

La tutelle supplétive : un exemple de la nécessaire adaptabilité du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale en droit civil québécois

Alexandra Rivest-Beauregard

Volume 51, Number 2, 2021

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1088370ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1088370ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rivest-Beauregard, A. (2021). La tutelle supplétive : un exemple de la nécessaire adaptabilité du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale en droit civil québécois. *Revue générale de droit*, 51(2), 439–482.
<https://doi.org/10.7202/1088370ar>

Article abstract

Since the last family law reform in 1980, several expert groups have proposed legislative changes to adapt the law to contemporary family realities, particularly with respect to the law relating to parental authority. The legislator finally followed some of their recommendations by adopting the Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards adoption and the disclosure of information in June 2017 and, in so doing, integrated suppletive tutorship into Quebec civil law. These changes may suggest a greater emphasis on the individual will of parents in certain situations, whereas historically, parental authority has been an institution deemed to be unavailable. This legal novelty and the few criticisms it has been subjected to provide an opportunity to question the evolution of the place that the law gives to the will of the holders of parental authority, as well as the theoretical foundations that support certain reservations about it. This paper demonstrates three main findings: (1) the notions of will and parental authority are not necessarily incompatible when one observes the historical evolution of the institution; (2) the law relating to parental authority has not succeeded in freeing itself from the principles of canon law which, in the past, constituted the foundations of family law; and (3) it is necessary to reflect on the adaptability of the principle of the indisponibility of parental authority in order to respect the primary objective of the institution, namely the protection of the child.

La tutelle supplétive : un exemple de la nécessaire adaptabilité du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale en droit civil québécois

ALEXANDRA RIVEST-BEAUREGARD*

RÉSUMÉ

Depuis la dernière réforme du droit de la famille en 1980, plusieurs groupes d'experts ont proposé des changements législatifs afin d'adapter le droit aux réalités familiales contemporaines, notamment en ce qui concerne le droit relatif à l'autorité parentale. Le législateur a finalement suivi certaines de leurs recommandations en adoptant la Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements en juin 2017 et, par le fait même, a intégré la tutelle supplétive en droit civil québécois. Ces modifications peuvent laisser croire à une place plus importante accordée à la volonté individuelle des parents dans certaines situations, alors qu'historiquement, l'autorité parentale est une institution réputée indisponible. Cette nouveauté juridique et les quelques critiques dont elle a fait l'objet fournissent alors l'occasion de se questionner sur l'évolution de la place que le droit accorde à la volonté des titulaires de l'autorité parentale de même que sur les fondements théoriques de certaines réticences à son endroit. La présente analyse repose sur trois principaux constats : (1) les notions de volonté et d'autorité parentale ne sont pas nécessairement incompatibles lorsqu'on observe l'évolution historique de l'institution; (2) le droit relatif à l'autorité parentale n'a pas réussi à s'affranchir des principes de droit canon qui, autrefois, constituaient les assises du droit de la famille; et (3) il est nécessaire de réfléchir à l'adaptabilité du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale afin de respecter l'objectif premier de l'institution, soit la protection de l'enfant.

MOTS-CLÉS :

Tutelle supplétive, autorité parentale, volonté des parents, droit civil, indisponibilité de l'autorité parentale, influence du droit canon.

* LL.B., LL.M., avocate et candidate au doctorat en droit à l'Université de Sherbrooke. Ce texte est une adaptation d'une partie du mémoire de maîtrise de l'auteure : Alexandra Rivest-Beauregard, *L'autorité parentale en droit québécois : quelle place pour la volonté de ses titulaires?*, Université de Sherbrooke, 2020 [non publié].

ABSTRACT

Since the last family law reform in 1980, several expert groups have proposed legislative changes to adapt the law to contemporary family realities, particularly with respect to the law relating to parental authority. The legislator finally followed some of their recommendations by adopting the Act to amend the Civil Code and other legislative provisions as regards adoption and the disclosure of information in June 2017 and, in so doing, integrated suppletive tutorship into Quebec civil law. These changes may suggest a greater emphasis on the individual will of parents in certain situations, whereas historically, parental authority has been an institution deemed to be unavailable. This legal novelty and the few criticisms it has been subjected to provide an opportunity to question the evolution of the place that the law gives to the will of the holders of parental authority, as well as the theoretical foundations that support certain reservations about it. This paper demonstrates three main findings: (1) the notions of will and parental authority are not necessarily incompatible when one observes the historical evolution of the institution; (2) the law relating to parental authority has not succeeded in freeing itself from the principles of canon law which, in the past, constituted the foundations of family law; and (3) it is necessary to reflect on the adaptability of the principle of the indisponibility of parental authority in order to respect the primary objective of the institution, namely the protection of the child.

KEYWORDS:

Suppletive tutorship, parental authority, parents’ will, civil law, indisponibility of parental authority, religion, canon law influence.

SOMMAIRE

Introduction.....	441
I. L'avènement de la tutelle supplétive en droit civil québécois.....	446
A. Les contours juridiques de la tutelle supplétive	446
1. Les conditions d'ouverture de la tutelle supplétive.....	446
2. Les effets de la tutelle supplétive.....	449
3. L'objectif de la tutelle supplétive	451
B. Les principales critiques adressées à la tutelle supplétive.....	452
II. L'évolution de la volonté parentale en droit civil québécois	454
A. La volonté sous le régime de la puissance paternelle.....	454
B. La volonté sous le régime de l'autorité parentale.....	458
III. Les fondements théoriques du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale et l'exemple du droit de l'adoption.....	462
A. Les fondements de l'indisponibilité de l'autorité parentale	462

1.	Les fondements religieux	462
2.	Les fondements juridiques	465
B.	L'exemple de l'évolution du droit de l'adoption	467
IV.	Les critiques à l'égard de la tutelle supplétive: une démonstration de la nécessité d'adapter le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale	474
A.	L'indisponibilité de l'autorité parentale: un reliquat du droit canon	475
B.	Être parent et devenir parent: une distinction essentielle	477
	Conclusion	480



INTRODUCTION

La dernière grande réforme du droit de la famille remonte à 1980¹ et fait suite aux recommandations formulées par l'Office de révision du Code civil². Toutefois, loin d'être restée statique, la famille québécoise s'est transformée de manière à laisser place à une diversification des modèles familiaux³. Ainsi, le droit québécois actuel ne reconnaît plus uniquement le modèle «classique» de la famille biparentale, hétérosexuelle, dont le couple vit en union maritale. Il suffit de penser, notamment, aux familles homoparentales, monoparentales, recomposées ou encore aux familles dont le couple vit en union libre⁴.

Ces changements dans la manière de *faire famille* au Québec ont soulevé certaines difficultés d'adaptation en droit, notamment en matière d'autorité parentale. De 1980 à 2017, le seul moyen pour un parent⁵ de déléguer son autorité parentale repose sur la délégation

1. *Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille*, LQ 1980, c 39.

2. Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol II, Commentaires, t 1, Livres 1 à 4, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977 aux pp 109 et s.

3. Comité consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy, prés, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Thémis, 2015 à la p 53, en ligne: <www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr__français_/centredoc/rapports/couple-famille/droit_fam7juin2015.pdf>.

