

L'adoption coutumière au regard du droit international : droits de l'enfant vs droits des peuples autochtones

Mona Paré

Volume 41, numéro 2, 2011

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026935ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026935ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Paré, M. (2011). L'adoption coutumière au regard du droit international : droits de l'enfant vs droits des peuples autochtones. *Revue générale de droit*, 41(2), 611–654. <https://doi.org/10.7202/1026935ar>

Résumé de l'article

L'adoption coutumière des enfants autochtones soulève aujourd'hui le problème de sa reconnaissance juridique que revendiquent les peuples autochtones. Le droit international serait-il en faveur d'une telle reconnaissance ? Une analyse des droits des peuples autochtones et des droits de l'enfant garantis par les instruments internationaux démontre non seulement une absence d'attention sur ce sujet, mais aussi des éléments de réponse qui peuvent prêter à confusion. La position des instances internationales renforce l'idée d'un clivage qui perdure entre droits individuels et droits collectifs, et suggère que la réponse du droit international pourrait être celle d'une conditionnalité de la reconnaissance de l'adoption coutumière. L'auteure recommande plus de dialogue au sein des instances internationales entre défenseurs des droits de l'enfant et peuples autochtones.

L'adoption coutumière au regard du droit international : droits de l'enfant vs droits des peuples autochtones

MONA PARÉ

Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

L'adoption coutumière des enfants autochtones soulève aujourd'hui le problème de sa reconnaissance juridique que revendiquent les peuples autochtones. Le droit international serait-il en faveur d'une telle reconnaissance? Une analyse des droits des peuples autochtones et des droits de l'enfant garantis par les instruments internationaux démontre non seulement une absence d'attention sur ce sujet, mais aussi des éléments de réponse qui peuvent prêter à confusion. La position des instances internationales renforce l'idée d'un clivage qui perdure entre droits individuels et droits collectifs, et suggère que la réponse du droit international pourrait être celle d'une conditionnalité de la reconnaissance de l'adoption

ABSTRACT

Customary adoption of aboriginal children raises today the question related to its legal recognition, which is claimed by aboriginal peoples. Would international law be in favour of such recognition? An analysis of the rights of indigenous peoples and the rights of the child protected by international instruments shows that not only is there no attention to this subject, but also that answers lead to confusion. The position of international bodies reinforces the idea of an enduring divide between individual and collective rights. It also suggests that the response provided by international law could be that of a conditional recognition of customary adoption. The author recommends more dialogue

coutumière. L'auteure recommande plus de dialogue au sein des instances internationales entre défenseurs des droits de l'enfant et peuples autochtones.

between child rights advocates and indigenous groups within international fora.

Mots-clés : *Adoption coutumière, adoption, enfants autochtones, droits individuels et droits collectifs, droits de l'enfant, droits des peuples autochtones, droit international des droits de la personne.*

Key-words : *Customary adoption, adoption, aboriginal children, individual and collective rights, child rights, aboriginal rights, international human rights law.*

SOMMAIRE

Introduction.....	613
1. L'adoption coutumière et les effets de sa reconnaissance.....	617
1.1. Les contours de l'adoption coutumière.....	617
1.2. La reconnaissance et ses effets.....	619
2. Les droits des peuples autochtones : fondements de la revendication.....	622
2.1. La reconnaissance graduelle des droits des groupes.....	622
2.2. Position de la <i>Déclaration sur les droits des peuples autochtones</i>	625
3. Droits de l'enfant : un message confus.....	631
3.1. L'analyse de la <i>Convention relative aux droits de l'enfant</i> à la lumière de ses principes généraux.....	631
3.2. Les autres articles pertinents.....	642
4. La fonction éclairante des instances internationales.....	646
4.1. Le rôle prépondérant du Comité des droits de l'enfant.....	646

4.2. La position du droit international à l'égard de l'adoption coutumière : conditionnalité de la reconnaissance	651
Conclusion	653

INTRODUCTION

1. Les problématiques juridiques concernant l'adoption des enfants autochtones sont multiples et s'inscrivent dans des sphères variées et qui se chevauchent : droit constitutionnel, droits de la personne, droits ancestraux des peuples autochtones et droits issus des traités, droit civil, protection de la jeunesse et droit international. La question qui soulève surtout des critiques et l'indignation des peuples autochtones porte sur l'adoption de ces enfants par des personnes non autochtones¹. Ces adoptions sont intimement liées à la protection de l'enfance, car les enfants autochtones sont surreprésentés dans les systèmes provinciaux d'aide à l'enfance² et il arrive qu'ils soient placés dans des familles d'accueil non autochtones et que l'adoption s'ensuive. Les critiques sont en lien avec la perte d'identité et de culture de l'enfant adopté, ainsi qu'avec l'effritement et l'appauvrissement des

1. Voir notamment N. TROCMÉ, D. KNOKE, C. BLACKSTOCK, « Pathways to the Overrepresentation of Aboriginal Children in Canada's Child Welfare System », (2004) 78(4) *Social Services Review* 577; Marlee KLINE, « Child Welfare Law, "Best Interests of the Child" Ideology and First Nations », (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 375; Wesley CHRICHLOW, « Western Colonization as Disease: Native Adoption and Cultural Genocide », (2003) 3(1) *Critical Social Work* 88; Philip LYNCH, « Keeping Them Home: The Best Interests of Indigenous Children and Communities in Canada and Australia », (2001) 23 *Sydney L. Rev.* 501; Patricia MONTURE, « A Vicious Circle: Child Welfare and the First Nations », (1989-1990) 3 *Canadian Journal of Women and the Law* 1; Kenn RICHARD, « A Commentary Against Aboriginal to Non-Aboriginal Adoption », (2004) 1(1) *First Peoples Child & Family Review* 101; THE ABORIGINAL JUSTICE IMPLEMENTATION COMMISSION, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, Vol. I: The Justice System and Aboriginal People*, Chapter 14: Child Welfare, [En ligne]. <http://www.ajic.mb.ca/volume1/chapter14.html> (Page consultée le 14 octobre 2011); Luke HERTLEIN, « Where Are Our Children Going? Should Native Children Be Adopted by Non-Native Families? », [En ligne]. <http://www.wrcfs.org/repat/childrengoining.htm> (Page consultée le 14 octobre 2011).

2. P. MONTURE, *ibid.*; Cindy BLACKSTOCK, « Residential Schools: Did They Really Close or Just Morph Into Child Welfare? », (2007) 6(1) *Indigenous Law Journal* 71.

communautés autochtones. Ces adoptions et leurs conséquences pourraient donc soulever des problèmes de conformité avec le droit international des droits de la personne, qui protège les droits culturels des membres de minorités. À côté de l'adoption légale, c'est-à-dire celle qui résulte de l'application des lois provinciales, existe l'adoption traditionnelle autochtone, qui est une forme d'adoption relativement informelle comprenant différentes formes d'adoption, de garde et de transfert de l'autorité parentale³. Nous regroupons toutes ces formes de garde et de transfert d'enfants et de la responsabilité parentale sous l'appellation « adoption coutumière ». L'adoption coutumière, bien que peu commentée, a surtout soulevé la question de la possibilité de sa reconnaissance juridique, notamment eu égard au droit portant sur la protection de l'enfance⁴. On se demande si, d'une part, cette pratique est dans l'intérêt supérieur de l'enfant vu l'absence de toute formalité et, d'autre part, si le manque de reconnaissance officielle de cette pratique serait contraire aux droits de peuples autochtones. Alors que la doctrine s'est peu attardée à l'aspect droit international⁵, ces questionnements sont directement en lien avec la problématique du présent article, dont l'objectif est de connaître la position du droit international sur la question de l'adoption coutumière et de sa reconnaissance.

2. Au vu de la problématique, nous examinerons plus particulièrement le droit international des droits de la personne.

3. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *Pour une adoption à la mesure de chaque enfant*, Québec, Ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 30 mars 2007 (Rapport Lavallée), [En ligne]. <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/adoption-rap.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2011).

4. Voir Cindy L. BALDASSI, « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada : Comparisons, Constrasts, and Convergences », (2006) 39(1) *U.B.C. Law Review* 63; GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *ibid.*

5. Différents instruments internationaux sont mentionnés, notamment dans Kerry O'HALLORAN (dir.), « Chapter 14: Intraculture Adoption », in *The Politics of Adoption : International Perspectives on Law, Policy and Practice*, 2^e éd., Dodrecht, Springer (Netherlands), 2009, p. 435-437. Pour une analyse des principes de droit international en matière d'adoption coutumière, voir LAW REFORM COMMISSION OF NEW SOUTH WALES, *Research Report 7: The Aboriginal Child Placement Principle*, 1997, par. 6.1-6.50, [En ligne]. <http://www.lawlink.nsw.gov.au.lrc.nsf/pages/RR7TOC> (Page consultée le 14 octobre 2011) (ci-après cité « Law Reform Commission »).

La question pourrait aussi intéresser d'autres aspects du droit international, et notamment l'adoption internationale et l'enlèvement international d'enfants au regard des conventions de La Haye⁶. Cependant, la pertinence de ces domaines est moindre, puisque l'un des objectifs de l'adoption coutumière est le maintien de l'enfant dans sa communauté. Ceci n'est pas sans reconnaître qu'il existe certainement des situations où l'enfant est informellement donné à un membre de la famille qui vit à l'étranger ou qui déplace l'enfant de manière illicite vers un autre pays. Néanmoins, ces problèmes ne semblent pas être particulièrement reliés à l'adoption autochtone. De plus, il convient de noter que le Canada a fait une déclaration concernant la Convention sur l'adoption internationale, reconnaissant que les formes de garde coutumière ne sont pas couvertes par la Convention⁷. On pourrait également soulever la question du trafic d'enfants dans les cas où la famille récipiendaire ferait un paiement à la famille biologique de l'enfant⁸. Là encore, les cas ne semblent pas être assez courants pour être liés spécialement à l'adoption autochtone, et le Protocole de Palerme sur la traite des personnes ne s'applique que dans un contexte transnational⁹.

3. Parmi les différents domaines de droit international des droits de la personne, nous nous intéresserons spécifiquement aux droits de l'enfant et aux droits des peuples autochtones, puisque ces droits traitent des deux principales entités touchées par l'adoption coutumière. Il s'agira de voir comment

6. *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 25 octobre 1980, [En ligne]. <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt28fr.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2011); *Convention de La Haye sur la protection des enfants et de la coopération en matière d'adoption*, 29 mai 1993, [En ligne]. <http://hcch.net.upload/conventions/txt33fr.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2011).

7. *État présent : Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993, [En ligne]. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=69 (Page consultée le 14 octobre 2011).

8. Éventualité soulevée par Oliver C. RUPPEL, Pombili L. SHIPILA, « Adoption : Statutory and Customary Law Aspects from a Namibian Perspective », (2010) 2(2) *Namibia Law Journal* 189.

9. *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, Rés. 55/25, Doc. off. A.G. N.U., 55^e sess., suppl. n° 49, Doc. N.U. A/RES/55/25 (15 novembre 2000), article 4, [En ligne]. http://www2.ohchr.org/french/law/pdf/protocoltraffic_fr.pdf (Page consultée le 14 octobre 2011).

ces deux branches abordent l'adoption coutumière et d'évaluer la conformité de cette pratique au droit international, quant à ses causes, ses procédures, ses conséquences et ses effets. On peut d'ores et déjà imaginer la survenance de conflits potentiels impliquant droits des enfants et droits des peuples autochtones. Ainsi, l'examen du droit international par l'entremise de ses instruments et mécanismes applicables sera essentiel pour explorer les réponses que ces deux branches peuvent apporter aux débats et les manières dont les conflits sont gérés ou résolus par les instances internationales. Ces branches de droit international soutiennent-elles les différentes formes d'adoption coutumière? Y a-t-il des conditions à ce soutien? En cas de conflit, comment savoir quels droits l'emportent sur les autres?

