

Autorité parentale et patriarcat d'État au Canada

Sandra Morin

Volume 39, numéro 1, 2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026984ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026984ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, S. (2009). Autorité parentale et patriarcat d'État au Canada. *Revue générale de droit*, 39(1), 127–201. <https://doi.org/10.7202/1026984ar>

Résumé de l'article

Dans cet article, l'auteure étudie la manière dont l'État, qui a longtemps fait preuve de retenue à l'égard du cercle familial et de déférence à l'égard de la toute-puissance du père, s'est substitué à la puissance paternelle.

Avec l'apparition de nouvelles formes d'union et de « parentalité », l'intervention de l'État n'a eu de cesse de croître au détriment de la puissance paternelle, en vertu de sa compétence *patria potestas* (en droit civil) ou *parens patriae* (en common law).

À travers l'étude de notions telles que celle de l'autorité parentale ou de l'intérêt de l'enfant, cet article s'intéresse à la manière dont l'État a tiré parti des bouleversements sociologiques pour encadrer davantage les relations familiales.

Cette ingérence qui prend diverses formes se manifeste tant durant la vie commune qu'à l'issue de celle-ci. Son objet est de protéger, lors de situations de dysfonctionnement et de conflits, ce qui constitue le socle de la famille et qui la perpétue : l'enfant.

Cette immixtion de l'État a fait l'objet de critiques de la part de ceux qui lui reprochent d'avoir substitué au caractère patriarcal de la famille traditionnelle, celui d'un patriarcat d'État principalement exercé au nom de l'intérêt de l'enfant. L'auteure s'interroge ainsi sur le rôle et la portée du patriarcat d'État au sein de la cellule familiale et lors de l'éclatement de celle-ci. L'article porte essentiellement sur le droit civil québécois, tout en apportant des éléments de comparaison avec l'évolution du droit dans les provinces de common law.

Autorité parentale et patriarcat d'État au Canada

SANDRA MORIN

Avocate, Barreau du Québec et ancienne étudiante
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Dans cet article, l'auteure étudie la manière dont l'État, qui a longtemps fait preuve de retenue à l'égard du cercle familial et de déférence à l'égard de la toute-puissance du père, s'est substitué à la puissance paternelle. Avec l'apparition de nouvelles formes d'union et de « parentalité », l'intervention de l'État n'a eu de cesse de croître au détriment de la puissance paternelle, en vertu de sa compétence patria potestas (en droit civil) ou parens patriæ (en common law). À travers l'étude de notions telles que celle de l'autorité parentale ou de l'intérêt de l'enfant, cet article s'intéresse à la manière dont l'État a tiré parti des bouleversements sociologiques pour encadrer davantage les relations familiales.

ABSTRACT

This article describes how the State, which until then had consistently demonstrated the higher containment and deference towards the family circle and the omnipotence of the father, came to substitute itself to the paternal authority. With emerging new shapes of union and "kinship", the State's intervention became increasingly significant to the detriment of the father's authority, in accordance with its patria potestas (in civil law) and parens patriæ (in common law) jurisdiction. Through the study of notions such as parental authority and child's interest, this article looks into how the State took advantage of sociological upheavals to further monitor family relationships.

Cette ingérence qui prend diverses formes se manifeste tant durant la vie commune qu'à l'issue de celle-ci. Son objet est de protéger, lors de situations de dysfonctionnement et de conflits, ce qui constitue le socle de la famille et qui la perpétue : l'enfant.

Cette immixtion de l'État a fait l'objet de critiques de la part de ceux qui lui reprochent d'avoir substitué au caractère patriarcal de la famille traditionnelle, celui d'un patriarcat d'État principalement exercé au nom de l'intérêt de l'enfant.

L'auteure s'interroge ainsi sur le rôle et la portée du patriarcat d'État au sein de la cellule familiale et lors de l'éclatement de celle-ci.

L'article porte essentiellement sur le droit civil québécois, tout en apportant des éléments de comparaison avec l'évolution du droit dans les provinces de common law.

Mots-clés : *Cellule familiale, intervention de l'État, puissance paternelle, patriarcat d'État, intérêt de l'enfant, égalité juridique, modèles parentaux (y compris parentalité), compétence parens patriæ*

Such interference may take various forms and occurs both throughout the union and after the separation. Its aim is to protect, when situations of dysfunction and disputes occur, what constitutes the family foundation and perpetuates it : the child.

The intermeddling of the State in family matters has been the subject of many critics, the most vocal of them being that it has substituted a State patriline to the traditional family scheme, for the sake of the child's best interest.

The author studies the role and the scope of the State patriline within the family unit and after its dislocation. This article essentially refers to Québec civil law, while offering elements of comparison with family law developments in the common law provinces of Canada.

Key-words : *family unit; the State's intervention; paternal authority; State patriline; child's interest; legal equality; parental models (including kinship); parens patriæ jurisdiction*

SOMMAIRE

Introduction.....	131
I. L'abandon du schéma familial traditionnel, une porte ouverte sur l'ingérence de l'État dans l'encadrement de relations de famille.....	142
A. La notion d'autorité parentale, un affaiblissement des pouvoirs du père et de la mère au profit du droit de regard de l'État.....	144
1) La notion d'autorité parentale, une notion en constante évolution.....	144
a) Les nouveaux responsables de la direction et de l'orientation de la famille.....	144
b) Les composantes de l'institution de l'autorité parentale, un état de rupture avec la puissance paternelle.....	148
2) L'encadrement des parents dans la mise en œuvre de leurs rôles parentaux et la concurrence de l'État quant à certaines prérogatives parentales.....	153
a) De la subordination de l'autorité parentale à l'autorité de l'État.....	153
b) Le pouvoir concurrent de l'État sur les décisions relevant de l'autorité parentale et la disqualification des parents dans certains cas.....	157
i) L'étendue des pouvoirs de l'État.....	157
ii) Les limites au pouvoir d'ingérence de l'État dans les prérogatives des parents.....	163
B. L'avènement de l'enfant sujet de droit au cœur de la notion d'autorité parentale.....	165
1) L'enfant, nouveau pivot de la famille.....	165
a) Du recul de la notion de puissance paternelle à l'émergence de celle du meilleur intérêt de l'enfant.....	165
b) Les différentes manifestations du meilleur intérêt de l'enfant en droit civil et en common law.....	169
2) Les instruments légaux de protection de l'enfant.....	172
a) Les conventions internationales.....	172
(i) L'enfant sujet de droit international.....	172
(ii) Une simple valeur interprétative.....	174
b) Les instruments juridiques internes.....	175

II. Le patriarcat d'État comme conséquence de la séparation du couple et de l'éclatement de la cellule familiale	178
A. La désunion parentale, une porte ouverte à la prépondérance du juge.....	179
1) Une intervention du juge accrue en matière de dissolution des unions légales et des unions de fait.....	179
a) Les éléments déclencheurs de l'intervention du juge	179
b) Les pouvoirs du juge selon qu'il est question d'union légale ou d'union de fait	180
2) La latitude du juge pour régler les différends surgissant lors de la dissolution	183
a) Les multiples facettes de l'intervention du juge	183
b) Les limites à l'intervention du juge	187
i) Le désintéret du parent non gardien pour ses droits d'accès	187
ii) Le recours des parents à la médiation.....	188
B. La rupture des parents : une prise en considération accrue des intérêts et de la volonté de l'enfant.....	189
1) La prise en compte des intérêts et de la volonté de l'enfant au cours de l'instance	189
a) L'audition du mineur au sujet des questions qui le concernent et son intervention à l'instance.....	190
i) L'audition du mineur par le juge.....	190
ii) L'intervention du mineur.....	192
b) La représentation du mineur à l'instance	192
2) L'affaiblissement des pouvoirs parentaux face à l'accès des tiers aux enfants	195
a) Le maintien des relations personnelles avec les grands-parents	196
b) Le maintien des relations personnelles entre les parents psychologiques et les enfants de l'ex-conjoint	199
Conclusion	200

INTRODUCTION

1. Traditionnellement, l'État a longtemps fait preuve de retenue à l'égard des familles, par déférence pour la toute puissance du père, qui régnait sans partage à l'intérieur du cercle familial. L'État refusant de s'ingérer dans les rapports familiaux, le chef de famille faisait ainsi figure de véritable institution au sein de la société, dont l'autorité n'était remise en question que pour des raisons d'ordre public ou pour servir les intérêts du seigneur, du monarque ou de l'État.

2. Cependant, à mesure que le modèle traditionnel de cellule familiale évoluait au rythme des bouleversements économiques et sociaux, jusqu'à se trouver sérieusement concurrencé par de nouvelles formes d'union et de « parentalité », l'intervention de l'État n'a eu de cesse de croître au détriment de la puissance paternelle. Cette ingérence se manifeste tant durant la vie commune qu'au moment de la séparation et à l'issue de celle-ci. Que ce soit au Québec ou dans les provinces de common law, elle se caractérise par l'adoption d'un corps de règles législatives fourni, une création jurisprudentielle foisonnante et l'encadrement d'organismes gouvernementaux. Cette immixtion passe également par l'intervention des tribunaux dans la gestion des situations de dysfonctionnement et de conflits.

3. Cet intérêt subit de l'État pour les relations familiales privées puise manifestement son essor dans la volonté de protéger ce qui en constitue le socle et perpétue la famille : l'enfant. Le point de départ de l'action interventionniste de l'État est principalement l'ère des grandes révolutions industrielles du XIX^e siècle qui, tant en Europe qu'au Canada, fait prendre conscience de la fragilité du statut de l'enfant au sein d'une institution patriarcale que l'État n'a jamais voulu remettre en cause et à l'extérieur de laquelle il a toujours voulu se tenir, au nom du principe établi de longue date selon lequel la famille, fondée sur la notion de puissance paternelle, est une institution qui se suffit à elle-même.

4. Très attendue par ceux qui reprochaient à l'État son manque d'initiative à l'égard d'une institution fondée sur une notion « poussiéreuse », teintée d'absolutisme et absente de toute notion de droit, l'intervention de l'État est également

l'objet de critiques émanant de ceux qui lui reprochent d'avoir supplanté le caractère patriarcal de la famille traditionnelle par celui d'un patriarcat d'État principalement exercé au nom de l'intérêt de l'enfant.

5. Pour déterminer dans quelle mesure l'immixtion de l'État dans la sphère privée des relations familiales constitue un élément essentiel du fonctionnement de cette institution ou, au contraire, une entrave à son libre fonctionnement, il nous faut tout d'abord nous interroger sur le concept de puissance paternelle en nous intéressant à ce qui le caractérise et à la raison pour laquelle l'État lui a substitué la notion d'autorité parentale qui constitue la porte d'entrée de l'État dans la cellule familiale.

6. Dans la tradition civiliste, la puissance paternelle était une institution immuable traversant les âges, trouvant son fondement dans la nature et confirmée par la loi¹. Ce concept de puissance paternelle, qui accordait un pouvoir prépondérant au père, reposait davantage sur des considérations sociologiques et culturelles que sur une règle de droit. Il nous provient du droit de la république romaine et constitue le pilier de la famille.

7. En droit romain, c'est l'institution du mariage qui donne naissance à la famille et celle-ci est soumise à la puissance domestique du père. Le mariage retire la femme à la puissance absolue de son père pour la soumettre à celle de son mari ou au père de ce dernier, s'il n'a pas atteint la pleine capacité juridique². Le mariage ne confère par ailleurs aucune émancipation. Ainsi, la femme mariée ne possède aucun pouvoir sur ses propres enfants et est même assimilée à ces derniers sur le plan juridique.

8. La puissance paternelle ne s'applique qu'à la famille, c'est-à-dire que le père n'exerce son pouvoir absolu que sur la femme mariée et les enfants issus du mariage, par opposition à ceux conçus hors mariage. Ce pouvoir inclut le droit de vie

1. Pierre AZARD, *La puissance paternelle dans le droit civil de la province de Québec*, Enseignement de doctorat en droit civil, Ottawa, *Faculta juris* Ottawa, 1961-1962, p. 2 et 5.

2. Édith DELEURY, Michèle RIVET, Jean-Marc NEAULT, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité», (1974) 15 *C. de D.* 787, ci-après «De la puissance paternelle à l'autorité parentale».

ou de mort sur leur personne et relève en réalité du droit de propriété. Le père possède sur les membres de sa famille des droits similaires à ceux que détient le maître sur ses esclaves, soit le droit de les aliéner, de les donner en gage, de les faire vivre ou de les faire mourir. La puissance paternelle s'étend ainsi sur toute la durée de la vie, sauf émancipation que seul le fils peut obtenir.

9. L'Empire romain vient toutefois très vite tempérer cet absolutisme de la puissance paternelle, d'abord en retirant au père de famille son pouvoir de droit de vie ou de mort sur ses propres enfants et en le réduisant à un simple droit de correction, puis en circonscrivant le droit de mettre en vente ou en gage ses enfants à des cas de misère extrême, avant de le supprimer définitivement³.

10. La conception que nous avons au Québec de la puissance paternelle provient de l'héritage de l'ancien droit français, lui-même empreint de la tradition du droit romain. Ce qui la caractérise reste encore la soumission de la femme mariée à son mari, confinée à un rôle d'éducatrice, et le droit du père de famille, sa vie durant, à l'obéissance de ses enfants, « sanctionné » par des droits de correction et d'exhérédation très étendus⁴.

11. L'ancien régime de droit français n'hésite pas à reconnaître au père le droit de faire enfermer son enfant mineur dans des « maisons de force » et d'enfermer, avec l'appui du pouvoir royal, celui qui ne l'est plus au moyen d'une lettre de cachet, contre laquelle se sont d'ailleurs battus les philosophes des lumières⁵.

12. De par sa volonté de faire table rase du passé, la Révolution française réforme les bases du droit familial. La puissance paternelle est alors ébranlée avec l'adoption d'une égalité de droits entre les enfants légitimes, naturels et adoptifs. On retire au père le droit de déshériter ses enfants et de les faire enfermer arbitrairement. Le droit de correction se cantonne désormais à la minorité, ce qui exclut de son application les enfants ayant atteint la nouvelle majorité civile

3. *Id.*, 792.

4. *Id.*, 797.

5. Jusqu'à aujourd'hui, le fondement de cette sanction demeure que « l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère » (art. 371 C. civ.).

fixée à 21 ans, et se trouve désormais encadré par la saisine d'un tribunal domestique⁶. Il n'existe par ailleurs plus de majorité matrimoniale. Néanmoins, comme d'autres aspects de l'idéologie révolutionnaire de liberté et d'égalité, le tribunal de la famille est dissout et ses compétences sont transférées aux tribunaux de droit commun.

13. Napoléon reviendra sur les avancées révolutionnaires dans la rédaction de son Code civil de 1804 qui restaure l'inégalité entre les enfants légitimes et naturels, réaffirme la puissance paternelle et ignore le principe d'une autorité parentale conjointe. La femme mariée ne peut exercer d'autorité sur ses enfants qu'en cas d'empêchement du père. Le droit de correction réapparaît⁷, mais doit désormais s'exercer dans l'intérêt de l'enfant. D'autre part, à côté de la majorité civile maintenue à 21 ans, la majorité matrimoniale refait surface. Le droit de se marier requiert le consentement des deux parents mais l'assentiment du père suffit en cas de refus de la mère, et l'enfant ne peut quitter la maison sans la permission paternelle⁸. Cependant, le droit de déshériter ses enfants n'est pas rétabli et le principe de la réserve héréditaire est consacré.

14. Force est de constater que si les rédacteurs du Code ont prévu des droits en faveur des parents, ils n'ont toutefois prévu que des devoirs à la charge des enfants, sans véritablement s'attarder sur les éventualités d'exercice abusif de l'autorité paternelle ou les situations de séparation des parents. Ce fait souligne la réticence de l'État à intervenir dans la sphère privée de la famille, qu'il considère comme une institution qui s'administre seule. L'État se cantonne ainsi à

6. *Décret sur l'organisation judiciaire* du 16-24 août 1790, art. 15; voir É. DELEURY, M. RIVET, J.-M. NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », *loc. cit.*, note 2, 807.

7. Il constitue d'ailleurs l'un des attributs les plus caractéristiques de l'autorité du père puisque le Code permet au père de faire détenir l'enfant de moins de 16 ans pour une durée d'un mois au plus, sans avoir à justifier d'un quelconque motif auprès du tribunal, tandis que le Code lui octroie un droit de demander la détention pour une durée maximale de six mois, sur demande motivée au tribunal pour tout enfant au-delà de 16 ans n'ayant pas atteint la majorité.

8. Ce dernier point ne souffre qu'une seule exception, celle de l'enrôlement volontaire dans l'armée française à 18 ans. Voir É. DELEURY, M. RIVET, J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 2, 811.

de rares interventions ponctuelles⁹ ou indirectes, par la voie du droit criminel.

15. Le droit québécois hérite dans une large mesure du droit français, d'abord avec l'introduction de la Coutume de Paris au Québec en 1663, puis avec la codification du *Code civil du Bas-Canada* en 1866. L'article 1259 C.c.B.C. traite de la puissance maritale¹⁰ et l'article 242 du même Code constitue la base juridique de la puissance paternelle à laquelle un livre entier est consacré (le Livre huitième).

16. Ainsi, à l'instar du Code français¹¹, les articles 242 à 245 C.c.B.C. énoncent les devoirs de l'enfant à l'égard de ses parents. Il doit « honneur à tout âge et respect à son père et à sa mère, il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation; elle est exercée pendant le mariage par le père seul sans le consentement duquel l'enfant ne peut quitter la maison paternelle tant qu'il est mineur et non émancipé; tant que cet état dure, le père ou la mère, à son défaut, a sur lui un droit de correction modéré qui peut [être] délégué à ceux chargés de son éducation »¹².

17. Deux différences majeures distinguent néanmoins le droit français du droit québécois, l'une d'elles étant toujours

9. La loi envisage la question de l'intérêt de l'enfant comme un aspect qui relève davantage du pouvoir des juges que d'un principe juridique devant être consacré dans la loi, même si, du fait de son silence, certains tribunaux n'hésitent pas à déclarer dans certaines affaires l'intérêt de l'enfant comme fondement de la puissance paternelle. CAEN, 18 juin 1807, S. an XIII-1808. 2.264. Mauricette CRAFFE, *La puissance paternelle en droit anglais : évolutions historiques, solutions traditionnelles*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 102.

10. Les règles du mariage contenues à cet article prévoient que l'on ne peut « déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ou appartenant au mari comme chef de l'association conjugale, ni aux droits conférés aux époux par le titre de chef de l'association conjugale, ni aux droits conférés aux époux par le titre "De la puissance paternelle" », dans Prix Charles-Coderre (1997), *Droits et responsabilités entre les parents et les enfants : y a-t-il un équilibre?*, Sherbrooke, Éditions de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1997, p. 19.

11. Pour un élément de comparaison, il est intéressant de consulter les articles 371 à 374 du *Code Napoléon*, dont le libellé était à l'époque le suivant : « L'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses père et mère. Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation. Le père seul exerce cette autorité durant le mariage. L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans ». Voir É. DELEURY, M. RIVET, J.-M. NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », *loc. cit.*, note 2, 818.

12. *Id.*, 817.

d'actualité : la première réside dans le caractère raisonnable du droit de correction du Code civil de 1866 et de l'absence de référence au droit des parents de faire librement enfermer leurs enfants; la seconde, qui demeure encore valable aujourd'hui, est le maintien en droit québécois du droit de déshériter ses enfants avec l'absence du principe de réserve héréditaire.

18. Hormis ces différences, la puissance paternelle, effet direct du mariage du point de vue sociologique mais également selon la loi, vise davantage à protéger l'autorité du père sur la personne de ses enfants, qu'à servir d'outil de protection de ces derniers dans leur meilleur intérêt.

19. Seule la filiation naturelle échappe à cette rigueur sociale et juridique, parce que le droit de la famille refuse de lui reconnaître tous ses effets. La mère possède ainsi davantage de droits à l'égard de l'enfant. Il faut attendre 1970 pour que la puissance paternelle s'exerce également vis-à-vis de l'enfant naturel mineur¹³, et encore 10 années de plus pour que le législateur abolisse la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels prévue par l'article 522, mettant ainsi un terme à la distinction traditionnelle du passé. Dans le même temps, une égalité semblable a été mise en place en France à partir de 1972, avec pour point culminant la promulgation en mars 2002 d'une loi abrogeant les différences entre les deux filiations, mais qui fait subsister des disparités au niveau successoral au détriment de l'enfant adultérin¹⁴.

