

LA PROTECTION DE L'ENFANT DANS LE DROIT DE LA FAMILLE

par Jean PINEAU*
par Monique OUELLETTE**

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE: LA PROTECTION DE L'ENFANT PAR LES RÈGLES GOUVERNANT LE DROIT DE LA FILIATION	78
I- L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION	78
A) L'enfant né dans le mariage	79
1. Le jeu de la présomption de paternité	79
2. Les règles strictes de l'action en désaveu de paternité	80
B) L'enfant né hors mariage	81
1. Le droit pour l'enfant d'être reconnu ou adopté	81
a) La reconnaissance	81
b) L'adoption	82
2. Le droit de revendiquer une filiation	85
II- L'EFFET PARTICULIER DU LIEN DE FILIATION	88
A) L'attribution de l'autorité parentale	89
1. Les enfants soumis à l'autorité parentale	89
- L'enfant mineur non émancipé	89
2. Les parents titulaires de l'autorité parentale	90
a) Situation normale	90
b) Situations anormales	90

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

** Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

B) Les attributs de l'autorité parentale	93
1. Les droits et devoirs des parents	93
a) Entretien et éducation	93
b) Garde et correction	94
2. Le contrôle de l'autorité publique sur l'exercice de l'autorité parentale	95
a) Déchéance totale et retrait partiel	95
b) Assistance éducative	97

**DEUXIÈME PARTIE: LA PROTECTION DE L'ENFANT PAR LES
RÈGLES GOUVERNANT LE DROIT
PATRIMONIAL**

98

I- L'APPLICATION DE LA NOTION DE LÉSION

98

II- LE RÉGIME DE TUTELLE

99

A) L'organisation de la tutelle	99
1. La nomination et le rôle du tuteur	100
a) Le tuteur à la personne	101
b) Le tuteur aux biens	102
2. Les organes de contrôle	103
a) Le conseil de famille	103
b) Le subrogé tuteur	106
B) Le fonctionnement de la tutelle	107
1. La gestion des biens	108
a) Les pouvoirs du tuteur	108
b) L'intervention du conseil de famille et celle du juge	109
2. La fin de la tutelle	112
a) Les obligations du tuteur	112
b) Les droits de l'enfant	113

Lors de la codification, le législateur québécois, imitant en cela le législateur français, n'a pas songé à donner au droit de la famille une place particulière et à élaborer un corps de règles qui accorderait à la famille la place d'une véritable institution juridique. Il s'est borné à énoncer un certain nombre de dispositions qui gouvernaient les rapports entre parents et enfants, en insistant particulièrement sur l'importance du caractère légitime de ces relations. C'est ainsi qu'on a pu affirmer que la famille comprenait non point le père, la mère et les enfants, mais le mari, la femme et les enfants issus de cette union. Et c'est ainsi qu'on a pu également constater qu'il paraissait plus important de protéger la légitimité de la famille plutôt que les membres composant celle-ci.

Cependant, cette famille légitime, "la cellule sociale par excellence", s'étant "quelque peu" désagrégée, s'est trouvée soumise à des règles qui ne correspondaient plus tout à fait aux mœurs changeantes de notre époque. Aussi, après un sommeil prolongé — puisqu'il dura un peu plus de cent ans — le législateur eut un sursaut qui l'incita à s'occuper de cette famille traditionnelle moribonde, en la hissant au niveau du nucléaire! Il ne fait pas de doute que l'enfant fut l'un des bénéficiaires de ce réveil, en cessant d'être considéré, peut-être, comme un bien de famille, pour devenir un sujet de droit méritant une certaine protection.

Afin de cerner les dispositions destinées à abriter l'enfant (il faut comprendre le mineur), on tentera de voir comment l'enfant est protégé dans une première partie, par les règles gouvernant le droit de la filiation, puis, dans une seconde partie, par les règles gouvernant le droit patrimonial.

PREMIÈRE PARTIE

LA PROTECTION DE L'ENFANT PAR LES RÈGLES GOUVERNANT LE DROIT DE LA FILIATION

Cette protection nous paraît se manifester dans les règles relatives à l'établissement du lien de filiation et dans celles qui gouvernent l'effet particulier de ce lien, qui est l'autorité parentale. On constatera que l'intention protectrice, tant du législateur que des tribunaux est, parfois, discrète, voir même ambiguë ou contradictoire.

I- L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION

La protection accordée à l'enfant varie en fonction du statut matrimonial de ses parents.

A) L'enfant né dans le mariage

L'enfant né dans le mariage est protégé tant par la présomption de paternité légitime que par les conditions strictes et limitatives attachées à l'exercice de l'action en désaveu.

1- Le jeu de la présomption de paternité

À l'instar du droit romain et du droit civil français d'avant la réforme de 1972, le droit québécois a recours à une présomption, pour établir le lien de paternité d'un enfant avec le mari de sa mère, et, par le fait même, sa légitimité. L'article 218 C.c. énonce que l'enfant né cent quatre-vingts jours après le mariage et moins de trois cents jours après sa dissolution est légitime et a pour père le mari. C'est la présomption *pater is est quem nuptiae demonstrant*, reformulée à la lumière des "certitudes médicales" d'il y a cent ans. La présomption est fondée sur le respect par la femme du devoir de fidélité, lui-même reposant sur les règles sociales, les moeurs et les coutumes.

La filiation légitime a, de tout temps, donné à l'enfant un statut protégé et fait l'objet d'un traitement de faveur en matière de succession, de donation, de dédommagement à la suite du décès accidentel des parents. À cause des conséquences graves issues du statut d'illégitimité, le législateur québécois a étendu cette présomption, en accordant à l'enfant conçu avant le mariage, mais né pendant, le statut d'enfant légitime sans restriction. L'enfant conçu et né avant le mariage sera légitimé par le mariage subséquent des parents. La légitimation, rappelons-le, n'a pas d'effet rétroactif. L'enfant conçu mais pas encore né, sera considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt sur le plan patrimonial, à la condition, par la suite, de naître vivant et viable. Le législateur québécois protège l'enfant: par la présomption de paternité, élément essentiel de la légitimité; par l'extension de la présomption à l'enfant conçu avant le mariage mais né pendant; par l'exception qui accorde, sur le plan patrimonial, une existence juridique à l'enfant conçu, mais pas encore né.

Jusqu'à récemment, les tribunaux québécois se sont très peu interrogés sur le caractère de cette présomption. Elle leur paraissait claire, d'application facile et incontestable. Les "écarts de conduite" étaient-ils moins nombreux? L'extension de la présomption atténuait la fougue des fiancés imprudents. Cependant, les moeurs ont évolué en même temps que l'attitude de certains juges qui ont eu à trancher entre la filiation juridique et la filiation biologique. L'avènement du divorce et la disparition de l'ostracisme attaché au concubinage ont soulevé un nouveau problème: qui est le père d'un enfant issu d'une femme mariée et de son concubin? Doit-on appliquer à cet

enfant, la présomption de l'article 218 C.c.? Est-ce encore une mesure de protection de l'enfant? La majorité de nos juges répondent affirmativement à ces questions et, en l'absence de désaveu du mari, ce dernier se voit père malgré lui alors que certains d'entre eux envisagent la question différemment. Ces problèmes seront étudiés ultérieurement, au paragraphe portant sur le droit de revendiquer une filiation.

2- Les règles strictes de l'action en désaveu de paternité

Qu'elle est, à l'égard du mari de la mère, la force et l'étendue de la présomption de paternité en droit québécois? Elle est quasi-irréfragable. Pour la repousser, des conditions strictes doivent être remplies, à défaut desquelles elle sera totalement irréfragable.

Seul le mari de la femme peut intenter l'action en désaveu¹. Très exceptionnellement, les héritiers de ce dernier pourront se prévaloir du droit d'action; les conditions sont à ce point particulières qu'il convient d'ignorer cette hypothèse². L'exercice de l'action est limité dans un but de protection: il faut mettre à l'abri des caprices d'un mari, la famille légitime et les enfants qui la composent et, en outre, celui-ci, gardien de l'ordre et de la paix familiale, est le seul à détenir le pouvoir de perturber cette tranquillité.

Quant aux conditions d'exercice, le mari doit intenter l'action dans les deux mois de la naissance de l'enfant ou de la découverte de celle-ci; ce délai est de rigueur et, une fois écoulé, il ne peut plus attaquer le lien de filiation. Il devra prouver l'impossibilité physique de cohabitation avec son épouse, impossibilité existante durant toute la durée légale de conception, soit 120 jours. S'il allègue son impuissance, il doit faire la preuve qu'elle est survenue *depuis* le mariage³.

Un deuxième type de preuve est possible lorsqu'il y a eu adultère et recel de la grossesse. Le mari doit, d'abord, établir ces deux éléments, et, alors, tous les moyens de preuve sont permis: expertise sanguine, absence, vieillesse, couleur de peau, etc.⁴. La preuve est

1. Arts 219 et 220 C.c.

2. Art. 224 C.c.

3. Art. 220 C.c. Notons l'arrêt *Kirouac v. Kirouac*, (1974) C.S. 150 où le juge applique rigoureusement cette condition. L'on y confond, toutefois, impuissance et stérilité! Le mari ayant subi une vasectomie, la preuve médicale démontre qu'il était stérile pendant toute la durée légale de conception.

4. Art. 219 C.c.

simplifiée lorsqu'il s'agit de repousser l'extension de la présomption; il suffira de démontrer que l'enfant est né moins de 180 jours après le mariage ou plus de trois cents jours après la dissolution⁵.

Si le droit d'action n'est pas exercé, la légitimité est irréfutable. Le mari de la femme est père de l'enfant. Ce dernier est enfant légitime avec jouissance de tous les privilèges rattachés à cet état. L'exercice limité de l'action en désaveu constitue, sans doute, la plus ancienne mesure de protection de l'enfant.

B) L'enfant né hors mariage

L'enfant né hors mariage bénéficiait d'une situation peu enviable et non protégée en droit civil québécois. Son sort s'est, néanmoins, amélioré et, compte tenu des suggestions faites par l'Office de révision du Code civil, son statut particulier est appelé à disparaître.

1- Le droit d'être reconnu ou adopté

a) La reconnaissance

L'enfant né hors mariage peut être légitimé par le mariage subséquent de ses parents. Ce n'est pas la reconnaissance proprement dite, mais le mariage qui aura pour effet de donner à l'enfant un statut identique en tout point à celui de l'enfant légitime.

La reconnaissance est volontaire ou judiciaire. La reconnaissance volontaire est l'acte par lequel un homme ou une femme admet le lien de filiation qui l'unit à l'enfant naturel. Elle est un acte individuel: elle ne lie que son auteur et n'affecte aucunement les autres membres de la famille⁶; l'enfant n'a pas à l'accepter, mais il pourra la contester si elle est mensongère. La reconnaissance a le caractère d'un simple aveu. Les conditions de forme sont très souples: un écrit émanant de l'auteur, la signature à l'acte de naissance, la reconnaissance verbale ou tacite, par le comportement, sont autant de possibilités.

Si le père ou la mère refusent de reconnaître l'enfant, ce dernier pourra les y forcer en ayant recours à l'action en recherche judiciaire de paternité ou de maternité⁷. L'enfant, représenté par son tuteur,

5. Arts 221, 222 C.c. Nos tribunaux ont interprété strictement ces articles. Les journaux rapportaient le cas d'un père malgré lui: l'enfant était né trois mois après le divorce; la femme avouait que le père était un tiers, mais l'ex-mari ayant eu la malencontreuse idée de "rendre visite" à sa femme durant la séparation, il est déclaré "père" de l'enfant. *La Presse*, 25 novembre 1978; *The Gazette*, 25 novembre 1978.

6. Art. 241 al. 2 C.c.

7. Art. 241 C.c.

intente l'action qu'il dirige contre l'un ou l'autre de ses parents ou les deux. La preuve se fera tant par des écrits que par témoin. On produira, d'abord, les écrits qui comportent une reconnaissance, comme par exemple, l'acte de naissance signé, mais tout autre écrit est valable, ne serait-ce que pour rendre admissible la preuve testimoniale. En effet, cette preuve n'est permise que s'il existe un commencement de preuve par écrit ou des présomptions ou indices résultant de faits constants assez graves pour déterminer l'admission de témoins⁸.

