

Les Cahiers de droit



De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité

Edith Deleury, Michèle Rivet and Jean-Marc Neault

Volume 15, Number 4, 1974

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/041993ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/041993ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Deleury, E., Rivet, M. & Neault, J.-M. (1974). De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité. *Les Cahiers de droit*, 15(4), 779–870. <https://doi.org/10.7202/041993ar>

De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité *

Edith DELEURY, Michèle RIVET **
Jean-Marc NEAULT ***

	Page
Introduction générale	782
PREMIÈRE PARTIE - ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA PUISSANCE PATERNELLE (1-63)	783
Premier chapitre - La puissance paternelle en droit romain : de la Répu- blique à la fin de l'Empire (1-32)	783
Section I - La constitution de la famille romaine selon la <i>Loi des XII tables</i> (2-17)	784
A - La formation de la famille romaine (3-6)	784
B - Le fondement de la famille en droit romain (7)	786
C - La composition de la famille romaine et la condition de ses membres (8-17)	786
1 - Les éléments fondamentaux de la famille (9-13)	786
2 - Les éléments accessoires de la famille (14-16)	788
Section II - L'évolution de la famille romaine jusqu'à la fin de l'Empire (18-32)	789
A - La modification des rapports personnels (19-27)	790
1 - Le mariage et la famille (19-22)	790
2 - Les pouvoirs du <i>pater familias</i> sur les personnes (23-27)	792
B - La modification des rapports économiques (28-30)	794
C - La durée de la puissance paternelle (30-31)	795
Conclusion (32)	796

* Ce texte est l'aboutissement d'une étude doctrinale et jurisprudentielle menée par l'équipe du projet de recherche en droit de l'enfance à la faculté de droit de l'Université Laval, étude qui sert de cadre théorique à la recherche qui vient d'être entreprise à la Cour du Bien-être social de Québec.

** Professeurs et co-directeurs du projet de recherche en droit de l'enfance à la faculté de droit de l'Université Laval.

*** Attaché de recherche au projet.

Second chapitre – La puissance paternelle: de l'ancien droit français jusqu'à la Révolution (33-63)	796
Section I – La puissance paternelle dans les pays de droit écrit (34-39)	797
A – Le titulaire de la puissance paternelle (35)	797
B – Les pouvoirs du titulaire sur la personne de ses enfants (36-37)	797
C – Les pouvoirs du titulaire sur les biens de ses enfants (38)	799
D – La durée de la puissance paternelle (39)	799
Section II – La puissance paternelle dans les pays de droit coutumier (40-51)	800
A – Le <i>mundium</i> germanique (41-45)	800
B – L'évolution de la puissance paternelle jusqu'à la fin de la période monarchique (46-51)	802
1 – Le titulaire de la puissance paternelle (47)	803
2 – Les pouvoirs du titulaire sur la personne de ses enfants (46-49)	803
3 – Les pouvoirs du titulaire sur les biens de ses enfants (50)	804
4 – La durée de la puissance paternelle (51)	805
Troisième chapitre – La puissance paternelle dans la législation révolutionnaire et le Code civil (52-63)	806
Section I – La puissance paternelle dans la législation révolutionnaire (53-56)	806
Section II – La puissance paternelle dans le Code civil (57-62)	809
Conclusion (63)	813
 DEUXIÈME PARTIE – LA PUISSANCE PATERNELLE EN DROIT QUÉBÉCOI (64-132)	814
Premier chapitre – La puissance paternelle et la codification: les sources (65-72)	814
Section I – La Coutume de Paris (66)	814
A – L'introduction du droit coutumier au Canada (67-88)	815
B – La Coutume de Paris et la codification de 1866 (69)	817
Section II – Le Code civil français (70)	818
Section III – Le Code civil de la Louisiane (71)	819
Conclusion (72)	820
 Second chapitre – La puissance paternelle en droit civil québécois (73-132)	820
Section I – Nature et fondement (73-80)	820
A – La nature de la puissance paternelle (73)	820
B – Le fondement de la puissance paternelle (74-80)	821

Section II – L'organisation de la puissance paternelle en droit québécois (81-129)	825
A – Le titulaire de la puissance paternelle (81-85)	825
B – Le sujet de la puissance paternelle : ses obligations et ses droits (86-88)	829
C – Les éléments constitutifs de la puissance paternelle (89-129)	931
1 – Le devoir d'entretien et d'éducation (90-101)	831
a) La nature et l'objet du devoir d'entretien et d'éducation (91-94)	832
b) L'étendue du devoir d'entretien et d'éducation (95-101)	835
2 – Le droit de garde (102-118)	839
a) La nature et l'objet du droit de garde (102-104)	839
b) Le démembrement de la puissance paternelle et les critères d'attribution du droit de garde (105-118)	840
i) Le critère général de l'intérêt de l'enfant (106-110)	841
ii) Les critères quant à l'enfant (111-115)	848
– L'âge de l'enfant (111)	848
– La volonté de l'enfant (112-115)	849
iii) Les critères quant aux parents (116-118)	854
– L'indignité des parents (116)	854
– L'influence de la faute conjugale (117)	855
– L'incidence de la religion (118)	856
3. – Le consentement au mariage et la puissance paternelle (119-124)	858
4. – Le droit de correction (125-129)	862
a) La nature et l'objet du droit de correction (125)	862
b) L'étendue du droit de correction (126-127)	863
c) La sanction de l'exercice abusif du droit de correction (128)	864
Section III – Les limites de la puissance paternelle (130-132)	866
A – Les limites quant à l'objet (130-131)	
B – Les limites dans le temps (132)	867
Conclusion générale	868

Introduction générale

Déjà, peut-être, les lecteurs non habitués au vocabulaire juridique auront-ils sursauté à la lecture des termes utilisés pour décrire cette institution qui fera l'objet de notre étude. Surpris sans doute par cette idée de domination que laisse entendre le terme même de puissance alors que nous sommes à une époque où tous, autant que nous sommes, revendiquons l'égalité sur tous les plans. C'est pourtant ces termes que le législateur utilise pour décrire l'ensemble des pouvoirs et des droits que la loi confère aux père et mère pour leur permettre de remplir leur devoir de parents. C'est également ce terme de puissance dont il s'est servi pour désigner la suprématie légale du mari sur son épouse dans le cadre de la puissance maritale.

Mais, si ce même législateur a cru bon en 1966, d'abolir la puissance maritale, il n'a pas su toutefois englober dans ses réformes la restructuration des rapports entre parents et enfants. C'est ainsi que dans le *Code civil* nous retrouvons encore, en 1974, un certain nombre d'articles qui d'ailleurs n'ont fait l'objet d'aucune modification depuis leur rédaction lors de la codification en 1866.

On accuse souvent le droit, en tant que science, d'être à la remorque, et même d'être en retard sur l'évolution sociale d'une collectivité. La présence dans le code actuel de liens juridiques caractérisés par un rapport de puissance et de domination d'une catégorie de personnes sur une autre tend à démontrer que cette accusation n'est pas toujours sans fondement. Néanmoins, il ne nous appartient pas dans le cadre de cette recherche d'expliquer ce décalage entre les faits sociaux et la structure juridique qui les régit; encore moins nous appartient-il de jeter le blâme sur quiconque. Disons plutôt que, relativement au sujet qui nous intéresse, plusieurs recherches sont en cours dont particulièrement celles de l'Office de révision du *Code civil* dont le rapport est attendu avec beaucoup d'impatience.

C'est donc l'étude des relations entre parents et enfants dans le cadre de la puissance paternelle ou, pour utiliser des termes qui correspondent mieux à la réalité sociale actuelle, dans le cadre de l'autorité parentale, qui sera l'objet des développements qui vont suivre. L'expression « puissance paternelle » sera cependant employée de préférence à celle d'autorité parentale, non parce que les auteurs de cet article acceptent la conception des relations parents-enfants que ces termes impliquent, mais plutôt pour se conformer à l'expression encore utilisée dans le *Code civil*.

Quant à l'aspect formel de ce texte, disons qu'il se divise en deux parties bien distinctes, l'une portant sur l'aspect historique de la puissance paternelle, l'autre, sur l'étude de cette institution en droit positif québécois. Dans la première partie nous aurons l'occasion de suivre les grandes lignes de son évolution depuis ses origines en droit romain, jusque dans le *Code civil* français de 1804. Dans la seconde partie nous analyserons l'organisation de la puissance paternelle en droit québécois mais non sans avoir préalablement fait un bref rappel historique de ses origines et de ses sources coutumières, doctrinales et législatives.

Première partie **ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA PUISSANCE PATERNELLE**

Premier chapitre **La puissance paternelle en droit romain : de la République à la fin de l'Empire**

1. Le sujet traité dans ce premier chapitre couvre une période d'environ dix siècles, qui va de la fondation de la République romaine en 509 av. J.-C. à la chute de l'Empire romain d'occident en 476 de notre ère. Pour décrire ce qu'était la puissance paternelle à l'époque et pour rendre compte le plus fidèlement possible de l'évolution qu'a connue cette institution au cours des siècles, nous avons divisé notre sujet en trois sections. Celles-ci porteront successivement sur la constitution de la famille romaine selon la *Loi des XII tables*, sur l'évolution de cette famille jusqu'à la fin de l'Empire et, finalement, sur la durée de la *patria potestas* en droit romain.

Si la famille romaine et la puissance paternelle sont étudiées conjointement dans ce chapitre, c'est qu'il nous est apparu, au cours de nos recherches, que la compréhension de cette dernière institution était liée à celle que nous avons de la famille. Car, comme nous pourrions le constater à l'occasion des développements qui vont suivre, ces deux institutions sont intimement reliées entre elles. L'étude de la famille et de l'autorité paternelle à l'époque romaine se justifie, elle, par la nécessité de bien saisir le fonctionnement de ces institutions avant d'en observer l'évolution à travers les siècles.

Section I – La constitution de la famille romaine selon la Loi des XII tables

2. La constitution de la famille romaine a été exprimée, pour la première fois, dans la *Loi des XII tables* qui fut promulguée vers l'an 206 av. J.-C. Cette loi, écrite sur douze tables de pierre, était regardée par les juristes romains, comme la source du droit public et privé¹. C'est donc à partir de cette loi que nous aborderons l'étude des modes de formation de la famille romaine, son fondement ainsi que sa composition. Cette analyse de la famille nous permettra de comprendre l'interrelation qui existe entre cette institution et la *patria potestas* du droit romain.

A – La formation de la famille romaine

3. Le mariage, en droit romain, n'est pas l'unique fondement de la famille. L'adoption, qui permet à un enfant de passer de l'autorité paternelle du *pater familias* sous celle du père adoptif, et l'adrogation, qui permet à un citoyen romain maître de ses droits (*sui juris*) de passer, avec ceux qui lui sont soumis (*alieni juris*), sous la puissance paternelle de l'adrogeant, sont deux autres institutions qui sont à l'origine de la famille romaine². Nous étudierons brièvement chacune de ces institutions en commençant par la plus importante : le mariage.

4. « Le consentement, écrit M. F. Laferrière, fait le mariage entre un citoyen et une femme romaine : enfants de la même Cité, ils ont le *jus connubii*, sauf les empêchements tirés de la parenté naturelle ou adoptive et de l'inégalité des conditions de patriciens et de plébéiens... Par le consentement, il y avait engagement pour toute la vie (*consortium omnis vitae*); mais il n'y avait pas nécessairement participation de la femme à la religion du foyer domestique de l'époux et aux droits de la famille : cette participation résultait des modes de célébration ou d'exécution du mariage³ ».

Des rites symboliques pouvaient donc accompagner le contrat, en lui-même purement consensuel. Selon le rite entourant la célébration du mariage, celui-ci s'appelait *confarréation*, *coemption* ou *usus*. La *confarréation*, faite de plusieurs cérémonies solennelles, en présence de dix témoins, était suivie dans les familles patriciennes et était destinée à donner au culte domestique une postérité sacerdotale. La

1. M. F. LAFERRIÈRE, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. I, Paris, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1846, p. 51.

2. *Id.*, p. 61.

3. *Id.*, pp. 62-63.

coemptio représentait l'achat de la femme romaine par le citoyen qui voulait l'acquérir pour épouse. Ce contrat employait la forme solennelle de la *mancipation*, un mode d'acquisition de la propriété en droit romain. Ce rite, selon A. Boucher-Leclercq, laisserait à penser que les consentements des futurs époux n'étaient pas toujours, à l'encontre de celui des chefs de famille, un élément essentiel de ce type d'union⁴. En vertu de la *confarréation* et de la *coemptio*, la femme tombait sous la puissance absolue de son mari (*in manum convenit*) et rompait tous liens domestiques et religieux avec sa famille d'origine⁵.

Le troisième mode de célébration du mariage était caractérisé par l'habitation de la femme au domicile du mari ou *usus* en exécution du contrat. C'était, en quelque sorte, une forme d'union libre à laquelle la femme pouvait mettre fin par le jeu de la prescription annale qui y était rattachée. Ainsi, si la femme avait interrompu sa cohabitation par une absence d'au moins trois nuits pendant l'année, la prescription acquisitive ne jouait pas et la femme, restée sous la puissance de sa famille d'origine, ne passait pas sous celle de son mari. Les enfants issus d'une telle union étaient, au même titre que ceux issus des autres modes de célébration, considérés comme légitimes⁶. Nous verrons plus loin l'importance prise par ce type d'union à la fin de la République et sous l'Empire.

5. Pour résumer, le mariage en droit romain était un des fondements de la famille. Il était célébré selon trois rites différents qui correspondaient à trois types d'union. Deux de ces unions, la *confarréation* et la *coemptio* que les auteurs appellent mariage *cum manu*, conféraient au mari un pouvoir absolu sur son épouse. L'autre type d'union, appelé mariage *sine manu*, laissait à l'épouse une plus grande autonomie vis-à-vis son mari, en lui permettant, par l'exécution des conditions que nous avons énumérées, d'éviter de passer sous sa puissance.

6. Des deux autres institutions à l'origine de la famille romaine, l'adoption et l'adrogation, la dernière était la moins fréquente et la plus exceptionnelle. L'adrogation, qui s'accomplissait par la cérémonie des *comices*, permettait en effet à un chef de famille sans descendance d'assurer, par l'adjonction de la famille de l'adrogé, la continuité de sa famille et de son culte. Quant à l'adoption, elle résultait à la fois de la *mancipation* et de la *vindication* faites par

4. A. BOUCHER-LECLERCQ, *Manuel des institutions romaines*, Paris, Librairie Ernest Leroux, 1931, pp. 250, 385-386 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 6^e édition, Paris, Domat-Monchrestien, éditeur, 1947, pp. 246 et 264 ; J. BRISSEAU, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, Albert Fontemaing, éditeur, 1908, note 11, p. 15.

5. M. F. LAFERRIERE, *op. cit.*, t. I, pp. 65-66.

6. *Ibid.*

l'acheteur devant le magistrat. La triple mancipation libérait l'adopté de la puissance du *pater familias* et la vindication le faisait passer sous celle de l'adoptant⁷.

B – Le fondement de la famille en droit romain

7. Trois causes concourent donc à la formation de la famille romaine. Mais la puissance paternelle est le principe uniforme qui s'y rattache. En effet, l'étude de la formation de la famille selon la *Loi des XII tables* nous amène à constater qu'elle n'a pas pour seul fondement les liens du sang. L'addition, à la famille issue d'un mariage, d'éléments extérieurs venus s'y adjoindre à la suite d'une adoption et d'une adrogation démontre que la famille tire également son origine d'un lien civil créé de toutes pièces par le pouvoir civil. C'est en effet ce pouvoir qui intervient, dans l'adoption, par le magistrat, dans l'adrogation, par la cérémonie des comices, pour opérer en faveur d'un citoyen le transport ou la création de la puissance paternelle. Ce n'est donc pas le mariage qui est le véritable fondement de la famille romaine, pas plus, d'ailleurs, que l'adoption ou l'adrogation. C'est évidemment la puissance paternelle, la *patria potestas*, par le lien de soumission qu'elle crée entre son titulaire et les personnes qui lui sont soumises, qui est le principe fondamental à l'origine de la constitution de la famille romaine.

C – La composition de la famille romaine et la condition juridique de ses membres

8. La *Loi des XII tables* divisait la famille en éléments fondamentaux et en éléments accessoires. Les premiers étaient composés des personnes unies entre elles par leur soumission à un chef commun, père ou aïeul, en vertu du principe de la *patria potestas*. C'étaient les agnats. Les éléments accessoires étaient, eux, formés de personnes unies entre elles par le principe de la puissance dominicale (*dominus* – maître). Ces personnes étaient les esclaves, les enfants *in mancipio* et les affranchis.

1 – Les éléments fondamentaux de la famille

9. Deux groupes de personnes entraient dans la composition des éléments fondamentaux de la famille : les personnes unies par les liens du sang et les personnes qui sont venues s'y adjoindre par suite d'une

7. *Id.*, p. 62 ; O. MARTIN, *La coutume de Paris*, Paris, Recueil Sirey, 1925, p. 27.

adoption ou d'une adrogation. Parmi les personnes comprises dans les éléments fondamentaux, nous étudierons succinctement la condition de deux catégories d'entre elles : la femme mariée et les enfants.

10. C'est le rite choisi pour la célébration du mariage qui déterminait la condition de la femme mariée. Comme nous l'avons expliqué auparavant, seules les femmes mariées selon les rites propres à la *confarréation* ou à la *coemption* passaient sous la puissance du mari, ou de leur beau-père si le mari n'était pas lui-même *alieni juris*. Elles ne possédaient donc aucun pouvoir sur leurs enfants, auxquels elles étaient assimilées. Et cette soumission du mari à la puissance du *pater familias* démontre que le mariage, en droit romain, n'émancipait pas.

Le mari ou le beau-père, selon le cas, avait sur la femme mariée *cum manu* un pouvoir absolu qui allait, aux premiers temps de la République, jusqu'au droit de vie ou de mort sur sa personne. La *Loi des XII tables* leur conférait également le droit de la vendre et de la donner en gage. En cas de décès du mari, la femme mariée *cum manu* passait sous la tutelle de l'agnat le plus proche. Elle n'avait elle-même aucun droit à l'exercice de la tutelle de ses enfants mineurs et impubères. Elle pouvait encore moins devenir titulaire de la puissance paternelle, la *patria potestas* étant un attribut exclusivement masculin⁸.

11. Les enfants issus du juste mariage (*justum matrimonium*) de leur père et de leur mère formaient une partie composante des éléments fondamentaux de la famille romaine. Ces enfants étaient, dès leur naissance, placés sous la puissance paternelle de leur père si celui-ci n'était pas lui-même sous la puissance de son propre père. Dans ce cas, les enfants issus de ce mariage passaient sous la puissance de l'aïeul et étaient considérés comme ses petits-enfants. C'est ainsi que frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces, cousins et cousines étaient unis entre eux par leur soumission commune à l'aïeul. Ce lien qui les unissait par leur rattachement à un auteur commun, c'était l'agnation⁹.

Quant aux droits que possédait le *pater familias* sur ces personnes, ils étaient absolus. En effet, il pouvait les vendre, les donner en gage. Il avait même sur eux un droit de vie et de mort. Ce que le père pouvait envers ses esclaves, il le pouvait envers ses enfants, « *pater licebat in filias quod in servos* »¹⁰. Il pouvait également, à sa guise, les

8. Sur la condition de la femme mariée, voir M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, pp. 87-88 ; TOULLIER, *Droit civil français*, t. I, Paris, Cotillon et Renouard, Librairies et éditeurs, 1846, p. 181.

9. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 96.

10. A. BOUCHER-LECLERCQ, *op. cit.*, t. I, p. 382.

émanciper ou les donner en adoption et son consentement était nécessaire à la validité de leur mariage.

12. Les personnes qui étaient venues s'adjoindre à la famille par suite d'une adoption ou d'une adrogation étaient, de même que les personnes unies par les liens du sang, soumises à l'autorité du *pater familias*. Elles étaient unies entre elles et au reste de la famille par les liens de l'agnation. C'est ainsi que l'adopté était considéré comme le fils de l'adoptant, le chef de la famille. Il en était de même pour l'adrogé. Cependant, ses propres enfants, en passant sous l'autorité de l'adrogé, étaient assimilés à ses petits-enfants. Il en était de même pour l'épouse de l'adopté et de l'adrogé. Le *pater familias* avait, ici encore, tous les droits sur ces personnes.

13. Donc, les membres de la famille par le sang et ceux de la famille civile formaient les éléments fondamentaux de la famille romaine : les agnats. Cette parenté agnatique ne comprenait toutefois que les parents par les mâles et non les parents par les femmes (cognats)¹¹. Cette caractéristique de la composition de la famille en droit romain explique la différence fondamentale qui existe entre la famille romaine et la famille contemporaine basée, elle, sur les liens du sang (quelquefois sur les liens juridiques de l'adoption) et sur la parenté des lignes paternelles et maternelles.

2 - Les éléments accessoires de la famille

14. À côté des éléments fondamentaux de la famille romaine, il y avait les éléments accessoires. Le principe qui unissait entre eux ces éléments accessoires n'était pas la puissance paternelle, mais la puissance dominicale : puissance du maître sur l'esclave, du patron sur l'affranchi. Ces éléments accessoires, outre les esclaves, étaient composés des enfants *in mancipio* et des affranchis. Disons rapidement que les esclaves, puisqu'ils ne sont pas l'objet de notre propos, étaient compris sous le nom générique de « famille ». Le maître avait sur son esclave tous les droits dont celui de vie et de mort.

15. Le statut de l'enfant *in mancipio* découlait de l'autorité absolue du *pater familias* sur sa personne. Il était le résultat d'une triple vente qui aboutissait à la mancipation. En effet, vendu par son père une première fois, le fils, affranchi par l'acheteur, rentrait sous la puissance paternelle ; vendu une seconde fois et affranchi de nouveau, il retombait sous cette puissance ; vendu une troisième fois, il était libéré de la puissance paternelle. Il ne pouvait plus être *in potestate*,

11. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, pp. 261-262.

mais il était *in mancipio*. Celui qui l'avait acheté du père le possédait *in causa mancipii* ; il avait sur lui les droits du maître.

16. Si le père avait le droit de vendre son enfant, de le livrer *in mancipio*, il avait aussi le droit de l'affranchir. Si donc le père voulait se réserver ce droit et, exercer le patronage, à la troisième vente, il imposait la condition de fiducie à l'acheteur qui s'obligeait à lui faire la remancipation de l'enfant. Par l'effet de cette remancipation, le père possédait lui-même son fils *in mancipio*, et alors, il pouvait par la *vindicta* ou son testament, l'affranchir comme son esclave et devenir son patron¹². C'est donc ce rapport maître-esclave, patron-affranchi, fondé sur la puissance dominicale qui distinguait les éléments accessoires de la famille romaine de ses éléments fondamentaux dont les rapports étaient fondés sur la puissance paternelle. Seule, d'ailleurs, la puissance paternelle retiendra notre attention dans les pages qui vont suivre.

17. La constitution de la famille chez les Romains et les rapports qui existaient entre les personnes qui la composaient et le titulaire de la *patria potestas*, nous amènent à conclure à la toute-puissance du *pater familias* sur cette famille. Mais, les pouvoirs du *pater familias*, sanctionnés par la *Loi des XII tables*, perdront peu à peu leur caractère d'absolutisme. Nous verrons dans la seconde section de notre étude, consacrée à l'évolution de la puissance paternelle de la République à la fin de l'Empire, les causes de l'affaiblissement de cette institution et les modifications qui s'en sont suivies dans les rapports personnels et économiques au sein de la famille.

Section II – L'évolution de la famille romaine jusqu'à la fin de l'Empire

18. Plusieurs facteurs ont contribué à l'affaiblissement de la *patria potestas*. L'influence du droit étranger sur le droit et les institutions romaines suite à l'extension du territoire soumis à l'autorité de Rome en est un exemple. D'autres facteurs cependant ont eu un rôle plus déterminant dans la modification des rapports personnels et économiques dans la famille. Ainsi en est-il de l'influence du christianisme, des modifications apportées à la *Loi des XII tables* par la Réforme prétorienne à la fin de la République, des difficultés économiques et de la misère du peuple qui marquèrent la fin de l'Empire. Les développements qui suivent tentent d'expliquer cette lente transformation de la famille romaine traditionnelle.

12. *Id.*, pp. 96 à 107.

A – La modification des rapports personnels

1 – Le mariage et la famille

19. La philosophie stoïcienne et, surtout, le christianisme ont été les deux principaux facteurs de changement dans la constitution de la famille romaine. Déjà, à la fin de la République, l'altération des mœurs avait donné un dur coup à la stabilité de l'union conjugale. À l'exemple des femmes grecques, les femmes romaines voulurent obtenir plus d'indépendance par rapport aux liens qui les unissaient à leur mari. Aussi, le mariage *per usum* qui permettait à la femme mariée *sine manu* de ne pas tomber sous la puissance de son mari par l'effet des interruptions de cohabitation de trois nuits, devint-il le type d'union le plus répandu. Pour la femme ainsi mariée, c'était vraiment la liberté à l'intérieur des liens du mariage, comparé au statut de la femme mariée *cum manu*, selon les rites de la *confarréation* et de la *coemption*. Cette liberté s'accrut encore quand les femmes mariées *sine manu* échappèrent à l'autorité du *pater familias* auquel elles étaient restées soumises malgré l'existence d'un tel mariage. La fille de famille, non assujettie par le mariage *per usum* à la puissance du mari et désormais non soumise personnellement à celle du père ou de l'aïeul, était donc, en quelque sorte, émancipée par ce mariage¹³.

Le mariage libre entraîna à sa suite la facilité du divorce. Le divorce que seul le mari, selon les anciennes lois, pouvait demander, devint un droit égal en faveur de la femme. La répudiation de la part des époux comme de la part des fiancés, devint également un droit réciproque¹⁴.

Devant l'érosion de la famille, le christianisme naissant prêcha l'indissolubilité du mariage et proposa un mariage religieux plus stable que le mariage civil. Son influence, toutefois, ne fut pas déterminante et le mariage fondé sur le simple consentement des époux subsista jusqu'à la fin de l'Empire.

20. La légitimation des enfants naturels par le mariage subséquent des parents fut également le résultat de l'influence du christianisme. Dans une société où la liberté des mœurs et l'instabilité des unions conjugales favorisaient la multiplication des naissances hors mariage, l'adoption était souvent utilisée pour légitimer les enfants naturels¹⁵. Dans l'espoir de corriger cette situation, l'empereur

13. *Id.*, t. II, p. 463.

14. *Id.*, t. I, pp. 214–216 et t. II, pp. 460–461.

15. Concernant la condition des enfants naturels ; voir Maxime LEMOSSE, « *L'enfant sans famille en droit romain* », communication présentée lors du congrès de Strasbourg de la Société Jean Bodin, mai 1972. Ce texte sera publié dans les *Recueils de la Société Jean Bodin*.

Constantin abolit les peines civiles contre les célibataires et voulut rappeler au mariage ceux qui étaient père et mère en établissant la légitimation des enfants naturels par leur mariage subséquent. Pour déterminer les pères et mères à se placer, eux et leurs enfants, sous la protection des liens du mariage, il leur défendit absolument de faire des libéralités en faveur de leurs enfants naturels, par donations entre vifs ou par testament. Trop sévère, cette mesure fut adoucie par l'empereur Valentinien qui permit aux parents naturels de donner, selon certaines conditions, une partie de leurs biens à leurs enfants¹⁶. L'enfant naturel ne pouvait donc être légitimé dans le droit de l'Empire que par l'adoption et le mariage. Toutefois, le mariage ne légitimait que les enfants nés de personnes libres de liens antérieurs. Les cas de naissances adultérines et incestueuses qu'on parvenait encore à cacher sous la forme d'une adoption, ne pouvaient plus cependant, s'entourer du voile sacré du mariage¹⁷.

21. Enfin, l'influence des idées chrétiennes favorisa, sous l'Empire, le développement de la famille basée sur les liens du sang. Déjà, à la fin de la République, les réformes apportées au régime des successions par le droit prétorien devaient, par la reconnaissance de la ligne maternelle des *cognats*, jeter les bases des changements qu'allait connaître la famille. Cette évolution de la famille aboutit à la *Novelle 118* par laquelle Justinien, arrachant les vieilles racines de la famille romaine et de l'agnation, donna une nouvelle force aux liens du sang. Il rattacha directement aux deux tiges et aux différentes branches de la famille naturelle le système de succession légitime, divisé désormais en trois ordres : les ascendants, les descendants et les collatéraux paternels et maternels¹⁸.

22. Ainsi, sous l'influence du christianisme, la constitution de la famille fut profondément modifiée. L'indissolubilité du mariage, acquise à la fin de l'Empire, l'importance et la protection accordées à la famille légitime, la dislocation de la famille romaine traditionnelle basée sur l'agnation et la reconnaissance de la parenté paternelle et maternelle donnèrent un nouveau visage à la famille désormais fondée sur les liens du sang¹⁹. Ces transformations ne purent toutefois se produire sans l'affaiblissement parallèle de la *patria potestas*.

Cet affaiblissement se vérifie non seulement au niveau des modifications apportées à la constitution de la famille romaine traditionnelle, mais se reflète également dans l'étendue des pouvoirs

16. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, pp. 486-488.

17. *Id.*, pp. 455, 486-488.

18. *Id.*, pp. 503-504.

19. *Id.*, t. I, 261.

du titulaire de la *patria potestas* sur la personne de ceux qui lui sont soumis et, en particulier, sur ses enfants.

2 – Les pouvoirs du *pater familias* sur les personnes

23. Nous avons vu brièvement lors de l'analyse de la composition de la famille romaine, que les pouvoirs du *pater familias* étaient très étendus et présentaient un caractère d'absolutisme. D'ailleurs la *patria potestas* a été présentée, à maintes reprises, comme « l'exemple d'une puissance à l'état pur, conçue uniquement dans l'intérêt de son titulaire²⁰ ». Ainsi, nous avons appris que le père avait sur ses enfants le droit de vie et de mort, le droit de les vendre, de les exposer et de les donner en gage. Il pouvait également les donner en adoption, même sans leur consentement. Il en était de même pour l'émancipation qui était envisagée, sous la *Loi des XII tables*, comme une sanction parce qu'elle rompait les rapports personnels et économiques qui rattachaient l'enfant à sa famille. Quant au mariage, le consentement du père était un élément essentiel à sa réalisation. Finalement, la puissance paternelle était susceptible de se manifester, même après le décès de son titulaire, par l'institution d'un tuteur testamentaire à ses enfants.

24. L'évolution des mœurs, sous la pression des changements politiques, économiques et sociaux, s'attaqua à chacun de ces pouvoirs du *pater familias*, à commencer par le pouvoir de vie et de mort qui fut ramené à un simple droit de correction par Alexandre Sévère²¹. Même en cas de récidive de la part de l'enfant, le père était tenu de se rendre devant un magistrat pour obtenir une sentence plus sévère. Et si l'enfant était l'objet de mauvais traitements, le magistrat pouvait forcer le père à l'émanciper²². Le droit de l'Empire avait donc dégagé la puissance paternelle du caractère absolutiste que lui avait imprimé l'ancien droit.

25. À propos du droit de vente, une constitution de Dioclétien (245–313), s'efforça de faire disparaître les traces de l'ancien *mancipium* en enlevant au *pater familias* le droit de vendre, de donner et de laisser en gage les enfants. Cependant, les difficultés économiques qui survinrent à la fin de l'Empire et la misère qui en résulta chez les habitants, ramenèrent la pratique de ces droits. En effet, les droits de vendre et de donner en gage furent à nouveau permis sous Constantin,

20. O. MARTIN, *op. cit.*, p. 28.

21. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, pp. 185-186; A. BOUCHER-LECLERCQ, *op. cit.*, p. 391; A. BURGER, *Encyclopedie Dictionary of Roman Law*, New-Series, vol. 43, part. 2, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, p. 62, sous *patria potestas*.

22. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 476.

par une loi en 329 ap. J.-C. Toutefois, ces droits ne purent être exercés qu'en cas d'extrême misère et leur pratique devait cesser dès que les conditions qui avaient entraîné la servitude de l'enfant étaient disparues. Cette situation continua d'exister même après la chute de l'Empire romain et reçut même, à certaines époques, l'assentiment de l'Église catholique qui invoquait des raisons d'ordre humanitaire²³.

