesse à prendre à l'égard des enfants en situation de compromission des mesures appropriées, c'est-à-dire nécessairement respectueuses des objectifs de la loi. Or l'objectif premier n'est-il pas le retour de l'enfant dans son milieu parental ou, lorsque cela n'est pas possible, à tout le moins le maintien des liens avec ce milieu ? Une des mesures prévues par la loi consiste à placer l'enfant en famille d'accueil. On peut donc dire que la famille d'accueil est un instrument de réalisation des objectifs de la loi. Même si dans bien des cas le retour de l'enfant n'est pas souhaitable, voire impossible, il n'empêche que la famille d'accueil qui accepte de recevoir un enfant avec le projet bien clair (avoué ?) de passer ensuite à l'adoption pourrait bien se retrouver, tout comme le directeur de la protection de la jeunesse, dans une situation potentielle de conflit d'intérêts.

Quoi qu'il en soit, la première étape dans le processus de déclaration d'admissibilité à l'adoption dans le cadre de l'article 559 (2) C.c.Q. consiste à vérifier s'il s'agit d'un enfant dont ni les parents ni le tuteur n'ont « assumé de fait le soin, l'entretien ou l'éducation depuis au moins six mois ». Il convient donc maintenant de s'interroger sur le sens véritable de cet énoncé et, plus largement, sur la mise en œuvre du mécanisme de la déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption d'un enfant.

2. La mise en œuvre du mécanisme

2.1 La première étape : la constatation d'une carence parentale passée

La première étape consiste à vérifier le défaut dans les soins, l'éducation et l'entretien, et donc à constater une carence parentale importante. Encore faut-il s'entendre sur la signification de ces expressions. La terminologie de l'article 559 (2) C.c.Q. n'est pas nouvelle. Elle existait déjà telle quelle dans les articles 6 et 7 de la *Loi de l'adoption* de 1969²⁶. Les auteurs de l'époque²⁷, tout comme la jurisprudence²⁸, désignaient ces situations

25. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 16, p. 28.

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

27. Voir, par exemple, J. PINEAU, *La famille*, Montréal, PUM, 1972 ; M. CASTELLI, « De l'adoption et de « l'abandon » d'un enfant légitime ou l'art de tourner la loi », (1977) 18 *C. de D.* 930.

28. Voir, par exemple, *M. et Mme. X.*, [1975] C.B.E.S. 385 ; *A... c. D...*, [1976] C.B.E.S. 2013 ; *A... c. B...*, [1978] C.S. 1012 ; *A. et B. c. Y. et Z.*, [1979] T.J. 2011 ; *A... et B... c. C...*, J.E. 79-891 (T.J.) ; *Dufour c. Dufour*, [1974] C.S. 434.

d'absence de soin, d'entretien, etc., en employant l'expression « abandon d'enfant ». Compte tenu du caractère identique de la terminologie légale, c'est donc tout naturellement que les auteurs et les tribunaux ont continué, après la réforme du droit de la famille en 1980-1981, à parler d'*abandon* d'enfants, même si la loi ne mentionnait pas ce terme expressément²⁹. Plus récemment, la Cour d'appel du Québec a toutefois souligné le danger d'employer le terme « abandon », en ce qu'il recèle une dimension volontaire, voire répréhensible, et qu'il ajoute donc indûment un élément important au texte de la loi³⁰.

L'évaluation de la situation relève, bien entendu, de la discrétion judiciaire, puisqu'il s'agit d'une notion relative³¹. Indépendamment de la terminologie employée, certains aspects de l'« abandon » ou de la « carence » font néanmoins l'unanimité. Ainsi, il est incontestable que « assumer *de fait* le soin, l'entretien ou l'éducation de l'enfant » implique nécessairement de la part des parents des gestes concrets et répétés, une présence, un lien véritable avec l'enfant. Les tribunaux ont toujours été unanimes sur ce principe, aussi bien en vertu de l'ancienne loi³² que de la loi nouvelle³³. La simple intention de reprendre la charge d'un enfant, si elle n'est pas accompagnée d'une matérialisation concrète, est jugée insuffisante. De la même façon, sont jugés insuffisants les gestes parentaux ponctuels et isolés qui ne dénotent aucune attention véritable à l'égard de l'enfant, comme le simple envoi d'une carte postale, une conversation téléphonique ou une visite isolée à l'institution ou à la famille qui héberge l'enfant³⁴. Ces gestes sont jugés encore moins convaincants s'ils sont posés *in tempore suspecto*, c'est-à-dire après la signification des procédures en déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption.

Dans la recherche d'une définition de ce qui constitue une carence parentale ouvrant la porte à la déclaration d'admissibilité à l'adoption se posent alors deux questions qui, nous le verrons, sont étroitement liées. La première concerne le *degré* de soin, d'entretien et d'éducation exigé.

29. Voir G. TURCOTTE, *op. cit.*, note 14, p. 1 ; S. PILON, *loc. cit.*, note 5 ; J. PINEAU, *op. cit.*, note 5 ; M. OUELLETTE, « Le nouveau droit de la famille et l'adoption », (1982) 13 *R.G.D.* 109.

30. *Droit de la famille-1544*, précité, note 22.

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

32. Sur la question du désintérêt et de l'absence de lien psychologique ou d'affection avec l'enfant, voir A... c. B..., précité, note 28 ; A. et B. c. Y. et Z., précité, note 28 ; A... et B... c. C..., précité, note 28.

