

# LES DROITS DE L'ENFANT DANS LES PROVINCES CANADIENNES DE COMMON LAW

par Ethel GROFFIER\*

## SOMMAIRE

<b>I- LES DROITS DE L'ENFANT DANS SA FAMILLE</b> .....	181
A) Établissement de la filiation .....	181
B) Droit aux aliments .....	185
C) Droit à l'éducation .....	187
D) Représentation de l'enfant .....	188
E) Droits de succession .....	189
<b>II- LES DROITS DE L'ENFANT EN CAS DE DIVORCE OU DE SÉPARATION DE SES PARENTS</b> .....	191
A) La représentation de l'enfant .....	192
B) Consultation de l'enfant .....	195
<b>III- ADOPTION</b> .....	197
<b>CONCLUSION</b> .....	199

---

\* Professeur, Faculté de droit, Université McGill.

Les droits de l'enfant font l'objet, depuis un certain temps, d'études et de réformes, dans plusieurs provinces canadiennes. Ainsi, la Commission royale du droit de la famille et de l'enfance de Colombie-Britannique a établi une liste complète des droits qui devraient servir de base à toute révision législative<sup>1</sup>.

Il a paru plus sage, dans cette note, de nous limiter aux droits de l'enfant dans sa famille plutôt que d'essayer d'englober tous ses droits dans la société. Il aurait certes été intéressant de traiter également de l'enfant délinquant et de l'enfant maltraité mais une telle entreprise aurait abouti à une étude trop superficielle étant donné la nécessité de garder à cette recherche une longueur raisonnable. Même dans son optique limitée, elle n'a nullement la prétention d'être complète ni surtout de tenir compte des multiples différences de détail entre les provinces. Il s'agit plutôt de présenter une syn-

---

1. Il s'agit des droits suivants:

- (1) Le droit à la nourriture, aux vêtements et au logement propres à assurer une bonne santé et un bon développement personnel;
- (2) le droit à un milieu libre de tout mauvais traitement et de toute exploitation;
- (3) le droit aux soins de santé mentale et physique nécessaires à la guérison des maladies;
- (4) le droit d'habiter avec ses parents et ses frères et soeurs sauf lorsque l'intérêt de l'enfant exige qu'il réside ailleurs;
- (5) le droit à l'assistance des parents et des adultes pour guider de façon continue la vie de l'enfant;
- (6) le droit à une éducation qui donne à l'enfant l'occasion d'atteindre son plein épanouissement;
- (7) le droit au jeu et à la détente;
- (8) le droit d'être consulté lors de toute décision concernant la tutelle, la garde et la réclamation d'état;
- (9) le droit d'être représenté et conseillé de façon indépendante lors de toute décision relative à la tutelle, la garde ou la réclamation d'état;
- (10) le droit à un interprète compétent lorsque la langue ou une infirmité pose un problème lors d'une décision concernant la tutelle, la garde ou la réclamation d'état;
- (11) le droit à une explication de toute décision concernant la garde, la tutelle ou la réclamation d'état;
- (12) le droit d'être informé des droits de l'enfant et de les voir appliquer.

Voir Fifth Report of the Royal Commission on Family and Children's Law, Part III, *Children's Rights*, Vancouver, 1975, pp. 6-7. Voir également, Ontario Law Reform Commission, Report on Family Law, Part III, *Children*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1973; Alberta Institute of Law Research and Reform, *Status of Children*, juin 1976, polycopié.

Il faut signaler qu'un relevé de la législation relative à l'enfance vient d'être publié dans (1979) 6 R.F.L. (2d) 4 à 109.

thèse donnant une vue d'ensemble permettant la comparaison avec le droit québécois.

Nous étudierons d'abord les droits de l'enfant au sein de la cellule familiale normale pour aborder ensuite les problèmes posés par la dislocation de la famille suite au divorce ou à la séparation et nous passerons enfin aux difficultés que peut soulever l'adoption.

## I- LES DROITS DE L'ENFANT DANS SA FAMILLE

Au sein de sa famille, l'enfant a tout d'abord le droit à un état d'enfant légitime ou naturel, aux aliments et à l'éducation au sens le plus large. Il doit également être protégé et représenté dans l'exercice de ses droits patrimoniaux et pouvoir succéder à ses parents.

### A) Établissement de la filiation

En common law, la légitimité était fondée uniquement sur la naissance de l'enfant pendant le mariage valide de ses parents. L'enfant naturel ne pouvait pas être légitimé<sup>2</sup>. À l'heure actuelle, l'enfant né pendant le mariage est présumé être l'enfant légitime du mari de la mère. Une simple négation de paternité<sup>3</sup>, pas plus qu'une admission de paternité par un autre homme<sup>4</sup>, ou le fait que les époux nient avoir eu des relations sexuelles pendant la période légale de la conception<sup>5</sup> ne suffisent à renverser la présomption. Toutefois, si l'admission de paternité est accompagnée de la cohabitation avec la mère et de l'entretien temporaire de l'enfant, elle peut renverser la présomption<sup>6</sup>.

En Ontario, *The Children's Law Reform Act*<sup>7</sup> a aboli toute distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel. L'article (4) énonce que:

“toute distinction en Common Law entre l'état d'un enfant né durant le mariage et celui d'un enfant né hors mariage est abolie et la relation entre l'enfant et son parent de même qu'avec les autres

---

2. *Re Luck's Wills Trusts*, (1940) 1 Ch. 864.

3. *Guevara v. Guevara*, (1976) 28 R.F.L. 30 (Man. Q.B.). Par contre, une preuve par analyse sanguine que l'enfant ne peut pas être celui du mari sera admise, *Dollighan v. Dollighan*, (1978) 3 R.F.L. (2d) 210 (Ont. Cty. Ct.).

4. *Re Brown and Argue*, (1925) 3 D.L.R. 873 (Ont. C.A.); *Re Anderson*, (1947) 3 D.L.R. 302 (N.B.C.A.).

5. *Barken v. Barken*, (1979) 5 R.F.L. (2d) 249 (P.E.I. Sup. Ct.).

6. *Gray v. Foster*, (1975) 19 R.F.L. 12 (Ont. Prov. Ct.).

7. *The Children's Law Reform Act*, S.O. 1977, c. 41, art. 1 (2).

membres de la même famille sera déterminée à tous égards en accord avec la présente loi<sup>8</sup>.

On peut rapprocher cette disposition de la proposition du *Projet de Code civil du Québec* qui prévoit que

“tous les enfants ont, dans la mesure où leur filiation est établie, les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard de leur père et mère et de la famille de ces derniers”<sup>9</sup>.

La paternité s'établit, en Ontario, de deux façons suivant qu'il y a ou non une présomption. *The Children's Law Reform Act* la présume dans les hypothèses suivantes, dans son article 8<sup>10</sup>:

- (1) à l'égard du mari de la mère au moment de la naissance;
- (2) à l'égard de l'ex-mari de la mère si l'enfant est né dans les 300 jours de la dissolution du mariage;
- (3) à l'égard de l'homme qui épouse la mère après la naissance de l'enfant et en reconnaît la paternité;
- (4) à l'égard de l'homme cohabitant avec la mère au moment de la naissance s'il s'agissait d'une relation ayant un caractère d'une certaine permanence ou si l'enfant est né dans les 300 jours après la cessation de la relation;
- (5) dans le cas où la mère et un homme ont fait la déclaration prévue par l'article 6 (8) du *Vital Statistics Act* (11) en vue de l'établissement de l'acte de naissance ou encore la déclaration prévue par l'article 6 (5) de la même loi par laquelle la mère affirme qu'elle vivait séparée de son mari au moment de la conception de l'enfant et que le mari n'est pas le père. Le père présumé doit dans ce cas reconnaître sa paternité dans la déclaration;
- (6) à l'égard de l'homme qui a été déclaré père par un tribunal canadien compétent. Dans ce cas, une requête peut être présentée par toute personne intéressée pour obtenir un jugement déclaratif de paternité. Le fardeau de la preuve de non-paternité incombe au défendeur<sup>11</sup>.

