

Articles

LA NOTION DE "PARENT" DE L'ARTICLE 1(e) DE LA LOI DE LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

par Claude BOISCLAIR*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	274
— Généralités sur l'esprit de la <i>Loi de la protection de la jeunesse</i>	274
— La notion de "parent" et le milieu naturel de l'enfant ..	277
CHAPITRE PREMIER: POSITION DU PROBLÈME DE L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1(e)	280
SECTION I: LE CONTENU OBJECTIF DE L'ARTICLE 1(e)	280
1. La portée générale et restrictive de la définition du terme "parent"	281
2. L'absence de règles de fond pour déterminer le parent	283
SECTION II: LES DIVERSES TENDANCES SUR LA NATURE DE L'ARTICLE 1(e)	285
1. L'ambiguïté de l'article 1(e)	286
2. La finalité de l'article 1(e) et de la <i>Loi de la protection de la jeunesse</i>	289
3. Les conséquences juridiques et pratiques des diverses théories sur l'article 1(e)	291

* Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

CHAPITRE DEUXIÈME: LA PREMIÈRE CATÉGORIE DE PARENTS DE L'ARTICLE 1(e): LES PARENTS BIOLOGIQUES	295
SECTION I: BREF RAPPEL SUR L'AUTORITÉ PARENTALE ET LE DROIT DE GARDE	296
1. L'autorité parentale	296
2. La garde légale et la garde physique	298
SECTION II: L'ORDRE CHRONOLOGIQUE DES PARENTS BIOLOGIQUES DE L'ARTICLE 1(e)	299
1. Le père et la mère faisant vie commune ou non	300
2. Le gardien de droit	302
3. Le cas particulier du placement pour adoption	305
4. Le parent "gardien de fait"	307
a) Absence ou défaut du gardien légal	309
b) Définition du gardien de fait	311
CHAPITRE TROISIÈME: LES PARENTS SUBSTITUTS DE L'ARTICLE 1(e)	312
SECTION I: LES CONDITIONS OBJECTIVES POUR AGIR À TITRE DE PARENTS SUBSTITUTS	313
1. L'interprétation des termes "absence ou défaut" lorsqu'il s'agit des parents substitués	313
a) Le droit commun s'applique-t-il aux parents substitués?	314
b) Les Tribunaux appliquent-ils la notion extensive du "défaut"?	317
2. Le parent substitut doit-il être une personne physique?	320
SECTION II: LES CONDITIONS SPÉCIFIQUES DE QUALIFICATION DES PARENTS SUBSTITUTS	322
1. Le tuteur	322
2. Le conjoint, parent de son conjoint mineur	326

3. Le tiers gardien de fait agissant "in loco parentis"	327
a) Définition du tiers gardien de fait	328
b) Le rôle temporaire du gardien de fait	330
c) Les liens affectifs entre l'enfant et le gardien de fait font-ils échec au rôle temporaire de ce dernier?	333
d) Le retrait de la garde physique pendant l'application d'une mesure de protection fait-il perdre la qualité de parent au tiers gardien de fait?	337
CONCLUSION	338

Notes: — Le *Projet de Loi 89* portant réforme du droit de la famille n'apporte pas de changements, *pour l'essentiel*, susceptibles de modifier le contenu du présent exposé, sauf pour certains aspects très particuliers. Nous signalons, dans ces hypothèses, les modifications importantes.

— Le *Projet de Loi 22* proposant des amendements à la *Loi de la protection de la jeunesse* ne modifie en rien le présent exposé.

"Dans nos sociétés dites modernes, c'est une espèce de paradoxe tragique que la sécurité ou le développement des enfants soient de plus en plus compromis et que la délinquance juvénile augmente alors que la natalité régresse et que le niveau de vie, lui, tend à s'élever"¹.

INTRODUCTION

— Généralités sur l'esprit de la Loi de la protection de la jeunesse

La nouvelle *Loi de la protection de la jeunesse*, entrée en vigueur dans son entier le 15 janvier 1979², constitue un défi stimulant pour les divers intervenants sociaux et judiciaires. Elle propose une approche globale qui bouleverse *la manière d'engager le processus de la protection* de l'enfant. Elle confère, en outre, des droits fondamentaux à l'enfant et met l'accent sur la collaboration des parents afin d'utiliser le milieu naturel de l'enfant comme première ressource pour lui venir en aide.

L'objectif premier de la Loi, celui de la protection de la jeunesse en difficulté, s'inscrit dans la continuité historique de la société québécoise³. Sans doute, elle était plus rudimentaire et souvent inadéquate avant les années 50, mais la direction ou l'orientation des diverses lois relatives à l'enfance recherchaient toutes la protection de celle-ci suivant les connaissances et l'évolution sociale d'une époque⁴.

La Loi de la protection de la jeunesse actuelle ne crée donc pas "la protection de la jeunesse", mais elle établit de nouvelles modalités

-
1. Gouvernement du Québec, Ministère de la justice, Document sur le service de coordination des personnes désignées par le ministre de la justice, Introduction, p. 1.
 2. *Loi de la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, c. 20. La loi est entrée en vigueur le 1er avril 1978 à l'exception des articles 2 à 11, 23 à 27, 30, 32 à 137, 140, 146 et 147, 150 à 153 et 155 (G.O.Q. 1978, Partie 2, no 16, p. 2027). Ces articles sont entrés en vigueur le 15 janvier 1979 (G.O.Q. 1978, Partie 2, no 56, p. 6041).
 3. Voir à ce sujet, E. DELEURY et M. RIVET, "La protection de l'enfant en droit social québécois", (1978) 9 R.D.U.S. 22 à 27.
 4. Citons, à titre d'exemples, quelques lois postérieures aux années 50 qui ont marqué une étape dans ce domaine: *Loi instituant la Cour de Bien-être social*, 1950, 14 Geo. VI, c. 10, *Loi des écoles de protection de la jeunesse*, 1950, 14 Geo. VI, c. 11. *Loi concernant la clinique d'aide à l'enfance*, 1959-60, 8-9 Eliz. II, c. 50. *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. 1977, c. S-5.

pour mettre en oeuvre cette protection fondée sur la volonté de reconnaître expressément qu'elle existe dans l'intérêt de l'enfant (et aussi de la société lorsqu'il s'agit de délinquance) et de lui attribuer objectivement des droits fondamentaux identifiés clairement par des textes de lois. Ainsi, la notion subjective de l'intérêt de l'enfant, présente dans les lois antérieures, n'est plus laissée à l'appréciation arbitraire des intervenants. Des règles de droit orientent, précisent et déterminent l'esprit et la manière d'évaluer l'intérêt de celui auquel on accorde la protection⁵.

On peut décrire les mécanismes sociaux et juridiques de la *Loi de la protection de la jeunesse* à l'aide de trois termes qui servent de toile de fond à la prise en charge de l'enfant par le Directeur de la protection, soit *la déjudiciarisation, la collaboration et la participation*.

La déjudiciarisation vise comme premier objectif la recherche d'une mesure volontaire de protection. La participation des parents et l'enfant, eu égard à son âge, est essentielle pour la réaliser. À ce stade, l'intervention judiciaire, sauf dans l'hypothèse des mesures d'urgence, est exclue⁶. Au cas de refus ou d'échec des mesures volontaires, le Tribunal de la jeunesse peut être saisi du dossier⁷.

À première vue, on pourrait croire que l'intervention judiciaire est la conséquence logique de l'impossibilité d'appliquer des mesures volontaires ou encore que la philosophie de cette nouvelle Loi consacre la primauté de l'intervention sociale sur l'intervention judiciaire. Pourtant, cette façon de voir nous paraît discutable. Il nous paraît également inapproprié de parler "d'antériorité" d'un moyen par rapport à l'autre pour offrir la meilleure protection à l'enfant⁸.

En réalité, la Loi offre deux voies différentes pour atteindre le même but. L'enfant, s'il est âgé de plus de quatorze ans, les parents et le Directeur de la protection peuvent choisir, avant même de s'engager dans la recherche ou dans la réalisation d'une mesure volontaire, de saisir le Tribunal pour faire déterminer si la santé ou le développement de l'enfant est compromis⁹ et la mesure de

5. Voir les articles 3 à 11, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. Ces articles fixent l'armature principale de la philosophie de cette nouvelle Loi.

6. Art. 47, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

7. Arts 60, 61 et 74, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

8. Arts 51, 52 et 53, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

9. Arts 38, 60 et 74, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. Il en est de même pour le jeune délinquant, sauf que le Directeur de la protection ne peut

protection appropriée¹⁰, le cas échéant.

Le Directeur de la protection ou son délégué¹¹ est tenu de faire connaître ce choix à l'enfant et aux parents¹². En effet, le désaccord de l'enfant ou des parents peut aussi bien porter *sur la mesure de protection proposée que sur la conclusion du Directeur de la protection déterminant que la santé ou le développement de l'enfant est compromis*¹³.

Bref, il nous paraît important d'éviter de présenter l'intervention judiciaire comme une punition lorsque l'enfant ou ses parents refusent d'accepter l'analyse du Directeur de la protection. Ce sont deux moyens différents dont les domaines respectifs et les limites sont bien définis dans la Loi. Compte tenu des circonstances, il serait dangereux au plan des principes et condamnable au plan de la pratique d'en présenter un comme supérieur ou inférieur à l'autre: les deux doivent atteindre le même objectif en respectant les droits des parties. *La déjudiciarisation est beaucoup plus un état d'esprit découlant d'un changement dans les attitudes que le simple fait d'éliminer le juge dans le processus de la protection de la jeunesse.*

Somme toute, la *Loi de la protection de la jeunesse* veut créer un climat de confiance entre, d'une part, les parents, l'enfant et les intervenants et, d'autre part, entre les intervenants eux-mêmes, non seulement au stade du choix de la mesure de protection, mais aussi tout au long de son application. C'est le défi essentiel de cette Loi. Toutefois, le législateur a voulu que ce nouvel esprit s'instaure dans le respect des droits de l'enfant et des parents en créant un cadre légal particulier et différent de celui qui existait antérieurement.

Mais, comme toute nouvelle loi, surtout lorsque son esprit et sa philosophie diffèrent profondément des lois antérieures semblables sur la manière d'aborder la protection, son interprétation pose des difficultés parfois considérables.

Nous avons fait état plus haut des droits accordés aux parents et à l'enfant pour mettre fin à un certain arbitraire qui existait dans le passé en remplaçant celui-ci par l'idée de collaboration et de participation. Les parents doivent, pour donner ouverture aux

prendre l'initiative de saisir le Tribunal si l'enfant est âgé de moins de 14 ans. Voir les articles 40 et 60(c).

10. Arts 91 et 54, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

11. Art. 32, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

12. Arts 5, 51 et 52, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

13. Art. 49, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

mesures volontaires, les accepter si la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis ou encore s'il y a eu un délit de commis et reconnaissance de la part du jeune de sa culpabilité. *Le consentement joue donc un rôle essentiel au plan des mesures volontaires de protection*¹⁴.

Dans cette optique, nous allons étudier *la notion particulière du terme "parent" prévue à l'article 1(e) et définir les diverses catégories de parents* qui y sont énumérées pour s'assurer que le consentement est véritablement donné par la personne juridiquement capable d'agir en vertu de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁵.

— La notion de "parent" et le milieu naturel de l'enfant

Le "parent" joue un rôle essentiel dans l'application de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁶. *Son absence paralyserait tout le processus des mesures volontaires*¹⁷. Son rôle est également important dans le processus judiciaire¹⁸. En effet, conçue pour protéger l'enfant lorsque sa santé ou son développement est compromis¹⁹, la Loi ne recherche pas la suppression du "parent" de la vie de l'enfant, sauf dans des situations où le retour de ce dernier auprès de ses parents est, à toutes fins pratiques, devenu invraisemblable, faute de collaboration de ceux-ci.

L'article 4 al. 1 confirme le rôle indiscutable des parents en édictant que les décisions prises au sujet de l'enfant doivent tendre à maintenir l'enfant dans son milieu naturel et, si l'on doit l'en retirer, l'article 5 al. 2 prévoit qu'on doit tout mettre en oeuvre pour l'y retourner si cela est possible²⁰. La participation du "parent" constitue le seul moyen réaliste pour atteindre ce but. Autrement, comment le convaincre d'accepter l'aide qu'on lui offre s'il n'est pas

14. Arts 52 et 60 al. b, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

15. *Loc. cit.*, note 2.

16. Voir les articles 4 à 11, 47, 50, 51 al. 2, 52, 53, 54(a) et (f), 56, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

17. Voir les articles 51 al. 2, 52 et 60, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

18. Voir les articles 64 al. 1, 74, al. 2 (a) et (b), 76, 78, 79, 87, 95, 96, 101 et 115, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

19. Art. 38, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

20. Voir aussi, l'article 57, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2, qui oblige le Directeur de la protection à prendre toutes les mesures requises pour assurer la réinsertion sociale et familiale de l'enfant.

impliqué personnellement²¹.

Il n'est pas toujours facile de déterminer qui est le "parent" en vertu de cette Loi. À première vue, l'interprétation du terme "parent" ne peut être dissociée de l'un des objectifs fondamentaux de celle-ci, soit le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu naturel et inversement l'expression "milieu naturel" ne peut recevoir une interprétation cohérente qu'en se référant à la notion de "parent".

L'article 1(e) définit le terme "parent" comme signifiant:

*"Le père et la mère d'un enfant ou, le cas échéant, celui d'entre eux qui en a la garde de droit ou de fait ou, en cas d'absence ou de défaut, le tuteur ou le gardien de fait de l'enfant ou, dans le cas où l'enfant est marié, son conjoint"*²².

Avant même d'analyser la portée de la définition du terme "parent", on constate qu'elle inclut des personnes comme le gardien de fait ou le conjoint qui sont exclus de la notion de "parent" en vertu du droit commun où seuls les père et mère ou, à leur défaut ou absence, le tuteur, sont considérés comme pouvant exercer l'autorité parentale et décider de l'orientation de l'enfant.

Ainsi, d'un point de vue strictement logique, il nous faut conclure que le milieu naturel ne peut être totalement assimilé à la famille d'origine ou biologique de l'enfant. En effet, un tiers²³, le gardien de fait ou le conjoint de l'enfant marié, peut devenir un parent. Ainsi, le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu naturel devrait correspondre, dans ces situations, à leur milieu habituel de vie i.e. auprès du parent, gardien de fait, et du conjoint devenu le "parent" de son conjoint par fiction juridique.

Bref, il nous apparaît impossible de dissocier l'interprétation du terme "parent" de celui du "milieu naturel" i.e. du lieu où l'enfant se trouve ou, à tout le moins, devrait légalement se trouver suivant les circonstances²⁴ puisque l'enfant ne peut avoir deux milieux naturels simultanément. Comment serait-il possible, au cas contraire,

21. La collaboration et la participation des parents sont essentielles pour donner suite aux mesures volontaires visant le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu. Même si l'enfant, âgé de plus de 14 ans, accepte les mesures volontaires proposées, elles sont impraticables dans les faits si les parents refusent de collaborer, notamment lorsqu'on décide de maintenir l'enfant dans sa famille.

22. *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. Les italiques sont de l'auteur.

23. Voir, C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde*, 1978. R.D.U.S. p. 1, note 2 et p. 2, note 4.

24. Arts. 3, 4 et 5, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. Le maintien ou le retour de l'enfant auprès de son parent i.e. de celui qui exerce l'autorité parentale

d'autoriser l'une des personnes énumérées à l'article 1(e) de participer à l'orientation de l'enfant si le milieu où l'on prévoit le maintenir ou le retourner n'est pas celui de la personne appelée à collaborer aux mesures volontaires ou encore à porter le litige devant les tribunaux?

En effet, le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu présuppose que les parents acceptent les conditions découlant des mesures volontaires ou imposées par le Tribunal. L'interprétation isolée de l'article 1(e) sans référence au milieu naturel conduirait à une impasse. Il pourrait arriver que le parent, ayant à prendre une décision soit pour accepter ou refuser les mesures volontaires, soit pour saisir le tribunal ou encore pour faire réviser une décision, ne soit pas celui auquel on pense lorsqu'on envisage le maintien de l'enfant ou son retour dans son milieu naturel²⁵.

Après avoir précisé l'optique qui nous servira de point de référence pour interpréter le terme "parent", nous allons suivre l'ordre chronologique de l'article 1(e) pour les fins de notre exposé. La définition de l'article 1(e) nous apprend que le législateur fait appel à deux catégories générales de parents, soit les *parents biologiques* et les *parents substitués* tels le tuteur, le gardien de fait et le conjoint de l'enfant marié. Nous traiterons séparément les parents biologiques et les parents substitués même s'il existe parfois des ressemblances qui entraîneront, au plan de l'exposé, certaines répétitions inévitables. Mais, nous croyons nécessaire d'adopter ce plan pour éviter une certaine confusion en raison des particularités qui caractérisent chacune des catégories de parents.

Avant d'aborder ces deux facettes, il convient en premier lieu, de préciser les principales caractéristiques de l'article 1(e) pour mieux dégager le problème d'interprétation posé par ce texte de loi.

légalement ou de fait est l'un des droits fondamentaux de ce dernier. Voir dans ce sens, T.J. Montréal, no. 500-7614-63, 14 décembre 1979, 10. Dans cet arrêt, l'enfant vivait depuis trois ans chez le grand-père. Le Tribunal n'en déclare pas moins que le milieu naturel de l'enfant est celui de son gardien légal, la mère dans l'espèce, où l'on doit chercher à le retourner. *Cet arrêt indique clairement que l'enfant ne peut avoir deux milieux naturels simultanément.*

25. Notons que le législateur n'a pas défini le milieu naturel ni ce qu'il entendait par "famille". Il faut donc s'en remettre au contexte particulier de cette Loi pour attribuer un sens à ces deux termes qui apportent une dérogation au droit commun comme nous le verrons. Mais, à défaut de précisions dans la Loi, il faut aussi s'inspirer du droit commun pour l'interpréter, le cas échéant.

CHAPITRE PREMIER

POSITION DU PROBLÈME DE L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 1 (e)

Il est important, avant de scruter le rôle des parents biologiques et des parents substitués dans le cadre de la *Loi de la protection de la jeunesse*²⁶ d'analyser de façon objective les principales caractéristiques de l'article 1(e) à la lumière de la finalité de la Loi et de situer les tendances jurisprudentielles qui semblent vouloir prendre forme.

SECTION I

LE CONTENU OBJECTIF DE L'ARTICLE 1 (e)

La *Loi de la protection de la jeunesse*²⁷ accorde des droits à l'enfant uniquement s'il se trouve dans l'une des situations prévues par le législateur²⁸. Elle reçoit application lorsque la santé ou le développement est compromis ou s'il s'agit d'un délinquant juvénile. *C'est donc une loi particulière qui comporte en elle-même ses principes généraux, ses exceptions et, le cas échéant, ses dérogations au droit commun.* Si elle déroge au droit commun, elle doit avoir priorité sur celui-ci, mais si elle ne fournit pas toutes les précisions voulues pour l'interpréter, il faut alors s'en remettre à la loi générale. Son caractère restrictif résulte de son application limitée aux enfants visés par celle-ci et non, comme on l'a dit dans certains arrêts²⁹, parce que c'est du "droit statutaire" qui doit, de ce fait, être interprété restrictivement³⁰.

26. *Loc. cit.*, note 2.

27. *Ibid.*

28. Arts 38 et 40, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

29. Voir, entre autres, T.J. Montréal, no 500-7614-63, 14 déc. 1979, 9. C.S. Montréal, no 24-000004-795, novembre 1979, 3.

30. Le droit statutaire ou loi statutaire est un calque de l'anglais qui n'a aucune signification propre, du moins en droit civil, si ce n'est quant à la manière de légiférer empruntée au Législateur anglais par le Législateur québécois. Cette expression reçoit un sens particulier dans les pays de "common law". En effet, le "statute law" qui se traduit par "loi statutaire", par opposition au "common law" qui est l'oeuvre des tribunaux, origine du législateur et elle vient préciser, modifier ou encore abroger ou créer une exception au "common law" qui pourrait se traduire par le droit qui est commun à un État. Au fond, le "common law" est du droit non écrit d'application générale, créé par les tribunaux, et le "statute law" est une loi écrite d'application restrictive. De semblables distinctions n'existent pas en droit civil québécois. Tout le droit est écrit et toute nouvelle loi, comme tout amendement, se retrouve, une fois sanctionnée, dans les Statuts du Québec. Ce

Prenons l'exemple suivant. On attribue à l'enfant le droit général à la consultation et à la représentation par avocat³¹. Il s'agit d'un principe général qui doit recevoir une interprétation large³². Cela ne constitue pas une dérogation au droit commun qui ne prévoit pas expressément la représentation directe de l'enfant par avocat. Pourtant, ce droit est aussi particulier en ce que tous les enfants, de façon générale, ne peuvent en bénéficier puisqu'il est limité à celui qui peut faire appel à la *Loi de la protection de la jeunesse*³³.

1. La portée générale et restrictive de la définition du terme "parent"

La définition du terme "parent" apparaît, dans cette perspective, comme dérogatoire puisqu'elle comprend des personnes qui en sont exclues en vertu du droit commun. Ainsi, même si elle heurte ou contredit la notion de parent appliquée de façon générale, on doit s'en remettre à celle-ci pour déterminer qui peut agir à titre de parent pour les fins de l'application de la Loi.

L'article 1(e), qui a une portée générale lorsqu'un enfant est soumis à la *Loi de la protection de la jeunesse*, comporte néanmoins un aspect restrictif en ce sens qu'il s'agit d'une énumération limitative, et que les personnes, appelées à agir comme parents, ne sont pas choisies au hasard ou à la convenance du moment. En effet, le législateur indique clairement qu'il entend donner préséance aux parents biologiques ou à l'un d'eux, en premier lieu, *et ce n'est qu'au cas d'absence ou défaut* qu'il attribue cette prérogative, en premier lieu, au tuteur et, en dernier lieu, au gardien de fait³⁴.