26. La pratique de l'adoption et de l'émancipation s'affranchit également de l'absolutisme de la *patria potestas*. Ainsi, l'adoption, devenue l'affiliation en droit gallo-romain, ne pouvait plus avoir lieu sans le consentement de l'adopté dans les cas où celui-ci était en mesure de le donner²⁴. De même, l'émancipation ne pouvait plus s'accomplir de par la volonté unilatérale du *pater familias*. Seul un magistrat, qu'on substituait de plus en plus souvent au père, avait la faculté d'accorder ou de refuser l'émancipation. Celle-ci avait d'ailleurs perdu, dès la fin de la République, son caractère de sanction civile. En effet, les réformes prétoriennes, par la création de la *possessio de biens*, mirent fin à la rupture des rapports personnels et pécuniaires qui survenait en conséquence de l'émancipation. Cette institution juridique eut pour résultat de permettre au fils émancipé de venir à la succession de son père décédé à condition, néanmoins, d'y apporter les biens qu'il avait acquis pendant le temps qu'avait duré son émancipation. C'était la *collatio bonorum* et l'origine du rapport en matière de succession. Dès lors, l'émancipation était rescindée dans ses effets pécuniaires et le fils devenait éligible au partage de la succession. À défaut d'un tel rapport, le fils conservait la possession des biens acquis durant son émancipation. Cette institution de la possession de biens joua un rôle important dans l'affaiblissement de la *patria potestas* en la privant de ses effets sanctionnateurs²⁵.

27. Quant à la nécessité du consentement du père au mariage de ses enfants, attribut de la *patria potestas*, elle dut faire place à un certain nombre d'aménagements. Ainsi, la *Loi Lulia* diminua considérablement l'autorité du chef de famille en ce domaine, en permettant aux enfants de le contraindre à donner son consentement s'il le refusait à tort²⁶. Comme dans le cas de l'émancipation, le droit romain de l'Empire eut recours au magistrat pour tempérer l'absolutisme des prérogatives paternelles. Le défaut de consentement du père, considéré jusque-là comme un empêchement dirimant, devint un simple empêchement prohibitif, que le magistrat avait la faculté d'écarter.

23. *Id.*, pp. 477-481.

24. *Id.*, p. 452.

25. *Id.*, t. I, p. 250.

26. A. BOUCHER-LECLERCQ, *op. cit.*, pp. 385-386.

Cependant, le père qui avait manifesté son opposition au mariage n'était pas tenu d'en reconnaître les effets qui, par contre, se réalisaient aux yeux de la société²⁷.

B – La modification des rapports économiques

28. La modification des rapports pécuniaires au sein de la famille romaine fut l'aboutissement de l'érosion des pouvoirs du *pater familias* sur ses biens et sur ceux de ses enfants. On constatera l'étendue de la diminution de ses attributions en étudiant les limites qui ont été fixées à son droit de propriété et à son droit de tester.

29. Concernant l'acquisition de biens, le principe qui prévalait dans l'ancien droit romain était à l'effet que le père acquérait par ses fils. Dès lors, tous les biens recueillis par ces derniers, même ceux provenant d'un travail personnel, devenaient la propriété du père²⁸. Les seuls biens que le fils pouvait posséder étaient les *pecules profectices*. Pour ce *pecule*, composé de biens paternels, le fils était sous la puissance du père qui ne lui en avait laissé que la simple gestion. Néanmoins, ce *pecule*, le plus ancien de tous, restait au fils émancipé s'il ne lui avait pas été retiré au moment de l'émancipation²⁹.

Le droit de l'Empire, succédant au droit ancien, modifia l'effet de la puissance paternelle sur les biens des enfants, en augmentant leur capacité patrimoniale. Ces modifications furent réalisées par la création des *pecules castrenses* et *quasi-castrenses* et du *testament militaire*. Ainsi, Auguste permit-il aux soldats sous puissance paternelle de disposer par testament des économies effectuées durant leur temps de service (*pecules castrenses*). Plus tard, sous Constantin, cette faveur fut étendue aux fonctionnaires civils (*pecules quasi-castrenses*). Enfin, au quatrième siècle de notre ère, les Empereurs assurèrent aux fils de famille, du vivant de leur père, non pas la libre disposition mais la propriété de ce qui leur était légué par leurs ascendants du côté maternel (*biens adventices*), l'usufruit de ces mêmes biens étant réservé au père³⁰.

30. Quant à la liberté testamentaire du *pater familias*, elle était absolue sous la *Loi des XII tables* et rattachée à la condition de

27. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, pp. 453-454.

28. *Id.*, pp. 480-484; *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 31, publié par A. CARPENTIER et G. FRÉREJOUAN DU SAINT, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1903, p. 1001, sous *puissance paternelle*.

29. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. II, p. 483.

30. A. BOUCHER-LECLERCQ, *op. cit.*, pp. 383-384; O. MARTIN, *op. cit.*, pp. 27-28; TOULLIER, *op. cit.*, p. 180, n° 1059.

citoyen romain. Mais les excès survenus dans l'exercice de ce droit ont amené des réformes visant à assurer une meilleure protection du patrimoine familial.

Par la création de la *quarte-falcidie*, le droit prétorien réussit à assurer aux enfants une quatrième portion de l'hérédité. D'abord restreinte au mode de disposition par testament, la *quarte-falcidie* fut étendue à tous les autres modes de disposition entre vifs et testamentaires³¹. D'une même origine, la *plainte d'iniuriositas* permit au fils exhéredé injustement d'attaquer le testament de son père³². Quant à la *succession prétorienne*, elle permit au fils émancipé de participer à la dévolution des biens du père décédé par la mise en œuvre de la procédure de la *possessio* de biens³³.

C - La durée de la puissance paternelle

31. En principe, la puissance paternelle durait toute la vie de son titulaire. Seuls le décès du *pater familias*, la perte de l'état de citoyen romain, l'émancipation et l'occupation de certaines fonctions civiles, militaires et ecclésiastiques pouvaient y mettre un terme.

Par le décès du chef de famille, les enfants soumis directement à sa puissance, sans ascendants intermédiaires, devenaient maîtres de leurs droits, *sui juris* et *pater familias*. Qu'ils soient impubères (dans ce cas, ils étaient placés sous la protection d'un tuteur datif ou testamentaire), qu'ils aient ou non des enfants, ils possédaient tous les attributs de la *patria potestas* sur les personnes et les biens de ceux qui leur étaient dorénavant soumis. « En effet, ce n'est pas seulement la personne que l'on envisage, mais les droits qu'elle possède : or, quel que soit son âge, le citoyen *sui juris* possède les droits d'un *pater familias* et se trouve à la tête d'un patrimoine³⁴ ». La perte de l'état de citoyen romain, la *magna dimittio capitis*, sanction qui accompagnait généralement la commission d'un crime grave, produisait les mêmes résultats³⁵.

Enfin, l'émancipation, nous l'avons dit, permettait à l'enfant mâle de mettre fin quant à lui à la domination de son père ou de l'aïeul. Les personnes de sexe féminin, enfants ou adultes, ne pouvaient être émancipées, car en vertu de la *Loi des XII tables*, leur statut les confinait à demeurer soit sous la puissance de leur père, de leur mari

31. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 245, t. II, p. 501.

32. *Id.*, t. I, pp. 245-246.

33. *Id.*, pp. 251-252.

34. R. MONIER, *op. cit.*, p. 249.

35. M. F. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 53.

ou de leur beau-père, soit sous la tutelle d'un agnat. Volontaire ou forcée, l'émancipation ne résultait pas du mariage et ce, contrairement à la situation qui prévalait à la même époque, en droit celtique³⁶.

En terminant, il est à remarquer l'absence d'une majorité émancipatrice en droit romain. Majeur à vingt-cinq ans, le fils de famille demeurait sous la puissance du *pater familias*. Tout au plus pouvait-il, selon le droit civil de Rome, être nommé tuteur d'un agnat impubère³⁷.

Conclusion

32. Absolue sous le droit des XII tables, la *patria potestas* a dû faire place à des assouplissements, surtout durant l'Empire, sous la pression créée par l'évolution des mœurs et des nécessités de la vie économique. Aussi, la famille romaine, longtemps fondée sur les liens de l'agnation, c'est-à-dire sur le rapport de puissance entre le titulaire de la *patria potestas* et ceux qui lui étaient soumis, vient-elle à perdre sa cohésion. La diffusion du mariage *sine manu*, le morcellement du patrimoine familial par la création des pécules et des biens adventices, la prise en considération de la parenté par le sang (*cognation*) en matière successorale, traduisent ces transformations. La limitation des pouvoirs du *pater familias* a détruit l'unité rigide de la famille qui évoluera maintenant, sous l'influence chrétienne, vers une association basée sur les liens du sang.

Second chapitre

La puissance paternelle : de l'ancien droit français jusqu'à la Révolution

33. Suite aux bouleversements politiques, économiques et sociaux qui ont accompagné les grandes invasions barbares du V^e siècle, la puissance paternelle fut organisée de façon différente dans le nord et le sud de la France³⁸.

La distinction qui s'est faite entre les provinces du Nord, ou pays de droit coutumier, et les provinces du Midi, ou pays de droit écrit,

36. *Id.*, t. II, p. 73.

37. *Id.*, t. II, pp. 484-485 et pp. 488-492.

38. *Id.*, pp. 471 à 476, en particulier p. 475.

39. E. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. I, Paris, Librairie Cotillon, F. Pichon, éditeur, 1896, p. 117.

n'est pas apparue immédiatement. Elle fut plutôt le fruit d'une longue élaboration. Après les invasions, le droit romain perdit beaucoup de son influence. Le mélange des races et des systèmes de droit qui les régissaient donna naissance à une multitude de coutumes locales et régionales. Ce n'est qu'au XII^e siècle, suite à la renaissance que connût le droit romain, que la distinction entre pays de droit écrit et pays de droit coutumier s'établit véritablement³⁹.

Section I – La puissance paternelle dans les pays de droit écrit

34. Les provinces du Midi de la France, délimitées arbitrairement au nord par la Loire, ont subi, à cause de leur situation géographique, l'influence dominante de la *patria potestas* du droit romain. Peu de changements, en fait, sont intervenus dans l'organisation juridique de la puissance paternelle qui a conservé, dans ces provinces, la plupart des caractéristiques de l'institution romaine mais en les atténuant quelque peu.

A – Le titulaire de la puissance paternelle

35. L'exercice de l'autorité paternelle y était assuré, comme en droit romain, par le père ou l'aïeul de la famille, à l'exclusion des femmes. Encore là, la puissance paternelle était regardée comme un *munus virile*⁴⁰. Soumise à son mari, l'épouse était confinée à son rôle d'éducatrice⁴¹. Cependant, et contrairement à la situation qui prévalait en droit romain, la femme, dans les pays de droit écrit, se voyait confier la tutelle légitime de ses enfants et cela, nonobstant le principe que la puissance paternelle ne pouvait lui être attribuée⁴².

B – Les pouvoirs du titulaire sur la personne de ses enfants

36. Les pouvoirs conférés au père sur la personne de ses enfants étaient, dans une large mesure, similaires à ceux accordés au *pater familias* à la fin de l'Empire. C'était d'abord un droit à l'obéissance de ses enfants sanctionné par un droit de correction et un droit d'exhérédation très étendus⁴³. Sans aller jusqu'au droit de vie et de mort, droit

40. E. CHENON, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, t. II, Paris, publiée par Olivier Martin, Recueil Sirey, 1929, p. 129.

41. *Répertoire général et alphabétique du droit français*, op. cit., p. 1002.

42. J. BRISSEAU, op. cit., p. 121.

43. Cf. *supra*, note 21.

qui fut enlevé au détenteur de la *patria potestas* sous les derniers empereurs romains, le droit écrit accordait néanmoins au titulaire de la puissance paternelle le droit de les vendre ou de les donner en gage en cas d'extrême misère⁴⁴. Cette pratique ne fut abolie qu'au XIV^e siècle. Mais Bouthillier écrivait encore à cette époque, dans sa *Somme rurale*, « que les pères ne peuvent vendre leurs enfants mais, qu'en cas de nécessité, ils peuvent les engager pour un temps au service domestique⁴⁵ ».

37. La nécessité du consentement des parents au mariage des enfants était un autre attribut de la puissance paternelle dans les provinces de droit écrit et, souvent, la volonté de son titulaire l'emportait sur le véritable désir des enfants en cette matière. L'Église et le pouvoir royal s'affrontèrent longtemps sur cette question. L'importance que l'Église attribuait au consentement des époux et, en particulier, à celui de la jeune fille, la conduisit à essayer d'écarter l'intervention des tiers, même celle des parents des futurs conjoints. Le pouvoir séculier lui reprocha alors de porter atteinte à l'autorité paternelle et de favoriser la multiplication des mariages clandestins célébrés sans le consentement des parents.

Le Concile de Trente (1545-1563) confirma la position de l'Église qui refusait de voir, dans l'absence de consentement du père, un empêchement dirimant à la validité du mariage. Le pouvoir séculier, sous la pression de l'opinion, fut alors forcé d'intervenir. C'est ainsi que le Roi Henri II, par un *Édit de février 1556*, créa la majorité matrimoniale : les jeunes gens de trente ans et les jeunes filles de vingt-cinq ans ne sont tenus que de demander conseil avant de se marier, mais ceux qui n'ont pas atteint cette majorité matrimoniale, ne peuvent se marier sans l'autorisation préalable de leurs parents⁴⁶. Néanmoins, il ne pouvait être question pour le Roi de lier la validité du mariage à ce consentement. L'édit dut donc se contenter de prononcer la déchéance des avantages matrimoniaux et de donner aux parents, dont l'autorité a été bafouée, la faculté d'exhérer les enfants qui auront manqué à cette obligation et de révoquer les donations qui leur ont été faites.

Une série de mesures législatives de la fin du XVI^e et du XVII^e siècle (*Ordonnance de Blois de 1579*, *Déclaration de 1639*, *Édit de 1697*) vinrent confirmer l'*Édit de 1556* et la définition qui y était

44. Voir les *Capitulaires de Charlemagne*, livre 6, c. 5, in le *Dictionnaire général et alphabétique du droit français*, op. cit., p. 1002.

45. A. CHÉRUÉL, *Dictionnaire historique des institutions, mœurs et coutumes de la France*, 1^{re} et 2^e partie, 8^e édition, Paris, Hachette, 1910, p. 973.

46. P. C. TIMBAL, *Droit romain et ancien droit français*, Paris, Dalloz, 1960, p. 49.

donnée de la majorité matrimoniale. Mais les positions du pouvoir séculier se durcirent. Ainsi, les enfants majeurs, quel que soit leur âge, ne peuvent passer outre au refus des parents qu'en leur adressant des sommations respectueuses. Pour les mineurs, le consentement des parents est toujours nécessaire. Les sanctions pécuniaires édictées en 1556 contre les contrevenants sont renforcées et étendues aux enfants issus de leur union. L'*Ordonnance de Blois* s'engage dans une voie nouvelle en assimilant le mariage contracté sans le consentement des parents au crime de rapt, puni par la peine de mort. Seule la construction juridique du rapt de séduction, fruit de l'imagination du pouvoir royal, permettra d'annuler les mariages non autorisés en les faisant ainsi tomber sous le coup d'un empêchement dirimant reconnu par l'Église comme une cause d'annulation⁴⁷. Cette réglementation entourant le mariage a prévalu en France jusqu'à la Révolution et cela tant dans les pays de droit écrit que dans ceux de coutume.

C – Les pouvoirs du titulaire sur les biens de ses enfants

38. L'exercice de la puissance paternelle sur la personne des enfants entraînait leur incapacité patrimoniale, tempérée, toutefois, par la pratique des pécules et le régime des *biens adventices*⁴⁸. Ainsi, les biens acquis par le fils appartenaient au père qui en avait soit la pleine propriété, soit simplement l'usufruit. Le fils n'avait pas le droit de faire de testament si ce n'est pour les biens dont il avait l'entière propriété : les *pécules castrenses* et *quasi-castrenses*. Quant aux *biens adventices*, il ne pouvait que les léguer à ses enfants. En cas d'émancipation, le père pouvait même, comme prix en quelque sorte de cette émancipation, garder l'usufruit de la moitié de ces mêmes *biens adventices*⁴⁹. Les pouvoirs du père sur les biens de ses enfants étaient donc, dans les provinces de droit écrit, sensiblement les mêmes que ceux détenus en droit romain par le *pater familias*.

D – La durée de la puissance paternelle

39. La durée de la puissance paternelle, dans les pays de droit écrit, était marquée de ce caractère perpétuel que possédait la *patria*

47. *Id.*, pp. 50-51 ; ROGNON et FIRBACH, *Les œuvres de Pothier*, t. I, Paris, De Pelafol, 1835, p. 16 ; O. MARTIN, *op. cit.*, p. 31 ; *Répertoire général et alphabétique du droit français*, *op. cit.*, p. 1002 ; POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Règles de droit français*, 5^e édition, Paris, imprimerie Le Mercier, 1756, pp. 37-39 ; COLIN-CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. I, Paris, Dalloz, 1953, p. 635 ; A. CHÉRUÉL, *op. cit.*, p. 973.

48. *Cf. supra*, n° 29.

49. E. GLASSON, *op. cit.* pp. 118-119 ; *Répertoire général et alphabétique du droit français*, *op. cit.*, p. 1002.

potestas romaine. En principe, elle durait toute la vie du père, quel que fut l'âge des enfants, car il n'y avait pas de majorité émancipatrice. L'aïeul gardait jusqu'à sa mort, s'il le voulait, l'exercice de la puissance paternelle sur ses propres enfants et sur ses descendants *ex filiis*. La puissance paternelle était donc, en principe du moins, une institution perpétuelle⁵⁰.

Mais dans la pratique, ce principe se prêtait à des accommodements. C'est ainsi que la puissance paternelle pouvait prendre fin par l'émancipation. Cependant, si le père avait le droit d'émanciper ses fils, il ne pouvait y être contraint sauf en quelques cas exceptionnels résultant de sa déchéance ou des mauvais traitements infligés à ses enfants⁵¹. L'émancipation expresse découlait de la volonté conjointe du père et du fils, et ce dernier ne pouvait être émancipé contre son gré. Les pays de droit écrit connaissaient également une émancipation tacite qui procédait de l'exercice de fonctions civiles, ecclésiastiques ou militaires, de la séparation d'habitation consentie par le père et, dans beaucoup de coutumes locales, du mariage. Dans les cas où le mariage ne produisait pas d'émancipation, l'épouse du fils passait, de même que les enfants issus de ce mariage, sous l'autorité de l'aïeul, comme à Rome⁵².

Section II – La puissance paternelle dans les pays de droit coutumier

40. Les provinces situées au nord de la Loire et qu'on appelait les pays de droit coutumier ont subi, elles, l'influence des coutumes des peuples germaniques. Cela explique la conception différente qu'on y avait de la puissance paternelle. Cependant, cette distinction que nous soulignons entre la conception de la puissance paternelle qui prévalait à Rome et dans les pays de droit écrit et celle qui prévalait dans les provinces de droit coutumier n'a pas toujours été manifeste. Cette affirmation se vérifie par l'étude des sources de la puissance paternelle dans les pays de droit coutumier : le *mundium* germanique.

A – Le *mundium* germanique

41. « À nos yeux, écrivait J. Brisseau, le chef de famille germanique diffère peu du *pater familias* romain ; il jouit d'un pouvoir

50. E. CHENON, *op. cit.*, p. 129 ; MARTY et RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les personnes*, 2^e édition, Paris, Sirey, 1967, p. 245.

51. J. BRISSEAU, *op. cit.*, p. 122, note 4.

52. E. GLASSON, *op. cit.*, pp. 117-118.

à peu près illimité sur les personnes et les biens. Quiconque appartient à la maison lui est soumis : sa femme, ses fils et ses filles, leurs femmes ou leurs maris, à plus forte raison leurs enfants, ses frères et sœurs vivant avec lui, sa mère, et enfin la domesticité. Sur tous s'étendait la puissance domestique ou *mundium*⁵³ ».

Ainsi donc, le père seul exerçait le *mundium* à l'exclusion de la mère, celle-ci étant sous la domination du mari. J. Brisseau explique en ces termes la condition de la femme mariée en droit germanique : « Étant donné la constitution quasi militaire de la famille, la nécessité du commandement d'un seul, la femme s'est trouvée sous la dépendance du mari : sa faiblesse physique à une époque de violences l'a condamnée à ce rôle inférieur⁵⁴ ».

42. Quant au fondement de la famille germanique, précisons qu'elle n'était pas tant fondée sur le mariage que sur la filiation. Les enfants, même nés hors des liens du mariage, passaient sous le *mundium* du père pourvu qu'il les acceptât. Dans l'ancien droit germanique, les droits du père sur l'enfant ne dérivent pas précisément du fait de la paternité ; ils tiennent plutôt à la possession du *mundium* sur la mère. Le mari, dont la femme *in mundio* a été enlevée et a eu un enfant durant l'enlèvement, conserve sa puissance sur la mère et l'enfant, quoiqu'il soit bien certain qu'il n'est point le père de celui-ci, et à l'inverse, dans le mariage sans *mundium*, il n'a pas d'autorité sur les enfants qui sont bien à lui. Le droit postérieur, partant des théories canoniques sur le mariage, rattachera la puissance paternelle, en principe, à la filiation légitime et exceptionnellement à deux faits : la légitimation et l'adoption⁵⁵.

43. Les pouvoirs du père sur la personne de ses enfants étaient très étendus et connaissaient l'absolutisme des pouvoirs du *pater familias*. Comme à Rome, ces pouvoirs impliquaient un droit de vie et de mort. Il possédait en outre le droit de les exposer, de les vendre comme esclaves et de les livrer comme otages. Toutefois, affirme E. Glasson, en admettant comme le veulent certains auteurs, qu'on lui ait reconnu le droit de vie et de mort, il est bien probable cependant, que ce droit et celui de correction étaient soumis à la surveillance de la famille⁵⁶.

44. La condition des biens suivait celle des personnes. Ainsi, les acquisitions des enfants, soumises au *mundium* du père, ne leur

53. J. BRISSEAU, *op. cit.*, p. 6.

54. *Id.*, pp. 87-88.

55. *Id.*, pp. 103, 127-131.

56. E. GLASSON, *op. cit.*, pp. 175-176.

appartenait pas en propre mais passaient dans le patrimoine de la famille. Les pouvoirs du père sur ce patrimoine étaient par contre tempérés par le concept de la co-propriété familiale, de sorte que le père ne pouvait aliéner le patrimoine familial sans l'intervention de ses enfants⁵⁷.

45. Le *mundium*, contrairement aux institutions que nous avons étudiées précédemment, était limité dans le temps. Considéré comme une institution qui devait assurer la protection des enfants, le *mundium* devait normalement cesser pour le fils, lorsqu'il était capable de porter les armes et, pour la fille, quand elle se mariait. Néanmoins, cette opinion de E. Glasson⁵⁸ est contestée par J. Brisseau. D'après ce dernier, si par la prise d'armes, le fils devient *pars civilis*, c'est-à-dire qu'il acquiert des droits politiques, il ne cesse pas pour autant d'être *pars domus* et d'appartenir à la maison de son père sous le *mundium* duquel il n'est pas sorti⁵⁹. Mais si l'émancipation ne résulte pas de l'âge, elle peut se produire comme conséquence de la fondation d'un foyer séparé, soit par suite de l'expulsion du fils par le père, soit par suite de son éloignement du consentement du père, soit, à défaut de ces deux situations, par le départ volontaire du fils dans les cas assez rares où il y trouve avantage.

B – L'évolution de la puissance paternelle jusqu'à la fin de la période monarchique

46. Les mêmes facteurs qui ont transformé la constitution de la famille romaine à la fin de l'Empire, ont modifié la constitution de la famille germanique. La désagrégation de la famille, l'influence du christianisme qui affirmait, à côté des devoirs des enfants, les devoirs réciproques des parents, les transformations politiques, sociales et économiques du milieu, amenèrent sa transformation et celle de la puissance paternelle.

Au Moyen-Âge, la *mainburnie* coutumière remplaça l'ancien *mundium*, réduit peu à peu à ne comporter que les droits nécessaires à la protection des enfants. Cette *mainburnie* était davantage une sorte de tutelle organisée dans l'intérêt de l'enfant plutôt qu'un véritable droit de puissance reconnu au chef de famille. Ce qui faisait dire à Loysel, au XVI^e siècle : « En pays coutumier, puissance paternelle n'a lieu ». Certes, la puissance paternelle existait mais d'une façon bien

57. J. BRISSEAU, *op. cit.*, p. 110.

58. E. GLASSON, *op. cit.*, pp. 175-176.

59. J. BRISSEAU, *op. cit.*, p. 109, note 4.

différente de la *patria potestas* du droit romain ou de celle des pays de droit écrit⁶⁰.

1 – Le titulaire de la puissance paternelle

47. Si le père était encore le seul titulaire de la puissance paternelle, la mère, à son défaut, pouvait toutefois l'exercer. Cet exercice encore restreint de l'autorité paternelle par la mère durant le mariage s'expliquait par sa soumission à l'autorité du mari. Il s'expliquait encore par la nécessité de maintenir l'unité de direction dans le ménage. Toutefois, son aptitude à exercer l'autorité paternelle, à l'égard des enfants ou à l'égard des biens, se manifestait lorsque le père était décédé, absent ou simplement incapable⁶¹. Une autre distinction entre la puissance paternelle des pays de droit écrit et celle des pays de droit coutumier résidait dans le fait que son exercice par le père n'était pas perpétuel. Ceci signifiait que, d'une part, l'aïeul n'exerçait pas la puissance paternelle sur ses enfants majeurs et leurs descendants et que, d'autre part, les enfants, fils ou filles, étaient émancipés par le mariage⁶².

2 – Les pouvoirs du titulaire sur la personne de ses enfants

48. Étant envisagée comme une institution de protection, la *mainburnie* donnait seulement au père la garde, le gouvernement et un droit de correction modérée sur la personne de ses enfants pendant leur minorité. L'autorité paternelle n'en demeurait pas moins très étendue à l'époque féodale. Mais il est certain qu'il ne saurait être question ici de droit de vie et de mort. Le père ne pouvait pas davantage vendre ses enfants ou les donner en gage. Son droit de correction l'autorisait toutefois à appliquer contre eux des châtiments corporels pourvu qu'il ne les blesse pas grièvement. Cette restriction s'est avérée importante puisqu'elle permettait aux enfants d'en appeler aux tribunaux en cas de mauvais traitements de la part du père⁶³.

Les tribunaux intervinrent également pour autoriser le père à faire enfermer son enfant mineur dans des maisons de force. Au-delà de la minorité, que l'enfant fut ou non émancipé ou même marié, le pouvoir royal permit encore au père d'exercer son pouvoir de

60. E. CHENON, *op. cit.*, p. 130; J. BRISSEAU, *op. cit.*, pp. 111-112; E. GLASSON, *op. cit.*, p. 176; TOULLIER, *op. cit.*, p. 181; POCQUET, *op. cit.*, p. 36; ROGRON et FIRBACH, *op. cit.*, p. 15; *Arrêté de Lamoignon*, Paris, chez Joseph Merlin, 1777, p. 4, art. 1.

61. P. C. TIMBAL, *op. cit.*, p. 105.

62. E. CHENON, *op. cit.*, p. 132.

63. COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, p. 635.

correction par l'intermédiaire des *lettres de cachet*⁶⁴. Cependant, parallèlement et en contre-partie peut-être de ce mouvement de radicalisation de la puissance paternelle, les obligations des parents de nourrir, entretenir et élever les enfants furent confirmées par ces mêmes tribunaux, qui avaient acquis en ce domaine un pouvoir de contrôle⁶⁵. E. Glasson affirme également que la famille avait elle-même un droit important de surveillance et d'intervention, même vis-à-vis du père. « C'est ainsi, écrit-il, qu'elle pouvait retirer la garde au père (ou à la mère) s'il se remariait, s'il tombait en état de démence, s'il infligeait de mauvais traitements à l'enfant, s'il y avait lieu de craindre qu'il ne lui fit contracter un mariage avantageux⁶⁶ ».

49. En matière de mariage, si le père avait le droit de fiancer ses enfants, il ne pouvait les marier contre leur gré. Son consentement et celui de la mère étaient néanmoins nécessaires jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de la majorité matrimoniale fixé, à la fin de l'ancien régime, à vingt-cinq ans pour les filles et à trente ans pour les garçons. Seul le mariage des enfants mineurs célébré sans leur consentement pouvait être annulé à la demande du père. Les enfants qui avaient atteint l'âge de la majorité matrimoniale, mais qui n'avaient pas respecté la procédure des sommations respectueuses, s'exposaient, eux, à l'exhérédation⁶⁷.

3 – Les pouvoirs du titulaire sur les biens de ses enfants

50. Sur les biens, l'autorité du père s'est amoindrie dans l'ancien droit français. On a commencé par admettre que toute acquisition faite par les enfants appartenait au père ou à la communauté familiale dont il était le chef, s'ils vivaient encore dans la maison paternelle. Si les acquisitions des enfants venaient grossir le patrimoine du père, ce n'était pas sous l'effet de l'influence romaine mais de deux principes propres au droit coutumier : celui qui faisait résulter la confusion des meubles de la communauté et celui qui assortissait la puissance de la personne à la maîtrise des meubles. De ce que le père profitait de tout ce qui revenait à ses enfants, on a tiré cette conséquence qu'en cas de délit commis par ceux-ci, le père devait payer l'amende et réparer le tort qu'ils avaient fait, non pas comme leur représentant, ni à raison d'une responsabilité quelconque, mais parce qu'il possédait tout le patrimoine de la famille⁶⁸.

64. O. MARTIN, *op. cit.*, pp. 30-31.

65. J. BRISSEAU, *op. cit.*, pp. 115-116.

66. E. GLASSON, *op. cit.*, p. 179.

67. Cf. *supra*, n° 37.

68. E. GLASSON, *op. cit.*, pp. 179-181.

Néanmoins, les enfants conservaient la propriété des biens légués ou donnés par leur mère ou leurs parents maternels. Avec la désagrégation de la communauté familiale, on reconnut que les biens acquis par les enfants, de quelque origine que ce fût, leur appartenaient en propre même s'ils étaient toujours soumis à l'autorité paternelle⁶⁹. Cependant, le père ou la mère selon le cas (décès), en avait l'administration mais non l'usufruit. Ainsi, au XVI^e siècle, l'enfant, qui échappe de plus en plus à l'autorité paternelle, voit-il, en même temps, s'accroître sa capacité patrimoniale.

4 - La durée de la puissance paternelle

51. Considérée comme une institution qui devait assurer la protection de l'enfant, la *mainburnie* des pays de droit coutumier était nécessairement une institution temporaire : elle devait cesser quand l'enfant « n'avait plus besoin d'une incessante surveillance⁷⁰ ». Survenait alors son émancipation.

Aux lois romaines, le droit coutumier emprunta au XIV^e siècle, l'émancipation expresse devant l'autorité publique et l'émancipation par lettre du prince. Avant cette époque, la seule forme d'émancipation connue était la « mise hors de pain et de pot »⁷¹. Elle avait lieu, sans participation du juge, du fait de la possession par l'enfant d'un foyer distinct. L'habitation séparée résultait, pour la fille, de son mariage qui l'émancipait de la puissance paternelle. Pour le fils, le mariage n'impliquait pas toujours la fondation d'un foyer distinct et l'émancipation n'en était donc pas la conséquence dans tous les cas. On finit pourtant par arriver à la règle que « tout mariage émancipe », qu'il s'agisse du fils ou de la fille⁷². L'émancipation découlait également de l'exercice de toutes fonctions civiles, ecclésiastiques ou militaires.

Plus tard, l'émancipation survint quand les enfants eurent atteint l'âge de la majorité civile. Au Moyen-Âge, l'âge de la majorité varia en fonction de l'état et du sexe de l'enfant. Ainsi, le fils noble de vingt ans accomplis et le roturier de quatorze ans accomplis étaient-ils majeurs, alors que la fille noble était majeure à quinze ans et la roturière à douze. Telles étaient du moins les règles générales, car les variantes locales et régionales étaient nombreuses. Cependant, dès la fin du XIII^e siècle, la pratique s'efforce de remplacer la majorité

69. J. BRISSEAU, *op. cit.*, pp. 116-118.

70. *Répertoire général et alphabétique de droit français, op. cit.*, p. 1002.

