

PROTECTION DE L'ENFANT EN DROIT DE LA FAMILLE

par Jean MARQUIS*

Dans le cadre de la protection accordée par nos lois à l'enfant, nous avons choisi de ne traiter que de la protection de sa personne en droit de la famille.

Le problème social est de taille. Il y a environ 2 millions d'enfants dans la province de Québec. De ce nombre, 30 à 40,000 tombent sous la *Loi de la protection de la jeunesse*¹, soit 1½% environ; quant au placement des enfants, garde, etc, le nombre dépasse de beaucoup 7%².

En 1975, 18,000 enfants étaient affectés par le divorce et de 1969 à 1975, près de 70,000 enfants ont été affectés par le divorce de leurs parents, soit un rythme d'environ 20,000 enfants par année. Ces chiffres ne tiennent pas compte des enfants impliqués dans les séparations de corps ou de fait de leurs parents suivant les dispositions de l'article 827 du Code de procédure civile³.

Ces quelques données statistiques établissent l'ampleur du phénomène social que l'on connaît chez nous depuis les dix dernières années, suite à une dislocation rapide de la famille. Tous ces enfants ainsi affectés par la rupture de la cellule familiale ont besoin de la protection de la Cour, bien que dans leur grande majorité, ils ne tombent pas sous le coup de la *Loi de la protection de la jeunesse*; leur protection n'en requiert pas moins une attention toute particulière des tribunaux.

Les problèmes juridiques engendrés par les situations de fait les plus diverses offrent, il va sans dire, un champ très vaste à l'activité des tribunaux.

* Juge à la Cour supérieure, district de Montréal.

1. *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220.

2. E. DELEURY et al., "La protection de la jeunesse", (1978) 19 C. de D. 508.

3. Laurent ROY, *Le divorce au Québec, Évolution récente*, Publication du Gouvernement du Québec, Ministère des Affaires Sociales, mars 1978, p. 35.

Notre Code civil reconnaît à l'enfant le droit d'exiger de ses parents qu'ils le nourrissent, l'entretiennent et l'élèvent⁴. Ceci est également vrai pour l'enfant adoptif⁵.

Pour l'enfant né hors la famille légitime, le Code civil a créé l'obligation alimentaire à l'égard des parents et des enfants naturels. Cette obligation qui est limitée au premier degré est subordonnée à la reconnaissance de l'enfant naturel⁶.

L'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoit:

"Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu"⁷.

Le tribunal ne sera appelé à statuer sur la garde d'un enfant que lorsque ses parents sont engagés dans une procédure de divorce, de séparation de corps ou d'une demande formulée en vertu de l'article 827 du Code de procédure civile.

Dans notre droit, l'enfant, jusqu'à sa majorité, est soumis à l'autorité parentale conjointe de ses parents⁸. La garde de cet enfant est d'ailleurs un attribut de l'autorité parentale et comme tel, un accessoire aux litiges principaux mus entre les parents⁹.

Comment dans un tel cadre juridique assurer la protection des droits de l'enfant et lui fournir le secours et l'appui dont il a besoin alors que sa famille se défait?

C'est sous ce qui est maintenant connu comme étant l'intérêt de l'enfant que la jurisprudence a développé l'idée de protection de l'enfant et décidé en conséquence au cours des ans.

Assez curieusement, c'est à l'occasion d'une procédure en *habeas corpus* que dans un jugement du 19 juillet 1902, le juge Fortin écrivait:

"L'intérêt et le bien-être de l'enfant doivent servir de guide au tribunal pour déterminer quelle personne doit en avoir la garde"¹⁰.

4. Art. 165 C.c.

5. *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, art. 38; D. GERVAIS, "De l'indexation des pensions alimentaires", (1978) *C. de D.* 783.

6. Arts 240 et 241 C.c.; *Boisvert v. Mercier*, (1942) 48 R.J. 178; *Boisvert v. Carrier*, (1964) C.S. 552.

7. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6, art. 39.

8. Arts 243 et 244 C.c.

9. *Cheyne v. Cheyne*, (1977) C.A. 319.