La présomption de paternité de l'époux de fait de la mère se retrouve également dans le *Projet de Code civil québécois*<sup>12</sup>.

---

8. Notre traduction.

9. Office de révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec, volume I, *Projet de Code civil*, éditeur officiel, 1978, Livre II, *De la Famille*, art. 291.

10. *The Children's Law Reform Act*, S.O. 1977, c. 41, art. 8.

11. Notre traduction.

12. *Projet de Code civil*, Livre II, *De la famille*, *op. cit.*, note 9, arts 266-268.

Il faut noter que les présomptions de paternité énumérées plus haut pourraient éventuellement jouer vis-à-vis de plusieurs hommes. En ce cas, aucune présomption n'est acceptée.

Dans le cas où il n'y a pas de présomption de paternité, celle-ci ne peut être établie que par jugement. L'article 5 prévoit que la requête ne peut être présentée que par l'enfant qui cherche à établir sa filiation ou par un demandeur qui cherche à établir qu'un enfant est le sien. Cela ne peut se faire que pendant la vie de l'un ou de l'autre; cette restriction n'existe pas lorsqu'il y a présomption de paternité.

L'article 4 de la même loi prévoit que la recherche de maternité peut être intentée par toute personne y ayant un intérêt.

La nouvelle législation ontarienne et les travaux qui l'ont précédée ont sans doute inspiré les travaux de la Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada destinés à aboutir à un projet de loi modèle sur le statut de l'enfant né hors mariage<sup>13</sup>.

Dans toutes les provinces, la recherche de paternité peut avoir lieu dans le but de faire condamner le prétendu père à payer des aliments à l'enfant<sup>14</sup>. Dans la plupart des provinces, sauf en Ontario où la loi a été profondément modifiée, la procédure commence par une demande faite à un juge du tribunal de la famille (ou un tribunal équivalent) par la mère, ses parents, la personne qui s'occupe de l'enfant ou le directeur de la protection de l'enfance (*Child Welfare*). Il faut que la déclaration de la mère soit corroborée par d'autres preuves<sup>15</sup> sauf au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse et dans l'Île-du-Prince-Édouard. Il est alors nécessaire d'administrer une preuve de fait comme l'existence d'une liaison entre le présumé père

---

13. Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, St. Andrews, Nouveau-Brunswick, 1977, *Proceedings of the Fifty Ninth Annual Meeting*, p. 29, p. 152.

14. Les *Affiliation Proceedings* sont prévus par les lois suivantes:

Alberta, *The Maintenance and Recovery Act*, R.S.A. 1970, c. 332, art. 7-32; Colombie-Britannique, *Children of Unmarried Parents Act*, R.S.B.C. 1960, c. 52; Île-du-Prince-Édouard, *Children's Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. C-6, art. 13-49; Manitoba, *Child Welfare Act*, S.M. 1974, c. 30, art. 56-79; Nouveau-Brunswick, *Loi sur les enfants naturels*, R.S.N.B. 1973, c. C-3; Nouvelle-Écosse, *Children of Unmarried Parents Act*, R.S.N.S. 1967, c. 32; Ontario, *The Children's Law Reform Act* 1977, S.O. 1977, c. 41, art. 3-17; Saskatchewan, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.S. 1973, c. 12; Terre-Neuve, *The Children of Unmarried Parents Act*, S. Nfld. 1972, c. 33; Territoires du Nord-Ouest, *Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, art. 52-77; Territoires du Yukon, *Child Welfare Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. C-4, art. 41-61.

15. *Barron v. Kennedy*, (1979) 5 R.F.L. (2d) 148 (Ont. D.C.); pour la notion de corroboration, voir Judge G.M. THOMSON, "Advocacy in Affiliation Cases," (1970) 22 R.F.L. 201, 207.

et la mère ou le paiement des frais de gésine par le père prétendu... Dans certaines provinces, la loi permet à une femme mariée et à son mari de prouver l'absence de relations sexuelles entre eux pendant la durée de la période légale de conception<sup>16</sup>. Dans d'autres provinces, la demande peut être faite par une femme mariée sans l'intervention de son mari<sup>17</sup>.

Le droit écrit a rendu la légitimation possible<sup>18</sup>. Le mariage des parents d'un enfant naturel lui confère l'état d'enfant légitime depuis sa naissance, sauf à Terre-Neuve où l'enfant ne devient légitime qu'à compter du jour du mariage<sup>19</sup>.

L'enfant né d'un mariage annulable (*voidable*) conserve l'état d'enfant légitime<sup>20</sup>. L'enfant né d'un mariage nul (*void*) qui était régulièrement enregistré et dont un des époux au moins était de bonne foi demeure également légitime<sup>21</sup>. Ces dispositions ne sont plus nécessaires en Ontario, nous l'avons vu, puisque tous les enfants ont les mêmes droits.

Le *Projet de Code civil du Québec* prévoit également que la nullité du mariage pour quelque cause que ce soit n'affecte pas le droit des enfants<sup>22</sup>.

16. En Saskatchewan, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.S. 1973, c. 12, art. 32; en Nouvelle-Écosse, *Children of Unmarried Parents Act*, R.S.N.S. 1967, c. 32, art. 21; dans les Territoires du Nord-Ouest, *Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3, art. 58.

17. En Alberta, *The Maintenance and Recovery Act*, R.S.A. 1970, c. 332, art. 19 (2); en Colombie-Britannique, *Children of Unmarried Parents Act*, R.S.B.C. 1960, c. 52, art. 15 (3) et à Terre-Neuve, *The Children of Unmarried Parents Act*, S. Nfld. 1972, c. 33, art. 22 (2).

18. Alberta, *The Legitimacy Act*, R.S.A. 1970, c. 205; Colombie-Britannique, *Legitimacy Act*, R.S.B.C. 1960, c. 217; Ile-du-Prince-Édouard, *Children's Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. C-16; Manitoba, *The Legitimacy Act*, R.S.M. 1970, c. L-130; Nouveau-Brunswick, *Loi sur la légitimation*, R.S.N.B. 1973, c. L-4; Nouvelle-Écosse, *Children of Unmarried Parents Act*, R.S.N.S. 1967, c. 32; Saskatchewan, *The Legitimacy Act*, R.S.S. 1965, c. 343; Terre-Neuve, *The Legitimacy Act*, R.S. Nfld. 1970, c. 203; Territoires du Nord-Ouest, *Legitimation Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. L-4; Territoires du Yukon, *Legitimation Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. L-6.

19. *The Legitimacy Act*, R.S. Nfld. 1970, c. 203, art. 3.

20. Voir par exemple, Alberta, *The Legitimacy Act*, R.S.A. 1970, c. 205, art. 3; Colombie-Britannique, *Legitimacy Act*, R.S.B.C. 1960, c. 217, art. 3, cette disposition se retrouve dans la loi de toutes les provinces sauf au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à Terre-Neuve et dans l'Ile-du-Prince-Édouard.

21. Voir par exemple, Alberta, *The Legitimacy Act*, R.S.A. 1970, c. 205, art. 3; Manitoba, *The Legitimacy Act*, R.S.M. 1970, c. L-130, art. 4; cela n'est pas prévu au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve et dans l'Ile-du-Prince-Édouard.

22. *Projet de Code civil*, Livre II, *De la famille*, *op. cit.*, note 9, art. 32.

Si le mariage a été célébré suite à l'obtention par une partie d'un jugement de présomption de décès et que le conjoint reparaît, les enfants restent légitimes<sup>23</sup>.