4. Nous reconnaissons cependant que certains modèles familiaux demeurent marginalisés dans notre société actuelle.

5. Dans le but de viser la plus grande inclusion possible, nous utiliserons le terme «parent» pour désigner les père et mère d'un enfant, à moins que le contexte ne requière de recourir au vocabulaire précisément employé dans la loi.

partielle de la garde, de la surveillance ou de l'éducation de l'enfant⁶. Ces limitations relatives à l'autorité parentale se justifient notamment puisque le droit considère qu'elle est indisponible. Le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale — qui est encore applicable aujourd'hui — signifie qu'en raison du caractère d'ordre public de l'autorité parentale, elle ne peut pas faire l'objet d'une cession ou d'une renonciation conventionnelle⁷. Autrement dit, ce principe empêche donc les parents de céder ou de renoncer volontairement à leurs charges parentales.

Dans le contexte des familles actuelles, et plus particulièrement dans le cas des recompositions familiales, il est possible qu'une personne veuille jouer un rôle significatif dans la vie de l'enfant de son conjoint et s'impliquer légalement envers lui. Or, jusqu'à tout récemment, le droit ne fournissait pas les outils adéquats pour répondre à cette préoccupation. Spécialement dans le cas du conjoint qui joue un rôle de substitution parentale — en raison du décès ou de l'absence d'un parent —, la seule solution de rechange sur le plan juridique était de procéder à une adoption intrafamiliale. Cependant, l'ultime effet de cette mesure est de rompre légalement tous les liens entre l'enfant et sa famille d'origine puisque sa filiation avec celle-ci a été remplacée⁸.

Ce n'est qu'un exemple parmi tant d'autres qui ont donné naissance à diverses propositions et revendications dans le but de mettre le droit de la famille au diapason des réalités familiales actuelles. Depuis une dizaine d'années, des groupes mandatés par le gouvernement provincial ont suggéré que des changements soient apportés à différentes sphères du droit de la famille au Québec. Ainsi, le Groupe de travail sur le régime québécois de l'adoption, en 2007⁹, de même que le Comité

6. Art 649 CcQ (1980); art 601 CcQ. Ce type de délégation doit être temporaire et révocable. Voir *Droit de la famille* — 3444, [2000] RJQ 2533, 2000 CanLII 11357 (QC CA) au para 29 [*Droit de la famille* — 3444]; *Droit de la famille* — 09398, 2009 QCCA 374, [2009] RJQ 341 au para 25 [*Droit de la famille* — 09398].

7. *Stevenson c Florant*, [1925] SCR 532, 1925 CanLII 51 (SCC), au para 535 [*Stevenson*]; *Droit de la famille* — 3444, *supra* note 6; Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006 à la p 823.

8. Art 577.1 CcQ. Voir les exemples donnés par le Groupe de travail sur le régime québécois d'adoption : Carmen Lavallée, prés, *Pour une adoption québécoise à la mesure de chaque enfant*, Québec, Ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, aux pp 99 et s [Groupe de travail sur l'adoption]; voir aussi Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, *Comprendre la filiation et la parenté à travers le prisme de l'adoption*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, aux pp 17 et s.

9. Groupe de travail sur l'adoption, *supra* note 8.

consultatif sur le droit de la famille, en 2015¹⁰, ont formulé des recommandations concernant les mécanismes de délégation et de partage de l'autorité parentale.

Le Groupe de travail sur l'adoption proposait d'instaurer un mécanisme de partage judiciaire de l'exercice de l'autorité parentale avec le conjoint du père ou de la mère, ainsi qu'un mécanisme d'attribution judiciaire, volontaire ou forcée, de l'exercice de l'autorité parentale à un proche de l'enfant. Selon le groupe d'experts, ces mécanismes auraient permis de mieux respecter l'intérêt de l'enfant lorsqu'il commande qu'un tiers — un beau-parent, par exemple — exerce l'autorité parentale à son endroit, mais sans emporter la suspension de la charge de titulaire de l'autorité parentale des père et mère. Aussi, cette solution présentait l'avantage de ne pas rompre le lien de filiation qui unit l'enfant et sa famille d'origine, contrairement à l'adoption, mais permettait tout de même à un tiers significatif de remplir son rôle auprès de ce dernier¹¹.

Quant au Comité consultatif sur le droit de la famille, il proposait un mécanisme de partage judiciaire de l'exercice de l'autorité parentale avec le conjoint d'un parent lorsque ce dernier l'exerce seul de droit. Ainsi, seul le parent se trouvant dans une situation où l'autre parent est décédé, déchu de l'autorité parentale ou inapte aurait été en mesure de demander que l'autorité parentale soit partagée avec son conjoint¹².

Entre-temps, un avant-projet de loi ainsi que deux projets de loi ont été présentés respectivement en 2009¹³, 2012¹⁴ et 2013¹⁵, mais tous sont morts au feuillet. C'est finalement avec l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*¹⁶ qu'un changement législatif

10. Comité consultatif sur le droit de la famille, *supra* note 3.

11. Groupe de travail sur l'adoption, *supra* note 8 aux pp 98 et s.

12. Comité consultatif sur le droit de la famille, *supra* note 3 à la p 313.

13. Avant PL, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 1^{re} sess, 39^e lég, Québec, 2009 (présentation — 31 octobre 2009).

14. PL 81, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 2012, 2^e sess, 39^e lég, Québec (présentation — 13 juin 2012).

15. PL 47, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, 2013, 1^{re} sess, 40^e lég, Québec (présentation — 14 juin 2013).

16. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, LQ 2017, c 12.

fut effectué en matière d'autorité parentale, plus particulièrement en introduisant la tutelle supplétive en droit civil québécois¹⁷.

En vigueur depuis le 16 juin 2017¹⁸, la tutelle supplétive permet dorénavant aux parents d'un enfant de partager ou de déléguer judiciairement leurs charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale¹⁹ à un tiers lorsqu'il est impossible pour eux ou l'un d'eux de les exercer pleinement²⁰ de fait ou de droit²¹.

À première vue, le mécanisme de la tutelle supplétive rompt avec le principe selon lequel un parent ne peut pas se décharger de l'ensemble de ses fonctions parentales. D'ailleurs, la ministre de la Justice en fonction au moment de l'adoption du projet de loi est consciente de cette dérogation puisqu'elle affirme que la tutelle supplétive constitue « une ouverture au principe suivant lequel les père et mère n'ont pas le droit de se décharger de leurs responsabilités envers leur enfant au profit d'autrui »²².

Dans la communauté juridique québécoise, ce changement législatif semble toutefois être passé de manière quasi inaperçue,

17. La tutelle supplétive a été adoptée en 2017 en partie afin de reconnaître certaines pratiques en droit autochtone et ainsi pallier certaines difficultés exprimées par les communautés autochtones. Ainsi, le droit reconnaît maintenant la « tutelle coutumière autochtone », comme le prévoit l'article 199.10 CcQ. Par le fait même, le législateur a décidé d'étendre l'application de ce mécanisme aux personnes allochtones, ce qui a donné naissance au régime général de la tutelle supplétive dont les règles se trouvent aux articles 199.1 à 199.9 CcQ. Toutefois, aux fins du présent article et considérant notre manque d'expertise en droit autochtone, nous faisons le choix de centrer notre analyse uniquement sur les dispositions qui sont applicables aux personnes allochtones. Voir aussi Québec, Assemblée nationale, « Étude détaillée du projet de loi n° 113, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements* », 1^{re} sess, 41^e lég, *Journal des débats de la Commission des institutions* (30 mai 2017) à 19:30 (Stéphanie Vallée) [Étude détaillée du projet de loi 113]; Québec, Assemblée nationale, « Étude détaillée du projet de loi n° 113, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements* », 1^{re} sess, 41^e lég, *Journal des débats de la Commission des institutions* (9 juin 2017) à 12:40 (Stéphanie Vallée).

18. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, supra note 16, art 105.

19. La mesure adoptée par le législateur va donc plus loin que ce qui était proposé par les deux groupes ayant formulé des propositions de réforme, puisqu'elle ne vise pas uniquement l'exercice de l'autorité parentale, mais plutôt la charge de titulaire.

20. Art 199.1, al 1 CcQ.

21. *Journal des débats de la Commission des institutions* (9 juin 2017), supra note 17 à 12:50 (Stéphanie Vallée); Alain Roy et al, « Livre 1. Des personnes » dans *Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2020-2021*, 5^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2020 à la p 205 [Roy, « Livre 1. Des personnes »].

22. *Journal des débats de la Commission des institutions* (9 juin 2017), supra note 17 à 12:40 (Stéphanie Vallée).

probablement parce que le point central de la réforme porte sur le droit de l'adoption²³. Pourtant, ce nouveau mécanisme juridique n'est pas sans effet sur les règles entourant la délégation et le partage de l'autorité parentale.

Quelques auteurs se sont tout de même intéressés à la tutelle supplétive afin d'en préciser les contours²⁴ alors que d'autres l'ont abordée afin de lui adresser une vive critique. Notamment, les auteurs Dominique Goubau et Martin Chabot soutiennent que la tutelle supplétive, lorsqu'elle résulte d'une impossibilité de fait, déroge au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale puisqu'elle « représente ni plus ni moins la possibilité pour une personne de “démissionner” de son poste de parent »²⁵. En d'autres termes, la tutelle supplétive crée une brèche qui menace le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale.

L'avènement de la tutelle supplétive laisse ainsi entrevoir une place plus importante pour la volonté individuelle des parents dans certaines situations, alors qu'historiquement, l'autorité parentale est une institution réputée indisponible. Cette nouveauté juridique et la critique qui lui a été adressée fournissent alors l'occasion de se questionner sur l'évolution de la place que le droit accorde à la volonté des titulaires de l'autorité parentale de même que sur les fondements théoriques de certaines réticences à l'endroit de la tutelle supplétive. Elle permet surtout de discuter de l'adaptabilité du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale dans le but d'assurer le respect de l'objectif principal de l'institution, soit la protection de l'enfant.

Afin de répondre à ces questionnements, le présent texte se divise en quatre grandes parties. Premièrement, les origines de la tutelle supplétive, son objectif, son fonctionnement, de même que les principales critiques dont elle a fait l'objet, seront abordés plus en

23. À ce jour, le moteur de recherche *SOQUIJ* fait seulement état de deux décisions rapportées ayant mené à la nomination d'un tuteur supplétif. Voir *AA et WJ*, 2018 QCCS 5222; *MC et NC*, 2018 QCCS 4627; la dernière vérification a été effectuée en date du 12 mars 2021 sur le moteur de recherche *SOQUIJ*.

24. Gérard Guay, « Au secours de papa et maman : la nouvelle tutelle supplétive » dans Brigitte Lefebvre et Christine Morin, dir, *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Beaulne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, 124; Catherine Brodeur, « Chronique — La tutelle supplétive » *Repères*, mars 2019, Montréal, Yvon Blais, *La référence* EYB2019REP2701; Michel Tétrault, *Droit de la famille – La filiation, l'enfant et le litige familial*, vol 3, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2019 aux pp 1804 et s.

25. Dominique Goubau et Martin Chabot, « Recomposition familiale et multiparentalité : un exemple du difficile arrimage du droit à la famille contemporaine » (2018) 59:4 C de D 889 à la p 914.

détail (partie 1). Deuxièmement, puisque la désignation d'un tuteur supplétif touche principalement la charge de titulaire de l'autorité parentale, l'évolution de la volonté des parents en droit civil québécois sera analysée à l'aune des règles de l'autorité parentale (partie 2). Troisièmement, une démystification des origines de l'indisponibilité de l'autorité parentale sera tentée puisqu'elle constitue la principale limite à la volonté de ses titulaires. Pour mieux comprendre l'évolution de ce principe, celle du droit de l'adoption au Québec servira d'exemple (partie 3). Quatrièmement, une discussion sera entamée, à la lumière des parties précédentes, dans le but d'essayer de comprendre l'arrière-plan théorique qui justifie certaines réticences exprimées par quelques auteurs à l'endroit de la tutelle supplétive (partie 4).

I. L'AVÈNEMENT DE LA TUTELLE SUPPLÉTIVE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

En juin 2017, le droit civil québécois se dote d'un nouveau mécanisme de délégation-partage de l'autorité parentale : la tutelle supplétive. Cette nouveauté juridique attire l'attention de quelques auteurs au motif qu'elle présente un risque pour le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale. Qu'en est-il réellement? Afin d'y voir plus clair, il faut poser l'état du droit relativement à la tutelle supplétive (A) et aborder les critiques qui lui ont été adressées par les auteurs (B).

A. Les contours juridiques de la tutelle supplétive

De manière générale, la tutelle supplétive peut être définie comme un mécanisme judiciaire de délégation-partage de l'autorité parentale et de la tutelle légale, qui vise à assurer la protection de l'enfant. Afin d'en brosser un portrait le plus exhaustif possible, la présente section abordera les conditions d'ouverture de ce mécanisme (1), ses effets (2) et son objectif (3).

1. Les conditions d'ouverture de la tutelle supplétive

En vigueur depuis le 16 juin 2017²⁶, la tutelle supplétive permet à un ou aux deux parents d'un enfant de partager ou de déléguer leurs

26. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, supra note 16, art 105.

charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale à une personne autorisée lorsqu'il est impossible pour eux ou l'un d'eux de les exercer pleinement²⁷ de fait ou de droit²⁸.

D'abord, la charge de tuteur supplétif est *intuitu personæ* puisque la loi prévoit expressément les personnes qui peuvent être désignées par les parents d'un enfant, soit celles qui font partie du cercle familial rapproché de l'enfant²⁹. Le choix des parents dans cette situation est donc limité puisqu'un tiers qui joue un rôle hautement significatif pour l'enfant, mais qui ne fait pas partie des personnes prévues par le législateur, ne peut pas être désigné comme tuteur supplétif.

Ensuite, la nomination du tuteur supplétif est subordonnée à l'approbation du tribunal, qui doit s'assurer qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant³⁰. Le rôle du tribunal n'est pas de choisir la personne qui sera désignée comme tuteur supplétif, mais plutôt de vérifier

27. Art 199.1, al 1 CcQ. L'auteur Gérard Guay soutient que les deux parents doivent se trouver dans l'impossibilité totale d'exercer leurs charges afin de donner ouverture à la tutelle supplétive et qu'à défaut, l'autre parent doit exercer seul les charges parentales. Voir Guay, *supra* note 24 aux pp 125 et 130. Ce n'est toutefois pas ce que l'on retient de la lecture d'autres auteurs ayant abordé le sujet. Voir Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2019 et Brodeur, *supra* note 24. Nous soutenons respectueusement qu'il n'est pas possible de retenir l'interprétation offerte par Gérard Guay, et ce, pour deux principales raisons. Premièrement, il semble y avoir une confusion quant aux conditions d'ouverture de la tutelle supplétive et celles de la tutelle dative. Ces deux mécanismes ne sont pas soumis aux mêmes conditions et retenir l'interprétation proposée par Guay reviendrait à confondre ces deux types de tutelles. Dans un même ordre d'idées, nous ne pouvons passer sous silence la difficulté d'application qu'une telle interprétation engendrerait. Limiter la tutelle supplétive aux situations où les deux parents sont dans l'impossibilité entière d'assumer leurs charges parentales reviendrait à restreindre considérablement l'application de la tutelle supplétive puisque, dans ces situations, ce n'est pas la tutelle supplétive qui serait de mise, mais bien la tutelle dative. La coexistence de ces deux types de tutelles dans le Code civil serait donc de peu d'utilité. Deuxièmement, le législateur a précisé que la tutelle supplétive représente une solution de rechange à l'adoption intrafamiliale lorsque l'intérêt de l'enfant commande qu'un proche agisse envers lui comme le ferait un parent. De plus, comme l'a précisé le professeur Goubau, la tutelle supplétive peut s'avérer grandement utile dans la réalité des familles recomposées lorsqu'un parent n'est plus présent auprès de l'enfant afin d'assumer son rôle parental. La tutelle supplétive n'implique pas nécessairement une impossibilité totale de la part des deux parents. Voir la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, *supra* note 16, notes explicatives, et Goubau et Chabot, *supra* note 25 à la p 914.