33. Pour des exemples parmi bien d'autres : *Droit de la famille-132*, [1984] T.J. 2036, 2044 ; *Droit de la famille-1528*, [1992] R.D.F. 103, 109.

34. En ce sens, M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 29, 130 ; A. et B. c. Y. et Z., précité, note 28 ; *Adoption-2*, [1980] T.J. 2003.

Autrement dit, faut-il, pour évaluer la suffisance ou l'insuffisance des interventions parentales, tenir compte de la situation particulière dans laquelle les parents se trouvent ou, au contraire, appliquer un test strictement objectif qui consiste à vérifier si tel enfant précis reçoit ce qu'un enfant doit normalement recevoir ? La deuxième question porte sur le caractère volontaire ou involontaire du défaut parental et se pose de façon particulièrement délicate devant la situation d'un parent souffrant d'un handicap mental grave, rendant très difficile l'exercice réel de l'autorité parentale. Avant de s'interroger sur le caractère volontaire ou non, il convient donc de délimiter d'abord le « degré » de soin, d'entretien et d'éducation requis, c'est-à-dire l'étendue de l'obligation parentale.

2.1.1 L'étendue de l'obligation parentale

Le législateur, heureusement, n'a jamais exigé des parents qu'ils soient des parents idéaux ni qu'ils soient sans reproche. La loi ne constitue pas une épée de Damoclès prête à tomber au moindre écart. Il ne s'agit donc pas de savoir si les parents se sont *bien* occupés de leur enfant (d'autres lois s'intéressent plus précisément au contrôle de l'exercice de l'autorité parentale), mais tout simplement s'ils s'en sont effectivement occupés. La Cour d'appel a répété à maintes reprises ce qui paraît l'évidence même : l'adoption n'a pas pour objectif de remplacer les parents par d'autres personnes que l'on jugerait plus acceptables ou plus adéquates³⁵. Appliqué à l'article 559 C.c.Q., ce principe a toujours été compris par les tribunaux, dans leur grande majorité, comme impliquant qu'il faut tenir compte de la situation particulière des parents en cause. Ainsi, par exemple, il faut évaluer l'obligation d'un parent qui n'a pas le droit de garde en tenant compte des contraintes inhérentes à son éventuel droit de visite ou de sortie³⁶. Le père emprisonné ne peut se voir reprocher, évidemment, l'absence de contact physique soutenu avec son enfant s'il a, par ailleurs, tout mis en œuvre pour maintenir le contact affectif, que ce soit par courrier ou par téléphone. De la même façon, le parent qui se voit temporairement nié tout droit de contact en raison d'une mesure de protection ne peut se voir reprocher de ne pas avoir vu son enfant pendant cette période. Son obligation devra alors se concrétiser autrement, notamment en mettant tout en œuvre pour faire disparaître les motifs de la mesure de protection, tout en contribuant financièrement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant lorsque la situation le permet³⁷.

35. *Droit de la famille-376*, [1987] R.J.Q. 1235 (C.A.) ; *Droit de la famille-231*, [1988] R.J.Q. 230 (C.A.).

36. *Droit de la famille-132*, précité, note 33.

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

Les contraintes que peuvent vivre les parents ne sont pas seulement judiciaires. Elles sont même le plus souvent d'ordre socio-économique. Ainsi, il paraît évident que lorsque l'article 559 (2) C.c.Q. mentionne l'obligation d'entretien il faut, comme en matière d'obligation alimentaire, évaluer cette exigence en fonction des capacités économiques des parents. On exige plus, sur ce chapitre, de celui qui jouit d'un confortable salaire que de celui qui émerge de l'aide sociale. N'est-ce pas la plus convaincante démonstration que l'article 559 C.c.Q. doit être appliqué en tenant compte des difficultés particulières dans lesquelles se trouvent de nombreuses familles ? Ce n'est pas tant une question d'« attitude charitable » (pour reprendre les mots de la juge Wilson dans l'arrêt *Racine c. Woods*) que tout simplement une question de justice³⁸.

La Cour d'appel a récemment rendu plusieurs arrêts en matière de déclaration d'adoptabilité qui, à première vue, pourraient pourtant laisser croire que la situation particulière des parents ne doit pas être prise en considération dans l'application de l'article 559 (2) C.c.Q.³⁹. À cet égard, l'arrêt clé a été rendu par un banc constitué de cinq juges⁴⁰. Il s'agissait de savoir en l'espèce si une mère, souffrant d'un handicap mental qui la rend incapable de s'occuper de son enfant, peut valablement s'opposer à l'adoption de cet enfant⁴¹. L'importance de cet arrêt est confirmée par le fait que, quelques mois plus tard, la Cour a indiqué elle-même qu'elle « fixait » ainsi sa jurisprudence sur la question⁴². Or, même si la Cour arrive à la conclusion que le défaut parental est une question purement objective, indépendante des raisons qui l'ont causé et donc même s'il s'agit d'un motif purement involontaire (comme la maladie mentale), une lecture attentive de l'arrêt permet tout de même de constater que les juges de la majorité, tout comme le juge dissident, sont unanimes à considérer qu'il faut tenir compte des particularités de chaque cas pour évaluer si les parents ont « assumé » adéquatement le soin, l'entretien, etc. Il faut en effet garder à l'esprit que les circonstances varient à l'infini et que l'on se trouve parfois en présence de parents « qui ne vaquent pas aux soins quotidiens, mais dont on ne peut pour autant affirmer qu'ils n'assument pas ce qui constitue l'essence du rôle de parents⁴³ ». On peut citer, comme le fait la Cour

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

39. Il s'agit des arrêts *Droit de la famille-1544*, précité, note 22 ; *Droit de la famille-1628*, J.E. 92-1172 (C.A.) ; *Droit de la famille-1741*, J.E. 93-453 (C.A.).