## B) Droit aux aliments

La filiation légitime crée une obligation alimentaire envers les enfants<sup>24</sup>. Le cercle des obligés varie selon les provinces de même que l'intensité de l'obligation. Les obligations du père et de la mère sont égales dans la plupart des provinces. En Alberta, un amendement les rendant identiques n'est pas encore entré en vigueur<sup>25</sup>. L'obligation pèse plus lourdement sur le mari dans les Territoires du Nord-Ouest et du Yukon<sup>26</sup>. En Alberta et dans les Territoires du Nord-Ouest et du Yukon, l'obligation s'étend aux grands-parents<sup>27</sup>. En Colombie-Britannique, elle s'étend au *guardian*, au parâtre et à la marâtre<sup>28</sup>. Au Manitoba, en Ontario et dans l'Île-du-Prince-Édouard, le mot "parent" comprend toute personne qui a montré

23. Voir par exemple, en Alberta, *The Legitimacy Act*, R.S.A. 1970, c. 205, art. 4; en Saskatchewan, *The Legitimacy Act*, R.S.S. 1965, c. 343, art. 4. Cette disposition n'est pas prévue à Terre-Neuve, au Nouveau-Brunswick, ni dans l'Île-du-Prince-Édouard.

24. Le Code criminel, à l'article 197, impose aux parents le devoir de pourvoir à l'entretien de leurs enfants âgés de moins de 16 ans. De plus, l'obligation est réaffirmée dans un nombre de lois provinciales qui fixent souvent un âge plus élevé:

Alberta, *The Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, c. 113; *The Maintenance Order Act*, R.S.A. 1970, c. 222; Colombie-Britannique, *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, c. 20; Île-du-Prince-Édouard, *Family Law Reform Act*, S.P.E.I. 1978, c. 6; Manitoba, *The Family Maintenance Act*, S.M. 1978, c. 25/F20; Nouveau-Brunswick, *Loi sur l'obligation d'entretien envers les femmes et les enfants abandonnés*, R.S.N.B. 1973, c. D-8; Nouvelle-Écosse, *Children's Maintenance Act*, R.S.N.S. 1967, c. 33, *Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.N.S. 1967, c. 341; Ontario, *The Family Law Reform Act*, 1978, S.O. 1978, c. 2; Saskatchewan, *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.S. 1965, c. 341, *The Infants' Act*, R.S.S. 1965, c. 342; Terre-Neuve, *The Maintenance Act*, R.S. Nfld. 1970, c. 223; Territoires du Nord-Ouest, *Maintenance Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. M-2; Territoires du Yukon, *Maintenance Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. M-2.

25. Voir *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, c. 113, Part 4, art. 27.

26. Territoires du Nord-Ouest, *Maintenance Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. M-2, art. 4; Yukon, *Maintenance Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. M-2, art. 6.

27. Alberta, *The Maintenance Order Act*, R.S.A. 1970, c. 222, art. 2; Territoires du Nord-Ouest, *Maintenance Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. M-2, art. 4, Yukon, *Maintenance Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. M-2, art. 7.

28. *Family Relations Act*, S.C.B. 1970, c. 20, art. 15 (b).

l'intention de traiter l'enfant comme un membre de la famille<sup>29</sup>. À Terre-Neuve, l'obligation s'étend aux grands-parents, au parâtre et à la marâtre, et même aux *foster parents* dans le cas où un enfant est placé en foyer nourricier<sup>30</sup>.

L'âge maximum auquel un enfant a droit à des aliments varie entre 16 ans et l'âge de la majorité. En Ontario et dans l'Île-du-Prince-Édouard, une demande d'aliments peut être faite sans autre motif que les besoins de l'enfant. Dans les autres provinces, il est nécessaire de prouver une faute de la part de l'obligé: abandon, négligence, refus de fournir des aliments... De toute manière, la décision du tribunal dépendra des besoins de l'enfant et des ressources ou de la capacité de payer de la personne obligée.

Les personnes autorisées à présenter la demande varient de province à province. Il s'agit toujours de la mère et de la personne qui a la garde de l'enfant et souvent de toute autre personne intéressée ou des fonctionnaires des services de la protection de l'enfance.

Dans certaines provinces, l'obligation du père naturel peut être satisfaite par une somme globale dont le montant est plus ou moins élevé<sup>31</sup>. Une telle pratique permet malheureusement à l'homme qui dispose d'un petit capital de se débarrasser une fois pour toutes de ses obligations car la pension est modifiable mais la somme globale, en général, ne l'est pas<sup>32</sup>.

La demande d'aliments au père naturel doit être formulée, dans la plupart des provinces, dans un délai relativement bref, un ou deux ans de la naissance de l'enfant ou un ou deux ans de la reconnaissance de paternité. La pension, une fois accordée, est transmissible à la succession du père.

---

29. Manitoba, *Family Maintenance Act*, S.M. 1978, c. 25/F20, art. 1 (c); Ontario, *Family Law Reform Act*, S.O. 1978, c. 2, art. 1 (e); Île-du-Prince-Édouard, *Family Law Reform Act*, S.P.E.I. 1978, c. 6, art. 2 (3).

30. *The Maintenance Act*, R.S. Nfld. 1970, c. 223, art. 2 (b).

31. Par exemple, en Nouvelle-Écosse cette somme ne peut dépasser \$2,000, *Children of Unmarried Parents Act*, R.S.N.S. 1967, c. 32, art. 4 (3). Au Nouveau-Brunswick, elle est de \$1,200, *Loi sur les enfants naturels*, R.S.N.B. 1973, c. C-3, art. 8. Elle n'est pas toujours limitée à maximum. Ainsi la Cour provinciale de l'Ontario (Fam. Div.), transforma la pension due par un père naturel en une somme globale de \$15,000 parce que le père voulait quitter la juridiction: *Mazurkiewicz v. Hassan*, (1979) 5 R.F.L. (2d) 244 (en vertu de l'article 21 (1) du *Family Law Reform Act*, S.O. 1978, c. 2).

32. *Re Ferrier and Smith*, (1975) 4 O.R. (2d) 766 (Ont. H.C.); *Re Swaigen and DeVera*, (1976) 12 O.R. (2d) 131 (Ont. Prov. Ct., Family Division), (en vertu de l'ancienne loi); *Shingoose v. Zadorowski*, (1978) 2 R.F.L. (2d) 332 (Sask. Q.B.).



En Ontario, *The Family Law Reform Act* prévoit en son article 16 que les deux parents d'un enfant naturel ont une obligation égale d'assurer son entretien suivant leurs moyens tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de 18 ans, n'est pas marié ou, ayant atteint l'âge de 16 ans, reste sous le contrôle de ses parents. Une disposition analogue existe dans le nouveau *Family Law Reform Act* de l'Île-du-Prince-Édouard<sup>33</sup>. Les parents d'un enfant naturel peuvent passer une convention concernant le paiement des frais de gésine et l'entretien de l'enfant. Une telle convention peut être incorporée dans un jugement condamnant à payer une pension à l'enfant<sup>34</sup>. Elle peut être écartée par les tribunaux lorsqu'elle n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant<sup>35</sup>.

### C) Droit à l'éducation

Le droit à l'éducation et à la surveillance par les parents est, en fait, le corollaire réciproque du droit de garde de ceux-ci. Il ne s'agit pas ici du droit à l'instruction qui sort du cadre de cette recherche. En common law, le père, en l'absence d'une décision d'un tribunal, avait un droit absolu à la garde de ses enfants<sup>36</sup>. La législation de la plupart des provinces a changé cet état de choses en établissant le droit conjoint des parents à la garde de leurs enfants<sup>37</sup>. Il semble qu'à Terre-Neuve et au Nouveau-Brunswick le père ait toujours son droit, issu de la common law, à la garde de l'enfant jusqu'à décision du tribunal<sup>38</sup>.