Deux jugements récents précisent bien la nature de la conjonction "ou" qui sépare chaque catégorie de parents. Ainsi, dans le

n'est pas le fait qu'on trouve certaines de ces lois dans le Code civil ou le Code de procédure civile qu'on peut en tirer la conclusion qu'il s'agit du "droit commun", mais plutôt parce que ces lois ont une portée générale. Ainsi, rien n'empêcherait le législateur d'intégrer la *Loi de la protection de la jeunesse* au droit de la famille dont les principales règles se trouvent au Code civil. C'est une loi particulière parce que précisément elle couvre certains enfants en apportant des limites à l'autorité parentale quant au droit exclusif de décider de l'orientation de l'enfant.

31. Arts. 5,9,76, 78, 80, 84 et 96(c), *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

32. C. concernant P. et Q. 1979, T.J. 2001, 2002; Voir aussi, T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980, 17 et 18.

33. *Loc. cit.*, note 2. La Loi doit recevoir une interprétation restrictive en raison de son caractère particulier, mais cela n'est pas nécessairement vraie pour chacune des règles de droit qu'on y retrouve.

34. Il faut considérer à part le cas particulier du conjoint de l'enfant marié qui doit recevoir la préférence sur toutes les autres personnes énumérées comme nous le verrons plus loin.

premier arrêt, on peut lire à propos des "parents biologiques" et du "gardien de fait":

"... Dans son esprit, le paragraphe e, de l'article 1 doit être interprété comme ayant un sens alternatif et signifiant l'un ou l'autre... La particule "ou" suivant le dictionnaire Quillet, est une conjonction qui marque l'alternative... Le mot "parents" de l'article 1, paragraphe (e) de la Loi signifie le père et la mère... à l'exclusion de tout autre..."³⁵.

Le deuxième arrêt concerne un conflit entre le tuteur et le gardien de fait pour être déclaré le "parent" de l'enfant vu l'absence et le défaut des parents biologiques. Le Tribunal s'exprime ainsi:

"... Il faut analyser la structure quasi-chronologique que l'on retrouve à la définition du mot "parents" ... *Cet article procède par voie alternative passant d'une situation à une autre et conséquemment d'une solution à une autre.* Si la première situation fait défaut, la deuxième sert de solution, si la deuxième fait défaut, la troisième sert de solution et ainsi de suite. *Inversement, si la première situation existe, elle comporte déjà la solution à la question de savoir qui sont ou qui est le parent à l'exclusion de toute autre situation prévue par la suite...* Le mot "ou" est une conjonction disjonctive qui unit des termes, membres de phrases ou de propositions ayant même rôle ou même fonction, mais sépare les idées"³⁶.

Bref, il ressort de ces extraits et de la rédaction de l'article 1(e) qu'on doit suivre l'ordre des catégories de parents énumérés par le législateur. D'ailleurs, cela correspond à l'ordre naturel des choses. Il est logique de confier ce droit aux parents biologiques avant le tuteur qui doit s'occuper, à titre exceptionnel de la personne du mineur lorsque l'autorité parentale fait défaut³⁷ et ce dernier avant le gardien de fait auquel on ne peut imposer aucune responsabilité légale envers l'enfant.

Toute personne qui désire agir comme "parent" doit se qualifier à un double titre: faire partie de l'énumération chronologique de l'article 1(e) et répondre aux règles de fond pour être considérée comme un "parent biologique", un tuteur ou un gardien de fait ou encore un conjoint.

35. T.J. Montréal, no 500-7614-63, 14 décembre 1979, 8 et 9. Les italiques sont de l'auteur.

36. T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980, 8 et 9. Les italiques sont de l'auteur. Le Tribunal s'inspire du dictionnaire le "Petit Robert" pour définir la conjonction "ou".

37. Art. 290 C.C. *Stevenson c. Florant*, (1923) 38 B.R. 314; (1925) R.C.S. 532, 536, 537; (1927) A.C. 211. *Hubert c. Gélinas*, (1965) C.S. 35, 36.

2. L'absence de règles de fond pour déterminer le parent

La *Loi de la protection de la jeunesse*³⁸ détermine quelle personne peut agir comme parent, mais elle ne donne aucune définition de chacune des catégories de "parents". Le législateur s'en remet ainsi aux notions du droit commun et, dans l'espèce, au droit de la famille et des personnes.

Le droit commun attribue deux sens différents au terme "parent". Au sens large, il s'agit des parents descendant les uns des autres en ligne directe et en ligne collatérale et unis entre eux par les liens du sang³⁹. Par fiction juridique, il faut inclure dans cette définition l'adoption⁴⁰.

En revanche, dans son sens strict, le terme "parent" est réservé aux seuls père et mère biologiques de l'enfant. Le mot "biologique" sert à décrire le lien de filiation existant entre l'enfant et ceux qui l'ont conçu. Le législateur utilise généralement les termes "père et mère"⁴¹ et s'il se réfère à celui de "parent", à l'occasion, pour désigner ces derniers, le contexte ne laisse subsister aucun doute sur le sens à lui attribuer⁴². Le législateur emploie aussi l'expression "titulaire de l'autorité parentale" pour désigner les "père et mère" de l'enfant⁴³. En effet, l'autorité parentale tire son fondement des liens de filiation et, de ce fait, la jouissance de celle-ci appartient exclusivement aux père et mère⁴⁴.

L'article 1(e) décrit les "parents" comme "le père et la mère d'un enfant ou, le cas échéant, celui d'entre eux qui en a la garde de droit ou de fait". On peut donc affirmer que ce texte de loi réfère aux parents biologiques et non aux notions de parents affectifs,

38. *Loc. cit.*, note 2.

39. Voir, à titre d'exemples, les articles 249 à 254, 273 et 309 C.C.

40. *Loi de l'adoption*, L.R.Q. 1977, c. A-7, art. 38. L'enfant adopté est considéré comme l'enfant des adoptants comme s'il était né de ces derniers.

41. Voir, à titre d'exemples, les articles 20, 21, 83 al. 2, 113, 114, 119 à 121, 137 à 139, 141 (1), 147, 150, 154, 166, 172, 215, 240(a), 241, 242, 244 à 245(e), 245(i), 245(j), 276, 282 (1) et 303 C.C. Par fiction juridique, il faut inclure aussi les père et mère adoptifs en vertu de l'article 38, *Loi de l'adoption*, *loc. cit.*, note 40.

42. Voir, à titre d'exemples, les articles 151, 240, 245(g) C.C.

43. Voir note 41.

44. Voir C. BOISCLAIR, *Les droits... op. cit.*, note 23, p. 9. Voir, cependant, le *Projet de loi 89*, *loc. cit.*, *infra*, note 106, qui modifie en partie le fondement biologique de la jouissance de l'autorité parentale: arts 621 et 655 (fondement judiciaire) 608 et 618 (fondement légal).

psychologiques ou nourriciers utilisées notamment pour décider de la garde légale ou physique de l'enfant⁴⁵.

Le droit commun précise également ce qu'il faut entendre par tuteur. Il doit être désigné en suivant les formalités du Code civil et du Code de procédure civile⁴⁶, sauf dans les hypothèses où il peut y avoir ouverture à la tutelle légale, laquelle doit être expressément prévue par le législateur⁴⁷. Le tuteur est généralement nommé pour s'occuper du patrimoine du mineur et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il prend en charge la personne du mineur. Il est possible de faire nommer un tuteur à la personne du mineur seulement⁴⁸, mais s'il lui survient des droits à exercer ou des biens à administrer c'est le même tuteur qui s'en occupera⁴⁹.

Ainsi, le tuteur, agissant à titre de parent en vertu de l'article 1(e), exerce de l'autorité parentale aux lieu et place des père et mère dans les hypothèses où ces derniers ne veulent ou ne peuvent plus l'exercer comme nous le verrons plus loin. *La nomination d'un tuteur en soi n'est donc pas concluante, s'il n'est pas investi de l'autorité parentale, pour déterminer s'il peut agir à titre de parent*⁵⁰.

En troisième lieu, le gardien de fait peut se qualifier comme parent à certaines conditions. Le droit commun ne donne aucune explication sur ce qu'il faut entendre par cette expression.

On doit alors, à l'aide des grands principes généraux sur la garde, procéder par déduction pour arriver à définir la "garde de fait". À ce stade de notre exposé, il serait inopportun d'entrer dans

45. *Ibid.*, p. 1, note 2 et pp. 146 et 147. Voir aussi T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980, pp. 6 et 7.

46. Arts 249 à 254, 272 à 285 C.C. et 872 à 876.1 C.P.C.

47. Voir, à titre d'exemples, la tutelle légale du Directeur de la protection de la jeunesse, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2, art. 72, al. 1.

48. *Dumoulong c. Claing*, (1969) R.P. 274. *Stevenson c. Florant, loc. cit.*, note 37.

49. Ainsi, à défaut de précisions dans l'article 71 de la *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2, prévoyant que le Directeur de la protection de la jeunesse peut faire nommer un tuteur à l'enfant dans certaines circonstances, il faut conclure qu'il s'agit de la tutelle du droit commun et non d'une tutelle sociale comme certains ont pu le prétendre. Voir aussi, T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980, p. 10.

50. Il est possible de nommer un tiers tuteur aux lieu et place des père et mère pour administrer le patrimoine de l'enfant. Dans cette hypothèse, le tuteur n'exerce pas l'autorité parentale et il ne pourrait, à ce titre, agir comme parent au sens de la *Loi de la protection de la jeunesse*, si les père et mère demeurent titulaires de l'autorité parentale et qu'ils peuvent l'exercer. Voir T.J. Chicoutimi, no 150-41-000048-76, 21 août 1979, pp. 4 à 6. *Stevenson c. Florant, loc. cit.*, note 35. *Hubert c. Gélinas*, (1965) C.S. 35, 36.

les distinctions sur la garde légale, la garde déléguée, la garde physique, la garde judiciaire, pour préciser, enfin, ce qu'il faut entendre par "garde de fait". Qu'il suffise de dire, pour le moment, que le gardien de fait doit au moins détenir la garde physique de l'enfant. Sa fonction sera plus ou moins temporaire, comme celle du tuteur s'occupant de la personne de l'enfant, suivant les circonstances. Ajoutons également qu'il peut exister ou non des liens de sang ou affectifs entre le gardien de fait et l'enfant.

Nous verrons, plus loin, qu'il faut être très prudent avant de conclure que nous sommes en présence d'un gardien de fait. En effet, en lui accordant ce titre, les intervenants sociaux ou judiciaires, faute de prendre toutes les précautions, risquent de prononcer illégalement de fait la déchéance parentale et de rendre irrégulières toutes les mesures volontaires ou judiciaires prises pour accorder protection à l'enfant⁵¹.

Enfin, la qualification du conjoint à titre de parent n'appelle pas de commentaires particuliers, si ce n'est que c'est le mariage qui lui attribue cette prérogative. Ainsi, le mariage annulé ou le divorce ferait disparaître ce droit du conjoint. Néanmoins, nous traiterons plus loin de certaines situations, comme la séparation de fait, l'incapacité du conjoint d'agir, etc...⁵².

En résumé, on constate que les personnes appelées à agir comme parents doivent remplir des conditions strictes, tant au plan des circonstances qui les autorisent à agir qu'à celui des règles de fond relevant du droit commun. Avant de discuter spécifiquement des parents biologiques et des parents substitués, examinons immédiatement, dans le cadre des généralités sur l'article 1(e), les tendances qui semblent vouloir prendre forme dans ce domaine.

SECTION II

LES DIVERSES TENDANCES SUR LA NATURE DE L'ARTICLE 1 (e)

L'article 12 du Code civil précise la manière dont un texte de loi doit être interprété lorsque la portée de celui-ci comporte certaines difficultés:

51. Voir, T.J. Montréal, no 500-7614-63, 14 septembre 1979, 10. Le Tribunal déclare qu'accepter comme parent le grand-père, gardien de fait de l'enfant depuis trois ans, alors que la mère biologique peut agir, serait retirer à cette dernière son droit de l'autorité parentale.

52. À notre connaissance, les tribunaux n'ont pas encore eu l'opportunité de débattre cette question.

"Lorsqu'une loi présente du doute ou de l'ambiguïté, elle doit être interprétée de manière à lui faire remplir l'intention du législateur et atteindre l'objet pour lequel elle a été passée".

Dans au moins huit décisions récentes, les tribunaux se sont interrogés sur la notion de "parent" de l'article 1(e) et le sens qu'il fallait lui donner. Le caractère alternatif de ce texte de loi ne semble plus créer de problème⁵³. Ce sont plutôt les circonstances permettant de passer d'une catégorie de parents à une autre qui ont soulevé des difficultés, de même que les règles de fond pour qualifier l'une des personnes énumérées à l'article 1(e).

1. L'ambiguïté de l'article 1(e)

L'article 1(e), situé dans le chapitre premier intitulé "interprétation", a conduit les tribunaux, confrontés *avec la nature et la fonction de ce texte de loi*, à l'interpréter de diverses manières en laissant subsister un certain malaise, qui du reste, est explicable en partie par le contenu exceptionnel de la notion de "parent"⁵⁴.

Il faut rechercher une interprétation aussi uniforme que possible puisque le rôle du parent dans le processus de la protection de la jeunesse est fondamental⁵⁵.

À partir de l'expression "en cas d'absence ou de défaut", les tribunaux ont élaboré diverses théories dont certaines sont très discutables comme nous le verrons en analysant les catégories de "parents biologiques" et de "parents substitués".

Ils ont envisagé cette expression tantôt comme une règle les autorisant à partir des objectifs de la Loi, à *faire l'évaluation de la compétence parentale* sans tenir compte des notions de droit commun. On a aussi décidé qu'il fallait, à *défaut de précisions claires, se référer à la loi générale* pour déterminer dans quelles circonstances l'une des personnes énumérées dans l'article 1(e) pouvait invoquer sa qualité de parent de préférence à toute autre. Enfin, on a même défendu la théorie que le "gardien de fait", interprétée de façon extensive, pouvait, contrairement à la notion traditionnelle de parents, *inclure une personne morale*.

Résumons la pensée des juges ayant eu à se prononcer sur ce problème de qualification du "parent" et les diverses tendances auxquelles elle a donné naissance. L'expression "en cas de défaut"

53. *Supra*, pp. 281 à 283 et les arrêts cités aux notes 35 et 36.

54. *Supra*, pp. 278, 281 à 285.

55. *Supra*, p. 277.

des parents biologiques doit-elle être considérée comme une règle propre à la *Loi de la protection de la jeunesse*⁵⁶ ou comme une règle se référant au droit commun pour déterminer ce qu'il faut entendre par "défaut"?

La première tendance s'en remet exclusivement à la *Loi de la protection de la jeunesse*⁵⁷ pour préciser le terme "défaut". Dans cette perspective, on a jugé qu'il signifiait "le manquement aux obligations des père et mère de s'occuper de leurs enfants", ce qui constitue, par ailleurs, un motif pour requérir la protection de l'enfant au sens de l'article 38⁵⁸. Dans un arrêt, on déclare que ce texte de loi ne visait pas l'utilisation "de la rigidité de contrainte juridico-légale ou de fictions légales complexes"⁵⁹. Dans un autre arrêt où l'on accepte cet énoncé de principe⁶⁰, on peut relever une certaine contradiction lorsqu'on affirme que le Tribunal de la jeunesse n'est pas habilité à retirer l'autorité parentale aux père et mère de l'enfant⁶¹. Mais, paradoxalement, on peut lire aussi, à propos de la mère de l'enfant, qu'il appartient au tribunal de lui reconnaître le droit d'agir comme parent en vertu de l'article 1(e)⁶² alors que le droit commun lui attribue *de plein droit* cette prérogative.

On retrouve aussi cette ambiguïté dans un autre arrêt récent dans lequel on s'en rapporte au droit commun pour régler un conflit entre le tuteur et le prétendu gardien de fait⁶³. Pourtant, le tribunal accepte la théorie du "défaut" reposant sur l'inaccomplissement des obligations d'entretien, d'éducation, de nourriture de la part des

56. *Loc. cit.*, note 2.

57. *Loc. cit.*, note 2.

58. *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. Voir, C.S. Montréal, no 24-000004-795, 6 novembre 1979, 3. Il s'agit d'une décision de la Cour supérieure, siégeant en appel conformément à l'article 99 de la *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. On peut déjà apercevoir une première contradiction. Avant de décider si la santé et le développement de l'enfant est compromis par ses parents, on les déclare "a priori" inaptes pour agir en vertu de la Loi. Voir aussi, T.J. Labelle, no 560-41-000002-80, 10 septembre 1980, 7 et 8. C.S. Montréal, no 500-41-000114-770, 8 août 1980, 5 à 8.

59. C.S. Montréal, no 24-000004-795, 6 novembre 1979, 4.

60. T.J. Montréal, no 500-7614-63, 14 décembre 1979, 7.

61. *Ibid.*, p. 10.

62. *Ibid.*, p. 9.

63. T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980, 10. Le tribunal utilise cette théorie pour justifier l'exercice de l'autorité parentale par le tuteur aux lieu et place de la mère, voir pp. 8, 10 et 17.

parents biologiques pour considérer le tuteur comme parent⁶⁴ même si le terme "défaut", au sens de la loi générale, est plus restrictif comme nous le verrons.

L'interprétation du "défaut" dans le sens proposé ci-dessus témoigne de la volonté de considérer l'article 1(e) comme une règle de fond sans tenir compte de la définition donnée au terme "défaut" par le droit commun. Toutefois, le Tribunal se contredit en partie dans l'arrêt ci-dessus, *en précisant que c'est un article de définition et non une règle de "droit substantif" en ce sens qu'il ne crée pas de droit*: on se contente d'indiquer les personnes pouvant exercer des droits dans le cadre de la Loi⁶⁵.

En revanche, on estime, dans d'autres arrêts, que les conflits concernant la qualification de l'une des personnes énumérées à l'article 1(e) ne peuvent être résolus adéquatement qu'en faisant appel aux notions de droit commun. Ainsi, le tribunal, ayant à décider qui, de la mère ou du tuteur, peut agir à titre de "parent", s'en remet à la loi générale selon laquelle la tutelle confiée à un tiers n'a pas pour effet de faire disparaître l'autorité parentale même si elle avait expulsé de sa résidence son enfant depuis plusieurs années⁶⁶. D'après la première théorie, cela aurait constitué un manquement aux obligations de la mère, ce qui aurait eu comme conséquence de confier le titre de "parent" au tuteur.

On s'inspire également du droit commun pour attribuer la responsabilité au tuteur qui exerce l'autorité parentale au lieu et place des père et mère et, écarter ceux qui, de fait, avaient gardé l'enfant depuis sa naissance jusqu'à tout récemment⁶⁷. Parlant des liens entre l'enfant et ses parents, le tribunal déclare que *la carence parentale n'enlève pas la qualité de parents*⁶⁸. En dépit de cette affirmation, le Tribunal se contredit en acceptant, du même souffle, la première tendance à propos de la signification du terme "défaut"⁶⁹ pour considérer le tuteur comme "parent" à la place de la mère.

64. *Ibid.*, pp. 7 et 8.

65. *Ibid.*, p. 17.

66. T.J. Chicoutimi, no 150-41-000048-76, 21 août 1979, 3 à 6. Le tribunal se réfère aux principes généraux en matière d'autorité parentale et de tutelle pour justifier sa décision. Voir aussi les arrêts cités à la note 37.

67. T.J. Joliette, no 750-41-000004-802, 25 avril 1980, 14 à 17.

68. *Ibid.*, à la p. 15. En d'autres termes, d'après le juge, la carence parentale résultant de l'absence de liens affectifs, de cadre matériel et moral, est insuffisante pour faire perdre la qualité de parent à partir de l'article 1(e).

69. *Supra...* p. 287.

Pourtant, le Tribunal conclut que c'est une règle d'interprétation reconnue que les termes utilisés dans un texte de loi doivent conserver, sauf spécifications contraires (qui n'existent pas dans l'article 1(e)), leur sens premier et habituel, ce qui, à notre avis, nous réfère au droit commun⁷⁰.

Enfin, dans au moins un arrêt, on attribue la qualité de "parent" à une personne morale (un centre d'accueil) en l'absence des père et mère de l'enfant⁷¹. L'interprétation extensive de la notion de gardien de fait contredit le droit commun et même, dans une certaine mesure, la *Loi de la protection de la jeunesse*⁷² qui prévoit le maintien ou le retour de l'enfant dans le milieu naturel de son parent⁷³. Cette théorie a d'ailleurs été rejetée dans un autre arrêt où le juge refuse, dans des circonstances semblables, d'étendre la notion de parent à un centre d'accueil au motif qu'il paraît invraisemblable de considérer celui-ci comme un milieu naturel où l'on doit chercher à maintenir ou retourner l'enfant⁷⁴.

Ces diverses orientations font ressortir l'importance de bien identifier la personne habilitée à agir comme parent. Le législateur a-t-il voulu prévoir une règle de fond ou une simple règle d'accommodement pour éviter de paralyser le processus de la protection recherchée pour l'enfant?⁷⁵ Pour répondre adéquatement à cette question, il nous faut scruter la finalité de l'article 1(e) et celle de la protection de la jeunesse.

2. La finalité de l'article 1(e) et de la Loi de la protection de la jeunesse

L'objectif de l'article 1(e) autorise-t-il les tribunaux à déterminer qui est le meilleur parent pour l'enfant? Si tel est le cas, il faut conclure qu'il s'agit d'une règle de fond.

Au contraire, veut-on s'assurer du concours d'un adulte proche de l'enfant pour agir à titre de parent dans le processus social et

70. T.J. Joliette, no 750-41-000004-802, 25 avril 1980, 6 et 15. *Le juge ajoute aussi qu'il faut être un parent au sens légal du terme*; ce qui ramène à notre avis, au droit commun en l'absence de précisions dans la Loi.

71. T.J. Montréal, no 500-03-002721-788, 7 février 1979, 2.

72. *Loc. cit.*, note 2.

73. *Supra...*, pp. 277 à 279.