28. *Journal des débats de la Commission des institutions* (9 juin 2017), *supra* note 17 à 12:50 (Stéphanie Vallée); Roy, « Livre 1. Des personnes », *supra* note 21 à la p 205.

29. Art 199.1, al 2 CcQ. Ainsi, le tuteur supplétif peut être un conjoint des père et mère, un grand-parent, un frère ou une sœur, un oncle ou une tante, ainsi que leurs conjoints respectifs. Il s'agit d'ailleurs des mêmes personnes que celles pouvant bénéficier d'un consentement spécial à l'adoption (art 555 CcQ).

30. Arts 33 et 199.2 CcQ.

que le choix du parent est conforme à l'intérêt de l'enfant et d'autoriser ou non la désignation. Il en va de même si la désignation est contestée. Dans ce cas, le tribunal ne peut pas substituer une autre personne à la personne désignée pour être tuteur supplétif sans le consentement des parents, à moins qu'ils ne soient empêchés de manifester leur volonté³¹ ou que le refus de consentir ne soit pas justifié par l'intérêt de l'enfant³².

De plus, le tribunal doit s'assurer que le consentement des deux parents a été obtenu, à moins qu'ils n'aient été empêchés de manifester leur volonté³³. Dans le cas où les deux parents consentent, la tutelle supplétive représente une mesure consensuelle et prend place dans un contexte qui n'est pas litigieux, faisant ainsi appel aux règles de la procédure non contentieuse³⁴. Cependant, si l'un des parents refuse de consentir à la nomination d'un tuteur supplétif et si le tribunal considère que ce refus n'est pas justifié par l'intérêt de l'enfant, il peut forcer la désignation³⁵. Dans ce dernier cas de figure, on ne peut certes pas envisager la tutelle supplétive comme une mesure volontaire et consensuelle puisque l'intérêt de l'enfant permet au tribunal de passer outre à la volonté des parents.

Le consentement de l'enfant visé par la mesure est aussi nécessaire s'il est âgé de 10 ans et plus, sauf impossibilité, quoique le tribunal puisse passer outre à son refus. Cependant, le refus de l'enfant de 14 ans et plus fait obstacle à la désignation du tuteur supplétif³⁶.

Enfin, quant au choix de partager ou de déléguer les charges parentales, il semble relever davantage de la situation que de la volonté des parents. Le partage vise un parent qui exerce seul les charges parentales, alors que la délégation permet à un ou aux deux parents, qui se trouvent dans l'impossibilité d'exercer pleinement ces charges, de les déléguer à un proche parent de l'enfant. Par exemple, un parent qui assume seul, de fait ou de droit, les charges parentales — parce que l'autre parent est décédé ou n'exerce plus *de facto* ses charges parentales — peut désigner son conjoint actuel à titre de tuteur supplétif afin d'effectuer un partage de la tutelle légale et de l'autorité parentale.

31. Art 199.5 CcQ.

32. Art 199.3 CcQ.

33. *Ibid.*

34. Art 303, al 1, par 4 Cpc; Goubau, *supra* note 27 à la p 587.

35. Art 199.3 CcQ.

36. Art 199.4 CcQ.

Inversement, un parent qui n'est pas en mesure lui-même d'assumer pleinement ces charges en raison d'un problème de consommation de drogues, par exemple, doit plutôt choisir une délégation³⁷.

2. Les effets de la tutelle supplétive

Il importe d'abord de distinguer la tutelle supplétive des tutelles légale et dative. Elle diffère de la tutelle légale qui consiste en la charge permettant au parent de représenter l'enfant dans l'exercice de ses droits civils et dans l'administration de son patrimoine³⁸. La tutelle légale est d'ailleurs une des charges qui est dévolue au tuteur supplétif lors de la nomination. De plus, contrairement à la tutelle dative³⁹, la désignation d'un tuteur supplétif ne requiert pas le décès ou l'incapacité des parents de l'enfant. Ainsi, la tutelle supplétive s'avère utile dans un cas où un parent est toujours vivant et apte, mais souhaite néanmoins partager ou déléguer ses charges à un tiers.

Quant à ses effets, la tutelle supplétive entraîne la suspension des charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale du parent qui n'est pas en mesure de les exercer pleinement⁴⁰. Celles-ci sont dès lors exercées par le tuteur supplétif⁴¹. En cas de partage des charges parentales, celles-ci sont exercées conjointement par le parent et le tuteur supplétif⁴².

La tutelle supplétive ne vise pas uniquement la suspension de l'exercice des charges parentales, mais aussi la charge de titulaire de l'autorité parentale et la tutelle légale⁴³. Autrement dit, c'est le droit même

37. Goubau, *supra* note 27 à la p 585.

38. Art 192 CcQ.

39. Arts 200 et s CcQ.

40. Art 199.6 CcQ.

41. Art 199.7 CcQ. Toutes les dispositions relatives à la tutelle et à l'autorité parentale sont applicables au tuteur, sauf en ce qui concerne la tutelle dative et la déchéance de l'autorité parentale.

42. Le professeur Roy souligne que l'article 199.6 du *Code civil du Québec* comporte une ambiguïté qui compromet le projet de partage des charges parentales lorsqu'il demeure un parent toujours apte à les exercer. Au soutien de cette affirmation, il cite la décision *AA et WJ*, *supra* note 23, dans laquelle le greffier spécial avait conclu que le partage était impossible dans une telle situation. Voir Roy, « Livre 1. Des personnes », *supra* note 21 à la p 209. Toutefois, cette décision a été révisée, ce qui met fin à l'ambiguïté soulevée et confirme la possibilité d'un exercice conjoint des charges parentales entre le parent et le tuteur supplétif dans un cas de partage; *X et Y*, *La référence* EYB 2018-307373 (Qc CS); Goubau, *supra* note 27 à la p 586.

43. *Ibid* à la p 588.

de l'autorité parentale qui est délégué et non seulement son exercice. Le tuteur supplétif détient donc les charges de titulaire de l'autorité parentale et de tuteur légal et, par le fait même, il détient aussi l'exercice de l'ensemble des attributs de celle-ci.

Cependant, le parent qui délègue ses charges ne perd pas la totalité de ses droits et obligations puisque les règles visant l'obligation alimentaire, la vocation successorale et le droit de consentir à l'adoption ne sont pas touchées par la tutelle supplétive⁴⁴. Le parent déléguant conserve aussi le droit de nommer un tuteur datif en prévision de son décès ou de son inaptitude⁴⁵. La tutelle supplétive représente donc un mécanisme de transfert de la charge de titulaire de l'autorité parentale et de la tutelle légale, mais qui ne touche pas la filiation de l'enfant⁴⁶.