40. *Droit de la famille-1544*, précité, note 30. Chaque juge de la majorité (McCarthy, Vallerand, Baudouin et Fish) a rédigé une opinion. Le juge Beauregard, quant à lui, a exprimé une forte dissidence sur le fond.

41. Pour un autre cas de déclaration d'admissibilité à l'adoption d'un enfant dont la mère souffre de schizophrénie, voir *Droit de la famille-1756*, [1993] R.D.F. 152 (C.Q.).

42. *Droit de la famille-1741*, précité, note 39, 13-14.

43. *Droit de la famille-1544*, précité, note 22, opinion du juge Vallerand, 630-631.

d'appel, l'exemple de la mère qui continue à veiller sur son enfant pris en charge par le directeur de la protection de la jeunesse, celui du père qui purge une peine de prison mais qui continue néanmoins à s'intéresser à l'éducation et à l'entretien de son enfant ou, encore, celui du parent qui, pour des raisons professionnelles, doit confier son enfant à un pensionnat. Pour chaque scénario, il convient donc de vérifier si « le parent assume l'essentiel de la charge même s'il est à l'écart du quotidien⁴⁴ ».

Mais en matière d'engagement parental, comment établir ce qui est suffisant et ce qui ne l'est pas ? À partir de quand peut-on décider que l'affection que peut donner un parent souffrant d'un handicap mental ne constitue plus le « minimum requis » ? C'est la question la plus importante et en même temps la plus délicate. Elle relève, comme on dit, de la discrétion judiciaire⁴⁵ et se situe donc dans cette zone du « flou », si étendue en droit familial, et qu'illustrent bien les propos du juge Vallerand lorsqu'il souligne qu'il est des cas difficiles qui peuvent amener un tribunal « à conclure que le parent — y compris le parent handicapé mental — qui n'assume pas de façon conventionnelle, assume néanmoins⁴⁶ ».

Quelles sont alors les circonstances dont il faut tenir compte et celles que l'on doit ignorer ? On conçoit aisément que les tribunaux doivent jouir en ce domaine d'une marge de manœuvre importante et que les critères applicables doivent être suffisamment flexibles. Mais on peut légitimement se demander si une telle extension de la discrétion judiciaire ne nous rapproche pas sensiblement du mécanisme du « refus abusif de consentement » de l'ancienne législation sur l'adoption. Le tribunal pouvait, à cette époque, prononcer l'adoption d'un enfant contre la volonté d'un parent biologique lorsque le refus de ce dernier de consentir à l'adoption était jugé contraire à l'intérêt de l'enfant. Or, rappelons-le, ce mécanisme a été abrogé lors de la réforme du droit de la famille en 1981.

Dans certains cas, il est clair qu'il y a absence totale de prise en charge, que ce soit par exemple parce qu'il y a eu délaissement intentionnel ou

44. *Ibid.* Pour sa part, le juge Fish exprime la même idée lorsqu'il écrit : « So long as the parents assert their parental rights and, within the limits of their abilities and their means, perform their parental duties, even if all they have to offer is presence, interest and concern, adoption should not lie otherwise than by consent » (p. 639). Sur ce point, le juge Beaugard rejoint l'opinion des juges majoritaires en écrivant : « Il n'y a pas de doute non plus qu'un parent indigent et malade physiquement continue à assumer le soin, l'entretien et l'éducation de son enfant même s'il ne contribue pas pécuniairement et physiquement au bien-être de l'enfant, pourvu qu'il contribue moralement à l'éducation de l'enfant » (p. 624). Voir également *Droit de la famille-1725*, [1993] R.D.F. 1 (C.Q.) ; *Droit de la famille-388*, [1987] R.D.F. 285 (T.J.).

45. *Droit de la famille-1078*, précité, note 31.

46. *Droit de la famille-1544*, précité, note 22, 636.

encore parce que le parent est atteint d'une grave maladie mentale rendant absolument impossible l'exercice de la moindre parcelle d'autorité parentale. Dans d'autres cas, les gestes posés ou l'attention accordée à l'enfant sont à ce point négligeables (mais comment peut-on jauger l'affection ?) que le tribunal arrivera à la conclusion que le parent n'a pas assumé *de fait* le soin, l'entretien ou l'éducation. En l'absence totale de prise en charge se pose alors la question du caractère volontaire ou involontaire de cette carence.