La reconnaissance crée un lien de filiation entre l'enfant et les parents. Ce lien protège essentiellement l'enfant en le soumettant à l'autorité parentale, mais surtout en le constituant créancier de l'obligation alimentaire. Une difficulté surgit en matière successorale. Le droit québécois exclut de la succession *ab intestat* les enfants autres que légitimes. Cette règle, injuste en soi, est compensée par la liberté illimitée de tester⁹, qui permet au testateur d'avantager toute personne, y inclus les enfants naturels et les tiers. La reconnaissance volontaire ou judiciaire, jointe à la liberté illimitée de tester, allégeront les effets néfastes de l'illégitimité; elles servent, à leur façon, la meilleure protection de l'enfant.

b) L'adoption

L'enfant naturel et l'enfant légitime dans certains cas sont protégés par l'adoption¹⁰. L'enfant naturel est susceptible d'être adopté si ses parents ont renoncé par écrit au lien de filiation ou s'ils l'ont abandonné de fait. L'adoption vise à permettre à l'enfant de connaître une vie normale, à l'intérieur d'une famille normale, dans des conditions acceptables.

Les conditions de l'adoption énoncées dans la loi portent sur l'âge des adoptants, leur sexe, leur statut, les consentements requis, le tout visant à assurer une meilleure protection de l'enfant. L'article 38 énonce clairement les effets du jugement: l'enfant adopté devient à l'égard de tous et à tous égards un enfant légitime. Le jugement rompt le lien de filiation avec la famille biologique pour en créer un nouveau avec, non seulement, les requérants en adoption, mais avec toute la nouvelle famille. D'où l'importance attachée au consentement des parents biologiques. À noter qu'un célibataire peut adopter son propre enfant naturel s'il y a eu abandon de l'autre parent; ainsi,

8. Art. 232 et ss. C.c.

9. Les suggestions de l'O.R.C.C. s'orientent vers une forme de réserve testamentaire.

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

dans l'affaire *E. v. J.*, le juge refuse l'adoption demandée par la mère naturelle alors que le père naturel s'y oppose. L'adoption a, il est vrai, pour effet de rompre tout lien entre les parents et l'enfant, privant ce dernier de l'affection que pourrait lui donner ses parents biologiques¹¹.

Le statut d'enfant légitime est "enviable", mais les "liens du sang ne doivent pas être coupés sans raisons très valables". Par ailleurs, l'enfant adopté entre sans réserve dans sa nouvelle famille; en conséquence il sera appelé à une succession au même titre que les "enfants légitimes". Les tribunaux se sont prononcés à quelques reprises sur ce point et cette interprétation ne fait plus de doute¹².

Retenons certains points importants qui émanent de la loi. Le juge siégeant au Tribunal de la jeunesse, jouit d'une très grande discrétion qui lui permet de qualifier d'abusif certains refus à l'adoption; il peut alors passer outre et accorder l'adoption si le meilleur intérêt de l'enfant l'exige¹³. Les jugements sont sans appel et la Cour supérieure n'est saisie que par voie d'évocation. La confidentialité est de rigueur et l'on s'oppose, sauf rares exceptions, à ce qu'un enfant, ou des tiers, entreprennent des recherches pour découvrir les "racines" de l'adopté. Ce point, aujourd'hui fait l'objet de controverse: l'équilibre psychologique de l'enfant serait-il mieux protégé en lui permettant de retracer ses origines? Une telle démarche risque-t-elle, au contraire, de perturber irrémédiablement cet équilibre? Qu'en est-il des parents adoptifs?

Nos tribunaux ont interprété la notion "d'intérêt de l'enfant" que l'on retrouve dans l'article 2. La lecture des arrêts récents suffit à nous convaincre que c'est là une notion essentiellement variable, indissociable des situations de faits exposées devant le juge. Retenons, d'abord, l'affaire *Ste-Marie v. C.B.E.S.*¹⁴ où la mère divorcée se porte requérante en adoption, avec son nouveau mari, des enfants issus de son premier mariage. Le père (premier mari) refuse de consentir à l'adoption; le tribunal estime que ce refus est abusif et applique l'article 2: il accorde l'adoption au nom de l'intérêt de l'enfant. Un bref d'évocation amène l'affaire en Cour supérieure où le juge entreprend de préciser l'intérêt de l'enfant:

11. (1977) C.B.E.S. 2001.

12. *Marier v. Desmarais et al.*, 73 R. du N., no 10; *Marchand v. Duval*, (1973) C.A. 635; *Latreille v. Lavallée*, (1975) R.C.S. 171.

13. Arts 2 et 23 de la loi.

14. (1973) C.S. 111; (1974) C.A. 372; voir également *G. v. S. et al.*, (1976) C.S. 1442.

“Si le législateur a voulu que l'adoption ne puisse être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant (et non pas des adoptants), il ne s'ensuit pas qu'elle doive être prononcée chaque fois que l'enfant y trouve un quelconque intérêt”.

La Cour d'appel précise:

“... l'intérêt de l'enfant importe beaucoup, mais ce n'est pas la seule considération. En effet, l'adoption ne peut être prononcée que si toutes les dispositions de la loi ont été respectées. Or, la puissance paternelle est un concept qui subsiste toujours et qui est respecté dans la loi de l'adoption”.

À l'occasion d'une adoption contestée, les juges québécois se penchent de nouveau sur l'article 2¹⁵. On constate, d'abord, que la notion d'intérêt de l'enfant est difficile à cerner, qu'elle est variable et changeante selon chaque cas d'espèce. Le juge se réfère, alors, à la Déclaration des droits de l'enfant, afin d'isoler des éléments d'interprétation: l'enfant doit pouvoir “se développer de façon saine, normale sur le plan physique, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité”. L'enfant a besoin d'amour, de compréhension, de sécurité matérielle; “il doit pouvoir jouir d'une éducation morale, intellectuelle et physique; il doit être protégé contre toute violence. C'est le rôle du juge de rechercher l'équilibre entre toutes ces exigences et les droits des parents”.

Dans l'affaire *Y. v. Social Service Centre*¹⁶ l'on tente encore de fixer les limites d'application de l'intérêt de l'enfant en matière d'adoption. Le juge déclare que l'adoption existe et ne doit être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant. Il faut donner à cette expression “une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leur véritable sens, esprit et fin”. Concrètement cela signifie que l'enfant sera le mieux protégé avec des adultes qui sont en mesure d'assumer pleinement les fonctions parentales c'est-à-dire voir à l'entretien, l'éducation, le soin de l'enfant¹⁷.

Certaines conclusions s'imposent. Le droit civil québécois protège l'enfant naturel en permettant la reconnaissance sans exigence particulière quant à la forme. L'enfant naturel a, en outre, le droit d'être adopté et les juges interprètent largement les dispositions de la loi. L'intérêt de l'enfant, évalué dans chaque cas

15. *Hélène G. v. Centre T.*, (1976) C.B.E.S. 2001.

16. (1975) C.B.E.S. 389; voir également *Monsieur et Madame X*, (1975) C.B.E.S. 385.

17. Voir *M. et Mme A. v. M. et Mme D.*, (1976) C.B.E.S. 2013; *G. v. H.*, (1976) C.A. 757.

d'espèce, est la règle d'or, elle prévaudra avec raison, sûrement, sur les droits des parents.

2- Le droit de revendiquer une filiation

On aborde ici le problème complexe des actions d'état, et du conflit entre la vérité biologique et la vérité juridique. Le droit québécois se distingue du droit français ancien en ce qu'il n'interdit pas expressément la recherche d'une filiation autre que la filiation légitime. Il est donc théoriquement possible, pour l'enfant légitime, de rechercher une filiation naturelle, voir même adultérine, s'il remplit les conditions exigées pour l'exercice des actions d'état¹⁸. Il faudra, pour ce faire, non concordance entre l'acte de naissance et la possession d'état. Un début de preuve par écrit est nécessaire pour rendre admissible la preuve testimoniale; en contre-preuve tous les moyens seront permis. Les personnes autres que l'enfant lui-même ou ses parents devront justifier de leur intérêt pécuniaire dans l'action. Comme il s'agit de l'état de la personne, ces actions seraient imprescriptibles.

L'enfant sera défendeur dans l'action en contestation d'état qui vise à établir une filiation maternelle autre que celle attribuée par son acte de naissance ou sa possession d'état. Il sera également défendeur à l'action en contestation de légitimité, laquelle tente de démontrer que la présomption de l'article 218 C.c. ne peut s'appliquer parce que la mère n'a jamais été mariée ou que l'enfant est né hors des délais d'application de la présomption. Dans ces deux actions, l'enfant est protégé par les règles de preuve plus souples favorisant le défendeur.

Au contraire, l'enfant exercera, en tant que demandeur, l'action en réclamation d'état (arts 234, 235, 236 C.c.). Le recours a pour but d'établir une filiation maternelle autre, laquelle, par le jeu de la présomption, aura éventuellement pour effet de rendre l'enfant légitime si la mère est mariée. La filiation maternelle se fondant sur le fait de l'accouchement, cette action est peu utilisée. Exceptionnellement, les héritiers de l'enfant pourront l'exercer¹⁹.

18. Art. 234 ss. C.c. Sur cette question, l'on peut également consulter la jurisprudence suivante: *Dame Lafrance v. Dickie*, (1958) C.S. 521; *S. es qual. v. S.*, (1973) C.S. 530; *Michaud v. Tremblay et Breton*, (1975) C.S. 295; *Golczyk v. Richard*, (1975) C.S. 497; *Dorion v. Archambault*, (1976) C.S. 1031; *Gagnon v. Turgeon*, (1976) C.S. 1236; *Drouin v. Landry*, (1976) C.A. 763.

19. Art. 236 C.c. qui se lit comme suit: "Cette action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq ans après sa majorité; ils peuvent cependant continuer l'action commencée".

Le problème aujourd'hui plus fréquemment soulevé, consiste à se demander si un enfant adultérin *a matre* peut rechercher son véritable père, alors que le mari de sa mère ne l'a pas désavoué? L'enfant peut-il repousser la présomption de l'article 218 C.c.? La légitimité étant le seul état enviable et défendable en droit québécois, nos tribunaux ont, pendant fort longtemps, refusé d'entendre tout débat sur la question. La protection de l'enfant, de la stabilité de la famille, de l'ordre public conduisait à cette interprétation limitative. En 1941, la Cour du Banc du Roi affirmait "que la présomption de légitimité de l'enfant né pendant le mariage, existe pour et contre lui; et qu'un enfant n'est pas recevable à revendiquer une autre filiation que celle que lui donne son titre de naissance légitime, car alors il ne pourrait rechercher qu'une filiation adultérine ou incestueuse, ce qui serait contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs"²⁰. Cette décision fut, depuis lors, suivie fidèlement et rigoureusement.

Pourtant, la question se pose. L'enfant n'est-il pas mieux protégé si son statut juridique est conforme à la réalité biologique? N'est-il pas important pour lui de connaître son véritable père ou, si ce dernier est connu, ne doit-il pas remplir les obligations issues de la paternité? La jurisprudence rapportée illustre trois moyens utilisés pour arriver à la vérité: la rectification des registres de l'état civil, la reconnaissance de droits de garde ou de visite, la demande d'aliments.

Par la rectification des actes de l'état civil, on tente de faire inscrire le nom du mari de la mère de l'enfant. L'ex-mari refuse que son nom apparaisse, alléguant qu'il n'est pas le père de l'enfant. Le tribunal s'oppose à cette partie du débat; il ordonne que le nom de l'enfant soit inscrit dans les registres et que l'on omette celui de l'ex-mari. Pourtant, la présomption de l'article 218 C.c. trouvait ici application et l'action en désaveu n'avait pas été exercée²¹. Dans une autre affaire, le juge se montre moins exigeant. Le père naturel ayant reconnu sa paternité, l'action en rectification est accueillie pour que son nom figure à l'acte de naissance²². Dans tous

20. *Guérin v. Moisan*, (1941) 71 B.R. 11; *Gravel v. Tuteur enfants Roch et Procureur Général du Québec*, (1977) C.S. 79; *P. v. Dame L.*, (1949) B.R. 717; *Dame Latour v. D'Anjou*, (1959) C.S. 386; *Bernaquez-Ethier v. Choinière et Landry*, (1962) C.S. 1; *C. es qual. v. D.*, (1964) C.S. 653; *Massie v. Carrière*, (1972) C.S. 735; *Champagne v. Matte*, (1973) C.S. 926; *Belensky v. Beaudet*, (1974) C.S. 435.