Quant aux charges qui sont déléguées au tuteur supplétif ou partagées avec lui, aucune marge de manœuvre n'est accordée aux parents puisque la loi prévoit que toutes les charges parentales sont dévolues. Le libellé de l'article 199.1 du *Code civil du Québec* ne laisse aucune ambiguïté à ce sujet : « Le père ou la mère d'un enfant mineur peut désigner une personne à qui déléguer ou avec qui partager les charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale [...] » (notre soulignement). Les charges de titulaire de l'autorité parentale et de tuteur légal sont donc partagées ou déléguées en totalité sans qu'il soit possible d'aménager les modalités d'une manière qui saurait mieux répondre à l'intérêt de l'enfant.

Néanmoins, la tutelle supplétive est, en principe, une mesure temporaire puisque le parent peut demander au tribunal d'être rétabli dans ses charges lorsqu'il y a des faits nouveaux⁴⁷. Il en va de même pour

44. Étude détaillée du projet de loi 113, *supra* note 17, (12 juin 2017) à 16:10 (Stéphanie Vallée).

45. Arts 199.7 et 200 CcQ. Ces droits, de même que ceux qui concernent l'obligation alimentaire, la vocation successorale et le droit de consentir à l'adoption, ne sont pas rattachés à la charge de titulaire de l'autorité parentale, mais plutôt au lien de filiation qui unit l'enfant à ses parents.

46. Roy, « Livre 1. Des personnes », *supra* note 21 à la p 205.

47. Art 199.8 CcQ. Dans le cas des faits nouveaux, le professeur Alain Roy suggère que l'interprétation à privilégier devrait être la même que celle retenue pour un parent déchu de l'autorité parentale qui demande qu'elle lui soit restituée. Le parent devra alors démontrer que la situation qui a justifié la mesure n'existe plus ou n'est plus applicable, et que la restitution des charges répond à l'intérêt de l'enfant. Voir Roy, « Livre 1. Des personnes », *supra* note 21 à la p 210. Pour les critères de restitution de l'autorité parentale, voir *Droit de la famille — 18454*, 2018 QCCA 368 aux para 32 et 34.

le tuteur supplétif puisqu'il peut demander au tribunal d'être relevé de ses charges⁴⁸.

Toutefois, le parent qui a délégué ses charges à un tiers en raison d'une impossibilité factuelle qu'il a lui-même créée par ses choix personnels pourrait aussi alléguer des faits nouveaux lui permettant de demander à être rétabli dans ses charges. Théoriquement, il est donc possible qu'un parent puisse déléguer et reprendre ses charges parentales à plusieurs reprises au cours de la vie de l'enfant, bien que le tribunal ait le pouvoir de refuser la demande de restitution.

3. *L'objectif de la tutelle supplétive*

En ce qui concerne l'objectif de la tutelle supplétive, la ministre de la Justice souligne qu'elle est une solution de rechange à l'adoption intrafamiliale lorsque l'intérêt de l'enfant commande qu'un proche agisse envers lui comme le ferait un parent⁴⁹. D'ailleurs, comme l'ont précisé les auteurs Goubau et Chabot, la tutelle supplétive peut s'avérer grandement utile dans la réalité des familles recomposées lorsqu'un parent n'est plus présent auprès de l'enfant afin d'assumer son rôle parental⁵⁰. Selon l'auteur Michel Tétrault, ce type de tutelle permet aussi de mieux protéger l'enfant dans des situations où un parent s'en désintéresse ou est décédé et que l'enfant a un lien d'attachement avec une autre personne⁵¹.

L'objectif de la tutelle supplétive est donc d'impliquer les proches de l'enfant en cas de difficultés parentales⁵² et de permettre aux parents de s'assurer qu'une personne soit en mesure d'assumer leurs charges en cas de difficultés. Elle offre aussi une autre possibilité afin de protéger les enfants dont l'intérêt commande qu'ils aient accès à une deuxième figure parentale sans devoir procéder à une adoption. Ainsi, la tutelle supplétive peut être envisagée comme un mécanisme de protection de l'enfant.

48. Art 199.9 CcQ. Notons toutefois que le Code civil n'exige pas la présence de faits nouveaux pour justifier la demande du tuteur supplétif d'être relevé de ses charges.

49. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, *supra* note 16, notes explicatives.

50. Goubau et Chabot, *supra* note 25 à la p 914.

51. Tétrault, *supra* note 24 à la p 1807.

52. *Ibid* à la p 1808.

B. Les principales critiques adressées à la tutelle supplétive

La tutelle supplétive et les projets de loi qui ont précédé son intégration en droit civil québécois ont fait l'objet de quelques critiques, principalement en raison de l'atteinte qu'elle porte au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale.

D'abord, préalablement à son adoption, le professeur Roy craignait que la possibilité pour un parent de partager l'autorité parentale avec son conjoint, dans le cas d'une impossibilité de fait, augmente les risques de conflits autour de l'enfant en raison de la multiplication des personnes appelées à prendre des décisions à son sujet⁵³. Toutefois, puisque la nomination d'un tuteur supplétif entraîne la suspension des charges de titulaire de l'autorité parentale et de tuteur légal du parent qui est dans l'impossibilité de les exercer pleinement⁵⁴, le nombre de personnes habilitées à prendre des décisions au sujet de l'enfant demeure limité à deux. Dans l'éventualité où le parent déléguant souhaite s'impliquer à nouveau auprès de l'enfant, il doit s'adresser au tribunal en invoquant des faits nouveaux afin de se voir réinvesti dans ces charges⁵⁵. Ainsi, selon l'état du droit actuel, il semble improbable qu'un enfant se trouve dans une situation où, sur le plan juridique, trois personnes à la fois seraient habilitées à prendre des décisions à son sujet.

Ensuite, les auteurs Goubau et Chabot font remarquer que le juge est autorisé à passer outre au refus du parent à consentir à la nomination du tuteur supplétif si ce refus n'est pas justifié par l'intérêt de l'enfant ou si le consentement ne peut pas être obtenu « pour quelque cause que ce soit ». Selon ces auteurs, la possibilité de forcer la nomination d'un tuteur supplétif représente ni plus ni moins un mécanisme déguisé de déchéance de l'autorité parentale au seul motif de l'intérêt de l'enfant, faisant ainsi abstraction des motifs graves qui doivent normalement être démontrés afin d'obtenir une telle mesure⁵⁶. Outre les motifs relatifs au respect des droits fondamentaux qui soutiennent

53. Alain Roy, *Avant-projet de loi sur l'adoption : les écueils d'une réforme annoncée*, 9^e Conférence Roger-Comtois (2011), Chaire du notariat, Montréal, Thémis, 2012 à la p 28; Comité consultatif sur le droit de la famille, *supra* note 3 à la p 312.

54. Art 199.6 CcQ.

55. Art 199.8 CcQ. Le professeur Roy soumet que les critères d'appréciation des « faits nouveaux » sont semblables à ceux qui sont actuellement appliqués à la restitution de l'autorité parentale, comme prévu à l'article 610 CcQ. Voir Roy, « Livre 1. Des personnes », *supra* note 21 à la p 210.