71. J. BRISSEAU, *op. cit.*, pp. 110-111.

72. *Id.*, pp. 123-124.

coutumière par la majorité romaine de vingt-cinq ans. Au XVI^e siècle, et jusqu'en 1789, vingt-cinq ans fut l'âge légal où cessait la minorité dans la France entière ⁷³.

Troisième chapitre

La puissance paternelle dans la législation révolutionnaire et le Code civil de 1804

52. Les bouleversements qui ont accompagné la fin de l'ancien régime se sont répercutés sur les structures de la famille et particulièrement sur la puissance paternelle. Dénigrée pendant la période révolutionnaire, cette institution fut réhabilitée sous la République. Ce sont donc les transformations qu'elle a connues au cours de la période allant de la *Révolution de 1789* à la *codification de 1804* qui feront l'objet du présent chapitre.

Section I - La puissance paternelle dans la législation révolutionnaire

53. Très attaquée par les philosophes du dix-huitième siècle (Rousseau, Kant, Locke, et ceux de l'Encyclopédie), la puissance paternelle fut considérablement modifiée et amoindrie par les législateurs révolutionnaires. Cette institution représentant à leurs yeux l'image du despotisme monarchique, il ne faut donc pas se surprendre de leur réaction qui conduisit à sa libéralisation et au contrôle de son exercice par l'autorité publique.

54. Cet exercice fut confié, comme c'était déjà le cas en droit coutumier, non plus au père seul pendant le mariage, mais au père et à la mère, c'est-à-dire au père d'abord et, à son défaut, à la mère. Dans les pays de droit écrit, la modification apportée à l'exercice de la puissance paternelle fut plus ressentie, car on y connaissait encore, à la fin de l'ancien régime, une puissance paternelle exclusivement exercée par le père. C'était la conséquence prévisible de l'unification du droit français apportée par la législation révolutionnaire.

55. Mais les changements les plus importants affectèrent l'étendue de la puissance paternelle. L'absolutisme et l'arbitraire de cette institution, accentués par les ordonnances royales, reçurent un dur coup par suite de la création d'un tribunal de famille. C'est par le

73. *Id.*, pp. 189-191.

décret du 16 août 1790, sur l'organisation judiciaire⁷⁴, que fut créé ce tribunal qui reprenait, avec une grande extension, une institution bien ancienne qui se trouvait organisée dans le *Statut provençal de 1491* et dans quelques coutumes, et que d'ailleurs les ordonnances royales tentèrent, mais en vain, d'établir⁷⁵.

Tout comme l'*Ordonnance de Moulins* (1566), la nouvelle loi prévoyait que toute contestation s'élevant entre les membres d'une même famille, devra être déférée à des arbitres choisis par les parties parmi leurs parents et, à leur défaut, parmi leurs voisins ou amis. Ces arbitres, après avoir entendu les parties et pris connaissance de la cause, devront rendre une décision motivée (art. 12). Chaque partie choisit deux arbitres et un cinquième est nommé par ces derniers si la cause ne peut être tranchée par une majorité. En cas de refus d'une partie de désigner ses arbitres, l'autre pourra s'adresser au juge qui nommera lui-même deux arbitres (art. 13). Enfin, l'appel de la décision arbitrale est toujours possible devant le tribunal de district qui se prononce en dernier ressort (art. 14).

L'exercice du droit de correction du père fut considérablement amoindri par la création de ce tribunal, car ce dernier ne pouvait plus décider unilatéralement des châtiments à appliquer contre ses enfants. La loi prévoyait en effet que :

(Art. 15) : « Si un père ou une mère ou un aïeul ou un tuteur a des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille dont il ne peut réprimer les écarts, il pourra porter plainte au tribunal domestique de la famille assemblée, au nombre de huit parents les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre ; et, à défaut, il y sera suppléé par des amis ou des voisins ».

À titre de sanction, si l'enfant était âgé de moins de vingt ans, ce tribunal pouvait, après vérification des sujets de plainte, décider qu'il fut enfermé pendant une période maximale d'un an dans les cas les

74. *Décret sur l'organisation judiciaire*, (16-24 août 1790), Titre X, art. 12-17, rapporté dans L. M. DEVILLENEUVE et A. A. CARETTE, *Recueil général des lois et des arrêts*, Paris, Administration du recueil général des lois et des arrêts, 1851, 1^{re} Série, p. 49 ; J. BRISSEAU, *op. cit.*, p. 125 ; GIN, *Analyse raisonnée du droit français*, t. I, Paris, Gornery, 1804, pp. 234-235 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La famille dans le Code civil », dans *Le Code civil 1804-1904*, Livre du Centenaire, t. I, Paris, publié par la Société d'études législatives, Arthur Rousseau, éditeur, 1904, pp. 265-294.

75. P. H. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française*, Paris, Librairie Hachette, 1898, pp. 309-310 ; J. N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Nouvelle édition, Paris, Vesse, 1784-1785, vol. I, p. 559 ; Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence...*, édition de 1846, t. 4, p. 368 ; *Ordonnance sur la réforme de la justice*, février 1566, cité dans Isambert, t. XIV, pp. 189-211 ; *Ordonnances (Code Michaud) sur les plaintes des États assemblés à Paris en 1614, et de l'assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris en 1617 et 1626*, janvier 1629, rapportées dans Isambert, t. XVI, pp. 225-268.

plus graves (art. 16). De plus, l'exécution de la décision ne pouvait être ordonnée que par le président du tribunal de district, et après qu'il eut entendu le commissaire du Roi chargé de vérifier, en la forme judiciaire, les motifs qui avaient déterminé la famille à décider de l'emprisonnement de l'enfant. Le juge pouvait également refuser l'exécution de la sentence ou en tempérer les dispositions s'il le jugeait à propos (art. 17).

En somme, le tribunal de famille était peut-être, à l'égard du mineur, une extension des assemblées de parents que connaissait le droit coutumier. Ces assemblées, composées de parents et d'amis du mineur, conseillaient le juge pour la nomination d'un tuteur et avisaient ce tuteur dont le consentement était nécessaire au mariage du mineur ⁷⁶.

Néanmoins, le tort du législateur révolutionnaire fut de vouloir appliquer trop brusquement aux relations familiales son idéal de liberté et d'égalité par la mise sur pied de ce tribunal. Les mœurs de l'époque n'étaient pas préparées à accepter un tel contrôle de la puissance paternelle. C'est ainsi que moins de quatre ans après sa création, le tribunal de famille fut rayé des institutions judiciaires de la France révolutionnaire par la *Loi du 9 Ventôse, ou IV* (28 février 1796) ⁷⁷. Leur compétence fut en même temps transférée aux tribunaux ordinaires.

56. D'autres lois contribuèrent à diminuer l'étendue des pouvoirs du père. Ainsi, la *Loi du 28 août 1792*, instituant la majorité civile dès l'âge de vingt et un ans, limita dans le temps l'exercice de la puissance paternelle. L'application généralisée de cette loi sur tout le territoire français eut pour résultat l'abolition de la puissance paternelle sur les majeurs, encore en vigueur dans les pays de droit écrit ⁷⁸. Cette majorité, commune aux citoyens et citoyennes françaises, emportait également avec elle l'exercice de tous les droits civils et politiques reconnus par l'État. L'instauration d'une majorité civile signifiait également la disparition de la majorité matrimoniale. Aussi, le consentement des parents au mariage de leurs enfants n'était plus nécessaire une fois acquis l'âge de vingt et un ans. Toutefois, toujours liés par leur devoir de respect envers leurs parents, les enfants majeurs étaient quand même tenus, selon le projet de code de 1793, de requérir leur approbation par des sommations respectueuses. Mais, s'ils ne

76. J. BRISSEAU, *op. cit.*, pp. 182-183, note 3.

77. DEVILLENEUVE, *op. cit.*, p. 385.

78. J. BRISSEAU, *op. cit.*, pp. 125-126.

l'avaient pas obtenue dans les trois jours, ils n'avaient qu'à prouver leur réquisition qui dès lors suffisait ⁷⁹.

La *Loi du 26 août 1794* ⁸⁰ porta un dernier coup à la puissance paternelle en sanctionnant la disparition de l'exhérédation. L'exhérédation disparue, et les droits du père (ou de la mère en cas de décès) sur le patrimoine familial ayant été considérablement diminués, celui-là se trouva dépourvu de tout moyen d'agir sur ses enfants. Il ne pouvait dorénavant disposer de leurs biens ⁸¹.

Section II – La puissance paternelle dans le Code civil

57. Fruit de trop d'idéalisme, trop rapides et trop radicaux pour coller à la réalité sociale de l'époque, les changements apportés à la famille et à la puissance paternelle ne purent s'imposer. Désireux de réaliser, par l'intermédiaire de la loi, les aspirations des philosophes du XVIII^e siècle, les législateurs révolutionnaires négligèrent de légiférer en tenant compte des besoins réels de la population avec laquelle ils avaient perdu contact. La famille, trop profondément touchée dans ses assises, avait besoin qu'on lui assure sa cohésion ; ce fut le travail des codificateurs. Il ne faut donc pas s'étonner de leur objectif : redonner au père l'autorité qu'il avait perdue à la suite des réformes imposées par les législateurs révolutionnaires.

L'esprit qui les a animés est clairement énoncé par M. Réal dans son exposé des motifs :

« Le projet que j'ai l'honneur de vous présenter, relatif à la puissance paternelle, établit les lois qui doivent y maintenir l'ordre, prescrit les principaux devoirs, reconnaît les droits principaux qui obligent et qui lient plus étroitement entre eux les membres de toutes ces petites sociétés naturelles dont l'agrégation civile forme la grande famille. Ce projet a institué, pour veiller à l'observation de ces devoirs, à la conservation de ces droits, la plus sacrée de toutes les magistratures, la magistrature paternelle, magistrature indépendante de toutes conventions et qui les a toutes précédées ⁸² ».

79. P. H. SAGNAC, *op. cit.*, pp. 309-310.

80. J. BRISSEAU, *op. cit.*, pp. 125-126.

81. Cette affirmation est particulièrement vraie dans le cas des provinces de droit écrit où le père avait toute autorité sur le patrimoine commun des membres de la famille. Par contre, et nous l'avons déjà dit, les parents dans les pays de droit coutumier n'avaient que l'administration des biens des enfants mineurs.

82. FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. X, Osnabrück, Otto Zeller, éditeur, Allemagne, 1968, p. 511.

58. L'organisation de la puissance paternelle est exposée au chapitre IX du *Code civil français* de 1804 dans les articles 371 à 381⁸³. Suivant de près la pratique établie dans les pays de droit coutumier, son exercice a été confié au père seul durant le mariage (art. 373)⁸⁴. Bien que les codificateurs se défendent d'avoir exclu la mère de l'exercice de cette « magistrature », celle-ci ne peut pourtant l'exercer, pendant le mariage, qu'à défaut du père, étant elle-même soumise à l'autorité de son mari. Son consentement est sans doute nécessaire pour autoriser le mariage de ses enfants mais, devant son refus, celui du père suffit (art. 148). Elle a également la jouissance des biens de ses enfants jusqu'à leur majorité ou leur émancipation, mais à la condition que le mariage ait été dissous par le décès du mari (art. 383).

59. Les attributs de la puissance paternelle tels qu'exprimés dans le code de 1804 sont le droit de garde et le droit de correction. Ces droits ne sont toutefois que corrélatifs des obligations de nourrir, entretenir et élever leurs enfants que contractent les époux du seul fait du mariage (art. 203). C'était donc, pour les codificateurs, affirmer, d'une part, que la puissance paternelle découlait du mariage et non de la filiation et, d'autre part, que le père et la mère naturels n'en étaient pas titulaires (art. 383).

Le droit de garde est énoncé à l'article 374 du *C.N.* qui édicte que : « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus ». Ce droit du père lui permet de garder l'enfant à son domicile, de le placer dans une institution ou de l'envoyer dans tout lieu qu'il jugera propice à son éducation. Il s'avère donc un obstacle au choix, par le fils, d'un domicile séparé à l'encontre de la volonté du père.

Quant au droit de correction, c'est l'attribut de la puissance paternelle dont l'exercice a été réglementé de la façon la plus détaillée par les codificateurs. Le père, dont les pouvoirs avaient été paralysés par la création du tribunal de famille pendant la période révolutionnaire, reprend toute son autorité avec le *Code Napoléon* qui lui abandonne cette institution et délimite ses pouvoirs en tenant compte

83. *Code civil français annoté*, Paris, Chez Alex Gobelet, éditeur, 1840, p. 116 et ss.

84. Vézin déclarait, lors des travaux préparatoires du *Code civil* : « Le père est considéré, en effet, comme le chef de la famille, par les principes que vous avez déjà admis en traitant du mariage ; il est dans l'ordre, et c'est une conséquence qu'il en ait les prérogatives. Ce pouvoir, s'il était en même temps partagé entre plusieurs, s'affaiblirait par cela même et tournerait en sens contraire de l'objet de son institution ». FENET, *op. cit.*, p. 527 ; GIN, *op. cit.*, pp. 233-234 écrit que : « C'est la conséquence de l'autorité du mari sur la femme et la prédominance du chef dans toute société ».

et de l'âge et de l'état de l'enfant. Ainsi en vertu de l'article 376 du *C.N.*, le père pourra faire détenir l'enfant⁸⁵ âgé de moins de seize ans pour au plus un mois et sans en donner les motifs au président du tribunal, qui devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation. Si l'enfant est âgé de plus de seize ans mais n'est pas émancipé ou n'a pas atteint l'âge de la majorité, le père pourra seulement requérir sa détention pendant six mois au plus, après avoir motivé sa demande auprès du président du tribunal (art. 377 du *C.N.*). Les procédures, dans ce cas, sont réduites au minimum et le père n'est tenu que de fournir des aliments convenables pendant la détention (art. 378 du *C.N.*). Il reste néanmoins maître d'abréger la durée de la détention qu'il a ordonnée ou requise (art. 379 du *C.N.*). En cas de remariage du père, la détention doit être demandée par voie de réquisition même si l'enfant est âgé de moins de seize ans (art. 380 du *C.N.*). Cependant, la mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir son enfant qu'avec l'assistance des deux plus proches parents paternels et par voie de réquisition seulement (art. 381 du *C.N.*).

Ce sont là les seules limites qu'ait apportées à l'autorité paternelle le *Code civil* français. « Le pouvoir de correction, écrit Bigot de Préameneu, est fondé sur la juste présomption que le père n'usera de son autorité que par un sentiment d'affection et pour l'intérêt de l'enfant...⁸⁶ ». Toutefois, si le père maltraite son enfant ou se livre sur lui à des excès qui mettent en danger sa santé, le juge pourra autoriser cet enfant à quitter le foyer paternel, ou encore, pourra l'émanciper⁸⁷.

60. Les droits conférés au père dans le cadre de la puissance paternelle ne sont pas exclusivement énoncés sous le titre IX du *Code Napoléon*⁸⁸. Ainsi, la nécessité pour les enfants mineurs d'obtenir le consentement des parents à leur mariage, considéré par les auteurs comme un attribut de la puissance paternelle, est réglementé par l'article 148 du *C.N.* sous le titre du « *Mariage* ». Cet article énonce que :

« Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit⁸⁹ ».

85. M. Boulay dit que « la section (art. 376 et ss.) s'est attachée à prévenir tout procès entre le père et le fils, fut-ce même devant la famille : le père ne pourrait le perdre sans perdre en même temps une grande partie de son autorité ». FENET, *op. cit.*, p. 495.

86. FENET, *op. cit.*, p. 494.

87. *Code civil français annoté*, *op. cit.*, p. 117.

88. *Id.*, p. 48.

89. Puis de vingt-cinq à trente ans pour les fils et de vingt et un à vingt-cinq pour les filles, trois actes respectueux de mois en mois étaient nécessaires. Après l'âge de trente ans pour les

Par cet article, le législateur français rétablissait donc la majorité matrimoniale qu'avait abandonnée le droit révolutionnaire, puisque l'âge de la majorité civile était fixé à vingt et un ans par l'article 388 du *C.N.* Pour légitimer ce retour en arrière, Portalis, dans son exposé des motifs au Corps législatif, déclarait : « Il nous est apparu utile aux mœurs de faire revivre cette espèce de culte rendu par la piété filiale au caractère de dignité et de majesté que la nature elle-même semble avoir imprimé sur ceux qui sont pour nous, sur la terre, l'image du Créateur⁹⁰ ». Le défaut de consentement des père et mère entraînait donc la nullité relative du mariage (art. 182 du *C.N.*). Et, en l'absence de père et de mère, c'étaient les aïeuls qui devaient donner leur consentement (art. 150 du *C.N.*)⁹¹.

61. En ce qui a trait aux pouvoirs des père et mère sur les biens de leurs enfants, précisons qu'ils en avaient l'usufruit. Le droit coutumier ne leur avait pas accordé ce droit ; le droit écrit, par contre, leur en avait laissé la propriété. Le *Code civil* de 1804 établit un compromis : les parents jouiront des biens de leurs enfants jusqu'à ce que ceux-ci aient atteint l'âge de dix-huit ans (art. 384). Cette disposition qui ne retardait pas trop l'émancipation n'y mettait pas non plus d'obstacle. Les codificateurs craignaient en effet qu'en laissant l'usufruit des biens aux père et mère jusqu'à l'âge de vingt et un ans, ceux-ci se refusent à consentir à l'émancipation ou à un mariage.

L'article 395 du *C.N.* établit les charges de cette jouissance. Ce sont celles auxquelles sont tenus les usufruitiers : la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune, le paiement des arrérages ou intérêts de capitaux et, finalement, les frais funéraires et de dernière maladie. Il faut toutefois remarquer que cet usufruit ne s'étendait pas aux biens que les enfants pouvaient acquérir par un travail ou une industrie séparés, ni à ceux qui leur étaient légués ou donnés sous la condition expresse que leur père et mère n'en jouiraient pas (art. 387 du *C.N.*).

62. Disons, en terminant l'étude de la puissance paternelle dans le *Code civil* de 1804, que l'enfant restait soumis à l'autorité de son titulaire jusqu'à sa majorité s'il n'était pas émancipé, avant ce temps,

garçons, et de vingt-cinq ans pour les filles, un acte respectueux était encore exigé (art. 153 du *C.N.*). Le défaut de sommations n'entraînait pas la nullité, même relative, du mariage. Il n'était pas non plus sanctionné par l'exhérédation, car ce pouvoir n'avait été accordé ni au père ni à la mère par le *Code civil*. (À ce sujet, voir TOULLIER, *op. cit.*, p. 462). En fait, aucune sanction n'était attachée au défaut d'exécuter ces sommations respectueuses.

90. *Id.*, p. 49.

91. P. H. SAGNAC, *op. cit.*, p. 367 : « On laisse subsister leur autorité car après de grandes secousses politiques, l'ordre de la société ne peut être raffermi qu'en redoublant de précautions pour conserver l'ordre des familles ».

par le mariage (art. 476 du *C.N.*), ou par acte de ceux à qui la puissance appartenait par suite de la déclaration de leur volonté devant le magistrat (art. 477 du *C.N.* et ss.). Néanmoins, il restait soumis, sa vie durant, au devoir d'honneur et de respect envers ses parents (art. 371 du *C.N.*).

Conclusion

63. Plusieurs siècles séparent la *patria potestas* du droit romain de la puissance paternelle telle qu'organisée par le *Code civil français* de 1804. Même si au cours de cette période, il y a lieu de parler, de façon générale, de l'amélioration du sort réservé aux enfants, il nous semble pourtant impossible d'attribuer l'amélioration de leur condition à cette institution qu'est la puissance paternelle. Au contraire, et c'est, à notre avis, ce qui se dégage de notre étude, celle-là s'est réalisée, à toutes les époques étudiées, à l'encontre de l'autorité paternelle et n'a pu survenir que suite à l'affaiblissement des pouvoirs de son titulaire. C'est d'ailleurs cet affaiblissement qui caractérise l'évolution de la puissance paternelle pendant toute cette période que nous avons étudiée.

De façon générale également, et cela vaut pour toutes les époques, l'enfant a toujours été considéré comme un objet, non comme un sujet de droit. Aussi, sa relation avec le titulaire de la puissance paternelle a-t-elle été constamment marquée par un rapport de dominant à dominé, plus favorable à l'intérêt du premier que du second. En aucun moment, l'organisation juridique de cette institution n'a protégé vraiment l'intérêt premier et supérieur de l'enfant contre l'arbitraire et l'absolutisme des pouvoirs du père. Aussi, nous est-il difficile de conclure cette étude historique de la puissance paternelle en voyant dans cette institution juridique l'instrument de cette protection.

C'est finalement bien plus à l'évolution des mœurs qu'à la puissance paternelle que nous devons le relèvement de la condition des enfants au cours de cette période que nous venons de couvrir.

Deuxième partie

LA PUISSANCE PATERNELLE EN DROIT QUÉBÉCOIS

64. Dans cette seconde partie de notre étude, nous continuerons de suivre l'évolution de la puissance paternelle mais, cette fois, à travers la doctrine et la jurisprudence québécoises. Sans doute, dans un premier chapitre, ferons-nous un bref rappel historique des origines de l'institution en droit québécois, mais ce sera pour passer aussitôt, dans le second chapitre, à l'analyse du droit positif. Nous tenterons alors, dans une première section, de préciser la nature et le fondement de la puissance paternelle. Dans une deuxième section, nous en étudierons l'organisation telle qu'exposée dans les articles pertinents du *Code civil*. Tout cela finalement, pour essayer de déterminer la conception qui se dégage de la puissance paternelle en droit civil québécois.

Premier chapitre

La puissance paternelle et la codification : les sources

65. C'est dans le *Rapport des codificateurs*⁹² que sont indiquées les sources coutumières, législatives et doctrinales qui ont inspiré les Commissaires à la codification lors de la rédaction du titre huitième du livre premier du *Code civil* intitulé : « *De la puissance paternelle* ». C'est également dans ce rapport que nous retrouvons les commentaires qu'ils nous ont laissés, suite à la rédaction de ce titre. De l'examen de ces sources et de ces commentaires, il appert que les Commissaires se sont inspirés principalement de quatre sources qui sont : la *Coutume de Paris*, le *Code civil français*, le *Code civil de la Louisiane* et les commentateurs de la *Coutume de Paris* et du *Code Napoléon*. Ce sont ces sources que nous allons maintenant étudier brièvement.

Section I - La Coutume de Paris

66. Il convient d'abord de donner un aperçu de ce qu'était le droit avant la codification de 1866. C'est pourquoi nous dirons d'abord

92. *Code civil du Bas-Canada, Rapport des codificateurs*, t. I, titre II - III, Québec, imprimé par G. E. Desbarats, 1865, pp. 202-204, 314 (sera désormais cité sous le titre — *Rapport des codificateurs*, t. I); Voir également De Lorimier, *Bibliothèque du Code civil*, t. II, Montréal, La Minerve, 1885, pp. 524 et ss.

quelques mots sur l'introduction du droit coutumier au Canada et plus particulièrement sur l'introduction de la *Coutume de Paris*. Puis, nous signalerons l'influence qu'a eue cette *Coutume* sur la rédaction des articles du *Code civil* relatifs à la puissance paternelle.

A - L'introduction du droit coutumier au Canada

67. Comme la plupart des premiers habitants de la colonie française d'Amérique étaient originaires de provinces françaises où la coutume s'appliquait, ce fut le droit coutumier, par opposition au droit écrit, qui y fut introduit. Mais, à cause de la diversité des origines de ces premiers habitants et de la multiplicité des coutumes qui y furent, de ce fait, apportées, il n'existait pas un droit commun qui s'appliquait à tous. Comme l'écrivait Langelier : « Il est probable que chacun y était régi par le droit coutumier de sa province d'origine⁹³ ». Cependant, les nouveaux arrivés venant pour la plupart de la Normandie, il est raisonnable de penser que c'est la coutume de cette province qui fut appliquée le plus couramment, du moins, tant que la Nouvelle-France ressortit du Parlement de Rouen⁹⁴. Il existe, toutefois, des traces d'une introduction lente mais progressive de la *Coutume de Paris* dans les premiers temps de la colonie. Ainsi, nous dit Olivier Martin :

« Nous avons nombre de sentences de la prévôté de Québec et on y constate que très fréquemment cette prévôté, bien avant 1664, se réfère expressément à la Coutume de Paris. Quant aux gens du Canada, nous avons des preuves nettes que dans leurs arrangements familiaux, notamment dans les contrats de mariage, ils se réfèrent volontiers aux usages de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris⁹⁵ ».

Ce n'est pourtant qu'en mars 1664 que cette coutume fut officiellement introduite en Nouvelle-France par l'*Édit d'établissement de la compagnie des Indes occidentales*⁹⁶ dont l'article 33 se lisait comme suit :

93. F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1905, p. 51.

94. J. J. LORANGER, *Commentaire sur le Code civil du Bas-Canada*, t. I, Montréal, E. A. Brassard, éditeur, La Minerve, 1873, p. 22.

95. F. O. MARTIN, « Comment la Coutume de Paris s'est installée en Nouvelle-France », *Le Devoir*, lundi, 24 oct. 1938, p. 5 ; Voir également J. BOUCHER et A. MOREL, *De la Coutume au Code civil*, textes et documents d'histoire du droit québécois, Montréal, P.U.M., 1970, pp. 6-7.

96. J. J. LORANGER, *op. cit.*, p. 2 ; F. O. MARTIN, *op. cit.*, p. 5 ; F. LANGELIER, *op. cit.*, p. 52. TESTARD DE MONTIGNY, *Histoire du droit canadien*, Montréal, Eusebe Sénécal, Imprimeur-éditeur, 1869, p. 18. Toutefois, certains auteurs dont G. DOUTRE et E. LAREAU, *Histoire général du droit canadien*, t. I, (1492-1791), Montréal, A. Doutre

« Seront les juges établis en tous lesdits lieux, tenus de juger suivant les lois et ordonnances du royaume, et les officiers de suivre et se conformer à la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris suivant laquelle les habitants pourront contracter sans que l'on y puisse introduire aucune coutume pour éviter la diversité ⁹⁷ ».

Cette coutume constitua, en matière civile, le droit commun des « Canadiens » jusqu'à la codification du droit québécois en 1866. C'est donc la puissance paternelle, telle qu'organisée par les usages de cette coutume ⁹⁸, qui devait régler les rapports parents-enfants pendant toute cette période.

68. Toutefois, malgré la similitude apparente qui devait exister, au niveau du droit, entre l'organisation de la puissance paternelle des provinces françaises régies par le droit coutumier et celle pratiquée au Canada d'alors, les rapports parents-enfants présentaient dans les faits, des différences importantes. C'est ce que souligne Philippe Garigue quand il écrit :

« Les Canadiens français se retrouvèrent donc dans une situation où il y avait de grands avantages à avoir une famille nombreuse. La situation en France était, à pareille époque, très différente. En Nouvelle-France, il existait un rapport direct entre la satisfaction des besoins sociaux, la richesse, le statut, la politique gouvernementale et la famille. Les relations parents-enfants en étaient transformées. Écrivant en 1709, un missionnaire jésuite fit la remarque que le traitement des enfants était bien différent. Les parents n'avaient pas la même autorité sur leurs enfants et les enfants avaient très tôt une indépendance inconnue en France. La possibilité de vivre indépendamment de leurs parents, ainsi que l'esprit d'aventure donnaient aux jeunes, un statut inconnu dans la France à la même époque ⁹⁹ ».

Nonobstant ces différences culturelles et sociales qui ont pu affecter l'organisation de la puissance paternelle en Nouvelle-France, la *Coutume de Paris* continua, en théorie, de régir les rapports parents-enfants jusqu'en 1866. Il n'est donc pas étonnant que les Commissaires à la codification aient mentionné cette coutume parmi les sources qui les ont inspirés lors de la rédaction du titre huitième du *Code civil*.

et cie, éditeur, 1872, p. 50, affirment que c'est l'Édit de création du Conseil souverain de 1663 qui consacre l'introduction de la Coutume de Paris en Nouvelle-France.

97. *Édits, ordonnances, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi, concernant le Canada*, t. I, Québec, E. R. Frechette, 1854, p. 46.

98. Cf., *supra*, nos 46 à 51.

99. Philippe GARIGUE, *La vie familiale des Canadiens français*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 17.

B – La Coutume de Paris et la codification de 1866

69. Dans un bref rappel historique, les Commissaires soulignèrent que malgré cette règle de l'ancien droit français édictée par Loysel et qui veut qu'« en pays de droit coutumier, droit de puissance paternelle n'a lieu », « il est constant que dans les provinces de France où s'appliquait la Coutume, il y avait, autrefois, une espèce de puissance paternelle, quoique différente de celle des romains et de celle que connut la France après la rédaction du *Code civil* de 1804¹⁰⁰ ». C'est cette puissance paternelle que les codificateurs québécois ont retenue et particulièrement celle admise et pratiquée dans le ressort du Parlement de Paris. « Les articles qui suivent, écrivent-ils, tracent les règles de cette puissance » :

« L'enfant à tout âge, doit honneur et respect à son père et à sa mère : il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation ; elle est exercée pendant le mariage, par le père seul sans le consentement duquel l'enfant ne peut quitter la maison paternelle tant qu'il est mineur et non émancipé ; tant que cet état dure, le père ou la mère, à son défaut, a sur lui un droit de correction modérée qui peut se déléguer à ceux chargés de son éducation¹⁰¹ ».

Dans le *Code civil* de 1866, les règles de la puissance paternelle sont devenues les suivantes :

Art. 242 : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ».

Art. 243 : « Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage sauf les dispositions contenues dans l'Acte 25 Victoria, chap. 66 ».

Art. 244 : « Le mineur non émancipé ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père ».

Art. 245 : « Le père, à son défaut la mère, a sur son enfant mineur et non émancipé, un droit de correction modérée et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant a été confiée¹⁰² ».

C'est donc un lien très étroit qui unit la conception coutumière de la puissance paternelle et celle retenue par les Commissaires lors de la

100. *Rapport des codificateurs*, t. I, p. 202 ; voir également POCQUET, *op. cit.*, pp. 36-37 ; ROGRON et FIRBACH, *op. cit.*, t. I, p. 15 ; TOULLIER, *op. cit.*, vol. I, p. 181.

101. *Rapport des Codificateurs*, t. I, p. 202.

102. *Code civil du Bas-Canada*, Ottawa, publié par Malcom Cameron, Imprimeur de la Reine, 1866. Il est à remarquer que, malgré l'adjonction, au titre huitième, de l'article 245 (a) (1970, E.L. II, Bill 48, art. 10) relatif à l'exercice de la puissance paternelle par les parents naturels, ce titre n'a subi aucune modification depuis 1866.

rédaction des articles 242 à 245 du *Code civil* québécois. Nous aurons l'occasion de revenir sur certains aspects de cette coutume quand nous étudierons, dans le second chapitre, l'organisation de la puissance paternelle.

Section II - Le Code civil français

70. Bien que les dispositions du *Code Napoléon* concernant la puissance paternelle présentent beaucoup d'analogies avec celles du *Code civil* québécois¹⁰³, c'est surtout pour en signaler les différences que les Commissaires les commentent.

Une première différence, mais celle-là sans importance véritable, apparaît entre les deux codes relativement à la situation, dans leur texte respectif, du titre consacré à la puissance paternelle. En effet, alors que le *Code Napoléon* traite ce sujet dans son titre neuvième, le *Code civil* québécois le fait dans son titre huitième. Ce décalage dans la numérotation des titres est simplement dû au fait que les Commissaires n'ont pas retenu dans le code de 1866 le titre huitième du *Code Napoléon* consacré à l'adoption et à la tutelle officieuse, parce que ni l'une ni l'autre de ces institutions ne faisaient partie de notre droit. « toutes deux étant inconnues en France avant le Code, dans les pays de droit écrit comme dans ceux de coutume¹⁰⁴ ».