4. S'agissant de conflit de droits, il est pertinent de noter l'existence de différentes conceptions des droits de la personne qui peuvent alimenter les discours fondés sur les conflits. Il y a d'abord la conception occidentale, provenant de la tradition libérale occidentale et qui est à l'origine du discours dominant en matière des droits de la personne et du système international de protection des droits de la personne. Selon cette conception, les droits de la personne, tels que codifiés dans les traités internationaux, sont universels et essentiellement individuels, puisque reliés à la dignité humaine¹⁰. On reconnaît de manière graduelle certains droits collectifs, mais en cas de conflit, ce sont les droits individuels qui priment. Les conceptions qui s'opposent à la conception occidentale sont multiples¹¹ et ont pour point commun de se concentrer sur la protection des intérêts du groupe, laquelle prime les autres facteurs. Selon ces conceptions, dont le point de vue autochtone est représentatif, l'individu ne peut s'épanouir sans sa collectivité et l'exercice des droits individuels

10. Voir, par exemple, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée à Paris le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, Rés. 217 A (III), qui sert de base à tous les autres traités.

11. D'abord, la vision communiste et aujourd'hui les conceptions venant des pays en voie de développement et des pays asiatiques. Voir, par exemple, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, [En ligne]. http://www.aidh.org/Biblio/TxT_Afr/Images/Charte%20africaine.pdf (Page consultée le 14 octobre 2011), qui insère une perspective africaine dans un instrument influencé par les traités internationaux des droits de l'homme.

dépend de la santé de la collectivité¹². Alors que nous nous concentrerons sur un examen de l'état actuel du droit et non sur le débat concernant l'universalisme et le relativisme culturel, il importe de garder à l'esprit que le droit international des droits de la personne est fondé en grande partie sur la conception occidentale, bien qu'il ait pu bénéficier aussi d'autres influences.

5. Nous commencerons par définir et décrire l'adoption coutumière pour cerner les différents problèmes qui peuvent se poser en matière de droits de la personne, surtout en lien avec la reconnaissance juridique de ces formes d'adoption. Bien que le présent article constitue un discours général sur cette reconnaissance, des références seront faites aux modèles canadiens et au contexte juridique québécois. Ensuite, nous examinerons l'état du droit international pour voir si celui-ci offre des fondements aux revendications des peuples autochtones par rapport à la reconnaissance de leurs coutumes en matière d'adoption. Nous commencerons par le droit des peuples autochtones, qui, en toute logique, devrait répondre positivement à ces revendications. Nous examinerons ensuite les droits de l'enfant, avec lesquels le droit québécois concorde généralement et dont la réponse semble peut-être plus incertaine. Alors que l'on imagine que cette réponse pourrait même être en contradiction avec celle offerte par les droits des peuples autochtones, nous découvrirons, à la lumière de l'interprétation du droit par les instances internationales, que les principes de droit international demeurent les mêmes dans différents domaines.

1. L'ADOPTION COUTUMIÈRE ET LES EFFETS DE SA RECONNAISSANCE

1.1. LES CONTOURS DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE

6. L'adoption coutumière ne se cantonne pas à une seule forme d'adoption. En fait, elle désigne différentes formes de transfert de l'autorité parentale et de partage des responsabilités à l'égard d'un enfant. En effet, les coutumes sont très

12. Voir notamment P. LYNCH, *loc. cit.*, note 1, sur la nature interdépendante de la relation entre l'individu et sa communauté.

variées et comprennent de véritables formes d'adoption d'enfant avant la naissance, à la naissance ou plus tard, mais aussi des formes de garde ou de *fostering* d'enfant¹³, lorsque la responsabilité d'élever un enfant est transférée de manière temporaire ou permanente à une personne autre que les parents biologiques de l'enfant. De fait, dans la plupart des cas, l'adoption coutumière ressemble plus à une forme de garde que d'adoption¹⁴. Les exceptions les plus connues sont peut-être l'adoption chez les Inuits et les habitants du détroit de Torres en Australie, où les peuples autochtones pratiquent une forme d'adoption avec changement de filiation. Toutefois, ces deux coutumes diffèrent de l'adoption légale au Québec en ce qu'il s'agit d'une adoption ouverte, c'est-à-dire sans confidentialité¹⁵.

7. Néanmoins, en examinant les différentes traditions de par le monde et au Canada ou au Québec, il est possible de recenser un certain nombre de points communs, notamment le maintien de l'enfant dans la communauté, ou du moins au sein du même peuple ou nation, et très souvent aussi l'adoption de l'enfant par la famille élargie¹⁶. On peut confirmer aussi que contrairement à la tradition de l'adoption dans les sociétés occidentales, les peuples autochtones ne considèrent pas l'adoption coutumière comme un abandon de l'enfant de la part des parents biologiques¹⁷. On parle plutôt de don d'enfant, don qui peut être de nature temporaire. Ce sont ainsi les parents biologiques, et généralement la mère, qui

13. Voir Isabelle LEBLIC (dir.), *De l'adoption : des pratiques de filiation différentes*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2004.

14. Voir les descriptions de l'adoption coutumière par C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 4, p. 70-76 et dans GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *op. cit.*, note 3.

15. Voir, par exemple, les descriptions dans K. O' HALLORAN, *op. cit.*, note 5, p. 444, 445 et 452-459; Daniel BÉDARD, « L'adoption traditionnelle chez les Inuits : Quelques aperçus », in Tara COLLINS et al., (dir.), *Droits de l'enfant. Actes de la Conférence internationale / Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 4; LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 5.

16. Voir C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 4; THE ABORIGINAL JUSTICE IMPLEMENTATION COMMISSION, *op. cit.*, note 1. Voir aussi *The Child Placement Principle* dans le contexte australien (par exemple, dans K. O'HALLORAN, *op. cit.*, note 5, ou LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 5).

17. GROUPE DE TRAVAIL SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS DE L'ADOPTION, *op. cit.*, note 3.

choisissent les parents adoptifs qui s'occuperont de leur enfant de manière permanente ou temporaire. Les raisons de l'adoption diffèrent selon les cultures et ne sont pas nécessairement en lien avec les besoins de l'enfant¹⁸. Il peut s'agir d'une réponse aux besoins des parents biologiques ou des parents adoptifs, par exemple l'âge, le nombre et l'espace des enfants dans ces familles, l'âge de la mère biologique, les difficultés que les parents biologiques éprouvent ou la stérilité des adoptants. De manière générale, on peut donc définir l'adoption coutumière comme un arrangement privé entre deux familles, qui sert à décider d'un transfert de responsabilités à l'égard de l'éducation et du soin d'un enfant¹⁹.

1.2. LA RECONNAISSANCE ET SES EFFETS

8. Les peuples autochtones revendiquent la possibilité de pratiquer l'adoption coutumière en tant que pratique traditionnelle autochtone. Ils demandent aussi que les gouvernements reconnaissent la validité de ces adoptions, sans quoi, un enfant adopté de manière coutumière pourrait être ensuite adopté par le biais des mécanismes de protection de l'enfance, sans le consentement des parents biologiques ou des adoptants autochtones²⁰. On pourrait ainsi considérer que les parents biologiques ont abandonné leur enfant, surtout si à la base, y avait des problèmes de négligence dans la famille biologique. Dans les cas où il y aurait une raison d'intervenir pour protéger l'enfant au sein de sa famille adoptive, il serait facile pour les services provinciaux de protection de l'enfance de retirer l'enfant, sans considérer ces personnes comme ses parents. Le manque de reconnaissance juridique de l'adoption coutumière peut aussi rendre l'exercice de l'autorité parentale

18. Voir C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 4.

19. Bien que la jurisprudence ait retenu certains critères de l'adoption coutumière, nous ne les emploierons pas ici, car, comme nous allons le voir, ils peuvent porter à controverse. Ces critères sont le consentement des parents biologiques et adoptifs à l'adoption, le placement volontaire de l'enfant auprès des parents adoptifs, le caractère autochtone des parents adoptifs et la preuve d'une cause habituelle de l'adoption. *Re Tagornak Adoption Petition*, [1984] 1 C.N.L.R. 185 (N.W.T.S.C.).

20. Voir, par exemple, le scénario dans *Adoption — 09201*, J.E. 2009-1650 (C.A.).

très difficile pour les adoptants autochtones. Ces derniers, s'ils ne sont pas les tuteurs légaux de l'enfant, pourraient avoir des difficultés à inscrire l'enfant à l'école, à consentir aux soins de santé pour l'enfant, à lui obtenir un passeport, ou encore à pouvoir voyager avec lui à l'étranger. Ils pourraient donc avoir de la difficulté à exercer leurs droits et responsabilités parentaux. Le manque de reconnaissance pourrait ainsi enfreindre des droits reliés à la vie privée, à la famille, aux services et à la succession.

9. Par contre, la reconnaissance juridique de l'adoption coutumière pourrait elle aussi poser des problèmes selon les effets de cette reconnaissance²¹. S'il s'agit de reconnaissance avec un transfert des effets juridiques de l'adoption légale à l'adoption coutumière, comme en Colombie-Britannique²², on risque de dénaturer cette dernière. En effet, les formes d'adoption coutumière sont trop souvent souples et temporaires pour avoir des effets juridiques fixes. Il y a souvent une certaine fluidité dans la notion de garde, qui peut être temporaire et partagée. Les effets de l'adoption légale peuvent être trop radicaux, car ils entraînent notamment le changement de filiation, le retrait de tous les droits parentaux des parents biologiques, la coupure de liens avec la famille biologique, les modifications en matière de droits de succession, etc. L'imposition des effets de l'adoption légale à l'adoption coutumière peut donc entraîner comme conséquence des violations des droits des peuples autochtones en ce qui a trait à la détermination de leurs pratiques culturelles, ainsi que des droits en lien avec la vie familiale.

10. Si, au contraire, on préfère reconnaître l'adoption coutumière avec ses effets coutumiers, comme dans les Territoires

21. Nous ne discuterons pas ici de la reconnaissance de l'adoption coutumière au niveau administratif, cette question étant traitée dans un autre article publié dans le présent numéro de la *Revue*. Qu'il suffise de dire que ces pratiques administratives peuvent mener à des situations d'incertitude et de précarité pour les enfants et leurs parents et à la difficulté pour les tribunaux de trouver des solutions devant un fait accompli. Voir notamment l'analyse et l'historique judiciaire dans *Re M.Q.*, [2005] R.J.Q. 2441 (C.Q.), et l'analyse du juge Bédard concernant l'inaction du directeur de la protection de la jeunesse face à l'adoption coutumière dans *X (dans la situation de)*, [2006] R.J.Q. 2513 (C.Q.).

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

du Nord-Ouest²³, on peut se heurter à des conséquences trop floues sans règles prédéterminées. Il pourrait être difficile de déterminer les effets de l'adoption au cas par cas, vu le nombre important de cultures et de traditions propres aux différentes nations et communautés autochtones. Devrait-on, par exemple, prouver que les effets sont le résultat d'une pratique traditionnelle reconnue? L'option de la reconnaissance juridique des effets coutumiers de l'adoption autochtone pourrait donc créer une insécurité juridique trop importante et surtout, un manque de sécurité pour l'enfant, ce qui est contraire à son intérêt supérieur. Cela pourrait aussi poser des problèmes de traitements différents des enfants selon leur communauté d'appartenance. Certains effets coutumiers pourraient être plus favorables à l'adopté que d'autres, notamment en ce qui concerne la permanence que l'on recherche dans le placement des enfants. En effet, les enfants de certaines communautés pourraient ainsi être légalement ballottés d'une famille à une autre au nom d'une adoption coutumière temporaire. Le même commentaire sur l'inégalité des effets peut être fait à l'égard des parents biologiques et adoptifs, certains régimes pouvant leur être plus favorables que d'autres. Il y aurait donc un risque de créer une sorte de discrimination selon l'appartenance des personnes concernées à une communauté déterminée.

11. Les problèmes de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance juridique de l'adoption coutumière sont donc clairement en lien avec la question du respect des droits de la personne et montrent qu'il peut y avoir violation des droits des peuples autochtones, des droits des parents biologiques et adoptifs, ainsi que des droits de l'enfant. Une solution permettant d'éviter les difficultés posées par le choix catégorique entre effets légaux et effets coutumiers pourrait résider dans la solution adoptée par le Yukon. En effet, la loi y permet au tribunal de déterminer les droits et responsabilités des parents biologiques, des parents adoptifs et de la personne

23. Les effets ne sont pas précisés dans la *Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones*, L.T.N.-O. 1994, c. 26, mais selon la jurisprudence, les effets dépendent de la loi coutumière : *S.K.K. v. J.S.*, [1999] N.W.T.J. n° 94 (S.C.).

adoptée²⁴. Le juge a donc une certaine discrétion pour décider des effets de l'adoption selon ce qui lui semble le mieux adapté au cas d'espèce. Cette pratique exige clairement une connaissance des différentes coutumes autochtones locales de la part du juge, ainsi que sa sensibilisation au point de vue autochtone. Dans le cas contraire, il y a de grandes chances que le juge applique les principes de droit qu'il connaît le mieux.