20. Ainsi, tout comme dans le *Code civil* de 1804, les effets du mariage prévus par le Code de 1866 témoignent d'une vision très hiérarchisée du droit de la famille, qui s'articule autour de la personne du père, qui est le seul à jouir d'une liberté individuelle et qui tire du mariage une autorité absolue, tant à l'égard de ses enfants que de son épouse.

21. La femme doit obéissance à son mari et réside au lieu où ce dernier fixe sa demeure (art. 174 et 175 C.c.B.C.). Elle est dépourvue du droit d'ester en justice sans l'autorisation de

13. *Id.*, 829. Selon l'article 245 C.c.B.C., « [l]es parents exercent à l'égard de leur enfant naturel mineur et non émancipé qu'ils n'ont pas abandonné, les pouvoirs et l'autorité dont ils ont besoin pour s'acquitter de leurs obligations envers lui. Ils peuvent notamment faire opposition à son mariage ou en demander la nullité. »

14. Isabelle CORPART, *L'autorité parentale*, Paris, Éditions ASH, 2003, p. 13.

son époux et ne peut contracter sans son assentiment (art. 175 et 986 C.c.B.C.)¹⁵. Cette inégalité des droits dans le mariage, qui se répercute sur l'autorité parentale, demeure inchangée jusqu'en 1964 avec la promulgation de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*. Par la suite, elle s'estompe progressivement et ce n'est qu'en 1977, dans le cadre des travaux de réforme du Code civil, que le législateur québécois décide de supprimer la notion de puissance paternelle. Comme l'a déjà fait le législateur français par une loi du 4 juin 1970, il lui substitue celle d'autorité parentale qui repose sur ce qui deviendra le pivot du droit de la famille, soit le meilleur intérêt de l'enfant¹⁶.

22. Dans les provinces de common law, bien que certains aient considéré que la conception de la famille laissait plus de place à la liberté individuelle de ses membres, y compris aux enfants¹⁷, l'autorité a longtemps été l'attribut exclusif du père, qu'il détenait sans partage et de la manière la plus souveraine.

23. En droit anglais, le mari exerçait sur sa femme et sur ses enfants une autorité à peu près similaire à ce qui existait en droit français, si ce n'est que l'autorité paternelle avait un caractère encore plus absolu¹⁸.

24. En 1770, Blackstone décrit le mariage comme une institution à travers laquelle l'homme et la femme ne forment plus qu'un et dans laquelle la femme mariée renonce ou à tout le moins suspend son existence légale au profit de son conjoint pendant toute la durée du mariage¹⁹. L'existence juridique de l'épouse est alors absorbée ou annihilée en faveur du mari qui bénéficie de l'institution inégalitaire du mariage pour imposer son autorité absolue sur ses enfants et son épouse. L'union de fait confère quant à elle davantage de droits aux

15. C.c.B.C., art. 986: «Sont incapables de contracter les mineurs [...], les femmes mariées, excepté dans les cas prévus par la loi».

16. I. CORPART, *op. cit.*, note 14, p. 11.

17. Louis BAUDOUIN, «Puissance paternelle», (1954) 14 *R. du B.* 478 484.

18. M. CRAFFE, *op. cit.*, note 9, p. 65.

19. William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, traduit par N.M. Chompfrey, cité dans Donald POIRIER, *Les régimes matrimoniaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 2, note 4.

femmes du couple²⁰ que ceux dont bénéficient les femmes mariées soumises à la notion d'unité du couple. Par ailleurs, la mère d'enfants nés hors mariage conserve quant à elle la garde exclusive de ceux-ci, contrairement à la mère mariée ou séparée qui n'exerce aucun pouvoir sur ses enfants.

25. Le mariage relègue l'épouse au statut d'incapable au même titre que l'enfant mineur et elle doit se faire représenter par son mari dans l'exercice de ses droits civils. Les biens propres de l'épouse deviennent la propriété du mari. Blackstone y voit en l'occurrence une justification valable et une situation équitable dans la mesure où l'épouse bénéficie en échange de la protection de son conjoint et d'avantages économiques²¹.

26. Cependant, les femmes obtiendront des droits importants en ce qui concerne la propriété des biens dès 1882²², et le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes en matière de capacité et de biens sera proclamé en 1919²³. Ainsi, près d'un siècle avant les femmes du Québec, les femmes des provinces de common law vont pouvoir jouir de la faculté d'ester en justice et de contracter librement.

27. En ce qui concerne l'autorité du père, la suprématie paternelle était encore plus marquée que dans la tradition civiliste. Héritage du système féodal, la common law investit le père de droits absolus en matière de protection et de direction des enfants, en vertu de sa qualité de *guardian by nature or for nurture*. Le père bénéficie du droit de garde de l'enfant et de tous les attributs de la puissance paternelle qui y sont rattachés²⁴.

28. Sous le régime féodal, contrairement aux droits du père français qui peuvent lui être retirés en cas de bannissement, les droits rattachés à la puissance paternelle du père anglais sont absolus, si l'on excepte les pouvoirs d'intervention du seigneur qui visent à protéger les héritiers.

20. À l'instar de ce qui existe en droit civil, le statut illégitime d'un enfant confère aux femmes en union libre des droits plus importants que ceux dont disposent les femmes mariées sur leurs enfants. Voir *id.*, p. 67.

21. W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 20, p. 58.

22. *Married Women's Property Act, 1882*, 45 & 46 Vict., c. 75.

23. *Sex Disqualification (Removal) Act, 1919*, 9 & 10 Geo. V, c. 71.

24. M. CRAFFE, *op. cit.*, note 9, p. 43-60.

29. Après l'abolition du régime féodal, le pouvoir du père est peu à peu soumis au contrôle de la Cour de la Chancellerie, au nom de la compétence *parens patriæ* de la Couronne. Ainsi, en cas d'inconduite extrême du père, celle-ci exerce sa compétence tutélaire (*paternal jurisdiction*) afin de suppléer l'incapacité du père à protéger ses enfants mineurs. La juridiction d'*equity*, dont les décisions sont prises en conscience et émanent de la justice du roi, assure ainsi une protection minimale des intérêts de l'enfant contre les abus d'autorité du père.

30. Mais cette prérogative de la Couronne, en vertu de laquelle celle-ci protège ceux qui ne peuvent prendre soin d'eux-mêmes (dont les enfants mineurs) ne s'applique que dans des cas exceptionnels, comme l'abandon d'enfant, les mauvais traitements, l'ivrognerie et l'adultère. Elle permet cependant de faire échec à l'inaction des tribunaux de droit commun en matière de puissance paternelle et incidemment au pouvoir quasi absolu du père sur son foyer²⁵.

31. La toute puissance du père s'exerce tout au long de la vie commune, et ses effets perdurent après la séparation. Elle revêt un caractère encore plus absolu que la puissance paternelle de droit civil²⁶. Ainsi, le père exerce seul son autorité durant l'union, et la mère ne jouit pratiquement d'aucun droit. Son consentement n'est pas requis pour le mariage de ses enfants. Ensuite, le père peut désigner un tuteur testamentaire, privant ainsi la mère de la garde des enfants à son décès²⁷. Enfin, la femme séparée de corps n'a pas non plus de droit de garde sur les enfants.

32. Toutefois, un certain nombre de lois vont venir progressivement mettre un frein à la suprématie du père. Si l'autorité paternelle continue d'être la règle pendant la vie commune, la mère obtient davantage de droits lorsqu'il est question de séparation ou de divorce.

25. *Id.*, p. 97.

26. Cependant, dans les faits, la situation de la femme en droit civil demeure quelque peu analogue. En effet, bien que la direction de la famille soit en principe exercée conjointement par le père et la mère, le premier continue d'exercer celle-ci de manière exclusive, en tant que chef de famille. D'autre part, certains tribunaux français privent systématiquement de la garde les mères séparées, malgré leur droit d'obtenir la garde de leurs enfants lors de la séparation de corps. *Id.*, p. 132-133.

27. *Tenures Abolition Act, 1660*, 12 Car. II, c. 24.

33. Tout d'abord, en 1839, la *Custody of Infants Act* confère à la mère un droit de visite général, ainsi qu'un droit de garde pour les enfants âgés de moins de sept ans, à compter de la séparation. En 1857, la *Matrimonial Causes Act*, qui instaure le divorce, reste néanmoins silencieuse sur la question de la garde des enfants. Elle donne cependant à la *Court of Divorce and Matrimonial Causes* le pouvoir de décider souverainement du sort des enfants à l'issue de la dissolution du lien matrimonial. Au décès du mari, si ce dernier a désigné un exécuteur testamentaire, la mère survivante obtient, à partir de 1886, la garde du mineur, qu'elle exerce conjointement avec l'exécuteur testamentaire²⁸.

34. Alors que la loi met fin aux inégalités les plus criantes à l'égard des mères, qui obtiennent peu à peu la reconnaissance de droits égaux à ceux de leur mari devant les tribunaux en matière de décisions sur la garde, une autre notion vient considérablement limiter la suprématie du père. Ainsi, dès 1873, la *Supreme Court of Judicature Act* fait primer l'intérêt de l'enfant sur les droits parentaux en matière de garde et d'éducation, alors que la *Guardianship of Infants Act* de 1925 le consacre à titre de considération « première et suprême »²⁹. Par contre, il faudra attendre le début des années 1980 pour que soit reconnu le principe de cotutelle conjointe sur l'enfant dans l'ensemble des provinces de common law pour les parents mariés et en union libre³⁰.

35. Notons que, dans le même temps, diverses lois ont permis aux tribunaux d'intervenir au nom du devoir de protection et du devoir de correction des enfants mineurs, afin d'assurer la prise en charge de l'enfant lorsque l'éducation des parents s'avérait déficiente.

36. Ainsi, comme nous l'avons vu, la proclamation de l'égalité juridique entre l'homme et la femme résulte, tant en droit civil qu'en common law, de l'évolution des mœurs et des nouvelles réalités sociologiques du monde contemporain qui confirment l'idée que le droit est souvent à la remorque des

28. *Guardianship of Infants Act, 1886*, 49 & 50 Vict., c. 27). Voir M. CRAFFE, *op. cit.*, note 9, p. 109, 118 et 124.

29. *Guardianship of Infants Act, 1925*, 15 & 16 Geo. 5, c. 45.

30. D. POIRIER, *op. cit.*, note 19, p. 67.

changements sociaux. Elle marque également un tournant dans l'attitude de permissivité de l'État face aux prérogatives du père comme seule autorité au sein de la famille.

37. Le père et la mère agissent désormais dans le cadre de leur autorité parentale, sur un pied d'égalité, pour le bien commun de la famille et les décisions qui en relèvent sont désormais prises selon le principe longtemps occulté du meilleur intérêt de l'enfant.

38. L'enfant constitue la clé de voûte de l'intervention de l'État dans la famille. Il suffit pour s'en convaincre de constater que si les dispositions du droit de la famille ne s'appliquent pas aux couples non mariés, le législateur témoigne d'une attitude tout à fait différente à l'égard des conjoints de fait avec enfants.

39. L'intervention de l'État prend diverses formes. En vertu de sa compétence *parens patriæ* (en common law) ou *patria potestas* (en droit civil), l'État intervient, parfois par l'entremise d'organismes sociaux, dans la protection de l'enfance en cas de maltraitance ou de négligence de la part des parents. Elle s'illustre également lorsqu'il est question de soins requis par l'état de santé de l'enfant, en présence du refus injustifié des parents de consentir aux soins. Son intervention va même jusqu'à vouloir protéger l'enfant à naître. Lors de la rupture du couple, et après la séparation de celui-ci, l'État interviendra par exemple dans la défense et la promotion de l'intérêt de l'enfant, afin d'assurer la prise en compte de sa volonté et de son choix pour les décisions qui le concernent, et de lui permettre d'être représenté à l'instance, voire d'intervenir dans la procédure. L'intervention de l'État se retrouve aussi en matière de droit de garde, de droits d'accès et de l'exercice de ceux-ci.

40. La question qu'il convient de se poser est de savoir si l'État a eu pour principal objectif d'accompagner les parents dans l'exercice de leur autorité parentale en agissant en qualité d'arbitre à l'égard de décisions à prendre sous l'angle de la collégialité, ou de supplanter les parents dans leur mission de direction de la famille pour répondre aux nouvelles réalités sociologiques et aux attentes de la société. Nous nous efforcerons de trouver des éléments de réponse à travers notre étude.

41. Ainsi, dans un premier temps, nous nous proposons d'étudier de quelle manière l'État a tiré parti des bouleversements sociologiques pour encadrer davantage les relations familiales, notamment à travers l'institution de l'autorité parentale et de l'intérêt de l'enfant. Ensuite, nous nous interrogerons sur le rôle et la portée du patriarcat d'État dans le cadre de l'éclatement de la cellule familiale.

42. Nous consacrerons l'essentiel de notre analyse à l'étude du droit civil québécois. Cependant, nous chercherons des éléments de comparaison avec l'évolution du droit en common law, afin de situer le droit du Québec par rapport à celui des autres provinces canadiennes. Au besoin, nous ferons parfois référence aux droits français et anglais, pour montrer quelles autres solutions ont pu être apportées à une même problématique dans des contextes similaires.

I. L'ABANDON DU SCHEMA FAMILIAL TRADITIONNEL, UNE PORTE OUVERTE SUR L'INGERENCE DE L'ÉTAT DANS L'ENCADREMENT DES RELATIONS DE FAMILLE

43. Depuis l'avènement de l'industrialisation, la société n'a eu de cesse d'être confrontée à de nombreuses transformations socioéconomiques. Le besoin de main-d'œuvre accompagnant la croissance économique canadienne dans le secteur des services, d'une part, et le contrecoup de la désertification de certains secteurs d'activité comme celui du secteur agricole, le chômage et l'amointrissement des ressources des familles, d'autre part, ont contribué à modifier le contexte social canadien. Il faut ajouter à cela la volonté des femmes de s'affirmer dans le nouveau contexte économique et social canadien et d'obtenir des droits identiques à leurs compatriotes masculins.

44. Ces mutations sont telles qu'elles ont réellement bouleversé l'organisation de la société et ont entraîné avec elles la remise en question des principes fondamentaux sur lesquels reposait le concept traditionnel de la famille, gouverné jusqu'alors par celui de la puissance paternelle. « La famille n'est plus ce qu'elle était », diront certains, mais elle n'est à vrai dire que le reflet des nouvelles réalités psychologiques et économiques de notre société actuelle.

45. Les traits saillants qui se dégagent des changements sociaux qui ont touché la famille sont nombreux. Il faut à cet égard évoquer le travail des deux conjoints, le recul des mariages, l'évolution du nombre des conjoints de fait, la hausse des divorces et du nombre de familles recomposées. Par ailleurs, les migrations des populations et l'urbanisation ont contribué à donner un contexte multiculturel à la famille et à en modifier les contours traditionnels.

46. D'autre part, le schéma traditionnel de la famille est profondément altéré par la dénatalité ou la baisse de natalité qui a participé à favoriser l'adoption et la procréation médicalement assistée.

47. La toile de fond sur laquelle a été tissée la famille contemporaine repose sur des paramètres qui diffèrent de ceux avec lesquels devait composer la famille traditionnelle.

48. Ainsi, c'est tout le concept même de puissance paternelle qui vole en éclats pour céder le pas à celui d'une autorité parentale mise au service du meilleur intérêt de l'enfant, notion dont les contours ne cessent d'évoluer au gré de l'interprétation qu'en font les tribunaux.

49. Nous sommes passés d'une famille conservatrice dépendante de la toute puissance paternelle à une famille dont les membres qui la composent revendiquent tous des droits individuels, à l'image même de notre société.

50. D'un État absent du cadre de la puissance paternelle détenue par le chef de famille, nous sommes passés à une situation où les revendications de chacun des membres qui la composent ont favorisé l'immixtion de la présence étatique au sein du cercle familial. Mais cette ingérence de l'État dans la sphère familiale constitue-t-elle un préalable à l'équilibre familial contemporain ou présente-t-elle au contraire un risque pour la stabilité familiale, en privant les parents de toute autonomie quant à la direction et à l'orientation de leur famille?

51. Nous tenterons de donner des éléments de réponse par l'étude du nouveau concept d'autorité parentale et des manifestations du droit de regard que s'est arrogé l'État sur le fonctionnement de cette institution (A), mais aussi à la lumière de la place qu'a prise la notion du meilleur intérêt de l'enfant au cœur de cette autorité parentale (B).

**A. LA NOTION D'AUTORITÉ PARENTALE,
UN AFFAIBLISSEMENT DES POUVOIRS DU PÈRE ET DE LA MÈRE
AU PROFIT DU DROIT DE REGARD DE L'ÉTAT**

52. Nous verrons dans cette partie qu'alors que la puissance paternelle a longtemps été considérée comme un principe immuable, intemporel et inaltérable dont les droits sont conférés par la nature et confirmés par la loi, l'autorité parentale revêt quant à elle des facettes multiples et en constante évolution (1). La famille n'est plus seule pour déterminer de sa direction et de son orientation, à l'inverse de ce qui se passait sous le régime de la puissance paternelle. L'État a tantôt un pouvoir de contrôle sur la famille, tantôt un pouvoir de substitution en matière d'autorité parentale (2).

1) La notion d'autorité parentale, une notion en constante évolution

a) Les nouveaux responsables de la direction et de l'orientation de la famille

53. Le 17 novembre 1977, le concept d'autorité parentale voit officiellement le jour au Québec et remplace celui de puissance paternelle qui a régné sur la famille pendant près de 2 000 ans³¹. Cette réforme est le fruit de la réflexion de l'Office de révision du Code civil³², qui n'a fait que tirer les justes conclusions découlant de la suppression de la puissance maritale en 1964³³.

31. *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, et entrée en vigueur le 17 novembre 1977 qui abroge l'article 243 C.c.B.C. relatif à la puissance paternelle, pour le remplacer par l'article 244 C.c.B.C. qui fait place à l'autorité parentale du père et de la mère. Ajoutons par ailleurs que dans un arrêt unanime rendu par la Cour d'appel du Québec trois ans auparavant, *Bockler c. Bockler*, [1974] C.A. 41, le juge Gagnon à la p. 42 du jugement énonce que « [l']article 243 relatif à la puissance paternelle est toujours inscrit au Code, mais il se trouve depuis quelques années dans un nouveau contexte. L'autorité au sein du mariage est aujourd'hui partagée [...] », voir pour un résumé clair de cette évolution historique *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. p. 141.

32. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur la famille*, volume 2, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975, p. 34.

33. *Loi sur la capacité de la femme mariée*, L.Q. 1964, c. 66, modifiant l'ancien art. 174 du Code civil de 1866.

54. La loi portant réforme du droit de la famille et instituant le nouveau *Code civil du Québec*³⁴ apparaît comme de droit nouveau et confère l'autorité parentale à chacun des deux parents³⁵. « Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale »; le législateur prend la liberté de nommer d'office les titulaires de l'autorité parentale³⁶. Chaque parent demeure investi de l'autorité parentale, même après la séparation du couple ou le divorce, à moins que le tribunal n'ordonne en tout ou partie la déchéance de l'autorité parentale.

55. Le principe d'égalité ou de collégialité posé par le premier alinéa de l'article 648 C.c.B.C., devenu celui de l'article 600 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.), ne repose pas que sur le seul critère du mariage. Il est proclamé tant en faveur des époux mariés que des conjoints de fait³⁷.

56. Il suffit pour s'en convaincre de se prêter à une lecture de l'article 604 qui énonce qu'en cas de difficulté dans l'exercice de l'autorité parentale, l'un de ses deux titulaires peut saisir le tribunal pour parvenir à une conciliation dans l'intérêt de l'enfant.

57. Cette rédaction n'est que la réplique (bien que plus large puisqu'elle ne s'arrête pas aux époux) de l'article 400 C.c.Q. emportant égalité des époux quant à la direction et l'orientation de la famille³⁸. La particularité de l'article 400 par rapport à celle de l'article 604 réside toutefois dans le fait que le premier vise le droit des époux ou de l'un deux de saisir le tribunal pour statuer dans l'intérêt de la famille, tandis que le second ne traite que du titulaire de l'autorité parentale au singulier. Sans doute le singulier renvoie-t-il autant à un

34. *Loi instituant le nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 (Loi 89), entrée en vigueur le 2 avril 1981.