74. T.J. Montréal, no 505-41-000225-781, 20 août 1979.

75. Voir à ce sujet, Bulletin juridique, Comité de la protection de la jeunesse, vol. no 1, pp. 17 à 29, Mes I. JUNEAU et F. BOULAIS posent très bien le problème de découvrir l'intention du législateur dans l'article 1(e).

judiciaire de la protection? Auquel cas, il s'agirait plutôt d'une règle d'accommodement ne comportant en elle-même aucune directive quant à la compétence parentale. On doit alors se référer au droit commun pour déterminer dans quelles circonstances on peut passer d'une catégorie de parents à une autre, sans avoir à évaluer subjectivement les critères pour attribuer la qualité de parent aux personnes énumérées à l'article 1(e). Dans cette hypothèse, ce texte de loi est une règle objective où l'on décrit seulement les diverses catégories de personnes dans l'ordre chronologique où elles peuvent agir comme parent à l'exclusion de toute autre personne.

La finalité de la protection de l'enfant nous apparaît, par contre, comme une processus autorisant le Directeur de la protection et le Tribunal à se prononcer temporairement sur la garde physique de l'enfant soit en le retirant de son milieu⁷⁶, soit en l'y maintenant à certaines conditions⁷⁷. En d'autres termes, après avoir décidé du retrait ou du maintien de l'enfant dans son milieu habituel de vie, on propose sur une base volontaire ou on détermine par ordonnance du Tribunal les modalités à respecter pour lui assurer la meilleure protection possible.

C'est à ce niveau, croyons-nous, qu'il faut évaluer la compétence parentale⁷⁸ et éventuellement demander la nomination d'un tuteur ou la déchéance partielle ou totale de l'autorité parentale pour procurer à l'enfant une certaine stabilité si les père et mère ne veulent plus respecter leurs obligations envers lui⁷⁹. S'il s'agit du tuteur qui exerce légalement l'autorité parentale, il faudrait, suivant les circonstances, demander sa destitution ou son remplacement ou encore la nomination d'un tuteur distinct à la personne de l'enfant s'il fait défaut de remplir ses obligations à son égard⁸⁰. Quant au

76. Arts 54 (c, e, h) et 91 (b, c, et e), *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2.

77. Arts 54 (a, b, d, f, g, i, j) et 91 (a, d), *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2.

78. Voir à ce sujet, T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980, 15 à 17. Le Tribunal précise que c'est au moment où le parent invoquera son droit à la garde qu'il y a lieu d'évaluer la compétence parentale et ses liens avec l'enfant.

79. Arts 71 et 72, *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2, et art. 245e C.C. Voir à ce sujet, C.S. Hull, no 500-41-000015-79, 1er février 1980.

80. S'il s'agit d'un tuteur nommé en vertu de l'article 290 C.C. et qui exerce à titre subsidiaire l'autorité parentale en plus d'administrer les biens de l'enfant, on pourrait, suivant l'article 264 C.C. ou 71 de la Loi, faire nommer un tuteur distinct à la personne du mineur. Si par surcroît, le tuteur administre mal le patrimoine de l'enfant, on pourrait en demander la destitution et faire nommer un nouveau tuteur qui pourrait cumuler les deux fonctions, à défaut de requérir la nomination d'un tuteur séparé pour s'occuper de l'enfant. S'il s'agit d'un tuteur nommé en vertu de l'article 71, il faudrait demander son remplacement par requête fondée sur l'article

gardien de fait, la situation est plus complexe et son incompétence parentale pourrait donner ouverture à la tutelle si on désire l'écartier définitivement de la vie de l'enfant⁸¹. Enfin, s'il s'agit du conjoint, nous sommes en présence d'une impasse juridique, comme nous le verrons plus loin, puisque l'enfant marié est un mineur émancipé non soumis à l'autorité parentale et auquel on ne peut plus nommer un tuteur⁸².

Il faut bien comprendre l'intérêt de la distinction entre la finalité de l'article 1(e) et celle de la protection proprement dite de l'enfant. Si la Loi reconnaît à l'enfant le droit au maintien ou au retour dans son milieu naturel, il faut aussi être conséquent et accepter que la personne agissant à titre de parent en vertu de l'article 1(e) est celle qui offre ou peut offrir à l'enfant ce milieu naturel^{82a}. Les conséquences juridiques et pratiques de ces diverses théories revêtent une grande importance pour les parents et l'enfant.

3. Les conséquences juridiques et pratiques des diverses théories sur l'article 1(e)

Au plan juridique, les parents sont appelés non seulement à collaborer lors des mesures volontaires⁸³, mais leur rôle est aussi fondamental dans le processus judiciaire et pendant toute la durée de la mesure de protection. À titre d'exemples, ils peuvent refuser les mesures volontaires et requérir une décision du Tribunal⁸⁴. Les

20 C.P.C. et sur l'inaccomplissement de ses obligations envers l'enfant. Souvent, dans l'hypothèse de la tutelle prévue par l'article 71 le mineur n'aura pas de biens à administrer et la destitution, en vertu de l'article 285 C.C., pourrait ne pas trouver application à moins d'interpréter de façon extensive l'inconduite notoire pour inclure le manquement à ses obligations personnelles à l'égard de l'enfant. À tout événement, la requête en remplacement nous paraît plus appropriée que l'action en destitution dans les circonstances.

81. Art. 71, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

82. Arts 243, 314 et 317 C.C. Sauf si l'on veut donner une interprétation extensive à l'article 71(a) (b) de la *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2 qui prévoit la nomination d'un tuteur lorsqu'il n'existe plus de possibilité réelle de retourner l'enfant auprès de son parent i.e. ici son conjoint ou s'il y a abandon de sa part. Ainsi, cet article pourrait être interprété comme une dérogation au droit commun qui n'autorise pas, rappelons-le, la nomination d'un tuteur à un mineur émancipé. Toutefois, notons le caractère restrictif de l'article 71 qui exige que l'enfant fasse déjà l'objet d'une ordonnance ou d'une décision (sauf s'il y a eu abandon). L'article 71 ne pourrait régler qu'en partie le problème.

82a. *Supra*,... p. 278 et note 24.

83. Arts 51 al. 2 et 52, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

84. Arts 60 et 74(a), *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

parents ont aussi le droit de s'opposer pour leur enfant, âgé de moins de 14 ans, à une étude, une évaluation ou autre expertise⁸⁵. On leur permet, entre autres, de consulter le dossier confidentiel de leur enfant, de demander la révision d'une mesure de protection pendant la durée de son application, de porter en appel la décision du Tribunal, de requérir les services d'un avocat pour leur enfant ayant des intérêts opposés aux leurs, etc...⁸⁶.

Le parent constitue indiscutablement un rouage déterminant en ce sens que le milieu naturel où l'on doit maintenir ou retourner l'enfant⁸⁷, si on l'en a retiré, est celui de l'une des personnes énumérées à l'article 1(e). Le milieu naturel de l'enfant est donc rattaché à la personne agissant à titre de parent⁸⁸.

Au plan pratique, on peut déjà apercevoir les difficultés que rencontre le Directeur de la protection ou son délégué. Le Tribunal a la possibilité de prendre sous réserve les objections soulevées par les parties à propos de la qualification de "parent" de l'une des personnes énumérées à l'article 1(e) et de décider ultérieurement, après l'enquête au fond, qui est le parent⁸⁹; ou encore, il peut, une fois saisi du dossier, décider de cette question sur requête pour mesure incidente⁹⁰. Mais, le Directeur de la protection ne peut bénéficier de ces mêmes avantages.

Un nombre considérable de mesures volontaires de protection résultent de la déjudiciarisation prise dans son sens le plus strict i.e. sans l'intervention du Tribunal. Le Directeur de la protection, s'il conclut après analyse que la santé ou le développement est compromis⁹¹, doit discuter et s'entendre avec les parents et l'enfant pour décider de l'orientation de ce dernier et faire accepter les mesures volontaires proposées⁹². Il doit donc s'interroger, dans certaines hypothèses, sur la portée de l'article 1(e) pour attribuer la qualité de parent à l'une des personnes prévues par la Loi.

85. Art. 87, *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2.

86. Arts 96(a), 95, 101, 88 al. 2, *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2. Sur le choix de l'avocat de l'enfant par les parents, voir T.J. Joliette, 705-41-000004-802, 25 avril 1980, 18 à 25.

87. Arts 4, 5 et 57, *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2.

88. Le milieu naturel de l'enfant peut ainsi varier dans le temps. Voir à ce sujet les articles 1(e), 71 et 72, *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2, et 245e C.C. Voir aussi, *supra*, ... pp. 289 à 291.

89. Voir, à titre d'exemple, T.J. Montréal, no 500-7614-63, 14 décembre 1979, 1 à 5.

90. Voir, entre autres, T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980.

91. Arts 33, 38 et 49, *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2.

92. Arts 51 al. 2 et 52, *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2.

L'enfant ayant besoin de protection⁹³ ne vit pas nécessairement dans un milieu naturel composé de ses parents biologiques. Ces derniers peuvent être séparés de corps, séparés de fait, divorcés ou remariés. L'enfant peut être gardé par un tiers⁹⁴ tels les grands-parents, une tante, un voisin, une famille d'accueil, une institution ou encore les futurs parents adoptifs, etc... Le tuteur pourrait également prétendre à ce titre dans certaines circonstances. Le Directeur de la protection doit donc assumer une lourde responsabilité et sa décision, à la lumière de la jurisprudence contradictoire dont nous avons fait état plus haut, n'est pas facile à prendre.

L'interprétation de l'article 1(e) envisagée comme une *règle de fond* l'obligerait à porter un jugement sur la personne qu'il pourrait croire être la plus adéquate pour l'enfant vu le sens donné au terme "défaut" dans certains arrêts⁹⁵. Pour notre part, nous ne croyons pas que la *Loi de la protection de la jeunesse* lui attribue ce pouvoir qui relève exclusivement des Tribunaux. Il s'agit d'une question de droit qui exige une enquête sérieuse. *Priver le parent de ses droits ne peut découler d'une décision administrative*. D'ailleurs, les articles 71 et 72 se réfèrent tous deux au droit commun lorsqu'il s'agit de nommer un tuteur ou de demander la déchéance parentale⁹⁶ pour confier à un tiers le rôle de parent.

On peut déjà apercevoir les difficultés de procurer à l'enfant une mesure de protection rapide. En effet, il faudrait, d'après nous, que le Directeur saisisse le Tribunal⁹⁷ pour faire déterminer qui peut agir au sens de l'article 1(e) pour ensuite proposer des mesures volontaires au véritable parent. Cela nous paraît aller à l'encontre de l'esprit de la Loi qui vise à protéger l'enfant dans les meilleurs délais possibles. Il serait étonnant, voire improbable, que l'intention du législateur ait été d'en arriver à une solution aussi complexe.

93. Arts 38, 39 et 40, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

94. Il s'agit de toute personne autre que les parents biologiques, voir note 23.

95. *Supra*,... pp. 286 à 288.

96. Notons que l'article 54(b) autorise le Directeur à interdire à certaines personnes d'entrer en contact avec l'enfant, ce qui pourrait inclure les parents lorsque l'enfant a été retiré de son milieu naturel. Mais, il s'agit de mesures temporaires puisqu'on doit en vertu de l'article 5 al. 2 de la Loi prendre tous les moyens pour l'y retourner. Voir aussi l'article 3.7.5 des règlements sur la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. 1977, c. S-5, qui permet au conseil d'administration d'un centre d'accueil (établissement) ou le Directeur, s'il y a urgence, de suspendre les visites, entre autres, des parents. Il s'agit également de mesures temporaires qui ne retirent pas l'autorité parentale aux parents.

97. Art. 60(c), *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

En revanche, s'il s'agit d'une *règle d'accommodement ou objective* faisant référence au droit commun, le Directeur se limitera alors à appliquer les règles générales du droit commun sans avoir à se prononcer sur la compétence parentale pour décider qui peut agir à titre de parent^{97a}. Toutefois, cela suppose au moins la connaissance des principes et des exceptions de la loi générale qui l'autorisent à passer d'une catégorie de parents à une autre. Ce problème nous ramène finalement à l'étude du parent gardien de droit ou de fait de l'enfant et à la signification des termes "absence ou défaut" pour faire appel aux parents substitués.

En d'autres termes, doit-il consulter les deux parents lorsqu'il y a vie commune? Au cas contraire, celui qui a la garde de droit ou de fait peut-il prendre seul la décision? Que faut-il entendre par un parent biologique "gardien de fait"? Les parents substitués posent aussi certaines difficultés. Quand le tuteur exercera-t-il l'autorité parentale? Que faut-il entendre réellement par un "gardien de fait"? La personne qui "de fait" garde un enfant est-elle considérée comme "un gardien de fait" au sens de la Loi? Quand le conjoint cesse-t-il d'être le parent de son conjoint?

Voilà autant de questions auxquelles il faut répondre en s'appuyant, d'après nous, sur le droit commun pour trouver des solutions cohérentes et adéquates pour chacune des catégories de parents. On ne peut, nous semble-t-il, s'inspirer de la loi générale pour décrire ce qu'il faut entendre par les père et mère d'un enfant ou le tuteur, et ne pas tenir compte de celle-ci pour le "gardien de fait" ou encore pour définir les termes "absence ou défaut". Les deux prochains chapitres seront consacrés spécifiquement à ces questions en tentant d'apporter des réponses concrètes que seul le droit commun peut nous fournir, à moins de tomber dans l'arbitraire.

97a. Sans doute, le Directeur de la protection, aux termes des articles 33 et 49, devrait apprécier la capacité parentale lors de son analyse de la situation pour décider s'il maintient ou retire l'enfant de son milieu. Mais, il proposera les mesures volontaires au parent qui exerce l'autorité parentale même s'il est inapte pour s'occuper de son enfant.

CHAPITRE DEUXIÈME

LA PREMIÈRE CATÉGORIE DE PARENTS DE L'ARTICLE 1(e): LES PARENTS BIOLOGIQUES

L'interprétation de la première partie de l'article 1(e) concernant les parents biologiques soulève au moins autant de difficultés que celle relative aux parents substitués. Seul le droit commun peut nous aider à comprendre ce qu'il faut entendre par le "gardien de droit ou de fait". L'article 1(e) se réfère aux parents biologiques en ces termes:

"Le père et la mère d'un enfant ou, le cas échéant celui d'entre eux qui en a la garde de droit ou de fait..."⁹⁸.

L'expression "le père et la mère d'un enfant" signifie ceux qui l'ont conçu et inclut à la fois les parents mariés⁹⁹, comme ceux qui ne le sont pas¹⁰⁰, et les parents adoptifs par fiction juridique¹⁰¹. Toutefois, la rédaction de ce texte de loi nous conduit à l'analyser plus à fond pour déterminer s'il apporte des dérogations au droit commun.

En effet, la terminologie "*gardien de droit ou de fait*" laisse supposer que la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁰² envisage des situations particulières pour éviter à l'enfant, aux fins de l'application de la Loi, de se retrouver sans parent. La distinction entre la garde de droit et de fait nous porte à nous interroger sur ce qu'il faut réellement entendre par ces deux sortes de garde.

Dans cette perspective, il nous apparaît important de faire un bref rappel sur le droit de garde et l'autorité parentale puisqu'en définitive c'est en vertu de cette dernière qu'ils sont appelés à intervenir dans le processus volontaire ou judiciaire de la protection de l'enfant.

À l'aide des principes généraux du droit commun, nous nous demanderons également si les deux parents peuvent ou doivent agir ensemble et quand la collaboration d'un seul d'entre eux sera suffisante, ou encore si la garde de droit ou de fait entraîne obligatoirement l'exclusion de l'un d'eux?

98. *Supra*,... pp. 283 et 284.

99. Art. 218 C.C.

100. Art. 241 C.C.

101. Art 38, *Loi de l'adoption*, *loc. cit.*, note 40.

102. *Loc. cit.*, note 2.

SECTION 1

BREF RAPPEL SUR L'AUTORITÉ PARENTALE ET LE DROIT DE GARDE

Nous avons dit plus haut que la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁰³ autorisait les divers intervenants à se prononcer sur la garde physique seulement en prévoyant les modalités appropriées pour fournir à l'enfant la protection la plus adéquate¹⁰⁴. Ce n'est donc pas l'autorité parentale qui est remise en cause, mais plutôt son exercice et la garde de l'enfant. Distinguons brièvement l'autorité parentale de son principal attribut, le droit de garde.

1. L'autorité parentale

L'autorité parentale est réservée exclusivement aux procréateurs de l'enfant¹⁰⁵ et ils ne la perdent jamais, sauf s'il y a adoption de l'enfant par des tiers¹⁰⁶ ou déchéance parentale¹⁰⁷. Dans les hypothèses où l'on leur enlève la garde physique ils n'en conservent pas moins l'autorité parentale.

Ce ne sont ni les liens affectifs ou psychologiques, ni le fait pour l'enfant de vivre habituellement dans un milieu donné, ni la garde physique qui sont attributifs de l'autorité parentale. Si l'on optait pour ces critères, elle ne cesserait de changer de mains particulièrement à l'égard de l'enfant ayant subi de nombreux déplacements et qui a vécu tantôt chez les grands-parents, des oncles ou tantes, tantôt chez des voisins, dans des familles d'accueil ou encore dans des centres d'accueil pendant des périodes plus ou moins longues.

L'autorité parentale est une institution juridique et, comme toutes les institutions, c'est la stabilité qui la caractérise en ce sens qu'on devait la confier à certaines personnes à l'exclusion des autres

103. *Loc. cit.*, note 2.

104. *Supra*,... p. 290.

105. Voir, à ce sujet, E. DELEURY, M. RIVET, J.M. NAULT, "La puissance paternelle", (1974) 15 *C. de D.* nos 74 à 78, pp. 821 à 825. C. BOISCLAIR, *Les droits... op. cit.*, note 23, p. 8.

106. Art. 38, *Loi de l'adoption*, *loc. cit.*, note 40. Voir cependant le *Projet de Loi 89, Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, Trente et unième législature, sixième session, sanctionné le 19 décembre 1980. Les articles 608 et 618 édictent respectivement que le consentement pour adoption emporte délégation de l'autorité parentale en faveur de la personne à qui l'enfant est confié en vue de son adoption et que l'ordonnance de placement confère l'autorité parentale aux futurs parents adoptifs.

107. Art. 245e C.C.

pour assurer la continuité auprès de l'enfant. Pour atteindre cet objectif, le législateur a choisi le critère le plus naturel qui existe, soit les liens du sang qui entraînent la présomption que les parents sont ceux qui peuvent le mieux s'occuper de l'enfant. À ce titre, on leur impose des obligations¹⁰⁸, mais en leur accordant aussi des droits sur l'enfant¹⁰⁹. On leur attribue, à cette fin, la garde légale et physique qui devient le corollaire naturel de l'autorité parentale.

L'autorité parentale comporte deux aspects distincts: la jouissance de celle-ci et son exercice. *La jouissance demeure, saufs'il y a adoption ou déchéance totale parentale, attachée de façon irréfragable aux père et mère*^{109a}. *En revanche, l'exercice peut être aménagé et on peut même lui faire échec, dans certaines circonstances*¹¹⁰, sans affecter la jouissance de l'autorité parentale du parent privé de son exercice totalement ou partiellement de façon plus ou moins temporaire.

Parmi les prérogatives des titulaires de l'autorité parentale, retenons le droit de direction et d'orientation de l'enfant découlant de l'obligation d'éducation qui pèse sur eux¹¹¹. En contrepartie, ce dernier doit demeurer sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation¹¹². Le droit commun reconnaît, en principe, aux parents l'exercice exclusif de l'autorité parentale. Toutefois, la *Loi de la protection de la jeunesse*¹¹³ apporte des restrictions en permettant au Directeur de la protection et au Tribunal de décider de l'orientation de l'enfant¹¹⁴. C'est l'exercice exclusif de l'autorité parentale qui est remis en question dans cette hypothèse et non la jouissance de celle-ci.

108. Arts 165, 240 C.C. et 38, *Loi de l'adoption, loc. cit.*, note 40.

109. Arts 242 à 245c, 245g, 245i C.C. et 38, *Loi de l'adoption, loc. cit.*, note 40. Depuis 1970, les liens du sang comme fondement de l'autorité parentale sont indiscutables. Voir, *supra...* note 105.

109a. À ce titre, on peut dire qu'elle est indisponible, imprescriptible et indivisible. Voir cependant le *Projet de Loi 89, loc. cit.*, note 106. L'article 618 confère l'autorité parentale aux futurs parents adoptifs.

110. Les parents substituts (le tuteur et le gardien de fait) sont des exemples où l'exercice de l'autorité parentale est retiré aux parents biologiques pour les fins de l'application de la *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

111. Arts 165, 240 C.C. et 38, *Loi de l'adoption, loc. cit.*, note 40.

112. Art. 243 C.C.

113. *Loc. cit.*, note 2.

114. Arts 49, 51, 52, 54 et 91 *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. À défaut d'accepter volontairement cette restriction, les parents peuvent s'adresser au Tribunal. Arts 52, 60b et 74a, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

L'exercice de l'autorité parentale apparaît ainsi comme un droit relatif et non absolu et lorsqu'on parle de démembrement de l'autorité parentale, c'est de l'exercice et non de la jouissance dont il s'agit¹¹⁵. Il en est de même du droit de garde qu'on peut diviser en "garde légale" et "garde physique" même si, dans l'état normal des choses, elles sont l'une et l'autre entre les mains des titulaires de l'autorité parentale.

2. La garde légale et la garde physique

Le complément de l'exercice de l'autorité est le droit de garde qui permet aux parents de remplir leurs obligations à l'égard de l'enfant. Néanmoins, dans certaines circonstances, on peut également fractionner la garde notamment en confiant la garde physique à un tiers tout en conservant la garde légale aux parents. *En effet, seuls les titulaires de l'autorité parentale ou l'un d'eux peuvent prétendre à la garde légale*¹¹⁶. Cette expression sert à exprimer, d'une manière différente, que seuls ces derniers sont habilités à exercer l'autorité parentale.

Nous avons dit plus haut que la finalité de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹¹⁷ permet seulement de se prononcer sur la garde physique temporairement¹¹⁸. Cela est donc conforme au droit commun. Ainsi, la garde physique confiée à des tiers, comme à une famille d'accueil ou un centre d'accueil, n'affecte en rien l'exercice de l'autorité parentale¹¹⁹ même si l'on peut limiter ce droit dans le

115. C. L'HEUREUX-DUBÉ, "La garde conjointe, un concept acceptable ou non", (1979) 39 R.B. 851. L'auteur utilise expressément l'expression "démembrement de l'exercice de l'autorité parentale" lorsque la garde est confiée à l'un des parents.