Dans la famille naturelle, en common law, la mère avait un droit *prima facie* à la garde de son enfant<sup>39</sup>. Ce principe a été tempéré par la considération de l'intérêt de l'enfant<sup>40</sup>, que le conflit concernant la garde survienne entre le père et la mère ou entre la mère ou une tierce personne. Si le père peut donc obtenir la garde de l'enfant naturel

---

33. Île-du-Prince-Édouard, *Family Law Reform Act*, S.P.E.I. 1978, c. 6, art. 17.

34. *Id.*, art. 52; Ontario, *Family Law Reform Act*, S.O. 1978, c. 2, art. 52.

35. Île-du-Prince-Édouard, *Family Law Reform Act*, S.P.E.I. 1978, c. 6, art. 19 (4); Ontario, *Family Law Reform Act*, S.O. 1978, c. 2, art. 18 (4).

36. *The Queen v. Howes*, (1860) 121 E.R. 467.

37. Voir par exemple, *Ontario Infants Act*, R.S.O. 1970, c. 222, art. 2 (1); *Manitoba, Child Welfare Act*, S.M. 1974, c. 30/80, art. 105.

38. *The Child Welfare Act*, 1972, S. Nfld. 1972, no. 37, art. 47; *Re Hudson and Hudson*, (1968) 68 D.L.R. (2d) 191 (N.B.C.A.).

39. *Martin v. Duffell*, (1950) S.C.R. 737.

40. Voir *Re Moores v. Feldstein*, (1973) 3 O.R. 921; voir également F. BATES, "Disputes Over Children between Natural Parents and Foster Parents, A Comparative Study of Recent Developments", (1978) 9 *Man. L.J.* 1, 8.

lorsque l'intérêt de ce dernier le commande, il n'en demeure pas moins que, toutes choses étant égales, la mère est dans une position plus favorable<sup>41</sup>.

Les dispositions discriminatoires dans la législation accordant la garde des enfants naturels à la mère, mais non au père, ont été abolies en Saskatchewan, en Ontario et dans l'Île-du-Prince-Édouard. La mère est encore préférée au Manitoba, en Alberta et dans les Territoires du Nord-Ouest<sup>42</sup>.

Dans les litiges concernant la garde, le principal intéressé, l'enfant, a rarement voix au chapitre. Sa consultation et sa représentation devant le tribunal seront traitées dans la section consacrée au divorce et à la séparation puisque c'est alors que ces problèmes se posent le plus fréquemment.

#### D) Représentation de l'enfant

L'enfant est frappé de certaines incapacités, comme celle de passer un contrat. Il doit donc être représenté par un *guardian*. Ce pouvoir de représentation est normalement exercé par les parents ou encore par une personne nommée par les parents ou par le tribunal.

En common law, le père était le seul *guardian* naturel de l'enfant et avait un pouvoir presque illimité sur lui<sup>43</sup>. Dans toutes les provinces, sauf à Terre-Neuve, en Nouvelle-Écosse et dans les Territoires du Yukon, la législation fait des père et mère les tuteurs conjoints de l'enfant<sup>44</sup>. La mère d'un enfant illégitime est son tuteur naturel.

Néanmoins, le droit de représentation des parents n'entraîne pas nécessairement un pouvoir sur les biens de leurs enfants mineurs. Dans la plupart des provinces, il existe une autorité compétente qui représente les mineurs lorsque leurs intérêts pécuniaires

---

41. Voir par exemple, *Re Logue and Burrell*, (1971) 1 O.R. 255, 15 D.L.R. (3d) 129 (Ont. C.A.); *Wedemire v. Williams*, (1979) 5 R.F.L. (2d) 387 (Ont. H. Ct.).

42. Alberta, *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, c. 113, art. 39; Manitoba, *The Child Welfare Act*, S.M. 1974, c. 30, art. 107 (1); Territoires du Nord-Ouest, *Domestic Relations Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9, art. 28.

43. *Re Agar-Ellis*, (1883) 24 Ch. D. 317 (C.A.).

44. Voir notamment, Alberta, *The Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, c. 113, art. 39; Colombie-Britannique, *Equal Guardianship of Infants Act*, R.S.B.C. 1960, c. 130, art. 5; Île-du-Prince-Édouard, *Children's Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. C-6, art. 80; Manitoba, *Child Welfare Act*, S.M. 1974, c. 30, art. 105; Nouveau-Brunswick, *Loi sur la tutelle des enfants*, R.S.N.B. 1973, c. G-8, art. 2; Ontario, *The Infants Act*, R.S.S. 1966, c. 342, art. 22; Territoires du Nord-Ouest, *Domestic Relations Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. D-9, art. 28.

ont besoin d'être protégés. En Ontario, cette autorité s'appelle le *Official Guardian*<sup>45</sup>. Dans la plupart des cas, lorsqu'il n'y a pas de conflit entre l'intérêt de l'enfant et ceux de ses parents, l'enfant peut être représenté par un *guardian at litem* ou un *next friend*. Même dans ces cas, le tribunal peut demander l'intervention du *Official Guardian*. Celui-ci doit recevoir avis de toute requête pour vendre, donner à bail ou hypothéquer des biens appartenant à un mineur<sup>46</sup>. Si un mineur est poursuivi en partage d'une succession, c'est le *Official Guardian* qui le représente en cour<sup>47</sup> et la liste de ses tâches est encore longue<sup>48</sup>. En pratique, le *Official Guardian* intervient dans toutes les actions qui intéressent les mineurs.

L'administration du tuteur de l'enfant est soumise dans toutes les provinces au contrôle des tribunaux et également à celui de l'administration, par l'intermédiaire du *Official Guardian* qui peut s'appeler dans certaines provinces *Public Trustee*. Le tuteur peut être requis de donner caution s'il doit recevoir des biens au nom de l'enfant<sup>49</sup>. Les devoirs de base d'un tuteur sont d'agir pour l'enfant quand il n'a pas la capacité de le faire, d'ester en justice en demande et en défense, d'administrer les biens de l'enfant, et, éventuellement, d'assumer sa garde et d'assurer son éducation. Une personne peut être nommée tuteur aux biens seulement.

### E) Droits de succession

Dans la plupart des provinces, les enfants succèdent *ab intestat* en concurrence avec le conjoint survivant mais celui-ci a très souvent une part préférentielle ce qui, lorsque la succession n'est pas considérable, peut revenir à exclure l'enfant<sup>50</sup>. Lorsque la valeur de la succession excède le montant de la part préférentielle, le conjoint

---

45. *Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, art. 107 (2).

46. Rules of Practice, R.S.O., Regulation 545, Rule 625.

47. *Id.*, Rule 18 (1) et (3).

48. Voir P.T. GALLIGAN, *Protection and Representation of Minors in Canada* (Common Law), in Travaux du treizième colloque international de droit comparé, Ottawa 1975, Ed. de l'U. d'Ottawa 1978, 277, pp. 284 et s.

49. Par exemple, en Saskatchewan, *The Infants Act*, R.S.S. 1965, c. 342, art. 2 (am. par S.S. 1970, c. 8, art. 30, S.S. 1972, c. 1, art. 44); voir *Re Bean*, (1979) 5 R.F.L. (2d) 281 (Sask. Q.B.).