21. *Dame Boone v. The Protonotary of the Superior Court et al.*, (1973) C.S. 309.

22. *Dulmaine v. Le Curé de la Paroisse St-André d'Acton et al.*, (1975) C.S. 538.

les cas, cependant, les juges affirment que les actes de l'état civil ne peuvent servir à établir la paternité, encore moins la légitimité.

Le père naturel demande, parfois, la garde de l'enfant et doit se contenter du droit de visites. C'est ce qui ressort de l'affaire *Leruite v. Latreille*²³. La mère s'oppose à la requête, au motif qu'elle est mariée et que, par le jeu de la présomption, son mari dont elle est divorcée, est le père. Le tribunal fait partiellement droit à la requête du père et déclare que la présomption de l'article 218 C.c. est irréfragable uniquement lorsque le titre et la possession d'état sont conformes. Autrement, il devient possible d'établir une filiation autre, fut-elle naturelle adultérine. De plus, la présomption ayant pour but de protéger la dignité du mariage et l'honneur de la famille, le divorce des parties rend inutile la défense d'une fiction. Enfin, le juge laisse entendre que, plutôt que de faire reposer la présomption sur la notion d'ordre public, il serait préférable de penser d'abord, à l'intérêt de l'enfant. Ce jugement, frappant par son réalisme et son bon sens, a fait l'objet de critiques et suscité des commentaires tant de la part des juges que des juristes²⁴. En toute déférence, on a fait remarquer que la première interprétation mentionnée plus haut, est la seule exacte et doit être suivie.

Le problème a été, de nouveau, posé aux tribunaux, lors d'une demande d'aliments de la part des enfants adultérins à leur père biologique²⁵. Les enfants étaient nés alors que leur mère, non divorcée, vivait en concubinage avec leur père naturel qui les avait reconnus. Ils réclamaient des aliments à ce dernier qui alléguait l'article 218 C.c. en défense: les enfants, soutenait-il, étaient nés pendant le mariage, ils étaient donc, légitimes et avaient pour père le mari. Le juge a rejeté cette défense, en reconnaissant aux enfants leur caractère adultérin et le droit à des aliments, et en ordonnant au père biologique de payer une pension. Le tribunal a relevé les divergences très grandes entre les droits français et québécois, ce dernier

23. (1973) C.S. 314; (1972) C.S. 735; (1973) C.S. 309.

24. *Champagne v. Dame Matte*, (1973) C.S. 926; *Bolduc v. St-Pierre*, (1976) C.S. 41; DELEURY et RIVET, "Observations sur la première partie du rapport de l'O.R.C.C. sur la famille", (1975) 16 C. de D. 603, 619, note 95; M. RIVET, "Quand la médecine intervient dans la genèse et la conception, que fait le droit?", (1975) 6 R.D.U.S. 199, 200, note 3; A.F. BISSON, "Les embarras du contentieux de la filiation", (1974) 34 R. du B. 377; R. JOYAL-POUPART, "Vérité juridique v. Vérité biologique", (1973) 8 R.J.T. 155; J. PINEAU, "La situation juridique des enfants nés hors mariage", (1973) 8 R.J.T. 209; "Chronique méchante de méchante législation", (1971) R.J.T. 355.

25. *Brault v. Kenny*, (1976) C.S. 1640; C.A. Montréal, J.E., no 79-75, jugement rendu le 10 janvier 1979 (09-001324-763); J. PINEAU, "Commentaire de l'arrêt Brault c. Kenny", (1976) R.J.T. 562.

n'interdisant pas la recherche d'une paternité illégitime. Les enfants avaient la possession d'état d'enfants illégitimes, et s'il est exact d'affirmer que l'action en désaveu appartient au père seul, cela n'exclut pas une recherche de paternité à l'endroit du père naturel. L'article 218 C.c. il est vrai, protège l'enfant, mais ce dernier peut renoncer à cette protection s'il désire rechercher sa véritable filiation. Enfin, le juge note que la notion d'ordre public est essentiellement variable et qu'il ne faut pas l'interpréter restrictivement. Le tribunal admet que: "un enfant 'légitime' peut réclamer un état d'enfant naturel lorsque son titre de naissance et sa possession d'état ne sont pas conformes"²⁶ et il ordonne au père de payer.

Le père en appelle de cette décision et la cour, à l'unanimité confirme le jugement de première instance. L'appelant a reconnu les enfants, il a signé leur acte de naissance, il a pourvu à leur entretien par la suite. La Cour estime que les enfants avaient une "possession constante d'un rapport de filiation avec l'appelant" qui était lié par sa reconnaissance volontaire et ne pouvait leur opposer la présomption de l'article 218 C.c.

On peut conclure avec un certain degré de certitude, qu'au Québec, l'enfant est protégé par la présomption de paternité, mais il l'est peut-être plus encore par la possibilité de revendiquer une filiation autre. Le père naturel se verra octroyer des droits de visite et imposer des obligations alimentaires, le tout conformément à la reconnaissance qu'il peut faire dans les actes de l'état civil.

II- L'EFFET PARTICULIER DU LIEN DE FILIATION

Le principal et peut-être unique effet de la filiation est de soumettre l'enfant à l'autorité parentale avec les conséquences qui en découlent. L'article 165 C.c. énonce que les époux contractent du seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. L'article 240 C.c. met cette même obligation à la charge des parents naturels. L'enfant, objet de droit, est transformé par les législations récentes, en sujet de droit. Il est désormais détenteur de droits lesquels sont reconnus et appuyés par des textes législatifs.

La puissance paternelle, vestige de droits anciens et désuets, est, au Québec, chose du passé. Depuis novembre 1977, on y a substitué l'autorité parentale. Comme l'indique le rapport de l'Office de révision du Code civil: "deux idées ont inspiré la refonte de cette institution: l'égalité totale des parents et le fait que les droits qui leur sont

26. Jean PINEAU, *Mariage-séparation-divorce: l'état du droit au Québec*, P.U.M., 1976, p. 233.

accordés sur leurs enfants ne leur sont donnés que pour assurer l'exécution de leurs obligations envers eux"²⁷.

A) L'attribution de l'autorité parentale

1- Les enfants soumis à l'autorité parentale

- Le mineur non émancipé

Le Code civil indique, aux articles 243 ss., que le mineur non émancipé est soumis à l'autorité parentale. Cette disposition s'applique à l'enfant légitime ainsi qu'à l'enfant naturel reconnu. L'enfant adopté, "à tous égards et à l'égard de tous" enfant légitime, est également soumis à la même disposition. L'enfant émancipé, par mariage ou par jugement échappe à cette mesure de protection. Car, en définitive, c'est bien de protection qu'il s'agit. L'enfant n'ayant pas l'expérience requise pour "se défendre" dans la vie, les parents doivent assumer ce rôle. Les parents, d'autre part, ayant l'obligation de protéger et guider leurs enfants, il est essentiel de leur accorder les "armes" juridiques pour le faire.

L'enfant non émancipé a aussi des "devoirs", corollaire nécessaire des obligations parentales. Il doit honneur et respect à ses parents (art. 242 C.c.); notion double, difficile à préciser et susceptible de varier dans le temps, dans l'espace, voire même d'une famille à l'autre. D'une part, cette obligation ne comporte pas de sanction civile et d'autre part, ne constituerait pas un manque de respect le fait pour l'enfant d'exercer, contre ses parents, un recours en responsabilité civile sur la base de l'article 1053 C.c.

Puisque l'enfant est soumis à l'autorité parentale, il a l'obligation de résider chez ses parents. Le mineur non émancipé ne peut quitter la résidence familiale sans le consentement de ses parents. L'enfant a droit, on le verra, à des aliments, mais cette obligation est réciproque comme l'ordonne l'article 166 C.c. Il doit, pour se marier, obtenir le consentement de l'un ou l'autre de ses parents (art. 119 C.c.). Ces derniers devront également consentir à un traitement médical, greffe, expérimentation ou don d'organes (art. 20 C.c.). Une exception: l'enfant de plus de 14 ans peut consentir seul à un traitement médical qui ne nécessite pas une hospitalisation de plus de 12 heures. Si l'hospitalisation est nécessaire, le médecin et/ou l'hôpital doivent *en avertir* les parents²⁸. Enfin, l'enfant n'a pas

27. O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, deuxième partie, Montréal, 1975, no XXXVI, p. 34.

28. *Loi de la protection de la santé publique*, L.Q. 1972, c. 42, art. 36.

l'administration de ses biens, comme nous le verrons dans la seconde partie.

2- Les parents titulaires de l'autorité parentale

Les amendements de novembre 1977 ont eu pour principal effet de placer, en regard de l'enfant, le père et la mère sur un pied d'égalité. Il faut voir maintenant comment s'exerce concrètement l'autorité parentale.

a) Situation normale

Le père et la mère détiennent l'autorité parentale. Si l'un d'eux décède ou devient incapable, l'autre en sera seul le détenteur. Le rapport de l'O.R.C.C. remarque "que les parents exercent cette autorité parentale indépendamment du lien matrimonial". L'autorité dérive, en effet, uniquement de la qualité de père ou de mère²⁹. La situation matrimoniale n'a pas pour effet de libérer l'un des parents de ses obligations à l'égard de l'enfant.

Égalité n'est pas synonyme d'entente; aussi a-t-il fallu prévoir une solution en cas de conflit. L'article 245 d) C.c. énonce que le père ou la mère peut, sur requête, saisir le tribunal de tout différend relatif à l'exercice de l'autorité parentale. Le tribunal ordonne, alors, les mesures appropriées dans l'intérêt de l'enfant. L'office commente ainsi cette disposition: "Étant donné que l'exercice de l'autorité parentale se répartit également entre les deux parents, aucun d'eux ne peut prétendre avoir un droit de priorité dans les décisions. Il semble indispensable de recourir à un arbitre en cas de conflit. Le tribunal serait, donc, appelé à résoudre ce genre de difficulté et il le ferait en s'inspirant du principe de l'intérêt de l'enfant qui constitue l'une des règles de base du droit familial nouveau"³⁰. L'intervention du juge dans les affaires de famille suscite de nombreux commentaires, sinon des critiques sévères. Pourtant, l'intervention d'un tiers indépendant dans les décisions concernant l'enfant constitue une garantie de l'objectivité et une protection additionnelle du meilleur intérêt.

b) Situations anormales

Nous retenons ici deux hypothèses: la première où l'autorité est exercée par un tiers, la seconde ayant trait au divorce.

29. Rapport de l'O.R.C.C., p. 44; *Bockler v. Bockler*, (1974) C.A. 41.

30. Rapport de l'O.R.C.C., p. 48; *Ruest v. Provencher*, (1968) R.L. 378.

L'autorité parentale sera, à l'occasion, exercée par des tiers en vertu du pouvoir de délégation reconnu à l'article 245 C.c.: "le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, l'éducation ou la surveillance de l'enfant. Cette délégation est révocable en tout temps". Les présomptions de responsabilité édictées à l'article 1054 C.c. sont fondées sur ce pouvoir de délégation. Un tiers exercera l'autorité parentale dans le cas de retrait ou de déchéance. Un enfant retiré de son foyer par le juge et confié à une famille d'accueil, sera soumis aux personnes à qui le juge en a remis la garde.

Le divorce rompt le lien matrimonial entre les conjoints, mais n'affecte en rien le lien de filiation. Concrètement, l'enfant subit les répercussions de l'échec des parents. La garde des enfants, issus du mariage, est parfois l'enjeu d'une bataille féroce, chaque conjoint voyant là une arme utile dans le combat qu'il livre à l'autre. Si certains parents s'entendent dans la convention de séparation, il reste de nombreux cas où le juge doit trancher. En vertu de quels critères le fera-t-il? C'est l'intérêt de l'enfant qui est le principe directeur et c'est ici que la notion de protection prend toute sa signification. Il convient, donc, de préciser certains des éléments qui guideront le juge dans sa décision.