12. Vu tous ces problèmes existants et potentiels, comment se place l'adoption coutumière par rapport au droit international des droits de la personne? Les peuples autochtones pourraient-ils se fonder sur le droit international pour appuyer leurs revendications de légitimation de ces pratiques? On pourrait supposer que les droits des peuples autochtones seraient en faveur de ces pratiques et de leur reconnaissance juridique, alors que les droits de l'enfant apporteraient peut-être une certaine nuance à ces affirmations. Nous examinerons donc, dans les prochaines sections, les deux principaux domaines des droits de la personne qui s'appliquent à l'adoption coutumière.

2. LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES : FONDEMENTS DE LA REVENDICATION

2.1. LA RECONNAISSANCE GRADUELLE DES DROITS DES GROUPES

13. Comme il a déjà été mentionné, les droits de la personne sont traditionnellement des droits individuels. Les conventions internationales des droits de l'homme protègent les personnes autochtones en tant que membres d'un groupe, et non le groupe lui-même. Par exemple, il est reconnu que l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁵, qui protège les droits des membres de minorités nationales, protège aussi les droits des personnes autochtones. Le Comité des droits de l'homme, organe de suivi de la mise en œuvre du Pacte, a donc eu à se prononcer sur les droits des personnes autochtones à leur langue et à la

24. *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, S.Y. 2008, c. 1, art. 134 (3).

25. 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U 171.

préservation de leurs pratiques culturelles²⁶. Bien que ces décisions aient indiscutablement un impact sur des populations autochtones entières, ce sont les plaignants, en tant qu'individus, et non les groupes, qui obtiennent gain de cause.

14. Le seul droit de groupe, c'est-à-dire un droit exercé par le groupe et pouvant être revendiqué par le groupe, qui soit expressément reconnu par les traités internationaux est le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ce droit est protégé notamment par l'article premier, commun au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ainsi qu'au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²⁷. C'est un droit bien établi que l'on retrouve aussi dans la *Charte des Nations Unies*, et son importance a été à maintes reprises affirmée par la Cour internationale de justice²⁸. Bien que le contenu d'un tel droit puisse sembler large, incluant notamment l'autodétermination des peuples autochtones, traditionnellement, ce droit ne comprend que le droit des peuples colonisés d'accéder à l'indépendance et le droit des États existants de décider de leurs affaires internes sans ingérence par les autres États²⁹. Le Comité des droits de l'homme a d'ailleurs jugé qu'il ne pouvait pas examiner les

26. Voir, par exemple, *Communication n° 167/1984 : Bernard Ominayak, chef de la bande du lac Lubicon c. Canada*, Doc. N.U. CCPR/C/38/D/167/1984 (10 mai 1990), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/750d146488937439c1256ac50051a3d3?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/750d146488937439c1256ac50051a3d3?Opendocument) (Page consultée le 14 octobre 2011); *Communication n° 197/1985 : Ivan Kitok c. Suède*, Doc. N.U. CCPR/C/33/D/197/1985 (27 juillet 1988), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.33.D.197.1985.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.33.D.197.1985.Fr?Opendocument) (Page consultée le 14 octobre 2011); *Communication n° 511/1992 : Länsman et al. c. Finlande*, Doc. N.U. CCPR/C/52/D/511/1992 (8 novembre 1994), [En ligne]. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/7e86ee6323192d2f802566e30034e775?Opendocument> (Page consultée le 14 octobre 2011).

27. 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U 3.

28. Voir, notamment, *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, [En ligne]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/84/6949.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2011); *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, [En ligne]. <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2011).

29. Voir notamment les résolutions : *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. 1514 (XV), Doc. off. A.G. N.U., 15^e sess., 947^e séance, Doc. N.U. A/RES/1514(XV) (14 décembre 1960), [En ligne]. [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514\(XV\)&Lang=Fr](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514(XV)&Lang=Fr) (Page consultée le 14 octobre 2011); *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Décl. n° 1803, Doc. off. A.G. 17^e sess., suppl. n° 9, Doc. N.U. A/5209 (1962).

revendications des groupes autochtones fondées sur cet article, car il n'a la capacité de se pencher que sur des plaintes individuelles³⁰.

15. Néanmoins, de grandes avancées ont récemment eu lieu en droit international en matière de reconnaissance des droits des peuples autochtones en tant que droits de groupe. Premièrement, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a rendu des jugements importants reconnaissant que les peuples autochtones peuvent être titulaires de droits protégés par la *Convention américaine des droits de l'homme*, notamment le droit à la propriété³¹; la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples lui a récemment emboîté le pas³². Deuxièmement, les droits de groupe, et particulièrement le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, ont été l'objet de discussions dans le contexte onusien également, pour être finalement reconnus dans la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*³³. Cette réalisation est le résultat d'un travail qui a duré des décennies, réalisé par un groupe de travail mis en place dès 1982³⁴. Les droits

30. Principe énoncé dans l'affaire *Bernard Ominayak*, préc., note 26, et réaffirmé à plusieurs reprises.

31. Voir *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 79 (2001); *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, n° 125 (2005).

32. AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, *Communication n° 276/2003 (Centre for Minority Rights Development (Kenya) et Minority Rights Group International au nom de l'Endorois Welfare Council c. Kenya*, mai 2009, [En ligne]. www.minorityrights.org/download.php?id=748 (Page consultée le 14 octobre 2011).

33. Rés. 61/295, Doc. off. A.G. N.U., 61^e sess., 107^e séance, Doc. N.U. A/RES/61/295 (2 octobre 2007), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2FRES%2F61%2F295&Submit=Recherche&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011).

34. CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Rés. 1982/34, Doc. N.U. E/RES/1982/34 (7 mai 1982), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=E%2FRES%2F1982%2F34&Submit=Recherche&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011). En 1995, un groupe de travail a été créé spécifiquement pour l'élaboration de la déclaration : CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Création d'un groupe de travail de la Commission des droits de l'homme chargé d'élaborer un projet de déclaration conformément au paragraphe 5 de la résolution 49/214 de l'Assemblée générale*, Rés. 1995/32, Doc. off. ECOSOC, 11^e sess., 52^e séance, Doc. N.U. E/RES/1995/32 (3 mars 1995), [En ligne]. <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/72aca3e5d3bf97af8025682500580c09?Opendocument> (Page consultée le 14 octobre 2011).

individuels des personnes autochtones en tant que membres de leur groupe n'ayant jamais posé problème, c'est donc le caractère collectif des droits qui a ralenti les discussions qui ont mené au consensus international avec l'adoption de la Déclaration, qui contient des droits individuels et des droits collectifs, par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007. Pourtant, le consensus n'était pas parfait, car non seulement il y a eu 11 abstentions³⁵, mais 4 États abritant d'importantes populations autochtones ont voté contre la résolution : l'Australie, le Canada, les États-Unis et la Nouvelle-Zélande³⁶. Les dispositions qui posaient le plus problème étaient bien sûr celles accordant des droits d'auto-détermination aux peuples autochtones, ainsi que les droits portant sur les terres ancestrales de ces peuples³⁷.

2.2. POSITION DE LA DÉCLARATION SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

16. En ce qui concerne la question de l'adoption coutumière, ni la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, ni les autres instruments de droit international n'en traitent explicitement. La question n'est donc pas régie par le droit international. On trouve, toutefois, plusieurs dispositions pertinentes, ainsi que des interprétations intéressantes par les organes de protection des droits de la personne, sur lesquelles il convient de se pencher pour tenter d'en extraire la position du droit international à l'égard de cette pratique.

17. La *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* contient, comme on peut s'y attendre, des dispositions pouvant appuyer la reconnaissance juridique par les États de l'adoption coutumière. Premièrement, on y trouve des dispositions touchant à l'autodétermination. Nous noterons particulièrement les articles 3 à 5 et 18 à 20. Selon ces articles, les

35. Azerbaïdjan, Bangladesh, Bhoutan, Burundi, Colombie, Géorgie, Kenya, Nigeria, Fédération russe, Samoa et Ukraine.

36. Ces quatre États ont depuis lors officiellement approuvé la déclaration, le Canada étant le dernier à l'avoir approuvée, en novembre 2010.

37. Voir AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD DU CANADA, *Position du Canada : Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, [En ligne]. <http://www.ainc-inac.gc.ca/ap/ia/pubs/ddr/ddr-fra.asp> (Page consultée le 14 octobre 2011).

peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination et, en vertu de ce droit, ils peuvent s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, y compris les questions de développement économique, social et culturel. Dans ce cadre, ils doivent pouvoir maintenir et renforcer leurs propres systèmes et institutions politiques, juridiques, sociaux et culturels et se livrer à leurs activités traditionnelles, ce qui implique notamment de pouvoir disposer des moyens de financer leurs activités. De plus, les peuples autochtones doivent pouvoir participer à la prise de décisions sur des questions qui concernent leurs droits, et les États doivent coopérer avec ces peuples pour obtenir leur consentement avant d'adopter des mesures législatives ou autres pouvant concerner les peuples autochtones.

18. Ces dispositions sur l'autodétermination et l'obligation de consulter les peuples autochtones³⁸ protègent clairement la pratique de l'adoption coutumière. Ces droits imposent des obligations négatives et positives aux États, car ils requièrent que les États respectent les traditions autochtones, qu'ils permettent aux peuples autochtones d'avoir les moyens de respecter ces traditions, et qu'ils obtiennent l'accord des peuples pour l'adoption de toute loi ou mesure qui pourrait avoir une incidence quelconque sur ces pratiques. Les modes d'éducation et de soin des enfants, y compris les formes d'adoption, font partie des institutions sociales distinctes et sont donc protégés par ces dispositions. Selon la déclaration, les États devraient alors respecter la pratique traditionnelle qu'est l'adoption coutumière et qui fait partie des institutions sociales et culturelles des peuples autochtones. Ils devraient s'assurer que les peuples autochtones aient les moyens de continuer et de renforcer ces pratiques, ce qui pourrait vouloir dire notamment que les États autoriseraient la mise en

38. L'obligation de consulter étant aussi reconnue en droit interne depuis la décision rendue par la Cour suprême du Canada en 2004, cette obligation étant cependant plus limitée qu'en droit international. Voir *Nation haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550.

place d'institutions autochtones de protection de l'enfance, qui pourraient intervenir dans les questions d'adoption³⁹, et contribuer à leur financement de manière viable⁴⁰. Cette obligation irait aussi dans le sens de l'article 21 qui dispose : « Les États prennent des mesures [...] pour assurer une amélioration continue de la situation économique et sociale des peuples autochtones. Une attention particulière est accordée aux droits et aux besoins particuliers [...] [des jeunes et des enfants autochtones]]. » De plus, les peuples autochtones doivent pouvoir participer à la recherche de solutions lorsque des parents ne peuvent s'occuper de leurs enfants, et ce, d'une manière qui soit respectueuse des droits du groupe.

19. L'adoption de lois susceptibles d'ébranler les traditions coutumières sans que les peuples touchés participent aux discussions et sans leur consentement devrait être proscrite. Cette obligation de consulter serait donc rattachée, notamment, à l'élaboration d'un projet de loi sur l'adoption au Québec⁴¹. Bien que les nouvelles formes d'adoption suggérées dans l'avant-projet de loi soient présentées comme des réponses possibles aux besoins des enfants et des familles autochtones⁴², sans avoir consulté les populations autochtones et sans leur accord, on risque de perdre la question de l'adoption

39. Voir, notamment, les institutions mentionnées dans THE ABORIGINAL JUSTICE IMPLEMENTATION COMMISSION, *op. cit.*, note 1; Jeannine CARRIÈRE, *You Should Know That I Trust You, Phase 2*, Indigenous Child Welfare Research Network, University of Victoria, [En ligne]. http://www.mcf.gov.bc.ca/adoption/pdf/cultural_planning_phase_2.pdf (Page consultée le 14 octobre 2011).