35. L'article 648, devenu l'article 600 avec l'institution du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, adopté le 18 décembre 1991 et entré en vigueur en 1994.

36. Yveline MARTIN, Jacques A. ULYSSE, « L'autorité parentale : un droit ou un devoir... pour qui! », PRIX CHARLES-CODERRE pour l'avancement du droit social (1984), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985.

37. « Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale. Si l'un deux décède, est déchu de l'autorité parentale ou n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre ».

38. « Si les époux ne parviennent pas à s'accorder sur l'exercice de leurs droits et l'accomplissement de leurs devoirs, les époux ou l'un deux peuvent saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de la famille, après avoir favorisé la conciliation des parties. »

parent qu'à l'autre, mais peut-être aurait-il mieux valu reprendre à l'identique la rédaction de l'article 400 C.c.Q. qui aurait davantage reflété l'esprit de l'institution actuelle de l'autorité parentale, en insistant sur le fait qu'elle est désormais collégiale. Pourquoi ce qui a pu se faire dans un sens ne pourrait-il pas se faire dans l'autre?

58. D'autre part, la rédaction de l'article 604 du Code civil peut se trouver en décalage avec les nouvelles formes de « parentalité » que l'on distingue au Québec. L'autorité parentale renvoie à des modèles parentaux distincts du modèle traditionnel du père et de la mère.

59. Le *Code civil du Québec*, bien que novateur en la matière, a du mal à se départir du modèle parental traditionnel. L'article 539.1 prévoit que « lorsque les parents sont tous deux de sexe féminin, les droits et obligations que la loi attribue au père, là où ils se distinguent de ceux de la mère, sont attribués à celle des deux mères qui n'a pas donné naissance à l'enfant. » Bien qu'il soit vrai que cette rédaction ne remette pas en cause le principe d'égalité entre les parents consacré à l'article 604 C.c.Q., sans doute l'utilisation du terme « parent » aurait-elle suffi.

60. La même disposition n'existe pas en faveur de parents qui sont tous deux de sexe masculin, dans la mesure où la procréation médicalement assistée impliquant une convention dans laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle et de nullité absolue³⁹.

61. Néanmoins, le Code civil n'exclut pas du droit d'être parents les parents qui sont tous deux de sexe masculin. L'article 546 C.c.Q. illustre notre propos puisqu'il permet à toute personne majeure d'adopter un enfant, seule ou conjointement avec une autre personne, et sans distinction de sexe.

62. Ainsi, le droit québécois est tout à fait novateur puisqu'il incarne une conception juridique de l'autorité parentale en adéquation avec les valeurs de la société québécoise contemporaine.

63. Le concept d'autorité parentale n'a pas suivi la même évolution en droit français. Alors que le législateur s'est prononcé beaucoup plus rapidement que le Québec en faveur de

39. C.c.Q., art. 541.

l'égalité des époux, mais aussi en faveur de l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁴⁰, le droit civil français se révèle être beaucoup plus conservateur pour ce qui est de la reconnaissance d'autres modèles parentaux.

64. À ce jour, le *Code civil* français ne reconnaît toujours pas la validité du projet parental par procréation assistée d'un couple de même sexe et la sécurité sociale dénie à un tel couple l'égalité de droit en matière de prestations sociales⁴¹. Tout comme le Québec, la France se refuse à admettre la validité en droit des contrats de maternité par substitution, au nom du principe selon lequel on ne peut contracter que sur des choses faisant partie du commerce et que l'utérus est une partie du corps humain hors commerce⁴². Enfin, le *Code civil* français se prononce clairement en faveur du maintien du schéma parental traditionnel en rejetant toute possibilité d'adoption par des familles monoparentales ou homoparentales, en précisant très clairement à son article 346 que « [n]ul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux »⁴³.

65. Pour ce qui est des provinces canadiennes de common law, elles n'ont pas attendu aussi longtemps pour consacrer le principe d'égalité entre le père et la mère en matière d'autorité parentale. Au Canada, à compter des années 1920, à la suite de l'adoption en droit anglais de la *Guardianship of*

40. *Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale*, J.O. 5 juin 1970, p. 5227. Elle est complétée par la *Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 relative à l'exercice de l'autorité parentale*, J.O. 24 juillet 1987, p. 8253, la *Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, J.O. 9 janvier 1993, p. 495, et la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, J.O. 5 mars 2002, p. 4161, pour toujours plus d'égalité entre les parents mais aussi entre les enfants.

41. Les couples de même sexe féminin se rendent généralement en Belgique pour avoir recours à la procréation médicalement assistée, mais ne sont pas pris en charge par la sécurité sociale française à leur retour en France.

42. Au sujet des contrats de mères porteuses en France, voir Marcela IACUB, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Éditions Fayard, 2004, p. 201-236.

43. Art. 346 C. civ., *Loi no 76-1179 du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions concernant l'adoption (simplification)*, J.O. 23 décembre 1976, p. 7364, qui n'est toujours pas en vigueur à ce jour.

Infants Act de 1925, cette égalité sera progressivement introduite dans les différentes provinces jusqu'en 1977⁴⁴.

66. Au cours de ces 10 dernières années, les provinces de common law se sont également pour la plupart distinguées par la reconnaissance de modèles de « parentalité » autres que celui du père et de la mère⁴⁵. Notamment, les tribunaux canadiens concluent généralement à l'inconstitutionnalité des lois qui restreignent le droit à l'adoption⁴⁶.

67. L'accès à la procréation assistée est également à l'honneur et le contrat de maternité de substitution, plus communément désigné sous le vocable de contrat de « mère porteuse », n'est d'autre part pas interdit en soi, contrairement à ce qui a cours en droit civil. L'article 6 de la *Loi sur la procréation assistée*, en vigueur depuis le 22 avril 2004⁴⁷, ne fait qu'interdire la rétribution des femmes qui acceptent de tels arrangements, et le paragraphe 6 (5) prévoit que cette interdiction ne porte pas atteinte à la validité des contrats de mères porteuses permis par les lois provinciales. Par ailleurs, les accords altruistes de maternité de substitution sont permis.

b) Les composantes de l'institution de l'autorité parentale, un état de rupture avec la puissance paternelle

68. L'autorité parentale constitue une véritable rupture avec l'ordre établi, en plus de mieux prendre en compte les divers modèles parentaux existants⁴⁸, et amène avec elle une redéfinition des droits et des pouvoirs des parents dans la famille.

44. Rosalie S. ABELLA, « Family Law in Ontario: Changing Assumptions », (1981) *Ottawa Law Review* 1, 13; voir également *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 46.

45. Il semble assez clair que les provinces de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de la Nouvelle-Écosse se soient montrées plus rapidement ouvertes à l'adoption par les couples de même sexe que ce ne fût le cas pour la province de Québec. L'Alberta fait office de mauvais élève car sa législation ne prévoyait en 2000 que le droit du parent biologique d'adopter l'enfant de son conjoint.

46. Voir l'affaire *K.*, [1995] 23 O.R. (3rd) 679 rendue par le juge Nevins en Ontario. Citons également l'exemple de la Nouvelle-Écosse avec les affaires *S.C.M. et N.C.J.*, [2001] NSSF 24, 2000SFH c08641 & SFH C 08642, rendues le 28 juin 2001 par le juge d'appel Gass de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

47. L.C. 2004, c. 2.

48. Bien que le Code fasse encore référence au schéma du père et de la mère.

69. Les droits des parents ont été redéfinis et circonscrits à des « droits-fonctions ». Christine Loubier et Claudia Proulx⁴⁹ évoquent une démocratisation des relations entre les parents et les enfants. Celle-ci passe de la reconnaissance de pouvoirs quasi absolus des parents, et plus particulièrement du père, sur les enfants, à celle de droits et obligations des parents à l'égard de leurs enfants.

70. L'article 599 C.c.Q., qui remplace l'ancien article 647 du même Code, prévoit que « les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant. »

71. Selon l'auteur Albert Mayrand, ces trois principaux attributs formeraient une pyramide au sommet de laquelle se placerait l'éducation et au service de laquelle auraient été consacrés les deux autres devoirs de garde et de surveillance⁵⁰.

72. Il ressort également de la lecture de cet article que l'autorité dont bénéficient les parents sur leurs enfants ne repose plus sur le devoir d'obéissance des enfants à l'égard de leurs parents et de celui de leur faire honneur⁵¹. Il repose sur l'obligation des parents d'assurer la protection de leurs enfants et leur développement aux plans psychologique, affectif, moral et intellectuel afin de leur permettre de s'épanouir dans la société. Ainsi, les composantes de l'autorité parentale apparaissent comme un ordre inversé par rapport à la puissance paternelle, dans lequel les enfants sont désormais les principaux créanciers de l'institution.

73. Bien que consacrée tardivement, cette conception du droit familial avait déjà fait son apparition en jurisprudence. Ainsi, en 1934, l'arrêt *Dugal c. Lefebvre*⁵² établit que « [l']autorité parentale comporte aussi des devoirs. Les droits

49. Christine LOUBIER, Claudia PROULX, « La place de la famille en droit québécois », dans Prix Charles-Coderre (1995), *La place de la famille en droit québécois*, Sherbrooke, Éditions de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1996, p. 9.

50. « Les trois fonctions principales de l'autorité parentale ainsi imbriquées l'une dans l'autre forment un tout, une pyramide dont le sommet, l'éducation, s'appuie sur les deux autres [la garde et la surveillance], qui sont les moyens d'y parvenir. La fonction à la base de cette pyramide a comme absorbé les deux autres, de sorte qu'on a fini par donner à la garde un sens extrêmement large. », Albert MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193, 97.

51. C.c.Q., art. 597, qui remplace l'ancien article 645 du même Code.

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

ne sont accordés aux parents que comme conséquences des lourds devoirs que les parents ont à remplir, et n'ont d'autre but que de rendre possible l'entretien et l'éducation des enfants ».

74. L'autorité parentale revêt principalement une fonction de soutien économique, éducatif, affectif et psychologique que chacun des parents doit assumer en proportion de ses facultés, tel que l'énonce l'article 605 C.c.Q. qui ne fait aucune distinction entre le parent gardien et celui qui ne l'est pas⁵³. Il reste cependant que malgré la hausse du travail des femmes, cette disposition égalitaire entre les parents ne reflète pas toujours l'état actuel des choses. De nombreuses mères sont encore destinées aux responsabilités d'entretien et d'éducation de leurs enfants et représentent pour eux le principal soutien psychologique au quotidien. Bien que le *Code civil du Québec* soit dans ses dispositions largement axé sur l'égalité sociale et économique à laquelle aspire la gente féminine, la société a encore bien du mal à se départir des préceptes régissant la puissance paternelle et du concept du chef unique de famille, puisque la société est encore persuadée que la mère est mieux qualifiée que le père pour tout ce qui relève des soins et de l'entretien de l'enfant⁵⁴.

75. L'obligation à laquelle sont assujettis les parents en vertu des articles 599 et 605 C.c.Q. en est une dont le manquement peut constituer une infraction pénale aux termes de l'alinéa 215 (1) (a) du *Code criminel*⁵⁵.

76. Par ailleurs, l'autorité parentale et l'ensemble des obligations qui s'y rapportent constituent le fondement de la responsabilité civile des parents pour les actes fautifs de leurs

53. C.c.Q., art. 605 : « Que la garde de l'enfant ait été confiée à l'un des parents ou à une tierce personne, quelles qu'en soient les raisons, les père et mère conservent le droit de surveiller son entretien et son éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ». Selon Chantal SAURIOL, « Autorité parentale », dans Claire BERNARD, Danielle SHELTON, *Les personnes et les familles*, t. 1, 2^e éd., Montréal, Éditions Adage, 1995, module 6, p. 3. Les parents auraient ainsi pleinement compétence quant au choix du nom de leur enfant, sa garde, son alimentation, son entretien, son éducation, en matière de droit de correction, droits d'accès à concéder aux tiers, de soins de santé et de consentement au mariage.

54. *Young c. Young*, précité, note 44, 54 et 61.

55. « Toute personne est légalement tenue : a) en qualité de père ou de mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans [...] ».

enfants, tel qu'il ressort de l'article 1459 C.c.Q.⁵⁶. Le seul moyen pour les parents (même celui ou celle déchu de l'autorité parentale) de se soustraire à cette responsabilité est de prouver qu'ils n'ont commis aucune faute dans la garde ou l'éducation de leur enfant mineur, c'est-à-dire dans l'accomplissement de leurs devoirs.

77. L'autorité parentale en droit civil québécois ne se distingue pas fondamentalement de celle qui existe en France. S'il fallait distinguer ces deux droits, ce serait davantage du point de vue de la forme, et plus particulièrement depuis le remaniement du droit familial français intervenu avec la Loi du 4 mars 2002. L'article 371-1 C. civ. prévoit à son premier alinéa que « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». L'article 371-1 C. civ. englobe dans le même article les droits et devoirs de l'autorité parentale avec l'intérêt de l'enfant, dont nous traiterons plus bas dans notre étude, mais que le *Code civil du Québec* consacre à son article 33, dans la section des droits de la personnalité. L'article 371-2 du *Code civil* français marque l'abandon de toute référence aux devoirs de garde et de surveillance, ce qui a pour effet de modifier également le quatrième alinéa de l'article 1384 C. civ. qui porte sur la responsabilité des parents du fait d'autrui. Désormais, les père et mère ne sont plus civilement et solidairement responsables que du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux⁵⁷.

78. Le deuxième alinéa de l'article 371-1 C.civ (anciennement l'article 371-2), qui prévoyait que « [l']autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation », a abandonné, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, les notions de garde et de surveillance.

56. C.c.Q., art. 1459 : « Le titulaire de l'autorité parentale est tenu de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute du mineur à l'égard de qui il exerce cette autorité, à moins de prouver qu'il n'a lui-même commis aucune faute dans la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur.

Celui qui a été déchu de l'autorité parentale est tenu de la même façon, si le fait ou la faute du mineur est liée à l'éducation qu'il lui a donnée. »

57. I. CORPART, *op. cit.*, note 14, p. 24.

79. Le nouvel article 371-2 C. civ. prévoit désormais que les parents sont tenus de contribuer à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants en proportion de leurs ressources, ce qui en fait clairement une obligation patrimoniale là où le *Code civil du Québec* donne à penser que l'on pourrait s'acquitter de cette obligation autrement que financièrement.

80. Du côté des provinces canadiennes de common law, le concept d'obligation pesant sur les parents à l'égard de leurs enfants a également mis du temps à être reconnu en droit. Cependant, dès le début du XX^e siècle, trois responsabilités essentielles ont été reconnues comme étant à la charge des parents, à savoir les devoirs de surveillance, d'entretien et d'éducation. Comme en droit civil, le devoir de surveillance a pour corollaire une responsabilité de nature délictuelle en cas de faute de leurs enfants. Les parents peuvent toutefois se dégager d'une telle responsabilité en prouvant l'absence de négligence de leur part dans l'éducation de leurs enfants⁵⁸. D'autre part, tout comme le Québec, les provinces canadiennes de common law sont également assujetties à l'obligation de subsistance décrite à l'article 215 (1) (a) du *Code criminel*.

81. Notons par ailleurs qu'en common law, on s'est surtout interrogé au sujet des attributs de l'autorité parentale au stade de leur « judiciarisation », c'est-à-dire au moment de leur présentation devant les tribunaux. Hormis l'analyse de certaines lois⁵⁹, c'est principalement à partir de l'étude des décisions de jurisprudence que l'on va être en mesure de déterminer l'essence même des composantes de l'autorité parentale en common law⁶⁰.

58. D. POIRIER, *op. cit.*, note 19, p. 70. Selon l'auteur, le droit d'instruire ses enfants et de les envoyer à l'école ne remonterait qu'à la fin du XIX^e siècle.

59. *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C.11, *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, *Loi sur le mariage*, L.S.O. 1990, c. M.3, *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 et *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3.

60. « Le droit familial dans les régimes de common law étant un droit développé à partir de situations de crises, de rupture et de problèmes, il fournit très peu de détails sur les droits et obligations des conjoints l'un envers l'autre et envers leurs enfants pendant la durée de la vie commune. [...] [M]algré l'absence presque totale de règles se rapportant directement aux droits et obligations des conjoints pendant la durée de vie de couple, il est néanmoins possible de les déduire à partir des lois et des décisions jurisprudentielles apportant des solutions aux problèmes survenant à la fin de la relation de couple ». D. POIRIER, *op. cit.*, note 19, p. 72.

2) L'encadrement des parents dans la mise en œuvre de leurs rôles parentaux et la concurrence de l'État quant à certaines prérogatives parentales

82. L'étude de la question de l'autorité parentale implique de s'interroger tout d'abord sur l'autonomie des parents quant à la direction et l'orientation de leur famille, puis sur la place que s'est réservée l'État dans la gestion des relations de famille.

83. Comme nous l'avons évoqué, l'industrialisation et les nouvelles réalités sociologiques qui l'ont accompagnée ont constitué une véritable tribune pour la revendication des droits individuels, tant au sein de la société qu'entre les personnes qui composent la famille. À l'image des interventions qu'il pourrait avoir dans la régulation de l'économie, l'État providence s'est doté d'un pouvoir d'initiative similaire à l'égard de la famille. En contrepartie des droits accordés, la famille aurait été placée sous la tutelle de l'État, qui se serait arrogé le droit de la soutenir mais aussi de la contrôler et d'en réguler les membres⁶¹.

a) *De la subordination de l'autorité parentale à l'autorité de l'État*

84. Alors que l'on a d'abord conçu l'instauration de l'égalité des droits des parents au sein de la famille comme l'adoption d'une réforme progressiste et majeure du droit de la famille, l'institution de l'autorité parentale est ensuite apparue à certains égards comme une institution dépouillée de ses attributs, désincarnée, dont certaines prérogatives auraient été transférées à l'État et d'autres conservées par les parents, mais sous l'égide du contrôle de l'État.

85. L'égalité des conjoints dans la direction et l'orientation de la famille a reçu dans l'ensemble un accueil des plus favorables dans la société, mais il reflète également dans une certaine mesure un affaiblissement des pouvoirs des parents.

61. Voir à ce sujet François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Éditions Nathan, 1993.

86. Selon certains auteurs, dont Donald Poirier⁶², l'abandon du patriarcat traditionnel n'aurait pas profité à la femme qui n'acquiert pas de ce fait « une plus grande autonomie puisque l'État reprend à son compte les normes patriarcales pour devenir État patriarcal autant qu'État providence et État thérapeutique ».

87. Ainsi, pour cet auteur, l'abandon de la puissance paternelle n'a pas eu pour effet d'ériger les droits de la mère au rang de ceux que le père détenait en vertu de l'ancien régime, mais plutôt d'accorder à la mère des droits aussi réduits que ceux dont dispose le père en vertu de l'autorité parentale. À la question de savoir si le principe égalitaire de l'autorité parentale constitue ou non une avancée sociale, Donald Poirier répond que l'égalité dont auraient bénéficié les femmes quant aux droits relatifs à l'orientation et la direction de la famille relèverait d'une égalité dans la pauvreté des droits que l'État aurait permis au père de conserver⁶³.

88. En redistribuant l'autorité absolue du père entre les deux parents, l'État se serait donc également ménagé une large part d'autorité. Toujours selon l'auteur, on serait tout simplement passé du régime d'un patriarcat individuel à celui d'un patriarcat d'État au cœur duquel l'État se serait substitué au père.

89. Dans ce nouveau contexte juridique, l'État qui s'était jusque-là illustré par son absence dans la sphère privée de la famille, se démarque par son approche interventionniste. Il se présenterait comme un degré de juridiction supérieur susceptible de réviser les décisions prises par les parents à l'égard de leurs enfants, comme en témoigne l'article 612 C.c.Q qui dispose que « les décisions qui concernent les enfants peuvent être révisées à tout moment par le tribunal, si les circonstances le justifient ». Il se présente aussi comme une cour supérieure disposant à la fois d'un pouvoir d'évocation quant aux décisions à prendre, mais aussi d'un pouvoir de

62. Donald POIRIER, « Du patriarcat individuel au patriarcat d'État. Critique de la juridicisation des relations parents-enfants à l'intérieur de la famille canadienne », (1991) 10 *Rev. Can. D. Fam.* 115.