50. Par exemple, en Ontario, cette part préférentielle est de \$75,000, *The Succession Law Reform Act*, S.O. 1977, c. 40, art. 46; en Nouvelle-Écosse, elle est de \$50,000, *Intestate Succession Act*, R.S.N.S. 1967, c. 153, art. 3 (am. par S.N.S. 1975, c. 61, art. 1).

survivant reçoit la moitié de l'excédent s'il y a un descendant et le tiers s'il y en a plusieurs. Dans toutes les provinces, de common law, les enfants naturels héritent de leur mère et peuvent la représenter. En Alberta<sup>51</sup> et en Saskatchewan<sup>52</sup>, l'enfant illégitime peut hériter de son père dans certaines circonstances. En Alberta, le père doit être décédé *ab intestat* et ne pas laisser de veuve ni de descendant légitime. Dans les deux provinces, le père doit avoir reconnu l'enfant expressément ou tacitement. Ce n'est qu'en Ontario que l'enfant illégitime est mis complètement sur le même pied que les enfants légitimes et *The Succession Law Reform Act* prévoit que le représentant de la succession devra procéder à des recherches raisonnables pour retrouver les descendants naturels du *de cuius*<sup>53</sup>.

Lorsque l'un des héritiers est un enfant, aucune vente de biens immeubles ne peut avoir lieu sans l'approbation du *Official Guardian* ou autre représentant officiel de l'enfant<sup>54</sup>.

Les enfants n'ont pas, dans les provinces anglaises du Canada, de réserve successorale, pas plus qu'au Québec d'ailleurs. Ils peuvent cependant demander que soit prélevée sur la succession de leur père ou de leur mère la provision que le tribunal estime suffisante pour leur subsistance lorsque le testament de leur parent n'assure pas leur entretien normal. Une telle décision peut être rendue si la succession est partiellement *ab intestat*. En Ontario, en Saskatchewan, en Alberta, à Terre-Neuve et dans les Territoires du Nord-Ouest, le même principe s'applique même si la succession est *ab intestat*. La loi donne alors au juge le pouvoir de changer les parts respectives des héritiers<sup>55</sup>.

---

51. Alberta, *The Intestate Succession Act*, R.S.A. 1970, c. 190, art. 16.

52. Saskatchewan, *Intestate Succession Act*, R.S.S. 1965, c. 126, art. 17 (am. par SS. 1973-74, c. 51, art. 1).

53. *Succession Law Reform Act*, S.O. 1977, c. 40, art. 50.

54. Ontario, *Devolution of Estate Act*, R.S.O. 1970, c. 129, art. 22 (2), (3), (6) et (8).

55. Voir, Alberta, *The Family Relief Act*, R.S.A. 1970, c. 134; Colombie-Britannique, *Testator's Family Maintenance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 378; Ile-du-Prince-Édouard, *Dependants of the Deceased Persons Relief Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. D-6; Manitoba, *Testators' Family Maintenance Act*, R.S.M. 1970, c. T-50; Nouveau-Brunswick, *Loi sur l'obligation d'entretien envers la famille du testateur*, R.S.N.B. 1973, c. T-4; Nouvelle-Écosse, *The Family Relief Act*, R.S.N.S. 1967, c. 303; Saskatchewan, *The Dependants' Relief Act*, R.S.S. 1965, c. 128; Terre-Neuve, *The Family Relief Act*, R.S. Nfld. 1970, c. 124; Territoires du Nord-Ouest, *Dependants' Relief Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. D-4; Territoires du Yukon, *Dependants' Relief Ordinance*, R.O.Y.T. 1971, c. D-3.

Les bénéficiaires de cette législation sont, le plus souvent, le conjoint et les enfants qui comprennent les enfants adoptifs et, dans certains cas et sous certaines conditions, les enfants illégitimes<sup>56</sup>. Le montant de la provision et la nature de la décision sont laissés à la discrétion du tribunal qui ordonne que soient prélevées de la succession les sommes raisonnables, suivant les circonstances<sup>57</sup>. Le tribunal peut ordonner le paiement d'une pension, d'un capital, et, souvent, même le transfert de la propriété d'un bien.

Le *Projet de Code civil du Québec* propose une créance alimentaire analogue<sup>58</sup>.

## II- LES DROITS DE L'ENFANT EN CAS DE DIVORCE OU DE SÉPARATION DE SES PARENTS

L'intérêt de l'enfant est la condition prédominante dans les décisions qui concernent sa garde et son entretien<sup>59</sup>. La notion même de cet intérêt et ses composantes pourrait faire l'objet d'une étude séparée. Une abondante jurisprudence a dégagé différents éléments qui doivent être pris en considération dans la recherche de l'intérêt de l'enfant tels que la mésentente des parents, leur santé mentale et physique, leurs ressources financières, l'âge de l'enfant, sa santé, la présence de ses frères et soeurs et ses préférences personnelles<sup>60</sup>.

---

56. En Ontario, les enfants naturels sont évidemment compris parmi les bénéficiaires de cette législation en vertu du *Succession Law Reform Act*, S.O. 1977, c. 40, art. 56. Dans les autres provinces la législation varie grandement. Ainsi, en Alberta, l'enfant naturel a une créance alimentaire vis-à-vis la succession de sa mère mais il n'en a une vis-à-vis de la succession de son père que si le défunt a reconnu sa paternité ou a été déclaré père en vertu du *Maintenance and Recovery Act* (voir *The Family Relief Act*, R.S.A. 1970, c. 134, art. 2 (b)); à Terre-Neuve, seuls les enfants légitimes ont une créance alimentaire (*Family Relief Act*, R.S. Nfld. 1970, c. 124, art. 2) tandis que dans l'Île-du-Prince-Édouard, le mot "enfant" désigne tant les enfants naturels que légitimes (*Dependants of the Deceased Person's Relief Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. D-6, art. 1 (a)).

57. Voir, par exemple, *Walker v. McDermott*, (1931) S.C.R. 94, 1 D.L.R. 662.

58. *Op. cit.*, Livre III, *Des Successions*, art. 79 et s.

59. *McKee v. McKee*, (1951) 2 D.L.R. 657 (P.C.), 666.

60. Pour un relevé de cette jurisprudence, voir *Canadian Family Law Guide*, vol. I, CCH Canadian Ltd., no 4035 et s. Voir également la définition du meilleur intérêt de l'enfant dans le nouveau *Child Welfare Act* de l'Ontario, adopté le 12 décembre 1978, (Bill 114), art. 1 (b). Au Québec, voir C. BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence*, publication de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1978.

Nous nous attarderons davantage ici à l'expression des droits de l'intéressé et aux modes de défense de son intérêt, c'est-à-dire la représentation et la consultation de l'enfant.

### A) La représentation de l'enfant

"En général, lorsque l'intérêt de l'enfant est débattu en cour, cet enfant et ses intérêts ne sont représentés à aucun stade de la procédure judiciaire"<sup>61</sup>. Il n'est pas étonnant, dans ce cas, que la Commission royale sur le droit de la famille et de l'enfant de la Colombie-Britannique compare le statut légal d'un mineur qui est l'objet d'une dispute quant à sa garde à celui d'une chose<sup>62</sup>.

Malgré ces déclarations pessimistes, il faut reconnaître que l'idée fait lentement son chemin même si les possibilités existant dans la législation actuelle ne sont pas toujours exploitées comme elles peuvent l'être<sup>63</sup>. Ainsi, en Colombie-Britannique, le nouveau *Family Relations Act*<sup>64</sup> prévoit que le ministre de la justice peut nommer un "*Family Advocate*" qui doit être un membre du Barreau de la Colombie-Britannique. Ce protecteur de l'enfance pourra participer à tout litige traitant de l'adoption d'un enfant, sa représentation, sa garde, ses droits aux aliments ou sa délinquance. Il faut noter que cette assistance n'est pas obligatoire.