116. C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 115, p. 849. L'auteur écrit sur la garde physique et juridique (légale) que le tiers reste soumis à "l'autorité entière du gardien (légal) dont il est tenu de respecter et d'exécuter les ordres". E. GROFFIER-ATALA, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale", (1977) 8 R.G.D. 230 écrit à propos du fractionnement de la garde que "les décisions importantes concernant l'éducation, la religion de l'enfant et d'autres domaines devraient être prises par le parent qui a la garde légale tandis que la surveillance de tous les jours est exercée par la personne qui en a la garde physique". Voir *Goulet c. Chartier*, (1977) R.P. 88. *Perreault c. Demers*, (1974) C.S. 530, 531 et 532. Les italiques sont de l'auteur. Dans deux arrêts, à notre connaissance, on a déjà attribué la garde légale à des tiers. Voir *Y c. X*, (1977) R.P. 71 et *Forget c. Bourque*, C.S. St-François, no 450-12-002524-77, 11 octobre 1979. On prononce une forme de déchéance de l'exercice de l'autorité parentale. Il s'agit manifestement de décisions mal fondées en droit.

117. *Loc. cit.*, note 21.

118. *Supra*,... p. 290.

119. Voir note 14. Voir *Brisebois c. Brisebois*, (1972) C.A. 8. Voir aussi C. BOISCLAIR, *Les droits... op. cit.*, note 23, p. 22.

temps ou en restreindre l'exercice exclusif¹²⁰. *En d'autres termes, la garde légale sert de fondement à l'exercice de l'autorité parentale*¹²¹.

En résumé, la jouissance de l'autorité parentale repose sur le lien biologique qui unit l'enfant à ceux qui l'ont conçu. En vertu de celle-ci, on leur impose des obligations et leur confère des droits. L'exercice de l'autorité parentale est la mise en oeuvre concrète de celle-ci. Les parents ou l'un d'eux peuvent effectivement l'exercer, quant à ses éléments essentiels, à la condition de bénéficier de la garde légale. Par contre, la garde physique n'est pas en soi attributive de l'autorité parentale même si l'intérêt de l'enfant justifie parfois de diviser la garde pour confier à des tiers la garde physique tout en conservant au père et/ou à la mère la garde légale^{121 a}. Il en est de même au cas de divorce ou de séparation judiciaire de corps: l'un des parents est privé de la garde légale et de la garde physique, sauf si l'on opte pour la garde légale conjointe avec ou sans alternance des lieux physiques pour l'enfant.

Ces précisions données, il devient plus facile de déterminer qui peut agir à titre de "parent" dans le cadre de la Loi et participer à l'orientation de l'enfant ou encore saisir le Tribunal puisque, en définitive, c'est le titulaire de l'autorité parentale ou le gardien légal qui se voit confier l'éducation de l'enfant.

SECTION II

L'ORDRE CHRONOLOGIQUE DES PARENTS BIOLOGIQUES DE L'ARTICLE 1(e)

L'article 1(e) confère, en premier lieu, la fonction de parent au père et à la mère, ensuite "ou" au gardien de droit et, enfin, "ou" au

120. Voir, à titre d'exemples, les articles 38, 49, 51, 52, 54, 91, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

121. On peut illustrer cette affirmation par un exemple clair. Ainsi, à la suite d'un divorce, la mère à laquelle on attribue la garde légale *exerce seule les prérogatives essentielles* de l'autorité parentale à l'exclusion du père qui, même s'il continue de jouir de l'autorité parentale, doit se limiter à surveiller l'éducation de l'enfant seulement, mais non à décider de son orientation. En d'autres termes, il s'agit d'un exercice atrophié par les droits du gardien légal.

En revanche, s'il est insatisfait de la façon dont la mère s'occupe de l'enfant, il peut demander de se faire attribuer la garde légale et physique. C'est la jouissance de l'autorité parentale qui sert de fondement à son recours. Voir T.J. Montréal, no 500-7614-63, 14 décembre 1979, 6. Dans cet arrêt, le Tribunal associe "garde légale" et "autorité parentale".

121a. Voir *Demers c. Perreault*, (1974) C.S. 530, 531 et 532.

gardien de fait. Cette dernière situation soulève certains problèmes de qualification comme nous le verrons plus loin¹²².

1. Le père et la mère faisant vie commune ou non

Les distinctions faites dans l'article 1(e) à propos du gardien de droit ou de fait nous indiquent, au sujet du "père et de la mère", qu'il s'agit de parents mariés ou non, faisant vie commune ou non¹²³. En vertu des articles 244 et 245j C.C., *l'un et l'autre exercent conjointement l'autorité parentale et tous les deux doivent agir collégalement tant au plan des mesures volontaires qu'à celui des procédures devant le Tribunal.*

Au cas de conflit entre eux quant à l'orientation ou aux décisions à prendre dans l'intérêt de l'enfant, l'article 245d C.C. prévoit qu'ils peuvent s'adresser à la Cour supérieure pour faire trancher le litige qui les oppose. On conçoit facilement que cette éventualité apparait très onéreuse lorsqu'il faut prendre une décision urgente. Cela nous semble incompatible avec l'esprit de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹²⁴ qui commande une intervention rapide. Dans la perspective d'une mésentente entre les parents, le Directeur de la protection n'aurait d'autre alternative que de saisir le Tribunal en la considérant comme un refus des mesures volontaires¹²⁵.

En revanche, si l'absence de collaboration prend naissance à l'intérieur du processus judiciaire, la situation devient plus complexe. Ainsi, par exemple, les parents ne s'entendent pas pour demander la révision d'une décision ou d'une ordonnance, ou encore, sur l'expertise demandée à l'égard de l'enfant âgé de moins de quatorze ans¹²⁶. L'absence de préséance de l'un d'eux dans les décisions nous autorise à croire que la révision, comme l'expertise, n'est pas possible. Toutefois, en ce qui a trait à la révision, soulignons que le Comité de la protection, le Directeur et l'enfant âgé de 14 ans ou plus peuvent la demander également. Ce qui permettrait d'éviter l'application de l'article 245d C.C.

Le défaut d'agir ensemble pourrait donc compromettre, dans certaines circonstances, les mécanismes de protection prévus par la Loi même si l'article 245c C.C. édicte que:

122. Sur le caractère alternatif et exclusif de la conjonction "ou", voir *supra*,... pp. 281 et 282.

123. Le droit d'agir existe en faveur des deux parents séparés de fait.

124. *Loc. cit.*, note 2.

125. Art. 60(c), *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

126. Arts 87 et 95, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

“à l'égard des tiers de bonne foi, le père ou la mère est réputé agir avec l'accord de l'autre lorsqu'il accomplit un acte d'autorité à l'égard de l'enfant”¹²⁷.

À ce sujet, le professeur Groffier-Atala écrit qu'une “telle disposition bien qu'indispensable pour la vie quotidienne, risque dans ce dernier cas de provoquer des abus. Des parents en désaccord n'auront d'autres recours que de s'adresser aux tribunaux s'ils veulent éviter de voir toujours l'emporter la décision du premier arrivé”¹²⁸.

À notre avis, l'article 1(e) accorde des droits “au père et à la mère” et non à celui qui prendrait l'initiative plus rapidement que l'autre. L'article 245c C.C. nous paraît aller à l'encontre de la lettre et de l'esprit de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹²⁹. En effet, comment imaginer le maintien de l'enfant ou son retour dans son milieu naturel si les deux parents ne sont pas d'accord? Cela risquerait de compromettre de nouveau la santé et le développement de l'enfant. La Loi est fondée sur l'idée de participation et de collaboration et, sous cet aspect, on peut prétendre, à juste titre, que *l'article 1(e) déroge au droit commun en faisant échec à l'article 245c C.C.*

Toutefois, l'obligation d'agir conjointement comporte des exceptions. En effet, l'article 244 al. 2 C.C. édicte que:

“si l'un d'eux décède ou est incapable de manifester sa volonté, l'autorité parentale est exercée par l'autre”¹³⁰.

“L'incapacité de manifester sa volonté” doit recevoir une interprétation large à moins de contredire l'article 174 C.C.¹³¹. Cette expression comprend, entre autres, l'incapacité mentale ou l'impossibilité physique peu importe les causes. Aussi, l'un des parents est-il autorisé à agir seul dans ces hypothèses sans que l'autre puisse ultérieurement contester les décisions prises; mais on

127. Il s'agit d'une présomption irréfragable, voir Rapport sur le Code civil, Office de révision du Code civil, Vol II, commentaires, Tome 1, Livre deuxième, art. 355. L'article 245d actuel a été tiré de l'article 355 du Projet du Code civil, Office de révision du Code civil, vol. I, Livre deuxième, titre quatrième, 1977, art. 355.

128. E. GROFFIER-ATALA, *loc. cit.*, note 116, p. 225.

129. *Loc. cit.*, note 2.

130. L'article 174 C.C., traitant de la direction morale et de la direction matérielle de la famille ainsi que de l'entretien et de l'éducation des enfants, prévoit une disposition semblable en confiant à la femme seule ces fonctions lorsque “le mari est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause”.

131. Voir note 126. Il s'agit autant de l'incapacité en fait comme en droit.

doit, au préalable, *s'assurer de façon raisonnable de l'incapacité de ce dernier de manifester sa volonté*. Au cas contraire, il pourrait remettre en cause les décisions.

Par contre, si les parents ne font plus vie commune, nous devons nous demander si l'un d'eux s'est vu attribuer la garde légale, auquel cas, le droit exclusif d'orientation de l'enfant lui appartient.

2. Le gardien de droit

À la lumière des distinctions faites dans l'article 1(e), il faut conclure que la "garde de droit" est synonyme de "garde légale accordée à l'un des parents par ordonnance de la Cour supérieure ou de la Cour d'appel à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps"¹³².

En effet, les parents faisant vie commune ou séparés de fait conservent la garde légale¹³³. Seule la Cour peut retirer celle-ci à l'un des parents. L'exercice de l'autorité parentale étant intimement lié à la garde légale, il faut en déduire que le parent qui ne détient pas celle-ci ne peut agir dans le cadre de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹³⁴, sous réserve de son droit d'être considéré comme personne intéressée à titre de parent surveillant de l'enfant¹³⁵.

Le parent, privé de la garde légale, *se voit retirer l'exercice de l'autorité parentale même s'il en conserve toujours la jouissance*. De fait, il n'a plus qu'un rôle de surveillant, notamment des actes d'autorité posés par le gardien légal à l'égard de l'orientation de l'enfant. Le droit de surveillance exclut celui de décision.^{135a} L'article 215 C.C. est clair à ce sujet et l'article 1(e) prévoyant expressément l'hypothèse du gardien légal (de droit), nous constatons que cela est conforme au droit commun auquel *il aurait*

132. Arts 10 et 11 de la *Loi concernant le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8. Arts 200 et 212 C.C. Il faut inclure également les parents adoptifs qui se voient confier la garde légale de l'enfant par l'effet de l'adoption même s'il n'existe de liens biologiques entre l'enfant et ses parents.

133. Voir, Rapport sur le Code civil, *op. cit.*, note 124, art. 354. L'article 244 C.C. s'inspire de l'article 354. E. GROFFIER-ATALA, *loc. cit.*, note 116, p. 229.

134. *Loc. cit.*, note 2.

135. Arts 6 et 81, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

135a. Par analogie, prenons un exemple tiré de la tutelle. Le subrogé-tuteur agit à titre de surveillant de l'administration du tuteur. Il n'a aucun pouvoir de décision. Si le tuteur administre mal, il doit le faire destituer et non administrer à sa place, art. 267 C.C. Il en est de même du surveillant en matière de garde. Si le gardien légal ne respecte pas ses obligations, ce dernier peut demander un changement de garde légale.

*fallu déroger par une disposition expresse si l'on avait l'intention d'autoriser les deux parents à agir même si l'un d'eux détient seul la garde légale*¹³⁶.

Bref, le surveillant dispose d'un droit de regard seulement qu'il exerce à l'occasion des visites et des sorties de l'enfant. S'il est insatisfait des décisions prises par le gardien légal, il peut s'adresser à la Cour supérieure pour se faire attribuer la garde légale¹³⁷. S'il l'obtient, il lui appartiendra de décider seul, notamment lorsqu'il faut choisir une nouvelle orientation pendant la durée de l'application de la mesure de protection ou encore pour demander la révision d'une décision ou d'une ordonnance. Il est donc important de vérifier si le gardien légal est toujours le même puisqu'il peut y avoir modification de la garde légale sans qu'il y ait pour autant, dans certaines circonstances, changement de garde physique.

En décidant de la garde, la Cour supérieure peut confier la garde physique à l'un d'eux ou à un tiers et la garde légale à l'autre parent¹³⁸. Cela donne ouverture à une situation pour le moins curieuse lorsqu'on l'applique à la *Loi de la protection de la jeunesse*¹³⁹. Le parent auquel on confie la garde physique serait sans doute celui qui pourrait le mieux décider de l'orientation de l'enfant. Mais, en l'absence d'une dérogation expresse et, *vu le caractère alternatif de l'article 1(e) qui donne préséance au gardien de droit sur le gardien de fait*¹⁴⁰, le droit de participer à l'orientation de l'enfant reste entre les mains du gardien de droit, encore que l'hypothèse du père ou de la mère, gardien de fait, permettra d'apporter certains correctifs comme nous le verrons plus loin.

La garde légale conjointe, avec ou sans alternance des lieux physique de garde pour l'enfant, apporte une solution au fractionnement de l'exercice de l'autorité parentale. Dans cette hypothèse, les deux parents continuent d'exercer ensemble l'autorité paren-

136. Voir à ce sujet, E GROFFIER-ATALA, *loc. cit.*, note 116, pp. 229 et 230. C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 115, pp. 851 à 853. *Legault c. Figuerora*, (1978) C.A. 82, 83. *Stevenson c. Florant*, (1925) R.C.S. 532. *Brisebois c. Brisebois*, (1972) C.A. 8.

137. *Rochon c. Castonguay*, (1961) B.R. 29, confirmé par (1961) R.C.S. 359. *Gravel c. Wood Gravel* (1975) C.A. 387. *Boily c. Vallée*, (1966) B.R. 1001. *Beaudouin c. Stankevicius*, (1972) C.A. 604. *Brisebois c. Brisebois*, (1972) C.A. 8.

138. *M. c. P.*, (1976) C.S. 1445. *Goulet c. Chartier*, (1977) R.P. 88. *Perreault c. Demers*, (1974) C.S. 530. *Latreille c. Latreille*, (1974) C.S. 173. *M. c. D.*, (1966) C.S. 224, 238 et 239.

139. *Loc. cit.*, note 2.

140. *Supra*,... pp. 281 et 282.

*tale*¹⁴¹. Ce type de garde relativement nouveau au Québec, conduit à l'application des règles générales étudiées plus haut¹⁴² i.e. que les parents sont présumés, en quelque sorte, faire vie commune pour les fins de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant. Peu importe quel parent détient la garde physique, l'un et l'autre, aux fins d'application de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁴³, doivent s'entendre pour agir conjointement¹⁴⁴, sauf si l'un d'eux est incapable de manifester sa volonté¹⁴⁵.

Enfin, signalons également que *l'adoption confère aux parents adoptifs la garde légale de l'enfant, la jouissance et l'exercice de l'autorité parentale*. La notion du gardien de droit leur est donc applicable également au cas de divorce ou de séparation de corps. Par contre, le remariage du conjoint divorcé, gardien légal, ne crée aucun lien juridique entre l'enfant et le nouveau conjoint, sauf l'adoption de l'enfant par ce dernier. Il en est de même du mariage du parent célibataire, sauf s'il s'agit du père ou la mère de l'enfant¹⁴⁶. Dans ces derniers cas, le nouveau conjoint ne peut prétendre au titre de parent. Néanmoins, comme il fait partie du milieu naturel de l'enfant où on peut le maintenir et où on doit, en principe, l'y retourner, il pourrait être entendu, à tout le moins, comme personne intéressée¹⁴⁷.

Bref, légalement seul le gardien de droit (légal) peut décider de l'orientation de l'enfant et éventuellement demander la révision de

141. Voir, à titre d'exemples, *Benoît c. Bissaillon*, (1976) C.S. 165. *Favreau c. Ethier*, (1976) C.S. 48. *Trudeau c. Ouellette*, (1972) C.S. 699. *Bourret c. Ouellet*, C.S. Québec, no 200-12-0161-01-779, 5 février 1979, *Setlakwe c. Setlakwe*, C.S. St-François, no 450-12-002816-79, 11 août 1978.

142. E. GROFFIER-ATALA, *loc. cit.*, note 116, p. 230. C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 113, pp.854 à 856. *Supra*,... pp. 300 à 302.

143. *Loc. cit.*, note 2.

144. Voir, cependant C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 115. L'auteur soutient que s'il y a alternance des lieux physiques, le parent privé temporairement de la garde physique de l'enfant n'exerce plus qu'un droit de surveillance. Cela contredit le contenu même de la garde légale qui confère aux parents le droit de décision et non seulement celui de surveillance.

145. Art. 244 C.C.

146. Art. 237 C.C.

147. Arts 6 et 81, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2. Dans ces hypothèses, le parent, privé de la garde légale et disposant d'un droit de surveillance, et le nouveau conjoint ne peuvent décider de l'orientation même s'ils peuvent faire connaître leur opinion comme personne intéressée.

celle-ci^{147a}. *D'un point de vue pratique*, il n'est pas sans intérêt de faire participer aux décisions l'autre parent, *sauf si le gardien légal s'y objecte*, même s'il ne bénéficie que d'un droit de surveillance. Sa collaboration peut être précieuse, notamment lors de l'exercice de ses droits de visite et de sortie de l'enfant. De plus, la possibilité d'un changement de garde légale, suite au décès du parent gardien légal^{147b} ou pour d'autres motifs ou encore s'il devient incapable de manifester sa volonté, n'incitera pas l'autre parent à faire réviser ou à remettre en cause l'orientation de l'enfant à laquelle il aura collaboré, s'il n'y a pas lieu de le faire. À tout événement, il se sentira au moins impliqué dans le processus de protection de son enfant.

3. Le cas particulier du placement pour adoption

L'abandon de l'enfant et le placement à des fins d'adoption posent des difficultés considérables pour déterminer qui peut agir à titre de parent pendant la période précédant le jugement d'adoption. Cette fonction appartient-elle à la société d'adoption chargée de placer l'enfant et aux futurs parents adoptifs?

Le droit actuel n'apporte pas une solution claire. La société d'adoption est sans doute responsable de l'évaluation de la famille adoptive, du placement et du déplacement éventuels de l'enfant, mais il est douteux qu'elle devienne titulaire de la garde légale l'autorisant à exercer l'autorité parentale, *à moins d'une dérogation expresse aux règles sur la garde légale rattachée aux parents*.

Il faut plutôt se tourner vers la délégation volontaire et l'exercice de l'autorité parentale par le gardien légal au profit de la société d'adoption^{147c} même si cette solution reste discutable. En effet, la délégation prévue à l'article 244 C.C. repose sur l'intention des parents de la *révoquer* éventuellement. Or l'abandon d'un enfant à

147a. T.J. Montmagny, no 300-41-000003-79, 13 novembre 1979, pp. 1 et 3. Dans cet arrêt, les parents sont divorcés. La mère dispose de la garde légale et physique et le père a reçu des droits de visite et de sortie. Le Tribunal déclare que l'un et l'autre sont des parents au sens de l'article 1(e). À notre avis, *seule la mère, qui exerce l'autorité parentale à titre de gardien légal (de droit) est un parent pour les fins de l'application de la Loi*. Sans doute le divorce ne fait pas perdre la qualité de parent, mais *dans le cadre de cette Loi*, seul celui qui a reçu la garde légale peut prétendre agir à titre de parent.

147b. *Legault c. Figueroa*, (1978) C.A. 82, 84. Le juge Mayrand décide dans cet arrêt que le décès du gardien légal transfère automatiquement l'exercice de l'autorité parentale à l'autre parent.

147c. M. RIVET, *loc. cit.*, note 211, p. 485. L'auteur envisage la délégation tacite ou légale dans cette hypothèse. La délégation légale nous paraît difficile à accepter en l'absence d'un texte de loi dans ce sens.

des fins d'adoption présuppose le contraire. De plus, en l'absence d'une délégation légale, les parents conservent le droit de contrôler le délégué et de surveiller l'éducation de l'enfant, ce qui nous semble s'accorder assez mal avec les objectifs poursuivis en adoption.

Néanmoins, c'est la solution la plus acceptable dans les circonstances puisque les parents peuvent toujours reprendre l'enfant sans formalité judiciaire *tant que l'enfant n'est pas placé pour adoption*, ce qui constituerait une révocation de la délégation suivant le droit commun. Dans cette perspective, la société d'adoption pourrait agir à titre de parent, le cas échéant, aux fins d'application de la *Loi de la protection de la jeunesse*, même s'il peut sembler inopportun de confier ce rôle à une personne morale.

Une fois le placement pour adoption effectué, les futurs parents adoptifs assument-ils cette fonction? Peut-on encore soutenir qu'il existe une forme de délégation en leur faveur? Cela nous apparaît être la seule voie possible puisque les parents biologiques perdent l'exercice de l'autorité parentale dans cette hypothèse^{147d}. La responsabilité de l'éducation, de l'orientation et de la surveillance de l'enfant repose sur les parents adoptifs éventuels. La révocation reste possible, mais l'article 17 de la *Loi de l'adoption*^{147e} empêche qu'elle résulte d'un acte de volonté des parents. En effet, seul le Tribunal de la jeunesse peut interrompre le placement et remettre la garde de l'enfant à ses parents^{147f}. Les futurs parents adoptifs sont donc ceux qu'il faut consulter même si les parents biologiques disposent encore de la jouissance théorique de la garde légale et de l'autorité parentale que seul le jugement d'adoption fera disparaître en mettant fin, par fiction juridique, aux liens de filiation entre l'enfant et ces derniers^{147g}.