Mais des différences beaucoup plus importantes apparaissent entre les deux Codes quant à l'étendue de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens du mineur. Ainsi, lorsque le *Code civil* québécois accorde au père ou, à son défaut, à la mère, un droit de correction modérée et raisonnable sur la personne de leur enfant mineur et non émancipé, le *Code Napoléon* leur accorde, dans certaines circonstances et avec certaines formalités plus ou moins solennelles, suivant son âge et la position des parents, le droit de le faire arrêter et détenir sans même être tenu, dans certains cas, d'en donner les raisons¹⁰⁵. Les Commissaires expliquent cette différence de la façon suivante :

« Ces mesures qui n'étaient pas tout à fait étrangères à l'ancienne jurisprudence, faisant plutôt partie du droit public et criminel que du droit

103. En effet, les articles 371-372-373-374 du C.N. se lisent comme suit : « L'enfant, à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère — Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation — Le père seul exerce cette autorité durant le mariage — L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans ».

104. *Rapport des Codificateurs*, I, I, p. 202.

105. Cf., *supra*, n° 59.

privé, ont été supprimées par les Commissaires qui regardent comme suffisant, pour les cas ordinaires, le droit de correction modérée accordé par l'article 4 (du projet de *Code* devenu l'article 245 du *C.c.*), laissant aux lois criminelles et de police le soin de pourvoir à ceux d'un caractère grave et exceptionnel ¹⁰⁶ ».

Quant aux pouvoirs des père et mère sur les biens de leur enfant mineur, la différence entre le texte des deux *Codes* est significative. Contrairement au *Code Napoléon*, qui consacre les articles 384 à 387 à l'usufruit des parents sur les biens de leurs enfants mineurs jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou jusqu'à leur émancipation, le code québécois n'en consacre aucun. En l'absence de dispositions expresses à cet effet, il faut donc conclure que les père et mère n'ont en droit québécois aucun pouvoir sur les biens de leur enfant mineur ^{106a}.

Section III – Le Code civil de la Louisiane

71. La première rédaction du *Code civil de la Louisiane* date de 1808 et il y en eut une seconde en 1825 ¹⁰⁷. On ne s'étonne donc pas que les Commissaires s'en soient inspirés en 1866, d'autant plus qu'ils constatent eux-mêmes, dans la puissance paternelle pratiquée dans le ressort du Parlement de Paris, « une grande analogie avec celle adoptée par le *Code de la Louisiane* ¹⁰⁸ ». C'est donc cette identité de source qui a poussé les Commissaires à s'en inspirer lors de la rédaction du titre huitième du *Code civil* québécois.

Toutefois, l'influence de ce texte législatif sur la conception des articles du code québécois fut assez limitée. Et, il semble bien, à la lecture des commentaires que nous ont laissés les Commissaires, qu'un seul aspect de l'exercice de la puissance paternelle dénote cette influence; il s'agit du caractère modéré et raisonnable du droit de correction accordé au père ou, à son défaut, à la mère, par l'article 245 du *C.c.* Nous retrouvons, en effet, ce même caractère dans l'article 236 du *C.L.* qui énonce que les parents ont le *droit de corriger leur enfant*, pourvu que ce soit de « manière raisonnable ». La similitude des termes employés dans les deux articles de ces codes et, en outre, la différence qui existe entre l'étendue du droit de correction reconnue au père par le *Code Napoléon* et celle qui lui est reconnue par le *Code civil* du

106. *Rapport des Codificateurs*, I. I, p. 202.

106a. Il faut tenir compte, cependant, des dispositions des anciens articles 1323 à 1332 du *Code civil* (art. 1426 à 1435 nouveaux *C.c.*). Sur ce point, vid. nos observations, *infra*, n° 131.

107. *Compiled Edition of the Civil Code of Louisiana*, published in *Louisiana Legal Archives*, vol. 3, Part I, Baton Rouge, Louisiana, 1940, pp. 125-140; en particulier pp. 127-128.

108. *Rapport des Codificateurs*, I. I, p. 202.

Québec semblent militer en faveur de notre opinion. Il n'y a, à notre avis, aucun autre article du titre neuvième du code québécois dont l'esprit puisse être attribué à l'influence déterminante des articles pertinents du *Code de la Louisiane*.

72. L'étude des sources du titre huitième du *Code civil*¹⁰⁹ nous amène donc à constater le caractère modéré de la puissance paternelle en droit québécois. L'influence de l'institution coutumière, avec la modération des pouvoirs du père par rapport à l'absolutisme de ceux du père en droit écrit, et l'influence particulière de l'article 246 du *Code de la Louisiane* sur l'étendue du droit de correction semblent, à première vue, confirmer notre affirmation. Toutefois, nous aurons l'occasion de la vérifier plus à fond en étudiant, dans le deuxième chapitre, la puissance paternelle en droit québécois.

Second chapitre

La puissance paternelle en droit civil québécois

Avant d'entreprendre l'étude des éléments constitutifs de la puissance paternelle, attardons-nous quelque peu à préciser la nature et le fondement de cette institution en droit coutumier et québécois.

Section I - Nature et fondement

A - La nature de la puissance paternelle

73. Plusieurs définitions de la puissance paternelle ont été données par un non moins grand nombre d'auteurs. Ainsi, pour Pothier, la puissance paternelle des pays de droit coutumier était « ce droit qu'ont les parents de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants¹¹⁰ ».

Au Québec, après la codification de 1866, un des premiers commentateurs du *Code civil*, E. A. Beaudry, emprunta à Delvincourt cette définition de la puissance paternelle : « Un droit accordé aux père et mère par la nature et par la loi sur la personne [...] de leurs

109. Les commentateurs de la *Coutume de Paris* et du *Code Napoléon*, seront étudiés lorsque nous analyserons la notion de puissance paternelle en droit québécois.

110. M. BUGNET, *Les Oeuvres de Pothier*, t. IX, 2^e édition, Paris, Henri Pion, éditeur, 1861, p. 50; pour le droit québécois avant la codification, voir H. DES RIVIÈRES BEAUBIEN, *Traité sur les lois civiles du Bas-Canada*, Montréal, Ludger Duvernay, éditeur, 1832, t. I, p. 56.

enfants¹¹¹ ». Au tournant du siècle, Mignault concevait l'autorité paternelle de deux façons: « *Stricto sensu*, écrit-il, ce serait le droit qu'ont les père et mère de faire ou de diriger l'éducation de leurs enfants et, *largo sensu*, l'ensemble des droits que la loi confère aux descendants dans leurs rapports avec leurs ascendants¹¹² ». Après Mignault, Langelier disait de la puissance paternelle: « Elle était une espèce de droit pour le père et la mère de faire ce qui était nécessaire pour la protection et la garde de leurs enfants¹¹³ ».

Plus près de nous, E. A. Côté affirmait en 1926: « Elle fut instituée au profit et comme moyen efficace de protection en faveur de l'enfant. De là, dit-il, cet ensemble de devoirs qui incombent aux parents, mais d'où naissent aussi, des droits qui leur permettent de s'acquitter efficacement de leurs obligations¹¹⁴ ». Trudel abonde dans le même sens. Pour lui, la puissance paternelle est une « autorité ». « Les droits qu'elle donne à ses titulaires ne sont que des moyens de faciliter leurs tâches d'éducateur et de nourricier¹¹⁵ ». Enfin, pour M. Jean Pineau, et c'est la définition que nous retenons, parce qu'elle en précise à la fois, la nature, l'objet et l'étendue, « la puissance paternelle est l'ensemble des pouvoirs et des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents¹¹⁶ ».

B – Le fondement de la puissance paternelle

74. Il ressort des définitions que nous venons d'énoncer que la puissance paternelle est avant tout un ensemble de pouvoirs et de droits entre les mains de son titulaire. Mais, quels en sont les sources et le fondement? Pour Pierre Verge, le fondement juridique de ces pouvoirs et de ces droits se trouve dans les obligations de « nourrir, entretenir et élever », de l'article 165 du *C.c.* « Un droit, une

111. E. A. BEAUDRY, *Le questionnaire annoté du Code civil du Bas-Canada*, Montréal Beauchemin & Valois, 1872, p. 344.

112. P. B. MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. II, Montréal, C. Théoret, éditeur, librairie de Droit et de Jurisprudence, 1896, pp. 141-142.

113. F. LANGELIER, *op. cit.*, p. 402.

114. E. A. CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale S. Vachon, 1926, p. 82.

115. G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 174; voir également, J. TURGEON, « L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant » dans *Le droit dans la vie familiale*, Livre du Centenaire du *Code civil*, textes présentés par J. BOUCHER et A. MOREL, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 768: « C'est pour permettre aux parents d'accomplir ce devoir, que le *Code civil* leur donne le droit de garde, le droit de correction et le droit de direction ».

116. J. PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil, la famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 188.

prérogative, écrit-il, n'est que le corollaire d'une obligation. La puissance paternelle ne déroge pas à cette règle¹¹⁷ ».

Cependant, à la lecture du texte de l'article 165 du C.c., il nous est possible de constater que ces obligations découlent elles-mêmes du mariage. En effet, cet article édicte que :

« Les époux contractent, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

Est-ce donc dire que la puissance paternelle a pour fondement et existerait seulement dans le cadre du mariage ? Est-ce que les termes de l'article 165 du C.c. signifieraient que les obligations qui y sont énumérées incombent uniquement aux parents légitimes ? Enfin, n'y aurait-il pas lieu de voir dans la filiation, plutôt que dans le mariage, le véritable fondement de ces obligations et, par le fait même, de la puissance paternelle ?

Les réponses apportées à ces questions varient selon l'époque à laquelle on se situe, l'adoption du Bill 48 servant de frontière entre deux époques¹¹⁸. Ainsi, avant 1970, si on suit le raisonnement que nous impose l'article 165, il semble évident que la puissance paternelle est un des effets du mariage.

75. Cette thèse, qui désigne le mariage comme seul fondement de la puissance paternelle, n'est pas nouvelle et est confirmée par l'opinion de plusieurs auteurs. Pothier, par exemple, écrivait qu'il n'y a qu'un mariage qui a les effets civils qui donnent aux père et mère le droit de puissance paternelle¹¹⁹. Au Québec, L. A. Jetté écrivait au début du siècle :

« [...] ce droit de puissance paternelle étant un des effets civils du mariage, les parents n'ont ce droit que sur les enfants d'un légitime mariage, le seul qui produise des effets civils : ils n'ont donc point de droit de puissance paternelle, sur leurs enfants naturels¹²⁰ ».

Et plus tard Trudel, témoignant ainsi du contexte socio-culturel de toute une époque, affirmait :

« La puissance paternelle est un droit naturel d'ordre public. Les lois ne sauraient l'admettre que dans la société familiale dûment organisée, dans le mariage ou la famille légitime. Le contraire serait de hausser le concubinage au rang du mariage et encourager un ferment de désorganisa-

117. P. VERGE, « La puissance paternelle », (1958) 3 C. de D. 144 ; voir également Mignault, t. II, *op. cit.*, pp. 153-154 ; TRUDEL, *op. cit.*, pp. 174-186 ; J. TURGEON, *loc. cit.*, p. 76 ; J. PINEAU, *op. cit.*, p. 188.

118. L.Q., 1970, c. 62, art. 9.

119. ROGRON et FIRBACH, *op. cit.*, t. I, p. 18 ; MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 151.

120. L. A. JETTÉ, *Empêchements résultant du défaut de consentement des parents*, (1927-1928) 6 R. de D., p. 277.

tion sociale, puisque le Code et la nature voient dans la famille légitime, un organisme indispensable à l'intérêt général. La puissance paternelle n'appartient donc pas aux parents naturels ¹²¹ ».

76. Quant au devoir d'entretien et d'éducation, le même raisonnement s'impose, c'est-à-dire, seuls les parents légitimes y seraient tenus en vertu de l'article 165. On voit mal, cependant, que les parents naturels soient déchargés de toutes obligations à l'égard de leurs enfants nés hors mariage. Ce n'est évidemment pas la situation qui prévalait avant 1970, car, sans toutefois être tenus aux obligations de l'article 165, les parents naturels devaient quand même leur fournir les aliments, en vertu de l'ancien article 240 :

« La reconnaissance volontaire ou forcée par le père ou la mère de leur enfant naturel donne à ce dernier, le droit de réclamer des aliments contre chacun d'eux, suivant les circonstances ».

Cette obligation des parents naturels envers leurs enfants a été maintes fois confirmée par nos tribunaux ¹²², et tout récemment, par la Cour d'appel du Québec, alors que le juge Deschênes écrivait :

« Sous l'empire de l'ancien article 240 du *Code civil*, l'intimé pouvait réclamer des aliments, mais il ne pouvait pas forcer son père à lui fournir les moyens de se donner une formation universitaire : ce dernier lui devait la nourriture et l'entretien, il n'était pas tenu de l'élever et n'avait pas envers lui le devoir d'éducation ».

Et dans un autre passage, le même juge constatait :

« La présente cause s'inscrit dans le cadre de la législation antérieure qui n'a pas subi de modifications depuis son adoption en 1866, et qui, un siècle plus tard, conférait toujours à la famille légitime, des avantages auxquels l'enfant naturel, ni ses parents d'ailleurs, ne pouvaient prétendre ¹²³ ».

77. La situation décrite par le juge Deschênes n'est heureusement plus la même aujourd'hui. En effet, depuis l'adoption du Bill 48 en 1970 ¹²⁴, le statut juridique de l'enfant naturel, de même que celui de

121. G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 2, p. 174 et ss. ; *Chalifour v. Latulippe* [1945] R. P. 103.

122. *Roi v. St-Louis*, (1741) 1 R.J.R.Q. 23 ; *Coupal v. Bonneau*, [1865] L.C.J. 177 ; *Francis v. Clément*, (1883) 6 L.N. 194 ; *Cameron v. Steel*, (1888) 11 L.N. 235 ; *Miller v. Lepitre*, (1889) 33 L.C.J. 280 ; *McAulay v. McLennon et Lawrence*, (1903) 23 C.S. 419 ; *Soucy v. Beaupré*, (1914) 20 R.L. 80 ; *Filiatrault v. Meloche*, (1915) 47 C.S. 108 ; *Town of Montreal West v. Haugh*, (1930) 48 B.R. 456 à p. 458 et [1931] R.C.S. 113 à p. 129 ; *Dame Labrie v. Droogenbroeck*, (1931) 69 C.S. 47 ; *Sheehan v. Lefebvre*, (1938) 44 R.L. 378 ; *Sabino v. Beauchêne*, (1939) 77 C.S. 349 ; *Houde v. Vigeant*, (1939) 43 R.P. 204 ; *Guérin v. Moisan*, (1939) 67 B.R. 166 ; *Langelier v. Langelier*, (1940) 78 C.S. 421 ; *Dame Désilet v. Vary et autres*, [1958] C.S. 497 ; *Bougie v. Tremblay*, [1961] R.P. 84 ; *Métivier v. Cloutier*, [1969] R.P. 280.

123. *Fournier v. Ducharme*, [1973] C.A. 387.

124. L.Q. 1970, c. 62.

ses parents, a profondément été modifié, comme le montrent les nouveaux articles 240 et 245-a du *Code civil*, qui énoncent :

- 240 « Les parents doivent nourrir, entretenir et élever leurs enfants naturels ».
- 240-a - « Les enfants naturels doivent des aliments à leur père et à leur mère qui sont dans le besoin ».
- 240-b - « Les articles 169 à 172 s'appliquent aux obligations alimentaires découlant des articles 240 et 240-a ».
- 245-a - « Les parents exercent à l'égard de leur enfant naturel mineur et non émancipé qu'ils n'ont pas abandonné, les pouvoirs et l'autorité dont ils ont besoin pour s'acquitter de leurs obligations. Ils peuvent notamment faire opposition à son mariage ou en demander la nullité ».

78. Nous ne tirerons pas toutes les conséquences, sur le plan du droit civil, du nouveau statut accordé à l'enfant et aux parents naturels. Nous nous contenterons de constater, pour les fins de notre exposé, que ces amendements apportés au *Code civil* ont eu pour effet de mettre fin à la vieille distinction qui existait, en droit, entre les obligations des parents naturels et celles des parents légitimes. Nous dirons plus, les amendements apportés par le législateur donnent, de façon évidente, plus de droit à la famille naturelle qu'à la famille légitime, du fait que le père et la mère y ont des droits égaux sur leur enfant naturel, situation qui n'existe pas en vertu de l'article 243 du *C.c.*, lequel stipule encore : « C'est le père seul qui exerce cette autorité pendant le mariage ».

79. Autre conséquence, et nous revenons à la question que nous nous posions dans un paragraphe précédent, n'y aurait-il pas lieu de voir dans la filiation, plutôt que dans le mariage, le fondement des obligations de l'article 165 du *C.c.* et, de ce fait, de la puissance paternelle ? À la lumière de ce que nous venons d'exposer, il nous apparaît évident que le véritable fondement des obligations qui incombent aux parents de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants est la filiation et non le mariage, puisque ces obligations existent précisément en dehors du mariage^{124a}. Depuis 1970, la filiation, qu'elle soit naturelle ou légitime, produit donc des effets identiques, c'est-à-dire, donne des mêmes droits et crée des obligations corrélatives. Il nous semble, par conséquent, et c'est une suggestion que nous faisons, que le législateur devrait faire disparaître du *Code* toutes traces de la distinction entre enfants et parents naturels et enfants et parents légitimes, en fondant les articles 165 et 240 du *C.c.* en un seul texte qui énoncerait tout simplement : « les parents doi-

^{124a}. Vide cependant contra. Alain F. BISSON à propos de l'arrêt rendu dans l'affaire *M. v. K.* in (1973) 4 R.G.D. 75, pp. 86 et *sic*.

vent nourrir, entretenir et élever leurs enfants », avec toutes les conséquences que la reconnaissance du nouveau statut de l'enfant naturel entraînerait sur les autres parties du *Code civil*, en particulier, en matière de succession et de donations entre vifs (art. 768 du C.c.)¹²⁵.

80. Notons, en terminant, que certaines lois sociales reconnaissent maintenant expressément le concubinat et la parenté naturelle¹²⁶. Signalons entre autres la *Loi de l'aide sociale* qui définit comme « conjoint », « l'homme et la femme qui sont mariés et cohabitent, ou qui vivent ensemble maritalement », et comme « enfant à charge », « tout enfant non marié, quelle que soit sa filiation, qui est âgé de moins de dix-huit ans [...] »¹²⁷.

Section II – L'organisation de la puissance paternelle en droit québécois

A – Le titulaire de la puissance paternelle

81. Dans la *Coutume de Paris*, la puissance paternelle appartenait au père et à la mère. Néanmoins, cette dernière ne pouvait l'exercer qu'à défaut du père, c'est-à-dire, après son décès, « ou dans les cas où sa démence ou son absence l'empêchait de l'exercer ». « Hors ces cas, nous dit Pothier, elle ne peut exercer aucun droit sur ses enfants, si ce n'est du consentement ou sous le bon plaisir de son mari¹²⁸ ». Cette règle, qui fut suivie dans l'ancien droit québécois¹²⁹, est encore, en 1974, le droit qui régit l'exercice de la puissance paternelle dans le *Code civil* actuel. En effet, les articles 243 et 113 du C.c. qui reprennent, sous une autre forme, la règle du droit coutumier, n'ont jamais été modifiés depuis la codification de 1866. Ces articles énoncent :

125. A. MAYRAND, *Traité élémentaire de droit civil, Les successions ab intestat*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1971, p. 113, n° 131.

126. Voir *Le régime de rentes du Québec*, S.Q. 1965, c. 24 dont l'article 100 considère l'enfant naturel du cotisant au même titre que l'enfant légitime ou adoptif et l'article 105 qui, à certaines conditions, assimile, au conjoint du survivant d'un cotisant, celle qui réside avec lui. Voir également, à ce sujet, J. PINEAU, *op. cit.*, pp. 125-127; F. HELEINE, « Bill 26, nouveaux pas dans le domaine social », (1969) 3 *Thémis*, 1; J. L. BAUDOUIN, « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966-67) 12 *McGill L.J.* 157. A. MOREL, « L'enfant sans famille au Canada-français (17^e-20^e siècles) », communication présentée au Congrès de Strasbourg de la société Jean Bodin, 22-27 mai 1972, à paraître dans les *Recueils de la Société Jean Bodin*.

127. *Loi de l'aide sociale*, L.Q. 1969, c. 63, art. 1-d et 1-e.

128. ROGRON et FIRBACH, *op. cit.*, p. 16.

129. H. DES RIVIÈRES BEAUBIEN, *op. cit.*, p. 56.

Art. 243 – « Il (l'enfant) reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage ».

Art. 113 : « Si le père a disparu, laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en a la surveillance et elle exerce tous les droits du mari quant à leur personne et à l'administration de leurs biens, jusqu'à ce qu'ils aient un tuteur ».

82. L'article 243 du *C.c.* prévoit deux situations : celle de l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage et celle de cet exercice en cas de décès du père. Dans le premier cas, l'article 243 du *C.c.* est suffisamment clair : le père seul exerce l'autorité paternelle pendant le mariage¹³⁰. Dans le second cas, celui du décès du père, le texte de l'article 243 du *C.c.* est moins explicite, car il n'exprime pas expressément à qui revient alors l'exercice de la puissance paternelle. Toutefois, celle-ci étant, par cet article, confiée au père et à la mère (sauf quant à la réserve concernant son exercice pendant le mariage), il est raisonnable de penser que c'est la mère qui l'exercera après le décès du mari. De plus, si comme le dit l'article 113 du *C.c.*, la mère a tous les droits du mari en cas d'absence, à plus forte raison, les possède-t-elle à la suite du décès de son époux. De la même façon, l'article 245 du *C.c.* fait de la mère un substitut du père quand il énonce : « Le père, et à son défaut la mère, a sur son enfant mineur non émancipé, un droit de correction modérée et raisonnable [...] ». Autant de raisons qui nous font affirmer que la mère exerce la puissance paternelle en cas de décès du mari, et cela, même en cas de tutelle des enfants par un tiers¹³¹.

83. L'article 113 du *C.c.*, lui, ne prévoit qu'une situation, c'est celle de l'exercice de la puissance paternelle en cas d'absence du père. En fait, le cas prévu par cet article n'est pas très courant puisqu'il s'agit de l'absence légale de l'article 86 du *C.c.*¹³². Cet article ne réglemente donc pas les cas d'absence temporaire occasionnée par

130. *La Reine v. Balfour Lax* [1966] R.L. 18. Mais le nouvel article 180 (S.Q. 1963-64, c. 66, art. 1) concernant le mandat domestique de la femme mariée oppose une exception à la règle énoncée à l'article 243 du *C.c.* Cet article énonce en effet que « La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants y compris les soins médicaux et chirurgicaux ». Voir Paul A. CRÉPEAU dans « Droit familial du Québec : réalités nouvelles et perspectives d'avenir », (1973) 51 *R. du B. Can.* p. 169. Cf. *supra*, n° 85.

131. *Stevenson v. Florant*, [1925] R.C.S. 532 à la page 536, alors que le juge Rinfret affirme : « Il ne fait absolument aucun doute qu'à défaut du père cette autorité appartient à la mère [...] L'octroi de la tutelle à une autre personne que la mère n'a pas pour résultat de faire disparaître la puissance paternelle », confirmé par [1927] A.C. 211 ; *Hodge v. Dame Scott*, (1889) 12 L.N. 234 ; *Hubert v. Gélinas*, [1965] C.S. 35. Il faut tenir compte également du 2^e alinéa de l'article 174 du *C.c.*

132. *Webster v. Hunt*, (1943) 47 R.P. 207.

exemple par le travail ou les voyages du père. Ces situations et celles résultant de l'impossibilité du père de manifester sa volonté à cause de son incapacité, de sa maladie ou de toute autre cause, sont prévues à l'article 174 du *Code civil* qui édicte :

« La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement.

La femme exerce 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 ».

84. Plusieurs raisons ont été proposées pour expliquer l'attribution de la puissance paternelle au père seul pendant le mariage. Ainsi, on dit que la femme étant déjà elle-même sous la puissance de son mari pendant le mariage, elle ne pouvait avoir d'autorité sur la personne de ses enfants¹³³. Ce motif d'ordre juridique pouvait servir à expliquer, rationnellement, l'incapacité de la mère à exercer la puissance paternelle du vivant du père. Cependant, depuis la disparition de la puissance maritale par le Bill 16, l'argument ne nous convainc plus¹³⁴. Cependant, d'autres se sont appuyés sur la prétendue supériorité du père pour motiver la préférence du législateur en faveur de ce dernier :

« C'est que le père est plus apte, tant au point de vue physique que moral. Il a plus que la mère, l'habitude des affaires : par son expérience personnelle, il a appris à mieux connaître les personnes et les choses, et cette expérience lui sera d'un grand secours pour guider efficacement son enfant et le préparer pour la grande lutte de la vie. Au point de vue moral, le père a plus souvent pour guide la raison, tandis que la mère écoute plus souvent son cœur, se laisse plus facilement attendrir. Si la loi confie au père le commandement au sein de la famille, c'est parce qu'il est plus apte à procurer à ses enfants une éducation plus virile ; elle sait d'avance que la mère ne leur refusera pas son affection et son cœur pour que plus tard, ils deviennent de respectables citoyens¹³⁵ ».

Un autre motif est avancé par Mignault. Pour cet auteur, c'est dans le but d'assurer l'unité de direction au sein de la famille que le législateur a confié au père le gouvernement de la famille. « Tant qu'il est vivant et capable de l'exercer, dit-il, la mère manquerait à

133. E. A. BEAUDRY, *op. cit.*, p. 347 ; CUGNET, *Traité des anciennes lois de propriété en Canada, aujourd'hui Province de Québec*, G. Brown, éditeur, Québec, 1775, p. 122.

134. S.Q. 1963-64, c. 66, art. 1 (remplace l'ancien art. 174 C.c.) ; J. PINEAU, *op. cit.*, p. 190 ; Pierre VERGE, *loc. cit.*, p. 147 ; P. AZARD et F. BISSON, *Droit civil québécois*, t. I, Ottawa, Presse de l'Université d'Ottawa, 1971, pp. 156-157 ; J. TURGEON, *loc. cit.*, p. 76 ; J. J. BEAUCHAMP, « Du droit de la femme mariée d'être nommée tutrice de son enfant mineur ou d'en avoir la garde du vivant du mari », (1901) 7 R.L. (n.s.), p. 89 à la page 95.

135. E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 91.

l'obéissance et au respect qu'elle lui doit, si elle intervenait dans le gouvernement de la famille : son intervention serait pleine de conflits ; la paix du ménage en serait troublée et le bonheur des enfants compromis ¹³⁶ ».

85. De fait, les véritables motifs de la prépondérance du père au sein de la famille ne sont pas d'ordre juridique, mais d'ordre sociologique et culturel. En effet, de tout temps, la société occidentale a accordé à l'homme une place prépondérante, valorisant son rôle aux dépens de celui de la femme. Ce n'est donc pas surprenant de retrouver au sein de la famille, une structure d'autorité ayant pour seul chef un homme.

Ce n'est que tout récemment que l'ordre social traditionnel, basé sur la prépondérance de l'homme, s'est mis à évoluer vers un nouvel ordre social, basé cette fois sur l'égalité des rapports entre l'homme et la femme. Ces changements ont eu leur répercussion dans le *Code civil* qui a subi plusieurs modifications dont, notamment, la disparition de la puissance maritale et la création d'une direction collégiale de la famille ¹³⁷.

Si, à la suite de ces modifications, il s'est créé dans le *Code* une contradiction entre l'art. 174 du C.c., qui veut que « la femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement », et l'art. 243 du C.c., selon lequel « le père seul exerce la puissance paternelle pendant le mariage », cela est dû non pas à la réticence du législateur à poursuivre la réforme des structures d'autorité dans la famille, mais plutôt et surtout à sa politique de révision parcellaire du *Code civil* ¹³⁸. Il semble toutefois que, dans un avenir rapproché, l'Office de revision du Code civil proposera des amendements au titre huitième, consacré à la puissance paternelle. Les modifications suggérées feraient disparaître l'autorité paternelle, qui serait remplacée par une autorité parentale établissant définitive-

136. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. II, p. 143 ; E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 11 : « Pour que toute société vive, se développe et progresse, il faut l'unité de commandement sans quoi l'anarchie est à redouter. Dieu a voulu le bien faire comprendre : Il créa l'homme d'abord puis forma Eve d'une côte d'Adam, et, comme dit saint Thomas, il ne l'a pas tirée de la tête afin qu'elle ne commande pas, il ne l'a pas tirée de ses pieds puisqu'elle n'est pas son esclave, mais d'une côte, tout près de son cœur, pour mieux faire comprendre l'amour qui doit présider au foyer et si l'homme doit commander, la femme, son égale, doit le seconder. D'où l'autorité maritale et la puissance paternelle ».

137. Voir art. 174 du C.c. ; cf., *infra*, n° 83.

138. Cette contradiction existe également entre l'art. 243 et l'art. 119 du C.c. qui énonce : « Les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de dix-huit ans accomplis doivent, pour contracter mariage, obtenir le consentement de leur père ou de leur mère ».

ment la direction collégiale de la famille par le père et la mère. Ces modifications ne feraient que confirmer en droit une situation qui existe déjà dans les faits et qui a d'ailleurs été reconnue par la doctrine et la jurisprudence québécoises¹³⁹.

B – Le sujet de la puissance paternelle : ses obligations et ses droits

86. Le sujet de la puissance paternelle est l'enfant mineur non émancipé. Avant 1970, seul l'enfant mineur légitime était soumis à l'autorité paternelle. Depuis le Bill 48¹⁴⁰, l'enfant naturel mineur est également soumis à cette autorité. L'article 10 du Bill 48, devenu l'article 245-a du *Code civil* édicte en effet :

« Les parents exercent à l'égard de leur enfant naturel mineur et non émancipé qu'ils n'ont pas abandonné, les pouvoirs et l'autorité dont ils ont besoin pour s'acquitter de leurs obligations envers lui.

Ils peuvent notamment faire opposition à son mariage ou en demander la nullité ».

87. Les dispositions du *Code civil* imposent à l'enfant légitime des obligations mais lui accordent aussi des droits¹⁴¹. La première obligation qui est faite à l'enfant mineur et non émancipé est celle d'obéissance. Bien que cette obligation ne soit pas énoncée expressément dans le *Code*, elle découle toutefois de la nature même de cette institution. Pothier écrivait à ce sujet : « L'obéissance que les enfants doivent à leur père et mère est sans borne tant que dure la puissance paternelle. Ils doivent pendant ce temps obéir à leur père et mère dans toutes les choses qu'ils leur commandent pourvu que leur commandement ne soit pas contraire à la loi de Dieu¹⁴² ». Le *Code civil* ne fixe

139. Paul-A. CRÉPEAU, « Droit familial du Québec : réalités nouvelles et perspectives d'avenir », *loc. cit.*, p. 169 ; *Bockler v. Dame Bockler*, Cour d'appel 1974, District de Montréal, dossier n° 09-000 543-73, lire le juge Gagnon à p. 5 : « L'article 243 relatif à la puissance paternelle est toujours inscrit au *Code*, mais il se trouve depuis quelques années dans un nouveau contexte. L'autorité au sein du mariage est aujourd'hui partagée... ».

140. L.Q. 1970, c. 62, art. 10.

141. N.B. : Seule la condition de l'enfant légitime fera ici l'objet de notre étude.

142. M. BUGNET, *op. cit.*, t. IX, p. 177 ; Pour Domat, *Lois civiles, Droit public*, part. 2, liv. I, sec. 1, n° 2, le devoir d'obéissance a son fondement naturel dans la naissance. C'est en quelque sorte le droit du créateur sur sa créature : « La première distinction qui assujettit des personnes à d'autres, est celle que fait la naissance entre les parents et les enfants ; et cette distinction fait une première espèce de gouvernement dans les familles où les enfants doivent obéissance à leurs parents », cité dans DE LORIMIER, *op. cit.*, t. 2, p. 530.

pas de telles limites à l'obéissance des enfants. Cependant, certaines lois statutaires et certaines dispositions du *Code* jouent ce rôle ¹⁴³.