40. Au sujet des problèmes de financement dans ce domaine, voir R. McDONALD & P. LADD *et al.*, *Joint National Policy Review of First Nations Child and Family Services*, Ottawa, Assembly of First Nations, 2002; John LOXLEY *et al.*, *Wen : De : The Journey Continues*, 1st ed., Ottawa, First Nations Child and Family Caring Society of Canada, 2005; Sarah CLARKE, « Ending Discrimination and Protecting Equality : A Challenge to the INAC Funding Formula of First Nations and Family Service Agencies », (2007) 6 *Indigenous L.J.* 79; CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Chapitre 4 : Le programme des services à l'enfance et à la famille des Premières Nations — Affaires indiennes et du Nord Canada du rapport de mai 2008 de la vérificatrice générale du Canada*, Rapport du Comité permanent des comptes publics, 2^e sess., 40^e légis., mars 2009; Jeannine CARRIÈRE, « Promising Practice for Maintaining Identities in First Nation Adoption », (2007) 3(1) *First Peoples Child & Family Review* 46.

41. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, avant-projet de loi, 1^{re} sess., 39^e légis., 2009 (Qc).

42. *Ibid.*

coutumière dans une loi générale⁴³. Devrait-on alors adopter une loi qui traite spécifiquement de la protection des enfants autochtones, séparément des dispositions de droit commun des lois provinciales? C'est la solution adoptée par les États-Unis et c'est aussi ce que revendiquent les peuples autochtones en Australie, au nom de l'autodétermination⁴⁴.

20. D'autres droits militent aussi pour un appui étatique à l'adoption coutumière. Les articles 7 à 9 protègent le droit d'appartenance de l'individu autochtone à son groupe. Ces articles garantissent le droit d'appartenance à une communauté ou une nation autochtone et protègent l'individu contre le transfert et l'assimilation forcés et la destruction de la culture. Certains qualifient l'intervention des services d'aide à l'enfance dans les communautés autochtones de pratique colonialiste ou de nouvelle manière d'assimiler les enfants autochtones dans la culture dominante, annihilant ainsi leur culture⁴⁵. On vise bien sûr ici les cas où les services de protection de l'enfance placent les enfants en dehors de leur communauté d'origine, mais on se réfère aussi au fait que les services provinciaux interviennent plus souvent dans les familles autochtones que dans les familles blanches, par application de critères occidentaux d'éducation et de soin des enfants⁴⁶.

43. Comme le note Martine CÔTÉ, « Adoption coutumière chez les Innus », atelier sur l'adoption coutumière, 18 février 2011, Université d'Ottawa, intervention, [En ligne]. http://www.droitcivil.uottawa.ca/index.php?option=com_content&Itemid=406&id=2104&task=view&lang=fr (Page consultée le 14 octobre 2011).

44. *Indian Child Welfare Act*, 25 U.S.C. §§ 1901-1963 (1971). Pour une description, voir Tonya FRICHER, « The Indian Child Welfare Act: A National Law Controlling the Welfare of Indigenous Children », International Expert Group Meeting: Indigenous Children and Youth in Detention, Custody, Foster-Care and Adoption, Vancouver, 4-5 mars 2010, [En ligne]. <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/The%20Indian%20Child%20Welfare%20Act.v3.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2011). Pour les revendications australiennes, voir LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 5. On pourrait nommer aussi des lois qui, en plus d'un régime de droit commun, prévoient la responsabilité des peuples autochtones dans les questions concernant la protection de l'enfance autochtone, notamment en Australie: *Children, Youth and Families Act 2005* (Vic), Act n° 96/2005.

45. Voir C. BLACKSTOCK, *loc. cit.*, note 2; W. CHRICLOW, *loc. cit.*, note 1; L. HERTLEIN, *loc. cit.*, note 1; THE ABORIGINAL JUSTICE IMPLEMENTATION COMMISSION, *op. cit.*, note 1.

46. Voir J. CARRIÈRE, *op. cit.*, note 39; P. LYNCH, *loc. cit.*, note 1; THE ABORIGINAL JUSTICE IMPLEMENTATION COMMISSION, *ibid.*, et dans le contexte américain: T. FRICHER, *op. cit.*, note 44.

21. On peut rajouter aussi les droits culturels qui viennent à l'appui de l'adoption coutumière. Les articles 11 et 13 de la Déclaration disposent que les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes et qu'ils doivent pouvoir transmettre leur culture et leurs traditions aux générations futures. L'adoption coutumière fait partie des traditions culturelles et des coutumes; elle est donc à protéger. De surcroît, on reconnaît un certain droit des peuples autochtones à l'égard de leurs enfants dans le but de conserver et de revivifier les coutumes. Les défenseurs des droits des peuples autochtones font d'ailleurs observer que les droits des peuples envers leurs enfants doivent être considérés tout autant que le droit des enfants autochtones à avoir une communauté, vu la relation entremêlée entre les droits des enfants et ceux des communautés autochtones⁴⁷.

22. Force est donc de constater que la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* offre une base solide pour la reconnaissance du droit des peuples autochtones à pratiquer l'adoption coutumière, avec les obligations étatiques qui s'ensuivent. Ce droit ressort directement du droit à l'autodétermination. Il implique la reconnaissance de la validité de ces pratiques, qui servent, entre autres, à garantir les droits reliés à la culture et à l'identité des enfants et des peuples autochtones. Néanmoins, on trouve dans cette Déclaration des articles qui démontrent une certaine réserve de la communauté internationale à l'égard des droits collectifs. Non seulement les articles 21 et 22 demandent une attention particulière aux droits et aux besoins spéciaux de certaines personnes qui sont membres des collectivités autochtones, tels que les anciens, les femmes et les enfants, mais ils requièrent aussi que les États et les peuples autochtones prennent des mesures pour que les femmes et les enfants autochtones soient protégés contre toutes les formes de violence et de discrimination. L'ordre de priorité entre droits individuels et

47. P. LYNCH, *ibid.*

droits collectifs ressort finalement de l'article 34, selon lequel les peuples autochtones peuvent exercer tous leurs droits, mais « en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme ». Ainsi, on reconnaît que malgré les intérêts et les droits des collectivités, il y a des droits individuels à protéger et que les mesures prises par et pour les peuples autochtones ne peuvent être en violation des droits de la personne.

23. On voit donc comment la reconnaissance de droits collectifs aux peuples autochtones est le résultat d'un consensus difficile entre différentes conceptions des droits de la personne. Pour l'instant, il est clair que l'on maintient la distinction entre droits individuels et droits collectifs et qu'il existe une hiérarchie entre ces deux catégories de droits. Cette hiérarchie se clarifie encore lorsque l'on prend conscience du fait que la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* n'est pas juridiquement contraignante, contrairement aux principaux instruments protégeant les droits de l'enfant. Néanmoins, il faut reconnaître qu'une déclaration est souvent un premier pas vers l'adoption d'une convention. La Déclaration donne donc une bonne indication du consensus international qui existe actuellement au sujet des droits qui s'appliquent aux peuples autochtones et notamment de l'étendue du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes⁴⁸. Il convient maintenant de voir si le domaine des droits de l'enfant pose des limites additionnelles à la revendication des peuples autochtones. Y a-t-il un conflit entre le droit des peuples autochtones à s'autodéterminer, à préserver leur groupe et leur culture par le biais de reconnaissance de l'adoption coutumière, et les droits de l'enfant autochtone?

48. Sur l'application du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes dans le contexte de la protection de l'enfance, voir notamment, dans le contexte australien, LAW REFORM COMMISSION, *op. cit.*, note 5; Terri LIBESMAN, « A Human Right Framework for Contemporary Aboriginal and Torres Strait Islander Children », (2008) 12 *Australian Indigenous Law Review*, Special Edition, 68.

3. DROITS DE L'ENFANT : UN MESSAGE CONFUS

3.1. L'ANALYSE DE LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT À LA LUMIÈRE DE SES PRINCIPES GÉNÉRAUX

24. Le domaine des droits de l'enfant est mieux enraciné dans le droit international des droits de la personne que celui des droits des peuples autochtones. Avec des déclarations adoptées en 1924 par la Société des Nations et en 1956 par les Nations Unies⁴⁹, la *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989 vient renforcer une volonté existante de protéger les enfants⁵⁰. Bien que la Convention aille bien plus loin que les déclarations précédentes, en reconnaissant différents types de droits aux enfants, elle a maintenant plus de 20 ans d'âge et elle est donc bien ancrée dans le droit international conventionnel. Néanmoins, alors qu'elle traite d'adoption et de droits des enfants autochtones, un examen poussé de la Convention et de son interprétation par le Comité des droits de l'enfant, comité de suivi de la mise en œuvre de la Convention, est nécessaire pour trouver des réponses à la problématique de l'adoption coutumière.

25. De prime abord, on pourrait imaginer que les droits de l'enfant, qui correspondent plutôt à des droits individuels, et les droits des peuples autochtones, de nature collective, s'opposent par rapport à la reconnaissance de l'adoption coutumière. Pourtant, nous allons voir que les réponses sont plutôt nuancées, sinon confuses ou contradictoires, ce que nous découvrirons avec l'analyse des principes généraux de la Convention. La *Convention relative aux droits de l'enfant* contient quatre principes directeurs : la non-discrimination (art. 2), l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3), la vie, la survie et le développement (art. 6) de l'enfant et le respect des opinions de l'enfant (art. 12). Ces principes ont été retenus par le Comité des droits de l'enfant dès 1991 dans ses directives

49. *Déclaration des droits de l'enfant*, Rés. 1386 (XIV), Doc. off. A.G. N.U., 14^e sess., 841^e séance, Doc. N.U. A/RES/1386 (XIV) (20 novembre 1959), [En ligne]. [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1386 \(XIV\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1386 (XIV) (Page consultée le 14 octobre 2011).) (Page consultée le 14 octobre 2011).

50. 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3.

pour les rapports étatiques sur la mise en œuvre de la Convention⁵¹. Leur importance relève du fait qu'ils expriment les valeurs sous-jacentes de la Convention et servent de guide à la mise en œuvre de toutes les dispositions de la Convention au niveau interne.

26. Le principe de non-discrimination est peut-être le principe le mieux ancré dans les instruments internationaux et nationaux des droits de la personne. C'est un concept qui n'a cessé d'évoluer avec le temps, et une étude comparée de la jurisprudence à travers le temps et les juridictions démontre que ce concept a été utilisé de différentes manières selon le résultat recherché. Il existe plusieurs tests pour prouver l'existence de discrimination dans un cas précis et les groupes de comparaison sont multiples. On peut se référer à la discrimination dans un contexte de revendication d'une égalité formelle ou d'une égalité substantielle; de plus, en voulant atteindre l'égalité substantielle, on peut également rechercher l'égalité des chances ou des résultats. Ces choix vont avoir des répercussions sur le type de discrimination à combattre : discrimination directe, indirecte ou systémique⁵². On peut aussi se référer à la non-discrimination comme un droit autonome ou un droit subordonné à d'autres droits⁵³.

27. Ces différentes conceptions du principe de non-discrimination signifient que l'on peut utiliser ce principe pour défendre ou attaquer l'adoption coutumière. On pourrait dire notamment que le fait de ne pas utiliser les mêmes

51. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Directives générales concernant la forme et le contenu des rapports initiaux que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1 a) de l'article 44 de la Convention*, Doc. off. CRC, 1^{re} sess., 22^e séance, Doc. N.U., CRC/C/5 (15 octobre 1991), art.13, [En ligne]. [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRC%2FC%2F5&Submit=Recherche&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=_CRC%2FC%2F5&Submit=Recherche&Lang=F) (Page consultée le 14 octobre 2011). Voir surtout la version anglaise.

52. Pour des explications sur les concepts de discrimination et d'égalité, voir Sandra FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford (USA), Oxford University Press, 2002.