L'article 215 C.c. prévoit que le juge peut accorder la garde de l'enfant au père, à la mère ou à des tiers³¹. Pour décider du meilleur intérêt de l'enfant, il tiendra compte de l'âge et du sexe de l'enfant, de l'âge et la conduite des parents, de l'opinion de l'enfant, de la possibilité de lui offrir un foyer relativement normal, de l'équilibre psychologique de l'enfant et, enfin, occasionnellement, de la race et de la religion. La conduite des parents fut, pendant longtemps, le seul critère déterminant dans l'octroi de la garde. Il fut remplacé par celui de l'âge de l'enfant: un enfant jeune était presque toujours confié à la mère. À l'heure actuelle, il n'est pas faux d'affirmer que les juges québécois accordent une importance mitigée aux critères énoncés plus haut. L'argument convaincant est celui du meilleur intérêt de l'enfant évalué par le juge, à partir de la preuve de faits qui lui est présentée et sur laquelle il a la plus entière discrétion³².

31. *Dame M. v. C.*, (1968) C.S. 219; *Dame B. v. I.*, (1970) C.S. 17; *Blanchette v. Collin*, (1972) C.A. 352; *Dufour v. Dufour*, (1974) C.S. 434; *Trudeau v. Ouellette*, (1972) C.S. 699. Sur les conflits entre la Cour supérieure et la Cour du Bien-Être Social (Tribunal de la jeunesse) voir *Beaulne v. Briand*, (1976) C.S. 344; *Thériault v. Belhumeur*, (1976) C.S. 1443; *M. v. P.*, (1976) C.S. 1445.

32. La jurisprudence et la doctrine sont abondantes. À titre indicatif, nous citons: *Perreault v. Demers*, (1974) C.S. 530; *Jones v. Jones*, (1975) C.S. 67; *Villeneuve v. Adam*, (1975) C.S. 738; *Gravel v. Gravel*, (1975) C.A. 387; *Boucher v. Béli-*

Lorsque les deux parents sont également "méritants" et qu'ils y consentent, une enquête psychosociale est menée; le rapport en est soumis au juge à titre indicatif seulement. Rappelons, enfin, que l'octroi de la garde est toujours revisable.

La décision du juge en matière de garde ne met pas toujours le point final à la lutte que se livrent les ex-conjoints. Le deuxième "round" s'engage au niveau de l'exécution de l'ordonnance: le respect des droits de visite, de sortie et de garde, le paiement de la pension. Les journaux font état, abondamment, des sensationnels rapt d'enfants. Les règles du droit international privé tentent d'y apporter une solution³³. L'on entend moins parler des drames qui se vivent dans les limites d'une même juridiction. Il devient nécessaire, alors, d'avoir recours à des moyens extraordinaires: l'*habeas corpus*³⁴ et l'outrage au tribunal³⁵. L'on est en droit de se demander où, dans ce contexte, est passé l'intérêt de l'enfant.

Cette digression nécessaire sur la garde des enfants dans le cadre de la dissolution de la famille nous ramène vers l'autorité parentale et la protection de l'enfant. Le jugement accordant la garde à l'un des parents ne prive pas l'autre de l'autorité parentale. Concrètement, c'est l'exercice de cette autorité qui est aménagé différemment. Celui des parents qui n'a pas obtenu la garde est débiteur des mêmes obligations. Quant à la protection de l'enfant, les juges, exerçant leur pouvoir discrétionnaire, tentent, parfois, l'impossible pour sauver les enfants de cette situation malheureuse.

veau, (1975) C.S. 945; X. v. Z., (1975) C.S. 508; Antony v. Williams, (1975) C.A. 112; Blouin v. Angers, (1975) C.A. 575; Hébert v. Landry, (1975) C.A. 108; Benoit v. Bisailon, (1976) C.S. 1651; Favreau v. Ethier, (1976) C.S. 48; Descôteaux v. Descôteaux, (1972) C.A. 279; Gensiuk v. Jablonowski, (1973) C.A. 988; Talsky v. Talsky, (1976) 2 R.C.S. 292; MacDonald v. MacDonald, (1976) 2 R.C.S. 259; Retzer v. Retzer, (1975) 2 R.C.S. 881; Monique OUELLETTE-LAUZON, "La notion d'intérêt de l'enfant", (1974) 9 R.J.T. no 3, 367; C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence*, Publication de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1978; GOLDSTEIN, FREUD, SOLNIT, *Beyond the Best Interest of the Child*, MacMillan Publ. Co., New York, 1973.

33. E. COLVIN, "Custody Orders under the Constitution", (1978) *R. du B. C.*, Vol. 56, no 1, p. 1; C. DAVIES, "Interprovincial Custody", (1978) *R. du B. C.*, vol. 56, no 1, 17; *Travaux du treizième colloque international de droit comparé*, tenu en octobre 1975, Ed. U. d'Ottawa, 1978.

34. Y. v. Z., (1975) C.S. 290; X. v. Y., (1975) C.S. 496; Docteur Y. v. Me C., (1975) C.S. 392; Moss v. Netscher-Moss, (1975) C.S. 1141; Carrier v. Sabourin et Frère Jean Grégoire de la Trinité, (1976) C.S. 460; Tourville v. Rondeau et Parent, (1977) C.A. 46.

35. A. POPOVICI, *L'outrage au tribunal*, Ed. Thémis, Montréal, 1977; Novak v. Oiknine, (1976) C.S. 220; Skalandziunaite v. Mazevicius, (1976) C.S. 1452; Lebeau v. Dan-durand, (1976) C.A. 761.

Ils y arrivent dans la mesure où les parents divorcés acceptent de faire primer l'intérêt de l'enfant sur leurs propres intérêts. La représentation de l'enfant, par avocat, dans les conflits familiaux apparaît indiscutable.

B) Les attributs de l'autorité parentale

Les commentaires antérieurs sur les titulaires et bénéficiaires de l'autorité parentale ont fait pressentir les attributs de l'autorité que nous allons maintenant préciser.

1- Les droits et devoirs des parents

L'article 165 C.c. stipule que: "les époux contractent par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants". L'article 174 C.c. ajoute: "la femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement". Le père et la mère exercent ensemble l'autorité parentale, sauf disposition contraire. Les parents ont l'obligation d'entretenir et d'éduquer leurs enfants; ils ont le droit de garde et de correction.

a) Entretien et éducation

Les parents doivent des aliments à leurs enfants; cette obligation est réciproque bien que, dans les faits, inégale. Le terme "aliments", entendu dans un sens large, dépasse largement la nourriture pour inclure le logement, les vêtements, et peut-être une certaine forme de loisirs et de culture. Des décisions récentes laissent entendre, avec réticence parfois, que les aliments incluraient des frais de scolarité. Ce qui n'est pas sans une certaine logique: les parents doivent pourvoir à l'établissement de leurs enfants. Leur donner une éducation adéquate n'est-il pas le meilleur moyen de remplir cette obligation? L'obligation "d'établir" les enfants n'est pas réciproque, il va de soi, et l'obligation alimentaire, à l'égard de l'enfant mineur, existe, quelle que soit la fortune personnelle de celui-ci.

Ajoutons que l'obligation alimentaire des parents peut être exercée en nature comme le prévoit l'article 172 C.c.: "le tribunal prononce également si le père ou la mère qui, quoique capable, offre de recevoir, nourrir et entretenir l'enfant à qui il doit des aliments, doit dans ce cas, être dispensé de payer la pension alimentaire". Mesure de protection, sûrement, mais arme redoutable aux yeux de plusieurs adolescents!

Au terme de l'article 200 C.c., le juge peut statuer sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants pendant l'instance en divorce.

L'article 212 C.c. prévoit les solutions possibles après le divorce. Le tribunal pourra ordonner à l'un des époux de verser, pour l'entretien de l'autre époux et des enfants, des sommes jugées raisonnables. Le juge pourra de nouveau se prononcer sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants.

Les mesures de protection énoncées plus haut sont mises en échec par le principe de la liberté illimitée de tester reconnu en droit québécois. Vivants, les parents ne peuvent se dérober aux obligations du Code civil; morts, la situation peut être tout autre. Les parents sont totalement et absolument libres de déshériter leurs enfants. Ces testaments seraient inattaquables, pour cette seule cause; les parents n'auraient fait qu'exercer un droit absolu et discrétionnaire reconnu par la loi.

Les dispositions vues jusqu'ici s'appliquent aussi bien à l'enfant naturel que légitime. L'article 240 C.c. énonce que les parents doivent nourrir, entretenir et élever leurs enfants naturels. Une réserve apparaît à l'article 768 C.c. au chapitre des donations: "les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins sont limitées à des aliments. Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entre vifs comme toute autre personne". La liberté illimitée de tester, nuisible à l'occasion, peut faire disparaître la discrimination qui existe encore entre enfant légitime et naturel. L'enfant naturel n'est pas appelé à une succession *ab intestat*. Rien n'empêche ses parents de tester en sa faveur et de rétablir ainsi "l'équilibre".

b) Garde et correction

Le mot garde serait ici synonyme de surveillance: les parents, qui doivent donner à leur enfant une bonne éducation, ont, pour remplir leur obligation, le droit de surveiller et de corriger leur enfant. L'article 245 a) C.c. ordonne à l'enfant mineur non-émancipé de ne pas quitter la résidence familiale sans le consentement du titulaire de l'autorité parentale. L'étendue de la surveillance exercée variera selon l'âge de l'enfant, son caractère, ses tendances, la conception même que les parents se font de la "bonne éducation". Cette norme, tributaire du milieu social, peut varier d'une famille à l'autre.

Aborder le droit de correction suggère à l'esprit des incidents tous plus horribles les uns que les autres. Le Code civil affirme pourtant, à l'article 245 b), sanctionné en décembre 1977, que "le titulaire de l'autorité parentale a sur l'enfant un droit de correction modéré et raisonnable". Le Code criminel prévoit ce qui suit à

l'article 43: "Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondée à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances".

Ces articles reconnaissent aux parents le droit d'imposer des punitions voire même des châtiments corporels. Que signifient "correction *modérée et raisonnable*, mesure *raisonnable*"? Il s'agirait de corrections généralement infligées, de corrections proportionnées à la faute. La modération et la raison constituent un idéal à poursuivre pendant toute une vie, objectif parfois ignoré de certains parents. D'où la nécessité des lois de protection de la jeunesse et d'un contrôle de l'autorité parentale³⁶.

2- Le contrôle de l'autorité publique sur l'exercice de l'autorité parentale

a) Déchéance totale et retrait partiel

L'amendement apporté au Code civil en 1977, en plus d'accorder un statut d'égalité au père et à la mère, dans l'exercice de l'autorité parentale, confirme l'ingérence de l'État en matière familiale, en prévoyant des mesures de retrait de cette autorité. Les parents auront, désormais, à répondre de leur comportement devant une autorité supérieure. L'article 245 e) C.c. énonce que "le tribunal peut, sur requête, pour motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer la déchéance totale ou partielle de l'autorité à l'égard du père ou de la mère ou des deux".

Deux sortes de déchéances sont prévues; la déchéance totale, juridiction exclusive de la Cour supérieure, enlève aux parents, ou à celui qui en fait l'objet, tous les attributs de l'autorité parentale. L'enfant "n'appartient" plus à ses père ou mère, ce qui comporte, comme nous le verrons, des effets extrêmement graves. La déchéan-

36. Les textes et études sont nombreux. À titre indicatif, nous mentionnons les suivants: E. DELEURY, "Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements, 1974, L.Q. Ch. 59", (1975) 16 C de D. 937; A. PARIZEAU, *L'envers de l'enfance*, Ed. La Presse, Montréal, 1976; P. et J. DE COURCY, *A Silent Tragedy, Child Abuse in the Community*, Alfred Pub. Co., E.-U., 1973; A. KEMPE et R. HELFER, *L'enfant battu et sa famille*, Ed. Fleurus, Paris, 1977, traduction; *Dame Bouffard v. La Reine*, (1973) C.A. 128; DELEURY et RIVET, "La protection sociale et judiciaire de la jeunesse, premier pas vers une réforme globale du droit de la famille," (1978) 19 C. de D. 507.

ce partielle retirera aux parents ou à celui qui en fait l'objet, certains attributs seulement de l'autorité, la garde matérielle par exemple. La déchéance partielle peut être prononcée par le Tribunal de la jeunesse et/ou par la Cour supérieure.