10. FORTIN, "*Bleau c. Petit*", 6 R.P. 353.

Le terme même d'intérêt de l'enfant n'apparaît au Code civil qu'en 1977 lors des amendements apportés au chapitre de l'autorité parentale qui remplaçait celui de la puissance paternelle. Et ici encore, il semble bien que cet amendement n'en soit un que de concordance avec la *Loi de la protection de la jeunesse* et adopté en corrélation avec les dispositions de cette loi de façon à rendre la question cohérente¹¹.

Comme le rappelait l'honorable juge Jean Beetz de la Cour suprême du Canada lors du discours inaugural prononcé en juillet 1978 au dixième Congrès international des magistrats de la jeunesse, la portée réelle de cette notion de l'intérêt de l'enfant ne va pas sans limitation:

“Alors que l'on dit que l'intérêt de l'enfant doit primer, les lois relatives au divorce et à la séparation judiciaire sont telles que la question de l'intérêt de l'enfant ne surgit qu'au moment où l'unité familiale se désintègre et que l'enfant a été privé de son environnement normal. L'intérêt de l'enfant à la continuation de la famille n'est pas reconnu et ne peut légalement être pris en considération dans la décision qui importe; en pratique, l'intérêt supérieur de l'enfant vient bien après que les adultes ont pris soin de leurs propres intérêts égoïstes.”

S'il arrive, en pratique, que le problème des enfants soit l'objet d'un litige majeur entre les parents, il n'en demeure pas moins que la garde est toujours accessoire au litige principal existant entre eux.

Dans ce cadre juridique, comment assurer la protection de l'enfant, comment en arriver à ce que ses besoins d'ordres affectif et matériel soient le mieux satisfaits; ou ce qui correspondrait sans doute mieux à la réalité, quelle décision sera la moins traumatisante pour l'enfant?

Au plan matériel, il faut s'assurer que l'enfant puisse recevoir de ses parents les aliments qui lui permettent de vivre. Comme ceux-ci doivent être accordés dans la proportion du besoin de celui qui réclame, des facultés de celui qui les doit et que les deux parents sont tenus également envers leur enfant à cet égard, le problème se résoud généralement en une solution arithmétique relativement simple. Dans de trop nombreux cas, hélas, il faut bien admettre que les enfants placés dans une telle situation auront peine à recevoir de leurs parents le minimum vital et qu'ils devront pour un temps du moins recourir aux divers services d'aide sociale gouvernementaux¹².

11. E. DELEURY et al., *loc. cit.*, *supra*, note 1, 515.

12. Arts 166, et 169 C.c.

C'est surtout autour de la question de garde que s'est développée la notion de l'intérêt de l'enfant; c'est d'ailleurs la garde qu'il faut davantage considérer. Dans l'attribution de la pension, les parents qui doivent contribuer ne font que nourrir ou entretenir leurs enfants. Ils ont quand même, à l'égard de ceux-ci, l'obligation de les éduquer. Fournir une pension hebdomadaire ou mensuelle et se croire libéré de ses obligations à l'égard de l'enfant est chose assez facile. Il est beaucoup plus engageant d'assumer vraiment cette obligation en partageant le vécu quotidien de cet enfant en lui procurant les soins, l'attention, la protection dont il a besoin et auxquels il a droit, dans le respect de sa personnalité.

C'est ainsi qu'en l'absence de règles précises à notre Code civil les tribunaux en sont venus à déterminer les critères dont il doit être tenu compte quand il s'agit d'attribuer la garde d'un enfant dans son meilleur intérêt:

"Due consideration is of course to be given in all cases to the father's wishes but if the Court is satisfied in any case upon a consideration of all the facts and circumstances as shown by the evidence that the father's wishes conflict with the child's own best interest emotional and intellectual as well as religious then, the father's wishes most yield to the welfare of the child. It is not a question of the father having forfeited his parental rights by serious misconduct and it is therefore not necessary, in order to justify the Court in ignoring the father or the mother's wishes, that any such a serious misconduct should be proven, it is solely a question of what it is the child's best interest"¹³.

L'article 25 du *Projet de Code civil* qui consacre le principe que l'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante de toute décision qui le concerne ajoute qu'on doit tenir compte notamment de l'âge, du sexe, de la religion, de la langue, du caractère de l'enfant, de son milieu familial et des autres circonstances dans lesquelles il se trouve¹⁴.