63. *Id.*, 126.

substitution à l'égard des décisions prises. On a donc circonscrit l'exercice des droits et pouvoirs parentaux dans les limites de la loi.

90. Une tentative d'explication peut être trouvée du côté du soutien financier apporté par l'État. À ce propos, selon Jean-Louis Baudouin, « [i]l semble que le processus de soutien financier, tant en faveur de l'individu qu'en faveur de la famille, soit irréversible dans notre société moderne et qu'en dernière analyse la sécurité sociale doive à plus ou moins brève échéance remplacer l'ancienne notion de sécurité familiale »⁶⁴.

91. Jean Carbonnier propose une lecture encore plus radicale en soutenant que « [l']État contrôle la famille dans l'exercice des fonctions qu'elle conserve [...] les deux formes d'intervention, du reste, ont quelquefois un lien logique : qui aide se crée le droit de contrôler; si la collectivité paie le père pour élever ses enfants, il n'est pas surprenant qu'elle puisse le déposséder de ses pouvoirs [...] »⁶⁵.

92. Le soutien apporté par l'État aux familles du fait des nouveaux besoins développés par l'industrialisation et la société de consommation (soutien qui se caractérise par des mesures concrètes d'aide telles que des allocations et des régimes d'imposition favorables) constituerait donc un autre fondement de l'intervention accrue de l'État dans les décisions relevant originellement de la famille. Celle-ci doit en contrepartie s'astreindre à respecter des politiques et des normes familiales établies par l'État.

93. Il a également été avancé que l'adoption du principe de collégialité avait été la principale porte ouverte à l'immixtion du législateur et aux pouvoirs du juge, tels qu'en attestent les articles 400 et 600 C.c.Q.⁶⁶.

94. Mais considérer que la collégialité place les familles dans une situation d'instabilité serait nier le caractère opprimant de l'institution de la puissance paternelle ou à tout le moins

64. Jean-Louis BAUDOIN, « L'obligation alimentaire familiale », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Le droit dans la vie familiale. Livre du centenaire du Code civil*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 95.

65. Jean CARBONNIER, *Flexible droit : textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1976, p. 134.

66. Le texte de ces articles est reproduit aux notes 37 et 38.

être convaincu qu'elle repose sur un concept de droit naturel à l'encontre duquel on ne doit pas aller. C'est donc à tort que certains auteurs ont évoqué que l'intervention des tribunaux pour régler des questions relatives à l'autorité parentale constituerait pour l'avenir « la rançon de l'absence d'un chef de famille »⁶⁷.

95. La common law a abordé différemment cette immixtion de l'État dans les relations familiales, tout simplement parce qu'en vertu du principe *parens patriæ*, l'intervention de l'État en vue de la protection des plus faibles et des incapables constitue un précepte de justice fondamentale dans le système juridique de common law⁶⁸.

96. Pourtant, l'utilité du concept de *parens patriæ* va surtout trouver application au moment de l'introduction en justice d'une contestation relative à la famille. En dehors de toute contestation, l'État n'aura pas réellement de prise sur l'institution de la famille et sur les questions qui relèvent de l'autorité parentale. Comme le déclare la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* :

[L]a common law a toujours présumé en l'absence d'une démonstration de négligence ou d'inaptitude, que les parents devraient faire tous les choix importants qui touchent leurs enfants, et elle leur a accordé une liberté générale de le faire comme ils l'entendent. Ce droit à la liberté n'est pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants. [...] Néanmoins, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même⁶⁹.

67. Jean PINEAU, *La famille: droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Presse de l'Université de Montréal, 1982, p. 296.

68. Voir à cet effet les décisions *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, 372.

69. *Ibid.*

97. Cette approche est également celle retenue par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Young c. Young* rendu par la Cour suprême en 1993 : « Le besoin de continuité de l'enfant exige généralement que le parent gardien puisse élever l'enfant de façon autonome, sans ingérence de l'État ou du parent qui n'a pas la garde [...]. Les tribunaux ne sont pas en mesure, ni ne prétendent l'être, de prendre les décisions quotidiennes qui touchent l'intérêt de l'enfant. »⁷⁰

98. La compétence de *parens patriæ* serait aujourd'hui dévolue à la Cour supérieure dans le cadre de son pouvoir inhérent de contrôle et de surveillance. Le paragraphe 18 (1) de la *Judicature Act* de l'Ontario⁷¹ prévoit que « [t]he Supreme Court and every judge shall give to the plaintiff such and the same relief to have been given by the court of Chancery ». On entend par « Supreme Court », la Cour supérieure dans l'application de son pouvoir général de contrôle et de surveillance.

99. Les mécanismes d'intervention de l'État paraissent à cet égard constituer davantage un rééquilibrage des droits et pouvoirs des personnes composant la famille qu'une altération de l'autorité parentale en l'absence de contestation.

b) *Le pouvoir concurrent de l'État sur les décisions relevant de l'autorité parentale et la disqualification des parents dans certains cas*

i) *L'étendue des pouvoirs de l'État*

100. Les nouvelles réalités sociologiques et économiques ont incité l'État à s'adapter aux familles, et dans la même veine l'État a permis aux familles de composer avec ces nouvelles données.

101. C'est d'abord dans le but de soutenir les familles dans l'accomplissement de leur mission de parents que l'État s'est donné pour mandat d'intervenir. Pourtant, d'un rôle de soutien, l'État en est arrivé à se substituer aux parents dans les domaines qui relèvent en principe de leur autorité directe.

70. *Young c. Young*, précité, note 44.

71. R.S.O. 1970, c. 228.

102. L'État est non seulement venu concurrencer les parents dans des domaines tels que la garde, la surveillance et l'éducation des enfants, mais son intervention législative, destinée à favoriser l'autonomie de ces derniers, va potentiellement jusqu'à disqualifier les parents en matière de soins et dans d'autres domaines d'importance.

103. Au Québec, l'intervention des services publics dans le domaine de la garde des enfants a principalement été motivée par la hausse constante de l'activité des femmes à l'extérieur du foyer. Ont alors été créés des services de garde dont la mission est « d'assurer la santé, la sécurité et le bien-être des enfants »⁷².

104. Du point de vue de la surveillance, l'État n'hésite pas à réglementer l'âge pour accéder à certains lieux publics, dont les brasseries, les bars et les tavernes⁷³. Il est également interdit de vendre de l'alcool à un mineur⁷⁴. On compte d'autre part des lois réglementant l'accès à la projection d'un film dans une salle de cinéma⁷⁵ ou encore l'utilisation de véhicules à moteur⁷⁶.

105. Ces lois ont pour objet de veiller au bon ordre public et se veulent davantage des lois qui renforcent l'action de surveillance des parents que des obstacles à leur libre l'exercice de l'autorité parentale. C'est dans le domaine de l'éducation que l'État va s'illustrer le plus dans la concurrence qu'il pourrait faire aux parents.

106. La *Loi sur l'instruction publique*⁷⁷ promeut l'éducation pour tous en garantissant un accès gratuit à l'école primaire et secondaire, ainsi que la gratuité des manuels scolaires⁷⁸. Elle établit la fréquentation obligatoire de l'école pour les enfants entre 6 et 16 ans, sans laisser aucune discrétion aux

72. *Loi sur les services de garde à l'enfance*, L.R.Q., c. S-41, art. 1.1.

73. *Loi sur les infractions en matière de boissons alcooliques*, L.R.Q., c. I-8.1.

74. *Ibid.*

75. *Loi sur le cinéma*, L.R.Q., c. C-18.1.

76. *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2.

77. L.R.Q., c. I-13.3.

78. Cette assertion est toutefois discutable selon Mélanie Camiré et Julie Bellemare qui évoquent le coût non négligeable des frais de scolarité et de la taxe sur le matériel scolaire; voir Mélanie CAMIRÉ, Julie BELLEMARE, « La place de la famille en droit québécois », dans Prix Charles-Coderre (1995), *La place de la famille en droit québécois*, op. cit., note 49, p. 100, note 98.

parents qui voient leur autorité déléguée pendant les heures de classe. Il pèse alors sur le corps enseignant et la direction de l'école l'obligation de s'assurer de l'assiduité des enfants à l'école.

107. Malgré le caractère intrusif de l'État dans les prérogatives des parents en matière d'éducation, la *Loi sur l'instruction publique* se veut une mesure qui entretient la collaboration entre l'école et les parents, tout en laissant à ces derniers un rôle majeur dans l'éducation de leurs enfants. Cette loi n'a pour objectif que de promouvoir l'égalité des enfants dans l'accès à l'instruction et ne constitue qu'un élément dans l'éducation que les parents ont l'obligation d'apporter à leurs enfants⁷⁹.

108. À un autre niveau, c'est dans sa volonté de promouvoir les droits de l'enfant et celle de lui accorder une plus grande autonomie que l'État va véritablement affaiblir les pouvoirs parentaux, jusqu'à les disqualifier dans les questions de consentement aux soins et autres actes de la vie civile.

109. Bien que l'âge de la majorité soit fixé à 18 ans⁸⁰, le législateur n'hésite pas à distinguer les enfants qui ont moins de 14 ans de ceux qui sont âgés de 14 ans et plus. Ces derniers bénéficient d'une certaine autonomie dans de nombreux actes de la vie civile, une autonomie qui peut même aller à l'encontre de la volonté de leurs parents.

110. Les parents ne bénéficient plus de la même discrétion dans certaines de leurs prérogatives. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser à l'une des premières prérogatives parentales, le choix du nom. L'enfant mineur de 14 ans bénéficie du droit de s'opposer à tout changement dans son nom que voudraient lui imposer ses parents, ce qui pourrait donner lieu à des situations où des enfants d'une même famille auraient des noms différents du fait de cette opposition (art. 62 C.c.Q.).

79. Le Nouveau-Brunswick est la tête de proue des provinces ayant favorisé l'adoption de lois rendant la fréquentation de l'école obligatoire, en se dotant dès 1906 d'une loi en ce sens pour les enfants de 7 à 16 ans. Le Québec l'a suivi en 1943 (S.Q. 1943, c. 13).

80. C.c.Q., art. 153 : « L'âge de la majorité est fixé à dix-huit ans. La personne, jusqu'alors mineure, devient capable d'exercer pleinement tous ses droits civils. »

111. L'enfant âgé de 14 ans et plus est également considéré comme un véritable adulte pour passer seul certains actes de nature contractuelle concernant ses besoins ordinaires et usuels (art. 157 C.c.Q.). Il est notamment réputé majeur pour les actes relatifs à son emploi ou à l'exercice de sa profession (art. 156 C.c.Q.).

112. Mais c'est dans le domaine des soins que l'action législative de l'État a fait l'objet d'une vive controverse, au cœur de laquelle a été mise en avant l'atteinte à l'autorité parentale. Il revient aux parents de consentir aux soins destinés à leurs enfants de moins de 14 ans. Toutefois, ce consentement ne peut être formé que dans leur intérêt et dans la mesure où les soins sur lesquels il porte sont bénéfiques, opportuns et comportent des risques inférieurs aux bienfaits qu'ils représentent⁸¹.

113. Il en va tout autrement à l'égard des enfants de 14 ans et plus⁸², à qui le législateur a donné la faculté de décider librement des soins qui les concernent. Cela suppose que tout traitement de lutte contre les maladies vénériennes ou virales d'une certaine gravité pourront être administrés aux enfants de 14 ans et plus qui en font la demande, sans le consentement de leurs parents. Cela suppose également que les jeunes filles pourront recourir à cette faculté pour bénéficier de moyens de contraception ou pour se faire avorter. Ce n'est que dans la mesure où l'enfant reste plus de 12 heures dans un établissement de santé que les parents seront avisés de ce fait⁸³.

114. En matière de soins non requis, le consentement des parents n'est nécessaire que dans la mesure où les soins seraient de nature à constituer un risque d'effets graves et permanents pour l'enfant mineur de 14 ans et plus (art. 17 C.c.Q.).

81. C.c.Q., art. 14, al. 1 et 12.

82. C.c.Q., art. 14, al. 2.

83. *Id.* Comme toute règle de droit civil qui connaît son exception, le mineur de 14 ans et plus qui refuse de consentir à des soins pourra s'en faire administrer sur autorisation du tribunal. En cas d'urgence ou de menace pour l'intégrité de l'enfant, le consentement des parents suffirait (art. 16, al. 2 C.c.Q.) à moins que leur consentement ne puisse être obtenu en temps utile, auquel cas le personnel de santé chargé d'agir pourrait passer outre le consentement des parents tel qu'il ressort d'une lecture fidèle de l'article 13, al. 1 C.c.Q.

115. La question qu'il convient de se poser est de savoir si le perçage ou le tatouage de certaines parties du corps, tant appréciés chez les jeunes aujourd'hui, ne présenteraient pas à certains égards des risques sérieux pour la santé ou des effets graves et permanents au vu des risques d'hépatites et d'infections qu'ils véhiculent.

116. Puisqu'il s'agit dans la majeure partie des cas de soins sécuritaires, les parents n'auront ainsi pas voix au chapitre quant aux lésions que se font administrer de manière consentante leurs enfants⁸⁴.

117. En outre, le législateur va encore plus loin en permettant à l'enfant mineur de consentir seul, quel que soit son âge, à l'adoption de son enfant (art. 554 C.c.Q.).

118. Bien qu'elles amenuisent en partie le caractère initialement absolu de l'autorité parentale, ces règles ont toutefois le mérite d'arbitrer des désaccords entre les parents et les enfants sur des actes concernant ces derniers et qui peuvent avoir une incidence importante dans leur vie. Serait-il acceptable aujourd'hui que l'on exige d'une jeune fille mineure de mener une grossesse à terme aux motifs qu'un avortement ne coïnciderait pas avec les valeurs fondamentales de ses parents? L'État va certes encore plus loin en lui permettant de faire adopter cet enfant sans l'assentiment de ses parents, mais n'est-ce pas là le seul moyen d'obliger la famille et principalement les parents à intégrer les nouvelles réalités sociologiques, et ce, d'autant plus quand les parents ont évolué dans des contextes et selon des valeurs qui diffèrent de ceux dans lesquels sont nés leurs enfants.

119. Il faut toutefois regretter que l'État ait tenu pour acquis que l'enfant mineur agit toujours de façon responsable et qu'il est capable d'assumer les conséquences découlant de

84. Au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique, l'âge requis pour le consentement aux soins est de 16 ans (*Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, SNB, 1976 c. M-61, art. 3 (1) et l'*Infants Act*, R.S.B.C. 1979, c. 196, art. 16); quant à l'Ontario, la loi sur le consentement au traitement met l'accent sur l'aptitude du mineur à comprendre les soins auxquels il va se prêter sans limitation spécifique d'âge. Cette démarche est assez similaire à celle du Royaume-Uni qui prévoyait un âge minimum de 16 ans mais qui a ouvert le consentement aux soins aux enfants plus jeunes dès lors que leur capacité mentale leur permet de comprendre la nature et les effets des traitements en cause (*Gillick c. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the DHSS*, [1986] A.C. 112).

ses actes. L'État n'a pas prévu de situations où le mineur pourrait reconnaître s'être trompé et être contraint de vivre avec les conséquences de ses mauvais choix ne lui inspirant que remords ou regrets.

120. Si on dresse un aperçu rapide du droit français en la matière, son approche est beaucoup plus restrictive que le droit québécois. Toute administration de soins à des enfants mineurs doit obligatoirement être soumise au consentement des parents. Que l'on soit dans un processus d'interruption volontaire de grossesse ou celui de dons d'organes, les parents doivent consentir à l'acte⁸⁵. La seule dérogation à ce principe concerne l'utilisation de contraceptifs ou le dépistage de maladies sexuellement transmissibles⁸⁶.

121. On note également des divergences sensibles en ce qui a trait à l'émancipation. À l'inverse de ce que l'on connaît en droit québécois (art. 168, al. 2 C.c.Q.), le mineur français ne peut requérir d'émancipation en son nom propre, seuls ses parents étant habilités à le faire (art. 479 C. civ.). Du point de vue de l'émancipation par mariage, elle est admise pour les jeunes femmes et les jeunes hommes québécois dès l'âge de 16 ans⁸⁷. Le droit français a longtemps paru à cet égard assez conservateur, puisque les jeunes femmes de 15 ans pouvaient se marier mais seulement avec l'autorisation de leurs parents, les hommes devaient eux attendre d'avoir 18 ans⁸⁸.

122. Enfin, le caractère conservateur du droit français se constate également en matière d'emploi, puisque l'âge légal pour exercer son premier emploi est fixé à 16 ans. L'enfant de 14 ans ne peut travailler, si ce n'est dans le cadre de menus travaux pendant les périodes scolaires⁸⁹, et doit attendre

85. *Loi n° 74-27 du 14 janvier 1974 relative au fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux*, J.O. 16 janvier 1974, a-28; art. L.162-7 et L.671-5 du *Code de la santé publique*.

86. *Loi n° 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances*, J.O. 5 décembre 1974, art. 2; *Loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, J.O. 25 janvier 1990, art. 6 bis.

87. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 6.

88. Sauf à obtenir une dispense pour motifs graves et sous réserve du consentement des parents (art. 144 et 145 C. civ.). Notons que jusqu'en 2006, les jeunes femmes pouvaient se marier dès l'âge de 15 ans, sous réserve d'avoir reçu l'autorisation de leurs parents.

89. *Code du travail*, art. L.117-3 et L.211-1.

l'âge de 16 ans pour effectuer seul des retraits de son compte épargne pour ses besoins ordinaires et usuels⁹⁰.

123. Ainsi, l'adolescent français serait moins libre que l'adolescent québécois. Le Québec serait-il avant-gardiste en matière d'autonomie des enfants ou les parents français plus responsabilisés quant aux actes susceptibles d'influer sur la vie de leurs enfants?

ii) Les limites au pouvoir d'ingérence de l'État dans les prérogatives des parents

124. Le but de cette partie n'est pas de passer en revue l'ensemble des limites posées à l'intervention de l'État dans les domaines qui nous intéressent, puisque l'étude de l'étendue des prérogatives de l'État suffit en elle-même à en marquer les limites naturelles. Nous nous intéresserons ici à une question bien particulière qui soulève de nombreuses interrogations sur le plan des principes, à savoir celle des prérogatives de l'État sur l'enfant à naître.

125. Nous ne traiterons pas ici de la question des droits patrimoniaux du fœtus qui, semble-t-il, ne pose aucun problème⁹¹, ni même de celle de la responsabilité civile pour les actes pouvant l'affecter⁹² mais plutôt du conflit existant entre le droit de la femme de contrôler sa reproduction et celui de protéger l'enfant à naître⁹³.

126. Dès 1981, la Cour suprême déclare dans l'arrêt *Borowski* que l'enfant n'est reconnu comme une personne à part entière qu'à compter de sa naissance⁹⁴. D'une façon générale, même si le Code civil reste muet à ce propos, on peut en déduire que

90. *Code des caisses d'épargne*, art. 13.

91. Notons simplement que par une fiction juridique, le Code civil reconnaît des droits à l'enfant à naître chaque fois qu'il en va de son intérêt patrimonial et dont l'enfant pourra bénéficier s'il naît vivant et viable. (art. 192 C.c.Q.). Il pourra entre autres succéder et recevoir les donations qui lui ont été consenties (art. 617. C.c.Q.). Voir également les arrêts *Montréal Tramway c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456 et *Dobson c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S. 753.

92. Voir les arrêts *Allard c. Monette*, (1927) 66 C.S. 291, *Montréal Tramway c. Léveillé*, précité, note 91, et *Dobson c. Dobson*, précité, note 91.

93. Voir à ce sujet D. POIRIER, *loc. cit.*, note 62, 130-135, et Yveline MARTIN, Jacques A. ULYSSE, « L'autorité parentale, un droit ou un devoir... pour qui! », dans PRIX CHARLES-CODERRE (1984), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 1.

94. *Ministre de la Justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

l'autorité parentale ne commence qu'à compter de la naissance de l'enfant. Ensuite, le pouvoir de tutelle et le devoir de protection de l'État ne trouvent pas à s'appliquer dans le cas du fœtus⁹⁵.