2.1.2 L'« abandon » involontaire

La question de savoir si un enfant peut être considéré comme délaissé ou abandonné (et donc éventuellement disponible pour adoption) dans les cas où l'absence totale de prise en charge des soins, de l'éducation ou de l'entretien est due à une cause indépendante de la volonté du parent fait depuis longtemps l'objet de discussions. Le cas de la mère atteinte d'une grave maladie mentale est l'exemple le plus frappant et, en même temps, celui qui a donné lieu aux plus âpres débats en la matière⁴⁷. La doctrine qui commentait les dispositions de la loi de 1969 considérait généralement que l'abandon supposait non seulement un élément matériel, mais aussi un élément intentionnel, en ce sens que l'enfant « abandonné » ne pouvait être que celui dont les parents, sans consentir à son adoption, ne se préoccupaient pas⁴⁸. Mais aussi bien en vertu de l'ancienne loi que de la loi actuelle, la jurisprudence révélait jusqu'à récemment des tendances contradictoires. Ainsi, certains tribunaux estimaient que l'abandon même involontaire pouvait être retenu⁴⁹, alors que d'autres restreignaient les cas d'abandon aux seuls abandons volontaires⁵⁰. Dans leurs commentaires du nouveau droit de la famille de 1981, la plupart des auteurs continuaient à expliquer que l'abandon qui ouvrait la porte à la déclaration d'adoptabilité devait nécessairement comporter un élément d'intention⁵¹.

47. Causes récentes portant sur l'article 559 (2) C.c.Q. dans des situations de maladie mentale ou de handicap mental de la mère : *Droit de la famille-1628*, précité, note 39 ; *Droit de la famille-1544*, précité, note 22 ; *Droit de la famille-1078*, précité, note 31 ; *Droit de la famille-256*, [1988] R.D.F. 397 (C.A.) ; *Droit de la famille-1528*, [1992] R.D.F. 103 (C.Q.) ; *Droit de la famille-1756*, précité, note 22.

48. En ce sens, voir M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 29 ; J. PINEAU, *op. cit.*, note 5, p. 253.

49. Voir par exemple A... c. D... précité, note 28 (usage abusif d'alcool) ; *Droit de la famille-362*, [1987] R.J.Q. 1215 (T.J.) ; *Droit de la famille-256*, [1986] R.J.Q. 139 (T.J.) ; *Droit de la famille-81*, J.E. 85-266 (T.J.) ; *Droit de la famille-1101*, [1987] R.D.F. 244 (T.J.) ; *Droit de la famille-388*, [1987] R.D.F. 285 (T.J.).

50. Voir par exemple, *Droit de la famille-231*, [1985] T.J. 2044 ; *Droit de la famille-132*, précité, note 33.

51. J. PINEAU, *op. cit.*, note 15 ; S. PILON, *loc. cit.*, note 5 ; M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 29.

En 1988, la Cour d'appel rendit un arrêt unanime qui rejetait une déclaration d'adoptabilité, après avoir constaté qu'une mère qui était atteinte de troubles psychiatriques et qui n'avait peut-être pas réussi à établir avec son enfant une relation satisfaisante, ne l'avait pas pour autant délaissé ni abandonné volontairement au sens de la loi⁵². La Cour laissait donc entendre que la loi exigeait une preuve de délaissement intentionnel. Mais depuis cet arrêt, la Cour d'appel a renversé sa propre jurisprudence qui, aujourd'hui, est très claire sur cette question : le tribunal est invité à constater une situation d'abandon *de fait*, indépendamment des motifs qui ont amené le parent à ne pas s'occuper de son enfant. La maladie mentale du parent peut donc, dans certains cas, conduire à une déclaration d'admissibilité à l'adoption. Non pas, soulignent les tribunaux, parce que le parent est atteint de cette maladie ou d'un handicap, ce qui serait discriminatoire au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*, mais parce qu'une des conséquences possibles de la maladie est précisément de mettre l'enfant en situation d'abandon de fait. Il faut bien avouer que la nuance peut paraître subtile et la frontière bien mince, quand on sait que certains handicaps d'ordre mental entraînent nécessairement une impossibilité d'assumer la moindre parcelle d'autorité parentale. Cependant, lorsqu'on décide que l'abandon totalement involontaire, comme c'est souvent le cas en présence d'un handicap mental, peut être retenu pour l'application de l'article 559 (2) C.c.Q., n'y a-t-il pas un danger d'aboutir à des généralisations abusives ? Le juge J.-L. Baudouin décrit fort justement ce risque « d'entrer en toute bonne foi, dans un système de discrimination systémique à l'endroit de ce groupe de personnes et même éventuellement, dans un souci par ailleurs légitime de faciliter l'adoption d'enfants, de cataloguer comme handicapés mentaux des personnes qui ne sont que des marginaux, qui souffrent de problèmes de comportement passagers ou qui ont tout simplement peu de talent pour prendre soin de leurs enfants⁵³ ». Dans son intéressante étude sur la notion de l'abandon involontaire, notamment pour cause de maladie mentale, Suzanne Pilon soulignait le danger de pareille solution qui, si elle devait se généraliser, risquerait effectivement de faire des femmes mentalement déficientes ou autrement carencées des porteuses d'enfants à des fins d'adoption⁵⁴.

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

53. *Droit de la famille-1544*, précité, note 22, 637.

54. S. PILON, *loc. cit.*, note 5, 414. Cette auteure rappelle à cet égard qu'il « est évident que de nombreux enfants issus de parents mentalement handicapés sont placés dans des familles substituts ; c'est alors le devoir des différents intervenants, travailleurs sociaux, membres de la famille, parents substituts, etc., de travailler à l'élaboration d'un plan de contact parents-enfant mais le tout dans le respect des droits des parents et surtout en tenant compte de leurs limites intellectuelles ».