Dans certaines provinces, le *Official Guardian* peut être appelé par les tribunaux pour assumer le rôle de représentant de l'enfant<sup>65</sup>. En Ontario, dans l'affaire *Reid*<sup>66</sup>, M. le juge Galligan, un des meilleurs champions des droits de l'enfant, a nommé le *Official Guardian* comme conseiller indépendant pour les enfants. D'après lui, la législation ontarienne permet une telle nomination puisque *The Judicature Act*<sup>67</sup> prévoit que "le *Official Guardian* sera le *guardian*

61. P.T. GALLIGAN, *op. cit.*, note 48, 288. Notre traduction.

62. "Fifth Report of the Royal Commission on Family and Children's Law", Part III, *Children's Rights*, *op. cit.*, note 1, 3.

63. B.M. DICKENS, *Representing the Child in the Courts in The Child and the Courts*, edited by I.F.G. Baxter and E.M.A. Eberts, Toronto, Carswell 1978, 273, p. 278.

64. *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, c. 20, art. 2. Cette disposition reprend l'art. 8 du *Unified Family Court Act*, S.B.C. 1974, c. 99 que le *Family Relations Act* a abrogé lors de son entrée en vigueur.

65. Voir l'interprétation donnée par le juge Bayda à l'art. 31 du *Infants Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, c. 342 dans l'affaire *McKercker v. McKercker*, (1974) 15 R.F.L. 39 (Sask. Q.B.).

66. *Reid*, (1977) 25 R.F.L. 209 (Ont. Sup. Ct. Div. Ct.)

67. *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228, art. 107 (2).

*ad litem* ou le *next friend* des enfants et d'autres personnes en conformité avec toute loi ou toute règle ou encore en conformité avec toute décision d'un tribunal ou d'un juge". M. le juge Galligan donne au *Official Guardian* le droit de:

1. faire toute investigation nécessaire au sujet des circonstances pertinentes aux meilleurs intérêts de l'enfant;
2. demander la production de toute preuve en vertu des règles de procédure;
3. comparaître et de participer aux procédures y compris le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins, de produire des preuves et des allégations à la cour;
4. recourir à toute procédure qu'il juge appropriée<sup>68</sup>.

Ce faisant, le juge se conforme aux vœux de la Commission de réforme du droit du Canada qui recommande que l'enfant ait un représentant indépendant dont elle décrit le rôle comme suit<sup>69</sup>:

"L'avocat de l'enfant ne devrait pas relever du tribunal. Il devrait participer pleinement à toute démarche concernant l'enfant et devrait avoir les mêmes droits et privilèges que les avocats représentant les parties adultes. Il devrait être en mesure d'assigner et de contre-interroger des témoins, et, chose encore plus importante, il devrait avoir directement accès aux services d'enquête du tribunal afin d'obtenir toute preuve pertinente au litige."

Néanmoins, malgré quelques jugements de pointe<sup>70</sup>, il faut bien admettre que la position la plus courante est celle prise par la Cour d'appel du Manitoba suivant laquelle, s'il peut arriver qu'il soit désirable que des enfants bénéficient d'une représentation indépendante, ces cas sont extrêmement rares<sup>71</sup>. Parfois même, cette repré-

68. Notre traduction. Il faut noter que dans l'affaire *Helmes*, la *Divisional Court* de l'Ontario renversa un jugement de la Cour familiale nommant le *Official Guardian* pour représenter l'enfant (1976) 13 O.R. (2d) 4. Toutefois, la décision de la Cour familiale ne se fondait pas sur le *Judicature Act* mais bien sur le *Child Welfare Act* qui ne lui donnait pas ce pouvoir; (le nouveau texte de cette loi, adoptée en décembre 1978 (*supra*, note 60) permet la représentation (art. 20); voir D.M. STEINBERG, *Representation of Children in Matrimonial Disputes*, in *The Child and the Court*, *op. cit.*, note 63, 95, 98.

69. Commission de Réforme du droit du Canada, *Le Tribunal de la famille*, Document de travail no 1, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 42.

70. Voir aussi *Currie v. Currie*, (1975) 18 R.F.L. 47 (Alta S.C.), (le juge nomme un "*amicus curiae*" pour représenter les intérêts de l'enfant); *Johnston v. Johnston*, (1976) 20 R.F.L. 211 (Sask. Q.B.), (un enfant est représenté par son propre avocat); *Re Dadswell*, (1977) 27 R.F.L. 214 (Ont. Prov. Ct. Fam. Div.) (le juge se fonde sur *Reid v. Reid*, (1977) 25 R.F.L. 209 (Ont. Sup. Ct. Div. Ct.)).

71. *J. v. J.*, (1979) 4 R.F.L. (2d) 157 (Man. Q.B.).

sensation est jugée néfaste; par exemple, lorsqu'un des parents retient les services d'un avocat pour défendre les enfants et que cet avocat recommande, comme par hasard, que la garde soit confiée à ce parent<sup>72</sup>. Étant donné les circonstances particulières, la recommandation du représentant des enfants peut avoir l'effet inverse à celui attendu.

Il semble toutefois qu'il s'agisse de cas isolés et que la majorité des recommandations aillent dans le sens de la représentation indépendante de l'enfant dont l'opportunité a d'ailleurs été reconnue par la Cour d'appel de l'Ontario<sup>73</sup>. Telle est notamment la position des Commissions de réforme du droit de l'Ontario<sup>74</sup> et du droit du Canada<sup>75</sup> ainsi que de l'Office de révision du Code civil du Québec<sup>76</sup>. Le *Projet de Code civil du Québec* s'est fermement engagé dans cette direction puisqu'il contient la proposition suivante:

"le tribunal doit, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, désigner un avocat pour le représenter dans une procédure.

Toute personne intéressée, y compris les membres des services auxiliaires du tribunal, peut demander la désignation d'un avocat."<sup>77</sup>

Cette disposition conserve une certaine souplesse puisque le juge peut le faire mais n'y est pas obligé. On pourrait craindre en effet, que la représentation des enfants dans tous les cas puisse devenir un mécanisme très lourd.

Elle peut cependant être nécessaire lors même que les parents sont d'accord en ce qui concerne la garde et l'obligation alimentaire. Il arrive en effet que des parents s'entendent aux dépens des intérêts de l'enfant et que l'épouse, par esprit d'indépendance, renonce à demander des aliments au nom d'un enfant qu'elle croit pouvoir élever seule. M. le juge Galligan s'est élevé contre cette attitude parce qu'il estime qu'elle prive l'enfant de ses droits et libère avec un peu de légèreté le père de ses responsabilités. C'est ainsi que dans l'affaire *Hansford*<sup>78</sup>, il a refusé de tenir compte d'un tel accord et a obligé le

---

72. *Rowe v. Rowe*, (1976) 26 R.F.L. 91 (Ont. Sup. Ct.).

73. *More v. Primeau*, (1978) 2 R.F.L. (2d) 254.

74. Ontario Law Reform Commission, Report on Family Law, Part III, *Children*, op. cit., p. 124.

75. *Le Tribunal de la famille*, op. cit., note 69.

76. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le tribunal de la famille*, XXVII, Montréal 1975, pp. 147 et s.

77. *Projet de Code civil*, op. cit., Livre I, *Des Personnes*, art. 27.

78. *Hansford v. Hansford*, (1973) 1 O.R. 116.



père à verser une pension alimentaire à la cour au bénéfice de l'enfant. L'obligation de faire les paiements au tribunal lui-même permettait une exécution forcée à laquelle la mère aurait probablement renoncé<sup>79</sup>.