L'article 245 e) C.c. indique, comme cause de déchéance, "un motif grave". Pour interpréter cette disposition que le législateur n'a pas jugé bon de préciser, la consultation du rapport de l'Office de Révision du Code civil apparaît pertinente. On y lit à l'article 10 que constituerait un "motif grave" les situations suivantes: la condamnation d'un parent pour crime sur la personne de l'enfant (enfant battu et maltraité), la négligence grave des devoirs envers l'enfant, l'abandon de l'enfant pendant plus de six mois, l'abus manifeste d'autorité. L'article 38 de la *Loi de la protection de la jeunesse* décrit des situations qui nécessitent l'intervention sociale dans le but de protéger la sécurité et le développement de l'enfant. Pour n'en citer que quelques-unes, on interviendra lorsque le développement mental, émotif ou physique de l'enfant est menacé par l'isolement où il est tenu, ou par l'absence de soins appropriés; lorsque l'enfant est gardé par une personne dont le comportement ou le mode de vie constitue pour lui un danger physique ou moral; lorsque l'enfant d'âge scolaire ne fréquente pas l'école; lorsque l'enfant est victime d'abus sexuels ou soumis à de mauvais traitements. Les juges de la Cour supérieure s'inspireront, on l'espère, de ce projet pour appliquer la règle un peu trop concise du Code civil, et dont l'interprétation est laissée à leur entière discrétion.

Le jugement prononçant la déchéance de l'autorité parentale prive le parent de l'exercice (total ou partiel) des "prérogatives" que l'autorité parentale lui accordait. L'enfant pour sa part, sera libéré de l'obligation alimentaire mais conservera son recours contre le parent déchu.

Les effets de la déchéance totale peuvent être catastrophiques. En effet, la *Loi de l'adoption* a été amendée pour inclure, dans la liste des enfants susceptibles d'adoption, les enfants légitimes et naturels dont les parents ont fait l'objet d'un jugement de déchéance. La déchéance totale peut, donc, conduire à la rupture du lien de filiation. Cette mesure est d'autant plus extrême que rien n'est prévu, au Code civil, pour rétablir l'autorité parentale. Il n'y a pas de mesure de réhabilitation. L'O.R.C.C. avait, pourtant, prévu que "le parent qui a fait l'objet d'une déchéance ou d'un retrait de droits, peut, par requête, obtenir en justifiant de circonstances nouvelles, que lui soient restitués, en tout ou en partie, les droits dont il avait été privé, sous réserve des dispositions relatives à l'adoption". Le légis-

lateur a refusé ou plus probablement oublié, dans sa hâte, de reproduire cette disposition dans le texte de loi.

Que penser de cette carence? L'intérêt de l'enfant, sa protection, son développement normal doivent venir au premier rang des préoccupations juridiques en la matière; la déchéance, comme institution, n'a rien de révoltant. Mais les circonstances pouvant varier à l'infini, il apparaît profondément injuste de refuser le "pardon" et d'ériger cela en système. L'absence de réhabilitation risque de saboter les fins mêmes du retrait d'autorité. Le juge, sachant sa décision finale et irrévocable, hésitera à prononcer une sanction si lourde de conséquences. Or, provisoirement, l'intérêt de l'enfant pourrait commander la déchéance totale de l'autorité parentale. Si, à cause des conséquences, le juge hésite à la prononcer, l'enfant sera privé d'une protection à laquelle il a droit. D'autre part, les causes de déchéance disparaissant, le meilleur intérêt de l'enfant réside non dans l'adoption, mais dans le retour à son milieu naturel, c'est-à-dire sa famille. En dépit de ces réserves, le retrait de l'autorité parentale constitue en droit québécois une mesure de protection réelle bien qu'exceptionnelle.

b) Assistance éducative

Cette institution connue en droit français, n'existe pas dans les textes législatifs québécois. Dans les faits, le Code civil et, plus encore, la *Loi de la protection de la jeunesse*, sont complétés par l'action de nombreux services sociaux dont l'objectif premier est d'apporter aide et assistance aux enfants et à leur famille en difficulté. Les directives en ce domaine viennent du droit social et non du droit civil.

Ainsi, peut-on dire que, sur le plan strict du droit civil, l'enfant semble être adéquatement protégé par les règles relatives au droit de la filiation, dans les rapports personnels qu'il est amené à entretenir avec ses parents, et cela quel que soit son statut d'enfant légitime, naturel ou adoptif.

Indépendamment de ces règles, et notamment des obligations légales qu'ont les parents à l'égard de leurs enfants, quant à leur entretien, le Code civil a organisé un système permettant de protéger également le patrimoine du mineur.

DEUXIÈME PARTIE

LA PROTECTION DE L'ENFANT PAR LES RÈGLES GOUVERNANT LE DROIT PATRIMONIAL

Tout d'abord, on précisera qu'en vertu de l'article 246 C.c., l'âge de la majorité qui, lors de la codification en 1866 avait été fixé à 21 ans accomplis, a été ramené à 18 ans à la fin de l'année 1971. Or, toute personne qui n'a pas atteint l'âge de la majorité, est frappée d'une incapacité d'exercice qui la rend inapte à accomplir un acte juridique.

S'agissant, toutefois, d'une incapacité de protection, cette mesure ne signifie pas que tout acte juridique passé par un mineur seul sera nul: il sera seulement susceptible d'annulation. Encore faut-il comprendre que cet acte accompli par le mineur seul sera annulable, en principe, sur la base de la lésion, et non point sur la seule base de l'incapacité.

Le mineur étant, ainsi, déclaré par la loi inapte à exercer les droits dont il est titulaire, le législateur a aménagé un système de tutelle et de curatelle qui prévoit la possibilité pour ce mineur de se faire représenter par un tuteur ou assister par un curateur selon qu'il s'agit d'un mineur non émancipé ou d'un mineur émancipé.

On se contentera de signaler ici que l'émancipation est obtenue automatiquement par le mariage du mineur, ou qu'elle est conférée, à la demande du mineur lui-même ou de toute autre personne intéressée, par le juge sur avis d'un conseil de famille. On ajoutera, pour l'instant, que le mineur émancipé possède un statut de demi-capacité ou demi-incapacité si l'on préfère.

Ainsi, le mineur est-il protégé, d'une part, par l'application que font les tribunaux de la notion de lésion, en accordant au mineur (ou à son représentant) l'action en rescision pour cause de lésion, et, d'autre part, par la mise en place d'un régime de tutelle ou de curatelle.

I- L'APPLICATION DE LA NOTION DE LÉSION

Cette notion a fait l'objet, depuis fort longtemps, de nombreuses et longues études. On définit généralement la lésion comme un déséquilibre entre les prestations des contractants. On ajoutera que le législateur québécois l'analyse comme un vice du consentement, puisque les dispositions la concernant se trouvent dans la section du Code civil traitant de l'erreur, du dol et de la crainte, imitant, notamment en cela, le Code civil français³⁷.

37. J.L. BAUDOIN, *Les obligations*, P.U.M., 1970, nos 150 et s., principalement no 153.

Toutefois, on doit signaler que les tribunaux québécois se sont montrés, parfois, très "compréhensifs" à l'égard du mineur; des contrats conclus par un mineur seul — et en particulier des achats — ont été annulés sur la base de la lésion, alors même qu'il n'y avait aucun déséquilibre entre les prestations des deux parties: cependant, les juges ont relevé que le contrat était, pour le mineur, source d'embarras ou qu'il impliquait des dépenses futiles ou inutiles, compte tenu de sa situation³⁸. C'est, sans doute, une application douteuse de la notion de lésion telle qu'on la présente de façon classique, mais c'est une façon efficace de protéger le patrimoine du mineur.

Les contrats ainsi annulables sont ceux que le mineur a accompli seul, alors qu'il aurait dû être représenté par son tuteur, s'il est un mineur non émancipé, ou assisté par son curateur s'il est un mineur émancipé.

Une autre disposition de la loi prévoit la possibilité pour le mineur de n'avoir pas nécessairement à se conformer à la règle de la *restitutio in integrum* que suppose l'anéantissement rétroactif du contrat, effet de l'annulation. Conformément à l'article 1011 C.c., le mineur n'a à restituer que ce qu'il n'a pas encore dissipé ou ce qui a tourné à son profit: on retrouve ici l'article 1312 du Code civil français.

II- LE RÉGIME DE TUTELLE

Contrairement au droit français, le droit québécois montre une certaine méfiance à l'égard de la famille du mineur. C'est ainsi qu'il ignore l'administration légale des biens du mineur par ses parents. Tout mineur qui désire ester en justice ou accomplir un acte juridique doit être normalement représenté par un tuteur s'il n'est pas émancipé, ou assisté par un curateur s'il est émancipé.

On limitera cet exposé au statut du mineur non émancipé, le mineur émancipé n'ayant plus besoin d'une protection aussi soutenue puisqu'il est proche de la majorité et, par conséquent, de l'état de personne capable.

Il convient d'examiner dans quelle mesure le mineur est protégé par la tutelle dans son organisation et dans son fonctionnement.

A) L'organisation de la tutelle

En droit québécois, toutes les tutelles — ainsi, d'ailleurs, que les curatelles — sont dites datives, alors qu'en réalité, on le verra, elles

38. Cf. par exemple *Aubin v. Marceau*, (1932) 70 C.S. 408; *Grenier Automobile Enrg. v. Thauvette*, (1969) C.S. 159.

sont plutôt judiciaires. L'analyse du mode de nomination du tuteur et du rôle que joue celui-ci, nous montrerons combien le droit québécois est soucieux de ne point mélanger les affaires et les sentiments; l'étude des organes de contrôle nous permettra, ensuite, d'apprécier la "mission" de chacune des parties intéressées.

1- La nomination et le rôle du tuteur

Contrairement au droit français qui connaît plusieurs systèmes de nomination, dans lesquels la famille du mineur joue un rôle prépondérant, le droit québécois s'en tient à un mode unique de nomination: en vertu de l'article 249 C.c., "Toutes les tutelles sont datives. Elles sont déferées, conformément au Code de procédure civile, sur avis du conseil de famille, par un juge ayant juridiction dans le district où le mineur a son domicile ou par le protonotaire de ce district".

Ainsi, le conseil de famille ne joue-t-il qu'un rôle subsidiaire; certes, il est amené à donner son avis, mais le juge seul décide de nommer tuteur tel individu plutôt que tel autre. Ce dernier n'est aucunement lié par l'opinion du conseil de famille, même si celle-ci devait être unanime, et il n'est aucunement tenu de donner les raisons de son choix. Dans les faits, il suivra, le plus souvent, l'avis émis par le conseil, mais, au cas de dissension parmi les membres du conseil, son choix demeure réel. Si, donc, une tutelle est dite dative lorsqu'elle est déferée par le conseil de famille, ce n'est pas le cas en droit québécois; mais l'exigence de la consultation du conseil de famille nous interdit de prétendre qu'elle est véritablement judiciaire. Néanmoins, elle est plus proche de la tutelle dative que de la tutelle judiciaire.

Le plus souvent, le juge nommera tuteur une personne choisie parmi les membres composant le conseil de famille, mais rien dans la loi ne l'y oblige. La tutelle étant une charge obligatoire, elle ne peut se refuser. Toutefois, le législateur a prévu certaines causes d'excuses, qui dispensent de l'accepter (arts 272 à 278 C.c.). On se contentera de noter que le juge a entière discrétion quant à la protection des intérêts de l'enfant et qu'en conséquence, même si l'excuse invoquée n'entraîne pas dans le cadre des dispositions de la loi, le juge pourrait apprécier et accéder au désir de celui qui refuse, si le motif permettait au juge de comprendre que le choix effectué n'était pas le plus judicieux.