Même si le texte proposé devenait réalité, il ne s'ensuit pas nécessairement que les problèmes seront plus facilement réglés en cette matière. Rappelons ce que disait le Comité du *Rapport sur la famille* lorsqu'il présenta son projet où le texte est sensiblement le même que celui retenu par le *Projet de Code civil*:

"Le Comité est conscient du fait que le présent projet représente seulement un moment dans l'évolution continue du droit familial. Il

13. *Dame Laurier v. Jackson*, (1934) 1 D.L.R. 790; *McDonald v. McDonald*, (1954) 1 D.L.R. 422.

14. *Projet de Code civil*, Office de Révision du Code civil, Livre Premier, DES PERSONNES, Titre Deuxième, chapitre II, art 25.

ne prétend nullement régler les problèmes qui pourront se poser dans un, dix ou vingt ans mais il se borne à suggérer une solution qu'il espère acceptable par la majorité, aux problèmes d'aujourd'hui"¹⁵.

Voyons rapidement comment dans la pratique les tribunaux ont exercé leurs pouvoirs concernant la garde de l'enfant dans son meilleur intérêt.

A) Les conventions relatives à la garde

Si les parents ont réussi à s'entendre sur la garde de l'enfant, n'y a-t-il pas lieu de présumer qu'ils l'ont fait dans le meilleur intérêt de l'enfant? Le litige est entre eux et non à l'égard des enfants et ce sont eux qui connaissent le mieux leurs enfants.

"Les parents, même en état de crise, sont généralement soucieux du bien-être de leurs enfants"¹⁶.

Le tribunal n'étant pas lié par la convention des parties, même en matière de garde, si une anomalie lui est signalée ou s'il peut en prendre connaissance d'office à la lecture des documents, il pourra toujours demander une enquête lui permettant de déterminer qui est le mieux qualifié pour obtenir la garde de l'enfant.

B) Les parents psychologiques

Cette notion empruntée au vocabulaire du Tribunal de la Jeunesse est quand même utilisée en matière du droit de la famille, sinon dans ses termes mêmes, du moins dans son esprit. Il arrive fréquemment que le tribunal confie la garde de l'enfant à ceux qui agissent comme parents, même s'ils n'en sont point les parents biologiques.

"Les liens du sang entre mère et enfant, quoique très forts, ne lui donnent cependant pas une priorité absolue face à des personnes qui ont élevé un enfant depuis sa tendre enfance et qui a aujourd'hui atteint un âge assez avancé pour exercer un choix qui pourrait être considéré judicieux. La jurisprudence a de plus sanctionné le principe que l'autorité parentale doit céder devant l'intérêt de l'enfant"¹⁷.

15. *Rapport sur la famille*, Office de Révision du Code civil, vol. XXVI, Montréal, 1974 (1ère PARTIE), p. 5.

16. Annexe "C", Mémoire du Barreau au Comité parlementaire du droit de la famille, février 1979.

17. *Lucille Goyer-Desfossés v. Ermine Goyer et Yves St-Germain*, C.S. Montréal, no 500-05-014426-785, 15 décembre 1978; *Stevenson v. Florent*, (1925) S.C.R. 532 et *Dugal v. Lefebvre*, (1934) S.C.R. 501.

On trouvera d'ailleurs plusieurs exemples de jugements en ce sens dans l'excellent livre de Me Claude Boisclair, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: RÉALITÉ OU APPARENCE?*¹⁸.

Dans l'immense majorité des cas, la garde de l'enfant sera confiée à l'un de ses parents, les droits de visites et de sorties étant octroyés à l'autre. Ce n'est donc que dans des circonstances exceptionnelles que les juges accorderont la garde de l'enfant à des tiers: ils devront avoir réussi ou donné des gages de réussir une relation affective plus valable pour l'enfant que l'un et l'autre de ses parents. L'expérience démontre qu'il faut agir très prudemment dans de tels cas et que ce qui paraît la meilleure solution au moment de l'audition d'une requête pour garde peut s'avérer, quelques années plus tard, avoir été un mauvais choix. C'est donc avec circonspection que le tribunal confiera la garde permanente des enfants à un tiers.