127. Il en résulte, d'une part, que le droit n'accorde pas au père le pouvoir de s'opposer aux agissements de la mère à l'égard de l'enfant à naître, et notamment lorsque celle-ci décide d'avorter. Une injonction demandée par le père à l'encontre de sa conjointe pour lui interdire de procéder à un avortement sera donc refusée⁹⁶. D'autre part, les services de protection de l'enfance n'ont aucun contrôle sur une mère dont le comportement est gravement préjudiciable au fœtus. Ainsi, une ordonnance de détention et de traitement ne peut être prononcée à l'encontre d'une mère alcoolique ou toxicomane ou qui est dépendante aux vapeurs de colle. Les tribunaux refusent ainsi de reconnaître les attributs de la personnalité juridique au fœtus et d'étendre leur compétence *parens patriæ* à l'égard de l'enfant à naître, au nom de la liberté fondamentale de la mère de prendre des décisions concernant son corps, son mode de vie et le lieu où elle veut vivre⁹⁷.

95. La solution est différente lorsque le législateur prévoit expressément que le fœtus bénéficie de cette protection; voir l'article premier de la *Loi sur les services à la famille*, L.R.N.-B. 1973, c. F-2.2. (Nouveau-Brunswick), qui inclut l'enfant à naître et l'enfant mort-né dans la définition du terme « enfant ».

96. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

97. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (Région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925. Cette décision va à l'encontre de deux décisions antérieures, *Re Children Aid Society for the district of Kenora and J.L.*, (1982) 134 D.L.R. (3d) 249 (en obiter dictum) et *Re Superintendent of Family and Child Service and McDonald*, (1982) 135 D.L.R. (3d) 330, dans lesquelles les juges font prévaloir l'intérêt supérieur du fœtus victime d'abus sur celui de sa mère alcoolique ou toxicomane. Notons également la différence avec les É.-U., où le fœtus bénéficie de la protection de la loi, notamment grâce à la nomination d'un « *guardian of the fœtus* » et où la doctrine *parens patriæ* semble d'une application plus large qu'au Canada. Voir les affaires *Roe c. Wade*, 93 S.Ct. 705 (1973), 410 U.S. 118; *Jefferson c. Griffin Spalding County Hospital Authority*, 247 Ga. 86, 274 S.E. (2d) 457 (1981). Dans cette affaire, la Cour ordonne, malgré les croyances religieuses d'une femme enceinte de 39 semaines, la pratique d'une césarienne sur celle-ci afin de la sauver avec son enfant, et nomme par ailleurs un « *guardian of the fœtus* ». L'intervention n'a toutefois pas eu lieu puisque la situation s'est rétablie en définitive d'elle-même.

B. L'AVÈNEMENT DE L'ENFANT SUJET DE DROIT AU CŒUR DE LA NOTION D'AUTORITÉ PARENTALE

128. Sans prétendre pouvoir traiter de toutes les questions relatives à l'intérêt de l'enfant, qui couvre un vaste domaine d'application, nous nous concentrerons davantage sur le chemin parcouru par le Canada dans la reconnaissance des droits de l'enfant, ainsi que sur certaines des manifestations de cette reconnaissance. Pour mieux en saisir la teneur, nous évoquerons des applications jurisprudentielles propres à certains aspects de l'intérêt de l'enfant et traiterons des instruments juridiques mis en place pour favoriser la permanence de cette priorité juridique.

1) L'enfant, nouveau pivot de la famille

a) Du recul de la notion de puissance paternelle à l'émergence de celle du meilleur intérêt de l'enfant

129. Au-delà de l'instauration de l'autorité parentale, c'est avant tout l'intérêt de l'enfant que l'État a cherché à préserver dans le nouvel ordre social qui est le nôtre et où la protection des droits des individus est une préoccupation centrale. Il en résulte que l'enfant n'est plus un objet de droit, il ne se confond plus avec la personne des titulaires de son autorité parentale, qui n'ont sur lui aucun droit de propriété; il est au contraire un sujet de droit.

130. D'une intervention limitée au début du XIX^e siècle à l'égard des orphelins, des enfants livrés à eux-mêmes et de ceux représentant une source de désordre social⁹⁸, l'État se prévaut aujourd'hui d'une action préventive à l'égard de tous les enfants, dans leur meilleur intérêt. C'est avant tout la prise de conscience par les institutions gouvernementales de l'état de vulnérabilité des enfants qui a favorisé l'adoption d'un seuil minimal de protection.

98. Les seules lois significatives existantes étant la *Loi concernant les écoles de réforme*, 1862, 32 Vict., c. 18, la *Loi relative aux enfants trouvés et placés en certaines institutions*, S.R.Q. 1941, c. 325 et la *Loi concernant les enfants immigrants*, 1899, 62 Vict., c. 47.

131. Il a d'abord été question de reconnaître à l'enfant un statut de sujet de droit, puis de lui attribuer des droits lui permettant de jouir pleinement de ce nouveau statut, en le faisant notamment participer au processus décisionnel dans les questions qui le concernent⁹⁹. C'est un peu comme de passer de l'état de privation de droits à celui d'une certaine autonomie.

132. La notion d'intérêt de l'enfant est quant à elle consacrée la première fois en 1980, avec l'avènement de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*¹⁰⁰. Mais ce que l'on prend pour du droit nouveau n'est en fait que la codification d'une règle déjà très bien suivie en jurisprudence.

133. L'intérêt de l'enfant serait une création prétorienne de common law développée en matière d'attribution de la garde et de réquisition de bref d'*habeas corpus*. Tout le mérite du développement de cette notion appartient donc aux juges qui, nous le verrons plus bas, ne nous rendent pas toujours la tâche facile lorsqu'il est question de distinguer dans leurs décisions ce qui constitue le véritable intérêt de l'enfant.

134. Dès 1902, ce critère est utilisé pour soustraire l'enfant à l'absolutisme des droits du gardien légal¹⁰¹, puis réemprunté en 1912 dans l'affaire *Moquin c. Turgeon* où il est réaffirmé que « l'intérêt des enfants doit seul guider le juge »¹⁰². En 1925, avec l'affaire *Stevenson c. Florant*, l'intérêt de l'enfant devient une règle, et ne se confond pas avec la volonté de l'enfant¹⁰³. À la même époque est proclamée en droit anglais

99. Voir la dernière sous-partie de la partie A.

100. LQ. 1980, c. 39, art. 30 C.c.B.C., devenu l'art. 33 C.c.Q.

101. « L'intérêt d'un enfant en bas âge doit seul servir de guide au juge en matière d'*habeas corpus* », *Bleau c. Petit*, (1902) 6 R.P. 353.

102. *Moquin c. Turgeon*, (1912) 42 C.S. 232.

103. « In determining such right, consideration should be given to the interests of the child, without, however, confusing the interests with the wish or will of the child. » *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532, confirmé par *Stevenson c. Florant*, [1927] A.C. 211. L'intérêt de l'enfant est réaffirmé de plus belle dans des décisions telles que *Dugal c. Lefebvre*, précité, note 52, dans laquelle le juge Rinfret indique que « si les parents désirent que les tribunaux les aident à conserver l'affection et l'attachement de leurs enfants, il faut au moins qu'eux-mêmes s'y intéressent ». Plus tard, dans *Bockler c. Bockler*, précité, note 31, le juge Gagnon perpétue l'application du principe jurisprudentiel déclaré en 1902 : « le juge n'a plus les mêmes contraintes d'autrefois lorsqu'il s'agit pour lui de décider de la garde des enfants et c'est l'intérêt des enfants qui doit être plus que jamais son souci primordial, sinon son seul guide ».

la *Guardianship of Infants Act* qui consacre de façon avant-gardiste le principe de l'intérêt de l'enfant comme étant la considération primordiale.¹⁰⁴

135. Tandis que les provinces de common law canadiennes prennent la même orientation en reconnaissant que dans toute instance, les décisions touchant au sort de l'enfant doivent être prises dans la préservation de son intérêt, celle de droit civil est beaucoup plus hésitante à faire triompher cet intérêt dans toutes les matières concernant l'enfant. Elle se cantonne à appliquer le critère en matière de garde à l'occasion du traitement des réquisitions de bref en *habeas corpus*.

136. Cette réticence provient d'une volonté de ne pas remettre en question l'absolutisme de la puissance paternelle en droit civil et du refus de reconnaître à l'enfant son statut de sujet de droit. Elle scelle la différence entre la conception du droit familial en droit civil et celle de la common law. Le droit civil apparaît comme plus autoritaire, tandis que la common law s'affirme déjà comme un droit sensible à la reconnaissance des droits individuels dans la famille¹⁰⁵.

137. Cette différence de conception va être au cœur de la décision jurisprudentielle *Taillon c. Donaldson*¹⁰⁶, rendue par la Cour suprême du Canada en 1953, dans laquelle la plus haute cour du pays va rejeter la requête en *habeas corpus* de parents réclamant le retour de leur enfant de sept ans confié

On est déjà à l'aube de la réforme du Code civil en matière familiale et au cœur de l'époque des revendications pour la reconnaissance des droits et des libertés de chacun au Québec.

104. Article premier du *Guardianship of Infants Act*, 1925, 15 & 16 Geo. V, c. 45 : « Where in any proceeding before any court [...] the custody or upbringing of an infant, or the administration of any property belonging to or held on trust for an infant, or the application of the income thereof, is in question, the court, in deciding that question, shall regard the welfare of the infant as the first consideration, and shall not take into consideration whether from any other point of view the claim of the father, or any right at common law possessed by the father, in respect of such custody, upbringing, administration or application, is superior to that of the mother, or the claim of the mother is superior to that of the father. » Voir M. CRAFFE, *op. cit.*, note 9, p. 131.

105. Notons que la *Guardianship of Infants Act* reconnaît déjà l'égalité des droits entre le père et la mère quant aux questions relatives à leur enfant. M. CRAFFE, *op. cit.*, note 9, p. 131, note 152. C'est sans doute l'arrêt *Cheyne c. Cheyne*, (1977) C.A. 319, en matière de bref d'*habeas corpus* qui constitue la dernière décision dans laquelle on privilégie le père face à la mère en matière de garde d'enfants.

106. *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257, 258-259.

depuis sa naissance, en raison de leur manque de moyens financiers, à ses oncle et tante (également parrain et marraine), sans qu'ils aient contribué depuis lors de quelque manière que ce soit aux besoins de l'enfant. La dissidence des deux juges francophones Fauteux et Taschereau amènera Louis Baudouin à mettre en avant l'idée d'une opposition conceptuelle, avec d'un côté, la « famille canadienne-anglaise [qui] donne, à ceux qui la voient vivre, l'impression qu'il existe autant d'individus indépendants que de personnes qui la composent » et de l'autre, une « famille canadienne-française » gouvernée par un principe d'autorité très marqué¹⁰⁷.

138. Si aucune disposition ne définit à proprement parler l'intérêt de l'enfant au Québec, nombreuses sont pourtant les dispositions qui l'évoquent aujourd'hui. Parmi celles-ci, se trouvent l'article 33 du Code civil¹⁰⁸ et l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁰⁹.

139. Même en l'absence d'une définition claire et précise, il nous faut insister sur le fait que l'on a voulu reconnaître des droits fondamentaux distincts à l'enfant, des droits qui lui sont attribués dès la naissance. Le Code civil, mais aussi les chartes canadienne et québécoise, ont consacré en faveur de l'enfant des droits et libertés individuels au même titre que ceux accordés aux adultes¹¹⁰. En effet, le respect des droits fondamentaux de l'individu ne tolère aucune discrimination fondée sur l'âge. Ainsi, la discrétion parentale est directement contrecarrée par l'intérêt de l'enfant, dont les droits fondamentaux priment sur ceux des parents quand il en va de décisions qui le concernent. Dans l'affaire *C.(G.) c. V.-F.(T.)*¹¹¹, le juge Beetz déclare que « l'intérêt de l'enfant est [...] la pierre angulaire des décisions prises à son endroit ».

107. L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 17.

108. C.c.Q., art. 33 : « [l]es décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. »

109. Art. 3 : « Les décisions prises en vertu de la présente loi (L.R.Q. c. P-34.1) doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits. »

110. C.c.Q., art. 1, 2 et 3. Voir également les articles 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et 32 du Code civil qui renferment le même libellé : « [t]out enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner ».

111. *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 42.

140. En d'autres termes, la liberté d'exercice de l'autorité parentale s'arrête là où commencent les besoins primordiaux des enfants. C'est du moins ce qu'il faut retenir à la lecture de l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*¹¹², dans lequel la juge L'Heureux-Dubé écrit que « [c]'est l'enfant, je le répète, qui doit toujours être le point de mire, et non pas les intérêts ou les besoins des parents ».

b) *Les différentes manifestations du meilleur intérêt de l'enfant en droit civil et en common law*

141. En raison de l'absence de définition claire et précise du critère du meilleur intérêt de l'enfant, la notion a conservé son caractère évanescent et flou. Le critère jurisprudentiel sur lequel repose tant de décisions de jurisprudence mettant en cause des enfants serait-il arbitraire ou à tout le moins trop subjectif pour que l'on puisse concilier les décisions entre elles?

142. Dans l'arrêt *Protection de la jeunesse — 379* (J.E. 89-542), le juge Galipeau déclare « tant mieux pour la famille si l'intérêt s'y trouve. Tant pis pour elle si cet intérêt se trouve ailleurs. » Cette remarque présente beaucoup d'intérêt quand on prend en considération le fait que la notion transcende la présomption de compétence qui a toujours prévalu en faveur des parents naturels. C'est l'arrêt *King c. Low*¹¹³, à notre avis, qui exprime le mieux cette rupture et nous permet de sonder les limites de l'application du meilleur intérêt de l'enfant. Dans cette affaire, une mère célibataire, après avoir consenti à faire adopter son enfant, y renonce dans les deux mois qui suivent l'adoption. La Cour suprême du Canada, tout en reconnaissant que la mère biologique est tout autant apte à s'occuper de son enfant que les deux époux candidats à l'adoption, se prononce en faveur de l'adoption au motif que les liens affectifs qui se sont tissés entre le couple adoptif et l'enfant sont plus forts que ceux qui lient la mère à l'enfant.

143. Sans nier l'affection qu'ont les parents adoptifs à l'égard de leur enfant et la force du lien qui les unit, ne doit-on pas prendre en considération la douleur éprouvée par la

112. *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, 178.

113. *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87.

mère dans sa chair? Cette affaire constitue pourtant un cas classique des situations qui peuvent survenir à l'époque contemporaine, telle cette affaire très médiatisée aux États-Unis, survenue en 2007, et qui a ému une partie de l'opinion, dans laquelle une femme ayant fait adopter son enfant avant sa naissance s'est enfuie avec celui-ci après être revenue sur son consentement une fois l'enfant né.

144. En s'exprimant à l'égard de l'arrêt *King c. Low*, le juge Albert Mayrand se demande s'il faut sacrifier l'intérêt vital d'un parent à l'intérêt secondaire d'un enfant¹¹⁴. C'est une question que l'on est en droit de se poser. La notion d'intérêt de l'enfant, lorsqu'elle concerne un enfant en bas âge, paraît à certains égards se confondre avec celle des personnes qui demandent qu'on leur en attribue la garde. Comment un enfant en bas âge qui ne peut s'exprimer pourrait-il nous permettre de déterminer au-delà des apparences où se trouve son intérêt? Le juge ne pourra en convenir qu'en suivant un raisonnement traditionnel qui veut que l'enfant soit mieux entouré d'un couple, même adoptif, que d'une mère célibataire, fusse-t-elle la mère naturelle de l'enfant. Mais est-ce vraiment le meilleur intérêt de l'enfant?

145. Le caractère évanescent de cette notion prend toute sa dimension dans le cadre d'une garde d'enfant mettant en cause deux personnes appartenant à des « groupes ethniques » différents et voulant que l'on se fonde sur cette caractéristique pour déterminer l'intérêt de l'enfant.

146. L'affaire *Van de Perre c. Edwards*¹¹⁵ constitue l'illustration parfaite de cette situation. Cette affaire, qui traite à l'origine d'un différend « banal », oppose une mère célibataire à un père marié quant à la garde de leur enfant issu d'une liaison passagère. L'affaire perd de sa banalité et prend une tournure très « racialisée », comme c'est souvent le cas en Amérique du Nord, dès lors qu'il est question de personnes issues de minorités ou de classes sociales défavorisées. En l'occurrence, la

114. J. Albert MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) 19 R.J.T. 276. L'honorable juge s'exprime ainsi : « L'enfant en bas âge a besoin de plus de protection que les adultes et l'on comprend que le législateur et les tribunaux aient pour lui plus de sollicitude. Quand ses droits viennent en conflit avec celui d'un parent, en cas de doute sur l'importance relative à ceux de l'enfant. Mais faut-il sacrifier l'intérêt vital d'un parent à l'égard de l'intérêt secondaire d'un enfant? »

115. *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014 et REJB 2001 25876.

mère est une femme blanche, pauvre et canadienne n'ayant pas fini son secondaire, tandis que le père est un riche joueur de basket-ball, noir et américain. Le tribunal de première instance de Colombie-Britannique attribue dans un premier temps la garde à la mère. La Cour d'appel décide au vu d'une preuve douteuse fournie, d'une part, par le témoignage de l'épouse du sportif selon lequel seul ce dernier pourrait « lui [l'enfant] enseigner ce que c'est d'être un Noir » et, d'autre part, par celui d'un expert témoignant à l'effet qu'un enfant métis « serait vraisemblablement considéré comme étant de couleur noire ». La Cour suprême rétablit le jugement de première instance à juste titre, en concluant que la Cour d'appel de Colombie-Britannique avait donné un poids indu à la variable raciale de l'affaire. Indépendamment de cette décision, ne devrait-on pas tout simplement éviter tout déterminisme identitaire et toute utilisation d'alibi culturel allant dans le sens d'une racialisation de la justice au moment de rendre une décision en matière d'intérêt de l'enfant¹¹⁶?

147. Enfin, l'intérêt de l'enfant doit être supérieur aux convictions morales de ceux qui l'invoquent. En conséquence, ce n'est pas parce que le parent gardien vit au sein d'une union de même sexe que le meilleur intérêt de l'enfant ira dans le sens du retrait de la garde¹¹⁷. Ainsi, il a été jugé que « [l]e fait que la mère ait une attraction pour une personne du même sexe et vive avec une compagne ne constitue pas, dans les circonstances que révèle la preuve, un motif suffisant pour empêcher l'enfant de vivre avec sa mère. »¹¹⁸

148. La notion d'intérêt de l'enfant, malgré le flou qui la caractérise, aura donc servi à placer l'enfant au cœur des débats portant sur les rapports familiaux. Elle constitue l'expression la plus forte de l'exercice par l'État de la compétence *parens patriæ* et justifie parfois les atteintes les plus directes à l'autorité parentale. Nous étudierons plus tard la manière dont les tribunaux appliquent ce critère dans le

116. Un juriste se réclamant de la *Critical Race Theory* s'est également égaré en considérant que cette affaire avait fait triompher la « race blanche » grâce à l'application du standard neutre du meilleur intérêt de l'enfant. Cela démontre le caractère flou de la notion, d'un côté comme de l'autre.

117. *Droit de la famille* — 1287, [1989] R.D.F. 625 C.S.

118. *Droit de la famille* — 31, [1983] C.S. 69.

contexte délicat de la rupture du couple. D'autre part, comme nous allons le voir à présent, elle constitue également le principe directeur du dispositif de protection de l'enfant, destiné à s'appliquer dans les situations où ses intérêts sont le plus en péril et où l'intervention de l'État est cruciale pour préserver ceux-ci.

2) Les instruments légaux de protection de l'enfant

a) *Les conventions internationales*

i) L'enfant sujet de droit international

149. Ce n'est que tardivement que le droit international a commencé à s'intéresser à la famille. Comme pour l'État, le sort de l'enfant a sensibilisé les instances internationales avec l'avènement de l'industrialisation et l'exposition des enfants à des conditions de travail difficiles, malgré leur âge précoce, dans des usines parfois peu sécuritaires. Les mouvements en faveur de la reconnaissance des intérêts de l'enfant sur le sol national ont dès lors trouvé un écho en droit international et même une véritable tribune. Dès sa création en 1919, l'Organisation internationale du travail établit l'âge de 14 ans comme seuil minimum requis pour travailler et réglemente le travail des enfants dans un certain nombre de secteurs d'activités¹¹⁹. Le point culminant de cette prise de conscience est sans aucun doute l'adoption des résolutions des déclarations des droits de l'enfant de 1924 et de 1959¹²⁰.