53. Par exemple, comme droit autonome dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 15, ou comme droit subordonné dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 10, ou encore dans la *Convention européenne des droits de l'homme*, 4 novembre 1950, art. 14, [En ligne]. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3322C607-6688-4E0F-9B72-40D4F36E9B32/0/CEDH1950FRE.pdf> (Page consultée le 14 octobre 2011).

critères de protection pour les enfants autochtones que pour les autres enfants serait discriminatoire. Une différence de traitement pourrait entraîner un degré de sécurité inférieur pour les enfants autochtones, pour qui « négligence » ou « mauvais traitements » n'aurait plus la même signification. On peut alors parler de deux catégories d'enfants : « ceux qui bénéficient de la protection et de l'assistance de l'État et ceux qui n'y ont pas droit »⁵⁴. D'un autre côté, on pourrait invoquer l'égalité substantielle et soutenir que le fait d'utiliser les mêmes critères et les mêmes mesures de protection pour les enfants autochtones que pour les autres enfants pourrait avoir un effet discriminatoire pour les enfants autochtones. Ceci résulterait du fait que l'on ne prend pas en compte leur situation différente en tant que membres d'un groupe victime de préjugés et de stéréotypes depuis des siècles⁵⁵. Par exemple, il est évident qu'avec l'application des lois provinciales sur l'adoption et sur la protection de l'enfance, les enfants autochtones sont plus à risque que les autres enfants de perdre leur famille, leur identité, leurs droits culturels, religieux et linguistiques. On pourrait alors invoquer les effets discriminatoires de la loi.

28. Concernant le droit à la vie, à la survie et au développement, force est de reconnaître que de nombreux enfants autochtones vivent dans des situations précaires avec des parents qui ont parfois de la difficulté à s'occuper d'eux⁵⁶. On avance également l'idée que les enfants qui sont adoptés de manière coutumière auraient, comparativement aux autres enfants, plus souvent besoin de protection à cause de mauvais traitements et de négligence⁵⁷. On peut alors se préoccuper du temps de réaction de la communauté en cas de négligence ou de mauvais traitements. On peut également se demander

54. X. (*Dans la situation de*), préc., note 21, par. 30.

55. R. c. Kapp, [2008] 2 R.C.S. 483.

56. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Enquête portant sur les services de protection de la jeunesse dans la baie d'Ungava et la baie d'Hudson, Nunavik : Rapport, conclusions d'enquête et recommandations*, Québec, CDPDJ, avril 2007.

57. D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 15; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *ibid.*; Témoignages de conférenciers, notamment Denyse LEDUC, Carmen LAVALLÉE et Karina MONTMINY à l'atelier sur l'adoption coutumière, préc., note 43.

si le placement de l'enfant favorise ses droits reliés à sa vie, sa survie et son développement⁵⁸. Dans la pratique, c'est peut-être souvent le cas, mais peut-on laisser ces questions à la discrétion des communautés et de leurs pratiques traditionnelles? Le droit à la vie, à la survie et au développement pourrait donc militer pour une intervention en faveur de l'enfant autochtone, ce qui, dans certaines conditions, pourrait aller dans le sens de la non-reconnaissance d'une adoption coutumière ou du retrait de l'enfant de sa communauté.

29. En revanche, il faut prendre en compte le fait que le droit au développement de l'enfant a été interprété de manière large par le Comité des droits de l'enfant. Il ne s'agit pas seulement de développement physique, mais aussi de développement mental, spirituel, moral, psychologique et social⁵⁹. Ces éléments pourraient aller dans le sens d'un soutien officiel à l'adoption coutumière, puisque l'on pourrait faire valoir que le maintien de l'enfant dans sa communauté, c'est-à-dire dans son environnement culturel, religieux et linguistique, servirait à promouvoir son droit au développement. Ces différentes facettes du développement de l'enfant sont d'ailleurs reconnues, mais de manière moins développée, en matière de protection de l'enfance au Québec. Le rapport Charbonneau, qui a mené aux modifications de 1984 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (ci-après « L.P.J. »), mentionne ce qui suit :

Pour arriver à cerner ces *notions de sécurité et de développement*, il faut se référer aux *besoins de l'enfant qui sont de plusieurs ordres*. D'abord *physiques* : alimentation, repos, santé et croissance. Ils sont aussi *affectifs* : liens d'amour et d'amitié, sentiment d'appartenance, besoin d'identification et de sécurité émotive. Ils sont *intellectuels* : apprentissage, développement, cognition, scolarisation, créativité. Ils sont enfin

58. Voir C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 4, p. 78 et 79, résumant les résultats de la recherche faite par Christopher Fletcher au Nunavik. Voir aussi COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *ibid.*

59. *Directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1 b) de l'article 44 de la convention*, Doc. off. CRC, 13^e sess., 343^e séance, Doc. N.U. CRC/C/58 (20 novembre 1996), par. 40, [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRC%2FC%2F58&Submit=Recherche&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011).

sociaux : appartenance à un milieu familial, ouverture au monde extérieur à la famille, développement de l'aptitude à s'insérer et à participer socialement, intégration aux valeurs de la société. Or, à chaque ordre de besoins de l'enfant correspond un droit au développement et à la sécurité.⁶⁰

30. La loi, quant à elle, ne fait allusion que de manière succincte aux besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant. Le rapport du comité d'experts sur la révision de la *Loi sur la protection de la jeunesse* indique d'ailleurs que la L.P.J. n'est pas censée répondre à tous les besoins de l'enfant, mais uniquement aux besoins fondamentaux⁶¹. En ce sens, en arrimant la Convention et la L.P.J., on pourrait conclure que le droit à la vie, à la survie et au développement protège la pratique de l'adoption coutumière en ce qu'elle permet aux enfants de rester dans leur communauté et de participer aux coutumes et traditions locales. En revanche, si ces pratiques ne répondent pas adéquatement aux besoins fondamentaux de l'enfant, le droit à la vie, à la sécurité et au développement de l'enfant prescrit l'intervention du système de la protection de la jeunesse, qu'elle soit réalisée par une institution autochtone ou non.

31. Concernant ensuite le respect de l'opinion de l'enfant, il s'agit probablement du principe qui met les pratiques d'adoption coutumière le plus à l'épreuve. En droit international, on reconnaît que l'enfant doit pouvoir s'exprimer sur toute question qui le touche et son opinion doit être prise en considération compte tenu de son âge et de son degré de maturité. Pour ce qui est des procédures judiciaires ou administratives, l'enfant doit pouvoir s'exprimer soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant, qui doit transmettre l'opinion de l'enfant. La prise en compte de l'opinion de l'enfant est d'ailleurs prévue dans la législation touchant à la protection de l'enfant et à l'adoption au Québec. Le *Code civil du*

60. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, ministère des Communications, 1982 (nos italiques).

61. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *La protection des enfants au Québec : une responsabilité à mieux partager*, Rapport du comité d'experts sur la révision de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (Rapport Dumais), Québec, 2004.

Québec, tout comme la L.P.J., prévoit un droit de parole pour l'enfant⁶². D'ailleurs, on demande le consentement de l'enfant de 10 ans et plus pour son adoption légale⁶³, et les lois des autres provinces prévoient également un âge de consentement à l'adoption. Ces garanties ne sont cependant pas présentes en cas d'adoption coutumière. Les pratiques varient et il n'y a aucune indication sur la participation des enfants aux décisions qui les concernent. Comment savoir ce que l'enfant d'âge à pouvoir s'exprimer pense de l'adoption? Bien que l'on conçoive que l'enfant puisse se prononcer en faveur de l'adoption, et que de toute façon, l'opinion de l'enfant n'a pas à être décisive, le fait de ne pas le consulter de manière systématique démontre que la pratique de l'adoption coutumière peut contrevenir au droit international.

32. Le point de vue de l'enfant est intimement lié à la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui est le principe le plus complexe parmi les principes généraux de la Convention. Selon celle-ci, « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Ce principe est d'une grande pertinence pour la question de l'adoption coutumière, puisqu'il est très présent en droit interne, et surtout en matière de droit de la famille et de protection de l'enfance. Il est d'ailleurs important de noter que bien que la Convention indique qu'il s'agit d'une considération primordiale, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale dans certains domaines, et notamment en matière d'adoption. En fait, c'est le cas pour tous les placements de l'enfant en dehors de sa famille. Selon l'article 9 de la Convention, la séparation de l'enfant de sa famille ne doit être faite que dans l'intérêt supérieur de l'enfant et, selon l'article 21, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale en matière d'adoption. De plus, selon l'article 18, les parents, dans leur responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement, doivent être guidés par l'intérêt supérieur de l'enfant, principe qui ne s'applique donc pas qu'à l'État, mais aussi aux parents, notamment lorsqu'ils décident de donner leur enfant

62. L.P.J., art. 6 et C.c.Q., art. 34.

63. C.c.Q., art. 549.

en adoption. Le droit québécois reflète ces principes. Selon l'article 543 du Code civil, l'adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant. En matière de protection de l'enfance aussi, les décisions sont prises dans l'intérêt de l'enfant⁶⁴. Ainsi, la référence dans la Convention à *une* considération primordiale ne justifie la prépondérance des intérêts de la collectivité en matière d'adoption coutumière. En cas de transfert des enfants d'un foyer à un autre et de transfert de l'autorité parentale, il ne s'agit pas de peser les différents intérêts en présence. Il faut tout simplement agir dans l'intérêt de l'enfant.

33. Cependant, il faut noter que le Canada a émis une réserve à l'article 21 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, en conservant « le droit de ne pas appliquer les dispositions de l'article 21, dans la mesure où elles pourraient entrer en conflit avec les formes de garde coutumière au sein des peuples autochtones du Canada »⁶⁵. On pourrait se poser la question de savoir si le Canada se serait alors réservé le droit de ne pas retenir l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale lorsque l'on est en présence de l'adoption coutumière⁶⁶. Cela nous semble peu vraisemblable et il est plus probable que la réserve vise l'alinéa (a) de l'article 21, qui traite de l'autorisation de l'adoption par les autorités compétentes, et ce, en conformité avec la loi. Malencontreusement, l'énoncé de la réserve couvre tout l'article, y compris le chapeau, où se trouve le principe de l'intérêt de l'enfant.

34. Le caractère incontournable du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant nous mène alors à nous poser une question sur le contenu de cet intérêt : qu'est-ce qu'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant autochtone? L'intérêt de

64. L.P.J., art. 3.

65. NATIONS UNIES, *État des traités, chapitre IV, 11 : Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [En ligne]. http://treaties.un.org/Pages/View-Details.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr#EndDec (Page consultée le 14 octobre 2011).

66. Contrairement au point soulevé par D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 15, par. 122, nous croyons que bien que l'on se réfère à la « garde coutumière », la réserve s'applique aussi à l'adoption coutumière, la version anglaise utilisant le terme « *customary forms of care* ». En effet, l'article 20 de la C.D.E. inclut l'adoption parmi les formes de protection de remplacement : « *alternative forms of care* ».

l'enfant se définit-il par l'intérêt de sa communauté ou peut-il s'y opposer? Le problème est que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est défini ni en droit international ni en droit interne. Même le Comité des droits de l'enfant s'est pour l'instant abstenu de commenter ce principe et ses modalités de mise en œuvre dans ses observations générales⁶⁷. En droit interne, certaines indications sont pourtant données. Ainsi, la L.P.J. et le Code civil précisent que sont pris en compte 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 situation⁶⁸. Le lien entre l'opinion de l'enfant et la détermination de son intérêt a aussi été clairement établi dans la jurisprudence⁶⁹. Comme l'intérêt de l'enfant est défini au cas par cas, il est certain que les critères et leur importance peuvent varier. On pourra donc prendre en considération l'origine ethnique, la religion et la langue, par exemple. Pour une adoption dans le contexte d'une procédure de protection, on prendra en compte les liens d'attachement entre l'enfant et ses parents ou tuteurs⁷⁰, bien que l'importance que les tribunaux ont accordée à ce critère ait été fortement critiquée dans le contexte de l'adoption d'un enfant autochtone⁷¹.

35. Pour un enfant autochtone, son appartenance à une communauté autochtone est certainement un critère important à prendre en considération, quel que soit le cas d'espèce⁷². La spécificité autochtone est prise en compte dans la L.P.J., selon

67. Les observations générales du Comité des droits de l'enfant précisent l'interprétation par le Comité des différentes dispositions de la Convention.

68. L.P.J., art. 3 et C.c.Q., art. 33.

69. Et ceci dans différents domaines et différentes provinces et territoires. Voir notamment *B.J.G. v. D.L.G.*, 2010 YKSC 44; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Manalang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)* (C.F.), [2008] 4 R.C.F. 440; *L.E.G. v. A.G.*, [2002] B.C.J. n° 2319. Dans le contexte québécois, on lie intérêts de l'enfant aux droits de l'enfant, les droits comprenant celui de pouvoir exprimer son opinion; voir par exemple *Dans la situation d'A.(J.)*, 2002 CanLII 23693 (Qc C.Q.).