C) Les droits de visites et de sorties

Ici encore, il y va de l'intérêt de l'enfant qui demeure lié par filiation à ses deux parents, que les droits de visites et de sorties soient exercés d'une façon judicieuse et positive par celui des deux qui n'en a point la garde. L'enfant a le droit strict de connaître ses deux parents en raison des obligations réciproques qui ne sont pas éteintes par leur séparation ou leur divorce. Sur le plan humain, il a droit à l'affection de ses deux parents. Privé déjà d'une famille normale, tout doit être mis en oeuvre pour que cette rupture soit la moins pénible possible pour les enfants. La situation souvent difficile où est laissé le parent qui a la garde effective des enfants a souvent comme effet d'idéaliser dans l'esprit de ceux-ci le parent absent au détriment de celui qui a consenti des sacrifices considérables pour les élever ou les éduquer le mieux possible. Il reste toutefois des cas où l'un des conjoints est absolument incapable d'exercer ses droits de visite d'une façon positive et alors, il doit en être privé au moins temporairement; l'alcoolisme est un exemple clair de cette mauvaise relation qui peut exister entre le parent alcoolique et ses enfants.

D) Consultation de l'enfant

Dans tous les cas où l'enfant peut être consulté à cause de son âge ou de son développement intellectuel, les tribunaux ont reconnu

18. Claude BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: RÉALITÉ OU APPARENCE?*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1978.

le principe que celui-ci pouvait être consulté si les circonstances s'y prêtaient. Afin d'éviter tout problème particulier et de permettre que les réponses données par l'enfant fassent partie du dossier et de la preuve, il est généralement demandé aux parties de se retirer pendant que l'enfant témoigne. Ceci permet à l'enfant de se sentir moins épié et moins nerveux durant son témoignage; leur absence évite également aux parties, dans certains cas, des chocs auxquels elles sont sans doute peu préparées et que peuvent provoquer chez eux des réponses inattendues de leurs enfants¹⁹.

Le *Projet de Code civil* prévoit que le juge doit consulter l'enfant doué de discernement, à moins que les circonstances ne s'y prêtent pas; la loi reprend en somme une construction de la jurisprudence en lui donnant un caractère plus formel et plus impératif²⁰.

E) Le droit de l'enfant à son avocat

Bien qu'à proprement parler l'enfant ne soit point partie au litige qui concerne sa garde, celle-ci n'étant qu'un accessoire au litige principal, il est arrivé un certain nombre de cas où les tribunaux, *proprio motu*, sont intervenus pour demander que les enfants soient représentés par avocat afin de sauvegarder leurs meilleurs intérêts. Ceci reste encore des cas d'exception mais comme dans les autres domaines, il semble bien que les tribunaux aient précédé l'évolution législative puisque le *Projet de Code civil* reconnaît ce droit à l'enfant:

"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 du service auxiliaire du tribunal, peut demander la désignation d'un avocat"²¹.

F) Garde conjointe

La plus récente évolution dans le domaine de la garde d'un enfant est certainement celle de la garde conjointe. Si à première vue le fait pour les parents de vivre séparés rend impossible la garde conjointe de l'enfant, il n'en reste pas moins que dans certains cas qui seront toujours exceptionnels, il demeure possible de prévoir une garde à tour de rôle par l'un ou l'autre des parents où chacun continuerait non seulement de pourvoir matériellement aux besoins

19. *Marshall v. Fournelle*, (1927) R.C.S. 48; *Dugal v. Lefebvre*, (1934) R.C.S. 501; *M. v. D.*, (1966) C.S. 224; *M. v. C.*, (1968) C.S. 219; *Twynam v. McGuire*, (1971) C.S. 640 et *Morin v. Gagnon*, (1973) C.S. 279.

20. *Projet de Code civil*, Livre Premier, *op. cit.*, note 14, art. 26.

21. *Projet de Code civil*, Livre Premier, *op. cit.* note 14, art. 26.

de l'enfant, mais également à tous ses besoins affectifs, éducatifs et autres. Toute notre législation concernant la famille et qui tend à dire que l'enfant doit vivre dans le meilleur milieu familial possible et qui a droit à l'affection et à la protection de ses parents se retrouve dans cette notion de garde conjointe. Évidemment, il ne peut s'agir là que d'une décision des parties elles-mêmes, la Cour ne pouvant l'imposer. Si les parties sont d'accord, ce qui est la première condition pour que telle garde puisse exister, et qu'à l'analyse de leur entente le juge soit convaincu que les obligations des parties à l'égard de leurs enfants sont respectées, telle garde peut être accordée et elle a été effectivement accordée à au moins une reprise par nos tribunaux²².