Une double obligation est en outre imposée aux enfants. Elle est énoncée à l'article 242 du *C.c.* qui dispose « l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ». Ce devoir auquel sont tenus les enfants n'est pas apparu avec le *Code civil* car il existait sous la même forme dans l'ancien droit québécois et français ¹⁴⁴. On s'est d'ailleurs toujours interrogé sur la nature et le fondement de cette obligation. Certains n'y ont vu qu'une simple déclaration de principe ¹⁴⁵. D'autres ont dit que cette disposition n'était que la reproduction sous une autre forme du quatrième commandement de Dieu : « Tes père et mère tu honoreras, afin de vivre longuement ¹⁴⁶ ». Enfin, l'opinion la plus répandue veut que cette obligation ne soit « qu'un précepte de pure morale que la loi a placé en tête de notre matière parce qu'elle est comme la source des droits et des devoirs compris dans la puissance paternelle ¹⁴⁷ ».

Quelques commentateurs des *Codes civils* français et québécois se sont efforcés de découvrir des conséquences juridiques à cette obligation d'honneur et de respect. Les uns ont prétendu qu'elle constituait pour les enfants une défense formelle d'intenter des actions déshonorantes ; d'autres ont même cru devoir dénier aux enfants le droit de faire prévaloir en justice criminelle ou civile tout droit d'action pouvant faire rejaillir sur leurs ascendants du mépris ou du ridicule. Enfin, procédant par déduction de l'ancien droit romain, on a interprété ce devoir comme une défense pour les enfants d'intenter une action quelconque à leurs parents sans avoir obtenu au préalable le consentement du tribunal ¹⁴⁸. Le droit québécois ne comporte aucune défense de ce genre. S'agissant d'un devoir moral, il n'est pas sanctionné par le *Code civil*. D'ailleurs, pour dénier aux enfants

143. *Exemples* : Les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. 34, relatives à l'inceste (art. 150) et à la corruption d'enfant (art. 168), cité dans *Code criminel et lois connexes*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1973 et, l'article 15 de la *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220 ; art. 19-20-21 *C.c.* relatif à la jouissance des droits civils et à l'intégrité de la personne humaine, lire à ce sujet Paul A. CRÉPEAU, « Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien », (1974) 52 *R. du B. Can.* 247 ; cf., *infra*, n° 184.

144. F. BOURJON, *Le droit commun de la France et de la Coutume de Paris réduit en principes*, t. I, Paris, Grange et Allo, éditeurs, 1770, p. 1, sect. II, art. VII et VIII.

145. E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, pp. 92 à 95.

146. E. A. BEAUDRY, *op. cit.*, p. 345 ; et M. Bigot de Préameneu ajoute : « L'article contient les principes dont les autres ne font que fixer les conséquences ; que d'ailleurs, en beaucoup d'occasions, il deviendra un point d'appui pour les juges », cité dans le *Code civil français annoté*, *op. cit.*, p. 116.

147. Cité dans : FENET, *op. cit.*, t. X, p. 488.

148. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, p. 142.

l'action en justice contre leurs parents, il faudrait une loi formelle. Or il n'y a aucun texte qui prohibe aux enfants de faire valoir leurs droits contre leurs parents¹⁴⁹. Signalons, en dernier lieu, que ce devoir d'honneur et de respect ne prend pas fin par la majorité ou l'émancipation de l'enfant, comme c'est le cas des autres attributs de la puissance paternelle, mais qu'il existe pendant toute sa vie ou jusqu'à décès de ses parents (art. 242 du *C.c.*).

88. Quant aux droits des enfants, ils ont pour fondement l'obligation d'entretien et d'éducation des parents. Ils sont donc en mesure d'exiger les choses nécessaires à leur développement physique, intellectuel et moral. La sanction de ce droit réside dans l'action alimentaire qui appartient aux enfants contre leur père ou mère selon le cas. L'exécution de l'obligation alimentaire des parents sera toutefois soumise aux règles de l'article 169 du *C.c.* Ainsi, les aliments ne seront accordés que dans la proportion des besoins de celui qui les réclame et des facultés de celui qui les doit. L'article 15 de la *Loi de la protection de la jeunesse* et certaines dispositions du *Code criminel* viennent également sanctionner les droits des enfants¹⁵⁰.

C – Les éléments constitutifs de la puissance paternelle

89. Dans la première section de ce chapitre, nous avons défini la puissance paternelle comme un ensemble de devoirs et de droits reconnus aux père et mère sur leur enfant pour leur permettre de remplir leurs obligations de parents. Dans la seconde section, nous avons analysé brièvement les obligations et les droits du sujet de la puissance paternelle dans le cadre de la famille légitime. Dans cette troisième section, nous aurons l'occasion d'en étudier plus en détail les éléments constitutifs qui sont les devoirs d'entretien et d'éducation, le droit de garde et le droit de correction.

1 – Le devoir d'entretien et d'éducation

90. Le devoir d'entretien et d'éducation des parents légitimes a pour fondement, nous l'avons déjà dit, l'article 165 du *Code civil* qui décrète: « Les époux contractent, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants¹⁵¹ ». Dans ses

149. Sur les conséquences juridiques du devoir d'honneur et de respect, voir: E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 93; F. Langelier, *op. cit.*, p. 402; Mignault, *op. cit.*, pp. 142-143.

150. S.R.Q. 1964, c. 220, S.R.C. 1970, c. 341 art. 197 et 200, relatifs au devoir de fournir les choses nécessaires à la vie et à l'abandon des enfants. *Cf. infra*, n° 100.

151. *Cf. supra*, n° 74-80.

commentaires de l'ancien droit québécois, Henri Des Rivières Beaubien énonçait cette obligation dans les termes suivants :

« Les personnes qui se marient, contractent l'obligation d'élever leurs enfants, de leur fournir les aliments nécessaires et de leur donner une éducation convenable jusqu'à ce qu'ils soient en état de pourvoir par eux-mêmes à leur subsistance ¹⁵² ».

a) La nature et l'objet du devoir d'entretien et d'éducation

91. Cette distinction que semble faire Beaubien, entre le devoir d'entretien et celui d'éducation, est reprise encore aujourd'hui par la doctrine québécoise ¹⁵³. Celle-ci repose sur la nature différente de ces obligations. Le devoir d'entretien, correspondant à l'obligation de « nourrir et d'entretenir », représente l'aspect matériel des obligations des parents. Il a pour objet de procurer aux enfants du mariage les choses nécessaires à la vie, c'est-à-dire la nourriture, le vêtement, l'habitation et les soins nécessaires à la conservation de la santé et de leur vie ¹⁵⁴. Cette obligation revêt un aspect pécuniaire dans la mesure où les parents sont obligés de se procurer, pour eux et pour leurs enfants, les sommes nécessaires à son exécution. Le devoir d'éducation, lui, correspond à l'obligation « d'élever » de l'article 165 du C.c. et représente l'aspect intellectuel de leurs obligations ¹⁵⁵. Ces devoirs, imposés par la loi aux parents, ont toutefois comme objectif commun le développement des facultés physiques, intellectuelles et morales des enfants ¹⁵⁶.

92. Le devoir d'entretien et d'éducation est une obligation qui est entièrement à la charge des parents ¹⁵⁷. C'est ainsi que les tribunaux ont décidé que le père qui en a les moyens est tenu de voir à l'entretien de ses enfants, même si ces derniers ont des biens personnels. Ces biens ne doivent être entamés que dans les cas de nécessité, surtout lorsqu'ils sont peu considérables et que les enfants ne peuvent les toucher qu'à leur majorité. En payant les frais d'entretien et d'éducation de ses

152. H. DES RIVIÈRES BEAUBIEN, *op. cit.*, p. 34 ; M. BUGNET, *op. cit.*, t. VI, p. 175 ; F. BOURJON *op. cit.*, p. 41, art. VI.

153. J. PINEAU, *op. cit.*, p. 193.

154. *Dame Lapierre v. Trottier*, [1970] R.P. 309 (C.S.) ; Paul A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, (1974) 52 R. du B. Can. p. 247.

155. L'expression « devoir d'éducation » est parfois utilisée pour désigner à la fois le devoir d'entretien et celui d'éducation mais alors, c'est pour le différencier de l'obligation alimentaire des articles 166 et 168 C.c. ; voir à ce sujet, *Dame Duckett v. Turgeon* [1931] R.P. 180 (B.R.) ; *cf. infra*, n° 98.

156. *Bytheway v. Lile et Palmer*, [1919] C.S. 196.

157. *Duckett v. Turgeon*, [1931] R.P. 180 ; *M. v. D.* [1966] C.S. 225 ; *Descôteaux v. Descôteaux*, [1972] C.A. 279.

enfants, le père ne fait que remplir ses obligations, loin de leur faire une avance qu'il lui serait permis plus tard de réclamer sur les capitaux qui pourraient leur échoir¹⁵⁸. Ces mêmes tribunaux ont toutefois décidé que le père a droit d'exiger que les revenus personnels de ses enfants mineurs satisfassent à leurs dépenses d'entretien, de nourriture et d'éducation, ou en d'autres termes que le père n'est pas obligé d'encourir des dépenses sur ses biens personnels, si ses enfants ont des revenus¹⁵⁹. Les parents ne peuvent donc se servir du capital de leurs enfants. Aussi, le père qui a été nommé tuteur à son fils ne pourra pas, dans sa reddition de compte, compenser la somme capitale appartenant au mineur avec ce qu'il a dépensé pour la pension et l'entretien de son enfant¹⁶⁰.

De même, si un tiers a pourvu à l'éducation d'un enfant mineur à la place de son père, il pourra recouvrer de ce dernier les dépenses utiles qu'il a encourues à cette fin, sauf s'il a agi dans une intention de pure libéralité¹⁶¹. On a également permis à une corporation municipale de réclamer du père la part qu'elle avait versée au gouvernement provincial pour l'entretien de deux jeunes délinquants condamnés à la détention dans une école de réforme¹⁶². Cependant, les dépenses faites par des tiers, sans l'autorisation des parents et sans intérêt pour l'enfant, ne pourront leur être réclamées. Dans ce sens, la Cour supérieure a décidé que le père d'un enfant n'est pas responsable des frais d'hospitalisation et d'opération de son fils mineur, opération qui avait eu lieu à la demande d'un club social. Cette opération n'était pas nécessaire, ni urgente et de plus elle n'avait pas réussi. Le père, sans ressources, ne pouvait faire les frais de cette opération et n'y était pas tenu¹⁶³.

158. *Charlebois v. Lamontagne*, (1927) R.L. 411; *Greenshield v. Duhamel*, (1888) 11 L.N. 252; *Picard v. Poitras*, (1889) 17 R.L. 355; *Corporation du Collège de l'Assomption v. Morin*, (1944) C.S. 69; *Savard v. Tremblay*, [1960] C.S. 693.

159. *Ancil v. Martin*, (1897) 10 L.N. 297.

160. *Picard v. Picard*, (1939) C.S. 160; *Dostie v. Mlle Dostie*, [1920] B.R. 318.

161. *Fecteau v. Bruneau*, [1930] B.R. 211; *Loiselle v. Théoret*, [1956] C.S. 245.

162. *Cité de Sherbrooke v. Gaudreau*, [1946] B.R. 254; voir cependant, l'affaire *The Corporation of Parish of Ancient Lorette v. Voyer*, (1888) 14 Q.L.R. 337, dans laquelle la Cour de circuit a décidé qu'une mère dont l'enfant est en asile et dont les revenus lui permettent à peine de suffire à elle-même, n'est pas tenue de contribuer aux frais d'entretien de son enfant et, de plus, n'est pas tenue pour cela d'entamer son capital. Ces décisions revêtent un intérêt particulier maintenant que la contribution financière des parents aux frais de placement de leurs enfants est exigée. Voir le *règlement relatif aux contributions payables par les parents ou gardiens pour le placement d'enfants dans les familles d'accueil ou des centres d'accueil*. A.C. 365-74, janvier (30) 1974, modifié par A.C. 1383-74, 10 avril 1974, en application de la *Loi de l'assistance publique*, S.R.Q. 1964, c. 216.

163. *Children's Memorial Hospital v. Davidson*, [1936] C.S. 268.

93. Le devoir d'entretien et d'éducation ne comprend pas uniquement des obligations à la charge des parents. Il leur confère également, dans le but de leur permettre de remplir ces obligations, certains droits dont ceux, écrivait Mignault en 1896, de déterminer « le genre d'éducation que l'enfant recevra, le lieu où il doit résider pour son éducation ou pour son apprentissage; c'est eux, enfin, qui choisissent les maîtres qu'ils placent près de lui ¹⁶⁴ ». Cependant, en dépit du fait que les obligations de l'article 165 du C.c. incombent à la fois au père et à la mère, ces droits, à cause des termes de l'article 243, ne pourront être exercés que par le père. C'est dire qu'en cas de conflit entre le père et la mère, l'autorité du père prévaudra sur la volonté de la mère et évidemment sur celle des enfants. C'est du moins ce qui a été décidé par la Cour d'appel dans l'affaire *MacDonald v. MacDonald*, dans laquelle un père avait fait interner son fils dans une école de réforme. Le fils demanda l'émission d'un bref d'*habeas corpus*, assermenté par sa mère, alléguant que l'école était une prison où le père ne pouvait l'envoyer. Dans son jugement, la Cour sanctionna le principe que l'autorité paternelle, quant à ce qui regarde la discipline et l'éducation, le choix de la maison d'éducation où il doit être temporairement placé, est absolu et, pour ce motif, rejeta la requête ¹⁶⁵.

Mais, si le père peut déterminer le choix de la maison d'éducation où sera placé son enfant, il ne peut le forcer à choisir une carrière ou à pratiquer un métier à l'encontre de ses goûts et de ses aptitudes. C'est ce qui fut décidé par la Cour supérieure dans l'arrêt *Bail v. Lemieux*, dans lequel le juge Mercier affirmait : « Un père ne peut, pour la simple satisfaction de voir son fils mineur suivre la carrière qu'il a embrassée, lui imposer l'apprentissage de son propre métier quand les goûts, la volonté et les aptitudes de ce fils le portent à choisir une carrière tout autre que celle de son père ¹⁶⁶ ».

94. Le choix de la religion de l'enfant, du moins tant qu'il est incapable de manifester lui-même sa volonté, est une autre prérogative du père en matière d'éducation. Ainsi, lorsque le père et la mère professent des religions différentes, c'est au père qu'il appartiendra de déterminer la foi dans laquelle devront être élevés les enfants ¹⁶⁷. Cependant, la Cour d'appel a décidé, dans l'affaire *Dame Rochon v. Castonguay*, qu'il n'appartenait à personne, soit par simple caprice, soit par conviction religieuse, de changer la religion de l'enfant, et

164. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, p. 145; E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 107; P. VERGE, *loc. cit.*, p. 144.

165. (1905) 14 B.R. 330.

166. (1912) 8 R.J. 497.

167. *Bytheway v. Lile et Palmer*, (1919) 56 C.S. 196.

que seul celui-ci pourrait faire ce changement, s'il le désire, après avoir atteint l'âge de sa pleine maturité intellectuelle ¹⁶⁸.

b) L'étendue du devoir d'entretien et d'éducation

95. Le *Code civil* ne fixe pas expressément de limites au devoir d'entretien et d'éducation des parents. Aussi, est-il difficile d'en préciser l'étendue. Disons cependant que celle-ci peut-être appréciée sous deux aspects : celui de sa durée et celui de sa qualité. Il est de plus utile, ici, de revenir à la distinction que nous avons établie entre le devoir d'entretien et le devoir d'éducation.

96. Du devoir d'entretien, la Cour d'appel a affirmé, dans l'affaire *Duckett v. Turgeon*, qu'il commençait à la naissance de l'enfant et qu'il allait jusqu'au jour où l'enfant était mis en état de voir lui-même à sa propre subsistance, c'est-à-dire, généralement autour de l'âge de sa majorité, quelques années avant ou quelques années après, suivant les circonstances ¹⁶⁹. Quant à sa qualité, l'article 169 du *C.c.* édicte que les parents ne sont tenus à cette obligation que « dans la proportion de celui qui les réclame et des facultés de celui qui les doit ¹⁷⁰ ». Il a même été décidé dans un arrêt que l'obligation d'entretien s'entend d'une obligation exécutée dans des conditions normales et ordinaires. Celui qui par sa négligence blesse un enfant ne pourra se libérer de la réclamation des parents pour les soins extraordinaires qu'ils ont encourus, en disant que les parents n'ont fait que leur devoir ¹⁷¹.

97. Quant au devoir d'éducation, nous pouvons en dire autant, c'est-à-dire qu'il prend fin autour de l'âge de la majorité et que les parents ne seraient tenus que de leur fournir une éducation en rapport avec leur état ¹⁷². Seulement, avec l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans (art. 246 du *C.c.*) ¹⁷³ et avec la nécessité, voire l'obligation devant laquelle sont placés les enfants de poursuivre leurs études jusqu'à un âge avancé, nous pouvons nous interroger sur les véritables limites du devoir d'éducation des parents ¹⁷⁴.

168. [1961] B.R. 29 ; à ce sujet, voir également René SÉJOURNÉ, *L'option religieuse du mineur et l'autorité parentale*, (Droit français et attitude de l'Église catholique), Paris, édition Beauchesne, 1972, 340 pages.

169. *Dame Duckett v. Turgeon*, (1931) 37 R.P. 180.

170. *Dame Becher v. Kosner*, [1967] B.R. 677.

171. *Laliberté v. St-Louis*, [1953] C.S. 135.

172. *Anctil v. Martin*, (1897) 10 L.N. 297.

173. L.Q. 1971, c. 85, art. 3.

174. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, p. 478, parle du devoir des parents de donner à leurs enfants une éducation convenable. De même, la Cour d'appel dans *Descôteaux v. Descôteaux*, [1972] C.A. 279.

La loi de l'instruction publique, qui oblige les enfants à fréquenter l'école jusqu'à seize ans et à laquelle les parents doivent se soumettre, apporte un élément de réponse¹⁷⁵. Cependant, le devoir d'éducation des parents va-t-il jusqu'à l'obligation d'assumer les frais inhérents à leurs études universitaires? C'est tout au moins l'opinion de P. Ravel d'Esclapon qui, dans une étude sur la question, écrivait :

« La doctrine et la jurisprudence semblent donc s'accorder à reconnaître que le devoir d'éducation des parents légitimes ou naturels, comprend, d'une part, l'obligation de donner à l'enfant l'occasion de montrer qu'il est capable de suivre un cours universitaire et, d'autre part, l'obligation de payer, selon leur état de fortune, les frais d'une éducation universitaire même poursuivie au-delà de la majorité légale¹⁷⁶ ».

Jean Pineau, lui, affirme le contraire et soutient que : « le droit ne sanctionne pas une telle obligation¹⁷⁷ ». Mais un jugement récent de la Cour d'appel laisse entendre que la question n'est pas encore définitivement réglée. En effet, dans l'affaire *Fournier v. Ducharme*, le juge Deschênes déclarait :

« Par surcroît, il est bien loin d'être certain que, dans le cadre auparavant de la famille légitime, maintenant dans tous les cas, le devoir d'éducation s'étend généralement jusqu'à l'obligation de fournir une formation universitaire¹⁷⁸ ».

98. Toutefois, il ne faut pas, ici, confondre le devoir d'entretien et d'éducation de l'article 165 du C.c. avec l'obligation alimentaire des articles 166 et 168 du C.c. qui énoncent que¹⁷⁹ :

Art. 166 – « Les descendants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin ».

Art. 168 – « Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques ».

175. S.R.Q. 1964, c. 235, art. 272-277; *Cameron v. Steel*, (1888) 11 L.N. 235.

176. *Op. cit.*, p. 93, dont l'opinion est basée sur l'étude de la jurisprudence et de la doctrine françaises. Ajoutons que l'auteur s'appuyait sur une décision qui portait sur les droits d'un enfant naturel, décision qui vient d'être infirmée par la Cour d'appel, cf. *infra*, note 178.

177. J. PINEAU, *op. cit.*, p. 194.

178. [1973] C.A. 387, p. 394 (Juge Deschênes). Cependant, en vertu de l'article 3 des *Règlements des prêts et bourses aux étudiants*, (A.C. 1951-74, 29 mai 1974, publié dans la partie II de la *Gazette officielle du Québec*, 12 juin 1974, no 16, p. 2917), le Ministère de l'Éducation tient pourtant compte, lors de la fixation du montant du prêt et de la bourse d'un étudiant, de la « contribution des parents établie selon leurs revenus, leurs charges familiales et le nombre de leurs enfants aux études collégiales et universitaires ».

179. C'est sans doute ce que fait G. Trudel quand il écrit : « L'obligation alimentaire des parents n'est pas limitée dans le temps : elle dure toute la vie des parents et des enfants. La majorité ou le mariage de l'enfant n'éteint pas l'obligation ». Il cite à l'appui de son affirmation, l'affaire *Pratt v. Pratt*, 10 C.S. 134. Vid. également, M. ROBERT, « quelques commentaires concernant la nouvelle loi du divorce », (1968) 28 *R. du B.* 513, p. 514.

En effet, comme nous l'avons vu, le devoir d'entretien est une obligation qui est entièrement à la charge des parents. En outre, elle prend fin dès que l'enfant est en mesure de subvenir à ses besoins. Par contre, l'obligation alimentaire est une obligation réciproque entre parents et enfants. Elle débute pour les parents après que le devoir d'entretien et d'éducation a été rempli et ne se termine que par leur décès ou celui du ou des bénéficiaires. Comme l'explique L. A. Jetté dans un article intitulé « Des obligations qui naissent du mariage » :

« La première que l'on peut appeler devoir d'éducation, a pour objet non pas une somme d'argent, mais des soins à donner. Le père et la mère sont tenus de s'occuper de la personne de leur enfant tant qu'il n'est pas fait homme. Ils doivent le garder chez eux, l'élever en un mot. La seconde obligation, au contraire, a pour objet non des soins, mais simplement une somme d'argent. En effet, lorsque le père et la mère ont élevé leurs enfants, ils ne lui doivent plus que des recours pécuniaires dans les cas où la maladie ou toute autre cause l'ont mis dans l'impossibilité de travailler ¹⁸⁰ ».

99. Cette distinction nous permettrait, peut-être, de soutenir que même si le devoir d'éducation des parents (art. 165 du C.c.) ne va pas jusqu'à faire assumer aux parents le coût des études universitaires de leurs enfants, ceux-ci y seraient néanmoins tenus en vertu de leur obligation alimentaire (art. 166 et 168 du C.c.) quand leurs enfants, incapables de travailler à cause de la poursuite de leurs études, se trouvent dans le besoin. C'est du moins le raisonnement qui a été suivi, en matière de divorce, dans l'affaire *Jackson v. Jackson* dans laquelle la Cour suprême avait à décider si une étudiante, majeure en vertu des lois de la Colombie britannique, avait droit à une pension alimentaire, du fait que ses études la rendaient incapable de subvenir à ses besoins. La Cour, interprétant les dispositions de l'article 2b de la *Loi sur le Divorce* ¹⁸¹, déclara :

« Sur la question de savoir si on peut dire qu'un enfant est dans l'incapacité « à cause de maladie, ou d'invalidité ou pour toute autre cause » au sens de l'article 2b, lorsque l'incapacité lui vient de la nécessité de fréquenter l'école ou le collège dans le but de pousser son éducation jusqu'au point nécessaire pour affronter la vie plus tard, la Cour est d'accord avec l'opinion exprimée dans l'affaire *Tapson v. Tapson*, (1970) 1 O.R. 521,

180. (1927-1928) 6 C. de D. 598 ; sur la distinction entre le devoir d'entretien et d'éducation et l'obligation alimentaire ; voir également : J. PINEAU, *op. cit.*, pp. 164-167 et pp. 192-194 ; *Dame Duckett v. Turgeon* (1931) 37 R.P. 180 (B.R.) ; *Fournier v. Ducharme*, [1973] C.A. 387. Les tribunaux ont toutefois affirmé, que l'obligation des parents de fournir des aliments à leurs enfants ne devait pas être « une prime à la paresse, à l'insouciance et à la mollesse », cité dans *Rodier v. Rodier*, [1969] B.R. 966 ; *Lambert v. Lambert*, [1940] R.L. 1.

181. [1970] S.R.C., c. D-8.

qu'on ne doit pas donner une interprétation restrictive à la *Loi du Divorce* ni à aucune de ses dispositions. La scolarité doit être limitée à un point que le tribunal qui prononce le jugement conditionnel de divorce estime juste et approprié eu égard à toutes les circonstances de l'affaire à l'étude, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent¹⁸² ».

100. Soulignons, en terminant l'étude du devoir d'entretien et d'éducation des parents, que ce devoir est sanctionné, dans le *Code*, par une action alimentaire qui appartient aux enfants¹⁸². Plusieurs lois statutaires prévoient également des sanctions aux obligations des parents. La *Loi de l'instruction publique*¹⁸³, la *Loi de la protection de la jeunesse*¹⁸⁴ et le *Code criminel*¹⁸⁵ en sont des exemples.

101. Enfin, le devoir d'entretien et d'éducation peut être délégué à des tiers qui peuvent être des personnes ou des institutions spécialisées¹⁸⁶. On peut donc supposer que celles-ci sont alors tenues envers les enfants aux mêmes obligations que les parents, encore qu'on puisse s'interroger sur la nature de leurs droits.

182. [1973] R.C.S. 205; voir également *Finkelstein v. Dame Crélinsten*, [1973] C.A. 816. À supposer donc, que l'obligation d'entretien et d'éducation des parents prenne fin à la majorité de l'enfant, on se trouverait aujourd'hui devant une situation qui ferait que l'enfant légitime serait plus protégé dans le cadre du divorce que pendant le mariage.

182a. Encore que si l'on voit dans l'art. 165 du C.c. une obligation que les parents ont contractée l'un envers l'autre, on puisse concevoir que chacun d'eux puisse contraindre l'autre à accomplir l'obligation qu'il a envers lui de contribuer à l'entretien des enfants communs. Cf. Alain F. BISSON, *loc. cit.*, *supra*, p. 54, note 124a.

183. S.R.Q. 1964, c. 235, art. 290: « Le père, la mère, le tuteur ou gardien qui... ne fait pas en sorte que son enfant tenu de fréquenter l'école y soit présent tous les jours de classe, est passible, sur poursuite sommaire, d'une amende d'au plus vingt dollars pour chaque infraction ».

« La Cour ou le juge peut, au lieu d'imposer une amende, exiger d'une personne trouvée coupable de l'infraction prévue au présent article, qu'elle souscrive avec une ou plusieurs cautions, une obligation de payer une somme n'excédant pas cent dollars si l'enfant ne fréquente pas l'école suivant les prescriptions de la présente section ».

184. S.R.Q. 1964, c. 220, dont le premier paragraphe de la première section de l'article 15 énonce: « Lorsqu'un enfant est particulièrement exposé à des dangers moraux ou physiques, en raison de son milieu ou d'autres circonstances spéciales, et a besoin pour ces raisons d'être protégé, toute personne en autorité peut le conduire ou le faire conduire devant un juge. Un juge peut aussi, sur information qu'il estime sérieuse à l'effet qu'un enfant se trouve dans les conditions ci-dessus décrites, ordonner qu'il soit amené devant lui ». À titre d'exemple, voir l'affaire *X* [1972] R.L. 379.

185. S.R.C. 1970, c. 234, art. 197 et 200; voir également Irénée LAGARDE, *op. cit.*, pour l'ensemble de la jurisprudence pertinente. Cf., *supra*, n° 88.

186. *Barlow v. Kennedy*, (1871) 17 L.C.J. 253. Comme exemple de délégation, on peut penser aux placements en foyers nourriciers ou en institutions en vertu de la *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220, art. 15.

2 – Le droit de garde

a) La nature et l'objet du droit de garde

102. Le droit de garde est le principal attribut de la puissance paternelle. Il est donné aux parents par la loi, pour leur permettre de remplir leur devoir d'entretien et d'éducation dont il est le corollaire¹⁸⁷. Pothier écrivait à ce sujet : « La puissance paternelle est un des effets civils du mariage aussi bien que le droit de garde en est une suite¹⁸⁸ ».

Dans le *Code civil* actuel, ce droit a pour fondement légal l'article 244 qui édicte : « Le mineur non émancipé ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père¹⁸⁹ ». Il permet essentiellement à celui qui en est le titulaire, c'est-à-dire le père pendant le mariage (art. 243 du *C.c.*)¹⁹⁰, d'exiger que son enfant mineur demeure dans la maison paternelle¹⁹¹ qui est, au surplus, son domicile légal¹⁹². S'il déserte, il pourra être ramené à son domicile contre son gré¹⁹³.

103. Le droit de garde permet en outre à son titulaire d'exercer des droits connexes et dérivés. C'est ainsi qu'il lui confère un large

187. TOULLIER, *op. cit.*, t. 2, n° 1047 : « C'est une conséquence du droit qu'ont les père et mère de diriger son éducation » ; *Kivenko v. Yagod*, [1928] B.R. 330 à la page 334.

188. M. BUGNET, *op. cit.*, t. VI, n° 389.

189. F. LANGELIER, *op. cit.*, p. 403 ; E. A. BEAUDRY, *op. cit.*, p. 348. Pour l'ancien droit québécois, voir CUGNET, *op. cit.*, p. 122 ; *Norman v. Marcoux*, (1729) 1 R.J.R.Q. 348.

190. *Cf., supra*, n° 81–85 et *infra* note 204, relativement au droit absolu du père à la garde de ses enfants.

191. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, p. 145 ; P. VERGE, *loc. cit.*, p. 146 ; E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 115 : « Pour que les parents puissent contrôler efficacement l'éducation et l'instruction de leurs enfants, il faut qu'ils les gardent et les retiennent près d'eux ou qu'ils aient la faculté, déléguant leur pouvoir, de les placer dans une institution de leur choix ». *MacDonald v. MacDonald*, (1905) 14 B.R. 300.

192. Art. 83.2 — « Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père, mère ou tuteur ». *Pelletier v. Commissaires d'écoles pour la municipalité de Rock Forest*, [1945] C.S. 140. En cas de conflit entre tuteur et parents quant au domicile du mineur pendant la tutelle voir : *Dumoulong v. Claing*, [1969] R.P. 274. Dans cette affaire, la Cour supérieure a affirmé que : « Malgré l'avis de plusieurs juristes et malgré la décision [27] R.P. 55, le tribunal partage l'avis de Mignault à l'effet que le mineur qui est en tutelle, a son domicile chez son tuteur même s'il a encore son père ou sa mère ». *Stevenson v. Florant*, [1925] 1 R.C.S. 532, lire le juge Rinfret à la page 537. *Contra* : *Keane v. The Pembroke Lumber Co. Limited*, (1924) 27 R.P. 55 ; *Dame Elliot v. Protestant School Municipality of Ste-Therese*, [1951] C.S. 395 ; *Poissant v. Les Commissaires d'écoles pour la municipalité de la paroisse St-Jacques-le-Mineur*, [1957] C.S. 123. Dans cette cause, la Cour supérieure avait décidé que si rien ne prouve que le père ou la mère sont incapables d'exercer leurs droits civils, c'est chez eux que le mineur est domicilié, bien qu'il puisse habiter ailleurs.

193. E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 118 et *infra*, n° 112–116 concernant l'étude du critère de la volonté de l'enfant dans le choix de son gardien et de son domicile. Dans la cause *Martineau v. Ladouceur*, (1891) 21 R.L. 243, le tribunal a décidé que celui qui induit un enfant mineur à laisser le domicile paternel sans le consentement du père, était responsable des dommages éprouvés par ce dernier, par suite de ce départ.

pouvoir de surveillance sur la conduite, les occupations, les sorties et les relations de ses enfants mineurs. C'est ce pouvoir de surveillance qui permet aux parents d'assumer leur devoir d'entretien et d'éducation¹⁹⁴. C'est également ce pouvoir, qui est à la fois une obligation, qui sert de fondement à la responsabilité civile des parents pour les dommages causés par la faute de leurs enfants mineurs (art. 1054.2 du C.c.). Cette responsabilité que fait peser le législateur sur les épaules des parents est, en quelque sorte, la contrepartie des pouvoirs étendus qu'il leur accorde sur la personne de leur enfant¹⁹⁵. Elle repose essentiellement sur la présomption qui veut que la faute de l'enfant soit attribuable à la mauvaise éducation et au manque de surveillance de leur part. Le père ou la mère, selon le cas, ne peut donc s'exonérer de cette responsabilité qu'en repoussant cette présomption par la preuve qu'il n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage¹⁹⁶.