70. Voir *Droit de la famille — 1544*, [1992] R.J.Q. 617 (C.A.); *A. c. Directeur de la protection de la jeunesse*, [2006] R.J.Q. 1563 (C.A.).

71. Voir en particulier les critiques à l'encontre de l'analyse faite par la Cour suprême dans *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; P. MONTURE, *loc. cit.*, note 1; M. KLINE, *loc. cit.*, note 1; W. CRICLOW, *loc. cit.*, note 1.

72. Voir notamment P. LYNCH, *loc. cit.*, note 1; J. CARRIÈRE, *op. cit.*, note 39.

laquelle il faut prendre en considération les caractéristiques des communautés autochtones lorsque l'on décide des mesures de protection à prendre à l'égard d'un enfant autochtone⁷³. De même, l'article 20 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui porte sur les mesures de protection pour les enfants privés de leur milieu familial, indique que l'on doit tenir compte de la « nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ». Nul ne contestera aujourd'hui que le caractère autochtone de l'enfant soit un critère à considérer⁷⁴. C'est plutôt l'importance à donner à ce critère qui mène à une discordance. Est-ce seulement un critère parmi tous les autres? Est-ce un critère primordial? Est-ce le critère déterminant? Les avis sont partagés.

36. Pour les personnes qui proviennent du milieu de la protection de la jeunesse ou des droits de l'enfant⁷⁵, l'appartenance autochtone d'un enfant est un élément qu'il faut prendre en considération, mais qui ne supplante pas d'autres éléments, surtout ceux en lien avec la vie, la santé, le développement sain de l'enfant et son appartenance à une famille où il peut créer des liens affectifs. Cette position s'applique autant aux questions d'adoption que de garde⁷⁶. On donne donc priorité aux critères établis dans la loi, qui permettent une évaluation impartiale de la situation de l'enfant et une évaluation de la famille qui souhaite adopter l'enfant.

73. L.P.J., art. 2.4, par. 5.

74. Il y a eu une évolution dans la jurisprudence. Comparer notamment la décision rendue dans *Parents Naturels c. Superintendent of Child Welfare et al.*, [1976] 2 R.C.S. 751 (« La solution ne peut être envisagée qu'à la lumière des meilleurs intérêts de l'enfant lui-même. On doit le considérer à titre d'individu, non pas à titre de membre d'une communauté raciale ou culturelle ») avec celle dans *Directeur de la protection de la jeunesse c. J.K.*, [2004] 2 C.N.L.R. 68 (« Que l'identité autochtone de l'enfant constitue un facteur très important est indéniable »). Cette dernière décision est caractéristique de la tendance actuelle : l'importance de l'identité autochtone de l'enfant est prise en compte, mais cet élément n'est pas décisif.

75. Voir la jurisprudence, la position des juges Bédard et Leduc, *loc. cit.*, notes 15, 57, et la position de la COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 56.

76. Voir notamment la position des tribunaux dans l'affaire *D.H. c. H.M.* : la Cour suprême du Canada a confirmé le point de vue de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*D.H. v. H.M.*, [1997] B.C.J. 2144) selon lequel le caractère autochtone d'un enfant est à prendre en considération, mais n'est pas déterminant pour son intérêt supérieur (*H.(D.) c. M.(H.)*, [1999] 1 R.C.S. 761).

37. Pour d'autres personnes, il ne suffit pas que l'intérêt de la collectivité éclaire les décisions en matière d'intérêt de l'enfant : les deux doivent coïncider⁷⁷. Il s'agit ici de la vision qui s'oppose à la conception occidentale des droits de la personne. L'enfant et sa communauté sont interreliés et leurs intérêts sont indissociables. L'intérêt de l'enfant ne peut être contraire aux intérêts de la communauté, puisque l'enfant dépend de sa communauté. À quoi correspond l'intérêt de la communauté dans une affaire d'adoption? Les auteurs semblent convenir du fait que le maintien de l'enfant dans sa communauté serait à tout le moins dans l'intérêt des peuples autochtones⁷⁸. Comme nous l'avons déjà mentionné, cette pratique permet aux peuples autochtones de survivre et de transmettre leurs traditions. D'autres éléments importants doivent être mis en exergue : le respect des traditions autochtones et la prise en charge par les Autochtones de la protection des enfants autochtones. Ainsi, si un enfant autochtone doit être déplacé de sa famille biologique ou de sa famille adoptive pour sa propre protection, c'est à la communauté d'agir et de prendre les mesures nécessaires, y compris par le biais de l'adoption coutumière. Des dispositions pour accommoder les revendications et les réalités différentes des enfants autochtones sont prévues dans la L.P.J. La loi permet la conclusion d'ententes pour établir un régime particulier de protection de la jeunesse applicable à un enfant dans une communauté autochtone dont la sécurité et le développement sont considérés comme compromis⁷⁹. D'autres personnes ou instances autochtones pourront, selon ces ententes, exercer les responsabilités du directeur de la protection de la jeunesse, mais elles devront le faire en respectant les principes et les droits des enfants qui sont prévus dans la loi. Ce genre d'initiatives, qui permettent à des autorités autochtones de se substituer aux services étatiques de l'aide à l'enfance, existent dans plusieurs provinces et territoires⁸⁰, mais en règle

77. Voir, par exemple, P. LYNCH, *loc. cit.*, note 1; K. RICHARD, *loc. cit.*, note 1; THE ABORIGINAL JUSTICE IMPLEMENTATION COMMISSION, *op. cit.*, note 1.

78. Et que corrélativement, cela serait aussi dans l'intérêt de l'enfant. Voir M. KLINE, *loc. cit.*, note 1, p. 40.

79. L.P.J., art. 37.5.

80. Voir, par exemple, J. CARRIÈRE, *op. cit.*, note 39.

générale, ils ne permettent pas d'appliquer des principes qui s'écarteraient de ceux prévus par la loi. C'est cette position mitoyenne qui est privilégiée dans la jurisprudence. On est passé du caractère autochtone de l'enfant comme un détail sans importance à une donnée qui doit, autant que possible, influencer le résultat⁸¹.

38. D'autres auteurs et promoteurs des droits des peuples autochtones sont moins conciliants et critiquent l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant un principe occidental qui est étranger aux cultures autochtones⁸². Selon eux, ce principe est fondamentalement individualiste et n'a pas sa place dans le contexte des droits des personnes et des peuples autochtones. Ils s'appuient notamment sur l'utilisation qui a été faite de ce principe au détriment des enfants et des peuples. L'exemple type est celui de l'envoi systématique des enfants autochtones dans les écoles résidentielles et [traduction] « la rafle des années 1960 »⁸³. Cette critique renvoie au caractère indéterminé de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui en fait un principe au contenu malléable. La détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant peut mener à des résultats diamétralement opposés selon la personne qui prend la décision. C'est d'ailleurs pour cette raison, en partie du moins, que la Cour suprême du Canada a jugé que l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait être un principe de justice fondamentale⁸⁴.

39. À cette critique, il est possible de répondre que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, tout comme le principe du respect de l'opinion de l'enfant, est non seulement un principe individuel, mais également collectif. De fait, ces principes ne s'appliquent pas seulement à une situation concernant un enfant en particulier, mais également aux décisions qui

81. Voir la jurisprudence, préc., notes 74 et 76. Voir aussi *Adoption — 09201*, 2009 QCCA 1583, où la Cour d'appel du Québec autorise l'intervention du Grand Conseil des Cris et de l'Administration régionale crie dans une affaire d'admissibilité à l'adoption d'un enfant autochtone. La Cour reconnaît que ces interventions vont dans le sens de l'intérêt de l'enfant « en ce qu'ils défendent son droit d'appartenir à sa communauté d'origine. [...] Cet intérêt de l'enfant ne peut être restreint à la seule question de son attachement [...] même si cela, assurément, est important » (par. 59).

82. Voir L. HERTLEIN, *loc. cit.*, note 1; M. KLINE, *loc. cit.*, note 1.

83. Voir M. KLINE, *ibid.*; C. BLACKSTOCK, *loc. cit.*, note 2.

84. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

concernent les enfants en tant que groupe. Y aurait-il alors un intérêt supérieur de l'enfant autochtone, représentant tous les enfants autochtones? C'est ce que soutiennent ceux qui refusent de séparer les intérêts individuels des enfants des intérêts de la collectivité. En fait, l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* signifie que les enfants, de manière générale, ont un intérêt en tant que groupe, séparé des autres facteurs, tels que l'appartenance à une communauté autochtone, la religion, la langue ou tout autre attribut. Ceci vient du fait que les enfants ont des besoins particuliers en lien avec leur jeune âge, leur niveau de développement et leur dépendance à l'égard des adultes. Les enfants devraient donc être consultés en tant que groupe, notamment lors de l'élaboration de lois qui les concernent, comme la reconnaissance de l'adoption coutumière, et on ne devrait pas tenir pour acquis que les représentants des peuples autochtones puissent représenter les intérêts de leurs enfants sans les avoir consultés, ce qui rejoint le principe du respect de l'opinion de l'enfant.

3.2. LES AUTRES ARTICLES PERTINENTS

40. En plus de ces principes généraux des droits de l'enfant, la *Convention relative aux droits de l'enfant* comporte d'autres articles qui s'appliquent aux enfants autochtones et à leur adoption. Rien ne traite de la question de manière particulière, mais plusieurs articles traitent de la relation entre l'enfant et sa famille, et surtout ses parents. Cette relation est au cœur de la Convention. En effet, les droits de l'enfant se distinguent des autres droits de la personne en ce que l'enfant ne peut lui-même exercer ses droits. Il est titulaire de droits, mais sa relation avec l'État, à qui incombe l'obligation de garantir ses droits, passe par des adultes, qui sont généralement les tuteurs légaux de l'enfant.

41. La Convention reconnaît que c'est aux parents de guider l'enfant dans l'exercice de ses droits et que ce sont les parents qui ont la responsabilité première pour assurer un niveau de vie adéquat à leur enfant⁸⁵. La Convention reconnaît

85. Art. 3 (2), 5, 18 et 27.

également qu'il existe plusieurs modèles de famille possibles et valables, puisqu'elle parle de la responsabilité, du droit et du devoir qu'ont « les parents, ou les membres de la famille ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale » envers l'enfant. Ceci appuie clairement la reconnaissance de différents modèles de famille et de responsabilité parentale qui existent notamment au sein des peuples autochtones. Mais qu'en est-il du transfert de la responsabilité parentale dans le cadre de l'adoption coutumière? Là encore les différentes dispositions peuvent être interprétées dans les deux sens. La Convention garantit le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris ses relations familiales, sans ingérence illégale. L'adoption légale est sans doute une ingérence légale dans le droit de l'enfant à son identité, mais qu'en est-il de l'adoption coutumière, qui n'est pas prévue dans la loi? Sa légalisation permettrait de s'assurer que l'article 8 de la Convention ne soit pas enfreint. On pourrait soutenir de surcroît qu'avec l'adoption coutumière, l'enfant a plus de chance de pouvoir garder son identité qu'avec l'adoption légale. Le fait que l'enfant reste généralement dans sa communauté, et même dans sa famille élargie, et que la plupart du temps, ce type d'adoption n'entraîne pas de rupture de filiation milite en faveur de la reconnaissance de l'adoption coutumière. Même si l'adoption coutumière entraîne une rupture de la filiation, comme dans le cas de l'adoption inuite, on est en présence d'une adoption ouverte, qui permet à l'enfant de connaître ses origines. Cela va aussi dans le sens de l'article 9 (3), qui dicte que l'enfant séparé de ses parents doit pouvoir entretenir des liens avec ceux-ci.

42. Toutefois, l'article 9 énonce que l'enfant ne devrait pas être séparé de ses parents contre leur gré. Bien que l'adoption coutumière soit généralement un arrangement consensuel entre deux familles, il arrive que la mère biologique accepte l'adoption sous la pression de la famille et des parents adoptants⁸⁶. On se trouve face à un tel scénario dans l'affaire *M.Q.*⁸⁷, où l'on apprend que la mère biologique avait, sous l'influence de sa grand-mère, confié son enfant à sa tante.