Cependant, la loi prévoit l'impossibilité pour certaines personnes d'être nommées tuteur (art. 282 C.c.). Les mineurs ne peuvent pas être tuteurs, puisqu'ils sont eux-mêmes frappés d'incapacité, comment pourraient-ils protéger d'autres incapables? Néanmoins, le

père mineur peut être nommé tuteur et il est tenu d'accepter la charge; la mère mineure a, elle aussi, droit à la tutelle de ses enfants mineurs, mais elle n'est pas tenue de l'accepter. Ces père et mère mineurs, ayant été émancipés par le mariage, sont limités dans leurs pouvoirs qui ne sont pas aussi étendus que ceux d'un tuteur majeur; même si un représentant peut agir en tant que tel sans avoir la capacité juridique, il sera délicat pour ce tuteur de poser, au nom d'un incapable, un acte que ne peut pas poser seul un mineur émancipé. On peut entrevoir certaines difficultés.

Pareillement, dans le but de protéger le mineur, le législateur a prévu des causes d'exclusion et de destitution de la tutelle: une condamnation à une peine infamante (art. 284 C.c.), une inconduite notoire, une gestion attestant "l'incapacité ou l'infidélité" (art. 285 C.c. et art. 68 C.P.C.).

Autre différence entre le droit québécois et le droit français, le droit québécois distingue nettement la tutelle à la personne de la tutelle aux biens: comme on l'a dit, les sentiments et les affaires ne doivent pas être confondus.

a) Le tuteur à la personne

Tant que les père et mère du mineur sont vivants ou tant que l'un d'eux est apte à exercer l'autorité parentale, il n'y a pas lieu de lui désigner un tuteur. L'autorité parentale est un droit — et même un devoir — qui ne peut être enlevé aux parents que dans le cas très exceptionnel et très nouveau, en droit québécois, de la déchéance; l'exercice de cette autorité peut faire l'objet d'un retrait partiel, on l'a vu, dans des cas également exceptionnels, ou peut être rendue impossible pour l'un des parents dans l'hypothèse où les père et mère de l'enfant ne cohabitent plus. Toutefois, tant que l'un des deux est en mesure d'exercer cette autorité, l'enfant ne pourra pas être soumis à un tuteur.

Aussi, devra-t-on procéder à la nomination d'un tuteur à la personne, lorsque, précisément, aucun des père et mère ne peut exercer cette autorité, soit parce qu'ils sont décédés, soit parce qu'ils ne sont plus aptes à le faire.

Le tuteur à la personne doit, selon les termes du législateur, "prendre soin de la personne du mineur" (art. 290 C.c.): il doit se comporter de la même manière que ceux qu'il remplace, c'est-à-dire les parents. Il a, envers l'enfant, les mêmes devoirs, sans pour autant avoir nécessairement les mêmes droits (par exemple, le droit aux aliments). Il a une "mission paternelle" qui lui donne toute autorité (y compris un droit de correction "raisonnable et modéré"): d'où les pouvoirs que lui confèrent les articles 120, 138 et 150 C.c., quant au

consentement au mariage du mineur, quant à l'opposition et à l'action en nullité de mariage.

b) Le tuteur aux biens

Du vivant même des parents et alors même qu'ils sont aptes à exercer l'autorité parentale, un tuteur devra être nommé dès que le mineur a des biens à administrer ou des droits à faire valoir. Ce pourra être l'un des parents, mais ce pourrait être aussi bien une personne autre: le conseil de famille donnera son avis et le juge en disposera.

Un mineur né de parents étrangers ou domiciliés hors du Québec pourrait se voir nommer un "curateur aux biens" pour le représenter, lorsqu'il possède des biens ou a des droits à exercer au Québec et que la loi de son domicile ne pourvoit pas à ce qu'il ait un représentant (art. 348 a) C.c.): ce "curateur" aurait les pouvoirs et les fonctions d'un tuteur.

Un mineur pourrait même avoir plusieurs tuteurs: un pour sa personne et un autre pour ses biens, si le juge en décidait ainsi, les qualités requises pour le rôle du premier étant différentes de celles requises pour le rôle du second... De la même façon, il pourrait avoir plusieurs tuteurs pour ses biens lorsqu'il possède des immeubles éloignés les uns des autres ou situés dans différents districts judiciaires. Le législateur recommande, néanmoins, au juge de n'en nommer qu'un seul: "L'on ne nomme qu'un seul tuteur à chaque mineur, à moins que..." (art. 265 C.c.).

On ajoutera qu'il peut y avoir lieu de désigner un tuteur "ad hoc", spécialement chargé d'un acte déterminé, dont la fonction consiste à représenter le mineur dans l'affaire pour laquelle il a été spécialement nommé. La loi prévoit la nomination d'un tuteur "ad hoc" dans le cas du mariage d'un enfant naturel lorsque celui-ci n'a ni père ni mère ou lorsque ses parents se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté (art. 121 C.c.); on se demande, d'ailleurs, pourquoi un tuteur "ad hoc" serait ici nécessaire, lorsque cet enfant naturel a déjà un tuteur: cet enfant est dans une situation identique à celle de l'enfant légitime. Il est clair que le législateur songe ici à l'enfant "sans famille". De la même manière, un tuteur "ad hoc" sera nommé dans un cas particulier d'opposition au mariage (art. 140 C.c.), dans le cas du désaveu d'un enfant (art. 225 C.c.), dans le cas de conflit d'intérêts entre le tuteur et le pupille (art. 269 C.c.), dans le cas d'acceptation de donation (art. 303 C.c.), dans le cas du partage (art. 693 C.c.), dans le cas de poursuite contre le conjoint survivant à raison de l'usufruit légale (art. 1435 C.c.), dans

le cas de vente d'un immeuble possédé par le tuteur et son pupille (art. 895 C.c.).

Mis à part le tuteur "ad hoc", le tuteur aux biens est essentiellement chargé de la gestion du patrimoine du mineur et ne possède une autorité sur la personne de l'enfant que dans la mesure où il cumule les deux charges. Ses fonctions étant gratuites, il ne peut demander aucune rémunération: il aura seulement droit au remboursement de ses dépenses.

2- Les organes de contrôle

Les activités du tuteur sont surveillées par un groupe de personne formant un conseil de famille et par un personnage appelé le subrogé tuteur.

a) Le conseil de famille

Contrairement au droit français qui, lors de la codification, a fait du conseil de famille le pivot de la tutelle, le droit québécois l'a relégué au second plan, malgré le rôle qu'il est amené à jouer. Il est tout à fait remarquable que le chapitre deuxième du titre neuvième du Code civil comprend une section entière sur la nomination du tuteur et une autre section sur le subrogé tuteur, alors que seules quelques dispositions sont consacrées au conseil de famille dans la section traitant précisément de la nomination du tuteur.

Le conseil de famille est, avant tout, une assemblée de parents et alliés du mineur. Y sont appelés, d'abord, les plus proches parents et alliés, sans égard au degré de parenté au nombre de sept au moins, et pris tant dans la ligne paternelle que maternelle, aussi également que possible (art. 251 C.c.). On retrouve, là, les caractéristiques traditionnelles de la composition de ce conseil: la parenté ou l'alliance étant, *a priori*, un gage d'affection, il est dès lors normal d'y retrouver "la famille" au sens "ancien" du concept, par opposition à la "famille nucléaire".

Ces parents peuvent être du sexe masculin ou féminin, mais ils doivent être majeurs et résidant dans le district judiciaire où doit se faire la nomination du tuteur (art. 252 C.c.). L'exigence de la majorité se conçoit aisément: on a déjà relevé les difficultés susceptibles de se présenter lorsque le tuteur est un parent mineur émancipé. La nécessité d'avoir sa résidence dans le district où est nommé le tuteur s'explique aussi aisément: en vertu de l'article 83 C.c., le mineur a son domicile chez ses père et mère ou tuteur; c'est, donc, en ce lieu que sera également le domicile de la tutelle: c'est là que se trouve, en principe le patrimoine du mineur. Il importe, par consé-

quent, de choisir les membres du conseil parmi les parents qui demeurent le plus près possible du mineur³⁹.

Dans l'hypothèse où ces parents ne se trouveraient pas en nombre suffisant dans ce district, ils pourraient être pris dans les autres et "même à défaut de parents de l'une et de l'autre ligne, les amis du mineur peuvent être appelés pour former ou compléter le nombre requis" (art. 253 C.c.). Cette disposition se réfère à l'article 409 ancien du Code civil français, comme étant au même effet. Pourtant, il diffère dans sa rédaction et semble n'admettre le recours aux amis qu'en dernier ressort, à défaut de trouver des parents de l'un et de l'autre ligne dans le district judiciaire du mineur ou ailleurs. Ainsi, semble-t-il, la loi donne préférence aux parents et aux alliés (que le législateur a, d'ailleurs, omis de mentionner) et ne permet d'appeler les amis que lorsque les membres de la famille ne répondent pas à l'appel ou sont en nombre insuffisant; dans les faits, il s'avère que cette dernière hypothèse se présente fréquemment et que le conseil est, parfois, composé uniquement d'"amis" qui, nous dit-on, sont plus proches du protonotaire que du mineur. Le Code civil québécois n'a pas éprouvé le besoin, contrairement au Code civil français dans son ancien article 409, de définir les "amis du mineur" comme "des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur". Nous avons écrit, ailleurs, que cela excluait les personnes errant dans les couloirs du Palais de Justice!

Si, par extraordinaire, des parents ou alliés du mineur, qualifiés à faire partie du conseil, n'y étaient pas appelés, ils auraient le droit de s'y présenter et d'y donner leur avis comme s'ils avaient été régulièrement convoqués (art. 254 C.c.).

En revanche, on s'est demandé si l'aubain, parent ou allié du mineur, pouvait faire partie de ce conseil. On a refusé à l'aubain le droit d'être tuteur (même tuteur de son propre enfant), sous le prétexte que, la tutelle étant une charge publique, seuls les nationaux pouvaient participer à l'administration de la chose publique et être délégués de l'autorité judiciaire. Compte tenu de la minceur du rôle du conseil de famille et du contrôle exercé sur lui par le juge, ses membres participent assez peu, en droit, à l'exercice du pouvoir judi-

39. On s'est demandé, d'ailleurs, si, le mineur changeant de domicile au cours de la tutelle, le domicile de la tutelle changeait également. La question est controversée, mais la doctrine dominante enseigne que le domicile de la tutelle est immuable et qu'il demeure fixé au lieu où la tutelle a été établie. Cf. L.-P. SIROIS, *Tutelles et curatelles*, Québec, Imprimerie de l'action sociale, 1911, no 14.

ciaire. Admettre un aubain au sein du conseil ne serait guère compromettant⁴⁰!

Le conseil de famille est convoqué devant le protonotaire (art. 872 C.P.C.), soit devant une "personne compétente" spécialement désignée par le juge ou le protonotaire si les parties à convoquer résident à plus de 15 milles et s'il s'agit de la nomination d'un tuteur (art. 874 a) C.P.C.), soit devant un notaire (art. 874 C.P.C.).

Pour en provoquer l'assemblée, il suffit qu'un parent ou allié du mineur, ou le subrogé tuteur, ou le mineur lui-même, ou encore — dans certains cas laissés à l'appréciation du juge — ses créanciers ou toutes autres parties intéressées sollicitent la réunion du conseil (art. 250 C.c.): la demande se fera par requête au juge ou par déclaration au notaire, établissant la nécessité de tenir cette assemblée (art. 874 C.P.C.).

En effet, le notaire résidant dans le district du mineur, peut agir sans autorisation préalable du juge (art. 874 C.P.C.): on part de l'idée — ancienne — que ce sont les parents les plus proches géographiquement qui connaissent le mieux les problèmes du mineur! Le notaire convoque, donc, l'assemblée et dresse, par écrit, un acte de délibération contenant les diverses opinions émises et l'identité en même temps que les qualités des membres présents (art. 874 C.P.C.). Cet acte de délibération ainsi que la déclaration de celui qui a provoqué la réunion seront adressés au juge du tribunal qui a juridiction civile dans le district du domicile du mineur ou au protonotaire (art. 875 C.P.C.). L'autorité judiciaire pourra, alors, homologuer le rapport ou en refuser l'homologation et ordonner ce qu'il estime convenable (art. 875 C.P.C.). L'intérêt du mineur devant dicter sa conduite, il est dispensé de suivre l'avis qui lui est donné par le conseil, fût-il même unanime.