104. Le droit de garde peut évidemment être délégué par son titulaire. Toutefois, à l'instar du devoir d'entretien et d'éducation, il ne peut l'être d'une façon permanente et définitive¹⁹⁷. S'agissant d'un droit d'ordre public, les parties ne peuvent non plus y déroger par convention¹⁹⁸. Il est à noter également que les délégataires du droit de garde sont, au même titre que les parents, responsables des dommages causés par les enfants dont ils ont la garde (art. 1054 du C.c.)¹⁹⁹.

b) Le démembrement de la puissance paternelle et les critères d'attribution du droit de garde

105. Les véritables problèmes concernant le droit de garde se posent lors des conflits relatifs à l'exercice de ce droit et, plus particulièrement, lorsqu'il s'agit d'en décider l'attribution. Ces conflits

194. E. A. BEAUDRY, *op. cit.*, p. 348; E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 118; P. AZARD et F. BISSON, *op. cit.*, p. 163. C'est ainsi qu'il a été décidé dans l'affaire *Gravel v. Malo*, (1888) 11 L.N. 188, qu'un père qui engage son fils mineur comme apprenti pour un nombre déterminé d'années dans un endroit où il réside avec sa famille, est justifiable de retirer son fils de l'apprentissage avant l'expiration du temps fixé, lorsque le maître veut l'amener résider dans une place éloignée où le père ne sera pas en état de surveiller la conduite de son fils.

195. TRUDEL, *op. cit.*, t. 2, p. 175.

196. P. AZARD, « La responsabilité des parents et des éducateurs », [1963], *McGill L.J.*, pp. 1-15; J. MERCIER, « Puissance paternelle, déchéance dans certains cas », [1954] *R. du B.* 234; A. MAYRAND « Évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, publié avec le concours du Centre national de recherche scientifique, Paris, Librairie Dalloz, 1965, pp. 621 à 640; P. VERGE, *loc. cit.*, p. 144; Jean-Louis BAUDOUIN, *Traité élémentaire de droit civil — La responsabilité délictuelle*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973, p. 567.

197. *Barlow v. Kennedy*, (1871) L.C.J. 253; *Stevenson v. Florant*, [1925] R.C.S. 532; *Kivenko v. Yagod*, [1928] B.R. 336.

198. TURGEON, *loc. cit.*, p. 70; *Stevenson v. Florant*, [1925] R.C.S. 532.

199. *Cf.*, note 196.

qui opposent le titulaire du droit de garde à l'autre conjoint ou ex-conjoint ou encore à un tiers se produisent tant lors de l'exercice de la puissance paternelle dans le cadre du mariage, que lors de son démembrement par suite d'une annulation de mariage, d'une séparation de corps ou d'un divorce. Dans ces situations, les tribunaux ont donc été amenés à élaborer certains critères pour leur permettre de décider de l'attribution du droit de garde. Ces critères s'appliquent soit aux parents, soit aux enfants. Dans le premier cas, on tiendra notamment compte de l'âge et de la volonté de l'enfant; dans le second, de l'indignité de l'un des parents, de l'influence de la faute conjugale et de l'incidence de la religion. Mais, au-delà de ces critères, c'est d'abord l'intérêt de l'enfant qui servira de guide aux tribunaux dans l'attribution de ce droit.

i) Le critère général de l'intérêt de l'enfant

106. C'est surtout à l'occasion de conflits qui se sont présentés aux tribunaux sous la forme d'une procédure judiciaire anglaise, le bref d'*habeas corpus*, que fut dégagé ce critère de l'intérêt de l'enfant. Il est donc d'origine purement jurisprudentielle. Essentiellement, cette procédure de droit criminel, qui a son origine dans la *Grande Charte* du Roi Jean d'Angleterre²⁰⁰, vise à s'assurer qu'une personne n'est pas détenue contre sa volonté²⁰¹. Elle fut insensiblement utilisée au

200. Concernant les origines de cette procédure, son introduction au Canada et dans la province de Québec voir: J. J. BEAUCHAMP, *Répertoire général de jurisprudence canadienne*, t. 11, Montréal, Wilson et Lafleur, 1914, pp. 1259-1291; Ludovic BRUNET, « Notice historique sur l'*habeas corpus ad subjiciendum* en Angleterre et au Canada », 6 R.L.n.s. 462; 18 R.J.R.Q. pp. 549 et ss.; Lorenz v. Lorenz, (1905) R.L.n.s. 149. L'exercice de cette procédure est actuellement réglementé par les articles 851-861 du *Code de procédure civile du Québec*, 13-14 El. II, c. 80, Montréal, Wilson et Lafleur, 1972.

201. Le juge Lemieux de la Cour supérieure écrivait dans l'affaire *In re Fournier*, (1917) 32 D.L.R. 720: « It follows that the writ of *habeas corpus* is a proceeding which secures and guarantees, in the most efficient manner, the liberty of the individual. Nobody can avail himself of the privilege so imparted unless he is actually deprived of his liberty. A person is deprived or restrained of his liberty whenever he is kept or held against his will in any place or is illegally detained or sequestered. Liberty is the right to freely dispose of one's own self, it is the faculty to act untrammelled or unfettered by arbitrary authority or tyrannical laws ». Voir également: *Cooper v. Tanner*, (1863) 8 L.C.J. 113; *Barlow v. Kennedy*, (1871) 17 L.C.J. 253; *Rivard v. Goulet*, (1875) 1 Q.L.R. 174; *Stoppelben v. Hull*, (1876) 2 Q.L.R. 255; *Regina v. Hull*, (1877) 3 Q.L.R. 136; *Regina v. McConnel*, (1882) 5 N.L. 386; *Ex parte Ham*, (1883) 27 L.C.J. 217; *Riley v. Grenier*, (1888) 33 L.C.J. 1; *Hodge v. Dame Scott*, (1889) 12 L.N. 234; *Mission de la Grande Ligne v. Morissette*, (1889) 33 L.C.J. 227; *Morency v. Fortier*, (1897) 12 C.S. 73; *Truax v. Ingalls*, (1898) 4 R. de J. 442; *Vautrin v. Dupuis*, (1900) 3 Q.P.R. 232; *Daoust v. Shiller*, (1900) 6 R.L.n.s. 332; *Bleau v. Petit*, (1902) 6 R.P. 353; *Robert v. Veronneau* (1903) 9 R.J. 410; *Sigouin v. Denis*, (1904) 11 R.J. 99; *McDonald v. McDonald*, (1905) 14 B.R. 300; *Garcin v. Croteau*, (1905) 27 C.S. 198; *In re B.A.*, 9 C.C.C. (B.R. Québec) 390; *Leduc v. Dame Beauchamp*, (1905) 7 R.P. 441; *Pickering v. Colaran*, (1905) 7 R.P. 350; *Lorenz v. Lorenz*, (1905) 11 R.L.n.s. 493;

Québec, entre autres en matière civile, pour faire exécuter le droit de garde ou en permettre le recouvrement. Ainsi grâce à cette procédure, la mère, par exemple, pourra réclamer la garde de son enfant mineur à l'encontre d'une tierce personne chez laquelle il réside, même de son plein gré, car en vertu d'une fiction juridique, l'on a assimilé à une privation de sa liberté, le fait pour un enfant en bas âge d'être sous la garde d'une personne autre que celle à qui la loi confère cette autorité et ce contrôle²⁰². C'est ce qui a été décidé dans l'affaire *Stevenson v. Florant* dans laquelle la Cour suprême a établi que le recours à l'*habeas corpus* était la procédure appropriée pour permettre à la mère de reprendre son enfant détenu illégalement²⁰³. C'est ainsi que les tribunaux ont été amenés à affirmer que le gardien légal, le plus souvent le père, avait un droit absolu à la garde de son enfant et que ce droit ne pouvait lui être enlevé que pour des raisons graves, c'est-à-dire s'il en abusait, s'en rendait indigne ou incapable²⁰⁴.

Rousseau v. Lapointe, (1906) 8 R.P. 43; *Nault v. Dame Nault*, (1911) 13 R.P. 221; *Action v. Larsen*, (1912) 14 R.P. 231; *Woolen v. Dame Aird*, (1912) 14 R.P. 165; *Trépanier v. Dame Lefebvre* (1913) 15 R.P. 225; *Amesse v. Desrosiers*, (1916) 50 C.S. 243; *Kostel v. Hampton* (1917) 23 R.L. 307; *Osmun v. Dame Morin*, [1918] B.R. 282; *Lacombe v. Voizelle*, (1919) 55 C.S. 538; *Brin v. Mayer*, (1920) 23 R.P. 270; *Stevenson v. Florant*, (1925) 38 B.R. 314 et [1925] R.C.S. 52; *Dame Marshall v. Fournelle*, (1926) B.R. 391 et [1927] S.C.R. 48; *Kivenko v. Yagod*, (1928) 44 B.R. 330 et [1928] R.C.S. 4210; *St-Pierre v. Bélanger*, (1928) R.L. 128; *Tremblay v. De Carré*, (1929) 35 R.L.n.s. 119; *Lefebvre v. Dugal*, [1933] B.R. 82; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501; *Chouinard v. Tanguay*, [1938] R.P. 372; *In re Dame Bourassa*, (1941) 47 R.J. 24; *Laurier v. Villeneuve*, [1942] C.S. 397; *Bagley v. Les Sœurs Grises de la Charité et Bagley*, [1943] R.P. 395; *Bertrand v. Renaud*, [1943] R.L. 266; *Fortin v. Thibault et uxor*, [1945] C.S. 36; *Chalifour v. Latulippe*, [1945] R.P. 103; *Béland v. Bernard*, [1947] R.L. 382; *G. v. Dame M. et V.*, [1948] C.S. 267; *Macnab v. Robertson*, [1949] R.P. 181; *Rousseau v. Gosselin*, [1950] B.R. 823; *Lahaise v. Rémillard*, [1952] B.R. 753; *Donaldson v. Taillon*, [1953] B.R. 332 et (1953) 2 S.C.R. 257; *Larose v. Bergeron*, [1953] B.R. 798; *Rémillard v. Desjardins*, [1954] B.R. 587; *Patton et Dame Proulx v. Beck*, [1954] B.R. 586; *Dame Coorsh v. Coorsh*, [1956] B.R. 315; *Nicol v. Dame Prouse*, [1956] C.S. 387; *N. v. A.*, [1957] C.S. 327; *Dame Pyttik v. Frenette*, [1958] B.R. 798; *Diemer v. Dame Le May*, [1958] B.R. 637; *Mignault v. Dame Spénard*, [1967] B.R. 10; *Dame Bernaquez-Ethier v. Chouinard et Landry*, [1962] C.S. 1; *Bronfman v. Moore*, [1965] B.R. 181; *Dame Hubert v. Gélinas*, [1965] C.S. 35; *Dumoulong v. Claing*, [1969] R.P. 274; *Dame L.C. v. A.C.*, [1970] C.S. 41.

202. *Lorenz v. Lorenz*, (1905) 7 R.P. 186 à la page 193; *Kostel v. Hampton*, (1917) 23 R.L. 307 à la page 308; *Kivenko v. Yagod*, (1928) 44 B.R. 334; *Tremblay v. De Carré*, (1929) 35 R.L. 119; *Lefebvre v. Dugal*, (1933) 54 B.R. 87; *Laurier v. Villeneuve*, [1942] C.S. 397. À noter toutefois que lorsque l'enfant est en mesure de manifester sa volonté, le fait pour une autre personne que le gardien légal de la recevoir chez elle sans le contraindre, ni le priver de sa liberté ne sera pas assimilé à une détention illégale donnant ouverture à l'*habeas corpus*. Il s'agira alors pour le juge de déterminer si la volonté de cet enfant doit être prise en considération compte tenu de son âge et de son intelligence. Voir à ce sujet: *Dame Marshall v. Fournelle*, [1926] B.R. 391; le juge Rivard à la page 395 et *infra*, n° 112-115.

203. [1925] R.C.S. 532.

204. *Barlow v. Kennedy*, (1871) 17 L.C.J. 253; *Regina v. Hull*, (1876) 3 Q.L.R. 136; *Ex parte Ham*, (1883) 27 L.C.J. 217; *Morency v. Fortier*, (1897) 12 C.S. 68; *MacDonald v.*

107. Des restrictions à l'exercice du droit de garde par le gardien légal ont été apportées par les tribunaux quand ils se sont rendus compte que l'attribution automatique de ce droit, en fonction uniquement de la reconnaissance du droit absolu de son titulaire, n'était pas de nature à assurer la protection des intérêts des parties en cause et particulièrement ceux des enfants. C'est ce que le juge Charland affirmait déjà en 1888 dans la cause *Riley v. Grenier* :

« De nos jours, on aurait donc tort de croire quelque part qu'il suffit pour un père de prouver dans tous les cas qu'il est père, pour avoir le contrôle absolu sur ses enfants. La juridiction des tribunaux supérieurs est clairement définie et la jurisprudence est bien fixée sur ce point important d'ordre social ²⁰⁵ ».

Et citant l'auteur anglais Hurd, *On habeas corpus* aux pages 528 et 529, il ajoutait :

« The true view of the matter appears to be this. The jurisdiction of the question of custody under the writ of *habeas corpus* is of an equitable nature. The welfare of the infant is the polar star by which the discretion of the Court is to be guided. But the legal rights of the parent or guardian are to be respected. They are founded in nature and wisdom and are essential to the peace, order and happiness of society. But they may have been abandoned, transferred or abused ²⁰⁶ ».

Donc, les tribunaux ont affirmé très tôt, à l'encontre du droit du gardien légal à la garde de l'enfant, l'intérêt de ce dernier et, comme le disait le juge Fortin dans l'affaire *Bleau v. Petit*, « l'intérêt d'un enfant en bas âge doit seul servir de guide au juge en matière d'*habeas corpus* ²⁰⁷ ».

MacDonald, (1905) 14 B.R. 330; *Trépanier v. Dame Lefebvre et vir*, (1913) 15 R.P. 225; *Brin v. Mayer*, (1920) 23 R.P. 270; *Kivenko v. Yagod*, (1928) 44 B.R. 330; *Lefebvre v. Dugal*, (1933) B.R. 82; *Laurier v. Villeneuve*, [1942] C.S. 397; *Bertrand v. Renaud*, [1943] R.L. 266; *Fortin v. Thibault et uxor*, [1945] C.S. 36; *Chalifour v. Latulippe*, [1945] R.P. 103; *Donaldson v. Taillon*, (1953) B.R. 332; *Larose v. Bergeron*, (1953) B.R. 798; *Dame Coorsh v. Coorsh*, (1956) B.R. 315. Cf., *infra*, n°117.

205. (1888) 33 L.C.J. 1, à la page 8.

206. *Id.*, à la page 6.

207. (1902) 6 R.P. 353; voir également en matière d'*habeas corpus* : *Truax v. Ingalls*, (1898) 4 R. de J. 442; *Sigouin v. Denis*, (1904) 11 R. de J. 99; *Garcin v. Croteau*, (1905) 27 C.S. 198; *Leduc v. Dame Beauchamp*, (1905) 7 R.P. 441; *Nault v. Nault*, (1911) 13 R.P. 221; *Wollven v. Dame Florence Aird*, (1912) 14 R.P. 165; *Re Fournier*, (1917) 32 D.L.R. 720; *Osmun v. Dame Morin*, [1918] B.R. 282; *Tremblay v. De Carré*, (1929) 35 R.L.n.s. 119; *Re Dame Bourassa*, (1941) 47 R.J. 24; *Bertrand v. Renaud*, [1943] R.L. 266; *Rousseau v. Gosselin*, [1950] B.R. 823; *Rodrigue v. Dame Rose Bergeron*, [1955] R.P. 50; *Nicol v. Dame Prouse*, [1956] C.S. 387; *Dame Pythik and another v. Frenette*, [1958] B.R. 798; *McNab v. Robertson*, 1949 R.P. 181; *Bronfman v. Moore*, [1965] B.R. 181; *Dame Hubert v. Gélinas*, [1965] C.S. 35. Ce critère a été également retenu par les tribunaux lors de l'attribution du droit de garde suite au démembrement de la puissance paternelle dans les cas de séparation et de divorce : [séparation] *Odell v. Gregory*, (1894) 5 C.S. 348; *Beaulieu*

108. Mais ce sont surtout les décisions rendues, en cette matière, par la Cour suprême, qui ont mis en évidence le critère de l'intérêt de l'enfant.

Comme le fait remarquer le professeur Albert Mayrand :

« La Cour suprême du Canada, le plus haut tribunal du pays, est composée d'une majorité de juristes formés à l'école du « common law ». Québec étant la seule des dix provinces à être régie par le droit civil, il est naturel que son droit s'infléchisse vers le « common law ». En cas de doute notre tribunal suprême choisit la solution qui lui paraît la plus équitable et l'idée que l'on se fait de l'équité est en fonction de sa philosophie de la vie et de la formation que l'on a reçue. Ainsi l'étude de la jurisprudence nous fera voir que la Cour suprême a été amenée à faire évoluer la notion de puissance paternelle dans le sens de l'adoucissement ²⁰⁸ ».

C'est ainsi que dans l'affaire *Stevenson v. Florant*, dans laquelle une mère utilisait cette procédure pour faire reconnaître son droit à la garde de son enfant à l'encontre de celui du tuteur, cette Cour décida :

« In determining such right, consideration should be given to the interests of the child, without, however, confusing the interests with the wish or will of the child ²⁰⁹ ».

Toutefois, parmi toutes les décisions du plus haut tribunal canadien, le jugement rendu dans *Taillon v. Donaldson* ²¹⁰ mérite une

v. *Larivée*, (1910) 12 R.P. 163; *Smith v. Copping*, [1923] B.R. 413; *B. v. F.*, [1944] B.R. 92; *B. v. T.*, [1945] R.P. 398; *Riverin v. Dame Borgia*, [1945] R.L. 311; *Bigman v. Dame Belzberg*, [1952] B.R. 391; *Rodrigue v. Baillargeon*, [1955] R.P. 50; *Loiselle v. Meunier*, [1957] R.P. 239; *M. v. F.*, [1957] R.P. 202; *Fornika v. Dame Tessier*, [1958] B.R. 172; *R. v. C.*, [1959] R.P. 326; *Brecknoch v. Dame Brown*, [1961] B.R. 907; *Deslieries v. Dame Grenon*, [1963] B.R. 986; *Dame Friedman v. Wechler*, [1965] B.R. 540; *Boily v. Vallée*, [1966] B.R. 1001; *Dame Anderson v. Roper*, [1967] B.R. 170; *F. v. Dame F.*, [1967] B.R. 389; *Leduc v. Dame Handfield*, [1967] B.R. 575; *P. v. Dame W.*, [1967] B.R. 462; *B. v. B.*, [1969] R.P. 10; *Benisty v. Delouya*, [1969] B.R. 720; *P. v. Dame P.*, [1969] C.S. 173; *Dame Turcotte v. Turcotte*, [1969] R.P. 1; *Dame B. v. Morency*, [1970] C.A. 455; *Brisebois v. Brisebois*, [1972] C.A. 8; *Bockler v. Dame Bockler* [1973] C.A., district judiciaire de Montréal, dossier n° 09-000543-73; *Dupin v. Labatut*, [1973] C.A., district judiciaire de Québec, dossier n° 9857; *Dame Rochon v. Castonguay*, [1973] B.R. 29; *Gagnon v. Dame Bisson*, [1974] C.A., district judiciaire de Québec, dossier n° 8821 — [divorce] — *G. v. M. et V.*, [1948] C.S. 267; *Wilson v. Dame Thompson*, [1959] B.R. 522; *M. v. D.*, [1966] C.S. 224; *V. v. M.*, [1967] R.P. 145; *Dame M. v. C.*, [1968] C.S. 219; *Dame B. v. L.*, [1970] C.S. 17; *St-Laurent v. St-Laurent*, [1970] C.A. 1099; *Dame Blanchette v. Collin*, [1972] C.A. 352; *Dame Beaudoin v. Stankévicius*, [1972] C.A. 605; *Dame Morin v. Gagnon*, [1973] C.S. 279; *Desjardins v. Dame King*, [1973] C.A., district judiciaire de Montréal, dossier n° 09-000506-73; *Leruite v. Dame Latreille*, [1973] C.S. 314; *Robitaille v. Cloutier*, [1973] R.P. 125.

208. A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 623.

209. *Stevenson v. Florant*, [1925] R.C.S. 532, confirmé par [1927] A.C. 211, voir également le jugement de la Cour d'appel à (1925) 38 B.R. 314; *Marshall v. Fournelle*, [1927] R.C.S. 48 et [1926] B.R. 391; *Kivenko v. Yagod*, [1928] R.C.S. 421 et (1928) 44 B.R. 330; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501 et *Lefebvre v. Dugal*, [1933] B.R. 92.

210. [1953] R.C.S. 257.

attention particulière, car il fait bien ressortir les points que nous venons d'évoquer.

Les faits sont les suivants : quelques jours après la naissance de son fils, le père, n'ayant pas les moyens financiers pour subvenir aux besoins de son enfant, le confie à ses parrain et marraine, oncle et tante de l'enfant. Ces derniers acceptent de le garder et, de fait, s'occupent de leur neveu avec affection. Même si les deux familles habitent la même ville et se visitent fréquemment, le père et la mère ne contribuent ni à l'éducation ni à l'entretien matériel de l'enfant. À l'occasion d'un héritage, les rapports entre les deux familles se détériorent et les parents réclament leur enfant par voie d'*habeas corpus*. L'enfant est maintenant âgé de 7 ans et les parents désirent le reprendre et le garder avec ses deux frères plus jeunes qu'ils élèvent par ailleurs convenablement.

Afin de mieux comprendre la portée du jugement de la Cour suprême, il est nécessaire de résumer les décisions rendues dans les cours inférieures. En Cour supérieure, le juge Gibson rejeta la requête des parents au motif qu'il était préférable de laisser l'enfant sous la garde de ses oncle et tante qui avaient manifesté beaucoup d'affection pour leur neveu alors que selon lui, ses propres parents n'avaient eu aucune attention à son égard. Au contraire, la Cour d'appel, dans un jugement unanime, décida que les parents n'étaient ni incapables, ni indignes de reprendre leur enfant et infirma le jugement de première instance. La Cour accorda le bref d'*habeas corpus* demandé par le père et la mère²¹¹. La Cour suprême dans une décision majoritaire a rétabli la décision rendue par le juge Gibson en Cour supérieure. Selon la majorité des juges de la Cour suprême, « the natural right of parents to the custody of their children as sanctioned by Art. 243 C.C., is displaced where it is shown that they are unfit or incapable ». Tout le débat porte donc sur la question de savoir si les parents étaient indignes ou incapables²¹². Pour le juge Kellock, il apparaît que le père et la mère sont indignes :

« In my opinion, if the findings of the learned trial judge be accepted, as in my opinion they should be, such unfitness has been fully made out²¹³ ».

Les juges Fauteux et Taschereau sont cependant dissidents. Le premier ne trouve pas que la faute révèle le caractère indigne des parents de l'enfant :

211. (1953) B.R. 332.

212. Cf. *infra*, n° 117.

213. Juge KELLOCK ; à la page 264.

« La loi présume la dignité des parents. Celui qui invoque l'indignité doit la prouver. Devant cette présomption et la gravité de la matière, une preuve claire et solide s'impose. Je ne puis accepter comme suffisante, la preuve offerte par les appelants. Le bref d'*habeas corpus* doit donc être maintenu ²¹⁴ ».

Cependant, cette appréciation que font les juges Fauteux et Taschereau de la preuve qui leur est offerte n'empêche pas ces derniers d'affirmer :

« Il est certain que l'intérêt de l'enfant doit être considéré et doit même être le principal souci des tribunaux. En effet, si le père est incapable ou se montre indigne, l'intérêt de l'enfant sera évidemment mis en péril ²¹⁵ ».

109. Certains auteurs ont critiqué l'arrêt rendu par la Cour suprême. Selon Louis Baudouin, cette décision fait apparaître l'opposition entre l'état d'esprit des juges canadiens de langue anglaise et celui des juges canadiens de langue française à la Cour suprême :

« La conclusion qui, à notre avis, paraît devoir être dégagée est que le fait d'avoir adopté en droit québécois le bref d'*habeas corpus* dans une telle matière, semble avoir opéré une scission dans la manière de juger entre juges de formation anglaise et juges de formation française. L'esprit individualiste anglais s'accommode parfaitement de ce procédé dans lequel il voit un instrument par excellence de la protection de la liberté individuelle. Le juge a donc tendance à toujours juger avant tout, en partant exclusivement de l'intérêt de l'enfant qu'il fait toujours bénéficier d'un préjugé favorable ²¹⁶ ».

De même, dans son commentaire de la même décision, Léon Lalande écrit :

« L'affaire Donaldson a donc été jugée en dernier ressort d'après une conception de la puissance paternelle inspirée du droit anglais ²¹⁷ ».

On constate donc que la nouvelle conception de la puissance paternelle axée sur l'intérêt de l'enfant a été favorisée par l'organisation judiciaire canadienne. Toutefois ce n'est pas uniquement ce facteur juridique qui a joué en faveur de cette nouvelle tendance. Parallèlement, les changements sociaux intervenus au Québec et au Canada ont modifié la notion traditionnelle de la famille et ses fondements.

110. Les structures d'autorité dans la famille québécoise ont en effet été influencées par les nombreux changements économiques et

214. Juge FAUTEUX ; à la page 272.

215. Juge TASCHEREAU ; aux pages 258-259.

216. L. BAUDOUIN, « Puissance paternelle », [1954] *R. du B.* à la page 484.

217. L. LALANDE, *Case and Comment*, 1955, t. 33, *Can. Bar. Rev.*, p. 954 ; voir également : J. MERCIER, *loc. cit.*, p. 234.

sociaux. La population du Québec, davantage rurale à ses débuts, est devenue de plus en plus urbaine. Les enfants travaillant hors du milieu familial se sont davantage émancipés et libérés de l'autorité du père dispensateur de bien-être :

« Privé de l'occasion de leur commander au travail, il leur commande avec moins d'efficacité à leur retour au foyer. L'emploi d'un salaire gagné sans le concours du chef de famille échappe facilement à son contrôle. Enfin, la vague de démocratisation qui déferle sur la société atteint aussi la famille. Partout l'autorité est discutée, partout elle accuse recul ²¹⁸ ».

De plus, l'influence du milieu nord-américain est également un facteur qui a contribué à cet affaiblissement de la puissance paternelle. La conception de la famille qu'ont les Américains et les Canadiens d'origine anglo-saxonne est différente de celle des Canadiens français :

« La famille canadienne-anglaise donne, à ceux qui la voit vivre, l'impression qu'il existe autant d'individus indépendants que de personnes qui la composent. On semble beaucoup plus gouverné par une sorte de respect mutuel et tacite de la liberté individuelle de ses membres, y compris les enfants, que par un principe d'autorité, par contre très marqué dans la famille canadienne-française ²¹⁹ ».

Tous ces facteurs ont influencé plus ou moins directement les juges québécois. Ils tiennent davantage compte de ces données nouvelles lorsqu'ils décident de litiges portant sur l'exercice de la puissance paternelle. On peut donner comme exemple une décision très récente de la Cour d'appel qui montre bien cette nouvelle conception de la puissance paternelle :

« La puissance paternelle vise à assurer l'unité de la société familiale, mais lorsque cette société se désagrège et que l'unité est rompue et remplacée par la discorde et bien souvent par l'animosité des parents, le juge n'a plus les contraintes d'autrefois lorsqu'il s'agit pour lui de décider de la garde des enfants et c'est l'intérêt des enfants qui doit être plus que jamais son souci primordial, sinon son seul guide ²²⁰ ».

Les tribunaux ont donc contribué assez largement à cette évolution, d'autant plus que les dispositions du *Code civil* sur le sujet n'ont jamais été modifiées. D'ailleurs, la rédaction des dispositions pertinentes laisse une très grande appréciation aux tribunaux. On peut

218. A. MAYRAND, *op. cit.*, p. 622; voir également : M. A. TREMBLAY et J. VALOIS, *Les nouvelles structures d'autorité dans la famille au Canada français* (1965-66) 7 C. de D., p. 183; sur la famille québécoise traditionnelle, lire P. GARIGUE, *op. cit.*, 142 pages.

219. L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, p. 485.

220. *Bochler v. Dame Bochler*, Cour d'appel, 1974, district judiciaire de Montréal, dossier n° 90-000543-73; juge GAGNON à la page 5.

donc dire que la rigueur que l'on a manifestée pour le respect de la puissance paternelle était dans l'interprétation et non dans le *Code* ²²¹.

ii) Les critères quant à l'enfant

– *L'âge de l'enfant*

111. L'âge de l'enfant est un critère utilisé par les tribunaux dans l'attribution du droit de garde mais, comme tous les autres critères, il est subordonné au principe général de l'intérêt de l'enfant. On admet en effet que l'intérêt d'un enfant de deux ans n'est pas nécessairement le même que celui d'un enfant de 16 ans. Il est cependant important de noter que la capacité du père ou de la mère de prendre soin d'un jeune enfant sera également prise en considération par les tribunaux, avant de confier la garde à l'un plutôt qu'à l'autre ²²². Ainsi dans l'hypothèse où le père doit s'absenter durant la journée pour son travail alors que la mère qui demeure au domicile conjugal est davantage disponible, il serait logique de lui confier la garde d'un enfant en bas âge. L'intérêt de l'enfant dans ces circonstances sera beaucoup mieux servi s'il demeure avec sa mère ²²³.

L'âge de l'enfant détermine donc dans une certaine mesure à qui la garde en sera confiée ²²⁴. Dans ce sens, on a confié la garde de deux

221. J. MERCIER, *op. cit.*, p. 234.

222. En matière d'*habeas corpus* voir: *Ex parte Ham*, (1883) 27 L.C.J. 217; *Brin v. Mayer*, (1920) 23 R.P. 270; *Re Dame Bourassa*, (1941) 47 R.L. 24; *Rousseau v. Gosselin*, (1950) B.R. 823; *Rodrigue v. Dame Rose Baillargeon*, [1955] R.P. 50; en matière de séparation de corps voir: *Robert v. Turner*, [1953] R.P. 316; *Keller v. Dame Kredl*, [1956] B.R. 810; *R. v. C.*, [1959] R.P. 326; *Boily v. Vallée*, [1966] B.R. 1001; *Brisebois v. Dame Brisebois*, [1972] C.A. 8; *Dupin v. Labatut*, [1973] C.A., district judiciaire de Québec, dossier n° 9857; *Gagnon v. Dame Bisson*, [1974] C.A., district judiciaire de Québec, dossier n° 882; en matière de divorce voir: *Wilson v. Dame Thompson*, [1959] B.R. 522; *Dame B. v. L.*, [1970] C.S. 17.

223. Cf. l'affaire *Riverin v. Borgia*, [1945] R.L. 31, dans laquelle le juge Casgrain a décidé que le tribunal était justifié d'ordonner que les enfants soient laissés en pension dans une maison déterminée et jusqu'à un âge fixé par le jugement, s'il est établi que ni le père, ni la mère ne peut s'occuper d'eux personnellement d'une façon satisfaisante, vu l'obligation où chacun se trouve de quitter son domicile pour aller travailler.

224. Dès 1846, le tribunal dans la cause *Dubois v. Hébert*, décidait que durant la première enfance, l'enfant naturel serait laissé sous les soins et en possession de la mère; mais qu'après les premières années, le père devra avoir l'alternative de prendre son enfant avec lui ou de continuer d'en payer l'entretien à la mère. Voir également concernant l'attribution de la garde d'un enfant naturel: *Dame Bernaguez-Ethier v. Chouinard et Landry*, [1962] C.S. 1; en matière de séparation de corps, voir: *Leduc v. Dame Beauchamp*, (1905) 7 R.P. 441; *Poitras v. Lafrance*, (1909) 10 R.P. 362; *Beaulieu v. Larivée*, (1910) 12 R.P. 163; *Nault v. Dame Nault*, (1911) 13 R.P. 221; *Smith v. Dame Copping*, [1923] B.R. 413; *Chouinard v. Tanguay*, [1938] R.P. 372; *S. v. Y.*, [1945] R.P. 197; *Charest v. Meloche*, [1947] R.L. 126; *B. v. D.*, [1959] R.P. 351; *Boily v. Vallée*, [1966] B.R. 1001; *P. v. Dame W.*, [1967] B.R. 462; *Dame B. v. Morency*, [1970] C.A. 455; *Dame St-Laurent v. St-Laurent*, [1970] C.A. 1099; *Dupin v. Labatut*, [1973] C.A., district judiciaire de Québec, dossier n° 9857.

garçons âgés respectivement de moins de 1 et 3 ans à la mère. Dans l'espèce, il s'agissait de la garde provisoire dans une action en séparation de corps. Dans l'arrêt résumé de la Cour d'appel, on a déclaré :

« In the view of the tender age of the two children and the proof made as to the ability of the mother, assisted by her parents who live next door, to care for the young children (...) the trial judge properly granted provisional custody of the children to the mother ²²⁵ ».