La décision dans *Kenny v. Brault*²³ de la Cour d'appel confirmant une décision de la Cour supérieure est également éloquente quant à l'intérêt de l'enfant. Cette décision établit que la présomption de l'article 218 du Code civil est établie en faveur de l'enfant et que celui-ci peut en fait exiger des aliments de celui qui est son véritable père, indépendamment de la présomption irréfutable de paternité établie par cet article.

Il s'agit là encore d'un développement jurisprudentiel tout à fait récent et qui favorise le droit de l'enfant.

G) Services auxiliaires

Dans un article publié en 1977²⁴, l'honorable juge en chef de la Cour supérieure faisait état des mesures administratives prises pour améliorer l'efficacité et l'humanisation de la Chambre de Famille de la Cour supérieure. Qu'il suffise de dire ici que ces mesures administratives ont été étendues à tout le territoire de la province et s'appliquent même dans les districts périphériques d'une façon semblable à Montréal.

CONCLUSIONS:

En édictant l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, le législateur a conféré à l'enfant le droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que doivent lui apporter sa famille ou les

22. *Benoit v. Bisailon*, C.S. Montréal, no 500-12-057067-757, 18 novembre 1976 (juge Édouard Martel).

23. *Kenny v. Brault*, (1976) C.S. 1640, confirmée par jugement du 10 janvier 1979, C.A. Montréal, no 09-001 324-763. *Cyr-Butterfield v. Picard & al.*, C.S. St-François, no 450-05-000503-77, 13 février 1979, (honorable juge Thomas Tôth).

24. Jules DESCHÊNES, "La défense des droits de l'enfant", (1976-77) 7 R.D.U.S. 429.

personnes qui en tiennent lieu. La *Loi de la protection de la jeunesse* reprend le même principe. Le Code civil, en créant les obligations des parents, avait conféré depuis longtemps les mêmes droits aux enfants²⁵.

Force nous est de reconnaître, comme l'honorable juge Beetz, que la reconnaissance de ses droits est en pratique trop souvent théorique. L'enfant ne peut faire que ses parents continuent la vie commune lorsque l'un ou l'autre ont décidé d'y mettre fin. Tout en conservant ses droits à leur égard, il voit, au moment de leurs procédures en séparation ou en divorce, s'envoler son droit à vivre dans une famille. Ce choc dans sa vie, ressenti avec plus ou moins d'acuité, toujours avec douleur, survient souvent à la suite d'une lente détérioration du milieu familial qui n'a pas été sans lui causer d'autres problèmes. Il n'est que juste, dans une telle perspective, que le juge s'attache d'abord et avant tout aux droits de l'enfant et à sa protection lorsqu'il décide selon la formule consacrée, d'après l'intérêt de l'enfant. Sans parler des réformes législatives nécessaires à la promotion véritable de la vie familiale (législation fiscale, législation en matière de logement, etc) il faut penser aussi aux réformes proprement judiciaires. S'il reste éminemment souhaitable que la protection de l'enfant demeure sous la juridiction des tribunaux de droit commun et suive des règles de droit, il ne faut faire que celle-ci devienne sclérosée. Sans mettre de côté l'acquis en ce domaine et prôner la nouveauté pour son seul fait, le problème est trop sérieux pour que l'enfant serve de cobaye, il faut espérer que l'on accélère le processus de mise à jour de tous les services nécessaires au bon fonctionnement des tribunaux en matière de droit de la famille.

L'importance du sujet est d'autant plus grande que la voix des enfants concernés est faible et démunie.

Dans son article²⁶, l'honorable juge en chef demandait la création de trois services auxiliaires; un service d'accueil et réconciliation, la création d'un poste de procureurs des enfants et l'institution d'un service de perception des pensions alimentaires. Aucun de ces services n'est encore en place et l'urgence s'en fait de plus en plus sentir.

25. Arts 165 et 240 C.c.

26. Jules DESCHÈNES, *loc. cit.*, note 24.