Le *Projet de Loi 89*^{147h} reprend en substance les solutions expliquées ci-dessus en apportant certaines précisions qui soulèvent parfois des difficultés. Le législateur met un terme aux incertitudes sur la délégation volontaire tacite de l'autorité parentale en édictant à l'article 608 que le consentement des parents entraîne de plein droit la délégation de l'exercice de l'autorité parentale au profit de la

147d. Voir E. GROFFIER-ATALA, *loc. cit.*, note 116, p. 231.

147e. *Loc. cit.*, note 40.

147f. Arts 14 et 17, *Loi de l'adoption*, *loc. cit.*, note 40.

147g. Art. 38, *Loi de l'adoption*, *loc. cit.*, note 40. C'est la *jouissance de l'autorité parentale et la garde légale qui sert de fondement juridique à la demande d'interruption du placement de l'enfant ou à l'opposition de ceux-ci à l'adoption de ce dernier*.

147h. *Loc. cit.*, note 106.

personne à qui l'enfant est remis en vue du placement pour adoption¹⁴⁷ⁱ.

En l'absence de son consentement, le Tribunal, aux termes des articles 611 et 614, peut déclarer l'enfant adoptable en désignant la personne qui exercera l'autorité parentale. Dans cette hypothèse, on remplace la délégation légale par une délégation judiciaire.

Dans ces situations, il ressort que celui qui se voit attribuer l'exercice de l'autorité parentale peut agir à titre de parent dans le cadre de la protection de la jeunesse. Une fois le placement effectué auprès des parents adoptifs éventuels, le législateur leur confère l'autorité parentale conformément à l'article 618. Le placement ne peut avoir lieu que sur ordonnance du Tribunal et fait échec à toute demande de restitution de l'enfant de la part des parents, sauf si la demande d'adoption n'est pas présentée dans un délai raisonnable une fois écoulé le délai de probation de six mois conformément aux articles 615 et 620^{147j}.

Ainsi, le fait de conférer l'autorité parentale plutôt que son exercice seulement entraîne une forme de déchéance parentale légale des parents biologiques et confirme que seuls les parents adoptifs éventuels peuvent agir à titre de parents au sens de l'article 1(e) de la loi^{147k}.

Il nous reste à examiner la deuxième solution prévue par la première partie de l'article 1(e), soit le parent "gardien de fait".

4. Le parent "gardien de fait"

Il n'est pas facile de concevoir ce que le législateur envisage, du moins à la lumière du droit commun, en attribuant l'exercice de l'autorité parentale i.e. le droit de décision et d'orientation de l'enfant au père *ou* à la mère gardien de fait. En cherchant à le

147i. Notons que l'article 609 autorise les parents à retirer leur consentement dans les trente jours suivant la date à laquelle il a été donné. L'enfant doit leur être rendu sans formalité ni délai. Au-delà de cette période, il faut l'autorisation judiciaire en vertu de l'article 610 pourvu que le placement n'ait pas encore eu lieu.

147j. L'article 620 accorde le droit de demander la révocation à l'enfant âgé de 14 ans ou de "tout intéressé". Cette dernière expression comprend, à notre avis, les parents de ce dernier. Aussi, on peut se demander s'il n'aurait pas été préférable de s'en tenir "à l'exercice" seulement au profit des futurs parents adoptifs.

147k. Notons que l'article 621 confirme la déchéance légale des parents. En effet, au cas de révocation ou si l'ordonnance cesse d'avoir effet suivant les termes de l'article 619, le Tribunal désigne, même d'office, qui exercera l'autorité parentale. On peut se demander pourquoi on parle d'exercice dans l'article 621 et de la jouissance de l'autorité parentale dans l'article 618.

définir, cela nous donnera une idée assez juste de ce qu'il faut entendre également par le tiers gardien de fait comme parent substitut prévu dans la deuxième partie de l'article 1(e).

Rappelons que les époux faisant vie commune détiennent la garde légale et exercent conjointement l'autorité parentale. Il en est de même s'il y a séparation de fait entre les parents: ils agissent ensemble pour les actes d'autorité qu'on pourrait qualifier d'importants comme le droit d'orientation de l'enfant¹⁴⁸. Enfin, au cas de divorce ou de séparation de corps, celui auquel on a accordé la garde légale exercera seul l'autorité parentale. En l'absence, d'une décision de la Cour supérieure sur la garde légale, les parents sont présumés la conserver et, de ce fait, ils doivent agir ensemble un peu comme s'il s'agissait d'une séparation de fait quant à l'exercice de l'autorité parentale¹⁴⁹.

Les situations décrites ci-dessus couvrent, en apparence, toutes les hypothèses. Pourtant, l'article 1(e) prévoit une autre possibilité à laquelle il faut trouver un sens. Il ne peut s'agir de l'incapacité de manifester sa volonté lorsqu'il y a vie commune ou séparation de fait ou encore de divorce ou de séparation judiciaire de corps sans décision sur la garde légale puisque la loi générale confère expressément, en vertu de l'article 244 C.C., le pouvoir à l'autre parent d'exercer l'autorité parentale. La notion de "gardien de fait" n'est donc pas utile pour régler l'exercice de l'autorité parentale dans ces cas.

Il faut écarter également la situation prévue par l'article 175 C.C. qui permet à l'épouse, sur autorisation judiciaire, d'aller résider ailleurs avec les enfants lorsque la résidence choisie présente des dangers moraux ou physiques. Ce texte de loi ne concerne pas la garde légale, mais uniquement la garde physique, d'une part, et la possibilité pour l'épouse d'être déliée de son obligation de vivre avec son mari, d'autre part. Dans cette hypothèse, le père et la mère conservent la garde légale¹⁵⁰. Il ne reste, à toutes fins pratiques, que l'hypothèse où la Cour supérieure s'est prononcée sur la garde légale en attribuant celle-ci à l'un des parents.

148. E. GROFFIER-ATALA, *loc. cit.*, note 116, p. 229. Voir aussi, Rapport sur le Code civil, Vol. II, T. 1, *op. cit.*, note 127, art. 354, pp. 214 et 215.

149. Si les parents ont fait une convention pour attribuer à l'un d'eux la garde légale, celle-ci deviendra invalide si le Tribunal refuse de l'entériner et de l'intégrer dans son jugement.

150. Le *Projet de Loi 89*, *loc. cit.*, note 106, ne reprend pas textuellement cette disposition, mais l'article 448, plus large dans sa formulation, incluerait cette hypothèse prévue par l'article 175 C.C.

Le gardien légal de l'enfant, qui exerce seul l'autorité parentale, peut devenir incapable de manifester sa volonté, soit pour impossibilité physique ou incapacité mentale. L'abandon de l'enfant à l'autre parent est aussi la manifestation de l'intention du gardien légal de ne plus exercer *dans les faits* l'autorité parentale. Bref, on constate que la conjonction "ou" de l'article 1(e), séparant le "gardien de droit" du "gardien de fait", signifie "au cas d'absence ou de défaut" du gardien légal.

a) Absence ou défaut du gardien légal

Le législateur, pour les fins de l'application de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁵¹, crée une exception au droit commun en attribuant au "gardien de fait" l'exercice de l'autorité parentale qui devrait, en principe, appartenir exclusivement au gardien légal.

L'absence peut s'entendre dans le sens de "non-présence"¹⁵² résultant, par exemple, d'un éloignement prolongé, d'un emprisonnement ou encore pour toute cause empêchant le gardien légal d'être présent physiquement pour agir à titre de parent. Notons que la *non-présence temporaire n'est pas suffisante lorsqu'il est possible de rejoindre le gardien légal* à moins de démontrer l'inutilité de le faire, eu égard aux circonstances de l'espèce¹⁵³.

En revanche, le terme "défaut" signifie l'impossibilité d'agir et peut résulter, entre autres, de *l'incapacité mentale ou physique de manifester sa volonté*¹⁵⁴. Il y a aussi *l'abandon physique de l'enfant* par le gardien légal en remettant celui-ci à l'autre parent. Tous ces motifs peuvent justifier la modification de la garde légale. Mais, l'autre parent ne demande pas toujours à la Cour supérieure de lui transférer celle-ci, croyant inutile de le faire compte tenu des circonstances.

151. *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2.

152. Voir, C.S. Montréal, 24-000004-795, 6 novembre 1979, p. 3.

153. À titre d'exemple, on peut penser à la garde physique confiée à l'autre parent au cours de la période d'été pendant que le gardien légal est parti à l'étranger. Il s'agit d'une absence temporaire, mais qui pourrait, s'il y a urgence, autoriser l'autre parent à exercer l'autorité parentale.

154. *Supra*, p. 301 et note 130. À titre d'exemples, on peut penser à la maladie mentale, qu'il y ait ou non interdiction ou internement, à la maladie physique, à l'emprisonnement même si dans ce cas on peut aussi soutenir qu'il s'agit d'une non-présence, à l'ivrognerie sans intervalle de sobriété assez longue, etc...

Nous excluons de la définition du terme "défaut" le manquement aux obligations du gardien légal à l'égard de l'enfant, contrairement aux arrêts de la première tendance¹⁵⁵. En effet, *il faut éviter de confondre la cause ou les circonstances autorisant le gardien de fait à agir à titre de parent avec les effets ou les conséquences sur l'enfant résultant de l'inaccomplissement des obligations du gardien légal à son égard*¹⁵⁶.

Le but de l'article 1(e) ne vise pas à décider de l'aptitude ou de l'inaptitude du parent, *ce qui pourra être apprécié au moment de l'orientation de l'enfant en lui retirant, s'il y a lieu, la garde physique*¹⁵⁷. Au contraire, la Loi attribue le droit de participer à l'orientation au parent avec lequel demeure l'enfant ou à celui qui possède le droit de contrôler l'éducation et l'orientation de ce dernier¹⁵⁸.

Dans les hypothèses où le parent "gardien de fait" peut agir, doit-il assumer la garde physique de l'enfant pour se qualifier de "gardien de fait" au sens de l'article 1(e)? À première vue, il semble que la "garde de fait" implique le contrôle physique de l'enfant. *La Loi crée une exception au droit commun en attribuant au gardien de fait le droit de participer de l'orientation de l'enfant i.e. d'exercer l'autorité parentale même s'il n'y a pas eu de changement de garde légale. On doit donc interpréter restrictivement la "garde de fait" vu son caractère exceptionnel.* Si l'autre parent ne peut ou ne désire pas prendre à sa charge la garde physique, il faudra alors se tourner vers les parents substitués, le cas échéant. Bref, nous ne croyons pas que, par fiction juridique, le parent, privé de la garde légale, puisse exercer l'autorité parentale s'il n'a pas la garde physique de l'enfant à la lumière des articles 4 et 5 prévoyant le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu naturel¹⁵⁹.

En l'absence de modification de la garde légale, le parent auquel on a confié celle-ci reprendra ses prérogatives s'il redevient capable

155. Voir, *supra*,... pp. 286 à 288.

156. *La carence parentale ne provoque pas une forme d'automatisme en faveur de l'autre parent.* Voir, p. 288 et note 68.

157. Art. 54h, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

158. Art. 245 C.C. On peut se demander, *une fois la garde légale attribuée à l'un des parents*, si ce dernier ne pourrait en déléguer l'exercice à l'autre qui garde physiquement l'enfant. Quant au *tiers, gardien de fait*, nous en discuterons plus loin.

159. Le père ou la mère, "gardien de fait", ne pourrait déléguer la garde de l'enfant; cette prérogative, prévue à l'article 245 C.C., appartient au gardien légal qui exerce l'autorité parentale.

de manifester sa volonté ou si les circonstances ayant provoqué son impossibilité d'agir physiquement n'existent plus. Cette perspective pose le problème épineux du caractère plus ou moins permanent du "gardien de fait". À notre avis, il semblerait logique de lui conserver l'exercice de l'autorité parentale pendant la durée de la mesure de protection, le milieu naturel de l'enfant étant devenu celui de son gardien de fait¹⁶⁰. Une fois la mesure de protection terminée, il appartiendra à la Cour supérieure de décider à qui, eu égard aux circonstances, elle attribuera la garde physique si le gardien de fait refuse de rendre l'enfant au gardien légal.

b) Définition du gardien de fait

À la lumière de ce que nous venons d'exposer sur le gardien de droit et la garde de fait, il est possible d'en donner la définition suivante:

"Le père ou la mère gardien de fait est la personne qui, privée de la garde légale (de droit) assume la garde physique de l'enfant si le gardien légal est incapable de manifester sa volonté pour cause de maladie mentale, d'impossibilité physique ou encore pour cause d'abandon ou de non-présence physique non temporaire."

Notre définition exclut la déchéance parentale: si elle existe à l'égard des deux parents, il ne saurait plus être question du père ou de la mère gardien de fait, mais plutôt d'ouverture à la tutelle suivant l'article 72 de la Loi. Par contre, si la déchéance est prononcée à l'égard d'un seul des parents, la garde légale serait, en principe, transférée à l'autre parent, ce qui aurait également pour effet d'éliminer le père ou la mère gardien de fait¹⁶¹.

Nous écartons aussi l'inaccomplissement des obligations parentales à l'égard de l'enfant qui n'empêche pas, en soi, l'exercice de l'autorité parentale. La sanction de l'inaction parentale interviendra lors des mesures volontaires ou obligatoires en vertu desquelles on peut notamment retirer au parent fautif la garde physique. Retenir le manquement aux obligations pourrait

160. Voir, *supra*,... pp. 277 et 278 et note 24. L'enfant ne peut avoir deux milieux naturels simultanément.

161. *Legault c. Figueroa*, (1978) C.A. 82, 84. Dans cet arrêt, on traite du transfert automatique du droit de garde à l'autre parent à la suite du décès du gardien légal de l'enfant. Par analogie, on peut croire que les conséquences juridiques seraient les mêmes au cas de déchéance puisque le parent déchu perd à jamais, suivant l'article 245e C.C., ses droits sur l'enfant exactement comme s'il y avait décès. C'est une situation irréversible dans l'état actuel du droit. Voir, cependant le *Projet de loi* 89, art. 658.

paralyser tout le domaine des mesures volontaires lorsque l'enfant vit avec le parent qui néglige de remplir ses obligations à l'égard de ce dernier: il faudrait conclure qu'il est en "défaut". Qui consulter alors? On constate, finalement, que le défaut, comme l'absence, ne peut être défini adéquatement que par l'incapacité de fait ou de droit d'exercer l'autorité parentale¹⁶².

Si l'autre parent ne désire pas ou ne peut pas ou encore ne veut pas, peu importe les motifs, recevoir l'enfant pour s'en occuper, il faut alors se tourner vers les parents substitués.

CHAPITRE TROISIÈME

LES PARENTS SUBSTITUÉS DE L'ARTICLE 1(e)

La catégorie de parents substitués prévue par le législateur confirme la nécessité, aux fins d'application de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁶³, de s'assurer que l'enfant ait toujours un parent¹⁶⁴ pour participer à son orientation, consentir aux mesures volontaires et exercer ses droits s'il est âgé de moins de 14 ans¹⁶⁵. Les parents substitués apportent un correctif à des situations particulières, d'où le caractère *exceptionnel* du deuxième paragraphe de l'article 1(e) où l'on précise quand et quelles personnes peuvent agir à titre de parents:

"... ou au cas d'absence ou de défaut, (de la première catégorie de parents) le tuteur ou le gardien de fait de l'enfant, ou dans le cas d'un enfant marié, son conjoint."¹⁶⁶

L'extension inusitée de la notion de parent, sauf pour le tuteur¹⁶⁷, nous indique qu'il faut interpréter restrictivement les conditions autorisant certaines personnes à se substituer aux parents biologiques pour agir aux lieu et place de ces derniers.

Nous allons nous demander, en premier lieu, si les termes "absence ou défaut" doivent recevoir une interprétation différente

162. Voir *supra*,... p. 309.

163. *Loc. cit.*, note 2.

164. *Supra*, p. 277. I. JUNEAU, J.F. BOULAIS, *loc. cit.*, note 75, p. 22.

165. Voir, à titre d'exemples, les articles 60 al. 6, 74 al. a et 95, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

166. Les termes placés entre les parenthèses sont de l'auteur.

167. Art. 290 C.C.

lorsqu'il s'agit des parents substitués et si une personne morale peut agir à titre de parent. Ensuite, nous nous intéressons aux conditions de fond qui permettront à ces derniers de se faire reconnaître comme le seul parent de l'enfant.

SECTION I

LES CONDITIONS OBJECTIVES POUR AGIR À TITRE DE PARENTS SUBSTITUÉS

Les conditions objectives concernent les circonstances permettant aux parents substitués d'agir en vertu de la Loi et la possibilité, discutable à notre avis, pour une personne morale d'être considérée comme parent¹⁶⁸.

1. L'interprétation des termes "absence ou défaut" lorsqu'il s'agit des parents substitués

Le terme "absence" doit recevoir la même signification que celle précisée plus haut à propos du père ou de la mère gardien de fait de l'enfant. Il s'agit donc de la non-présence physique du père *et* de la mère *ou* du gardien de droit *ou* du gardien de fait pour cause d'éloignement ou d'autres motifs rendant impossible l'exercice de l'autorité parentale¹⁶⁹.

Le terme "défaut", quant à nous, devrait également recevoir la même interprétation et signifie, à toutes fins pratiques, "*l'incapacité d'exercer l'autorité parentale*" pour des raisons de santé mentale ou physique, d'impossibilité physique ou encore pour cause d'abandon de l'enfant¹⁷⁰. On ne peut, nous semble-t-il, donner un sens à l'expression "défaut" pour déterminer quand le père ou la mère gardien de fait peut se substituer au gardien de droit et en modifier le sens lorsqu'il s'agit d'attribuer à des tiers le rôle de parent.

L'article 1(e) ne cherche pas à restreindre les droits des parents biologiques¹⁷¹, mais plutôt à procurer à l'enfant un parent dans des situations où ces derniers ne peuvent exercer l'autorité parentale¹⁷². En d'autres termes, *il nous apparaît peu probable que le législateur sanctionne indirectement l'incompétence parentale en confondant*

168. Nous ne croyons pas utile de revenir sur le caractère alternatif de la conjonction "ou" étudié plus haut et qui s'applique à la deuxième partie de l'article 1(e); voir *supra*,... pp. 281 à 283.

169. *Supra*,... p. 309.

170. *Supra*,... pp. 309 à 311.

171. I. JUNEAU, J.F. BOULAIS, *loc. cit.*, note 75, pp. 18 et 21.

172. *Supra*,... pp. 289, 290, 291 à 294, 296 à 299, 309 à 312.

l'exercice de l'autorité parentale et la garde physique de l'enfant qu'on peut retirer aux parents ou refuser de leur remettre, faute de remplir leurs obligations. Toutefois, à la lumière de la jurisprudence actuelle, on peut déceler une double interprétation du terme "défaut" selon qu'il s'agit des parents biologiques et des parents substitués.

a) Le droit commun s'applique-t-il aux parents substitués?

L'arrêt de principe qui semble avoir exercé une influence considérable sur l'interprétation du terme "défaut" origine de la Cour supérieure siégeant en appel¹⁷³. Rapportons l'extrait de ce jugement le plus souvent cité par les Tribunaux.

" 'Défaut' veut dire ici si les parents manquent à leur devoir de s'occuper de leurs enfants ou encore se trouvent dans l'impossibilité physique ou morale de leur apporter les soins nécessaires, alors le tuteur ou le (tiers) gardien de fait devient parent, joue son rôle et en assume les devoirs et obligations."

"Il serait impropre, je pense d'assimiler l'expression "défaut" au seul cas de déchéance de l'autorité parentale telle que prévue au Code civil."

"La lecture de cette nouvelle *Loi de la protection de la jeunesse* nous permet de constater que le critère essentiel qui y prime correspond à l'intérêt de l'enfant."

"Alors le législateur n'a certes pas voulu placer l'enfant dans un contexte où pour faire valoir ses droits, il doit utiliser *la rigidité de contrainte juridico-légale ou de l'amener devant le Tribunal pour qu'il se serve de fictions légales complexes.*"

"*Donc, l'expression "à défaut", car il s'agit bien là d'une expression, réfère à une incapacité d'agir, ce qui permet au tuteur ou au gardien de fait de le faire.*"¹⁷⁴

Notons immédiatement qu'il s'agit d'un énoncé du principe seulement. La Cour supérieure a retourné le dossier au Tribunal de la jeunesse pour décider au mérite si le gardien de fait était effectivement un parent au sens de l'article 1(e) ayant la capacité et la qualité pour agir. Ajoutons également que *la notion de faute est absente* i.e. que la preuve du manquement aux obligations parentales ou

173. Arts 99 et 100, *Loi de la protection de la jeunesse*, loc. cit., note 2.

174. C.S. Montréal, no 24-000004-795, 6 novembre 1979, 3 et 4. Les italiques sont de l'auteur. Pour les arrêts s'inspirant de ce jugement, voir, *supra*,... notes 59, 60, 63. La Cour supérieure croit devoir prendre le mot "défaut" dans son sens étymologique i.e. manque de, carence, absence de ce qui est désirable. Elle refuse de l'employer comme un terme juridique se rapportant à une fiction légale.

l'impossibilité physique ou morale d'apporter les soins et de s'occuper de l'enfant suffit pour substituer au parent biologique le parent substitut si ce dernier s'occupe de l'enfant.

Comment peut-on définir l'incapacité d'agir par le manquement aux obligations parentales? Cela nous paraît contradictoire. *C'est confondre l'exercice de l'autorité parentale avec les critères pour décider de la garde physique de l'enfant.* La Cour supérieure croit devoir faire abstraction de contraintes "juridico-légales", mais nous ne pouvons pas partager ce point de vue à moins d'une dérogation expresse au droit commun.

Il aurait fallu prévoir clairement que le parent au sens de l'article 1(e) est celui qui s'occupe effectivement de l'enfant. L'énumération faite dans ce texte de loi indique, au contraire, sans équivoque, l'intention du législateur de faire appel, de façon générale, au droit commun. On déroge, à titre exceptionnel, au principe que seul les père et mère conjointement ou le gardien légal sont habiles à exercer l'autorité parentale pour couvrir les situations particulières où ils ne peuvent agir.