Dans un autre jugement de la Cour d'appel rendu dans des circonstances à peu près identiques, le tribunal a également tenu compte de l'âge de l'enfant. Le juge Taschereau s'exprime ainsi : « Il est maintenant reconnu, en effet, que la garde d'un jeune enfant ne doit pas être confiée au père qui n'est pas en mesure de remplir les devoirs que la loi lui impose (...) si, par ailleurs, la mère est apte à le faire ²²⁶ ».

Ces deux décisions ont donc tenu compte de l'âge de l'enfant pour déterminer lequel du père ou de la mère était le plus apte à assurer le bien-être de l'enfant. Par ailleurs, sans avoir analysé toutes les décisions sur le sujet, il semble impossible d'affirmer que les tribunaux, lorsque l'enfant dépasse un âge précis, ne tiendront plus compte de son âge. En effet, on peut difficilement dire que les enfants âgés de moins de 7 ans par exemple, sont automatiquement confiés à leur mère. L'âge constitue certes un critère, mais il n'est pas rigide et il est souvent utilisé avec d'autres, comme la capacité des parents d'assurer le plus grand intérêt de l'enfant. On peut toutefois penser que dans la mesure où un enfant en bas âge nécessite l'attention et les soins que seule, le plus souvent, la mère est apte à lui apporter, les tribunaux, dans l'intérêt de l'enfant, le confieront à la mère ²²⁷. C'est toutefois lorsque la volonté de l'enfant est utilisée comme critère que l'on retrouve très souvent des considérations quant à l'âge.

- La volonté de l'enfant

112. La volonté de l'enfant est un autre critère dont les tribunaux tiennent compte dans l'attribution de la garde, comme le dit Albert Mayrand :

« Il est certain que l'enfant en bas âge ne peut être consulté mais que la volonté d'un mineur de vingt ans ne peut être ignorée. L'enfant, qui a atteint une certaine maturité, ne peut être forcé de vivre selon les règles d'une religion en laquelle il ne croit pas et on ne peut l'empêcher

225. *Keller v. Dame Kredl*, [1956] B.R. 810.

226. *Wilson v. Dame Thompson*, [1959] B.R. 522.

227. *Cf. infra*, note 224.

d'embrasser une religion de son choix. On ne peut non plus le forcer de vivre avec son père pour qui il éprouve une aversion invincible, plutôt qu'avec sa mère qu'il aime et respecte. La coercition dans ce domaine est impossible sur le plan pratique et condamnable sur le plan des principes²²⁸ ».

En partant de ces propos tenus par le juge Mayrand, et en nous limitant pour le moment à l'étude de la volonté de l'enfant, sans égard à la religion des parents²²⁹, on peut essayer de dégager les grands principes qu'ont suivis les tribunaux dans l'appréciation de la volonté de l'enfant quant au droit de garde. La cause de la Cour suprême confirmée par le Conseil privé dans *Stevenson v. Florant* est intéressante sur ce point²³⁰. Le juge Rinfret appuie le jugement de la Cour d'appel sur la valeur que l'on doit accorder au désir de l'enfant : nous ne voudrions pas, cependant, laisser échapper cette occasion d'appuyer spécialement, pour dire qu'il a toute notre approbation, sur le passage suivant des notes de M. le juge Greenshields :

« I am not unmindful that the interests of the child should to some extent, and perhaps to a considerable extent, be considered. But let it be well understood that the interest of the child is not to be confounded with the wish or will of the child²³¹ ».

Ainsi on établit clairement que l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération mais ne doit pas être confondu avec ses désirs ou sa volonté. Comme le fait remarquer le juge Mayrand, « l'on reconnaît encore que la volonté de l'enfant ne peut être un guide sûr et exclusif et nos tribunaux rappellent à l'occasion, qu'il faut se garder de confondre l'intérêt de l'enfant avec son désir ou sa volonté²³² ». Ce principe, toutefois, n'exclut pas la possibilité pour le tribunal de tenir compte des raisons valables exprimées par l'enfant²³³. D'ailleurs c'est dans les procédures pour obtenir l'émission d'un bref d'*habeas corpus* que la volonté de l'enfant est le plus souvent déterminante pour l'attribution du droit de garde²³⁴. Cette procédure ayant pour but de faire respecter

228. A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 637 ; lire également le juge Stuart dans l'affaire *Regina v. Hull*, dans laquelle il affirme : « There is no law to compel the child to remain with the father... » (1876) 3 Q.L.R. 136 à la page 141.

229. Cf. *infra*, n° 119.

230. *Stevenson v. Florant*, [1925] R.C.S. 532, confirmé par [1927] A.C. 211.

231. [1925] B.R. 314 ; *Regina v. Hull*, (1876) 3 Q.L.R. 136 à la page 137.

232. A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 638.

233. *Kivenko v. Yagod*, [1928] B.R. 330, confirmé par [1928] R.C.S. 421.

234. *Cooper v. Tanner*, (1863) 17 R.L. 543 ; *Rivard v. Goulet*, (1875) 1 Q.L.R. 174 ; *Stoppelben v. Hull*, (1876) 2 Q.L.R. 255 ; *Regina v. Hull*, (1876) 3 Q.L.R. 136 ; *Ex parte Ham*, (1883) 27 L.C.J. 127 ; *Riley v. Grenier*, (1888) 37 L.C.J. 1 ; *Mission de la Grande Ligne v. Morissette*, (1889) 19 R.L. 85 ; *Morency v. Fortier*, (1897) 12 C.S. 68 ; *Truax v. Ingalls*,

la liberté individuelle des personnes privées de leur liberté, on considérera avec plus d'attention la volonté de l'enfant, afin de savoir s'il est privé de sa liberté par suite de l'exercice du droit de garde. En tenant compte de l'objet de cette procédure particulière, la Cour d'appel dans une de ses décisions, a nettement pris en considération la volonté de l'enfant.

Dans l'espèce, la mère, devenue veuve, resta avec quatre enfants en bas âge qu'elle plaça. La fille cadette a été confiée au soin d'un tiers. Plus de 7 ans après, la mère demanda sa fille au défendeur. Celui-ci ne fit pas d'objection, mais la jeune fille refusa de retourner vivre avec sa mère. La mère usa de violence et essaya d'emmener sa fille de force. La tentative échoua. Le 1^{er} décembre 1925, alors que la jeune fille était âgée de 14 ans, la mère a fait émettre un bref d'*habeas corpus* pour en reprendre la garde. La Cour supérieure rejeta le bref et la mère fit appel. La Cour d'appel confirma le jugement de première instance. Le juge Tellier s'exprimait ainsi :

« Dans les conditions, sa volonté doit compter : Une jeune fille de son âge est supposée savoir ce qu'elle fait (...) Il existe de nombreux arrêts dans lesquels nos tribunaux ont décidé ou reconnu que, sur *habeas corpus*, un enfant de 14 ans ou plus, s'il jouit de ses facultés, ne peut être contraint d'aller malgré lui, vivre avec son père ou sa mère ²³⁵ ».

Le juge Rivard était du même avis :

« La jeune fille qui a maintenant plus de 14 ans est d'âge à exercer sa discrétion. (...) Elle veut donc rester avec ceux qui l'ont élevée et ce choix, qui ne semble pas être le résultat d'un caprice, est judicieux ²³⁶ ».

(1898) 4 R. de J. 442; *Vautrin v. Dupuis*, (1900) 3 Q.P.R. 232; *Daoust v. Shiller*, (1900) 6 R.L.n.s. 332; *Bleau v. Petit*, (1902) 3 R.P. 353; *Robert v. Veronneau*, (1903) 9 R.J. 410; *Pickering v. Coloran*, (1905) 7 R.P. 350; *Lorenz v. Lorenz*, (1905) 7 R.P. 149; *Rousseau v. Lapointe*, (1906) 8 R.P. 43; *Nault v. Dame Nault*, (1911) 13 R.P. 221; *Acton v. Larsen*, (1912) R.P. 231; *Re Fournier*, (1917) 32 D.L.R. 720; *Osmun v. Dame Morin*, [1918] B.R. 282; *Stevenson v. Florant*, [1925] R.C.S. 532; *Marshall v. Fournelle*, [1927] S.C.R. 48; *Tremblay v. De Carré*, [1929] 35 R.L. 119; *Re Bourassa*, [1941] 47 R.J. 24; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501; *Rémillard v. Desjardins*, [1954] B.R. 587. En matière de séparation de corps voir : *Dame B. v. Morency*, [1970] C.A. 455; *B. v. B.*, [1969] R.P. 10; *Twynam v. Dame McGuire*, [1971] C.S. 640. En matière de divorce voir : *M. v. D.*, [1966] C.S. 224; *Dame B. v. L.*, [1970] C.S. 17; *Dame Beaudoin v. Stankévicius*, [1972] C.A. 604. N.B. : Dans ces deux dernières causes, la volonté des enfants entrant en conflit avec leur intérêt, le tribunal a préféré attribuer la garde en fonction de ce dernier critère. En matière d'adoption voir : *Dame L.C. v. A.C.*, [1970] C.S. 41. Cette décision revêt un intérêt particulier dans les cas où les parents nourriciers désirent adopter l'enfant dont ils ont la garde physique; voir également à ce sujet : *Dame Marshall v. Fournelle*, (1926) 40 B.R. 391 et [1927] R.C.S. 48.

235. *Dame Marshall v. Fournelle*, (1926) 40 B.R. 391; juge TELLIER, p. 393-394.

236. *Id.*, juge RIVARD, p. 397.

Ce jugement a été confirmé en Cour suprême ²³⁷.

Le rôle de la volonté de l'enfant dans l'attribution de la garde est donc, compte tenu des circonstances de chaque cas, un critère fort important. L'arrêt de la Cour suprême dans *Dugal v. Lefebvre* est au même effet ²³⁸. Dans ce cas, on a jugé que le père d'un enfant âgé de près de 14 ans, ne pouvait obtenir la garde de son enfant s'il était établi qu'il était indigne d'en prendre soin. L'enfant avait en outre déclaré vouloir vivre chez sa tante plutôt que chez son père. Ce désir était d'ailleurs justifié par les circonstances.

113. L'âge est donc également un facteur à considérer lorsque l'on tient compte de la volonté exprimée par l'enfant. Les décisions que nous avons mentionnées précédemment en témoignent. Dans la mesure où l'âge d'un enfant détermine son degré de maturité et son aptitude à exprimer un choix judicieux, la décision du tribunal pourra être différente, si l'enfant est âgé de 7 ou 16 ans. Nos tribunaux n'ont pas cependant établi un âge fixe en-dessous duquel un enfant ne serait pas apte à faire un choix valable. Cette attitude des tribunaux est prudente et dans les situations où il s'agit d'apprécier la volonté des enfants, il est de beaucoup préférable de laisser la discrétion au tribunal qui jugera au mérite selon les circonstances de chaque cas ²³⁹.

Une décision de la Cour supérieure a d'ailleurs exposé clairement la conduite que doit suivre le tribunal dans ces circonstances :

« La loi n'a pas fixé l'âge de discrétion qui permet à l'enfant d'aider le tribunal en cette occasion. Aussi, le tribunal doit-il juger par lui-même, dans chaque cas particulier, de la compétence de l'enfant. Il prend en considération la capacité, l'instruction, l'intelligence et le jugement de l'enfant. Il éloigne autant que possible toutes les influences impropres au

237. (1927) S.C.R. 48, voir les notes du juge NEWCOMBE à la page 49.

238. (1934) S.C.R. 502.

239. Ainsi, les tribunaux ont tenu compte de la volonté d'un enfant de 7 ans : *Daoust v. Shiller*, (1900) 5 R.L.N.S. 332; *Rousseau v. Lapointe*, (1906) 8 R.P. 43, mais *contra* : *Dame L.C. v. A.C.*, [1970] C.S. 41; d'un enfant de 12 ans : *Ex parte Ham*, (1883) 27 L.C.J. 127; *Pickering v. Colaran*, (1905) 7 R.P. 350; *Acton v. Larsen*, (1912) 14 R.P. 231; d'un enfant de 13 ans : *B. v. B.*, [1969] R.P. 10; d'un enfant de 14 ans : *Rivard v. Goulet*, (1875) 1 Q.L.R. 174; *Stoppelben v. Hull*, (1876) 2 Q.L.R. 255; *Robert v. Veronneau*, (1903) 9 R.J. 410; *Stevenson v. Florant*, [1925] R.C.S. 532; *Marshall v. Fournelle*, [1927] R.C.S. 48; d'un enfant de 15 ans : *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501; d'un enfant de 16 ans : *Cooper v. Tanner*, [1863] 8 L.C.J. 113; *Osmun v. Dame Morin*, [1918] B.R. 282, mais *contra* : *Regina v. Hull*, (1877) 3 Q.L.R. 136 (« girl under sixteen »); d'un enfant de 17 ans : *Rivard v. Goulet*, (1875) 1 Q.L.R. 174. Cependant, ces mêmes tribunaux n'ont pas tenu compte de la volonté exprimée par un enfant de 9 ans : *Lorenz v. Lorenz*, (1905) 7 R.P. 149; *Re Bourassa*, (1941) 47 R.J. 24; d'un enfant de 10 ans : *Truax v. Ingalls*, (1898) 4 R. de J. 442; *M. v. D.*, [1966] C.S. 224; d'une adolescente de 18 ans : *Mission de la Grande Ligne v. Morissette*, (1889) 33 L.C.J. 227, dans laquelle décision le juge Charland écrivait que : « ... admettre que le mineur... ait le droit de choisir un domicile contre le gré de son père, serait violer notre droit et admettre un principe subversif à l'ordre social ».

moyen desquelles les parties intéressées à la garde de l'enfant pourraient chercher à faire pencher son choix de leur côté et s'il trouve que l'enfant est capable de raisonner avec bon sens, quoique comme un enfant, relativement à sa condition, à ses préférences et à ses espérances, il doit prendre ses désirs en considération²⁴⁰ ».

114. Le rôle de la volonté de l'enfant est donc, à maintes occasions, déterminant dans l'attribution du droit de garde. L'importance que l'on doit lui reconnaître est matière d'appréciation, mais cette appréciation dépend elle-même de la notion qu'a le juge de l'intérêt et de l'éducation des enfants. Cette notion varie selon les tendances et les époques. La tendance actuelle est de restreindre l'autorité des parents et la contrainte des enfants à leur strict minimum²⁴¹.

115. Si l'on tient compte de la volonté et des préférences de l'enfant, encore faut-il qu'il puisse exprimer son choix au tribunal dans les meilleures conditions possibles. Cela pose le problème délicat du témoignage des enfants devant la Cour. Il est en effet pénible pour l'enfant d'avoir à faire un choix entre son père ou sa mère. Si l'enfant déclare ses préférences pour l'un et s'il est confié à l'autre, il pourra craindre la vengeance de son gardien. Ce problème s'est posé devant les tribunaux et la Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance qui avait refusé la permission d'interroger l'enfant sur ses préférences²⁴².

Dans l'espèce, en Cour supérieure, on a voulu demander à l'enfant s'il préférerait demeurer avec sa mère ou son père. La juge du procès s'est opposé à ce que l'enfant réponde à cette question. En appel, on a prétendu que le juge aurait dû permettre à l'enfant de déclarer son choix. Sur ce point, la Cour d'appel se prononce ainsi :

« The Court of Appeal declares that it is dealing with the interest of the child, not necessarily the same as her likes. It may be noted that when asked whether she liked living with her father she answered yes. What the trial judge objected to, and in the Court's opinion rightly, was that the child be obliged to choose between her parents. Had the child been allowed to answer she would have made a choice or she would have refused to do so. Had she made a choice she would have put herself in an impossible position with respect to the other parent if not with respect to both, and she would not have solved the problem which is not hers ».

240. *M. v. D.*, [1966] C.S. 225; *Regina v. Hull*, (1877) 3 Q.L.R. 136 à la page 137; *Riley v. Grenier*, (1888) 33 L.C.J. 1 à la page 6.

241. A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 639.

242. *Porter v. Dame MacDonald*, [1962] B.R. 862.

La Cour a donc jugé que l'on n'avait pas à interroger l'enfant. Il est cependant intéressant de considérer les notes du juge Badeaux, dissident :

« On ne peut concevoir qu'il soit contre la bonne morale de permettre à une enfant aussi intelligente de dire si, oui ou non, son père la retient contre son gré et de faire son choix quant à l'endroit où elle désire continuer de vivre (...). Le premier juge aurait dû permettre à la mineure de témoigner sur ce point (...) »²⁴³.

Toutefois, entre ces deux tendances, on peut penser à une solution de compromis. Certes, il est préférable de faire témoigner l'enfant plutôt que d'ignorer complètement ses désirs. Toutefois, on devrait utiliser cette procédure uniquement lorsque la volonté de l'enfant, après avoir tenu compte de toutes les autres circonstances, est déterminante dans l'attribution de la garde²⁴⁴. De plus, en observant des règles strictes quant à la procédure lors du témoignage de l'enfant, on pourra éviter les influences indues de l'une des parties sur le choix de l'enfant. C'est avec raison que l'on a refusé à l'avocat de l'une des parties la permission d'interroger privément, avant l'audition de la demande, l'enfant présent au palais de justice²⁴⁵.

iii) Les critères quant aux parents

— *L'indignité des parents*

116. Les tribunaux ont affirmé que la puissance paternelle était un droit absolu²⁴⁶. Toutefois depuis longtemps, ils sont intervenus pour atténuer ce caractère absolu de la puissance paternelle et priver les parents de l'exercice de leur droit lorsque les circonstances le justifiaient. C'est précisément dans l'exercice du droit de garde, attribut principal de la puissance paternelle, que l'intervention des tribunaux a été la plus fréquente. Même si le *Code* ne prévoit pas la déchéance de la puissance paternelle, lorsque l'indignité ou l'incapacité des parents le justifient, le tribunal retirera à sa discrétion l'exercice du droit de garde aux parents indignes²⁴⁷.

243. Par ailleurs, dans une autre décision plus récente, on a admis que les enfants avaient le droit d'indiquer leur préférence. *Twyman v. Dame McGuire*, [1971] C.S. 640. Les enfants étaient âgés respectivement de 20, 17, 15 et 12 ans. *Monfette v. Mainville*, [1973] C.A. p. 647.

244. A. MAYRAND, *lo. cit.*, p. 639.

245. *Dame M. v. C.*, [1968] C.S. 219.

246. Cf. *infra*, note 204.

247. *Barlow v. Kennedy*, (1871) 17 L.C.J. 253; *Riley v. Grenier*; (1883) 33 L.C.J. 1; *Poissant v. Barrette*; (1880) 3 L.N. 12; *Ex parte Ham*, (1883) 6 L.N. 115; *Mission de la Grande Ligne*

« L'indignité des parents n'est pas définie comme celle de l'héritier (art. 610 du C.c.), du donataire (art. 813 du C.c.) ou du légataire (art. 893 du C.c.)²⁴⁸ ». Dans le cas de la puissance paternelle c'est au tribunal de déterminer si une personne est indigne ou incapable d'exercer le droit de garde. L'absence de définition de l'indignité et de l'incapacité leur laisse une grande discrétion. Ils doivent donc y préciser dans chaque cas d'espèce toutes les circonstances avant de déclarer des parents indignes d'avoir la garde de l'enfant.

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Donaldson v. Taillon* illustre bien ce problème. Dans l'espèce la Cour suprême a renversé un jugement unanime de la Cour d'appel qui avait décidé que les parents n'étaient ni indignes, ni incapables d'avoir la garde de leur enfant²⁴⁹. Comme le note le professeur Albert Mayrand :

« Cette indignité ou incapacité étant laissée à l'appréciation souveraine des Tribunaux, toutes les solutions concrètes restent sujettes à critique. (...) On ne peut donc pas dégager de règle générale, mais on peut affirmer que les Tribunaux n'hésiteront pas à intervenir dans les cas où les parents se livrent à des mauvais traitements sur leurs enfants ou ne pourvoient pas à leur entretien. De même lorsque en raison d'une incapacité physique et mentale, les parents ne peuvent prendre soin de leur enfant, il y aura intervention du tribunal²⁵⁰ ».

– *L'influence de la faute conjugale (cas de séparation de corps et de divorce)*

117. L'article 212(3) du *Code civil* et l'article 11 de la *Loi sur le divorce*²⁵¹ énoncent les principes qui doivent guider les tribunaux dans l'attribution du droit de garde :

« Le tribunal tient compte, pour ces fins, de la conduite des parties, de l'état et des facultés de chacune d'elles ainsi que des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent ».

v. *Morissette*, (1889) 19 R.L. 85; *Osmun v. Dame Morin*, (1918) B.R. 282; *Moquin v. Turgeon*, (1912) 42 C.S. 232; *Trépanier v. Dame Lefebvre*, (1913) 15 R.P. 225; *Brin v. Mayer*, (1920) 23 R.P. 270; *Stevenson v. Florant*, [1925] R.C.S. 532; *Kivenko v. Yagod*, [1928] R.C.S. 421; *Tremblay v. De Carré*, (1929) 35 R.L.n.s. 119; *Lefebvre v. Dugal*, [1933] B.R. 82; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501; *Webster v. Hunt*, [1943] R.P. 207; *Bertrand v. Renaud*, [1943] R.L. 266; *Fortin v. Thibault*, [1945] C.S. 36; *Larose v. Bergeron*, [1953] B.R. 798; *Donaldson v. Taillon*, [1953] Q.B. 332; *Taillon v. Donaldson*, (1953) 2 R.C.S. 257; *N. v. A.*, [1957] C.S. 327; *Affaire X*, [1972] R.L. 304 (Cour du Bien-être social).

248. A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 626.

249. *Donaldson v. Taillon*, [1953] R.C.S. 257. Cf. *infra* n° 108.

250. A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 627.

251. *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8.

« En prononçant un jugement conditionnel de divorce, le tribunal peut, s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent, rendre une ou plusieurs des ordonnances... ».

La Cour pourra donc, dans certaines circonstances, considérer la faute de l'un des époux comme un motif suffisant pour lui refuser le droit de garde. Il est intéressant cependant de noter que l'ancien article 214 prévoyait que la garde des enfants devait être confiée à l'époux qui avait obtenu la séparation de corps. Commentant cette disposition, le professeur Mayrand s'exprime ainsi :

« La raison de la règle posée à l'article 214 du *Code civil* est facile à comprendre; le législateur n'a pas du tout l'intention de faire passer l'intérêt de l'enfant au second plan. Il y a simplement présomption que l'intérêt de l'enfant est d'être confié au parent innocent plutôt qu'au parent coupable ²⁵² ».

Les mêmes remarques peuvent également s'appliquer à la nouvelle disposition ²⁵³. Le nouvel article permettant au juge de tenir compte de la conduite des parties, le tribunal pourra prendre en considération la faute de l'un des conjoints. L'intérêt de l'enfant demeure cependant toujours le guide du tribunal. L'enfant ne sera pas confié à l'époux coupable non pas parce qu'il a commis une faute, mais parce qu'il ne serait pas de l'intérêt de l'enfant qu'il en soit ainsi.

« Une épouse qui a été infidèle peut demeurer une excellente mère, tandis que le mari fidèle peut être un piètre éducateur d'enfants (...). La privation de la garde des enfants ne peut être considérée comme une sanction de la faute conjugale que d'une façon accessoire et indirecte. La faute est plus l'occasion que la cause de cette privation ²⁵⁴ ».

Ainsi dans la cause *Wilson v. Dame Thompson*, le tribunal a confié la garde des enfants à la mère, même si le divorce avait été prononcé contre elle. La cour ajoute par ailleurs que la conduite du père n'était pas irréprochable. Ce dernier s'était introduit à la résidence de son épouse en son absence et avait enlevé les enfants pour les conduire en Ontario ²⁵⁵.

252. A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 632.

253. Article 212 nouveau du *Code civil* (L.Q. 1969, c.74, art. 14).

254. *Id.*, p. 623; *P. v. Dame P.*, [1969] C.S. 173.

255. [1959] B.R. 522. Il convient cependant de préciser que dans cette instance, on avait demandé l'émission d'un bref d'*habeas corpus*.

Dans une autre décision, on a pris en considération le fait que la mère était divorcée et remariée pour lui refuser le droit d'emmener chez elle son enfant pour les fins de semaine ou les vacances²⁵⁶. Par ailleurs, on a jugé que le fait pour une femme d'avoir été déclarée de mauvaise foi quant à son mariage antérieur ne lui faisait pas perdre ses droits à l'égard de la garde de son enfant²⁵⁷. Dans un autre cas, la conduite des deux parties oblige le tribunal à refuser à l'un et l'autre des parents l'exercice du droit de garde²⁵⁸.

Évidemment, on pourrait multiplier les exemples où les tribunaux ont tenu compte de la faute de l'un des conjoints²⁵⁹. Toutefois, comme chaque décision tient compte également de plusieurs autres facteurs, chaque arrêt est un cas d'espèce et on peut difficilement établir de règle générale. La décision du tribunal demeure toujours fonction de l'intérêt de l'enfant.

– L'incidence de la religion

118. La religion des parents est un autre critère dont les tribunaux tiennent compte lors de l'attribution du droit de garde. Si, pendant le mariage, les parents professent la même religion, il ne se pose aucun problème quant au choix de l'éducation religieuse à donner à l'enfant. Si, par contre, les parents sont de confessions différentes, la décision du père quant au choix de la religion de l'enfant sera respectée du fait que pendant le mariage, il est le seul à exercer la puissance

256. *Dame M. v. C.*, (1968) C.S. 219.

257. *Dame Clint v. Vaillancourt*, [1971] C.S. 205 (cas d'annulation de mariage).

258. *M. v. D.*, [1966] C.S. 224 (cas d'annulation de mariage).

259. En matière de séparation de corps voir : *Leduc v. Dame Beauchamp*, (1905) 7 R.F. 441 (mauvais traitements infligés à la mère par le mari); *B. v. T.*, [1945] R.P. 398 (libertinage de la femme qui contracte une maladie vénérienne); *Clermont v. St-Jacques*, [1947] R.P. 365 (père blasphémateur et qui tient une conduite scandaleuse avec une autre femme); *V. v. V.*, (1954) R.L. 475 (épouse qui refuse de revenir au foyer et qui vit seule avec un autre homme avec lequel elle a une attitude de solidarité pendant le procès de séparation); *Farnika v. Dame Tessier*, (1958) B.R. 172 (la mère vit dans un milieu moralement malsain pour ses enfants); *Dame Karnitis v. Rakaskas*, (1958) B.R. 171 (mauvais traitements, injures, désertion, privation des choses nécessaires à la vie par le mari); *Briecknock v. Dame Brown*, (1961) B.R. 907 (alcoolisme de la mère); *G. v. P.*, (1965) R.P. 133 (vie de débauche de la mère); *Dame Turcotte v. Turcotte*, (1969) R.P. 1 (mari est très violent, bat sa femme et ses enfants, boit à l'excès et refuse de pourvoir). Toutefois, dans l'affaire *S. v. Y.*, (1945) R.P. 197, le juge Surveyer de la Cour supérieure a décidé qu'un père ne devait pas être privé de la garde de son fils de quatre ans, sauf pour raisons sérieuses. Dans cette cause, le temps passé à l'exercice de sa profession, de même que les relations avec sa secrétaire n'étaient pas des motifs suffisants. En matière de divorce voir : *Johnson v. Dame Perrault*, (1946) C.S. 364 (adultère de la femme); *L. v. L.*, (1970) C.S. 222 (cruauté physique et mentale — époux mesquin et autoritaire).

paternelle²⁶⁰. Cependant, à la suite d'une séparation de corps ou d'un divorce, le père et la mère étant sur un pied d'égalité, la volonté du père quant au choix de l'éducation religieuse des enfants n'aura plus nécessairement la même autorité²⁶¹.

Abstraction faite des autres critères, on pourrait donc affirmer que l'enfant serait normalement confié au père séparé ou divorcé. Cette règle serait valable non pas parce que les droits du père quant au choix de l'éducation religieuse des enfants priment ceux de la mère, mais plutôt parce qu'il est généralement de l'intérêt de l'enfant de ne pas changer de religion. Vu que, durant le mariage c'est le père qui a décidé de la religion des enfants, on lui en confierait la garde afin d'éviter les troubles psychologiques susceptibles d'affecter l'enfant à la suite d'un changement de religion²⁶². Il faut bien remarquer cependant que, dans certains cas, il sera préférable de confier la garde de l'enfant à l'un des parents qui n'est pas de la même religion que l'enfant. Ainsi, si le mari est absent, la mère, bien que de croyance religieuse différente, a droit à la garde de sa fille, si elle s'engage à l'élever dans la religion de son père²⁶³.

Par ailleurs, lorsque l'éducation religieuse de l'enfant est compromise parce que la garde a été confiée à une personne de religion différente, des changements peuvent être nécessaires. La Cour d'appel a en effet admis cette possibilité. Dans l'espèce l'enfant était né d'un père catholique et d'une mère protestante, mais baptisé dans la religion catholique. Le mari a obtenu la séparation de corps et l'enfant d'un an a été confié à la mère. Quatre ans plus tard, le mari revendique la garde de l'enfant. La Cour d'appel a fait droit à la requête du père pour le motif que le père avait également droit à la garde de son enfant et que son éducation religieuse serait mieux assurée s'il demeurait avec son père de même religion²⁶⁴.

260. *G. v. P.*, (1965) R.P. 133. Encore, faudrait-il examiner à ce sujet, la véritable portée du nouvel article 174 du C.c. qui énonce que « La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale... de la famille... à élever les enfants... » et se demander si le droit du père en ce qui concerne le choix de l'éducation religieuse à donner à son enfant est aussi étendu que le laisse croire à première vue les termes de l'article 243 du C.c. Voir *supra*, n° 94.

261. A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 635.

262. *Dame Wollnitz v. Blais*, [1954] C.S. 289.

263. *Webster v. Hunt*, [1943] R.P. 207. La Cour supérieure dans l'affaire *Dame Chartrand v. Rouse*, (1927) 29 R.P. 418, a reconnu la validité d'un engagement par lequel une des parties consent à ce que ses enfants à naître soient élevés dans la religion de son conjoint, dans l'espèce sa femme. Dans le cas de séparation, si le conjoint avantagé ne peut prendre soin d'un enfant, ce dernier sera placé dans une institution de sa religion aux frais du mari. Vide cependant *Bockler v. Bockler*, [1974] C.A., 41, cité *supra* n° 85, note 139.

264. *Dame Rochon v. Castonguay*, [1961] B.R. 29.

3 - Le consentement au mariage et la puissance paternelle

119. La question qui se pose, lorsque nous considérons l'obligation qui est faite aux enfants mineurs et non émancipés d'obtenir le consentement des parents à leur mariage, est de savoir si cette obligation est un des éléments constitutifs de la puissance paternelle.

120. Dans la *Coutume de Paris*, la réponse est affirmative, cela ne fait aucun doute, car « [...] nul enfant mineur, mâle ou femelle, étant en la puissance des père et mère, ou de l'un d'eux, ne peut contracter un mariage valable sans le consentement de l'un et de l'autre ou du survivant des deux ²⁶⁵ ».

La même règle prévalait dans l'ancien droit québécois comme nous le révèle l'étude de la doctrine et de la jurisprudence pertinentes ²⁶⁶.

Il semble donc, de toute évidence, que le consentement des père et mère au mariage de leur enfant mineur et non émancipé était un véritable attribut de la puissance paternelle, tant dans l'ancien droit français que dans l'ancien droit québécois.