56. Goubau et Chabot, *supra* note 25 à la p 914.

cette critique⁵⁷, cela revient donc à affirmer que la tutelle supplétive *forcée* permet d'aller à l'encontre de la volonté des titulaires de l'autorité parentale, alors que le droit civil exige normalement un fardeau de preuve élevé si l'on souhaite dépouiller un parent de cette charge.

Enfin, la dernière critique concerne la nomination d'un tuteur supplétif qui résulte d'une impossibilité *de fait* plutôt que d'une impossibilité *de droit*. En effet, le professeur Goubau souligne que la tutelle supplétive représente une « importante exception au principe traditionnel de l'indisponibilité de la tutelle et de l'autorité parentale »⁵⁸ et permet à un parent de « démissionner » de ses fonctions parentales. Toujours selon cet auteur, la tutelle supplétive a donc la « vocation de consacrer légalement une situation dans laquelle un parent se trouve *de facto* à ne pouvoir jouer son rôle normal de parent et accepte l'idée qu'un proche prenne en quelque sorte le relais »⁵⁹. Ainsi, la tutelle supplétive peut être appréhendée comme un mécanisme permettant à un parent de prendre des décisions qui priorisent son accomplissement personnel ou professionnel au détriment de son rôle de parent, ou même de se désintéresser de son enfant⁶⁰ d'une manière à entraîner une impossibilité factuelle de s'acquitter pleinement de ses charges parentales.

Quant au professeur Roy, il exprime aussi un malaise à accorder une plus grande place à la volonté dans le domaine de l'autorité parentale. Selon lui, « [o]uvrir la possibilité d'un partage à l'endroit du conjoint du parent qui exerce seul *de fait* l'autorité parentale revient à livrer à la volonté individuelle une institution pourtant indisponible »⁶¹ (les italiques sont les nôtres). Les propos du professeur Roy ont été tenus avant l'entrée en vigueur de la tutelle supplétive et visaient les mécanismes qui étaient envisagés dans les projets de loi précédents. Il n'en demeure pas moins que cet auteur considère qu'un mécanisme qui offre la possibilité de partager ses charges parentales en raison d'une impossibilité *de fait* — comme c'est le cas pour la tutelle supplétive — constitue une atteinte à l'indisponibilité de l'autorité parentale.

Quoi qu'il en soit, dans la mesure où les parents se trouvent dans une impossibilité *de fait* d'assumer pleinement leurs charges parentales,

57. À ce sujet, voir *ibid* aux pp 915 et s.

58. Goubau, *supra* note 27 à la p 585.

59. *Ibid* à la p 587.

60. Roy, « Livre 1. Des personnes », *supra* note 21 à la p 205.

61. Comité consultatif sur le droit de la famille, *supra* note 3 à la p 312.

la tutelle supplétive est effectivement un mécanisme qui accorde une place importante à leur volonté lorsqu'ils y consentent, que la nomination est conforme à l'intérêt de l'enfant et qu'elle est autorisée par le tribunal. Comment expliquer le malaise exprimé par quelques auteurs à l'égard de la place jugée trop grande en faveur de la volonté des titulaires de l'autorité parentale?

Traditionnellement, en droit de la famille québécois, les notions d'*autorité parentale* et de *volonté* sont-elles réellement étrangères?

II. L'ÉVOLUTION DE LA VOLONTÉ PARENTALE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

L'autorité parentale 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 leur devoir de parents »⁶². Elle est un effet direct de la filiation⁶³ puisqu'elle est automatiquement attribuée aux parents d'un enfant, quel que soit leur âge⁶⁴. De plus, la loi prévoit que l'autorité parentale s'exerce conjointement par les deux parents de l'enfant⁶⁵. Toutefois, il n'en fut pas toujours ainsi puisque cette institution juridique a fait l'objet d'une importante évolution au cours du dernier siècle, passant de la puissance paternelle (A) à l'autorité parentale (B). Par le fait même, la place accordée à la volonté des parents s'est métamorphosée au gré de ces changements législatifs.

A. La volonté sous le régime de la puissance paternelle

En droit québécois, la puissance paternelle a longtemps été considérée comme le pilier de la structure familiale et comme un « droit public nécessaire à l'ordre établi »⁶⁶. Elle a principalement pour fonction

62. Pineau et Pratte, *supra* note 7 au para 508.

63. *Droit de la famille* — 07528, 2007 QCCA 361, [2007] RJQ 525 au para 54; *Droit de la famille* — 18454, *supra* note 47 au para 25; Tétrault, *supra* note 24 aux pp 894–895.

64. Art 192, al 1 CcQ. D'ailleurs, il faut se garder de confondre l'autorité parentale et la tutelle légale puisqu'il s'agit de deux institutions distinctes. La tutelle légale au mineur est une charge permettant aux parents d'un enfant d'administrer son patrimoine et de le représenter dans l'exercice de ses droits civils. Contrairement à l'autorité parentale, elle est attribuée uniquement aux parents qui sont majeurs ou émancipés. Voir Pineau et Pratte, *supra* note 7 à la p 828.

65. Art 600 CcQ. Les parents doivent donc exercer conjointement la garde, la surveillance et l'éducation de leurs enfants, en plus de les nourrir et de les entretenir (art 599 CcQ).

66. Gérard Trudel et Renée Desrosiers De Lanauze, *Code civil du Québec. Comparé et coordonné au Code civil du Bas Canada*, Montréal, SOQUIJ, 1981 à la p 203.

d'assurer la sécurité des membres de la famille⁶⁷. Cependant, les dispositions du *Code civil du Bas Canada* qui se trouvent au titre de la puissance paternelle sont plutôt laconiques quant à son contenu obligationnel, mis à part le droit de correction modéré et raisonnable⁶⁸. Le droit impose aux époux l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'éduquer leurs enfants, mais il s'agit plutôt d'obligations découlant du mariage⁶⁹. En contrepartie, l'enfant a l'obligation d'honorer et de respecter ses père et mère tout au long de sa vie⁷⁰, en plus de demeurer sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation⁷¹. Bien que cette obligation ne soit pas énoncée expressément dans la loi, les auteurs Deleury, Rivet et Neault soulignent que l'enfant doit aussi obéissance à ses parents et que cela découle de la nature même de la puissance paternelle⁷².

Les règles de la puissance paternelle, de même que les obligations qui incombent aux époux à l'égard de leurs enfants, s'appliquent à ceux nés dans le mariage, donc légitimes⁷³. En ce qui concerne les enfants naturels⁷⁴, cette affirmation ne se fait pas aussi aisément. D'ailleurs, depuis la fin du XIX^e siècle et jusqu'en 1970, il y a un débat doctrinal concernant l'application des règles de la puissance paternelle aux enfants naturels. Pour le juriste Pierre-Basile Mignault, la puissance paternelle s'applique aux enfants naturels, alors que la plupart des autres auteurs qui ont abordé ce sujet estiment que les enfants nés hors mariage n'y sont pas assujettis⁷⁵. Il faut attendre l'an 1970 pour

67. Albert Mayrand, « L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois » dans *Mélanges offerts à R Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, 621 aux pp 621–622.

68. Arts 242–245 CcBC.

69. Art 165 CcBC.

70. Art 242 CcBC.

71. Art 243 CcBC.

72. Édith Deleury, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité » (1974) 15:4 C de D 779 à la p 829.