On le constate, donc, le conseil de famille a un rôle essentiellement consultatif: il peut donner son avis sur tout, il peut demander au tuteur une reddition de compte sommaire (art. 309 C.c.), il doit être obligatoirement consulté sur les questions les plus importantes et, notamment, sur la conclusion des actes juridiques les plus graves envisagés par le tuteur, mais il n'a aucun pouvoir de décision. Ainsi, la nomination d'un tuteur faite sans avoir pris l'avis de ceux qui devaient être appelés au conseil de famille serait nulle d'une nullité relative: on doit comprendre qu'une telle nomination serait annulée uniquement dans l'hypothèse où l'intérêt du mineur l'exigerait; elle serait, donc, maintenue, malgré son vice, si les droits du mineur

40. Cf. SIROIS, *op. cit.*, nos 37 et 148; MIGNAULT, *Droit civil canadien*, T. 2, p. 163.

étaient sauvegardés. De la même façon, l'avis du conseil devrait être obligatoirement recherché lorsqu'une personne (un parent ou allié du mineur, le subrogé tuteur ou toute personne intéressée) demande la destitution du tuteur (art. 286 C.c.); mais, là encore, il ne lie pas le juge (art. 287 C.c.).

Le conseil de famille est, en bref, le conseiller du juge en même temps qu'un chien de garde qui éventuellement sonne l'alarme ou tire la manche du juge, mais dont le rôle est, en droit, secondaire, dans la mesure où il peut n'être pas écouté et n'a aucun pouvoir réel. Le législateur accorde sa confiance au juge plutôt qu'à la famille, considérant que l'enfant est mieux protégé par l'autorité judiciaire que par ses proches.

b) Le subrogé tuteur

En vertu de l'article 267 C.c., "dans toute tutelle, il doit y avoir un subrogé tuteur". Il est désigné en même temps et de la même manière que le tuteur. Il est, lui aussi, un chien de garde, chargé d'"espionner" le tuteur et de dénoncer les turpitudes de celui-ci. Il y aura, par conséquent, autant de subrogés tuteurs que de tuteurs aux biens.

Le rôle du subrogé tuteur est défini dans l'article 267 C.c.: il veille à ce que l'acte de tutelle soit enregistré; il assiste à l'inventaire, il surveille l'administration du tuteur, le fait éventuellement destituer et agit pour les intérêts du mineur chaque fois qu'ils sont en opposition à ceux du tuteur. Il peut aussi demander à ce dernier de lui présenter un compte de sa gestion (art. 309 C.c.). Ce droit de contrôle ne lui donne aucunement le droit d'administrer, qui est réservé au tuteur: même lorsque la tutelle devient vacante ou que le tuteur devient incapable de gérer par absence ou autre cause, le subrogé tuteur ne remplace pas ce dernier; il doit provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 268 C.c.). Le législateur a si peu confiance en cet auxiliaire que si, pendant la tutelle, le mineur a des intérêts à discuter en justice avec son tuteur, on donne à ce mineur un tuteur "ad hoc" (art. 269 C.c.): on craint que le subrogé tuteur ne soit pas suffisamment habile à protéger le mineur en l'hypothèse. On peut, alors, avoir des doutes sur l'estime dont jouissait ce personnage dans l'esprit du législateur de l'époque!

La loi détermine son rôle dans quelques situations précises. Au début de la tutelle, il est l'ombre du tuteur: il assiste à l'inventaire des biens du mineur (art. 292 C.c.) et à la vente aux enchères de certains effets mobiliers s'il y a lieu (art. 293 C.c.); dans le cadre de l'usufruit légal du conjoint survivant il veille aux intérêts du mineur (arts 1434 et 1435 C.c.): on se demande, d'ailleurs, pourquoi ce rôle est ici dévolu

au subrogé tuteur et non point au tuteur! Il est encore spécifiquement tenu de veiller à ce que le tuteur fasse enregistrer les hypothèques dont ses immeubles peuvent être grevés en faveur du mineur (arts 2117 et 2118 C.c.).

Ces devoirs impliquent une responsabilité personnelle: il doit veiller en bon père de famille. Une condamnation au versement de dommages-intérêts est expressément prévue dans les situations envisagées dans les articles 268, 1434 et 2118 C.c., mais une pareille responsabilité pourrait sanctionner toute négligence dans l'exécution de son obligation de surveillance; certes, il ne peut pas nécessairement empêcher l'accomplissement de l'acte nuisible par le tuteur, mais il peut causer un préjudice au mineur en ne remplissant pas ou en remplissant mal ses fonctions de contrôleur.

B) Le fonctionnement de la tutelle

On a déjà indiqué le rôle de la responsabilité du tuteur à la personne; aussi n'envisagera-t-on le fonctionnement de la tutelle que sur le plan patrimonial.

L'obligation pour le tuteur de gérer les biens du mineur commence dès que sa nomination lui est connue (art. 265 C.c.). C'est également à ce moment-là, et "avant que de s'immiscer, que le tuteur doit prêter serment de bien et fidèlement administrer la tutelle" (art. 291 C.c.). À défaut de le faire, il ne peut jouer son rôle et, en conséquence, il sera tenu responsable du préjudice qu'en pourrait subir le mineur.

L'acte de tutelle doit être enregistré sans délai au bureau de la circonscription où sont situés les immeubles du tuteur (art. 2119 C.c.) sur lesquels le mineur possède une hypothèque légale, destinée à garantir le reliquat du compte de tutelle (art. 2030 C.c.).

Dès que le serment a été prêté, le tuteur doit requérir, le cas échéant, la levée des scellés qui ont pu être apposés sur les effets mobiliers du mineur, afin d'éviter leur détournement (art. 292 C.c. et art. 901 C.P.C.).

Lorsque les scellés ont été levés, le tuteur fait procéder, en présence du subrogé tuteur, à l'inventaire des biens du mineur, afin de savoir avec exactitude quels sont les biens qu'il aura à gérer (art. 292 C.c.).

Dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, le tuteur doit faire vendre aux enchères, en présence du subrogé tuteur, les effets mobiliers susceptibles de dépérissement ou qui ne peuvent pas être utiles au mineur et dont il est préférable de placer le produit (art. 293 C.c.):

“les effets mobiliers autres que ceux qu’il a droit ou est tenu de conserver en nature”).

Les articles 294, 295 et 296 C.c. prévoient le placement et l’emploi des deniers du mineur, mais le tuteur (comme le grevé de substitution, le fiduciaire, l’exécuteur ou administrateur testamentaire, le curateur) se conforme aux dispositions gouvernant le “placement des biens appartenant à autrui” (art. 981 o) et suivants C.c.), qui prévoient ce qu’on appelle communément des “placements de bon père de famille”: on ne risque ni de se ruiner ni de faire fortune!

Comme on le constate, ces préliminaires sont destinés à protéger le patrimoine du mineur. Ces diverses obligations une fois exécutées, le système est en place, théoriquement prêt à fonctionner. On s’attardera, tout d’abord, sur la gestion des biens au cours de la tutelle, puis sur la situation du tuteur et de son pupille lorsque cesse la tutelle.

1- La gestion des biens

On l’a déjà indiqué, le subrogé tuteur est un personnage sans pouvoir, qui a simplement le devoir de surveiller le tuteur et la responsabilité découlant de l’inexécution de cette obligation. Restent en présence le tuteur et le conseil de famille; on devrait ajouter: et le juge. Depuis quelques années, il faut aussi faire place à un fonctionnaire: le curateur public.

a) Les pouvoirs du tuteur

Le tuteur administre les biens du mineur “en bon père de famille et répond des dommages-intérêts qui peuvent résulter d’une mauvaise gestion” (art. 290, al. 2 C.c.).

Puisqu’il agit au nom et pour le compte du mineur, il lui est absolument interdit d’accomplir certains actes susceptibles de le mettre en conflit d’intérêts avec son pupille, et quelques autres, trop lourds de conséquence pour le mineur. Tout d’abord, le tuteur “... ne peut acheter les biens du mineur...”, sauf dans le cas de vente par autorité judiciaire (art. 1484 al. 2 C.c.)⁴¹, de même qu’il ne peut... “les prendre à bail, ni accepter la cession d’aucun droit ou d’aucune créance contre son pupille” (art. 290 al. 3 C.c.). On évite, ainsi, toute spéculation au détriment du mineur. S’agissant de protéger ce dernier, l’acte passé par le tuteur malgré cette prohibition serait sanctionné de nullité relative. Ensuite, il lui est interdit de donner les biens du mineur (art. 763 C.c.), sous réserve des cadeaux modiques, et de

41. En est exclue la vente des effets du mineur, prévue par l’article 293 C.c., après l’inventaire.

tester au nom de son pupille, que ce soit seul ou conjointement avec ce dernier (art. 834 C.c.). Enfin, il ne peut pas provoquer le partage définitif des immeubles du mineur (art. 305 C.c.).

Au contraire, le tuteur va pouvoir accomplir seul tout acte conservatoire qui, par définition, ne peut pas nuire au mineur, et tout acte d'administration; mais on sait combien il est difficile, parfois, d'établir la ligne de démarcation entre l'acte d'administration et l'acte de disposition. C'est ainsi qu'il peut apporter des améliorations aux biens du mineur, en faisant des dépenses utiles et justifiées; il peut louer les immeubles du mineur (encore qu'on hésite à lui accorder le droit de passer des baux de plus de neuf ans)⁴², exploiter lui-même les biens de l'enfant, exiger et recevoir le remboursement des dettes dues à celui-ci, céder les créances mobilières du mineur si elles sont vendues à leur valeur et sans garantie, payer les dettes certaines exigibles.

Il peut aussi ester en justice pour le mineur (art. 304 C.c.), comme demandeur ou comme défendeur, le représenter dans des actions en réclamation d'état ou en désaveu ou en réclamation d'aliments. Il peut, encore, demander le partage définitif des meubles du mineur et le partage provisionnel des immeubles (art. 691 C.c.). Il peut, enfin, donner un mandat spécial à un tiers pour faire certains actes relatifs à la tutelle, mais non point un mandat général d'administration de la tutelle.

Ainsi, le tuteur fait seul ce qu'il est convenu d'appeler l'administration courante, indépendamment de son pouvoir de représenter le mineur en justice, les actions appartenant au mineur étant, d'ailleurs, portées au nom du tuteur. Cependant, les actes les plus importants nécessitent l'intervention du conseil de famille et du juge.

b) L'intervention du conseil de famille et celle du juge

Contrairement au droit français tel qu'il se présentait lors de la codification, le conseil de famille joue, en droit québécois, un rôle seulement consultatif. Certes, il sera amené à se prononcer sur l'opportunité ou l'inopportunité de l'accomplissement des actes les plus graves de conséquences dans le patrimoine de l'enfant, mais les résultats de ses délibérations ne constitueront qu'un avis donné au juge qui, en définitive, les entérinera ou, au contraire, n'en tiendra

42. Compte tenu de l'inflation galopante et de la dévaluation de la monnaie, on peut se demander s'il est aujourd'hui de bonne administration de consentir des baux supérieurs à un an...

aucun compte et décidera lui-même. Même si, dans les faits, le juge est attentif aux opinions exprimées par le conseil, c'est lui qui, en droit, autorise ou non l'accomplissement de l'acte proposé. C'est dire que le législateur québécois se méfie quelque peu de l'environnement familial et préfère s'adresser à l'autorité judiciaire.

Ainsi, l'autorisation du juge sur avis du conseil de famille est requise pour permettre au tuteur, dans le cas d'un commerce établi, de continuer ce commerce (art. 290 a) C.c.). De la même façon, le tuteur doit obtenir l'autorisation du juge ou du protonotaire après consultation du conseil de famille, pour emprunter au profit de son pupille, pour aliéner ou hypothéquer ses immeubles et pour céder ou transporter ses capitaux ou ses actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce et d'industrie (art. 297 C.c.). Pareillement, il peut, avec cette autorisation donnée après consultation, déposer en fidéicommiss dans une institution financière une somme d'argent appartenant au mineur, si ce dépôt est à l'avantage de ce dernier. La même autorisation sera nécessaire pour retirer ce dépôt ou en modifier les conditions qui avaient été fixées par le juge (art. 296 C.c.). Cependant, s'agissant de la vente volontaire de biens appartenant au mineur, le législateur a, tout de même, atténué les tracasseries procédurales tout en donnant au mineur une protection adéquate: même si la vente à l'enchère est la règle, le juge peut autoriser la vente de gré à gré de valeurs mobilières non cotées ni négociées à une Bourse reconnue (art. 887 C.P.C.); il en serait de même d'un droit immobilier, lorsque la valeur de l'intérêt de l'incapable n'excède pas deux mille dollars (art. 890 C.P.C.).