La nouvelle position de la Cour d'appel paraît pourtant conforme à l'interprétation stricte du texte de la loi qui vise clairement les cas d'enfants dont les parents n'assument pas *de fait* le soin, l'entretien et l'éducation. Le texte ne prévoit aucune exception et sans doute n'appartient-il pas aux tribunaux d'en inventer⁵⁵. Dans l'arrêt *Droit de la famille-1544*, le juge Baudouin écrit que la thèse intentionnelle consacre « une déviance du but même de l'institution qui n'est pas de *punir* ou de *stigmatiser* les ascendants pour une parentalité déficiente, mais bien de remédier à une situation factuelle déplorable ou nuisible pour l'enfant⁵⁶ ». Mais force est de constater que l'effet est en réalité très punitif. De plus, il faut souligner que, contrairement à la déchéance de l'autorité parentale (qui est en soi plus « grave » puisqu'elle sanctionne un comportement répréhensible du parent), la déclaration d'admissibilité à l'adoption est *de facto* irréversible puisqu'elle aboutira à l'adoption plus que probable de l'enfant. La jurisprudence récente de la Cour d'appel met donc en relief les effets draconiens qui peuvent, à l'occasion, résulter d'une situation de fait non voulue par les parents.

À cet égard, il est intéressant de noter que dans de nombreux pays occidentaux la définition d'abandon contient nécessairement un élément intentionnel, comme c'est le cas en droit belge⁵⁷, en droit français⁵⁸ ou,

55. Le juge Moisan, dans *Droit de la famille-256*, précité, note 52, et le juge Beauregard, dans son opinion dissidente de l'arrêt *Droit de la famille-1544*, précité, note 22, ont accordé beaucoup d'importance au fait que l'ancienne loi prévoyait expressément la possibilité, à certaines conditions, de passer outre le refus de consentir d'un parent inapte pour cause de maladie mentale (article 7 (e) de la *Loi de l'adoption* de 1969). Ils ont souligné également que le législateur, en 1981, n'avait pas retenu une proposition de l'Office de révision du Code civil qui prévoyait précisément l'adoptabilité d'un enfant dont le parent ne pouvait assumer le soin, l'éducation ou l'entretien, en raison d'une maladie psychiatrique : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 12, t. I, art. 307.

56. *Droit de la famille-1544*, précité, note 22, 638.

57. L'article 370 bis du Code civil belge prévoit que l'enfant peut être déclaré abandonné si les père et mère s'en sont « manifestement désintéressés », et la jurisprudence a interprété cette disposition comme impliquant l'exigence de deux éléments : 1) un élément subjectif, soit le refus volontaire, conscient et délibéré d'entretenir avec l'enfant des liens affectifs suffisants pour assurer son épanouissement ; 2) un élément objectif, soit le non-exercice des droits de l'autorité parentale, accompagné du rejet de la charge de l'entretien et de l'éducation de l'enfant.

58. L'article 350 du Code civil français emploie également l'expression « désintéret manifeste » que la Cour de cassation a interprétée comme étant l'abandon volontaire, ce qui exclut donc le cas du parent souffrant d'une maladie ou d'un handicap mental. Voir Cass. 23 octobre 1973, D. 1974, Jur. 135 (note Gaury) ; Cass. 3 octobre 1978, D. 1979, Inf. 47 ; Cass. 15 décembre 1981, D. 1982, Inf. 94.

encore, en droit anglais⁵⁹. Par contre, dans chacun de ces systèmes juridiques qui donnent de l'abandon une définition restrictive, on trouve d'autres dispositions qui ouvrent la porte à l'adoption dans les cas de négligence parentale ou de refus abusif de consentement⁶⁰.

Au Québec, les effets radicaux de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 559 C.c.Q. sont accentués par le jeu de la présomption de l'article 561 C.c.Q. Mais avant d'aborder la question de la présomption, il convient de s'arrêter sur le problème de la durée de la carence parentale.

2.1.3 La période de la carence parentale

L'article 559 C.c.Q. prévoit que l'abandon doit avoir duré six mois pour pouvoir être pris en considération. À première vue, cette exigence ne laisse aucune place à l'interprétation. Dans certains pays, ce délai est de un an, alors que dans d'autres aucun délai n'est prévu⁶¹. La Cour d'appel du Québec a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la computation du délai de six mois⁶². En l'espèce, une mère ne s'était pas occupée de son enfant pendant une période de dix mois. Par contre, lorsque les procédures en déclaration d'adoptabilité (destinées à permettre finalement l'adoption de l'enfant par la famille d'accueil) lui furent signifiées, cette mère désira renouer contact avec l'enfant. Jusqu'ici la situation ne présentait aucune difficulté car, comme nous l'avons souligné plus haut, la jurisprudence

59. *Adoption Act 1976*, s. 16 (2) (d). La jurisprudence anglaise considère qu'un parent a abandonné son enfant lorsque cet abandon peut entraîner sa responsabilité criminelle : *Watson v. Nikolaisen*, (1955) 2 Q.B. 286, (1955) 2 All E.R. 427 ; *Re R (adoption)*, (1966) 3 All E.R. 613, (1967) 1 W.L.R. 34 (causes citées dans le *Halsbury's Statutes of England and Wales*, en vertu de l'article 16 de l'*Adoption Act* de 1976)