### B) Consultation de l'enfant

Il est généralement admis que les préférences des enfants qui ont atteint un certain âge peuvent être prises en considération par le tribunal. Dans l'affaire *Shapiro*<sup>80</sup>, M. le juge Davey de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique déclara: "Je ne conçois pas, dans des circonstances ordinaires, pourquoi les désirs d'une jeune fille de 15 ans qui, sans que cela ne résulte nécessairement de la faute de sa mère désire ne plus vivre avec elle, seraient ignorés par le tribunal. Dans d'autres circonstances qui ne sont pas présentes ici, le résultat pourrait être différent. Le refus absolu d'un adolescent de vivre avec un des parents peut d'ailleurs rendre toute exécution forcée pratiquement impossible"<sup>81</sup>. Cela ne veut nullement dire que les désirs de l'enfant soient toujours raisonnables ni que le juge en tienne toujours compte<sup>82</sup>. Il arrive aussi, hélas, que malgré le désir exprès de l'enfant de vivre avec l'un de ses parents, celui-ci, pas plus que l'autre, ne soit à même d'offrir à l'enfant un foyer convenable<sup>83</sup>. En général, les désirs des enfants en bas âge sont beaucoup plus rarement pris en considération car le jeune enfant est particulièrement influençable<sup>84</sup>.

Lorsque les juges se préoccupent de recueillir les désirs de l'enfant, ils l'interviewent le plus souvent en chambre. On discerne d'ailleurs un souci de ne pas laisser les commentaires des enfants remplacer la recherche par le juge de leur meilleur intérêt<sup>85</sup>.

79. P.T. GALLIGAN, "Protection of Children in Family Disputes", (1973) 21 *Chitty's L.J.* 145.

80. *Shapiro v. Shapiro*, (1973) 33 D.L.R. (3d) 764 (B.C.C.A.).

81. Notre traduction; voir également comme exemples de prise en considération des désirs de l'enfant, *Johnston v. Johnston*, (1976) 20 R.F.L. 211 (Sask. Q.B.), *Currie v. Currie*, (1975) 18 R.F.L. 47 (Alta S.C.), *Dominix v. Dominix*, (1974) 7 N.S.R. (2d) 270 (N.S.S.C.); *H. v. H.*, (1977) 71 D.L.R. (3d) 161 (Ont. H.C.); *Robb v. Robb*, (1978) 27 N.S.R. (2d) 14 (N.S. Sup. Ct.), *Dupuis v. Dupuis*, (1978) 25 N.S.R. (2d) 444 (N.S. Sup. Ct. App. Div.).

82. *O'Neil v. O'Neil*, (1973) 4 N.S.R. (2d) 640 (N.S.C.C.).

83. *Doey v. Doey*, (1978) 3 R.F.L. (2d) 38 (B.C. Sup. Ct.).

84. *Knowles v. Knowles*, (1978) 2 R.F.L. (2d) 396 (B.C. Sup. Ct.).

85. *Saxon v. Saxon*, (1974) 17 R.F.L. 257 (B.C.S.C.); *Allan v. Allan*, (1959) 16 D.L.R. (2d) 172 (B.C.C.A.).

Le *Projet de Code civil* est également favorable à la consultation de l'enfant par le juge puisqu'il recommande que:

"dans toute décision judiciaire affectant l'intérêt d'un enfant, le juge doit consulter ce dernier, s'il est doué de discernement, à moins que les circonstances ne s'y prêtent pas"<sup>86</sup>.

Pourtant, tous les auteurs ne sont pas d'accord sur l'avantage de faire interroger l'enfant privément par le juge car, suivant certains, l'objectivité du juge peut être influencée. Les juges sont d'ailleurs loin d'être unanimes sur la nécessité de consulter l'enfant. Certains d'entre eux y sont même opposés car ils pensent que l'enfant sera nécessairement influencé par le parent qui en a la garde au moment de l'instance<sup>87</sup>. Certains auteurs préfèrent que les représentations des enfants soient faites par l'intermédiaire de leur représentant<sup>88</sup>. D'autres voudraient voir ces représentations aller plus loin que le problème limité de la garde et aimeraient que l'enfant ou son représentant puisse faire des représentations destinées à amener les parents à se soumettre à des procédures de conciliation puisque, le plus souvent, l'enfant ne désire pas tellement choisir entre son père et sa mère mais préférerait pouvoir continuer à vivre avec les deux à la fois<sup>89</sup>. Il s'agit là de vœux qui sont encore très loin de la réalité. Pour résumer, l'on peut dire que la consultation de l'enfant est fréquente mais pas obligatoire si l'enfant est un adolescent d'un certain âge.

L'évaluation de l'intérêt de l'enfant est également la considération principale pour fixer les droits de visite du parent qui n'a pas la garde. L'équilibre est parfois difficile à garder entre la nécessité d'encourager une relation saine entre l'enfant et son père ou sa mère et les désirs de cet enfant qui peuvent être fortement opposés au droit de visite. Les tribunaux ont pu décider ainsi de droits de visite limités et supervisés<sup>90</sup>. Parfois, néanmoins, les désirs de l'enfant

---

86. *Op. cit.*, Livre I, *Des Personnes*, art. 26.

87. A. BRADBROOK, "An Empirical Study of the Attitudes of the Judges of the Supreme Court of Ontario Regarding the Workings of the Present Child Custody Adjudication Law", (1971) 49 *Can. Bar Rev.* 557, 559; voir également, J. WILSON, *Children and the Law*, Toronto, Butterworth, 1978, p. 27.

88. Notamment, B. CHISHOLM, "Obtaining and Weighing the Children's Wishes; Private Interviews with a Judge or Assessment by an Expert and Report", (1976) 23 *R.F.L.* 1, 12.

89. D.M. STEINBERG, "Children's Rights", (1974) 22 *Chitty's L.J.* 238, 241.

90. *Sadowski v. Sadowski*, (1975) 25 *R.F.L.* 240 (Ont. H. Ct.); *Tassou v. Tassou*, (1975) 23 *R.F.L.* 351 (Alta. Sup. Ct.).

d'éviter le parent sont pris en considération et les droits de visite sont tout simplement refusés<sup>91</sup>. Il s'agit en général d'adolescents dont le refus répété rendrait de toute manière l'exercice des droits de visite difficile. À part ces cas extrêmes, les droits de visite sont en général considérés comme indispensables pour que l'enfant puisse normalement s'identifier avec ses deux parents<sup>92</sup>. Par contre, si l'influence du parent qui n'a pas la garde est néfaste pour l'enfant les droits de visite peuvent être supprimés<sup>93</sup>.

### III- ADOPTION

Le problème des droits de l'enfant en matière d'adoption est rendu d'autant plus aigu que l'adoption fait entrer l'enfant dans la famille de l'adoptant et enlève tout droit à la famille d'origine. Dans la plupart des provinces, en effet, l'adoption fait de l'enfant à tous égards et à l'égard de tous l'enfant de la famille adoptive en brisant tout lien avec la famille par le sang. Au Nouveau-Brunswick et à Terre-Neuve, par contre, l'adoption enlève des droits et des obligations à la famille par le sang pour les faire passer à la famille adoptive<sup>94</sup>.

Dans toutes les législations provinciales<sup>95</sup>, le droit de garde et l'autorité parentale passent à l'adoptant, soit en vertu de la dispo-

91. *C.G.H. v. A.B.H.*, (1978) 22 N.S.R. (2d) 67 (N.S. Sup. Ct.).

92. *Re Milsom*, (1973) 11 R.F.L. 250 (B.C. Sup. Ct.); *McCann v. McCann*, (1974) 52 D.L.R. (3d) 318 (N.S.C.A.); *Martiniuk v. Martiniuk*, (1978) 2 R.F.L. (2d) 39 (Sask. Q.B.).

93. *Re Sharp*, (1962) 36 D.L.R. (2d) 328 (B.C.C.A.), *Stroud v. Stroud*, (1975) 4 O.R. (2d) 567 (Ont. H. Ct.).

94. *Loi sur l'adoption*, R.S.N.B. 1973, c. A-3, art. 33 (2):

"Une personne adoptée se trouve, par rapport aux descendants légitimes du parent adoptif mais non par rapport aux autres parents par le sang de ce dernier, dans la même situation que si elle était née du mariage légitime de ce parent adoptif."