86. Voir notamment C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 4.

87. *M.Q. Re, préc.*, note 21.

Même après que les services de protection de la jeunesse soient intervenus à cause du comportement et du mode de vie de la tante et que l'enfant ait été confié à sa mère biologique, celle-ci a remis l'enfant à sa tante « ne pouvant concevoir pouvoir s'objecter aux volontés de sa grand-mère et de sa tante »⁸⁸. Un autre scénario est celui de l'enfant donné à un membre de la famille, souvent la grand-mère, qui, en fait, préférerait ne pas avoir cette responsabilité, mais qui l'accepte à cause de la tradition⁸⁹. Peut-on alors toujours parler d'un vrai consentement à l'adoption? Est-ce que les pressions sociales et familiales menant à l'adoption peuvent être considérées comme permettant un accord valide? Doit-on tout simplement considérer ces manières de faire comme faisant partie de traditions autochtones qui demandent à être respectées? Voici un questionnement qui se trouve à être lié aux droits de l'enfant.

43. Un problème similaire concerne l'accord des pères. Traditionnellement, ce sont les mères et autres membres féminins de la famille qui prennent les décisions concernant l'adoption⁹⁰, alors que la *Convention relative aux droits de l'enfant* reconnaît la responsabilité commune des deux parents à l'égard de l'enfant⁹¹. Cette problématique s'est présentée dans *L.P. v. A.P.*, où le père biologique, n'ayant pas participé à l'accord concernant l'adoption, en contestait la validité⁹². Mais puisque la pratique coutumière n'implique traditionnellement pas les pères, le père a-t-il un droit de parole? On pourrait certainement encourager la participation des pères, ce qui pourrait atténuer l'importance des pressions familiales sur la mère biologique. Un autre scénario est celui du père adoptif que l'on n'avait pas consulté et qui s'oppose à

88. *Id.*, par. 38.

89. Voir notamment D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 15; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 56.

90. Voir D. BÉDARD, *ibid.* Pratique confirmée aussi par D. LEDUC, *préc.*, note 57.

91. Art. 18. On peut aussi mentionner le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés. 2200 A (XXI), Doc. off. 21^e sess., 1496^e séance, Doc. N.U. A/RES/2200 (XXI) (16 décembre 1966), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2FRES%2F2200%28XXI%29&Submit=Recherche&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011), qui, dans son article 22, reconnaît aux époux l'égalité de droits et de responsabilités.

92. *P.(L.) v. P.(A.)*, 2008 N.U.C.J. 17.

l'adoption⁹³. Dans un tel scénario, la participation du père assurerait que l'enfant ne se retrouve pas dans une famille qui ne le désire pas et où il risque d'être moins bien traité que les enfants biologiques. Les mêmes problèmes se posent donc encore une fois à propos du respect des coutumes autochtones et de leur conformité au droit international des droits de la personne et aux principes fondamentaux comme le droit à l'égalité et à la liberté.

44. L'article sans doute le plus important dans le contexte des droits des enfants autochtones est l'article 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui dispose ce qui suit : « Un enfant autochtone ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ». Son importance dans le contexte canadien est renforcée par le fait que le Canada a fait une déclaration interprétative selon laquelle l'article 30 doit être pris en compte lors de la mise en œuvre de toute la Convention eu égard aux enfants autochtones. Ainsi, le Canada en a fait un principe directeur de la Convention pour la mise en œuvre des droits des enfants autochtones, et c'est d'ailleurs sur cette base qu'il a émis la réserve concernant l'article 21⁹⁴. Donc, l'appartenance autochtone de l'enfant doit être prise en compte dans la mise en œuvre des autres droits, et ainsi, le droit de l'enfant autochtone à sa vie culturelle au sein de son groupe n'est plus uniquement un droit autonome, mais se rattache également aux autres droits.

45. Le droit international semble donc accentuer le conflit entre droits individuels et droits de groupe avec ses messages confus et parfois contradictoires que l'on peut utiliser pour soutenir ou refuser la reconnaissance de l'adoption coutumière. Par la reconnaissance juridique de l'adoption coutumière, on permettrait au groupe de dicter la manière dont le consentement entre individus se fait et on entérinerait des situations qui peuvent aller à l'encontre des principes énoncés dans le régime de droit commun, ainsi que dans le droit international des droits de la personne. Tout comme la Cour d'appel des

93. Affaire relatée dans D. BÉDARD, *loc. cit.*, note 15, p. 423.

94. *Op. cit.*, note 65.

Territoires du Nord-Ouest dans l'affaire *Re Deborah*, on validerait des adoptions malgré l'opposition de parents biologiques⁹⁵. Par contre, en décidant de ne pas octroyer de reconnaissance juridique aux adoptions coutumières, pour des raisons de protection de l'enfant, entre autres, on choisit de rester dans une zone grise qui offre finalement peu de sécurité à l'enfant et aux parents adoptifs. Dans cette confusion de droits et de principes qui caractérisent l'adoption coutumière, ses effets et sa reconnaissance, il convient de se tourner maintenant vers les instances internationales, qui ont pour tâche de faire un suivi de la mise en œuvre des conventions internationales et d'interpréter leurs dispositions.

4. LA FONCTION ÉCLAIRANTE DES INSTANCES INTERNATIONALES

4.1. LE RÔLE PRÉPONDÉRANT DU COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT

46. À première vue, la question de l'adoption coutumière ne semble pas être soulevée par les instances internationales. Les instances qui s'occupent des droits des peuples autochtones, soit l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones et le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, restent complètement muettes sur la question. Ce silence peut sembler étonnant vu le mandat de ces organes. Le mandat du Rapporteur spécial couvre la protection des droits des populations autochtones, y compris l'inventaire des pratiques d'excellence et des renseignements sur la violation des droits de la personne⁹⁶. Le mandat de l'Instance permanente est plus large et consiste à « examiner les questions autochtones relevant du mandat du Conseil [économique et social] en matière de développement économique et social, de culture, d'environnement, d'éducation, de

95. *Re Kitchooalik et al. and Tucktoo et al.*, (1972) 28 D.L.R. (3rd) 483 (T.N.-O. C.A.).

96. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Human Rights and Indigenous Peoples: Mandate of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People*, Rés. 6/12, Doc. off. H.R.C., 6^e sess., 21^e séance, Doc. N.U. A/HRC/RES/6/12 (28 septembre 2007), [En ligne]. http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_6_12.pdf (Page consultée le 14 octobre 2011).

santé et de droits de l'homme »⁹⁷, ce qui couvrirait clairement la question de l'adoption coutumière. L'Instance permanente s'est spécialement intéressée aux questions touchant les enfants et les jeunes autochtones et a même tenu une session sur les enfants autochtones⁹⁸, sans pourtant évoquer l'adoption coutumière. On pourrait, néanmoins, mentionner une réunion d'un groupe d'experts sur les enfants autochtones en détention, garde et famille d'accueil, mais même lors de cette réunion, coparrainée par l'Instance permanente, la problématique de l'adoption coutumière n'a pas été soulevée, bien que son existence ait été mentionnée⁹⁹. Les autres instances onusiennes, qui se prononcent régulièrement sur les droits des peuples autochtones, n'ont pas non plus traité de la question de l'adoption coutumière. Pourtant, le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale, par exemple, a été particulièrement actif pour faire avancer les droits des peuples autochtones par l'entremise de sa jurisprudence, de ses observations finales et de ses recommandations générales¹⁰⁰. Nous présumons que ce manque d'attention portée à la question de l'adoption coutumière vient du fait que lorsqu'elles s'adressent aux instances internationales, les populations autochtones elles-mêmes concentrent leurs revendications sur des questions territoriales.

47. Contrairement aux instances traitant des questions autochtones et aux autres organes de protection des droits de la personne, le Comité des droits de l'enfant s'est prononcé à

97. CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Rapport sur les vingtième et vingt et unième sessions*, Rés. E/2000/22, Doc. off. ECOSOC., 20^e sess., suppl. n° 2, Doc. N.U. E/C.12/1999/11 (18 mai 2000), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=E%2F2000%2F22&Submit=Recherche&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011).

98. Second session, *Indigenous Children and Youth*, 11-23 May 2003, [En ligne]. http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/session_second.html (Page consultée le 14 octobre 2011).

99. T. FRICHNER, *op. cit.*, note 44, [En ligne]. http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/EGM_ICYD.html (Page consultée le 14 octobre 2011).

100. Voir, par exemple, les textes retranscrits dans *Indigenous Peoples and United Nations Human Rights Treaty Bodies : A Compilation of Treaty Body Jurisprudence*, 1993-2004, Forest Peoples Programme, septembre 2005, [En ligne]. http://pro169.org/res/materials/en/un_processes/FPP,%20IPs%20and%20UN%20Human%20Rights%20Treaty%20Bodies.pdf (Page consultée le 14 octobre 2011).

quelques reprises sur l'adoption coutumière. Il l'a cependant rarement fait dans son examen des rapports périodiques préparés par les États sur la mise en œuvre de la Convention¹⁰¹. Lorsque le Comité se penche sur ces pratiques, on remarque qu'à l'instar de toute forme d'adoption informelle¹⁰², le

101. Micronésie : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : États fédérés de Micronésie*, Doc. off. CRC, 17^e sess., 453^e séance, Doc. N.U. CRC/C/15/Add.86 (4 février 1998), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRC%2FC%2F15%2FAdd.86&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011); Îles Palaos : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Compte rendu analytique de la 691^e séance*, Doc. off. CRC, 26^e sess., 691^e séance, Doc. N.U. CRC/C/SR.691 (5 février 2001), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRC%2FC%2FSR.691+&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011); COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Compte rendu analytique de la 692^e séance*, Doc. off. CRC, 26^e sess., 692^e séance, Doc. N.U. CRC/C/SR.692 (29 janvier 2001), [En ligne]. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/29010e7c96784acbc12569e7003b1dd9?Opendocument> (Page consultée le 14 octobre 2011); France (Polynésie française) : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observations finales : France*, Doc. off. CRC, 36^e sess., 971^e séance, Doc. N.U. CRC/C/15/Add.240, (30 juin 2004), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRC%2FC%2F15%2FAdd.240&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011); *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : France*, Doc. off. CRC, 51^e sess., 1425^e séance, Doc. N.U. CRC/C/FRA/CO/4, (22 juin 2009), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRC%2FC%2FFRA%2FCO%2F4&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011).

102. Le Comité traite de l'adoption traditionnelle également dans des contextes qui ne sont pas spécifiquement autochtones et se soucie du caractère informel de ces adoptions, qui ne permettent pas à l'État de s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant soit évalué. Voir notamment les commentaires sur l'adoption dans le contexte du droit coutumier dans les pays africains : Éthiopie : COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Summary Record of the 1164th meeting*, Doc. off. CRC, 43^e sess., 1164^e séance, Doc. N.U. CRC/C/SR.1164 (22 septembre 2006), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/9efd2e965399a4eeec1257202004829df/\\$FILE/G0644185.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/9efd2e965399a4eeec1257202004829df/$FILE/G0644185.pdf) (Page consultée le 14 octobre 2011); COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Summary Record of the 676th meeting*, Doc. off. CRC, 26^e sess., 676^e séance, Doc. N.U. CRC/C/SR.676 (18 janvier 2001), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/01c9b4b4b3b92440c12569df003abf32?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/01c9b4b4b3b92440c12569df003abf32?Opendocument) (Page consultée le 14 octobre 2011); COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Compte rendu analytique de la 737^e séance*, Doc. off. CRC, 28^e sess., 737^e séance, Doc. N.U. CRC/C/SR.737 (4 février 2002), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.SR.737.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.SR.737.Fr?Opendocument) (Page consultée le 14 octobre 2011); Mali : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Compte rendu analytique de la 570^e séance*, Doc. off. CRC, 22^e sess., 570^e séance, Doc. N.U. CRC/C/SR.570 (4 octobre 1999), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.SR.570.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.SR.570.Fr?Opendocument) (Page consultée le 14 octobre 2011); COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Compte rendu analytique de la 571^e séance*, Doc. off. CRC., 22^e sess., 571^e séance, Doc. N.U. CRC/C/SR.571 (5 octobre 1999), [En ligne]. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/649449bc4d13de7d80256808005743ef?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/649449bc4d13de7d80256808005743ef?Opendocument) (Page consultée le 14 octobre 2011).