150. La première, également appelée Déclaration de Genève, constitue une déclaration de principe et comprend quatre

119. *Convention fixant l'âge minimum d'admission des enfants aux travaux industriels*, Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, Genève, 29 octobre 1919, doc. n° 011919005, art. 2; *Convention concernant le travail de nuit dans l'industrie*, Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, Washington, D.C., 29 octobre 1919, doc. n° 011919006; *Convention fixant l'âge du travail d'admission des enfants au travail maritime*, Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, Gênes, 15 juin 1920, doc. n° 011929007; *Convention concernant l'âge d'admission des enfants au travail dans l'agriculture*, Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, Genève, 25 octobre 1921, doc. n° 011921010.

120. Résolution du 26 septembre 1924, Journal officiel, Supplément spécial, n° 21, octobre 1924, p. 42-43 et A.G., résolution 1386 (XIV), du 20 novembre 1959.

articles qui définissent les droits fondamentaux internationalement reconnus auxquels peut aspirer un enfant, soit ceux de se développer matériellement et spirituellement, d'être nourri, soigné, encouragé et secouru et d'être protégé contre toute exploitation. Mais cette déclaration ne traite à aucun moment de la relation parents-enfant.

151. La déclaration de 1959 constitue la continuation de la Déclaration des droits de l'homme de 1948 et reprend l'essence de celle de 1924, en précisant que l'enfant a le droit à un nom, une nationalité, un logement, des soins médicaux, une alimentation et une éducation gratuite et obligatoire.

152. Néanmoins, ces deux déclarations ne permettent en aucune mesure de constituer le fondement d'un recours en faveur de la reconnaissance des droits fondamentaux des enfants. Ces déclarations constituent un outil de protection des enfants mais ne leur confèrent aucun statut de droit. C'est dans cette perspective qu'est adoptée le 20 novembre 1989 la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*¹²¹. Elle exprime un consensus international dans la mesure où elle est ratifiée par la quasi-totalité des pays (dont le Canada en 1991), à l'exception notable des États-Unis qui l'ont pourtant signée.

153. L'article premier de la convention indique qu'elle s'applique aux enfants de moins de 18 ans, sans indiquer ce qu'il faut entendre par enfant et si cette définition inclut le fœtus. La question perd toutefois de son intérêt si on tient compte du préambule suivant lequel l'enfant est en droit de bénéficier « d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance », ce qui pourrait englober le fœtus pour les États qui reconnaissent un statut d'enfant à celui conçu mais pas encore né. La Convention qui reprend les principes des déclarations citées plus haut va plus loin en reconnaissant aux enfants le bénéfice des libertés fondamentales reconnues à l'homme (celle de son droit à la vie, sa liberté d'expression, d'association, de pensée, de conscience et de religion, ainsi que celui de sa vie privée) et établit pour la première fois à son article 3 que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » dans toutes

121. U.N.Doc A/RES/44/25, ci-après appelé « la Convention ».

les décisions qui le concernent. L'article 18 de la Convention place la relation parents-enfant au premier plan, en imposant aux États d'assurer la reconnaissance du principe selon lequel la « responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents. [...] Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ». D'autre part, à l'article 5, les États s'engagent également à respecter les responsabilités et les droits attachés à l'autorité parentale des parents sans entraver celle-ci, en l'absence de violation de l'intérêt de l'enfant. Elle énonce même l'interdiction de séparer l'enfant de ses parents.

ii) Une simple valeur interprétative

154. Quel est le poids en droit interne de ces conventions internationales? La portée en droit interne des conventions internationales, malgré le « bel idéal » que renferment leurs dispositions, relève à certains égards de la simple déclaration de principe sans force de coercition ni pouvoir de contrainte à l'égard des États. Au Canada, pour pouvoir se prévaloir directement d'une convention internationale, il faut préalablement que celle-ci ait été incorporée en droit interne, ce à quoi s'est engagé le Canada à l'article 4 (à l'instar des autres pays signataires de la Convention). Pourtant, une telle incorporation est confrontée à la difficulté du système constitutionnel dualiste du Canada, selon lequel la compétence d'une telle transposition en droit interne relèverait de la compétence des provinces. Ces instruments internationaux, sans être restés lettres mortes, ne revêtent néanmoins qu'une simple valeur interprétative que les tribunaux sont plus ou moins libres d'appliquer, comme en a fait état l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹²², rendu en 1992. Une autre question sous-jacente est celle du caractère opportun d'une telle incorporation quand l'État ou les provinces concernés considèrent être dotés d'un système juridique qui reconnaît et préserve l'intérêt de l'enfant de manière au moins aussi efficace que celui proposé par les

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

conventions internationales. Cela nous amène ainsi à étudier les mesures mises en place en la matière en droit interne au Canada.

b) *Les instruments juridiques internes*

155. La législation sur la protection de la jeunesse constitue la clé de voûte de l'intervention législative de l'État afin de limiter l'autorité parentale, en vue de l'instauration d'un régime de protection applicable à l'enfant. Une telle législation poursuit deux objectifs, à savoir la protection des jeunes et leur développement harmonieux. Elle favorise la déjudiciarisation de l'intervention de l'État, en privilégiant l'intervention sociale à l'intervention judiciaire.

156. En Ontario, c'est en 1891 que voit le jour la première société canadienne « Children Aid », tandis que la province lui confère deux ans plus tard des pouvoirs exclusifs de protection des enfants¹²³. Dans la même veine, le Nouveau-Brunswick adopte en 1913 la *Children's Protection Act*, mais ce n'est qu'en 1957 que la province se dote d'un système similaire à celui de l'Ontario. D'autre part, il faut attendre 1966 avant que la loi du Nouveau-Brunswick n'entre en vigueur¹²⁴.

157. Ce n'est que bien plus tard, en 1944, que le Québec légifère dans ce domaine et adopte sa première *Loi de protection de l'enfance* afin que la collectivité puisse protéger les enfants envers lesquels la famille n'a pas su assumer ses responsabilités¹²⁵. La Cour du Bien-être social, créée en 1950, est jusqu'en 1977 l'organisme chargé par la loi de veiller au bien-être des enfants défavorisés. Mais, jusqu'alors, les lois s'inscrivent avant tout dans le respect de l'absolutisme de l'autorité des parents et l'enfant ne bénéficie toujours pas du statut de sujet de droit.

158. C'est en 1977 qu'intervient un véritable bouleversement du droit familial québécois, alors que le législateur

123. ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Family Law: Children, Part III*, Toronto, Minister of the Attorney General, 1973, p. 59; voir également D. POIRIER, *loc. cit.*, note 62, p. 122.

124. *The Children's Protection Act*, Acts of New Brunswick, 1913, c. 27; *Child Protection Act*, L.N-B. 1957, c. 6 et *Child Welfare Act*, L.N-B. 1966, c. 3.

125. S.Q. 1944, c. 33.

affirme sa volonté de promouvoir l'intérêt de l'enfant. Si le concept d'autorité parentale constitue le parachèvement de l'égalité au sein du couple, la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹²⁶ consacre la reconnaissance d'un statut de l'enfant comparable à celui de l'adulte, qui mérite qu'on lui accorde l'accès à des droits fondamentaux de même ordre.

159. L'article 3 de la Loi énonce que « [l]e respect des droits de l'enfant doit être le motif déterminant des décisions prises à son sujet, en vertu de la présente loi [...] ». Tout en rappelant l'objectif prioritaire de maintenir l'enfant dans son milieu familial (art. 4), et qu'il appartient en premier lieu aux parents de prendre les décisions qui concernent leurs enfants (art. 22), la Loi pose un certain nombre de garde-fous qui permettent de passer outre aux titulaires de l'autorité parentale lorsque le développement ou l'épanouissement de l'enfant est mis en péril.

160. Le mécanisme institué par la Loi est axé autour de trois principales institutions : le Directeur de la protection de la jeunesse, le Comité de protection des droits de la jeunesse et le Tribunal de la jeunesse. L'intervention de la Direction de la protection de la jeunesse (DPJ) se veut avant tout une action préventive et favorise le signalement des situations où la sécurité des enfants est compromise, en garantissant notamment l'anonymat aux auteurs des signalements (art. 44) et en leur octroyant une certaine immunité (art. 43).

161. La Loi s'intéresse à deux types de situations : les enfants malheureux et les enfants qui constituent une source de désordre social (dont nous ne parlerons pas ici). L'enfant malheureux est celui qui est victime de maltraitances physiques ou d'abus sexuels¹²⁷. Quiconque a connaissance de tels agissements est tenu d'en faire le signalement auprès du Directeur de la protection de la jeunesse.

162. La Loi permet l'intervention de travailleurs sociaux pour déterminer la gravité de la situation dans laquelle se trouvent les enfants concernés. Des mesures pourront être proposées afin de faire cesser cette situation, dans un premier temps sur une base volontaire. Si les parents refusent de

126. L.Q. 1977, c. 20.

127. *Le Devoir*, mars 1984, « 69 % des abus sexuels portant sur des enfants étaient des cas d'inceste ».

coopérer, le Tribunal pourra décider des mesures qui doivent être mises en place afin de remédier au problème ou d'assurer la protection des enfants.

163. Dans les cas les plus graves, ces derniers pourront être retirés aux parents qui n'assument pas convenablement leurs responsabilités et être confiés à des tiers. Cependant, contrairement aux cas de déchéance de l'autorité parentale, les mesures proposées par la DPJ sont censées être temporaires, de sorte que le retour des enfants au sein de leur milieu familial demeure l'une des priorités dans l'application de la Loi.

164. La *Loi sur la protection de la jeunesse* constitue par conséquent l'une des manifestations les plus claires de la volonté du législateur de mettre au premier plan l'intérêt de l'enfant, même si cela doit parfois se faire au détriment de la cellule familiale et du maintien de l'enfant dans son milieu initial, tout en accordant aux parents une présomption de compétence et en rappelant qu'ils sont les mieux à même de déterminer quelles sont les décisions qui vont dans le sens de l'intérêt de leur enfant.

165. Dans un tout autre registre, l'immixtion de l'État dans les décisions familiales au nom de la protection de l'enfant a récemment connu de nouveaux développements qui méritent d'être mentionnés : il s'agit des traitements et des soins qui sont requis par l'état de santé de l'enfant et qui sont refusés par les parents au nom de leurs convictions religieuses.

166. En effet, depuis l'avènement des chartes canadienne et québécoise, le devoir de l'État en matière de protection des individus semble placé devant le rempart souvent infranchissable que constitue la liberté de conscience, d'opinion et de religion. Il en va de même lorsque c'est l'intérêt de l'enfant qui est en jeu, en raison des pratiques et croyances religieuses de ses parents. Il suffit pour s'en convaincre de penser à l'incapacité de l'État à protéger les enfants dont les parents sont sous l'emprise d'un groupe considéré comme une secte.

167. Par contre, les tribunaux n'ont pas fléchi devant le caractère sensible de la question et ont posé comme principe que la liberté des parents ne comprend pas le droit de refuser un traitement médical jugé nécessaire par un expert du domaine de la santé. Pour ce faire, les tribunaux invoquent le droit à la vie de l'enfant, qui ne peut pas être totalement

subordonné à la liberté de croyance des parents. En application de l'article premier de la Charte canadienne, les tribunaux reconnaissent ainsi le caractère réel et urgent de l'objectif poursuivi par l'État et de son intérêt dans la protection des enfants en danger, qui justifient les restrictions imposées par la loi aux droits parentaux¹²⁸.

168. On voit bien que là encore, l'État n'hésite pas à intervenir pour limiter le droit des parents de prendre les décisions qui leur semblent les plus appropriées, lorsque celles-ci vont manifestement à l'encontre des intérêts de l'enfant. Si la protection des droits et libertés garantis par les chartes obligent les tribunaux à faire preuve de la plus grande retenue à l'égard des décisions des parents qui relèvent de l'exercice de ces droits, les tribunaux reconnaissent aux enfants la même protection constitutionnelle qu'aux adultes et pondèrent les droits et libertés en faveur de l'enfant, lorsque les droits les plus élémentaires de celui-ci sont menacés.

169. Après avoir étudié l'avènement du patriarcat d'État au sein des rapports familiaux, notamment à la lumière du développement de la notion du meilleur intérêt de l'enfant comme principal critère applicable aux décisions qui l'intéressent, ainsi que celui du dispositif de protection de la jeunesse, nous en venons à présent à la mise en œuvre du patriarcat d'État en présence de l'événement qui constitue le plus souvent l'élément déclencheur de l'intervention de l'État en vue de protéger les intérêts de l'enfant, à savoir la séparation du couple et l'éclatement de la famille.

II. LE PATRIARCAT D'ÉTAT COMME CONSÉQUENCE DE LA SÉPARATION DU COUPLE ET DE L'ÉCLATEMENT DE LA CELLULE FAMILIALE

170. La rupture du couple constitue sans doute le moment le plus propice à l'intervention de l'État. Elle fait présumer qu'il existe un dysfonctionnement au sein de la cellule familiale dans laquelle l'enfant, en tant que partie la plus faible, est en danger. Le cadre familial devient alors suspect et la crainte

128. Voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, note 68, 372.

d'un manquement des parents à leurs devoirs et de la mise en péril des intérêts de l'enfant grandit. La désunion parentale procure à l'État la justification du recours à des pouvoirs plus intrusifs, au nom du meilleur intérêt de l'enfant.

A. LA DÉSUNION PARENTALE, UNE PORTE OUVERTE À LA PRÉPONDÉRANCE DU JUGE

171. On a longtemps considéré que l'intervention de l'État devait être plus ou moins importante selon que l'on était en présence d'unions légales ou d'unions libres. Certains ont même été jusqu'à présumer que l'État ne pouvait entraver la liberté de choix des parents à l'égard de leurs enfants, puisqu'ils n'étaient pas engagés dans les liens du mariage.

172. Il n'en va cependant pas ainsi. À l'égard de leurs enfants, les parents conjoints de fait ont les mêmes droits et obligations que les parents mariés. Il en résulte que l'intervention accrue du juge dans le contexte de la dissolution du couple s'exerce de manière identique, quel que soit le type d'union. Nous verrons dans un premier temps quelles sont la nature, les modalités et la portée de cette intervention. Ensuite, nous nous intéresserons aux pouvoirs du juge en matière d'attributions préférentielles et aux autres moyens dont il dispose pour régler les différends entre les parents susceptibles de nuire aux intérêts des enfants lors de la dissolution du couple.

1) Une intervention du juge accrue en matière de dissolution des unions légales et des unions de fait

a) Les éléments déclencheurs de l'intervention du juge

173. L'élément déclencheur de l'intervention de l'État sera sans doute plus manifeste en présence d'un couple marié dans la mesure où, à l'inverse du couple en union de fait, le couple marié réellement désireux de mettre un terme à la relation va emprunter les voies légales qui s'offrent à lui telles que la séparation de corps ou le divorce, dans le cadre desquelles le juge va intervenir en tenant compte des meilleurs intérêts de

l'enfant¹²⁹. En matière d'union de fait, la désunion revêt un caractère privé, en l'absence d'une saisine des tribunaux par les parents pour régler les différends qui les opposent quant à la garde de leurs enfants. Notons par ailleurs que la procédure applicable aux demandes en matière de garde est la même pour les couples mariés ou non mariés.

b) *Les pouvoirs du juge selon qu'il est question d'union légale ou d'union de fait*

174. L'article 522 du Code civil promeut l'égalité de droits entre tous les enfants de quelque filiation qu'ils soient. Que ses parents soient ou non mariés, l'enfant du couple reste un enfant et ce seul fait va justifier l'intervention de l'État en présence de conjoints de fait comme en présence de couples mariés. Notons que l'article 32 C.c.Q. étend cette égalité aux droits qu'ont les enfants vis-à-vis des personnes qui leur tiennent lieu de parents, en prévoyant que tout « enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner ». Cette formulation directement reprise de l'article 39 de la Charte québécoise et qui reconnaît l'existence des liens tissés entre les enfants et leurs parents psychologiques¹³⁰, ne trouve pas d'autre écho dans le *Code civil du Québec*. L'article 585 C.c.Q. confirme ce point de vue puisqu'il dispose que seuls « les époux et conjoints unis civilement de même que les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments ». C'est donc par le truchement de la *Loi sur le divorce*¹³¹ que la notion de parents psychologiques ou *in loco parentis* va trouver application au Québec, tout en privant les enfants dont les parents psychologiques ne sont pas mariés ou sont

129. Voir les articles relatifs à la séparation de corps et à la garde en matière de divorce: art. 496 C.c.Q.: « À tout moment de l'instance en séparation de corps, il entre dans la mission du tribunal de conseiller les époux, de favoriser leur conciliation et de veiller aux intérêts des enfants et au respect de leurs droits »; art. 16 (8) de la *Loi sur le divorce*: « En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation. »

130. Les personnes qui tiennent lieu de parents pour un enfant sans pour autant être liées à lui par un lien de filiation juridique.

131. *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, c. 4, art. 2 (2).

séparés sans pour autant avoir divorcé, du droit de revendiquer des aliments. Cette différence entre les enfants « psychologiques » de conjoints de fait et les autres enfants va, d'une part, à l'encontre de la volonté du législateur de rendre tous les enfants égaux entre eux et se distingue, d'autre part, de la vision plus égalitaire des provinces de common law qui prévoient cette égalité de droit en faveur de l'enfant psychologique, que ceux qui lui tiennent lieu de parents soient mariés ou non¹³².

175. Lors de la rupture du couple, qu'il s'agisse d'époux ou de conjoints de fait, l'intervention de l'État va surtout se révéler décisive en matière de droit de garde et de modalités d'accès relativement aux enfants. En effet, si les études révèlent que près d'un mariage sur trois se solde par un divorce, cette réalité est encore plus importante en ce qui concerne les conjoints de fait, et si les parents ne conviennent pas de modes alternatifs de règlement, ils n'ont d'autre possibilité que de soumettre aux tribunaux leurs différends qui portent sur la garde des enfants. Le droit appliqué par les tribunaux de droit civil comme ceux de common law a beaucoup évolué, et ce, à peu près dans le même sens.

176. La tendance a d'abord été de considérer le père comme étant investi de droits naturels sur ses enfants et d'estimer qu'il bénéficiait d'une présomption en vertu de laquelle il était le mieux placé pour garantir le meilleur intérêt de l'enfant¹³³. Puis, la tendance s'est inversée en faveur de l'attribution des droits de garde à la mère, notamment en

132. Selon la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, c. 4, est considéré comme parent psychologique et donc tenu à l'obligation alimentaire celui qui a montré l'intention de traiter un enfant comme le sien. Ainsi, le terme « enfant » peut également se définir comme une personne « dont le père ou la mère a manifesté l'intention bien arrêtée de la traiter comme s'il s'agissait d'un enfant de sa famille », tandis que les termes « père » et « mère » peuvent corrélativement s'entendre d'une personne « qui a manifesté l'intention bien arrêtée de traiter un enfant comme s'il s'agissait d'un enfant de sa famille ». Le droit à une pension alimentaire reposant sur le statut de parenté psychologique (fondé sur l'intention) va généralement intégrer un critère de durée raisonnable de permanence du lien, tel celui de deux ans imposé en Colombie-Britannique, pour inférer l'intention d'une personne de tenir lieu de parent.

133. Voir Susan MAIDMENT, *Child Custody and Divorce*, Londres, Croom, Helm, 1984; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch-D.317.

présence d'enfants en bas âge¹³⁴, pour finalement céder le pas au seul facteur du bien-être de l'enfant comme critère permettant de déterminer à quel parent il convient d'accorder le droit de garde. Ainsi, la faute conjugale est évacuée du débat, les présomptions favorables au père ou à la mère tombent et « la considération prépondérante en matière de garde d'enfants est le bien-être de ceux-ci »¹³⁵. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant est à la fois le seul critère applicable à la détermination des droits de garde et d'accès dans la loi de 1985 sur le divorce, le seul guide et le seul motif de l'intervention de l'État en matière de séparation de conjoints de fait.