Voir aussi Terre-Neuve, *Adoption of Children Act*, S. Nfld. 1972, no 36, art. 21.

95. Alberta, *The Child Welfare Act*, R.S.A. 1970, c. 45 (partie III); Colombie-Britannique, *Adoption Act*, R.S.B.C. 1960, c. 4; Ile-du-Prince-Édouard, *Adoption Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. A-1; Manitoba, *The Child Welfare Act*, S.M. 1974, c. 30/c. 80 (partie IV); Nouveau-Brunswick, *Loi sur l'adoption*, R.S.N.B. 1973, c. A-3; Nouvelle-Écosse, *Children's Services Act*, S.N.S. 1976, c. 8; Ontario, *The Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64 (partie IV). (Cette loi a été révisée en 1978 mais le nouveau texte n'est pas encore entré en vigueur, *Child Welfare Act*, 1978, Bill 114) Saskatchewan, *Family Services Act*, S.S. 1973, c. 38; Terre-Neuve, *The Adoption of Children Act*, S. Nfld. 1972, c. 36; Territoires du Nord-Ouest, *Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-3 (partie IV); Territoires du Yukon, *Child Welfare Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. C-4 (partie IV).

sition générale qui fait de l'adopté l'enfant légitime de l'adoptant, soit en vertu d'une disposition spécifique. L'obligation alimentaire vis-à-vis de l'enfant est transférée des parents naturels aux parents adoptifs. L'enfant cesse également de devoir des aliments à ses parents biologiques.

Toutes les législations canadiennes permettent un changement de nom de famille au moment de l'adoption bien qu'aucune d'elles n'oblige l'adopté à prendre automatiquement le nom de l'adoptant.

Il est généralement admis que les droits de visite des parents biologiques cessent avec l'adoption<sup>96</sup> bien qu'ils aient parfois été maintenus<sup>97</sup>.

Les problèmes soulevés par ces situations sont particulièrement épineux. On peut se demander, en effet, dans des cas où il s'agit de l'adoption par le second conjoint du parent qui a la garde si c'est vraiment dans l'intérêt de l'enfant de couper toute relation avec un parent naturel que l'enfant connaît et avec lequel il a un lien réel. Est-il dans l'intérêt de l'enfant d'appliquer la législation de façon rigide en considérant que l'adoption est nécessairement incompatible avec les droits de visite. Un auteur se demande s'il serait possible qu'un enfant âgé de 12 ans et plus puisse en donnant son consentement à l'adoption y mettre la condition que l'autre parent puisse avoir des droits de visite<sup>98</sup>.

Le *Projet de Code civil du Québec* suggère que le tribunal puisse dans les cas d'adoption par le conjoint du père ou de la mère de l'enfant accorder des droits de visite aux membres de la famille d'origine si une telle mesure lui paraît favorable à l'intérêt de l'enfant<sup>99</sup>.

C'est souvent à cause de ce problème que la représentation de l'enfant et sa consultation revêtent une certaine importance. Dans toutes les provinces, il est prévu que l'enfant doit être consulté et donner son consentement à l'adoption, du moins à partir d'un

---

96. *Re Adoption*, n. 080360681 & 66-240360, (1972) 6 R.F.L. 283 (British Columbia Sup. Ct.); voir aussi *Re De Montigny's Petition*, (1962) 40 W.W.R. 160 (British Columbia Sup. Ct.). Pour une interprétation flexible, *Lyttle v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, (1976) 24 R.F.L. 134 (Ont. Sup. Ct.).

97. *Smith v. Koch*, (1976) 24 R.F.L. 155 (Alta. Sup. Ct.); *North v. North*, (1978) 89 D.L.R. 714 (B.C. Sup. Ct.); voir J. WILSON, *op. cit.*, note 87, 44 et s.

98. T.S. DALEY, "Adoption and Access: Recent Developments", (1976) 23 R.F.L. 257, 261.

99. *Projet de Code civil*, Livre II, *De la famille*, *op. cit.*, note 9, art. 237.

certain âge<sup>100</sup>. Le tribunal a le droit de ne pas demander de consentement lorsqu'il l'estime plus approprié<sup>101</sup> ce qui permet plus de flexibilité dans la procédure lorsque l'enfant considère ses parents adoptifs comme ses vrais parents ou est trop jeune pour comprendre la portée de la décision<sup>102</sup>.

En Ontario, *The Child Welfare Act*, donne au tribunal le pouvoir, mais non le devoir, de nommer à l'enfant un *guardian ad litem* pour protéger ses intérêts pendant la procédure d'adoption<sup>103</sup>. Une telle disposition ne semble pas exister dans les autres provinces. Toutes les législations exigent qu'une enquête soit faite concernant le foyer adoptif<sup>104</sup> et que le Directeur du service d'aide à l'enfance soit consulté, ce qui peut être considéré comme une prise en considération des intérêts de l'enfant. Il ne semble pas toutefois qu'on puisse affirmer que l'intervention de l'un ou l'autre des services de protection de l'enfance équivale à sa représentation personnelle<sup>105</sup>.

## CONCLUSION

Au terme de ce bref tour d'horizon, on peut conclure que l'enfant est encore loin d'être traité comme une personne à part entière par le droit mais que le souci du respect de ses droits s'éveille peu à peu et commence à se frayer lentement un chemin dans les législations et dans les décisions judiciaires.

En particulier, il est permis d'espérer que sous l'influence de la réforme ontarienne et de l'oeuvre de la Conférence pour l'uniformisation de la législation au Canada, les enfants naturels aient, dans un avenir assez proche, les mêmes droits que les enfants légit-

---

100. Cet âge est de 14 ans en Alberta, de 12 ans en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, au Manitoba, en Saskatchewan et à Terre-Neuve, de 7 ans en Ontario.

101. Voir par exemple, Ontario, *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, art. 73 (4); Alberta, *Child Welfare Act*, R.S.A. 1970, c. 45, art. 55 (3).

102. Voir M.E. HUGHES, *Adoption in Canada*, in *Studies in Canadian Family Law*, ed. par D. Mendes da Costa, vol. I, Toronto, Butterworth, 1972, 103, p. 118; *Re R; Re Adoption*, No. 62-09-004016, (1979) 1 W.W.R. 496 (B.C. Sup. Ct.). (Il s'agit dans ce cas d'un enfant de 16 ans qui ignore l'existence de son vrai père et est persuadé que le second mari de sa mère est son père).

103. *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, art. 70 (4); ce pouvoir discrétionnaire est repris dans le texte révisé de cette loi qui a été adoptée le 12 décembre 1978 (Bill 114, an Act to revise the *Child Welfare Act*, art. 20 qui n'est pas encore en vigueur).

104. Notamment, Alberta, *Child Welfare Act*, R.S.A. 1970, c. 45, art. 50 (2); Nouveau-Brunswick, *Loi de l'adoption*, R.S.N.B. 1973, c. A-3, art. 12.

105. Voir B.M. DICKENS, *op. cit.*, note 63, 273, 284.

mes. L'arrêt récent de la Cour suprême dans l'affaire *Brule v. Plummer*<sup>106</sup> semble indiquer que la signification biologique du mot "enfant" dans les textes de lois doit emporter sur l'interprétation restrictive d'"enfant légitime", encore qu'il s'agisse d'une décision prise à la majorité de quatre contre trois.

En outre, l'idée que l'enfant doit être consulté et représenté dans toutes les procédures qui le concernent gagne lentement du terrain. Les modalités de la représentation doivent toutefois faire encore l'objet d'études approfondies car il est évident qu'il existe un danger d'une représentation automatique et bureaucratique qui rendraient les procédures de divorce et de séparation inutilement lourdes dans bien des cas.

---

106. Jugement prononcé le 23 janvier 1979, non encore publié.