L'incapacité d'agir ne peut signifier, comme nous l'avons dit antérieurement, à propos des règles relatives au droit de décider des parents biologiques de l'orientation de l'enfant, *que l'incapacité de fait ou de droit d'exercer l'autorité parentale*¹⁷⁵. S'il est vrai que la Loi vise la protection de l'enfant et ses divers intérêts, elle reconnaît aussi au parent des droits auxquels on ne peut faire échec sans respecter des conditions strictes à moins de désorganiser la structure des rapports enfant-parent établie par le législateur¹⁷⁶.

Il suffit de donner quelques exemples pour se rendre compte des difficultés qui s'abattront sur le Directeur de la protection et sur les Tribunaux s'ils devaient suivre cette interprétation.

De nombreux parents manquent à leurs obligations, d'où la nécessité d'appliquer l'article 38 pour accorder protection à l'enfant. Si l'on appliquait la théorie de la Cour supérieure, il nous faudrait conclure qu'ils sont en défaut et confier le titre "parent" à une autre personne. C'est exactement le contraire qui se passe. On s'intéresse à ceux-ci pour leur apporter aide et secours afin de leur faire prendre leurs responsabilités à l'égard de l'enfant^{176a}.

175. *Supra*,... pp. 296 à 299 et pp. 307 à 312.

176. Arts 165 et 242 à 245j C.C.

176a. T.J. Montréal, no 500-7614-63, 14 décembre 1979, 10. C'est là l'intention du législateur.

Au cas d'échec définitif, on peut alors songer à la nomination d'un tuteur ou à la déchéance parentale. Autrement, c'est vider en partie le contenu des articles 4, 5 et 57 qui obligent le Directeur de la protection à prendre toutes les mesures pour maintenir ou retourner l'enfant dans sa famille. Aussi, on doit y regarder à deux fois plutôt qu'une avant de disqualifier le parent biologique vu l'impossibilité d'imposer des obligations légales au gardien de fait¹⁷⁷ et le caractère temporaire de la mesure de protection.

Si l'enfant est confié par les parents à un tiers, la carence parentale pourrait peut-être conduire au refus de remettre aux parents la garde physique sans pour autant affecter l'exercice de l'autorité parentale à moins d'en demander la déchéance pour cause d'abandon physique ou psychologique. De deux choses l'une: ou les parents peuvent déléguer la garde, l'éducation et la surveillance de l'enfant à des tiers en vertu de l'article 245 C.C., laquelle délégation est révocable en tout temps, et on ne peut leur reprocher d'avoir confié leurs responsabilités à d'autres. Nous avons déjà souligné le caractère inadéquat de cette disposition dans certaines circonstances¹⁷⁸, mais dans l'état actuel du droit, on ne pourrait en faire grief aux parents. Ou, il fallait déroger expressément à l'article 245 C.C. en disant, aux fins de l'application de la Loi, *que le parent qui ne s'occupe pas lui-même de l'enfant peut se voir retirer sa qualité de parent temporairement au profit d'un tiers qui garde l'enfant.*

Ce ne sont pas des contraintes légales ou des fictions, mais plutôt des règles fondamentales, qui peuvent être discutables ou inappropriées dans le cadre de la Loi. Elles n'en gouvernent pas moins la famille.

Le "défaut" ne peut être limité, bien entendu, à la déchéance parentale comme le souligne la Cour supérieure. *L'incapacité de fait ou de droit* constitue des circonstances pour définir le défaut d'exercer l'autorité parentale. L'incapacité de droit inclut, entre autres, la déchéance parentale *déjà prononcée* et non celle qu'on pourrait demander éventuellement puisque le "défaut" doit exister au moment où le parent substitut est appelé à agir. Bref, nous ne croyons pas qu'on devrait étendre le "défaut" à l'inexécution des obligations des parents biologiques.

177. Sauf si on le fait nommer tuteur en vertu de l'article 71, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

178. C. BOISCLAIR, *Les droits... op. cit.*, note 23, p. 100. Notons que le *Projet de Loi 89, loc. cit.*, note 106, modifie l'article 245 en supprimant les mots "cette délégation est révocable en tout temps".

b) Les Tribunaux appliquent-ils la notion extensive du "défait"?

Examinons sommairement les difficultés éprouvées par les Tribunaux pour arriver à déterminer qui peut agir à titre de parent au sens de l'article 1(e).

Dans un arrêt récent, le Tribunal devait décider qui pouvait agir à titre de parent entre le grand-père, qui gardait de fait l'enfant depuis trois ans, et la mère qui avait toujours été dans l'impossibilité d'assumer la responsabilité de son enfant en raison de la maladie de ce dernier¹⁷⁹. Selon la théorie de la Cour supérieure, il s'agit manifestement d'un cas de "défait" de remplir ses obligations que le grand-père satisfaisait à ses lieu et place. Pourtant, le Tribunal, tout en acceptant cette théorie, ajoute un nouvel élément, soit l'impossibilité d'agir de la mère qui ne lui était pas imputable i.e. que l'absence de faute empêcherait la mère d'être en défaut¹⁸⁰. Le Tribunal se réfère à l'article 244 C.C. et à l'article 4 de la Loi pour conclure qu'elle exerce l'autorité parentale au motif que désigner le grand-père comme parent serait retirer celle-ci à la mère, ce que le Tribunal de la jeunesse n'est pas habilité à faire¹⁸¹.

En réalité, même si on cite le jugement de la Cour supérieure, le Tribunal met celui-ci de côté pour s'en remettre uniquement au droit commun en assimilant l'incapacité d'agir à l'incapacité d'exercer l'autorité parentale de la façon dont nous l'avons décrite¹⁸². D'ailleurs, *c'est le véritable fondement de cette décision*. D'une part, l'enfant ne vit pas avec sa mère et elle n'est pas incapable d'agir pour des raisons de santé mentale ou physique. D'autre part, il ne s'agit pas d'un abandon puisque la mère visite son enfant. Le "défait", dans cet arrêt, est synonyme d'incapacité d'exercer l'autorité parentale. Le Tribunal ajoute que la garde légale appartient à la mère, ce qui revient à dire qu'il ne pouvait prononcer la déchéance parentale de fait.

179. C.S. Montréal, no 500-7614-63, 14 décembre, 1979, 5 et 6.

180. *Ibid.*, p. 7.

181. *Ibid.*, pp. 9 et 10. Ajoutons, toutefois, que la mère visitait son enfant et s'y intéressait. Le Tribunal, après avoir précisé que la mère en avait la garde de droit, la garde légale, n'en déclare pas moins le grand-père "gardien de fait" ce qui semble contradictoire vu le caractère alternatif de la conjonction "ou" et l'attribution de la qualité de parent à la mère par le Tribunal. À notre avis, le Tribunal a voulu indiquer que le grand-père avait la garde physique, ce qui n'en faisait pas nécessairement un "gardien de fait" au sens de l'article 1(e).

182. *Supra*,... pp. 299 à 312.

Dans un autre arrêt, l'enfant avait toujours vécu depuis sa naissance chez des tiers qui le considéraient comme leur enfant jusqu'à ce qu'il soit confié aux grands-parents nommés, par la suite, tuteur et subrogé tuteur. Les parents biologiques avaient sans équivoque abandonné leur enfant. Ils étaient donc en défaut pour cause d'abandon de leur enfant les rendant ainsi incapables d'exercer, de fait, l'autorité parentale. Dans une telle hypothèse, c'est le tuteur, en vertu de l'article 290 C.C., qui exerce l'autorité parentale pendant la durée du défaut. Ce n'est pas la carence parentale, mais l'abandon qui autorise le Tribunal à faire appel aux parents substitués¹⁸³. Il attribue la qualité de parent au tuteur au lieu et place de ceux qui avaient été jusqu'à récemment le gardien habituel de l'enfant. Le Tribunal ne se réfère pas expressément au droit commun. Mais, celui-ci est sous-jacent à la décision prise. C'est le tuteur qui exerce légalement et de plein droit l'autorité parentale lorsque les parents sont incapables de l'exercer.

Citons deux autres arrêts, à titre d'exemples, pour illustrer l'utilisation de la notion restrictive de "défaut":

La mère, remariée, avait expulsé son enfant de la résidence familiale. Le beau-frère est nommé tuteur à l'enfant qui est placé dans une famille d'accueil¹⁸⁴. Selon la théorie de la Cour supérieure, la mère serait en "défaut". Toutefois, le Tribunal s'en remet au droit commun pour dire, en s'appuyant notamment sur Trudel, que l'inaction des parents pendant un certain temps ne fait pas perdre l'exercice de l'autorité parentale, sauf le cas d'incapacité. Il la recouvre dès que celle-ci cesse¹⁸⁵. Le "défaut" n'est donc pas synonyme, dans cet arrêt, de carence parentale ou de manquement à ses obligations. La mère est présente et elle n'est pas frappée d'une incapacité d'exercice de fait ou de droit. Par ailleurs, on pourrait soulever l'hypothèse de l'abandon pour soutenir qu'il y a défaut, mais les faits rapportés dans ce jugement ne nous permettent pas de conclure dans un sens ou dans l'autre.

Enfin, dans l'arrêt suivant, on semble appliquer la théorie de la Cour supérieure, mais en apparence seulement. L'enfant, abandonné par son père, est placé chez un tiers par la mère qui déguerpit à son tour^{185a}. Il est dans un piteux état et il a besoin d'une intervention

183. T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980, 15.

184. T.J. Chicoutimi, no 150-41-000048-76, 21 août 1979, 3.

185. *Ibid.*, pp. 5 et 6.

185a. Notons que s'il y avait délégation implicite de l'autorité parentale par la mère en faveur du tiers avant de déguerpier, celle-ci est absente entre ce tiers et la personne

chirurgicale. Une autre personne le recueille finalement et s'en occupe. Le chirurgien avise celle-ci qu'elle ne pouvait pas signer l'autorisation parce qu'elle n'était pas la mère (i.e. qu'elle ne pouvait exercer l'autorité parentale). À la suite d'une demande de protection, il est retiré de sa nouvelle famille et reçoit les soins requis sur ordonnance du Tribunal¹⁸⁶. Par la suite, il fallait décider si la "nouvelle mère" de l'enfant était son parent "gardien de fait" et si sa santé et son développement était compromis dans le milieu de celle-ci.

En d'autres termes, le véritable problème dans cet arrêt consistait à se demander si le milieu naturel de l'enfant était devenu celui de la personne qui l'avait pris en charge en la considérant comme son gardien de fait?¹⁸⁷ Le Tribunal fait appel à la fois à la notion d'abandon et du manquement aux obligations pour attribuer la qualité de parent au gardien actuel de l'enfant. *Mais, en dernier ressort, c'est l'abandon qui sert de fondement à la décision lorsque le Tribunal écrit:*

"... le père de l'enfant est inconnu... la mère l'a abandonné..."¹⁸⁸

D'ailleurs, on peut se demander si le Tribunal devait réellement se prononcer sur la notion de parent? La demande de protection ayant été refusée, la Loi ne s'appliquait pas à cet enfant. En effet, l'article 38 de la Loi édicte, entre autres, qu'on doit accorder la protection lorsque:

"ses parents ne vivent plus, ne s'en occupent plus ou cherchent à s'en défaire et qu'aucune autre personne ne s'en occupe."¹⁸⁹

Dans l'espèce la famille, ayant recueilli l'enfant, s'en occupait très bien. Elle lui fournissait la stabilité en lui assurant, d'après la preuve, son épanouissement physique et moral¹⁹⁰.

qui recueille l'enfant, par la suite, de son propre chef. Le tiers, n'étant pas un gardien légal, il ne peut à son tour déléguer l'exercice de l'autorité parentale. Nous sommes véritablement en présence d'un "gardien de fait".

186. T.J. Labelle, no 560-41-000002-80, 10 septembre 1980, 2, 6.

187. *Supra*,... pp. 277 à 279.

188. *Loc. cit.*, note 185, p. 9.

189. Les italiques sont de l'auteur. Voir à ce sujet, I. JUNEAU, J.F. BOULAIS, *loc. cit.*, note 75, p. 24. Toutefois, comme l'enfant est sous le coup d'une mesure de protection, justifiée ou non, il fallait déterminer si le tiers, gardien de fait, était un parent pour l'autoriser à être une partie dans la cause. (Voir *ibid*, p. 2). Voir aussi, C.S. Montréal, no 500-41-000114-770, 8 août, 1980, 8 à 11.

190. *Loc. cit.*, note 185, pp. 9 et 10.

Somme toute, on peut conclure qu'on interprète le terme "défaut" en fonction des règles du droit commun relatives à l'exercice de l'autorité parentale. En effet, comment pourrait-on solutionner le problème si le "gardien de fait" ne s'occupe pas de façon adéquate de l'enfant? Sera-t-il alors en défaut et si oui qui devra-t-on consulter pour agir à titre de parent? Au contraire, si le défaut équivaut à l'incapacité d'agir, ce dernier pourra intervenir et on appréciera sa compétence de gardien de fait au moment de la décision sur la garde physique. Il nous apparaît que la théorie de la Cour supérieure n'a été reçue qu'en apparence par les Tribunaux de la jeunesse. Seul un jugement récent, de la Cour supérieure également, interprète le manquement aux obligations parentales comme suffisant pour déclarer le parent biologique en défaut^{190a}. On semble plutôt, de façon générale, appliquer explicitement, ou implicitement parfois, la notion de l'incapacité d'agir identifiée à celle de l'incapacité de fait ou de droit d'exercer l'autorité parentale.

2. Le parent substitut doit-il être une personne physique?

Dans au moins un arrêt¹⁹¹, on a attribué la qualité de parent à une personne morale. Il s'agit d'un centre d'accueil¹⁹² où l'enfant était placé et pour lequel il fallait décider d'une nouvelle orientation¹⁹³. Le centre ne désirait plus garder le jeune. En attendant la décision, on demande le placement provisoire de l'enfant en vertu de l'article 79 qui édicte que:

"Le Tribunal ordonne l'hébergement obligatoire provisoire de l'enfant si, après étude de la situation, il en vient à la conclusion que le maintien ou le retour de l'enfant chez ses parents risque de lui causer un tort sérieux."

190a. C.S. Montréal, no 500-41-000114-770, le 8 août 1980, 5 à 7. Dans cet arrêt, le tiers, gardien de l'enfant, est une famille d'accueil à laquelle le Centre des services sociaux de X a confié l'enfant à la suite d'une ordonnance du Tribunal. Il ne s'agit donc pas d'un "gardien de fait", mais d'un placement effectué sur une base contractuelle intervenue entre le C.S.S. et la famille d'accueil. On pourrait même parler d'une garde judiciaire puisque le Tribunal désigne expressément la famille d'accueil imposant ainsi au C.S.S. l'obligation de confier l'enfant spécifiquement à cette famille. Nous discutons plus loin de cet aspect en traitant de la définition du gardien de fait. Dans l'espèce, la famille d'accueil détient la garde physique, mais cela n'implique nullement qu'elle est devenue, de ce fait, un gardien de fait.

191. *Supra...* note 71.

192. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *loc. cit.*, note 4. Article 1(a): on définit le centre d'accueil comme un établissement.

193. Art. 95, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

Pour appliquer ce texte de loi à un centre d'accueil, il fallait considérer celui-ci comme un gardien de fait et un parent au sens de l'article 1(e). On peut soulever deux objections majeures à l'encontre de cette décision, l'une en vertu de la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁹⁴ et l'autre en vertu du droit commun.

L'article 4 prévoit le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu naturel¹⁹⁵. Il est difficile de concevoir qu'un centre d'accueil puisse servir de famille à l'enfant. La notion de parent de l'article 1(e) est, à notre avis, indissociable du milieu naturel comme nous l'avons souligné plus haut¹⁹⁶. Aussi, dans cette perspective, il paraît invraisemblable de considérer une personne morale comme un parent. De plus, l'enfant, ayant déjà été retiré de son milieu naturel pour le placer en centre d'accueil, on aperçoit difficilement comment il pourrait avoir deux milieux naturels pendant l'application de la mesure de protection¹⁹⁷. Au cas d'abandon des parents, l'article 71 de la Loi permet de nommer un tuteur^{197a}.

En revanche, si l'on fait appel au droit commun, il ressort qu'une personne morale ne peut être considérée comme un parent.

En effet, la première partie de l'article 1(e) se réfère aux personnes qui ont un lien de filiation avec l'enfant. Quant aux parents substitués, si nous excluons le conjoint, le tuteur doit être, dans l'état actuel de notre droit, une personne physique. Cela s'infère de l'ensemble des dispositions concernant la tutelle et plus particulièrement de l'article 266 C.C. qui édicte que:

"La tutelle est une charge personnelle qui ne passe pas aux héritiers du tuteur..."¹⁹⁸

194. *Loc. cit.*, note 2.

195. Voir aussi les articles 5 al. 2 et 57, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

196. *Supra*,... pp. 277 à 279.

197. Voir dans ce sens, T.J. Montréal, no 505-41-000225-781, 20 août 1979, 7. Le Directeur de la protection pouvait, à notre avis, changer l'enfant de centre d'accueil sans avoir à demander la révision de l'orientation de ce dernier pour le faire. Il possède ce pouvoir par interprétation des articles 7, 33(e), 57, 62 et 92 de la Loi.

197a. Le Directeur de la protection doit assumer la responsabilité de demander la nomination d'un tuteur ou la déchéance parentale (art. 72 de la Loi) plutôt que de laisser "pourrir" la situation de l'enfant qui risque de ne pas avoir de parents aux fins de l'application de la Loi.

198. Voir aussi les articles 273 à 278, 282, 284 C.C. Le curateur public peut administrer les biens du mineur et s'occupe même de sa personne en l'absence de tuteur, mais l'article 32 al. 3 précise bien qu'il n'a pas la garde de la personne. *Loi sur la curatelle publique*, L.R.Q. 1977, c. C-80. Il ne pourrait être considéré comme un gardien de fait, mais ayant tous les pouvoirs du tuteur, il pourrait donc théoriquement

Quant au gardien de fait, la nécessité de contrôler la garde physique et l'obligation de s'occuper de l'enfant comme ses père et mère nous porte à croire que seule une personne physique peut assumer cette fonction. Après avoir précisé ce qu'il faut entendre par le terme "absence ou défaut" à propos des parents substitués, il nous reste à terminer notre exposé par l'étude des conditions de fond pour accorder aux parents substitués la qualité de parent.

SECTION II

LES CONDITIONS SPÉCIFIQUES DE QUALIFICATION DES PARENTS SUBSTITUÉS

Nous allons traiter, en raison de certaines particularités, de chacune des personnes énumérées dans la deuxième partie de l'article 1(e), comme nous l'avons fait pour les parents biologiques, en les définissant de manière aussi précise que possible. Disposons immédiatement du tuteur et du conjoint, parent de son conjoint, qui posent moins de difficultés que le "gardien de fait" dont la définition sera différente de celle proposée pour le père *ou* la mère gardien de fait¹⁹⁹. Nous utilisons l'expression "les conditions spécifiques" pour indiquer qu'elles sont particulières à chacune de ces personnes.

1. Le tuteur

Le tuteur, en vertu du droit commun, est généralement nommé pour administrer le patrimoine du mineur *et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il prend en charge la personne du mineur*²⁰⁰. Dans l'hypothèse où un tiers est désigné tuteur, sa fonction étant essentiellement patrimoniale, on peut dire que la tutelle coexiste sans trop de frictions avec l'autorité parentale, une institution extra-

participer à l'orientation de l'enfant au sens de la *Loi de la protection de la jeunesse*. Ce serait une exception à la règle qu'une personne morale ne peut agir comme parent prévue expressément par le législateur, même si on avait certainement pas envisagé cette possibilité en lui conférant *les pouvoirs du tuteur sur la personne* et les biens du mineur en l'absence des parents de l'enfant. Il pourrait donc, aussi étonnant que cela puisse paraître, exercer l'autorité parentale. De plus, l'article 365 C.C. édicte qu'une corporation ne peut exercer la charge de la tutelle. Signalons, cependant, qu'une société d'adoption, pourrait exercer l'autorité parentale temporairement, voir *supra*,... pp. 305 à 307.

199. *Supra*,... p. 311.

200. Il faut interpréter ensemble les articles 83, 290, 243 C.C.

patrimoniales. Ce n'est qu'au cas d'absence ou de défaut des parents qu'il exerce, à titre subsidiaire, l'autorité parentale, sauf qu'il n'est pas tenu aux frais d'entretien de l'enfant²⁰¹.

Il est également possible de faire nommer un tuteur à la personne du mineur seulement même s'il ne possède pas de biens à administrer²⁰². Mais, s'il lui survient des droits à exercer, c'est le même tuteur, en principe, qui s'en occupera.

Le tuteur à la personne se voit attribuer, par l'effet de la loi, l'exercice de l'autorité parentale et la garde légale. L'enfant passe sous l'autorité tutélaire²⁰³, mais les parents conservent la jouissance de l'autorité parentale qui leur permet éventuellement d'en recouvrer l'exercice²⁰⁴.

La jurisprudence est constante sur le rôle subsidiaire du tuteur et précise bien quand il peut s'autoriser à exercer l'autorité parentale. Dans *Stevenson c. Florant*²⁰⁵, la Cour suprême discute en ces termes de la tutelle à la personne:

"... la loi attribue ces pouvoirs au tuteur (l'exercice de l'autorité parentale) qu'il pouvait être appelé à les exercer lorsque le père ou la mère seraient incapables ou indignes de les remplir. C'est le législateur qui a inclus ces devoirs parmi ceux du tuteur afin de prévoir ces circonstances... Les droits découlant de la puissance paternelle (l'autorité parentale) appartiennent aux parents depuis la naissance de l'enfant alors que ceux du tuteur n'existent qu'à compter de la date où ils sont conférés judiciairement à une personne (sauf les hypothèses de tutelle légale)..."

*La tutelle conférée à un tiers n'a pas pour effet de faire disparaître la puissance paternelle (l'autorité parentale) et la loi ne confère des droits au tuteur sur la personne du mineur que pour prévoir le cas où le mineur serait privé de son protecteur naturel et légal..."*²⁰⁶.

201. À moins d'y être tenu à un autre titre en vertu de l'article 166 C.C. On peut penser à l'hypothèse d'un ascendant (grands-parents) nommé tuteur à l'enfant. Voir l'article 165 C.C. qui exclut le tiers ou tuteur comme responsable des frais d'entretien.