177. Le droit de garde d'un enfant va être consenti à la lumière de ce qui favorise le maintien du lien de l'enfant avec chacun de ses deux parents¹³⁶, de façon à permettre la communication la plus étendue avec l'un et l'autre de ses parents. Il entre ainsi dans la charge du juge d'octroyer la garde de l'enfant au parent qui paraît le plus susceptible de maintenir le contact de l'enfant avec l'autre parent. Il est certain que dans des causes telles que l'affaire *Van de Perre c. Edwards*¹³⁷, dans laquelle le père et son épouse considéraient que la mère biologique de l'enfant n'était qu'une chercheuse d'or qui n'en voulait qu'à leur argent, le tribunal ne pouvait agir autrement qu'en confiant la garde à la mère, vu l'absence de considération exprimée par le père à l'égard de cette dernière. Le contact maximal avec les deux parents ne constitue pas un guide absolu et peut souffrir d'importants tempéraments quand le juge considère qu'il en va de l'intérêt de l'enfant.

178. Le juge favorisera ainsi, quand la situation le recommande, tantôt une garde partagée, dès lors que les parents sont aptes à coopérer pour exercer ensemble le droit de garde, tantôt une garde exclusive avec de larges droits d'accès dans

134. « Les enfants de moins de sept ans ont besoin des soins de leur mère (*Re Orr*, [1933] O.R. 212 (C.A.)). Malgré les nouvelles règles établies dans la *Guardianship of Infants Act* de 1925 et les lois canadiennes prévoyant une égalité des droits de garde entre les parents, la jurisprudence a longtemps favorisé par la suite le droit de garde en faveur des femmes, présumées conférer davantage de soins et d'affection à leurs enfants.

135. *Talski c. Talski*, [1976] 2 R.C.S. 292, 292-293.

136. *Loi sur le divorce*, L.R. 1985, c. 3 (2^e suppl.), art. 16 (10).

137. Précité, note 115.

la mesure où la situation le permet. L'intervention de l'État a pour but d'éviter que l'enfant ne soit placé au cœur des conflits entre les parents et de faire en sorte que leur « guérilla judiciaire » ne nuise pas à l'intérêt supérieur de leur enfant. Plus que jamais, en matière de rupture, l'État ne cesse de venir au secours des intérêts de l'enfant (sans que ces derniers ne se confondent pour autant avec sa volonté) pour faire en sorte de rappeler aux parents que leur autorité parentale est tout sauf un droit de propriété sur leur enfant. Ils ont à son égard des droits mais surtout des obligations que l'État entend faire respecter.

2) La latitude du juge pour régler les différends surgissant lors de la dissolution

179. L'État jouit en matière de rupture des parents d'une très grande latitude encadrée par le principe du meilleur intérêt de l'enfant. Il est parfois inconcevable pour des parents qui ont mis des enfants au monde de supposer qu'en cas de conflits conjugaux, l'État puisse s'immiscer dans le débat et que cela aboutisse à une décision qui leur est défavorable au nom de l'intérêt de l'enfant. En common law, comme d'ailleurs en droit civil, c'est principalement la jurisprudence qui nourrit les règles de droit de la famille relatives à la séparation. Cette jurisprudence s'épanouit avant tout dans les contextes de rupture. Ainsi, plus la fin de la relation de couple devient hostile, plus les parties donnent au juge de larges pouvoirs d'intervention; au contraire, moins les parties veulent exposer leurs différends et moins le juge pourra intervenir comme prolongement de l'État.

a) Les multiples facettes de l'intervention du juge

180. Pourrait-on imaginer que l'instauration d'une entité collégiale telle que l'autorité parentale puisse en cas de rupture s'affranchir de toute intervention étatique? En l'absence de difficultés particulières, l'atteinte d'un consensus sur les questions qui intéressent les différents membres de la famille relève bien souvent d'un vœu pieux. Il serait donc étonnant que l'État n'intervienne pas en présence de situations conflictuelles au

cœur desquelles évoluent des enfants. L'intervention telle que nous la connaissons au Québec est toutefois beaucoup moins structurée que ce que nous pouvons observer en Ontario, en Colombie-Britannique, au Nouveau-Brunswick, au Manitoba, voire en France, où l'on trouve des tribunaux de la famille, c'est-à-dire des juridictions de juges spécialisés dans les affaires familiales.

181. En présence de relations conflictuelles ouvertes entre les parents, le tribunal dispose de toute la compétence qui lui est nécessaire pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant. À cet égard, il ne statue pas pour départager les parents mais pour assurer à l'enfant un semblant de continuité et de bien-être, même lorsque son intérêt est contraire à celui de ses parents.

182. Il en ressort que dans des cas extrêmes, le juge n'hésite pas à se servir des pouvoirs que lui confère la loi pour infliger aux parents, en cas de désobéissance à ses ordonnances ou d'outrage au tribunal, une forte amende ou une peine d'emprisonnement¹³⁸.

183. Toute la question relève de l'éternel conflit entre le droit des parents d'assurer leur autorité parentale et de défendre leurs droits de parents à l'égard de leur enfant, et le devoir de l'État de préserver l'intérêt de l'enfant. Même si cela peut paraître quelque peu réducteur, exprimé en ces termes, il s'agit bien pourtant en pratique de trouver un équilibre entre ces droits et cette protection.

184. Néanmoins, force est de reconnaître que le caractère évanescent, imprécis, impalpable ou trop flou de la notion d'intérêt de l'enfant laisse planer sur certaines décisions jurisprudentielles une véritable incertitude quant à l'application de cette notion.

185. À titre d'illustration, pour prendre des cas extrêmes, nous traiterons rapidement d'une affaire d'enlèvement d'enfant largement relayée dans les médias, mettant en cause une mère française et un père canadien, membre d'un groupe religieux aux pratiques controversées, qui nous enseigne que

138. *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 38 (1) (Ontario). Mentionnons également, pour le Québec, l'article 50, al. 1 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

l'intérêt de l'enfant peut ne pas avoir la même portée selon que l'on se situe d'un côté ou de l'autre de l'Atlantique. Dans cette affaire, la française Nathalie Gettlife a été déçue de ses droits parentaux et incarcérée alors qu'elle était enceinte, pour avoir tenté de soustraire ses enfants en 2001 à l'influence de leur père, canadien et membre d'un groupe religieux considéré comme une secte en Europe mais qui n'est pas répertorié comme telle au Canada. La France s'est émue du sort de cette femme, privée de ses enfants alors que ses agissements visaient à sauver ses enfants de l'endoctrinement de leur père et d'une éducation suivant à la lettre les préceptes du groupe religieux en question. Pour les juges canadiens, il était simplement question d'une mère qui cherchait à priver ses enfants de tout contact avec leur père et à enlever ainsi à ce dernier toute perspective de vie familiale. Ces agissements allaient clairement à l'encontre des intérêts des enfants, en l'absence de preuve que l'appartenance du père au groupe religieux qui exerce ses activités dans la légalité présentait un risque pour leur développement.

186. Pour ce qui est des facteurs pris en compte pour l'attribution de la garde, c'est la décision *King c. Low* de 1985 qui a déterminé les considérations d'après lesquelles la garde de l'enfant devait être octroyée. Il ne s'agit pas de paramètres financiers ou matériels, et il est plutôt question de facteurs psychologiques : « Le bien-être de l'enfant doit être déterminé en tenant compte de ces facteurs et de tous les autres éléments pertinents, dont le bien-être général de l'enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. Lorsque la Cour est appelée à trancher des différends entre des parties réclamant la garde d'un enfant, elle doit avoir comme objectif de choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte »¹³⁹.

187. Mais ni le droit d'accès ni le droit de garde ne doivent être utilisés comme une arme d'aliénation mentale par les

139. Précité, note 113, par. 27.

parents belliqueux ou vengeurs, qui n'ont pour seule intention que de s'acharner à détruire l'image parentale de l'autre parent pour s'accaparer l'enfant¹⁴⁰.

188. L'intervention de l'État va également se révéler importante dans le cadre d'un déménagement où il est principalement question d'établir un équilibre entre la vie privée du parent qui a la garde, le maintien du lien avec celui qui bénéficie de droits d'accès et les intérêts véritables de l'enfant. La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gordon c. Goertz* fait prévaloir l'intérêt de l'enfant, tout en notant qu'il ne constitue pas une sanction de la conduite des parents¹⁴¹. Il s'ensuit que le simple fait de déménager dans un pays étranger (la France en l'occurrence) ne constitue pas en soi une violation de l'intérêt de l'enfant¹⁴², et ce, quand bien même il en résulterait une diminution des contacts avec l'autre parent, qui peut par ailleurs se voir accorder des droits d'accès élargis. À l'inverse, une mère déménageant dans un pays dont elle ne connaît pas la langue va à l'encontre de l'intérêt de ses enfants¹⁴³, tandis que l'on exclut toute compatibilité avec l'intérêt de l'enfant quand le déménagement du père en Arabie saoudite aurait pour effet d'empêcher la mère de faire valoir ses droits¹⁴⁴. Autant dire que l'intérêt de l'enfant n'est pas imperméable au contexte politique des pays dont il est question.

189. Enfin, la volonté des tribunaux de vouloir maintenir l'enfant dans son environnement social va également les amener à favoriser la garde partagée, notamment quand les parents sont aptes à coopérer pour exercer ensemble tous les attributs de l'autorité parentale.

190. Selon Rodrigues Otis, « [l]es enfants des familles dont les parents bénéficient d'une garde partagée entretiennent de meilleures relations avec leurs deux parents que les enfants qui ne vivent qu'avec un seul parent parce que leurs parents ont plus de contacts avec eux et se partagent la responsabilité

140. *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166, 171 (C.S.).

141. *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27.

142. *J. (V.) c. H. (F.)*, REJB 2003-37336 (C.A.).

143. *R. (M.-C.) c. N. (G.)*, REJB 2003-48538 (C.S.).

144. *M. (K.) c. H. (P.K.)*, REJB 2001-23626 (C.S.).

de les éduquer.»¹⁴⁵ En appliquant un raisonnement semblable, les tribunaux n'hésitent pas à imposer la garde partagée, même en présence de désaccords entre les parents, au motif qu'elle correspond au schéma qui favorise le plus de contacts entre l'enfant et chacun de ses parents. Pourtant, il est difficile de militer aveuglément en faveur d'une garde partagée quand il persiste chez les parents une mésentente quant à l'application même de la garde partagée et que celle-ci constitue un cadre hostile à l'épanouissement de l'enfant.

b) Les limites à l'intervention du juge

191. On peut noter deux grands types de limites à l'intervention du juge : l'une provient du désintérêt du parent non gardien pour ses droits d'accès, l'autre de l'entente des parents relativement aux modalités de leur séparation.

i) Le désintérêt du parent non gardien pour ses droits d'accès

192. Le parent titulaire de droits d'accès n'a aucune obligation légale de les exercer. Il n'a qu'une obligation à sa charge, soit celle de respecter les paramètres fixés par le tribunal lorsqu'il exerce ses droits d'accès. Il est ainsi important de souligner que ni l'enfant ni le parent gardien ne peuvent forcer le parent non gardien à se prévaloir de ses droits d'accès, et ce, quand bien même il y va de l'intérêt de l'enfant.

193. Le remariage du parent non gardien peut constituer l'une des raisons de la renonciation des parents non gardiens à leurs droits d'accès. Il découle de cette absence d'utilisation du droit d'accès un manquement très important aux obligations parentales auxquelles sont assujettis les parents. D'autant plus que la séparation des parents ne joue pas sur le lien juridique qui les unit aux enfants. Le fait de n'imposer

145. Rodrigues OTIS, « Effet de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction des différentes modalités de garde : un relevé des écrits expérimentaux », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, 1995, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 111.

aucune obligation d'utiliser ses droits d'accès revient à cautionner l'absence d'implication d'un parent séparé dans la vie de son propre enfant, de la même manière que l'absence de versement d'intérêts sur les arrérages de pensions alimentaires favoriserait, selon certains, le non-respect des obligations alimentaires¹⁴⁶.

ii) Le recours des parents à la médiation

194. Dans bien des situations où les parents parviennent à conserver leur objectivité quant au meilleur intérêt des personnes qui composent la famille, les parents vont être en mesure, malgré leurs mésententes de couple, de minimiser l'intervention du rôle de l'État. Avec la participation d'un professionnel de la médiation et de leurs avocats respectifs, les anciens conjoints pourront eux-mêmes décider des modalités accessoires à leur séparation sans que s'impose à eux l'autorité de l'État par l'application des règles du système judiciaire traditionnel. La médiation apparaît comme un véritable remède alternatif aux maux de la famille, puisqu'il s'inscrit dans une logique de déjudiciarisation des problèmes familiaux et de prise en considération des intérêts de l'enfant. En effet, si le rôle du médiateur retenu est de favoriser un consensus, ce dernier n'impose nullement sa décision aux parties qui conservent le contrôle des décisions concernant l'avenir de leurs enfants.

195. Fondamentalement, on peut se poser la question de savoir si c'est la collaboration des parties qui favorise la médiation ou si la médiation n'est pas finalement plus propice à la collaboration des parties que ne l'est le recours aux voies judiciaires traditionnelles.

146. Notons tout de même qu'en Ontario, l'article 37 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, note 138, autorise le tribunal à ordonner quand cela s'avère nécessaire la constitution d'une fiducie vers laquelle pourraient être transférés des aliments payables en faveur de l'enfant.

**B. LA RUPTURE DES PARENTS :
UNE PRISE EN CONSIDÉRATION ACCRUE
DES INTÉRÊTS ET DE LA VOLONTÉ DE L'ENFANT**

1) La prise en compte des intérêts et de la volonté de l'enfant au cours de l'instance

196. La reconnaissance du statut de l'enfant en tant que sujet de droit et la consécration de son meilleur intérêt comme considération primordiale dans la prise des décisions à son sujet ne sauraient être complètes sans leur application concrète dans le processus judiciaire. La mise en œuvre des droits de l'enfant sur le plan judiciaire doit lui permettre d'être entendu afin de faire valoir ses intérêts et sa volonté devant le tribunal, et même d'intervenir à l'instance comme tout autre tiers afin de préserver ses droits ou de les faire respecter. À défaut, l'obligation imposée au juge de décider selon le meilleur intérêt de l'enfant serait en partie privée de sa raison d'être, puisque le tribunal ne pourrait, pour parvenir à sa décision, que s'en remettre à son propre jugement ou aux dires des parents, dont les intérêts, notamment en matière de garde, sont souvent opposés entre eux et dans tous les cas distincts de ceux de l'enfant.

197. Dans les faits, cependant, cette question est très délicate, puisque si la prise en compte de l'intérêt de la volonté de l'enfant découle de la reconnaissance de son statut de personne à part entière, il n'en reste pas moins que l'enfant, quel que soit son âge, demeure très fortement dépendant de ses parents sur le plan matériel, physique et affectif, et ainsi très vulnérable. Non seulement ce fait rend plus difficile la recherche de ses véritables préférences, mais il impose également de faire preuve d'une grande prudence quant aux conséquences émotives et affectives que peut avoir cette recherche sur l'enfant et quant à l'interprétation que l'on fait de ses déclarations.

198. À l'échelle internationale, la *Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant*, adoptée en 1989, est le premier instrument multilatéral à reconnaître à l'enfant le droit d'exprimer son opinion dans le cadre des procédures

qui le concernent¹⁴⁷. Aux termes de l'article 12 de la Convention, les États membres garantissent à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant et d'être entendu, directement ou par l'intermédiaire d'un représentant, dans toute procédure le concernant¹⁴⁸. En droit interne canadien, les dispositions législatives adoptées au niveau provincial reconnaissent ce droit depuis les années 1970 et sont conformes, en règle générale, aux dispositions de la Convention.

199. Le droit de l'enfant de faire valoir son point de vue et ses droits comporte deux volets : le droit d'être entendu et d'intervenir dans le cadre d'une instance, et celui d'être représenté à l'instance, y compris par un avocat indépendant lorsque cela est nécessaire.

a) L'audition du mineur au sujet des questions qui le concernent et son intervention à l'instance

200. Le droit d'être entendu trouve à s'appliquer sous deux formes différentes : d'un côté, le tribunal a dans certains cas la faculté, voire l'obligation de donner à l'enfant la possibilité de s'exprimer; de l'autre, le législateur reconnaît à l'enfant le droit d'intervenir à l'instance, comme pourrait le faire tout autre tiers.

i) L'audition du mineur par le juge

201. L'audition de l'enfant sur les questions qui ont trait à la tutelle, la garde et les droits de visite a fait l'objet de vifs débats dans les années 1970 et 1980. Outre l'empiétement sur le pouvoir décisionnel des parents, c'est surtout son caractère potentiellement dévastateur et ses effets souvent considérés comme irrémédiables sur l'équilibre affectif et psychologique de l'enfant qui motivaient la réticence des

147. Ronda BESSNER, *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*, Document de référence présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2002-FCY-1F, au par. 1.3.

148. *Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant*, Résolution 44/25 1989 de l'Assemblée générale de l'ONU, art. 12.

milieux politiques et judiciaires et des travailleurs sociaux à accepter une telle solution. Cependant, en plus de favoriser la mise en œuvre des droits de l'enfant, l'audition de celui-ci permet au juge de donner plein effet au principe du meilleur intérêt de l'enfant, en recueillant la preuve la plus directe qui soit : l'avis de l'enfant. Elle permet en outre d'inclure l'enfant dans le processus de prise de décision et de l'impliquer dans la résolution de questions qui le concernent au premier plan.

202. C'est ainsi que les législateurs ont adopté des dispositions spécifiques qui donnent au tribunal la faculté d'entendre l'enfant sur les questions qui l'intéressent. Au Québec, il s'agit désormais non plus d'un pouvoir discrétionnaire du juge, mais d'une obligation qui lui est imposée de laisser à l'enfant la possibilité d'être entendu « chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant »¹⁴⁹.

203. L'enfant ne sera entendu au Québec que « si son âge et son discernement le permettent »¹⁵⁰. Le critère du discernement distingue la législation québécoise des législations des provinces de common law, dans lesquelles l'âge de l'enfant constitue le principal critère. Dans les provinces de common law, plus un enfant est âgé, plus son avis aura du poids. Les préférences d'un enfant en très bas âge en matière de garde pourront être recueillies par le juge, mais elles ne constitueront qu'un des nombreux facteurs qui doivent être pris en compte. À l'inverse, on considère généralement que le tribunal ne devrait pas aller à l'encontre de l'avis d'un adolescent âgé de 14 ans et plus¹⁵¹. Par contre, l'intérêt de l'enfant et sa volonté ne se confondant pas, les tribunaux n'hésitent pas à rendre une décision contraire aux souhaits de l'enfant, lorsque sa volonté va manifestement à l'encontre de son véritable intérêt¹⁵².

149. C.c.Q., art. 34.

150. *Ibid.*

151. BARREAU DU HAUT-CANADA, *Droit de la famille*, Textes de référence, 2004, p. 4-13.

152. Voir *Miller c. Reaume*, [1999] O.J. No. 933 (G.D. Fam. Ct.).

ii) L'intervention du mineur

204. L'intervention du mineur à l'instance constitue le deuxième aspect du droit de l'enfant de faire valoir ses intérêts et son point de vue dans le cadre des procédures qui le concernent. L'intervention de l'enfant lui confère le statut de partie. Pour que l'intervention soit jugée recevable, l'enfant doit pouvoir justifier d'un intérêt suffisant, ce qui sera généralement le cas en matière de garde ou de droit de visite, ou lorsqu'il est question de ses besoins essentiels ou de la pension alimentaire versée au parent gardien.

205. Au Québec, l'intervention se fera conformément à l'article 208 C.p.c. Il appartient à l'avocat de vérifier la capacité de l'enfant à le mandater, notamment à l'aide des paramètres définis par le Barreau du Québec¹⁵³, et il est toujours loisible aux parents de contester le mandat sur la base de l'aptitude de l'enfant. Ainsi, la Cour d'appel a par exemple admis l'intervention de mineurs dans des litiges concernant leur garde¹⁵⁴.

b) *La représentation du mineur à l'instance*

206. Le principe veut que le mineur soit représenté à l'instance par son tuteur. Cependant, lorsque les parents exercent la tutelle et qu'ils sont parties à la procédure, l'intérêt de l'enfant peut justifier qu'il soit représenté par procureur ou par un tuteur *ad hoc*. Le législateur distingue plusieurs situations qui peuvent mener à un tel résultat et prévoit des solutions différentes pour chacune d'elles.