60. Ainsi, selon l'article 353, § 3, al. 2 du Code civil belge, le refus du parent non gardien de consentir à l'adoption peut être jugé abusif, même s'il ne s'est pas désintéressé de l'enfant. La même disposition prévoit qu'en cas d'impossibilité de consentir, ce qui pourrait inclure le cas de la maladie mentale, le consentement peut alors être donné par le conseil de famille. En Angleterre, la loi retient également l'impossibilité de donner son consentement et le refus abusif de consentir comme des situations permettant au tribunal de prononcer l'adoption sans le consentement des parents (*Adoption Act 1976*, s. 16 (a) et (b)). Le fait de ne pas assumer ses responsabilités parentales ouvre également la porte à l'adoption, à moins que le parent n'ait un motif raisonnable pour expliquer son défaut (*id.*, s. 16(c)). En France, l'article 348-6 du Code civil prévoit également le mécanisme du refus abusif de consentir, mais la Cour de cassation a jugé que ce refus doit reposer sur un désintérêt volontaire : Cass. 16 décembre 1980, D. 1981. Jur. 514 (note J.M.) et, plus récemment, Cass. 19 juillet 1989, J.C.P. 1990, 21443 (observation Salvage-Gerest).

61. En droit belge, l'article 370 bis du Code civil, introduit par la *Loi du 20 mai 1987*, prévoit que le désintérêt doit avoir duré un an. En droit français, l'article 350 instaure le même délai. En droit anglais, la loi parle d'abandon ou de défaut persistant d'assumer les responsabilités parentales, sans toutefois préciser de délais.

62. *Droit de la famille-1741*, précité, note 39.

refuse de tenir compte du repentir tardif. Toutefois, élément particulier de cette affaire, le directeur de la protection de la jeunesse avait accepté d'organiser, pendant l'instance, un droit de visite supervisé au profit de la mère qui, jusqu'au jugement de première instance, c'est-à-dire pendant dix mois, rencontra effectivement son enfant à raison de deux visites par semaine au centre des services sociaux. Par la suite, la mère a soutenu que le délai de l'article 559 C.c.Q. (« depuis six mois ») devait être calculé à partir du jour de l'audition. La Cour rejeta l'argument en soulignant que le délai de six mois devait être écoulé et allégué au moment des procédures écrites. Cette condition devait être respectée dès le départ « sous peine d'irrecevabilité puisqu'essentielle à la démarche⁶³ ».

Que penser de cette position ? Sur la question de la recevabilité de la requête, la position de la Cour d'appel est irréprochable. En effet, il serait impensable d'introduire les procédures après une période de seulement deux ou trois mois d'abandon en misant sur le fait qu'au moment de l'audition le délai de six mois sera probablement atteint... Mais cela signifie-t-il qu'une fois satisfaite cette exigence « minimale », il n'est pas nécessaire que la situation « d'abandon » soit toujours existante au moment où la cause est entendue ? En arrivant à cette conclusion, la Cour d'appel applique implicitement la solution du droit belge et du droit français selon lesquels les faits postérieurs à l'expiration du délai de un an sont inopérants⁶⁴. Mais il faut rappeler qu'aussi bien en France qu'en Belgique les articles pertinents prévoient que les parents doivent s'être manifestement désintéressés « pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon⁶⁵ » et que ces dispositions ne laissent donc aucune marge d'interprétation.

Au Québec, nous l'avons souligné, les textes sont différents. Or, la Cour d'appel interprète l'article 559 (2) C.c.Q. comme s'il édictait que l'absence de soins devait avoir eu lieu « pendant » six mois. Pourtant cette disposition permet la déclaration d'adoptabilité de l'enfant dont les parents n'ont pas assumé le soin « depuis » six mois. À notre avis, il n'est pas déraisonnable de soutenir que le terme « depuis » implique qu'au moment de la décision du tribunal la situation de délaissement doit toujours exister et que, par conséquent, une mère qui, au moment de l'audition, voit son enfant deux fois par semaine en visite supervisée depuis une période de dix mois, ne tombe plus sous le coup de l'article 559 (2) C.c.Q. Cependant, la Cour d'appel estime, au contraire, que ces nouveaux contacts ne sont pas

63. *Id.*, 7.

64. Cass. 15 décembre 1981, D. 1982, Inf. 94 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Personnes et droit de la famille », (1984) *R.T.D.C.* 298.

65. Art. 350 C.c. fr. et art. 370 bis C.c.b.

pertinents au stade de l'article 559 C.c.Q., mais qu'ils peuvent éventuellement entrer en considération dans le cadre de l'article 561 C.c.Q., c'est-à-dire dans l'évaluation de la probabilité de reprise en charge. C'est là, selon nous, imposer un fardeau beaucoup plus lourd au parent, car, comme nous le verrons plus loin, l'article 561 C.c.Q. lui imposera de faire la preuve de la probabilité de reprise en charge de *la garde*. Or, dans bien des cas où il n'y a plus délaissement au sens de l'article 559 C.c.Q. (par exemple lorsqu'il y a des visites supervisées régulières et soutenues, comme en l'espèce), il peut par contre y avoir impossibilité de reprise en charge, c'est-à-dire reprise de l'exercice du droit de garde, et donc impossibilité pour ce parent de renverser la présomption.