73. Art 165 CcBC. Les enfants légitimes sont ceux qui sont conçus pendant le mariage (art 218 CcBC).

74. Les enfants naturels sont ceux qui sont nés hors mariage (art 237 CcBC).

75. Pour l'éminent juriste Pierre-Basile Mignault (*Le droit civil canadien*, t 2, Montréal, Whiteford et Théorêt, 1896 à la p 151), l'interprétation d'un arrêt rendu par la Cour de révision de Québec en 1884 (*Côté c Deneault*, CR 1884, 10 QLR 115) permet de soutenir que la puissance paternelle s'applique aux enfants nés hors mariage. Le droit de l'exercer est détenu également entre les père et mère, puisque l'absence de mariage entre eux implique que le père ne peut détenir une prépondérance décisionnelle. Cette interprétation est toutefois contestée par plusieurs auteurs. Selon Gérard Trudel (*Traité de droit civil du Québec*, t 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942 à la p 174), l'interprétation offerte par Mignault est erronée. La puissance paternelle ne peut pas s'appliquer à ces enfants puisque cela revient à accepter une pratique qui est indésirable pour l'époque. Un

que l'application de la puissance paternelle soit expressément étendue aux enfants nés hors mariage, mettant ainsi fin à la distinction qui prévalait alors entre les enfants naturels et les enfants légitimes⁷⁶.

À l'époque, il faut aussi distinguer le droit de détenir la puissance paternelle de celui de l'exercer. Bien que les père et mère de l'enfant soient tous deux titulaires de la puissance paternelle, seul le père a le droit de l'exercer, à moins que, pour quelque raison que ce soit, ce dernier ne soit plus en mesure de le faire. Dans ce cas, l'exercice est alors dévolu à la mère⁷⁷. Concernant l'éducation des enfants, elle appartient, en principe, aux père et mère, mais en cas de désaccord entre eux, l'opinion du père est prépondérante⁷⁸. On constate donc que la volonté appartient davantage au père puisque ce dernier détient le droit d'exercer la puissance paternelle et, lorsque l'un des attributs est considéré comme partagé, c'est tout de même la volonté du père qui prévaut en cas de désaccord.

Quant à la liberté décisionnelle qui est accordée au titulaire de la puissance paternelle dans l'exercice de ses fonctions, elle varie selon l'angle d'analyse. Il est possible de déléguer l'exercice du droit de correction⁷⁹, mais la charge de titulaire de la puissance paternelle ne peut l'être sur une base conventionnelle⁸⁰, et le *Code civil du Bas Canada* prévoit expressément que les époux ne peuvent pas déroger aux règles intéressant la puissance paternelle⁸¹. Cela constitue, certes, une limitation de la volonté du père, mais, tout de même, le droit ne prévoit

raisonnement similaire est formulé par le professeur Louis Baudouin (*Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, Librairie Dalloz, 1967 à la p 484), qui critique aussi cette interprétation, laquelle « [...] arrive à donner plus de prestige à la concubine qu'à la femme mariée ». Quant aux auteurs Deleury, Rivet et Neault (*supra* note 72 aux pp 822 et s), ils soulignent qu'avant 1970, la puissance paternelle est considérée comme un effet du mariage. Conséquemment, elle n'est pas applicable aux enfants nés hors mariage. Le parent naturel peut uniquement être tenu de payer des aliments si l'enfant les lui réclame. Voir les articles 165 et 240 CcBC.

76. Arts 240–240b et 245a CcBC; *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, LQ 1970, c 62.

77. Arts 243 et 113 CcBC; Pierre Verge, « La puissance paternelle » (1958) 3:6 C de D 143 à la p 147; Jean Pineau, *La famille*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1972, aux pp 190–191; Alain Roy, « Survol historique du droit de la famille québécois » (2017) 119 R du N 425 à la p 459 [Roy, « Survol historique »].

78. Pineau, *supra* note 77 à la p 193.

79. Art 245 CcBC.

80. Stevenson, *supra* note 7.

81. Art 1259 CcBC.

aucune limite dans la manière d'exercer ces charges et l'État n'intervient pas légalement au sein des familles, à l'exception des mesures requises en raison du droit criminel et pénal. Il faut d'ailleurs attendre jusqu'en 1950 avant qu'une première loi en matière de protection de la jeunesse fasse son apparition⁸². Il en résulte que, du point de vue législatif, la volonté du père dans l'exercice de la puissance paternelle a le potentiel d'être très grande.

Puisque le droit d'exercer la puissance paternelle est réservé au père, qu'il lui est interdit de s'en départir et que le droit emploie le terme « puissance », Albert Mayrand affirme que cette institution dénote une « tendance à l'absolutisme »⁸³. Cependant, elle n'est pas absolue. Dès le début du XX^e siècle, la volonté du père, qui détient le droit d'exercer la puissance paternelle, est assujettie au contrôle des tribunaux par l'entremise de l'intérêt de l'enfant⁸⁴. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada influence grandement l'évolution de la puissance paternelle en droit québécois, en permettant de la concevoir à l'aide de la notion d'intérêt de l'enfant⁸⁵.

L'évolution de l'institution est aussi influencée par les avancées législatives en matière de protection des droits de la personne, puisque depuis les années 1920, on observe une montée de la protection des droits de l'enfant et de la philosophie des droits de l'homme à l'échelle internationale. Entre 1924 et 1966, la communauté internationale adopte plusieurs déclarations relatives aux droits de l'enfant et aux droits de l'homme⁸⁶ et, selon des auteurs, la progression des droits de

82. *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse*, SQ 1950, c 11. Pour de plus amples détails sur l'historique des lois relatives à la protection de la jeunesse, voir Gouvernement du Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux, *Manuel de référence sur la protection de la jeunesse*, Québec, 2010 aux pp 255 et s.

83. Mayrand, *supra* note 67.

84. Alain Roy, « L'intérêt de l'enfant » dans Benoît Moore, dir, *Les classiques du droit civil. Les grandes notions*, Montréal, Thémis, 2015, 245; Roy, « Survol historique », *supra* note 77 à la p 460.

85. Mayrand, *supra* note 67. Pour de plus amples détails au sujet de l'émergence de la notion d'intérêt de l'enfant, voir aussi Deleury, Rivet et Neault, *supra* note 72, et Verge, *supra* note 77.

86. *Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant*, LNOJ, suppl, spéc n° 23 (26 septembre 1924), [Déclaration de 1924]; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés 217 A (III), Doc Off. AGNU, 3^e sess, suppl n° 13, p 17, Doc NU A/810 (10 décembre 1948); *Déclaration universelle des droits de l'enfant*, Rés 1386 (XIV), Doc Off AGNU, 14^e sess, suppl n° 16, Doc NU A/4354 (20 novembre 1959) [Déclaration de 1959]; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (16 décembre 1966); *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 RTNU 3 (16 décembre 1966).

l'homme en droit international n'est pas étrangère au changement d'attitude envers l'enfant et aux avancées législatives en matière de droits de l'enfant⁸⁷.