Comité s'inquiète du fait que les pratiques autochtones d'adoption ne soient pas réglementées, que les autorités compétentes ne soient pas impliquées et que l'on n'assure pas une application systématique des principes généraux de la Convention. Dans ce contexte, il s'est intéressé surtout au respect de l'opinion de l'enfant et à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le comité se soucie aussi des conséquences de l'adoption sur l'enfant et démontre donc une certaine méfiance à l'égard de ces pratiques qui ne sont pas réglementées. Cet organe onusien adopte donc vraiment une approche individuelle des droits de l'enfant.

48. La position du Comité des droits de l'enfant est plus nuancée dans son observation générale sur les droits des enfants autochtones¹⁰³. Dans les observations générales, les organes des traités des Nations Unies offrent leur interprétation des dispositions des conventions portant sur les droits de la personne. Bien que ces interprétations ne lient pas les États, elles ont une certaine autorité et les tribunaux canadiens s'y réfèrent lorsqu'ils s'appuient sur le droit international pour soutenir leur interprétation de la loi¹⁰⁴. Dans son observation générale n° 11, le Comité des droits de l'enfant reconnaît le côté collectif des droits des enfants autochtones, y compris dans l'application de principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. À la question sur l'existence de l'intérêt supérieur de l'enfant autochtone, le Comité répondrait donc par la positive : il existe un intérêt supérieur des enfants autochtones en tant que groupe. Que l'on parle des enfants autochtones en tant qu'individus ou en tant que groupe, leur intérêt supérieur « ne saurait être négligé ou bafoué au profit de l'intérêt supérieur du groupe », c'est-à-dire de la collectivité autochtone¹⁰⁵. En effet, le comité note que la situation des enfants autochtones peut être masquée par des questions plus larges intéressant les peuples autochtones. Ainsi, le comité ne

103. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 11 : Les enfants autochtones et leurs droits en vertu de la Convention*, Doc. off. CRC, 50^e sess., suppl. n° 41, Doc. N.U. CRC/C/GC/11 (12 février 2009), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CRC%2FC%2FGC%2F11&Submit=Recherche&Lang=F (Page consultée le 14 octobre 2011).

104. Voir, par exemple, *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada*, préc., note 84.

105. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *op. cit.*, note 103, par. 30.

soutient pas l'idée selon laquelle l'intérêt des enfants autochtones coïnciderait nécessairement avec l'intérêt du groupe auquel ils appartiennent. De plus, en cas de distinction entre l'intérêt d'un enfant en particulier et l'intérêt des enfants autochtones en tant que groupe, « la préoccupation première est l'intérêt supérieur de cet enfant ». ¹⁰⁶ Donc, l'intérêt supérieur de l'enfant autochtone prévaut sur l'intérêt de la collectivité autochtone, mais aussi sur l'intérêt des enfants autochtones en tant que groupe. Le Comité adopte donc une approche individualiste des droits de la personne, tout en reconnaissant l'importance de prendre en compte le caractère autochtone de l'enfant, ainsi que les intérêts et réalités qui sont liés au groupe.

49. Le comité fait également la distinction entre les manifestations individuelle et collective du principe du respect de l'opinion de l'enfant. Ainsi, les enfants autochtones doivent pouvoir être entendus collectivement. Bien qu'il s'agisse d'un droit collectif, ce droit ne va pas nécessairement dans le sens des droits des peuples autochtones, car il nécessite une consultation des enfants autochtones sur les questions qui les intéressent. Cela pourrait donc supposer une obligation de la part de l'État de s'assurer que les peuples autochtones consultent les enfants lors des discussions avec les peuples autochtones dans le cadre de l'obligation de consulter. Cette obligation irait bien évidemment à l'encontre de la liberté des peuples autochtones d'organiser leur représentation comme ils le désirent dans leurs rapports avec l'État ¹⁰⁷.

50. Quant au point de vue du Comité sur les questions reliées au milieu familial et à la protection de l'enfant autochtone, les considérations premières doivent être l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que la préservation et l'intégrité des familles et des communautés autochtones ¹⁰⁸. À ces considérations, le Comité ajoute l'importance pour l'enfant de pouvoir préserver son identité culturelle, ainsi que la nécessité d'une

106. *Id.*, par. 32.

107. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. 61/295, Doc. off. A.G. N.U., 61^e sess., 107^e séance, Doc. N.U. A/RES/61/295 (2 octobre 2007), art. 18, [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/295 (Page consultée le 14 octobre 2011).

108. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *op. cit.*, note 103, par. 47.

certaine continuité dans l'éducation de l'enfant¹⁰⁹. Il est surprenant que dans son analyse des articles touchant au milieu familial et à la protection de remplacement, y compris l'adoption, le Comité ne traite pas de l'adoption coutumière. Il s'inquiète surtout du retrait des enfants autochtones de leur communauté, de leur surreprésentation dans les systèmes de protection de l'enfance et de la perte par ces enfants de leur identité culturelle. Le Comité des droits de l'enfant ne semble donc se soucier que du cadre légal dans ce domaine, et surtout de l'application de l'adoption légale aux enfants autochtones.

4.2. LA POSITION DU DROIT INTERNATIONAL À L'ÉGARD DE L'ADOPTION COUTUMIÈRE : CONDITIONNALITÉ DE LA RECONNAISSANCE

51. Pour résumer la position des instances internationales et en fait, du droit international à l'égard de l'adoption coutumière et de sa reconnaissance, on peut se tourner vers un rapport de recherche de l'Unicef sur les droits des enfants autochtones¹¹⁰. Selon ce rapport, les droits individuels et les droits de groupe ne sont pas en conflit. On dit même que ces droits peuvent se renforcer mutuellement. Cependant, lorsque l'on ne peut les concilier, les droits individuels devraient prévaloir :

As human rights, individual and collective rights are not only compatible, but may be also mutually reinforcing [...]. On the other hand, group claims that seek to maintain traditional acts otherwise deemed prejudicial to the child's dignity, health or development [...] contravene the rights of the individual and cannot therefore be legitimized [...]. It is an operative principle under international law that the individual should receive the highest level of protection and, in the case of children, 'the best interests of the child' cannot be neglected or violated to safeguard the best interests of the group¹¹¹.

109. *Id.*, par. 48.

110. UNICEF, *Ensuring the Rights of Indigenous Children*, Innocenti Digest, n° 11, Florence, 2004, [En ligne]. [http://www.unicef.org/lac/ensuring\(2\).pdf](http://www.unicef.org/lac/ensuring(2).pdf) (Page consultée le 14 octobre 2011).

111. *Id.*, p. 7 (nos soulignés).

52. L'évolution vers la reconnaissance de droits collectifs demeure alors bien hésitante en droit international, malgré l'adoption de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*. Les instances internationales tentent clairement de concilier les droits de groupe et les droits individuels, mais sans succès. On cherche à accommoder les peuples autochtones, à prendre en compte leurs intérêts, mais on ne veut pas garantir leurs droits. En fait, vu l'étude des normes internationales et de leur interprétation par les instances internationales, on peut percevoir une certaine conditionnalité de l'exercice des droits des peuples autochtones.

53. Cette conditionnalité s'appliquerait aussi à la question de l'élaboration d'un régime de reconnaissance de l'adoption coutumière. Si l'on voulait respecter le droit international, il faudrait s'assurer notamment que :

- les enfants autochtones soient consultés sur cette question;
- les parents biologiques et adoptants soient des acteurs de première ligne, dont le consentement à l'adoption doit être indépendant et éclairé;
- les pratiques coutumières prennent en compte l'intérêt supérieur de l'enfant;
- ces pratiques laissent une place à l'opinion de l'enfant lorsque celui-ci peut s'exprimer;
- des mécanismes de détection de négligence et de mauvais traitements permettent des interventions efficaces et la recherche de solutions, tout en privilégiant l'intégrité des familles et des communautés.

54. En ce qui concerne la conformité au droit international de la reconnaissance des effets de l'adoption, il faudrait, là aussi, que les effets respectent les droits de l'enfant, et notamment que :

- les effets ne soient pas discriminatoires;
- les effets n'aient pas d'impact négatif sur les droits de l'enfant à la vie, à la survie et au développement;
- l'enfant ne soit pas privé de son identité, de sa filiation et de représentants légaux;
- l'enfant ait le droit de connaître ses parents biologiques.

55. Du point de vue du droit international, ce serait donc aux États de s'assurer que les pratiques autochtones soient conformes aux normes internationales, ce qui risquerait de

rendre les relations assez tendues entre les États et les peuples autochtones. En effet, cela équivaldrait à leur octroyer un exercice conditionnel du droit à l'autodétermination. Le fait que le droit international soit surtout interétatique et qu'il ne traite pas les peuples autochtones comme des sujets de droit institue une relation de pouvoir qui est défavorable aux Autochtones. De plus, une altération imposée des coutumes affaiblirait la position autochtone, puisque les peuples auraient plus de difficulté à prouver une pratique ancestrale méritant d'être juridiquement protégée¹¹².

CONCLUSION

56. On remarque à l'issue de cette étude que la question de l'adoption coutumière et de sa reconnaissance se heurte au conflit entre droits individuels et droits collectifs, ces derniers s'étant peut-être même exacerbés en droit international depuis la reconnaissance des droits des peuples autochtones. Cependant, nous ne sommes pas face à un aboutissement. Le droit international est appelé à évoluer, notamment avec l'évolution des droits autochtones à l'échelle nationale et potentiellement avec l'adoption d'une convention sur les droits des peuples autochtones. Il est possible, néanmoins, que ces droits restent subordonnés au respect des droits individuels protégés par les conventions de base. Il se peut aussi que les coutumes autochtones évoluent dans le sens du respect des droits individuels, mais les peuples autochtones ont sans doute peu d'avantages à modifier leurs coutumes, car cela risquerait de compromettre leurs droits de groupe.

57. En attendant, comment gérer la question de l'adoption coutumière? Suivre la position des instances internationales et l'évolution de la jurisprudence paraît sage. Il s'agit en effet de donner une importance croissante aux considérations autochtones, tout en s'assurant que l'identité autochtone ne puisse pas automatiquement supplanter d'autres facteurs importants à prendre en compte dans la détermination de

112. *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 53, art. 35. Bien que les tribunaux reconnaissent que les pratiques autochtones puissent évoluer dans le temps, *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Risque cerné aussi par C. L. BALDASSI, *loc. cit.*, note 4.

l'intérêt de l'enfant. Il conviendrait alors de ne pas rejeter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais d'appliquer l'intérêt des enfants autochtones en tant que groupe, en vue d'alimenter la réflexion sur l'intérêt supérieur de l'enfant autochtone en tant qu'individu.

58. Pourtant, cette approche n'est pas suffisante, comme le démontre la problématique actuelle de l'adoption des enfants autochtones. Il serait préférable de provoquer un débat sur cette question entre les différents protagonistes. Vu l'importance des instances internationales dans l'interprétation des droits, il est dommage que les pistes de solutions proviennent uniquement du domaine des droits de l'enfant. Il faudrait donc que les instances sur les questions autochtones se prononcent aussi sur la question afin de mieux mettre en contexte les propos du Comité des droits de l'enfant. L'Instance permanente, par exemple, pourrait constituer un forum permettant un dialogue pour une meilleure compréhension autant de l'intérêt supérieur de l'enfant autochtone que de l'importance d'autres principes, comme celui du respect du point de vue de l'enfant. Cette approche permettrait éventuellement, nous l'espérons, l'inclusion des enfants autochtones dans la recherche de solutions aux problèmes sociaux qui les touchent.

Mona Paré
Section de droit civil
Pavillon Fauteux
57, rue Louis-Pasteur
Université d'Ottawa
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Téléphone : 613 562-5800, poste 3253
Télécopieur : 613 562-5121
Mona.Pare@uOttawa.ca

Note de l'auteure : Une première version de cet article a d'abord fait l'objet d'une communication présentée à l'atelier organisé par la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, le 18 février 2011 : « La reconnaissance de l'adoption coutumière au Québec et ailleurs : le défi du plurijuridisme ». Je souhaite remercier Évelyne Akoto pour sa contribution à la recherche.