L'esprit de l'institution de la déclaration d'admissibilité à l'adoption n'est-il pas de permettre l'adoption des enfants *réellement* délaissés au moment où le tribunal connaît de leur cas, plutôt que de ceux qui, à un moment de leur existence, ont été délaissés ?

2.2 La deuxième étape : la constatation d'une impossibilité de reprise en charge future

L'article 561 C.c.Q. énonce que « 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. » Une fois démontré qu'il y a eu délaissement pendant six mois, il appartient donc aux parents de renverser la présomption de l'article 561 C.c.Q. Or, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, cette disposition peut constituer pour de nombreux parents carencés un obstacle difficile à surmonter, car il ne suffit pas de démontrer la probabilité de la reprise de contact, mais plutôt celle de la reprise en charge de la garde elle-même. La côte à remonter est d'autant plus raide pour le parent que la jurisprudence récente de la Cour d'appel est sans ambiguïté sur le fait que la probabilité de la reprise en charge doit être évaluée en examinant la situation « tant du point de vue du parent que de celui de l'enfant⁶⁶ ». Cela signifie qu'il est désormais clair que la capacité de reprise en charge ne doit pas seulement être analysée en termes de capacité parentale (c'est-à-dire capacité du parent de « donner ») mais également en

66. *Droit de la famille-1741*, précité, note 39, 17 ; *Droit de la famille-376*, précité, note 35, 242-243.

fonction de la capacité de l'enfant de « recevoir utilement⁶⁷ ». Or il est probable que le milieu d'accueil de l'enfant ait créé chez ce dernier des besoins socio-affectifs auxquels les parents carencés auront de la difficulté à répondre adéquatement.

En d'autres mots, il faut tenir compte de la situation particulière de l'enfant. Au stade de la déclaration d'admissibilité à l'adoption, le critère de l'intérêt de l'enfant devient donc déterminant. La Cour d'appel lève ainsi tous les doutes que certains de ses propres arrêts récents avaient laissé planer sur cette question fondamentale⁶⁸. La déclaration d'admissibilité à l'adoption ne représente donc plus seulement l'octroi d'un statut juridique objectif ouvrant la porte à une adoption éventuelle qui, elle, devra satisfaire l'intérêt de l'enfant. Elle apparaît plutôt comme un mécanisme de protection et de contrôle de l'exercice de l'autorité parentale, au même titre que les mesures concernant la garde, l'accès ou la déclaration de compromission dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Le danger, en soulignant ainsi la notion de l'intérêt de l'enfant au stade de

67. La Cour suprême du Canada a très récemment confirmé ce principe en matière d'adoption, en soulignant que « pour déterminer si l'enfant continue d'avoir besoin de protection, on ne peut [...] mettre l'accent uniquement sur la capacité du père ou de la mère à assumer leurs responsabilités ; il faut plutôt mettre l'accent sur l'enfant et examiner si celui-ci, compte tenu des circonstances, continue d'avoir besoin de la protection de l'État ». En l'espèce il s'agissait d'une demande d'ordonnance de pupille de la Couronne, sans droits de visite, aux fins d'adoption, en vertu de la *Loi ontarienne sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C-11 : *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. C. M.*, [1994] A.C.S. n° 37, 5 mai 1994 (j. La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci).

68. Ainsi, dans *Droit de la famille-1544*, précité, note 22, les juges de la majorité ont des opinions divergentes sur la nécessité ou non de retenir, au stade de l'article 561 C.c.Q., le facteur de l'intérêt de l'enfant. Le juge Vallerand, par exemple, estime que « ces dispositions qui [...] traitent de l'adoptabilité et n'intéressent, du moins en thèse générale, que le statut de l'enfant, et non pas son intérêt, ne doivent donc pas, sauf peut-être exceptions, être appliquées en fonction de l'intérêt de l'enfant » (p. 634). Le juge Baudouin, par contre, écrit que « ce texte (c'est-à-dire l'art. 595 C.C.Q.) [...] implique nécessairement que le juge doive tenir compte de cet intérêt à tous les stades de la procédure menant à l'adoption » (p. 637). Sur l'ambiguïté et les contradictions qui demeuraient jusqu'à récemment à propos de cette question, on lira avec intérêt les décisions suivantes : *Droit de la famille-376*, précité, note 35 ; *Droit de la famille-231*, précité, note 35 ; *Droit de la famille-1078*, précité, note 31 ; *Droit de la famille-1628*, précité, note 39 ; *Droit de la famille-1528*, précité, note 47 ; *Protection de la jeunesse-532*, [1992] R.D.F. 307 (C.Q.) ; *Anonyme*, C.Q. Abitibi, n° 620-43-000002-910, 4 décembre 1992, j. Leduc. Actuellement, les tribunaux tiennent pour acquis que la déclaration d'admissibilité à l'adoption ne peut être prononcée que lorsqu'elle satisfait l'intérêt de l'enfant (*Droit de la famille-1725*, précité, note 22 ; *Anonyme*, C.Q. Montréal, précité, note 22).

l'article 561 C.c.Q., et donc en se situant du seul point de vue de l'enfant⁶⁹, est que les tribunaux soient amenés à faire, en matière de filiation, le procès des capacités parentales. Les tribunaux risquent, une fois franchi le cap de l'article 559 C.c.Q., d'exiger des parents qu'ils fassent la démonstration qu'ils sont capables de s'occuper, seuls et sans aide extérieure, de leur enfant. Il faut cependant garder à l'esprit qu'il existe des mécanismes d'aide, par exemple dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*, et que ces mécanismes sont au service de tous les parents⁷⁰. Or, l'abandon involontaire peut être, dans bien des cas, l'expression d'un besoin d'aide de la part des parents. L'interprétation jurisprudentielle actuelle de l'article 561 C.c.Q. semble ne pas tenir compte de cette réalité, en refusant de considérer qu'il peut y avoir « reprise en charge » effective moyennant un soutien adéquat aux parents carencés.