121. Il semble également qu'il en soit de même dans le *Code civil*, même si les dispositions qui régissent le mariage des mineurs ne se trouvent pas sous le titre de la « Puissance paternelle » mais sous celui du « Mariage ». Ainsi, l'article 119 du *C.c.* stipule :

« Les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, doivent, pour contracter mariage, obtenir le consentement de leur père ou de leur mère ²⁶⁷ ».

265. BOURJON, *op. cit.*, p. 7, art. VIII et IX ; POCQUET, *op. cit.*, pp. 37-38, art. VI ; M. BUGNET, *op. cit.*, p. 51 ; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, t. II, Paris, Classique Garnier, Garnier et Frères, 1927, p. 77 : « Le consentement des pères est fondé sur leur puissance, c'est-à-dire sur leur droit de propriété ; il est encore fondé sur leur amour, sur leur raison, et sur l'incertitude de celle de leurs enfants que l'âge tient dans l'état d'ignorance et la passion dans l'état d'ivresse ».

266. H. DES RIVIÈRES BEAUBIEN, *op. cit.*, p. 57 ; CUGNET, *op. cit.*, pp. 121-122 ; *Beaud André*, (1741) 1 R.J.R.Q. p. 37. Dans cette affaire le Conseil souverain énonçait le principe qui veut qu'un mineur ne puisse contracter mariage sans être dûment assisté et autorisé par les père et mère ou tuteur et curateur selon le cas. Voir également : *Larocque v. Michon*, (1858) 6 R.J.R.Q. 12 ; *Mignault v. Bonnar*, (1865) 15 R.J.R.Q. 80.

267. Avant la modification apportée à l'âge de la majorité par la loi L.Q. 1971, c. 85, art. 3, le consentement des parents était nécessaire jusqu'à l'âge de vingt et un ans (ancien article 119 du *C.c.* modifié par L.Q. 1971, c. 85, art. 1). Il est à noter également que les sommations respectueuses (qui selon Beaubien, *op. cit.*, p. 57, étaient nécessaires dans l'ancien droit québécois) aux père et mère ne sont plus obligatoires (art. 122 du *C.c.*). Voir à ce sujet : les *Rapports des Commissaires*, t. I, pp. 176-178.

En cas d'émancipation, la règle est la suivante :

Art. 120 – « [...] les mineurs pour contracter mariage, doivent obtenir le consentement de leur [...] curateur au cas d'émancipation, lequel est tenu lui-même, pour donner son consentement, de prendre l'avis du Conseil de famille dûment convoqué pour en délibérer ».

Concernant l'émancipation, la règle n'a pas changé²⁶⁸. Par contre, les dispositions du *Code civil* concernant le consentement des père et mère ont subi une importante modification en 1969, alors que le législateur décidait que le consentement de l'un ou de l'autre des époux serait dorénavant suffisant pour autoriser le mariage²⁶⁹. Avant cette date, le consentement des deux époux était nécessaire mais en cas de conflit, le consentement du père suffisait²⁷⁰. Aussi, maintenant, le père ou la mère peut former opposition au mariage (art. 137 du C.c.)²⁷¹ qui, s'il est contracté, peut être attaqué par ceux dont le consentement était requis (art. 150 du C.c.)²⁷².

122. Reste cependant à savoir si, dans le *Code civil*, le consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs et non émancipés est un attribut de la puissance paternelle. Il faut, pour répondre à cette interrogation, examiner la philosophie du *Code* sur cette question avant et après les modifications apportées par le Bill 16 en 1966²⁷³.

123. Jusqu'à cette date, en effet, la majorité des auteurs considéraient la nécessité de ce consentement comme un attribut important de la puissance paternelle. Il suffit de citer quelques-uns d'entre eux pour le constater. Ainsi, Mignault écrivait :

« Le principe que la mère n'est point associée à l'exercice de la puissance paternelle tant que son mari est vivant et capable d'agir lui-même, reçoit un tempérament. On se rappelle en effet qu'en ce qui touche le droit de consentement au mariage des enfants, le père ne peut l'exercer que sous la condition de prendre préalablement l'avis de la mère²⁷⁴ ».

268. Cf. ancien article 122 abrogé par L.Q. 1970, c. 62, art. 3.

269. L.Q. 1969, c. 74 ; *Desbiens v. Attia*, [1973] C.S. 597.

270. Ancien article 119 du C.c. ; *Benitzki v. Benitzki*, [1947] R.L. 278 ; *F. v. C. et autres*, [1949] C.S. 193.

271. L'ancien article 137 du C.c., modifié par L.Q. 1970, c. 62, art. 4, énonçait que : « Le père, et à défaut du père, la mère, peut former opposition au mariage de son enfant mineur ».

272. Avant l'amendement apporté à cet article par L.Q. 1970, c. 62, art. 7, seul le père pouvait attaquer le mariage contracté sans le consentement des père et mère. Mais les tribunaux avaient toutefois décidé qu'en l'absence du père, la mère était fondée d'exercer le droit d'annulation du mariage de son fils mineur pour défaut de consentement de sa part : *Dame McCallus v. Dame Leblanc es-qualité*, [1950] C.S. 53.

273. S.Q. 1963-64, c. 66, art. 1 devenu le nouvel art. 174 du C.c.

274. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 144.

E. A. Côté, faisant allusion à l'ancien article 120 du *C.c.*, affirmait que :

« Si la loi n'a pas prévu les cas d'incapacité du père au chapitre de la puissance paternelle, elle l'a prévu dans l'un de ses attributs : le consentement des parents au mariage de leurs enfants ²⁷⁵ ».

De même, L. A. Jetté disait que :

« L'obligation des enfants mineurs d'obtenir le consentement de leurs parents est un des effets de la puissance paternelle ²⁷⁶ ».

Plus près de nous, Pierre Verge considère le droit de garde comme le fondement de l'obligation des enfants :

« Le père a le droit de garde de son enfant, droit sanctionné par la loi [...] Cela implique que [...] les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de vint et un ans, doivent obtenir le consentement de leurs père et mère [...] ²⁷⁷ ».

Il semble donc possible de dire que la nécessité de ce consentement était considérée, dans l'économie du *Code civil* tout au moins jusqu'en 1966, comme un attribut de la puissance paternelle.

124. Mais, depuis 1966, la philosophie du législateur concernant les structures d'autorité dans la famille a subi de profondes modifications. Ces modifications, on l'a vu, ont amené la disparition de l'autorité maritale. Il en est également résulté la création d'une direction collégiale de la famille ²⁷⁸.

Art. 174 – « La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement ».

Il nous semble donc, à la lumière de cette nouvelle orientation dans l'économie du *Code*, que l'obligation pour les enfants mineurs et non émancipés d'obtenir le consentement de leurs parents pour se marier n'est plus un élément constitutif de l'autorité paternelle dans le sens que lui donnait le *Code civil* avant 1966, c'est-à-dire une autorité appartenant au père seul durant le mariage, mais un élément constitutif de l'autorité parentale, en tant que structure collégiale d'autorité.

Même si, dans ses réformes, le législateur n'a pas voulu toucher à l'exercice de la puissance paternelle durant le mariage (art. 243 du *C.c.*), ce qui aurait d'ailleurs été une conséquence logique de la nouvelle orientation qu'il a donnée aux structures d'autorité dans la

275. E. A. CÔTÉ, *op. cit.*, p. 104.

276. L. A. JETTÉ, *loc. cit.*, p. 277.

277. P. VERGE, *loc. cit.*, p. 146.

278. *Cf. supra*, n° 84-85.

famille, il a cependant poursuivi ses réformes, en 1970, en adoptant le nouvel article 119 du C.c. qui rend suffisant le consentement du père ou de la mère pour autoriser le mariage de leur enfant mineur. Le droit du père de consentir à ce mariage n'est donc plus, depuis 1970, un droit qu'il est seul à exercer²⁷⁹. Ce droit fait donc désormais partie d'une structure d'autorité globale qui s'appelle l'autorité parentale et cela même en dépit du texte anachronique de l'article 243 du C.c.

Disons donc, en terminant, que dans l'esprit du législateur, la nécessité de ce consentement est un élément constitutif de l'autorité parentale. Le fait, pour le législateur, d'édicter au chapitre de la puissance paternelle que les parents peuvent faire opposition au mariage de leur enfant naturel ou en demander la nullité (art. 245-a), confirme notre opinion. Qu'il s'agisse ici des droits des parents naturels ne change rien à la situation, car ces droits sont également reconnus aux parents légitimes (art. 136 et s. du C.c.). La seule différence, c'est que le législateur les a énoncés sous un autre chapitre²⁸⁰.

4 - Le droit de correction

a) La nature et l'objet du droit de correction

125. Le droit de correction est un autre attribut de la puissance paternelle. Il est reconnu au père ou à la mère, selon le cas, par l'article 245 du C.c. qui édicte que :

« Le père et, à son défaut la mère, a sur son enfant un droit de correction modérée et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant a été confiée ».

Ce droit, comme le droit de garde, est un corollaire du devoir d'entretien et d'éducation des parents. Il leur permet, en effet, de faire respecter leur autorité auprès de leurs enfants par l'imposition de certaines punitions, dont nous verrons plus loin les limites. Comme l'écrivait Mignault :

« On conçoit que la puissance paternelle ne serait qu'un vain mot si le père n'avait pas à sa disposition des moyens correctifs pour faire respecter son autorité et maintenir ses enfants dans le devoir²⁸¹ ».

279. Voir à ce sujet l'arrêt *Desbiens v. Attia*, (1973) C.S., pp. 597 à 599 : « It may well be that the continued *agrandissement* of the status of women will result in parental authority replacing the historical legal concept of paternal authority within the family unit, and which the Code still contain ». Voir également : *Bockler v. Dame Bockler*, Cour d'appel, mars 1974, dossier n° 09-000543-73, district de Montréal ; cf. *supra*, n° 85.

280. Livre premier, c. III, du *Code civil* intitulé : « Des oppositions au mariage ».

281. P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, p. 150 ; E. A. BEAUDRY, *op. cit.*, p. 349.

b) L'étendue du droit de correction

126. La question importante qui se pose quant à l'exercice du droit de correction est de savoir quelles en sont les limites. Dans l'ancien droit français, bien que les commentateurs de la *Coutume de Paris* parlent d'un droit de correction modérée, ce droit « [...] dans la personne du père, va jusqu'à pouvoir faire enfermer ses enfants dans des maisons de force quand il n'est pas remarié »²⁸². Si le père a un droit d'une telle étendue sur ses enfants, c'est moins à cause des usages et des dispositions pertinentes du droit coutumier que des ordonnances royales qui introduisirent les lettres de cachet. On se souvient en effet que les pouvoirs du père dans l'ancien droit coutumier français étaient caractérisés par la modération, la puissance paternelle y étant envisagée avant tout comme une institution de protection de l'enfant²⁸³.

Les ordonnances créant les lettres de cachet n'ayant jamais été introduites au Canada, la volonté des Commissaires à la codification de ne pas retenir dans le *Code civil* québécois le droit de correction tel qu'organisé par le *Code Napoléon* et l'organisation de la puissance paternelle dans l'ancien droit québécois sont sans doute autant de raisons qui expliquent la décision du Législateur québécois de ne donner aux pères et mères qu'un droit de correction modérée et raisonnable²⁸⁴.

127. Cependant, le Législateur n'a défini nulle part ce qu'il entendait par un droit de correction modérée et raisonnable. Devant la difficulté et le danger qu'il y avait de trop préciser la nature et l'étendue de ce droit, il a préféré, pour les décrire, utiliser des termes généraux, en laissant aux tribunaux le soin de les interpréter à la lumière des faits et des circonstances de chacune des espèces. C'est ainsi que dans l'affaire *MacDonald v. MacDonald*, le juge Hall, reconnaissant le droit d'un père de faire enfermer son fils dans une école de réforme, affirmait que son pouvoir disciplinaire comprenait des punitions corporelles et que la Cour ne pouvait intervenir à moins que la vie ou la santé de l'enfant ne soient en danger²⁸⁵.

Mais malgré ce que laisse entendre cette décision, les tribunaux sont intervenus très tôt pour contrôler l'exercice du droit de correction. Toutefois, ce n'est pas tant dans des conflits opposant parents et enfants que dans des conflits mettant en cause les déléataires du droit

282. M. BUGNET, *op. cit.*, t. IX, p. 51 ; POCQUET, *op. cit.*, p. 37 ; BOURJON, *op. cit.*, pp. 40-43.

283. Cf. *supra*, n° 48.

284. Cf. *supra*, n° 67 à 72.

285. (1905) 14 B.R. 330.

de correction, que les tribunaux ont eu à énoncer les critères leur permettant de contrôler cet exercice. C'est ainsi que de l'étude de la jurisprudence québécoise pertinente, il s'avère que les tribunaux n'ont pas considéré comme abusif l'exercice du droit de correction par un enseignant lorsque celui-ci réalisait les conditions suivantes :

- 1 – Si la correction était nécessaire et méritée ²⁸⁶.
- 2 – Si sa sévérité était proportionnelle à l'offense commise ²⁸⁷.
- 3 – Si la preuve démontrait que l'enfant, victime de la correction, était vraiment indocile et récalcitrant ²⁸⁸.
- 4 – Si la correction avait pour but d'assurer le maintien de la discipline et de favoriser l'éducation de l'ensemble des élèves ²⁸⁹.
- 5 – S'il n'en résultait aucune blessure sérieuse et grave pour l'enfant ²⁹⁰.

Ces conditions d'exercice du droit de correction, dégagées par la jurisprudence relativement à l'exercice de ce droit par « ceux à qui l'éducation des enfants est confiée (art. 245 du C.c.) », s'appliquent évidemment à l'exercice de ce même droit par les parents. Comme le dit si bien le juge Stein dans l'affaire *St-Germain v. Commissaires d'écoles de St-Léon de Grantham*, « l'on admettra que le mandat tacite confié à l'instituteur ne peut conférer à ce dernier plus de droits que n'en ont les parents eux-mêmes sur leurs enfants ²⁹¹ ». En effet, le délégataire ne peut avoir plus de droits que la personne qui délègue.

c) La sanction de l'exercice abusif du droit de correction

128. La question qui se pose à nous maintenant est de savoir quelles sont les sanctions attachées à l'exercice abusif du droit de correction. Dans le cas des instituteurs ou, de façon générale, de tous ceux à qui l'éducation des enfants peut être confiée, si la preuve est faite devant le tribunal civil qu'ils ont exercé le droit de correction de façon abusive, c'est-à-dire sans respecter les critères d'exercice que nous avons mentionnés, ils sont susceptibles d'être poursuivis en dommages et intérêts en vertu de l'article 1053 du *Code civil*, alors que

286. *Brisson v. Lafontaine*, (1864) 14 L.C.R. 377 ; *St-Germain v. Commissaires d'écoles de St-Léon de Grantham*, (1935) 41 R.J. 480 ; *Ruest v. Provencher*, [1968] R.L. 378.

287. *Brisson v. Lafontaine*, (1864) 14 L.C.R. 377 ; *Lefebvre v. La Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1905] M.L.R. 460 ; *Filostrato v. Boyle*, (1939) 45 R.L. 29.

288. *Brisson v. Lafontaine*, (1864) 14 L.C.R. 377 ; *St-Germain v. Commissaires d'écoles de St-Léon de Grantham*, (1935) 41 R.J. 480 ; *Filostrato v. Boyle*, (1939) 45 R.L. 29.

289. *Brisson v. Lafontaine*, (1864) 14 L.C.R. 377 ; *St-Germain v. Commissaires d'écoles de St-Léon de Grantham*, (1935) 41 R.J. 480 ; *Filostrato v. Boyle*, (1939) 45 R.L. 29.

290. *Lefebvre v. La Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1905] M.L.R. 460 ; *Ruest v. Provencher*, [1968] R.L. 378.

291. (1935) 41 R.L. 480.

leurs employeurs sont susceptibles de l'être en vertu de la responsabilité du maître envers le commettant de l'article 1054 du *C.c.*²⁹². C'est d'ailleurs en appliquant ces critères que les tribunaux québécois ont condamné à des dommages et intérêts :

Une institutrice pour avoir frappé, pendant dix minutes ou un quart d'heure, les mains d'un enfant de six ans avec une lanière de cuir parce qu'il était incapable de faire son exercice de lecture, ayant confondu le page du livre indiquée pour cette lecture²⁹³.

Une institutrice qui avait tiré par l'oreille un élève de sept ans pour le forcer à se mettre à genoux, lui occasionnant aussi des blessures sérieuses à l'oreille qui avaient nécessité des traitements médicaux²⁹⁴.

Une institutrice qui avait corrigé rudement une fillette de neuf ans, qui avait dû par la suite abandonner l'école pour cause de maladie nerveuse²⁹⁵.

Des blessures à certains élèves en leur administrant un coup de bâton pour chaque faute d'orthographe²⁹⁶.

Un instituteur qui frappa à plusieurs reprises un étudiant au visage, provoquant ainsi un saignement d'oreille et le rendant momentanément demi-sourd²⁹⁷.

L'instituteur qui exerce abusivement le droit de correction qui lui est délégué par les parents s'expose également à des poursuites pénales en vertu des articles 245 et 246 du *Code criminel*²⁹⁸ relatifs aux voies de fait et cela, même si l'article 43 du *C.cr.* l'autorise à « employer la force pour corriger un élève [...] confié à ses soins ». Il sera toutefois responsable de toute correction administrée qui n'aura pas été raisonnable dans les circonstances²⁹⁹.

129. Le titulaire de la puissance paternelle, le père ou, à son défaut, la mère, est également susceptible d'être poursuivi en dommages et intérêts par la victime de l'abus de leur droit de correction. Mais ce recours reste hypothétique et n'a donné lieu, à notre connaissance, à aucune jurisprudence. Plus probables sont les recours pénaux en vertu des articles 245 et 246 du *C.cr.* Évidemment, la responsabilité pénale du titulaire de la puissance paternelle ne sera entraînée que si ce dernier a usé de son droit de façon abusive (art. 43 du *C.cr.*). En cas

292. Voir à ce sujet : F. LORD, « L'instituteur dans le *Code civil* », (1934-35) 13 *R. de D.* 88-121 et 182-191 ; Patrice GARANT, *Droit et législation scolaire*, Montréal, McGraw-Hill, éditeur, 1971, pp. 461-463 ; J. L. BAUDOUIN, *op. cit.*, pp. 197-198 ; P. AZARD, *loc. cit.*, pp. 1-15.

293. *Brisson v. Lafontaine*, (1864) L.C.R. 377.

294. *Lefebvre v. La Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1905] M.L.R. 460.

295. *Duchesne v. Commission des écoles catholiques de Montréal*, (1923) 61 C.S. 342.

296. *St-Germain v. Commissaires d'écoles de St-Léon de Grantham*, (1935) 41 R.J. 480.

297. *Filostrato v. Boyle*, (1939) 45 R.L. 29.

298. S.R.C. 1970, c. 234.

299. F. LORD, *loc. cit.*, p. 99 ; Irénée LAGARDE, *op. cit.*, pour jurisprudence pertinente ; Patrice GARANT, *op. cit.*, pp. 456-458.

d'abus, il peut en outre se voir retirer la garde de ses enfants mineurs par suite d'une demande de protection présentée à la Cour du bien-être social en vertu de l'article 15 de la *Loi de la protection de la jeunesse*³⁰⁰.

Section III – Les limites de la puissance paternelle

A – Les limites quant à l'objet

130. Dans la *Coutume de Paris*, seuls les gardiens nobles et bourgeois avaient l'usufruit des biens de ceux dont ils avaient la garde :

« Hors les cas de garde noble ou bourgeoise dont il sera traité ici après, les pères ne font pas les fruits et revenus des biens de leurs enfants ; ils en sont comptables s'ils les ont perçus. Les illusions d'un esprit de domination et d'usurpation d'une espèce de souveraineté avait seul enfanté l'usage contraire³⁰¹ ».

Ces institutions que sont la garde noble et la garde bourgeoise, ne furent jamais introduites au Canada sous le régime français parce qu'elles existaient uniquement en faveur des nobles et des bourgeois de Paris.

Article I : « Les gens du menu peuple n'ont pas droit de prendre la qualité de bourgeois : cette qualité ne leur appartient pas, et ils ne la prennent qu'abusivement ».

Article II : « Cette qualité n'appartient pas même à tous les habitants des villes indistinctement ; elle n'appartient qu'à ceux qui habitent dans les villes, qui ont des privilèges de droit de corps et de communauté ; et non à ceux qui habitent dans d'autres villes³⁰² ».

Ainsi, dans l'ancien droit québécois, le père et la mère n'avaient pas l'usufruit des biens de leurs enfants pas plus que leur administration, qui appartenait au tuteur ou curateur. Cugnet, dans son traité des

300. S.Q.R. 1964, c. 220, *cf. supra*, note 184.

301. BOURJON, *op. cit.*, pp. 37 et 45 ; DENISART, *op. cit.*, p. 228, « Puissance paternelle » ; DU MOULIN, *op. cit.*, t. II, 1709, p. 1 et s ; TOULLIER, *op. cit.*, p. 187, n° 1089 ; M. BUGNET, *op. cit.*, t. VI, p. 204 : « La garde est le droit que la Coutume donne au survivant des deux conjoints par le mariage, ou, à son défaut ou refus, aux autres descendants, de gouverner avec autorité les personnes des enfants mineurs dudit mariage et les biens qui sont venus auxdits mineurs et qui pourraient leur avenir d'ailleurs. Il résulte de cette définition que le droit de garde n'est autre chose qu'une tutelle légitime, car la tutelle est, de même que la garde, le droit de gouverner avec autorité la personne et les biens d'un mineur ».

302. BOURJON, *op. cit.*, p. 37, c. III, « Du droit de bourgeoisie et des privilèges de bourgeois de Paris », art. I et II ; *An abstract of those Parts of the Custom of the Viscounty and Provoship of Paris...*, London, O. Eyre and Strahan, Editors London, 1772, pages i et ii.

anciennes lois de propriété en Canada résume l'état du droit sur la question en ces termes :

« Si les enfants sont au-dessous de l'âge de vingt-cinq ans, la loi municipale ne les répute pas en état de gouverner leurs biens et c'est le cas où la justice est chargée de pourvoir les mineurs de tuteur et de curateur. Car comme personne n'a droit de toucher à l'administration du bien d'un autre sans le consentement du propriétaire, et que les mineurs ne sont point censés pouvoir donner de consentement légitime, la puissance publique supplée à leur incapacité et charge les tuteurs et curateurs de veiller à la conservation des droits et des biens acquis aux mineurs...³⁰³ ».

131. Quant aux Commissaires, ils n'ont pas cru bon changer le droit qui prévalait avant la codification³⁰⁴. C'est ainsi, comme nous avons été en mesure de le constater dans les pages qui précèdent, que la puissance paternelle s'exerce sur la personne des enfants et sur les actes que l'on pourrait qualifier d'extra-patrimoniaux que posent ces derniers. En effet, le *Code civil* québécois ne confère aux père et mère aucun pouvoir sur les biens de leurs enfants, contrairement à la situation qui prévaut dans le *Code Napoléon*. Ce sont les tuteurs et les curateurs qui exercent les pouvoirs d'administration sur les biens des mineurs dont ils n'ont pas, d'ailleurs eux non plus, l'usufruit³⁰⁵. Ce n'est donc que si le père ou la mère devient tuteur ou curateur à ses enfants qu'il pourra exercer des pouvoirs d'administration sur les biens de ces derniers. Cependant, après la dissolution du régime légal ou du régime de communauté par décès, et en l'absence de testament à ce contraire, le survivant des conjoints a la jouissance des acquêts ou des biens de la communauté venant à ses enfants du chef du conjoint prédécédé. C'est le cas de l'usufruit légal du conjoint survivant qui dure, quant à chacun des enfants, jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à son émancipation (art. 1426 – 1434 du *C.c.*).

B – Les limites dans le temps

132. L'article 243 du *Code civil* énonce que la puissance paternelle prend fin par la majorité ou l'émancipation :

« Il (l'enfant) reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation ».

303. CUGNET, *op. cit.*, p. 122.

304. *Rapport des Commissaires*, t. I, p. 204 ; *cf. supra*, n° 70.

305. Art. 290 et s. et art. 340 du *Code civil* ; P. B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 141 et s. ; P. AZARD, et F. BISSON, *op. cit.*, pp. 165-166 ; A. MAYRAND, *loc. cit.*, p. 624.

Cette majorité résulte de l'arrivée de l'enfant à l'âge de dix-huit ans (art. 324 du C.c.)³⁰⁶. L'émancipation, elle, peut être obtenue par le mineur à sa propre demande, à celle de son tuteur et de ses parents et alliés, par le tribunal, les juges ou les protonotaires auxquels il appartient de conférer la tutelle sur l'avis du conseil de famille convoqué et consulté, de même que dans le cas de la tutelle (art. 314 du C.c.). Ces deux événements étaient également, dans la Coutume, des causes d'extinction de la puissance paternelle³⁰⁷.

La majorité et l'émancipation ne sont pas les seules causes d'extinction de la puissance paternelle. Le décès des parents et l'adoption produisent le même effet. Si, aujourd'hui, seule la mort naturelle des parents met fin à la puissance paternelle, il n'en a pas toujours été ainsi, car la mort civile, avant son abolition, avait le même effet³⁰⁸. Quant à l'adoption, elle produit le transfert de l'autorité paternelle, plutôt que sa véritable disparition³⁰⁹.

Conclusion générale

La période et la matière étudiées sont vastes et sans doute les sujets traités n'ont pas tous été analysés avec la même profondeur. Sans doute également, plusieurs sujets qui auraient mérité d'être abordés au cours de nos recherches ne l'ont pas été faute de temps. Nous avons particulièrement à l'esprit l'étude des rapports entre parents et enfants naturels, celle plus complète de l'exercice de la puissance paternelle ou de l'autorité parentale lors de son démembrement par suite d'une annulation de mariage, d'une séparation de corps ou d'un divorce et, finalement, celle de sa délégation dans les cas où l'enfant est retiré de son milieu familial pour être placé dans un foyer ou un centre d'accueil par suite d'une demande de protection en vertu

306. Notons que l'*Arrêté de Lamoignon*, chez Joseph Merlin, Paris, 1777, pp. 3-4, avait fixé l'âge de la majorité civile à vingt-cinq ans pour les hommes et les femmes et ce, pour tout le territoire français. Dans la Province de Québec, cette majorité coutumière de vingt-cinq ans fut abaissée à la majorité civile de vingt et un ans par la loi de 1780, Georges III, c. 1. La majorité civile fut ramenée à dix-huit ans par la loi L.Q. 1971, c. 95.

307. BOURJON, *op. cit.*, p. 42, art. V : « Le fils de famille étant parvenu à sa majorité, les père et mère ou le survivant d'eux, ne peuvent lui ôter ni la jouissance de ses biens, ni celle de sa liberté ; cet âge lui en donne et lui confère tous les droits de citoyens, même ceux d'un père de famille, puisqu'il est en état de le devenir » ; M. BUGNET, *op. cit.*, t. IX, p. 53 ; TOULLIER, *op. cit.*, n° 1041. Ancien droit québécois, voir : *An abstract of those Parts of the Custom of the Viscounty and Provoship of Paris...*, *op. cit.*, p. 71 : lire le commentaire de l'article 239 de la *Coutume de Paris*.

308. Anciens articles 31 à 38 du *Code civil* abrogés le 9 mars 1906 par 6 Ed. VII, c. 38. Cf. P.B. MIGNAULT, *op. cit.*, pp. 150-160.

309. *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, art. 33.

de la *Loi de la protection de la jeunesse* (S.R.Q. 1964, c. 220 art. 15). Aussi, la matière étudiée, outre la partie consacrée à l'évolution historique de la puissance paternelle, a-t-elle porté presque exclusivement sur l'organisation de cette institution dans le cadre de la famille légitime et non conflictuelle en droit positif québécois.

Malgré ces limitations, notre recherche nous a permis de faire certaines constatations relatives à l'organisation et à la conception de la puissance paternelle. L'étude de l'aspect historique de cette institution nous a permis, par exemple, de constater que l'enfant, pendant longtemps, fut considéré comme un objet de droit et que, loin d'assurer sa protection, cette institution favorisa davantage les pouvoirs de son titulaire dont l'absolutisme cependant diminuait avec le temps.

Au Québec, dès les débuts de la colonie, le milieu géographique et les conditions de vie de ses premiers habitants ont modifié les rapports parents-enfants, dont certains auteurs ont dit qu'ils étaient très différents de ceux qui prévalaient dans les familles françaises à la même époque. Aussi, il semble, d'après ces mêmes auteurs, que la puissance paternelle de l'ancien droit québécois se distinguait de l'institution française par la moins grande étendue des pouvoirs de son titulaire et par l'autonomie et l'indépendance relative des enfants vis-à-vis leurs parents.

Après 1866, les sources coutumières, doctrinales et législatives qui ont inspiré les Commissaires à la codification ont conservé ce caractère de modération à l'institution québécoise. Même si certains auteurs et une certaine jurisprudence ont interprété les articles du *Code civil* de façon à accorder au titulaire de la puissance paternelle plus de pouvoirs que ne leur en conféraient en réalité ces articles, d'autres auteurs et une jurisprudence prédominante ont ramené les pouvoirs du titulaire à leur juste limite : l'intérêt de l'enfant.

Mais à la question de savoir si les dispositions du *Code civil* ont été en mesure d'assurer seules et dans tous les cas la protection de l'enfant, il faut répondre par la négative. En effet, ces dispositions ne réglementaient, jusqu'à tout récemment, que l'exercice des rapports parents-enfants dans le cadre de la famille légitime. Ce n'est que depuis 1970 que les rapports parents et enfants naturels sont régis par les dispositions du *Code civil*. Mais, encore là, elles sont insuffisantes pour permettre de résoudre la multitude des situations conflictuelles qui peuvent naître dans le milieu familial ou à l'extérieur du milieu familial entre les enfants et les personnes chargées de leur entretien et de leur éducation.

C'est pourquoi le législateur provincial a dû intervenir par voie législative pour combler les insuffisances des dispositions du *Code civil*. Ainsi plusieurs lois, dont la plus importante est la *Loi de la protection de la jeunesse* (S.R.Q. 1964 c. 220) ont été adoptées dans ce but. Cependant, devant la multitude des lois qui régissent des aspects différents de la protection de l'enfant, plusieurs ont constaté une absence de politique gouvernementale générale en cette matière et ont proposé le regroupement de ces dispositions législatives.

Certes, ce regroupement serait évidemment une réforme qui s'impose mais elle ne serait pas complète sans une réforme complémentaire des institutions judiciaires et des services sociaux chargés d'appliquer ces lois. La création d'un tribunal familial, une meilleure intégration des services sociaux d'aide à l'enfance et la mise sur pieds d'une infrastructure d'institutions spécialisées dans le traitement d'enfants en difficultés sont des réformes qui s'imposent au Québec. À ce sujet, des changements prochains sont attendus. Ainsi, l'Office de révision du Code civil s'apprête à rendre public un projet d'ensemble qui réaménage le droit des personnes et de la famille. Du côté gouvernemental, un nouveau projet relatif à la protection de la jeunesse devrait être présenté à l'Assemblée nationale à la suite de la publication du rapport de l'Office. Ce projet tiendrait compte de certains développements qui s'annoncent et qui permettront d'insérer la protection de la jeunesse dans un contexte juridique plus vaste.

Mais la condition requise à tout changement visant à améliorer le sort de l'enfant est de s'assurer qu'il sera considéré comme un sujet de droit, non comme un objet de droit. Comme l'écrivait Jean Chazal, président d'honneur de l'Association internationale des juges des enfants :

« [...] retenons plutôt que l'enfant, puisqu'il est une personne, doit toujours être traité comme un sujet et non pas comme un objet dans le réseau des relations juridiques dont il est le centre. Déclarer que l'enfant est sujet et non objet dans un débat judiciaire ou dans une instance administrative, c'est affirmer les droits qui découlent de sa qualité de personne, c'est entendre le respecter et le protéger, c'est, dans le même temps, entendre conserver à son existence tout son poids et ne jamais le réduire à une entente »³¹⁰.

310. Jean CHAZAL, *Les droits de l'enfant*, troisième édition, Paris, Presses universitaires de France, Que sais-je, n° 852, 1969, p. 14-15.