202. *Dumoulong c. Claing*, (1969) R.P. 274. *Stevenson c. Florant*, loc. cit., note 37. T.J. Chicoutimi, no 150-41-000048-76, 21 août 1979. T.J. Joliette, no 705-41-000004-802, 25 avril 1980. Dans ces deux arrêts, les faits laissent entendre que le tuteur intervenant dans ces dossiers a été nommé, en premier lieu, à la personne. Il s'agit dans ces deux cas d'une tutelle déferée en vertu du droit commun.

203. *Viviane C.*, Bulletin juridique, Comité de la protection de la jeunesse, 1980, vol. 1, no 6, pp. 995, 997.

204. *Supra*,... pp. 296 à 298.

205. *Loc. cit.*, note 37.

206. Les parenthèses et les italiques sont de l'auteur.

Dans *Tremblay c. De Carré*²⁰⁷, on ajoute, à propos du tuteur à la personne, qu'il bénéficie de la garde légale et dans *Hubert c. Gélinas*²⁰⁸ le Tribunal indique que:

"Selon la Loi, la doctrine et la jurisprudence, il ne fait aucun doute que le tuteur n'exerce la puissance paternelle (l'autorité parentale) que si les père et mère sont décédés ou si le survivant ne peut l'exercer."²⁰⁹

Bref, la tutelle a trait, en premier lieu, à l'administration du patrimoine du mineur et au cas de décès, d'absence ou d'incapacité de fait ou de droit des parents, elle comprend l'exercice de l'autorité parentale.

L'article 71 de la *Loi de la protection de la jeunesse*²¹⁰ prévoit aussi que le Directeur de la protection peut faire nommer un tuteur à la personne dans certaines circonstances. Mais, en l'absence de précisions et de dérogation au droit commun, il faut conclure qu'il s'agit de la tutelle ordinaire et non d'une tutelle sociale²¹¹ comme certains ont pu le croire. En d'autres termes, nommé à la personne, le tuteur doit également voir à l'administration des biens de l'enfant et à l'exercice de ses droits s'il y a lieu de le faire. Toutefois, il existe des caractéristiques différentes importantes entre la tutelle de l'article 290 C.C. et celle prévue par la *Loi de la protection de la jeunesse*²¹². En effet, la tutelle de l'article 71 est attributive de l'exercice de l'autorité parentale, en premier lieu, et *subsidièrement* des pouvoirs d'administration du patrimoine de l'enfant. Le rôle principal du tuteur est donc inversé puisque l'ouverture de la tutelle repose sur l'abandon, le délaissement, le manquement aux obligations

207. (1929) 35 R.L. n.s 119.

208. (1965) C.S. 35, 36.

209. Les parenthèses et les italiques sont de l'auteur. Voir aussi, G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, 1942, T. 2, pp. 290 et 291.

210. *Loc. cit.*, note 2.

211. Voir aussi, dans ce sens, M. RIVET, "Chroniques régulières", (1980) 40 R.B. 483, 490.

212. *Loc. cit.*, note 2. Soulignons que la nomination de tuteur de l'article 71 se fera conformément aux articles 249ss C.C. en respectant les prescriptions du Code de procédure civile prévue aux articles 862, 863, 872 à 876.1. La tenue du conseil de famille est donc obligatoire en l'absence d'une dérogation expresse dans l'article 71 de la Loi. En effet, sauf les hypothèses de tutelle (ou de curatelle) d'office, toutes les tutelles sont datives et il n'existe qu'une seule procédure pour faire nommer une personne tutrice. On ne peut, par interprétation, de l'article 71, exclure la nécessité de convoquer le conseil de famille, qui, en l'absence de parents ou d'alliés du mineur, sera composé d'amis en vertu de l'article 252 C.C. (Voir l'exemple d'une dérogation expresse à l'article 32 de la *Loi sur la curatelle publique*, L.R.Q. 1977, c. C-80.)

parentales et l'impossibilité de retourner l'enfant chez ses parents. Sa raison d'être est d'abord extra-patrimoniale.

Notons que le tuteur à la personne de l'article 71 ne pourrait pas agir lors de la mesure initiale de protection. Sa nomination doit être postérieure, au moins, à la première décision ou ordonnance du Tribunal accordant la protection à l'enfant²¹³. Cette tutelle à la personne est aussi particulière en ce sens qu'elle peut être permanente s'il n'existe aucune possibilité vraisemblable de retourner l'enfant auprès de ses parents sans danger pour lui^{213a}. Ainsi, contrairement à la tutelle ordinaire, les parents ne peuvent plus reprendre l'exercice de l'autorité parentale, dans cette hypothèse, même s'ils en conservent la jouissance théorique fondée sur les liens de filiation:

"Un enfant confié à la tutelle du directeur ou d'une autre personne en vertu du premier alinéa est totalement à la charge et sous la responsabilité du directeur ou de cette autre personne, selon le cas, jusqu'à son adoption ou sa majorité"^{213b}.

Cette tutelle semble créer une exception à l'émancipation du mineur qui met fin suivant le droit commun, à la tutelle ordinaire^{213c}. Sa fonction débute pendant la mesure de protection et entraîne une forme de déchéance parentale *de fait* des parents²¹⁴. Nous avons dit plus haut que le manquement aux obligations parentales ne constituait pas un cas de "défaut" au sens de l'article 1(e)²¹⁵. Or, la carence parentale est l'une des causes de nomination du tuteur prévue par l'article 71. Il semble y avoir une contradiction, mais en apparence seulement. *L'absence ou le défaut sont des circonstances*

213. Voir C.S. Trois-Rivières, no 400-14-000059-79, 5 avril 1979.

213a. Art. 71(a), *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

213b. Art. 71(b), al. 2, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2. Les italiques sont de l'auteur.

213c. Arts 314, 317 C.C. Voir aussi 243 C.C. Il s'agit d'un oubli vraisemblablement puisque dans le cas du mineur marié, c'est le conjoint qui doit agir à titre de "parent".

214. M. RIVET, *loc. cit.*, note 211, p. 489. L'auteur soutient que l'article 71 ne devrait recevoir application que s'il y a au préalable la déchéance parentale, ce qui est discutable. Cet article ne couvre pas seulement les parents biologiques, mais toutes les personnes énumérées à l'article 1(e) qui agissent à titre de parents incluant le tiers gardien de fait. *Notons que la tutelle prévue par 71(b) n'exige pas une décision ou une ordonnance du Tribunal comme c'est le cas pour l'article 71(a)*. Accepter le point de vue de l'auteur reviendrait à croire que le législateur a légiféré pour ne rien dire à l'article 71 puisque l'article 72 traitant de la déchéance parentale prévoit déjà la nomination d'un tuteur.

215. *Supra*,... pp. 309 à 311 et 313 à 320.

pour passer d'une catégorie de parents à une autre alors que la carence parentale est le fondement même de la nomination du tuteur.

En définitive, le tuteur à la personne ne peut agir comme parent que *s'il s'occupe déjà de la personne de l'enfant* au moment de la décision relative à l'orientation de ce dernier, ce qu'il peut faire au cas d'incapacité de fait ou de droit des parents d'exercer l'autorité parentale²¹⁶ à moins d'avoir été nommé conformément à l'article 71.

2. Le conjoint, parent de son conjoint mineur

L'attribution de la qualité de parent au conjoint de l'enfant marié est pour le moins étonnante à première vue. À tout événement, *cela confirme que l'article 1(e) est une règle d'accommodement seulement, rien de plus*, et elle repose sur l'obligation de faire appel à un parent pour engager le processus de protection de l'enfant²¹⁷.

Aussi surprenant que cela puisse paraître, cela correspond néanmoins à la réalité de la situation de l'enfant marié puisqu'aux termes de l'article 4, le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu naturel ne peut être que celui de son conjoint avec lequel il vit.

Le conjoint, contrairement aux autres hypothèses de l'article 1(e), n'est pas soumis aux mêmes règles que les autres parents. Il exerce une autorité parentale *de fait*, par fiction juridique, aux fins de l'application de la Loi, sans que d'autres puissent lui ravir le titre de parent. Les termes "au cas d'absence ou de défaut" ne lui sont pas applicables. *Il doit recevoir préséance sur toutes les personnes énumérées à l'article 1(e).* Le législateur indique bien qu'il s'agit d'une hypothèse isolée en marquant une pose dans la rédaction à la fin de l'article pour se référer au conjoint de la façon suivante:

"ou, dans le cas d'enfant marié, son conjoint"²¹⁸.

Cette situation ne se présentera sans doute pas souvent. La majorité des motifs pour demander la protection seraient aussi des causes de divorce ou de séparation de corps, solution que pourrait

216. La fonction du tuteur à la personne sera plus ou moins temporaire, sauf s'il s'agit de la tutelle de l'article 71 qui est définitive. Néanmoins, dans l'hypothèse où sa fonction de parent serait temporaire, nous croyons qu'il devrait tenir ce rôle pendant la durée de l'application de la mesure de protection. *Supra...* p. 311.

217. *Supra...* p. 277.

218. Les italiques sont de l'auteur.

adopter l'enfant marié plutôt que de requérir la protection²¹⁹. Néanmoins, il peut faire appel au Directeur de la protection ou être l'objet d'un signalement, notamment s'il commet un délit²²⁰.

S'il faut prendre une décision quant à l'orientation de l'enfant, le conjoint, *même mineur*, doit être consulté.

Nous n'insistons pas davantage sur le conjoint "parent" si ce n'est pour signaler qu'on peut se trouver *dans une impasse juridique* qu'on avait sans doute pas prévue. En effet, le divorce et l'annulation du mariage font disparaître la qualité de conjoint. Au cas de séparation de corps, on ne peut plus prétendre que le milieu naturel de l'enfant est celui de son conjoint²²¹. Il reste la séparation de fait qui permettrait de faire appel au conjoint pour satisfaire aux prescriptions de la Loi.

Hormis, la dernière hypothèse, nous sommes en présence d'une difficulté insurmontable. Il en serait de même au cas "d'absence" ou d'incapacité de fait ou de droit ou du décès du conjoint. D'une part, le mineur marié étant émancipé par le mariage²²², il n'est plus soumis à l'autorité parentale ni au régime de la tutelle²²³. On ne voit pas non plus comment on pourrait faire appel au "gardien de fait" vu que le mineur émancipé dispose de sa personne, *sans compter que l'article 1(e) ne prévoit aucune alternative au conjoint*.

3. Le tiers gardien de fait agissant "in loco parentis"

Le tiers gardien de fait peut agir à titre de parent si les parents biologiques ou le tuteur sont absents ou en défaut²²⁴. Il faut maintenant déterminer quand nous sommes véritablement en pré-

219. Art. 38. *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. Ainsi, les alinéas (a) (e) et (i) nous paraissent difficilement applicables à l'enfant marié. Par contre les alinéas (b) (c) (d) (f in fine) (g) et (h in fine surtout) pourraient, *par une interprétation large adaptée à l'enfant marié et à son conjoint*, s'appliquer à celui-ci.

220. Arts 39 et 40, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2.

221. Art. 207 C.C.

222. Arts 243 et 315 C.C.

223. Art. 317 C.C. Au mieux, on pourrait faire nommer un curateur au mineur émancipé, mais il n'est pas l'une des personnes énumérées à l'article 1(e). Son rôle d'assistant, par ailleurs, ne l'autorise pas à s'occuper de la personne du mineur. Même en interprétant de façon extensive l'article 71 et en envisageant comme une dérogation au droit commun comme permettant de nommer un tuteur à l'enfant marié, il ne pourrait pas être nommé avant qu'une décision ou une ordonnance du Tribunal ait été prise ou rendue.

224. *Supra*,... pp. 307 à 311 et 315 à 320.

sence d'un gardien de fait. La garde physique n'est pas suffisante en elle-même pour conclure à une garde de fait puisqu'elle peut résulter d'une délégation de la part des père et mère ou du gardien légal. En précisant ce qu'il faut entendre par la garde déléguée, la garde contractuelle et la garde judiciaire, cela nous fournira les éléments essentiels pour définir le tiers gardien de fait^{224a}.

a) Définition du tiers gardien de fait

La délégation implicite ou explicite de l'exercice de l'autorité parentale²²⁵, si elle est totale au profit du délégué, autorise ce dernier à agir sans faire appel à la notion de gardien de fait. Si elle est partielle, comme le droit de surveillance ou la garde physique seulement, le délégué verra ses fonctions réduites d'autant. À tout événement, la délégation peut inclure le droit d'orientation de l'enfant. La délégation de par son essence même ne peut être, à notre avis, que volontaire puisqu'elle est révocable en tout temps par le déléguant qu'elle soit de courte ou de longue durée²²⁶.

Nous pouvons tirer les conséquences suivantes de la délégation: *la garde de fait est impossible dans cette hypothèse*. De plus, le délégué peut agir au lieu et place des parents biologiques tant et aussi longtemps que la délégation, comportant le droit d'orientation ou de décision, n'est pas révoquée. Ainsi, au cas d'absence ou de défaut des parents de l'enfant, il n'existe pas de problème puisque le délégué peut être considéré comme un parent au sens de la première partie de l'article 1(e).

Le consentement des parents aux mesures volontaires proposées par le Directeur de la protection²²⁷ n'implique pas, à notre avis, la délégation de l'autorité parentale²²⁸. Il s'agit plutôt d'une *acceptation volontaire de se priver du droit exclusif de décider de l'orientation au lieu de se la voir imposer par le Tribunal*. D'ailleurs,

224a. Nous avons déjà disposé de la garde légale et de la garde physique, *supra*,... pp. 298 et 299.

225. Même si l'article 245 C.C. parle de délégation de la garde, de l'éducation ou de la surveillance, il s'agit de la délégation partielle ou totale de l'exercice de l'autorité parentale. Voir, Rapport sur le Code civil, *op. cit.*, note 127, p. 215. C. BOISCLAIR, *Les droits...*, *op. cit.*, note 23, p. 100.

226. Art. 245 C.C. M. RIVET, *loc. cit.*, note 211, p. 485 suggère que la délégation judiciaire pourrait exister. Mais, cela nous paraît discutable dans l'état actuel du droit. Voir, cependant les nouvelles dispositions du *Projet de Loi 89* qui prévoit la délégation judiciaire en matière d'adoption, *supra*,... pp. 305 à 307.

227. Arts 52 et 53, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

228. *Contra*, M. RIVET, *loc. cit.*, note 211, p. 485.

le droit d'orienter l'enfant appartient de *plein droit* au Directeur de la protection²²⁹ et le consentement aux mesures volontaires indiquent seulement qu'ils n'ont pas l'intention de contester sa décision. S'il en était autrement, c'est le Directeur qui agirait au lieu et place des parents en vertu de la délégation de l'exercice de l'autorité parentale. L'absence de délégation explique aussi pourquoi le consentement donné aux mesures volontaires peut être retiré en tout temps²³⁰.

Somme toute, il nous semble invraisemblable que le délégué puisse se transformer en gardien de fait *en l'absence de révocation de la délégation*.

Si l'on se tourne du côté de la garde contractuelle, on constate que la perspective de découvrir un gardien de fait se rétrécit encore. Elle résulte du placement de l'enfant par un organisme, tels les centres de services sociaux, ou encore par le Directeur de la protection. Ce placement peut avoir lieu auprès d'une famille d'accueil, d'un centre d'accueil ou encore d'un foyer de groupe. L'institution ou les personnes prennent en charge l'enfant sur la base d'une entente, d'où l'expression garde contractuelle. Ils ne peuvent, de ce fait, devenir en aucune circonstance des gardiens de fait²³¹. S'ils disposent de la garde physique, ce n'est pas à la faveur d'une délégation ou de la volonté de s'occuper *de fait* de l'enfant en ce sens qu'il leur est confié en vertu des pouvoirs attribués au Directeur de la protection, aux C.S.S. ou encore au Tribunal. Ils reçoivent, du reste, une contrepartie pécuniaire pendant la durée de la mesure de protection qui est versée par les parents, à moins d'en être dispensé pour incapacité de payer²³². Bref, l'entente intervenue entre le Centre des services sociaux et la famille d'accueil, le centre d'accueil et le foyer de groupe fait ressortir qu'il s'agit d'un contrat de services offerts temporairement à l'enfant^{232a}.

Enfin, la garde judiciaire résulte d'une ordonnance de la Cour supérieure ou du Tribunal de la jeunesse qui enlève ou refuse de remettre la garde physique aux parents en la confiant à des tiers. Les

229. Art. 33 (c) et 51, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

230. Voir dans ce sens, T.J. St-François, no 450-41-000144-79 et 450-41-000145-79, 9 février 1979, 7 à 9.

231. Voir, dans ce sens, à propos d'une famille d'accueil, T.J. Labelle, no 560-41-000002-80, 10 septembre 1980, 9.

232. Art. 65, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *loc. cit.*, note 4, arts 116 à 119.

232a. Voir les articles 1 (o), 152 al. 2 et 153, *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *loc. cit.*, note 4.

parents conservent néanmoins la garde légale et l'exercice de l'autorité parentale. La garde de fait ne peut donc résulter non plus de la garde attribuée à des tiers directement par les tribunaux.

Bref, au cas d'absence ou de défaut des parents ou du tuteur, le délégué pourrait agir à leur place. Dans l'hypothèse d'une garde contractuelle ou judiciaire, il faudrait songer à la nomination d'un tuteur, comme le prévoit l'article 71, pendant la mesure de protection²³³ si les circonstances le justifient ou utiliser la tutelle prévue à l'article 290 C.C. pour les situations d'absence ou d'incapacité temporaire d'agir²³⁴.

À l'aide de ces considérations sur les différentes sortes de garde, nous pouvons définir le tiers gardien de fait de la manière suivante:

"Le tiers gardien de fait est celui qui, de son propre chef, prend en charge un enfant abandonné physiquement par ses parents ou son tuteur en l'absence de délégation, d'une ordonnance du Tribunal ou d'une entente intervenue par l'intermédiaire d'un organisme officiel ou du Directeur de la protection et qui agit à son égard comme parent aux lieu et place des parents biologiques (in loco parentis)."^{234a}

Nous excluons la déchéance parentale de notre définition parce que celle-ci donne ouverture à la tutelle ou à l'adoption qui a pour effet d'accorder la garde légale, donc l'exercice de l'autorité parentale, au tuteur ou aux parents adoptifs²³⁵.

Outre les conditions énumérées ci-haut, il faut se demander si le gardien de fait doit agir depuis longtemps à ce titre pour être qualifié de parent et si son rôle est temporaire.

b) Le rôle temporaire du gardien de fait

La Loi ne pose aucune exigence quant à la durée de la garde de fait. Aussi, nous pouvons penser que la preuve de l'abandon

233. *Supra*,... p. 325.

234. Si les circonstances ne le justifient pas et en l'absence de délégation implicite, il faudrait plutôt songer à la tutelle de l'article 290 C.C. Ainsi, au cas d'interdiction, la tutelle de l'article 71, vu son caractère permanent dans l'hypothèse du paragraphe (a) et quasi-permanent du paragraphe (b) ne serait pas appropriée.

234a. Voir dans ce sens, T.J. Labelle, no 560-41-000002-80, 10 septembre 1980, 9. Le Tribunal précise que le gardien de fait pour être assimilé au mot "parent" ne doit pas détenir la garde physique en vertu d'un "geste du Service social, elle ne serait alors que foyer d'accueil et ne pourrait tomber dans la définition "de l'article 1(e)", ni en vertu d'une ordonnance du Tribunal".

235. Art. 72, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2. Arts 6(c) et 7(g) *Loi sur l'adoption*, *loc. cit.*, note 40.

physique et de l'absence de tuteur suffit pour conférer le titre de parent au gardien de fait.

Par contre, la durée de ses fonctions est essentiellement temporaire. En effet, ne disposant ni de la garde légale, ni de l'autorité parentale, le gardien de fait exerce une autorité parentale *de fait*. Le Directeur de la protection doit donc assumer la responsabilité, le cas échéant, de recommander de faire nommer tuteur le gardien de fait en vertu de l'article 71 s'il veut assurer une certaine stabilité à l'enfant. En effet, le retour des parents, ayant abandonné leur enfant, met fin à la responsabilité parentale de fait du tiers gardien, *sauf si le Tribunal décide de maintenir la protection accordée à l'enfant*²³⁶. La nomination du gardien de fait comme tuteur doit avoir lieu pendant la mesure de protection. Celle-ci terminée, l'enfant n'est plus sous la juridiction du Directeur de la protection qui perd alors son pouvoir de recommandation prévu à l'article 71. Ainsi, la fonction du tiers gardien de fait se termine, aux fins de l'application de la Loi, avec la cessation des mesures de protection. Seule la Cour supérieure peut ensuite décider de la garde à la lumière de l'intérêt de l'enfant si le tiers refuse de remettre ce dernier aux parents²³⁷.

Récemment, la Cour supérieure, siégeant en appel, conclut que la famille d'accueil, à laquelle le Centre des services sociaux de X... avait confié la garde d'un enfant à la suite d'une ordonnance du Tribunal de la jeunesse, était un "gardien de fait" au sens de l'article 1(e)²³⁸. La mère mise en cause, était présente lors de l'audience. La preuve n'indiquait pas qu'elle fut incapable d'exercer l'autorité

236. De par la nature même de l'article 1(e), la fonction de parent est temporaire puisque toute mesure de protection est obligatoirement d'une durée fixe et limitée. Voir, arts 4, 5, 54, 56, 57, 91, *Loi de la protection de la jeunesse, loc. cit.*, note 2. T.J. Gaspé, no 110-41-000009-71, 21 février 1979, 3. T.J. Rimouski, no 100-41-000007-79, 5 juin 1979, 4. T.J. Montréal, no 500-41-001104-875, 27 juin 1979, 3 et 4. C.S. St-François, no 500-24-000003, 7 septembre 1979, 2.

237. Voir C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 23, pp. 42 à 69. Voir aussi les notes 138 et les arrêts: *Gyore c. Gulyas*, (1974) C.S. 146. *Taillon c. Donaldson*, (1953) 2 R.C.S. 257. *Perreault c. Demers*, (1974) C.S. 530. Voir à ce sujet, C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 23, pp. 46 à 60, 75 à 95, 145 à 182.