Conclusion

Il ressort de ce qui précède qu'une fois passé le double test des articles 559 et 561 C.c.Q., c'est-à-dire lorsque « le défaut parental » est démontré et que la présomption n'a pas été renversée par le ou les parents en défaut, les tribunaux sont amenés à déclarer l'enfant admissible à l'adoption. Pourtant, ne convient-il pas de pousser jusqu'au bout le raisonnement de la Cour d'appel⁷¹ (qui, rappelons-le, semble énoncer qu'il faut tenir compte de l'intérêt de l'enfant à tous les stades de la procédure) et d'appliquer cette règle également après avoir constaté un abandon et une impossibilité de reprise en charge ? Cela signifierait que le tribunal peut, même dans les cas d'improbabilité de reprise en charge par le parent, refuser néanmoins la déclaration d'admissibilité à l'adoption. Il y aurait alors non pas deux, mais plutôt trois étapes à franchir, la dernière étant la prise en considération du seul intérêt de l'enfant. C'est la conclusion à laquelle arrivait récemment un tribunal qui refusait une demande d'admissibilité à l'adoption, en raison du fait que, même en l'absence de possibilités de reprise en charge, il existait entre l'enfant et sa mère « un lien

69. De façon générale en matière d'adoption, on trouve dans la pratique sociale une illustration de cette mise à l'écart du point de vue des parents qui « donnent » leur enfant, puisque les services de soutien et d'accompagnement du parent après consentement ou déclaration judiciaire ne paraît offert qu'en de rares endroits, à tel point que l'on a pu signaler que « la plupart du temps, ces gens sont laissés à eux-mêmes et ont à vivre un deuil sans assistance » : MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 16, p. 32.

70. Voir par exemple *Droit de la famille-1628*, J.E. 92-1172 (C.A.), où la Cour évalue la probabilité de reprise en charge en ne considérant que les seules capacités des parents, sans égard à l'aide extérieure qui pourrait leur être apportée. Au même effet, *Anonyme*, C.Q. Montréal, précité, note 22.

71. *Droit de la famille-1544*, précité, note 22.

affectif, tenu certes, mais significatif⁷² ». En l'espèce, il s'agissait sans doute de la meilleure solution, car l'enfant pouvait ainsi demeurer dans sa famille d'accueil tout en gardant un lien avec sa mère biologique et sa famille d'origine. Il faut pourtant constater que, dans certains cas, l'adoption constitue très certainement la meilleure solution et qu'il ne faut alors pas hésiter à y recourir.

Enfin, l'aspect le plus délicat dans le contentieux de la déclaration d'admissibilité à l'adoption est le fait que, d'une part, l'adoption peut constituer objectivement la meilleure solution pour l'enfant, alors que, d'autre part, il n'est pas nécessairement dans son intérêt de rompre tous les liens avec sa famille d'origine. Devant ce dilemme, il n'y a aujourd'hui que deux décisions possibles : ou bien le refus d'adoption au nom des liens affectifs avec la famille biologique⁷³, ou alors l'adoption avec ses conséquences de rupture.

La législation actuelle ne permet pas toujours, à notre avis, de tenir adéquatement compte de la complexité des situations et elle oblige les tribunaux à mettre parfois en balance l'intérêt de l'enfant à être adopté avec l'intérêt de ce même enfant à garder certains liens privilégiés avec sa famille d'origine. On sait que, dans bien des cas d'enfants abandonnés, il ne fait aucun doute que le parent biologique ne peut en assumer la garde et que si ce parent est disposé à voir son enfant confié à d'autres, il lui est par contre difficile, voire impossible, de consentir à une rupture totale. Est-il nécessaire que, dans tous les cas, l'enfant adopté fasse le deuil de sa famille biologique ou doit-on accepter que dans certains cas, limités, l'adoption puisse se réaliser tout en préservant certains liens avec la famille d'origine⁷⁴ ? La question est délicate car elle remet en cause les fondements mêmes de l'adoption.

72. *Anonyme*, C.Q. Montréal, précité, note 22, 24. En l'espèce, la tâche du tribunal était facilitée par le fait que la famille d'accueil, qui désirait adopter l'enfant, avait manifesté l'intention de continuer à s'occuper de celui-ci même si l'adoption était refusée.

73. *Ibid.*

74. Un jugement de la Cour supérieure faisait récemment un pas significatif vers une plus grande « ouverture » en matière d'adoption, en accordant un droit de visite à une grand-mère dont le petit-enfant avait fait l'objet d'une déclaration d'admissibilité à l'adoption (*Droit de la famille-1873*, J.E. 93-1769 (C.S.)).