207. La première concerne la situation où le mineur doit être représenté par une personne tierce, en raison de la divergence d'intérêts entre le mineur et son représentant légal.

208. Ainsi, l'article 394.1 C.p.c. donne aux tribunaux québécois la faculté d'ajourner l'instruction pour permettre à l'enfant de se faire représenter par procureur, si son intérêt

153. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Comité du Barreau du Québec sur la représentation des enfants par avocat, février 1995.

154. Voir *Droit de la famille — 1549*, [1992] R.J.Q. 855 (C.A.), EYB 1992-63869.

est en jeu et qu'il est nécessaire qu'il soit représenté. L'âge de l'enfant importe peu. La nomination du procureur peut être demandée par l'un ou l'autre des parents, ou les deux, conjointement, ou être décidée d'office par le tribunal. D'autre part, en vertu de l'article 394.3 C.p.c., les tribunaux doivent, même d'office, désigner un tuteur *ad hoc* lorsque les intérêts de l'enfant et ceux de son représentant sont opposés. Il s'agit d'une obligation pour le tribunal et non d'une simple faculté¹⁵⁵. Dans le premier cas, le procureur agit suivant les instructions de l'enfant, comme le ferait un procureur avec toute autre partie. Au contraire, le tuteur *ad hoc* doit agir en premier lieu suivant l'intérêt véritable de l'enfant, donc potentiellement à l'encontre du désir de l'enfant, s'il le juge opportun. Notons que dans le cas de la nomination d'un tuteur *ad hoc*, ce dernier pourra nommer un avocat pour représenter l'enfant.

209. En Ontario, le pouvoir des tribunaux de nommer un avocat pour représenter les intérêts de l'enfant puise sa source dans la compétence *parens patriæ* de l'État. Le tribunal peut faire appel à un tuteur à l'instance lorsque les intérêts du mineur doivent être représentés séparément, en vertu du paragraphe 7.04 (2) des *Règles de procédure civile de l'Ontario*¹⁵⁶. C'est le Bureau de l'avocat aux enfants qui assure la représentation des enfants dans les instances de nature familiale. Le tuteur à l'instance sera donc l'avocat aux enfants¹⁵⁷. Selon le paragraphe 112 (1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, l'avocat aux enfants a le pouvoir de demander une enquête et de faire des recommandations au tribunal¹⁵⁸.

210. Ensuite, lorsque l'enfant entend intervenir à l'instance, les tribunaux lui reconnaissent le droit de mandater un avocat pour le représenter. Contrairement à la nomination d'un tuteur ou d'un procureur par le tribunal, le mineur exerce ici, de sa propre initiative, son droit strict à la représentation par avocat, qui lui appartient en propre en tant que sujet de droit et qui découle du droit de toute personne de se faire représenter par avocat, droit consacré à l'article 34 de la

155. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 111.

156. *Règles de procédure civile de l'Ontario*, R.R.O. 1990, Règl. 194.

157. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C-43, au par. 89 (3).

158. *Id.*, au par. 112 (1).

Charte québécoise¹⁵⁹. Enfin, le mineur a le droit d'être représenté par avocat dans les affaires qui relèvent de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁶⁰.

211. La représentation par procureur soulève bien entendu certaines questions déontologiques¹⁶¹. Quelles sont les fonctions et les responsabilités de l'avocat à l'égard de l'enfant lorsqu'il a été nommé par le tribunal? Doit-il agir comme *amicus curiæ*, afin de conseiller le juge et de faciliter en toute neutralité la prise de décision, ou comme un gardien *ad litem*, dont la responsabilité serait de présenter au tribunal ce qu'il considère comme étant le meilleur intérêt de l'enfant, ou représente-t-il les droits et intérêts de l'enfant comme ceux de n'importe quel autre client adulte? Quelle est son indépendance vis-à-vis du tribunal? Vis-à-vis des parents? L'avocat mandaté par le mineur qui souhaite intervenir dans un litige opposant ses parents doit-il se comporter avec lui comme avec n'importe quel autre client adulte? Peut-il refuser de se conformer à ses instructions, lorsqu'elles sont contraires à son intérêt? On a également critiqué le fait que le tribunal puisse ainsi faire supporter des frais juridiques non négligeables aux parents, parfois sans qu'ils aient eu leur mot à dire.

212. Quoi qu'il en soit, l'avocat doit être indépendant des parents, même si ses honoraires sont à la charge de ces derniers. Il n'est pas non plus un *amicus curiæ*, même lorsqu'il tient son mandat du tribunal. Il a les mêmes devoirs de loyauté, de diligence, de disponibilité et d'intégrité que vis-à-vis d'un adulte. Il doit suivre les instructions de l'enfant si celui-ci est capable de discernement, tout en ayant la faculté de cesser d'occuper en cas de désaccord. Enfin, les communications avec l'enfant sont protégées par le secret professionnel, y compris à l'égard des parents.

213. La représentation du mineur par un tuteur nommé spécialement pour l'instance ou par un avocat indépendant constitue sans doute l'une des manifestations les plus fortes

159. Voir *Droit de la famille* — 2224, [1995] R.D.F. 396 (C.A.), EYB 1995-59109. Voir également *Droit de la famille* — 1549, précité, note 154, et *Droit de la famille* — 1883.

160. *Loi sur la protection de la jeunesse*, art. 78, 80 et 84.

161. Voir à ce sujet ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2006-2007, vol. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 136.

de la reconnaissance par la société des droits distincts de l'enfant et de l'impératif de le protéger contre les décisions éventuelles de ses parents, en partant du postulat que les intérêts des parents ne coïncident pas nécessairement avec ceux de leur enfant. Ce pourra être notamment le cas lorsqu'un tiers revendique un droit d'accès à l'égard de l'enfant, en raison des liens affectifs très forts qui les unissent, et que le parent gardien y est opposé. L'intervention de l'État en vue d'octroyer de tels droits en faveur de tiers fait précisément l'objet de la dernière partie de notre étude.

2) L'affaiblissement des pouvoirs parentaux face à l'accès des tiers aux enfants

214. S'il est un domaine dans lequel l'État se garde bien de s'immiscer sans motifs sérieux, c'est bien l'éducation des enfants et la manière dont les parents entendent les élever. Les parents ont donc le droit de décider souverainement des fréquentations de l'enfant, au titre de leur devoir de surveillance et d'éducation.

215. Cependant, il existe des situations pour lesquelles le législateur a cru bon de permettre à certains tiers de bénéficier de droits d'accès à l'égard de l'enfant, et ce, malgré l'opposition du parent gardien. Il s'agit principalement des droits d'accès conférés aux grands-parents à l'égard de leurs petits-enfants, mais aussi des droits reconnus à l'époux ou ex-époux qui a tenu lieu de parent à l'enfant avant la rupture (parent dit « psychologique » ou *in loco parentis*).

216. Lorsque l'un des parents obtient la garde d'un enfant, le parent non gardien bénéficie de droits d'accès, à titre de démembrements du droit de garde, lui-même attribut de l'autorité parentale¹⁶². Les grands-parents et les autres tiers n'exerçant pas l'autorité parentale, les droits d'accès qui leur sont octroyés se fondent sur le critère du meilleur intérêt de l'enfant. On reconnaît ainsi l'importance et le caractère bénéfique pour l'enfant du maintien de relations personnelles avec

162. Michel TÉTREAULT, *Droit de la famille*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, à la p. 908.

ces personnes, au nom de sa stabilité affective, même lorsqu'il n'a aucun lien biologique avec elles.

217. Cependant, l'octroi de tels droits d'accès constitue un empiétement direct sur l'autorité parentale. Les tribunaux font donc preuve d'une grande retenue à l'égard de la décision du parent gardien de ne pas maintenir de contacts avec les tiers en question.

218. Nous nous proposons d'étudier dans un premier temps les droits d'accès que prévoit le législateur au profit des grands-parents, puis de nous pencher sur la question des droits reconnus au parent psychologue.

a) Le maintien des relations personnelles avec les grands-parents

219. La question des droits d'accès des grands-parents est particulièrement délicate. Alors que les enfants sont de plus en plus nombreux à vivre dans des familles éclatées ou recomposées, la préservation et la stabilité des liens affectifs de l'enfant avec ses grands-parents revêtent toute leur importance¹⁶³.

220. Dans l'écrasante majorité des familles, la question ne se pose pas, parce que les parents font en général le nécessaire afin de maintenir des contacts entre leurs enfants et leurs grands-parents, même lorsque le couple est séparé ou divorcé, et en dépit du fait qu'ils entretiennent des rapports conflictuels avec ces derniers. Les difficultés surviennent quand les relations entre les époux ou ex-époux se détériorent très fortement ou quand les grands-parents exercent une influence considérée comme néfaste sur les enfants ou adoptent un comportement négatif vis-à-vis du parent qui en a la garde. Il se peut également qu'à la suite du décès de l'un des époux, le parent survivant décide de rompre les liens avec les parents du défunt, afin de faciliter le deuil des enfants.

221. Sur le plan des principes, cette question met en balance le rôle des parents dans l'éducation de leurs enfants et la

163. Dominique GOUBAU, « Relations grands-parents et petits-enfants : le juste équilibre entre l'intérêt légitime et l'intrusion », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, 2001, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, à la p. 71.

place des grands-parents eu égard à leur épanouissement. L'octroi de droits d'accès aux grands-parents est une atteinte à la liberté des parents de décider ce qui constitue le meilleur intérêt de leur enfant. En outre, les grands-parents ne participent en aucune manière à l'exercice de l'autorité parentale et le législateur ne leur donne aucun pouvoir de supervision ou de surveillance vis-à-vis de l'enfant. Rappelons également qu'au Québec, les grands-parents n'ont plus d'obligation alimentaire vis-à-vis de leurs petits-enfants depuis 1996.

222. Au Québec, c'est l'article 611 du Code civil qui reconnaît des droits d'accès aux grands-parents. Selon cet article qui reprend mot pour mot l'article 371-4 du *Code civil* français, les parents ne peuvent faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents, sauf motifs graves. Le Code donne pouvoir au tribunal pour en régler les modalités à défaut d'entente entre les intéressés. Les grands-parents peuvent également se prévaloir des paragraphes 16 (1) à (3) de la *Loi sur le divorce*, relatifs aux demandes de droits de garde et d'accès présentées par les tiers, mais ces dispositions ne s'appliquent qu'en cas de divorce et nécessitent une autorisation préalable du tribunal avant de présenter la requête.

223. Les droits d'accès ainsi conférés aux grands-parents ont pour unique fondement l'intérêt de l'enfant¹⁶⁴. En réalité, il s'agit davantage d'un droit de l'enfant au maintien des relations avec ses grands-parents que d'un droit conféré à ces derniers. Pour cette raison, les tribunaux accorderont beaucoup d'importance au refus exprimé par l'enfant qui ne souhaite pas voir ses grands-parents, afin de pouvoir faire le deuil de son parent décédé¹⁶⁵.

224. L'article 611 C.c.Q. crée une sorte de présomption selon laquelle l'intérêt de l'enfant favorise le maintien de contacts avec les grands-parents, à moins que des motifs graves ne justifient qu'un tel droit leur soit refusé (tels que le fait que les grands-parents impliquent l'enfant dans le conflit, leur influence néfaste ou encore leur empiètement sur l'autorité parentale du parent gardien). En vertu de cette présomption, les grands-parents n'ont pas à démontrer qu'il est de l'intérêt

164. *Droit de la famille* — 223, [1985] C.S. 852, 853 et *Droit de la famille* — 426, [1988] R.J.Q. 163, 164 (C.S.).

165. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 163, 78.

de l'enfant qu'il conserve des liens avec eux, contrairement à la situation des autres tiers prévus au Code et à la situation traditionnelle des grands-parents en vertu de la common law. En outre, les grands-parents n'ont pas non plus à démontrer qu'ils entretenaient des rapports continus avec l'enfant avant qu'on ne les prive de leur droit, même si l'objectif du législateur est à l'évidence de préserver les relations continues et préexistantes.

225. Les droits d'accès des grands-parents ne sont pas de même nature que ceux du parent non gardien, comme nous l'avons vu plus haut. Il s'agit d'un droit qui leur est propre, puisqu'il existe même en l'absence de séparation ou de divorce du couple. Les tribunaux sont cependant très réticents à passer outre la volonté des deux parents au sein d'une famille intacte. Par ailleurs, la grande majorité des requêtes présentées concernent un seul parent, généralement l'ex-gendre ou l'ex-bru¹⁶⁶.

226. Dans les autres provinces canadiennes, les grands-parents étaient généralement considérés comme des tiers et ne bénéficiaient d'aucun statut privilégié. En conséquence, ils devaient rapporter la preuve du caractère bénéfique des relations entretenues avec l'enfant, que les tribunaux ont souvent interprétée comme étant la preuve des conséquences négatives pour l'enfant de la rupture du lien affectif. Cependant, certaines provinces ont adopté des dispositions législatives qui confèrent expressément des droits d'accès aux grands-parents¹⁶⁷.

227. En Ontario, il appartient en règle générale aux parents de décider de l'opportunité du maintien de liens entre les enfants et leurs grands-parents et d'en fixer les modalités et la fréquence. Dans l'arrêt *Chapman c. Chapman*¹⁶⁸, la Cour d'appel de l'Ontario a clairement affirmé, dans une affaire concernant le droit de visite d'une grand-mère, que les tribunaux devaient respecter le droit du parent de prendre les décisions qu'il estime appropriées en ce qui concerne son enfant, en l'absence de preuve de son incapacité à agir au

166. *Id.*, 74.

167. Il s'agit notamment de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et du Nouveau-Brunswick.

168. *Chapman c. Chapman*, C.A. Ontario, 2 mars 2001.

mieux des intérêts de l'enfant. Cette décision va dans le même sens que l'arrêt *Troxel c. Granville*¹⁶⁹, rendu par la Cour suprême des États-Unis, à peine une année auparavant.

228. Ainsi, les tribunaux n'interviendront que si les grands-parents démontrent que les parents cherchent à les tenir à l'écart de l'enfant, de manière abusive¹⁷⁰. Notons que lors de la présentation d'une requête en droit d'accès, le tribunal charge généralement l'avocat aux enfants de représenter l'enfant¹⁷¹. Son rôle consiste alors à recueillir les preuves pertinentes au sujet des liens affectifs entretenus par l'enfant avec ses grands-parents et à faire connaître son avis et ses préférences en la matière¹⁷².

229. En outre, nous nous contenterons de mentionner le fait que la jurisprudence assimile parfois les grands-parents à des parents psychologiques ou *in loco parentis*, lorsqu'ils ont agi à titre de parents gardiens pendant une période plus ou moins longue¹⁷³. Dans une telle hypothèse, les grands-parents ne sont plus considérés comme de simple tiers. Cela nous amène à traiter de la question des droits d'accès conférés au parent psychologique, qui constitue le dernier pan de notre étude.

b) *Le maintien des relations personnelles
entre les parents psychologiques
et les enfants de l'ex-conjoint*

230. L'État intervient également pour préserver le lien potentiellement très fort qui existe entre l'enfant et le parent « psychologique » ou parent « substitut » qui a agi comme un parent à l'égard de l'enfant de son époux (ou de son conjoint, dans les provinces de common law) pendant la durée de l'union. Pourtant, il n'existe aucun lien biologique ou adoptif entre l'enfant et son beau-père ou sa belle-mère. Là encore,

169. *In re Visitation of Troxel*, 969 P.2d 21 (Wash. 1998).

170. *Civiero c. Civiero-I*, (1999) CarswellOnt. 2877 (Ont. Ct. J.).

171. Voir plus haut notre étude de la question de la représentation des enfants dans les instances qui les concernent.

172. Dan L. GOLDBERG, *Le droit de visite des grands-parents auprès de leurs petits-enfants : analyse juridique*, Document de référence présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2003-FCY-15F.

173. *Deshane c. Perry*, [1988] O.J. No. 2438 (C. Ont., Div. prov.) (QL).

l'objectif social est de favoriser le maintien des liens personnels qui sont importants pour la stabilité affective de l'enfant et qui favorisent son épanouissement.

231. Il s'agit même d'une obligation pour le parent psychologique, puisqu'il peut être tenu à une obligation alimentaire à l'égard de l'enfant pour lequel il tient lieu de parent. Ainsi, le parent substitut ne peut se décharger des responsabilités qu'il assumait à l'égard de l'enfant ni rompre tout lien avec celui-ci¹⁷⁴.

232. Les droits d'accès du parent psychologique constituent un autre aspect de cet objectif de continuité dans les relations affectives et personnelles de l'enfant avec le parent substitut. En particulier, la *Loi sur le divorce* lui confère expressément le droit de maintenir de tels contacts. En vertu du paragraphe 2 (2) de cette loi, la personne qui a tenu lieu de parent pour les enfants de son époux ou ex-époux est assimilée au parent des enfants. À ce titre, elle dispose des mêmes droits en matière de garde et de droits d'accès que le parent non gardien.

233. Bien que le *Code civil du Québec* ne comporte aucune disposition similaire, le parent psychologique pourrait se voir octroyer un droit d'accès, en tant que tiers, à condition qu'un tel droit soit conforme au meilleur intérêt de l'enfant.

234. En Ontario, les paragraphes 1 (1) et (2) de la *Loi sur le droit de la famille* incluent le « beau-parent », sous certaines conditions, dans la définition de « parent ». Elle vise également les couples ayant mené une vie maritale. Rappelons par ailleurs que la jurisprudence ne limite pas la notion d'*in loco parentis* à l'époux ou au conjoint de fait, puisque des grands-parents se sont vu reconnaître le statut *in loco parentis*, parce qu'ils avaient agi à titre de parents à l'égard de l'enfant pendant une période relativement longue¹⁷⁵.

CONCLUSION

235. Nous avons vu que l'État s'est réservé la possibilité d'intervenir dans pratiquement tous les domaines pour renforcer l'égalité au sein du couple et pour protéger les

174. *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242.

175. *Deshane c. Perry*, précité, note 173. Voir également la discussion ci-dessus sur les droits d'accès des grands-parents.

intérêts de l'enfant lorsque ceux-ci sont en péril. Plus les situations sont conflictuelles, plus la latitude des tribunaux est importante, jusqu'à pouvoir dans certains cas nier aux parents les pouvoirs qui sont les attributs essentiels de l'autorité parentale.

236. Mais si le patriarcat traditionnel appartient désormais au passé, à tout le moins sur le plan des droits, et si l'égalité juridique au sein du couple semble acquise, peut-on par contre parler de véritable substitution des pouvoirs de l'État aux prérogatives parentales?

237. Il semble au contraire que l'objectif de l'État soit avant tout de préserver le fonctionnement de l'institution familiale et les rapports entre ses membres. L'État a réussi à placer l'intérêt de l'enfant au cœur de tous les débats qui portent sur la cellule immédiate qui l'entoure. Or, il ne s'agit pas de sacrifier les intérêts des parents à ceux de leur progéniture, mais plutôt de rééquilibrer des rapports au sein desquels l'enfant se retrouve bien souvent impuissant.

238. Car l'État n'a pas vocation à supplanter les parents dans leur rôle, et les différents niveaux de protection ne doivent pas conduire à déresponsabiliser ceux-ci. Alors que le modèle familial est devenu protéiforme et que les ruptures sont fréquentes, les familles doivent assumer pleinement leurs responsabilités.

Sandra Morin
5, rue Morand
75011, Paris, France
Tél. : +33.1.48.07.18.29
morin_sandra@yahoo.fr

Note : L'auteure tient à remercier Anne-Françoise Debruche, professeure à l'Université d'Ottawa, pour avoir été une véritable source d'inspiration. Elle tient également à remercier M^e Nicolas Morin, avocat au Barreau du Québec, pour sa précieuse aide et son soutien au quotidien. La présente étude a remporté le Concours de rédaction juridique — 2^e cycle (2006-2007) de la Chaire du notariat de l'Université de Montréal.