238. C.S. Montréal, no 500-41-000114-770, 8 août 1980. À la naissance de l'enfant, la mère avait, semble-t-il, confié son enfant à une famille d'accueil. Deux ans plus tard, la famille d'accueil, en vertu de l'ancien article 15 de la *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220, réclame une enquête auprès du Tribunal, vu le désintéressement de la mère à l'égard de son enfant, qui lui confie celui-ci par l'intermédiaire du C.S.S. de ...X. Aujourd'hui, le délégué du Directeur de la protection demande une révision de cette ordonnance pour des motifs non rapportés dans l'arrêt et il faut décider, au préalable, si la famille d'accueil est un "gardien de fait". La Cour supérieure annule le jugement du Tribunal de la

parentale. La placement de l'enfant, d'après les faits du litige, était sans doute justifié à l'époque où il a eu lieu.

La Cour supérieure dénature, à notre avis, l'expression "gardien de fait" et confond celle-ci avec la garde physique confiée sur ordonnance du Tribunal à la famille d'accueil. *La garde de fait ne peut résulter que de l'initiative prise par une personne de s'occuper d'un enfant abandonné physiquement sans l'intervention d'un organisme officiel ou du Tribunal.* Elle découle d'une situation de fait en vertu de laquelle un tiers prend en charge l'enfant de son propre chef pour agir "in loco parentis". Dans l'espèce, la famille d'accueil aurait dû être entendue comme personne intéressée en vertu des articles 6 et 81, mais non comme parent, gardien de fait. En effet, elle détenait la garde physique de l'enfant à un autre titre, soit comme gardien contractuel ou judiciaire²³⁹.

En attribuant erronément la qualité de gardien de fait et de parent à la famille d'accueil, la Cour supérieure prononce illégalement, à notre avis, la déchéance parentale de fait de la mère faute d'avoir suivi les modalités prévues par le législateur pour atteindre cet objectif²⁴⁰.

Dans ce litige, on demande la révision de l'ordonnance de placement temporaire en famille d'accueil. On désire retourner l'enfant chez sa mère au motif qu'elle serait possiblement capable de le reprendre en charge sans compromettre la santé et le développement de celui-ci. Si le Tribunal arrive à la conclusion que le placement n'est plus justifié, il doit y mettre fin et remettre l'enfant à la mère.

Cette éventualité confirme le rôle temporaire du tiers gardien de fait. Il cesse en même temps que le placement à défaut d'avoir pris les dispositions pour lui attribuer, au moyen de la tutelle prévue aux articles 71 et 72, une fonction plus permanente qui se poursuivrait au-delà de l'application de la Loi. Ce mécanisme existe précisément pour couvrir les situations où, pendant la mesure de protection, les parents ne s'acquittent pas de leurs obligations parentales²⁴¹.

jeunesse qui avait refusé de la considérer comme un "parent" au sens de l'article 1(e).

239. *Supra*,... pp. 327 à 330.

240. Voir dans ce sens, C.S. Montréal, no 500-24-000027-796, 1 avril 1980, pp. 13 et 14.

241. *Supra*,... pp. 322 à 326. C'est la seule voie tracée par le législateur aux termes de la Loi pour attribuer un caractère plus permanent de la fonction temporaire, à l'origine, du gardien de fait. Cela permettrait de déterminer s'il y a un véritable désintéressement des parents à l'égard de l'enfant et de clarifier la situation de celui-ci pour le futur.

Toutefois, nous croyons, comme nous l'avons déjà dit antérieurement²⁴², que le gardien de fait devrait conserver la qualité de parent pendant toute la durée de l'application de la mesure de protection puisque *le milieu naturel de l'enfant se trouve chez ce dernier vu l'abandon dont il est victime.*

Bref, les faits de cet arrêt illustrent les difficultés de nombreux enfants placés en famille d'accueil et pour lesquels *on devrait, eu égard aux circonstances, prendre les moyens juridiques prévus pour leur assurer une famille stable au lieu de laisser "pourrir" ces situations* qui laissent l'enfant dans un état d'incertitude²⁴³ mis en relief lorsqu'un conflit éclate comme ce fut le cas dans cet arrêt.

En effet, l'enfant peut créer des liens affectifs importants avec son gardien de fait vu l'abandon de ses parents. Dans cette perspective, il faut se demander si la présence de ces liens autorisent le Tribunal, dans le cadre de la *Loi de la protection de la jeunesse*²⁴⁴, à refuser de rendre l'enfant à ses parents qui en revendiquent la garde physique quelques années après.

c) Les liens affectifs entre l'enfant et le gardien de fait font-ils échec au rôle temporaire de ce dernier?

On aborde indirectement ce problème dans un litige récent ayant donné lieu à deux arrêts dans lesquels on se demande si l'article 38 est assez large pour tenir compte des liens affectifs. Le premier²⁴⁵ origine du Tribunal de la jeunesse. Rappelons brièvement les faits.

Les enfants avaient été placés à la demande des parents par le C.S.S. de... en vertu de la *Loi des services de santé et des services sociaux*²⁴⁶. Il s'agit donc d'un placement sur une base volontaire et non en vertu d'une ordonnance du Tribunal de la jeunesse. Les enfants n'étaient pas non plus soumis à la *Loi de la protection de la jeunesse*²⁴⁷. Les parents n'ont eu aucun contact avec ceux-ci depuis

242. *Supra*,... p. 311.

243. Par exemple, si un enfant vit en centre d'accueil depuis des années sans qu'on sache où se trouvent les parents, on devrait lui faire nommer un tuteur ou encore le Directeur de la protection devrait demander la déchéance parentale pour lui procurer des parents au sens de la Loi.

244. *Loc. cit.*, note 2.

245. T.J. Montréal, nos 500-41-000196-793 et 500-41-000195-795, 9 novembre 1980.

246. *Loc. cit.*, note 4.

247. *Loc. cit.*, notes 2 et 4.

quatre ans. Aujourd'hui, ils désirent en reprendre la garde physique. Le Directeur de la protection présente au Tribunal une demande de protection. Les diverses expertises démontrent sans équivoque qu'il serait néfaste de déplacer les enfants actuellement en raison des soins reçus et des progrès réalisés dans la famille d'accueil.

Le Tribunal doit décider, en premier lieu, si la santé et le développement des enfants sont compromis. Il déclare que ce n'est plus le cas étant donné que la famille d'accueil s'était très bien occupé de ces derniers. Aussi, dans le but de maintenir les enfants dans la famille d'accueil, *le Tribunal se situe à l'époque où le placement a été effectué en accordant rétroactivement la protection demandée* par le Directeur, évitant ainsi de rompre la continuité chez les enfants.

Ce jugement nous paraît discutable à deux points de vue. Le Tribunal a eu tort, à notre avis, de remonter dans le temps pour déterminer si la santé et le développement des enfants étaient compromis par les parents à l'époque du placement. *Il aurait dû apprécier le danger actuel auquel ils seraient exposés en les remettant aux parents qu'ils ne connaissaient plus sans doute vu leur bas âge lors de leur placement.* En effet, la compromission de la santé ou du développement *doit s'apprécier au moment où la demande de protection est faite.* On aurait dû mettre l'accent sur le danger présent de rendre les enfants sans préparation (visites... sorties...) aux parents qui les avaient abandonnés depuis quatre ans.

En se plaçant à l'époque du placement, le Tribunal déniait implicitement sa juridiction puisqu'il n'avait d'autres choix que d'appliquer rétroactivement une mesure de protection, ce qu'il ne pouvait faire. C'est d'ailleurs l'argument essentiel de la Cour supérieure, siégeant en appel, pour infirmer le jugement du Tribunal de la jeunesse²⁴⁸.

Le raisonnement du Tribunal de la jeunesse, bien que discutable, est néanmoins logique puisqu'il avait affirmé que la santé et le développement des enfants n'étaient plus compromis, dans la famille d'accueil²⁴⁹. Toutefois, nous ne partageons pas, avec déférence, l'opinion du Tribunal. *L'appréciation de la compromission ne doit pas être faite à partir de la situation des enfants dans la famille d'accueil où ils ont été placés précisément pour les soustraire aux dangers auxquels ils étaient exposés, mais par rapport aux*

248. *Infra*,... p. 335.

249. Si la santé et le développement des enfants n'étaient plus compromis aujourd'hui, le Tribunal se plaçait nécessairement dans la situation d'accorder rétroactivement une mesure de protection qui n'avait pas été demandée à l'époque.

parents qui ont été la cause du placement. On doit se demander, à notre avis, s'ils peuvent aujourd'hui, et il leur appartient de l'établir, reprendre les enfants sans danger pour ces derniers^{249a}.

Prenons l'exemple d'un enfant maltraité physiquement par ses parents. Compte tenu des circonstances familiales, on place l'enfant en famille d'accueil pour faire cesser les mauvais traitements immédiatement. Une fois l'enfant soigné, si l'on suit le raisonnement du Tribunal, il faudrait conclure que l'enfant n'est plus en danger dans la famille d'accueil. Si tel était le cas, il faudrait mettre fin à la mesure de protection et retourner l'enfant chez ses parents. Il nous semble plutôt nécessaire d'apprécier si les parents peuvent ou risquent encore de battre leur enfant. Si tel est le cas, il faut conclure que la santé et le développement de l'enfant sont encore compromis en ce sens qu'on ne peut le retourner dans sa famille sans l'exposer de nouveau à des dangers physiques.

Le Tribunal aurait dû suivre cette voie, ce qui lui aurait éviter d'appliquer rétroactivement une mesure de protection non sollicitée à l'époque en concluant qu'aujourd'hui le retour des enfants chez leurs parents, *sans préparation*, leur causerait un grave préjudice.

La Cour supérieure²⁵⁰ infirme ce jugement pour défaut de juridiction du Tribunal de la jeunesse au motif qu'on appliquait rétroactivement une mesure de protection en vertu d'une Loi qui n'existait pas à l'époque²⁵¹ et que la santé et le développement des enfants n'étaient plus compromis. Nous venons de discuter de cet aspect. Soulignons seulement que la Cour supérieure n'a pas non plus relevé cette conception erronée de l'appréciation de l'état de compromission de la santé et du développement des enfants dans leur famille d'accueil.

La Cour supérieure maintient néanmoins les enfants dans la famille d'accueil au motif qu'elle ne peut, *dans le cadre de cette*

249a. Voir dans ce sens, T.J. Gaspé, no P-005-73, 23 juillet 1979. On peut lire dans cet arrêt, lors d'une requête en révision dans une affaire semblable (l'enfant est placé depuis cinq ans sans contact avec sa famille d'origine) qu'on *doit apporter la preuve certaine*, pour mettre fin au placement dans la famille d'accueil, que non seulement aucune des situations prévues à l'article 38 ne persiste, mais également que la réinsertion familiale de l'enfant est possible dans l'intérêt de ce dernier suivant l'article 5 al. 2 i.e. sans danger pour lui.

250. C.S. Montréal, no 500-24-000027-796, 1 avril 1980.

251. *Ibid.*, pp. 9 et 10. À l'époque, la *Loi de la protection de la jeunesse* existait sous une forme différente (*loc. cit.*, note 4). C'est plutôt l'application rétroactive d'une mesure de protection qui est discutable plutôt que la rétroactivité des lois comme le prétend la Cour supérieure puisque l'article 15 de l'ancienne *Loi de la protection de la jeunesse* était assez large pour couvrir l'article 38 actuel de la Loi.

procédure, se prononcer sur la garde des enfants. Les parents auraient dû procéder par "habeas corpus" vu qu'ils n'étaient pas soumis à la *Loi de la protection de la jeunesse* et qu'elle ne pouvait prononcer la déchéance parentale à moins d'être saisie d'une demande dans ce sens.

La Cour supérieure, discutant du contenu de l'article 38, conclut que:

"Cette énumération de situation permettant de déclarer compromis la sécurité ou le développement d'un enfant est limitative, et l'appréhension d'un effet néfaste, résultant d'une modification de la situation prévalant au moment où le juge est appelé à se prononcer n'est pas incluse."²⁵²

Cet extrait mérite certains commentaires. Sans doute l'article 38 limite les situations où l'on peut considérer comme compromis la santé et le développement de l'enfant. *Mais, cela n'implique pas qu'on doive nécessairement interpréter restrictivement chacune des situations qui y sont prévues comme semble le suggérer le juge.* À notre avis, cet article est suffisamment large pour éviter de placer les enfants dans une situation où il y aurait, sans équivoque d'après les expertises, un danger couru par les enfants. La compromission à laquelle on exposerait ceux-ci provient précisément de l'absence de contacts pendant quatre ans entre les enfants et les parents et leur retour chez ces derniers sans aucune préparation. L'article 38 prévoit l'hypothèse des parents qui ne s'occupent plus de leur enfant comme ce fut le cas jusqu'à récemment. Déplacer les enfants soudainement peut, compte tenu de la preuve de l'état psychologique de ceux-ci, les exposer à subir un préjudice grave et c'est précisément l'objectif poursuivi dans l'article 38 lorsqu'on accorde la protection recherchée.

En d'autres termes, déplacer les enfants sans tenir compte des liens entre ceux-ci et leurs parents pendant le placement chez autrui serait rendre illusoire la protection qu'on lui a accordée. Ainsi, *les liens affectifs entre le gardien de fait et l'enfant pourraient conduire le Tribunal à refuser de le déplacer si cela peut compromettre sa santé et son développement, notamment lorsque le parent biologique ne s'en est pas occupé pendant toute la durée du placement.* Agir autrement, c'est privilégier la conception de l'enfant "propriété biologique"²⁵³. Bref, le parent peut recouvrer la garde physique à la

252. *Supra*,... note 250, p. 335.

253. Voir C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 23, pp. 11 à 13, 60 à 75. Voir *supra*,... note 249a.

condition de prouver que le retour de l'enfant chez lui ne compromettra pas la santé et le développement de ce dernier.

En revanche, si le parent a pu maintenir des liens avec son enfant ou s'il prend les moyens pour reprendre progressivement contact avec lui et si les sources du danger de compromission de la santé et développement de l'enfant sont disparues, le Tribunal doit mettre fin à la protection et lui rendre son enfant. En effet, nous ne croyons pas que l'article 38 puisse recevoir *une extension telle qu'il autoriserait le Tribunal à se prononcer uniquement sur la qualité des liens entre l'enfant d'une part, et le parent ou le gardien de fait lorsque les parents ne présentent plus de danger pour l'enfant.*

Bref, nous pouvons conclure, que les liens affectifs pouvant exister entre l'enfant et son gardien de fait sont insuffisants en eux-mêmes pour modifier son rôle temporaire. Sa fonction pourra tout au plus être prolongé quelque temps si l'état de compromission à l'égard de ses parents continue d'exister, notamment s'ils persistent à ignorer leur enfant. Mais, qu'arrive-t-il si la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis par le gardien de fait ou encore s'il commet un délit? En d'autres termes, si l'on enlève la garde physique au gardien de fait, ce dernier peut-il encore prétendre être le parent de l'enfant au sens de l'article 1(e)?²⁵⁴

d) Le retrait de la garde physique pendant l'application d'une mesure de protection fait-il perdre la qualité de parent au tiers gardien de fait?

À partir de notre position de départ²⁵⁵ en vertu de laquelle les notions de parent et de milieu naturel sont indissociables, nous croyons que la perte de la garde physique, suite au retrait temporaire de l'enfant de son milieu de vie pour appliquer une mesure de protection, ne le prive pas de sa qualité de parent. D'une part, la Loi prévoit le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu naturel et c'est le seul qu'il possède dans les circonstances²⁵⁶. D'autre part, il serait pour le moins contradictoire de considérer le gardien de fait comme un parent au stade des mesures volontaires ou imposées par le Tribunal, pour ensuite lui dénier cette qualité que la Loi lui

254. Voir les arrêts suivants où l'on a discuté de cette question: T.J. Montréal, no 500-41-000050-78, 6 avril 1979; C.S. Montréal, no 24-000004-795, 6 avril 1979; T.J. Labelle, no 560-41-000002-80, 10 septembre 1980.

255. *Supra*,... pp. 277 à 279.

256. Arts 4, 5 et 57, *Loi de la protection de la jeunesse*, *loc. cit.*, note 2.

attribue. *Cela aurait pour effet de laisser l'enfant sans milieu naturel, ce qui irait à l'encontre de l'esprit de la Loi.*

En acceptant de se départir volontairement de la garde physique de l'enfant, cela n'entraîne aucunement comme conséquence qu'il est "en défaut" de ce fait. *Si le Directeur de la protection croit que l'enfant ne doit plus être retourné au gardien de fait, il faut faire nommer un tuteur en vertu de l'article 71 pour attribuer, pendant la mesure de protection, au tuteur la qualité de parent qui deviendra celui qui s'occupera de l'enfant en lui offrant un milieu naturel.*

En résumé, le gardien de fait n'est pas une situation aussi fréquente qu'on le croit et pour éviter toutes sortes de difficultés postérieures à l'orientation de l'enfant, il faut examiner minutieusement si la personne qui détient la garde physique, est véritablement un gardien de fait.

CONCLUSION

La notion extensive du terme "parent" prévue par le législateur, aux fins d'application de la *Loi de la protection de la jeunesse*, devient plus facile à comprendre et appliquer lorsqu'on envisage l'article 1(e) dans son entier. Les distinctions entre le but précis de cet article et la finalité de la *Loi de la protection de la jeunesse*, le milieu naturel de l'enfant et, enfin, l'exercice de l'autorité parentale constituent un ensemble indivisible pour déterminer qui est le parent de l'enfant et quand il peut agir à ce titre.

L'absence de précisions sur la signification des expressions "absence", "défaut" ou "gardien de fait" nous indique qu'il faut s'en remettre au droit commun pour leur trouver une interprétation cohérente.

Les contradictions de la jurisprudence proviennent de la double interprétation du terme "défaut". On refuse de l'assimiler au "manquement aux obligations parentales" lorsque l'enfant demeure avec des parents irresponsables et on applique cette théorie s'il vit avec des tiers. À notre avis, l'article 1(e) n'est pas une règle de fond permettant de sanctionner "a priori" l'incompétence parentale, mais seulement une disposition énumérant les personnes susceptibles d'agir comme parent. La conjonction "ou" et les termes "absence" ou "défaut" servent uniquement à préciser dans quel ordre on peut passer d'une catégorie de parents à une autre. En

donnant préséance aux parents biologiques dans la première partie de l'article 1(e), le législateur dévoile son intention de faire appel aux parents substitués qu'à titre exceptionnel.

Le droit d'agir comme parent confère aux parents substitués le droit de participer aux décisions concernant l'enfant. C'est l'une des prérogatives du gardien légal, titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Aussi, nous croyons qu'il faut interpréter restrictivement les conditions pour disqualifier les parents biologiques au profit des parents substitués qui se voient attribuer, à titre exceptionnel, l'exercice temporaire de l'autorité parentale.

Seule l'analyse des différentes sortes de "garde" permet de comprendre la signification du "gardien de fait" et d'éviter la confusion entre la garde physique de l'enfant et la garde de fait. C'est un concept juridique signifiant que la personne détenant la garde physique agit, en outre, en qualité "*in loco parentis*" lorsque les parents sont absents ou incapables mentalement ou physiquement ou encore pour cause d'abandon de s'occuper de l'enfant et d'exercer l'autorité parentale. En d'autres termes, le gardien de fait est la personne qui, de sa propre initiative, assume les responsabilités parentales à l'égard de l'enfant dont personne ne s'occupe.

Les parents substitués suppléent temporairement à l'incapacité de fait ou de droit des parents biologiques d'exercer l'autorité parentale. À moins d'apporter un amendement majeur, dont la pertinence devrait être minutieusement étudiée, nous croyons que cela est conforme à l'intention du législateur et à la lettre de l'article 1(e). En l'absence d'une dérogation expresse au droit commun, on ne peut conclure que le "manquement aux obligations à l'égard de l'enfant" est un motif pour attribuer la qualité de parent à un tiers. Il aurait fallu, à titre d'exemple, prévoir textuellement, pour atteindre cet objectif, que "seule la personne s'occupant effectivement de l'enfant peut agir à titre de parent".

Le législateur a choisi une autre voie pour sanctionner l'incompétence ou l'irresponsabilité parentale. On peut utiliser les diverses mesures de protection prévues à l'article 54. Suivant les circonstances, le législateur permet de choisir une mesure plus définitive, résultant de la nomination d'un tuteur ou de la déchéance parentale en vertu des articles 71, 72 de la Loi et 245 C.C.²⁵⁷, pour apporter à l'enfant la sécurité, la stabilité et la continuité dans ses besoins physiques et affectifs. Dans cette optique, la famille

257. Notons que le *Projet de Loi 89*, *loc. cit.*, note 106, prévoit à l'article (654) que toute personne intéressée peut la demander.

d'accueil où l'enfant demeure pourrait se voir confier la tutelle²⁵⁸.

Bref, le parent joue un rôle très actif et il est essentiel, en raison des conséquences pouvant en résulter pour l'enfant, de bien déterminer quand et quelle personne peut agir à ce titre. La Loi prévoit que toute décision concernant l'enfant doit être prise dans le respect de ses droits et, parmi ceux-ci, le droit à un milieu naturel stable est sans doute celui qui compte parmi le plus important pour assurer son développement au plan personnel et social²⁵⁹.

258. Les parents nourriciers, devenus tuteurs, pourront agir à titre de parents au sens de l'article 1(e).

259. Si le Directeur de la protection ne peut compter sur un parent au sens de l'article 1(e), il doit alors judiciairiser le dossier de l'enfant en vertu de l'article 60(c) en recommandant, une fois la décision du Tribunal prise, la nomination d'un tuteur qui pourra agir à titre de parent. Si l'enfant est abandonné après son placement en centre d'accueil, famille d'accueil ou foyer de groupe ou si les parents cessent de s'en occuper ou encore s'ils sont inaptes, le Directeur de la protection doit voir à la nomination d'un tuteur (avec ou sans demande de déchéance parentale) conformément à l'article 71 pour éviter à l'enfant de se retrouver sans parent et sans milieu naturel aux fins de l'application de la Loi.