Le tuteur doit aussi obtenir la même autorisation éclairée, lorsque le mineur est propriétaire de parts indivises d'un immeuble ou d'actions de compagnies et que l'un des co-propriétaires majeurs en exige le partage, pour faire ce partage ou procéder à la vente (art. 894 C.P.C.).

Sans cette autorisation donnée sur avis, il ne peut accepter ou répudier une succession échue au mineur et il ne peut l'accepter que sous bénéfice d'inventaire (art. 301 C.c.). Il peut, certes, accepter seul une donation faite au mineur; mais son acceptation ne sera pas annulable, seulement si elle a été autorisée par le juge sur avis du conseil de famille (arts 303, 789 et 792 C.c.). De la même façon, l'acceptation d'un legs ou d'une succession répudiée (art. 302 C.c.), une transaction (art. 307 C.c.), le désistement d'action qui aurait pour objet d'abandonner les droits du pupille, l'appel d'un jugement (art. 306 C.c.) nécessitent l'autorisation judiciaire.

Le mariage du mineur implique le consentement du tuteur qui est, lui-même, tenu "de prendre l'avis du conseil de famille dûment convoqué pour en délibérer" (art. 120 C.c.). Les délibérations du conseil devant être homologuées par le juge ou le protonotaire, c'est dire que, là encore, le sort du mineur est entre les mains de l'autorité judiciaire. Quant au contrat de mariage, il sera conclu par le mineur *assisté* de son tuteur, mais autorisé par le juge sur avis du conseil de famille (arts 1006 et 1262 C.c.).

La bénédiction judiciaire est, donc, le label de garantie, permettant de croire que l'enfant mineur est protégé. Cependant, non plus que l'habit fait le moine, l'étiquette ne donne l'assurance: le législateur — lui-même — a des doutes. Alors que le subrogé tuteur, les membres du conseil de famille, les parents ou alliés du mineur et toutes autres personnes intéressées peuvent demander au tuteur, en tout temps au cours de la tutelle, de présenter un compte sommaire de la gestion (art. 309 C.c.), le législateur a éprouvé le besoin d'exiger de ce tuteur qu'il transmette au curateur public un rapport annuel de son administration⁴³. Ainsi, le contrôle *a posteriori* d'un fonctionnaire vient-il désormais se superposer au contrôle *a priori*, déjà exercé par le subrogé tuteur, le conseil de famille et le juge, dans l'accomplissement des actes juridiques les plus graves. La presse n'a encore rapporté aucun cas de gronderie de la part du Haut Fonctionnaire Qui Veille, à l'endroit du juge qui homologue à tout vent... Néanmoins, le législateur semble tenir beaucoup à ce rôle nouveau de ce nouveau Protecteur de l'Incapable; alors qu'il a omis d'insérer dans le Code civil l'obligation qu'a le tuteur de rendre annuellement ses comptes audit curateur public, il a ajouté à l'article 304 C.c., un cinquième alinéa ainsi rédigé: "Le greffier du tribunal doit aviser sans délai le curateur public de tout jugement rendu à la suite d'une action à laquelle est partie une personne agissant en sa qualité de tuteur. Une personne qui conclut pour le compte d'un mineur un règlement concernant les intérêts pécuniaires de ce dernier, doit, de même, aviser le curateur public de la façon dont ces intérêts sont touchés et du montant du règlement". Le texte se suffit à lui-même: il importe que le curateur public voit tout, sache tout et que rien ne lui échappe! Il est permis de supposer que le tuteur qui ne se comportera pas en bon père de famille obtiendra, comme le chauffard, des points de démérite que ne sauraient lui attribuer le subrogé tuteur, les membres du conseil de famille, les parents ou alliés ou encore le juge.

43. Loi de la curatelle publique, L.Q. 1971, c. 81, art. 31.

2- La fin de la tutelle

Certes, le tuteur peut cesser d'exercer ses fonctions lorsqu'il est amené à démissionner pour des raisons admises par le juge ou lorsqu'il fait l'objet d'une mesure de destitution ou lorsqu'il vient de décéder. En ces cas, la tutelle ne finit pas: on procède au remplacement du tuteur⁴⁴. Au contraire, elle prend vraiment fin lorsque le mineur devient majeur ou émancipé, ou bien lorsqu'il meurt. On envisagera brièvement quelles sont alors, les obligations du tuteur, puisqu'elles sont les droits de l'enfant devenu majeur.

a) Les obligations du tuteur

L'obligation essentielle du tuteur — et qui est commune à tous ceux qui gèrent le patrimoine d'autrui — est de rendre des comptes: "le tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit" (art. 308 C.c.). Ces comptes sont rendus soit à celui qui lui succède dans la gestion du patrimoine du mineur, soit au mineur assisté de son curateur, s'il est émancipé, soit au mineur devenu majeur.

Le tuteur rend compte de toutes les opérations effectuées pendant sa gestion, de toutes les recettes et dépenses du mineur: les recettes comprennent non seulement ce qu'il a reçu pour le compte du mineur, mais encore ce qu'il aurait dû recevoir et les intérêts qu'il aurait dû percevoir; les dépenses comprennent tous les déboursés qu'il est en mesure de justifier et dont l'objet a été utile pour le mineur, auxquels doivent s'ajouter les "reprises", c'est-à-dire les sommes dues au mineur, mais non perçues, et comptées parmi les recettes. Le total des dépenses et des reprises est soustrait des recettes et le montant ainsi obtenu forme le "reliquat de compte".

Il faut préciser que la loi exige du tuteur un compte détaillé et la remise de toutes les pièces justificatives: reçus, quittances, factures, etc.; en l'absence de tels éléments, tout traité relatif à la gestion et au compte de la tutelle est nul (art. 311 C.c.). C'est dire que le contrôle susceptible d'être exercé par le mineur devenu majeur est réel, tout au moins en droit.

Normalement, une bonne gestion implique un reliquat de compte positif; aussi le tuteur a-t-il également l'obligation de payer, à son ancien pupille, ce reliquat qui produira des intérêts à compter

44. Le subrogé tuteur ne remplace pas le tuteur: il doit, sous peine de dommages-intérêts éventuels pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 268 C.c.). En attendant, au cas de décès du tuteur, les héritiers de celui-ci continuent la gestion de leur auteur (art. 266 C.c.); au cas de destitution, le tuteur poursuivi garde provisoirement l'administration des biens du mineur, à moins que le tribunal n'en décide autrement (art. 289 C.c.).

du jour de la clôture du compte. Le paiement que doit en faire le tuteur sera garanti par l'hypothèque légale qu'a le mineur sur les immeubles de son protecteur (art. 2030 C.c.).

Afin d'éviter toute possibilité d'influence néfaste de la part du tuteur sur son pupille, il est interdit au mineur devenu majeur de donner entre vifs à son ancien tuteur, jusqu'à ce que la reddition de comptes ait été effectuée (art. 767 C.c.).

b) Les droits de l'enfant

Tout d'abord, le mineur a le droit d'exercer un recours en responsabilité contre le tuteur lorsque celui-ci n'a pas administré le patrimoine en bon père de famille (art. 290 C.c.); il peut exercer une pareille action contre le subrogé tuteur qui a mal surveillé le tuteur.

Il peut aussi agir en reddition de comptes si le tuteur refuse de le faire à l'amiable, ou en paiement si le tuteur refuse de payer ce qu'il lui doit: ces actions se prescrivent par 30 ans, du jour de la majorité du pupille (art. 2243 C.c.).

Il peut, enfin, exercer une action en réformation des comptes rendus par le tuteur lorsqu'il s'aperçoit, après l'acceptation du compte, qu'il lui est encore dû quelque chose: la prescription est, alors, de 10 ans, à compter du jour où l'erreur ou la fraude est découverte (art. 2258 C.c.).

Quant aux actes d'administration accomplis par le tuteur seul, ils sont valides, de même que les actes de disposition passés avec l'autorisation du juge sur avis du conseil de famille. Quant aux actes passés par le tuteur seul alors qu'ils nécessitaient l'autorisation du juge sur avis du conseil de famille, nous croyons qu'ils sont nuls de nullité relative, sans que le mineur ait besoin de prouver lésion, bien que ce point soit discuté⁴⁵.

Ces règles gouvernant la tutelle s'appliquent tout autant à l'enfant naturel qu'à l'enfant légitime: aucune différence n'est faite sur ce plan-là. Les enfants abandonnés ou confiés à une institution d'assistance publique bénéficient d'un système de tutelle légale tant qu'un tuteur ne lui a pas été normalement nommé.

Quant à l'enfant adoptif, un problème particulier peut se poser lorsqu'un tuteur lui avait été nommé avant son adoption. En vertu de l'article 38 c) de la *Loi de l'adoption*, le tuteur de l'enfant qui vient d'être adopté perd tous les droits qu'il possédait en vertu du Code civil: s'il s'agissait d'une tutelle à la personne, il est normal qu'elle disparaisse, puisque les parents adoptifs acquièrent l'autorité

45. Cf. J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, P.U.M., 1970, no 163.

parentale; s'il s'agissait d'une tutelle aux biens, il sera, alors, nécessaire de nommer à nouveau un tuteur. On peut, alors, s'interroger sur la composition du conseil de famille: celui-ci doit-il comprendre ou non les anciens membres ou doit-on faire seulement appel aux membres de la famille d'adoption? Il n'est pas douteux que seul l'intérêt de l'enfant doit dicter la réponse.

En conclusion, on constate qu'en droit civil québécois, l'enfant est protégé, d'abord, sur le plan de sa personne, par les règles relatives à la filiation. S'agissant d'établir le lien qui l'unit à ses parents, l'enfant qui est né dans le mariage est protégé à la fois par le jeu de la présomption de paternité qui lui permet de trouver facilement un père légitime, et par le caractère extrêmement strict régissant l'action en désaveu de paternité qui lui évite d'être trop facilement jeté hors du cercle légitime; quant à l'enfant né hors du mariage, il est protégé par le droit qu'on lui accorde d'être reconnu ou adopté et, dans certaines circonstances, par le droit de revendiquer judiciairement une filiation. Ce lien une fois établi, l'enfant est soumis à l'autorité parentale; toutefois, cet effet de la filiation est bien moins un droit appartenant aux parents qu'un devoir leur incombant, afin précisément que, par les obligations de garde, d'entretien et d'éducation que la loi leur impose, et par le contrôle susceptible d'être exercé sur eux par l'autorité publique, ils permettent à l'enfant de s'épanouir pleinement et sainement.

L'enfant est également censé être protégé par les règles relatives au droit patrimonial. À la différence, toutefois, des dispositions intéressant sa personne, qui ont connu une évolution certaine, l'organisation du système de tutelle destinée à préserver les biens du mineur, n'a fait l'objet, depuis la codification d'aucune attention et d'aucune réflexion nouvelle de la part du législateur. Certes, il ne semble pas que ce vieil édifice ait abrité de scandaleux abus, mais il est permis de s'interroger sur l'efficacité de ces réunions de conseil de famille fantôme, sur l'utilité d'un subrogé tuteur qui n'est qu'une apparence. Sans doute, une réforme s'impose-t-elle et, peut-être, viendra-t-elle en même temps que l'adoption d'un nouveau Code civil⁴⁶.

46. Depuis la rédaction de ce texte, ont été portés à notre connaissance les articles suivants, récemment publiés: E. GROFFIER-ATALA, "La protection et la représentation du mineur", dans *Travaux du XIIIe Colloque international de droit comparé*, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1978, p. 199; F. SCHANFIELD-FREEDMAN, "The Status, Rights and Protection of the Child in Quebec", (1978) *R. du B.* 715 et (1979) *R. du B.* 3.