B. La volonté sous le régime de l'autorité parentale

Lorsque vient le temps de réformer la puissance paternelle — pour éventuellement adopter la nouvelle institution de l'autorité parentale —, les modifications proposées par le Comité du droit des personnes et de la famille⁸⁸ reposent sur deux grands piliers : l'égalité homme-femme et la protection de l'enfant. Premièrement, la réforme vise à reconnaître l'égalité entre les père et mère⁸⁹. Le Comité prend cependant le soin de préciser que cela ne constitue pas un affaiblissement de la puissance paternelle ou de l'autorité parentale, mais bien un renouvellement de l'institution⁹⁰. Deuxièmement, la réforme vise à promouvoir la nouvelle finalité de l'autorité parentale, soit de s'assurer que les père et mère s'acquittent de leurs devoirs envers leurs enfants⁹¹. Elle vise donc à promouvoir la protection de l'enfant et, aux dires du professeur Groffier-Atala, à « améliorer la condition des enfants »⁹². Pour le Comité, la logique de la puissance paternelle semble davantage orientée vers l'attribution de droits aux parents et de devoirs à l'enfant. La *Déclaration universelle des droits de l'enfant*⁹³ teinte alors l'esprit des modifications à ce chapitre⁹⁴. Comme le Comité considère que « l'autorité parentale constitue la protection naturelle de l'enfant », les droits de l'enfant doivent donc être conceptualisés conformément à l'esprit de cette Déclaration. Toujours pour le Comité, l'objectif de la réforme est de faire « basculer le système du côté de la protection »⁹⁵.

87. Alain Renaut, *La libération des enfants*, Paris, Hachette Littératures, 2002 à la p 380; Dominique Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, Presses universitaires de France, 2002 à la p 3; Françoise Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, 10^e éd, Paris, Que sais-je?, 2018 à la p 5.

88. Office de révision du Code civil du Québec, *Rapport sur la famille*, 2^e partie, Montréal, 1975.

89. *Ibid* à la p 34.

90. *Ibid*.

91. *Ibid*.

92. Ethel Groffier Atala, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale » (1977) 8:2 RGD 223 à la p 234.

93. Déclaration de 1959, *supra* note 86.

94. Office de révision du Code civil du Québec, *supra* note 88 à la p 6.

95. *Ibid* aux pp 2 et 34.

À la suite de ces recommandations, la puissance paternelle cède officiellement le pas à l'autorité parentale en 1977⁹⁶. Conséquemment, des règles sont mises en place afin de circonscrire le pouvoir des parents sur leurs enfants et bon nombre d'entre elles trouvent encore application aujourd'hui. Toutefois, la plus grande avancée est sans contredit l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les père et mère de l'enfant⁹⁷. Le législateur dote aussi les parents d'un mandat présumé entre eux à l'égard des tiers de bonne foi⁹⁸. Il modifie également le libellé des dispositions en remplaçant le terme « père » par « titulaire de l'autorité parentale », mettant ainsi fin au caractère quasi exclusif de l'institution en faveur du père.

Quant à la possibilité de déléguer l'exercice de certains attributs de l'autorité parentale, il n'est plus limité au droit de correction⁹⁹. Le législateur assouplit les règles en permettant désormais aux titulaires de l'autorité parentale de déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant sur une base révocable¹⁰⁰.

Les nouvelles dispositions relatives à l'autorité parentale permettent aussi aux titulaires de saisir le tribunal en cas de désaccord entre eux¹⁰¹. Une autre grande nouveauté de la réforme de 1977 consiste en l'introduction de la déchéance de l'autorité parentale¹⁰². Celle-ci implique d'ailleurs un changement de conception en droit civil puisqu'auparavant, la puissance paternelle était plutôt perçue comme « un droit public nécessaire à l'ordre établi »¹⁰³. Certes, il était autrefois possible pour les tribunaux d'intervenir afin de contrôler l'action parentale en appliquant les lois visant la protection de l'enfant ou de retirer l'exercice de certains attributs de la puissance paternelle, mais en aucun cas,

96. *Loi modifiant le Code civil*, LQ 1977, c 72, art 5.

97. Art 244 CcBC. Aujourd'hui, ce principe est prévu à l'article 600, al 1 CcQ.

98. Art 245c CcBC.

99. Jusqu'en 1977, le seul attribut de la puissance paternelle qui pouvait faire l'objet d'une délégation était le droit de correction. Voir l'article 245 CcBC, qui était en vigueur avant la réforme de 1977.

100. Art 245a CcBC. Aujourd'hui, la délégation dite *partielle* de l'autorité parentale est prévue à l'article 601 CcQ et elle permet aux titulaires de l'autorité parentale de déléguer l'exercice de leurs attributs sur une base spéciale, temporaire et révocable.

101. Art 245d CcBC. Aujourd'hui, la possibilité pour les titulaires de l'autorité parentale de saisir le tribunal afin de régler les difficultés relatives à son exercice est prévue à l'article 604 CcQ.

102. Art 245e CcBC. Aujourd'hui, la déchéance de l'autorité parentale est prévue à l'article 606 CcQ.

103. Trudel et Desrosiers De Lanaudze, *supra* note 66 à la p 203.

un magistrat n'avait le pouvoir de priver un père de son droit de jouir de la puissance paternelle¹⁰⁴.

Du point de vue de la volonté parentale, l'avènement de l'autorité parentale a pour effet d'accorder une place plus importante à la volonté des mères qui, auparavant, étaient privées du droit d'exercice de la puissance paternelle. De plus, les deux parents sont plus libres d'aménager des aspects de leurs charges parentales puisque le droit leur permet désormais de déléguer l'exercice de certains attributs. Toutefois, le pouvoir parental se trouve aussi davantage limité par l'introduction de la déchéance de l'autorité parentale ou encore par la possibilité pour les père et mère de saisir le tribunal en cas de désaccord entre eux. Tous les membres de la famille se trouvent alors touchés par les changements législatifs entrepris par la réforme de 1977. Le père de famille voit sa marge de manœuvre décisionnelle réduite, les femmes acquièrent le droit d'exercer officiellement leurs charges parentales et les enfants sont désormais mieux protégés par le droit civil.

Bien que la majeure partie de la réforme ait eu lieu en 1977, on ne saurait passer sous silence l'adoption de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*¹⁰⁵ en 1989, qui consacre la reconnaissance de l'enfant à titre de sujet de droit. Cette reconnaissance de l'enfant comme un sujet de droit, et non plus comme un objet de droit, signifie que l'adulte consent à entrer en relation avec lui et, dans la mesure où l'on envisage une relation entre eux, il devient impératif de se départir d'une institution qui repose sur un lien de subordination¹⁰⁶. Ce changement dans la manière d'appréhender l'enfant implique alors une conception de l'autorité parentale qui est encadrée juridiquement de manière à s'assurer que les droits et obligations qui en découlent soient exercés dans l'intérêt de l'enfant et dans l'objectif ultime de le protéger. L'enfant n'étant certainement pas en mesure d'interagir de manière égalitaire dans sa relation avec ses parents, le droit impose des mesures afin d'y remédier.

104. Office de révision du Code civil du Québec, *supra* note 88 à la p 50; Pineau, *supra* note 77 à la p 196.

105. *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* (CIDE), Doc off NU A/RES/44/25 (20 novembre 1989).

106. Pour mieux illustrer notre propos, nous faisons nôtres les propos du philosophe Alain Renault : « Dans la mesure où l'idée de sujet correspond, non à la valeur (individualiste) de l'indépendance, mais à celle (humaniste) de l'autonomie, elle inclut en elle, par définition, le rapport à l'autre ». Voir Renault, *supra* note 87 à la p 71.

L'évolution du droit de l'autorité parentale en droit civil québécois laisse entrevoir que le changement d'objectif derrière cette institution engendre un recul de la prépondérance accordée à la volonté des parents dès lors que l'on accepte qu'elle soit d'abord et avant tout un mécanisme de protection de l'enfant. L'institution de l'autorité parentale a donc subi un changement de paradigme. Partant d'une conception axée sur le droit des parents — et plus particulièrement sur celui du père —, l'autorité parentale s'inscrit désormais dans une perspective de protection de l'enfant.

Ainsi, contrairement aux règles entourant la puissance paternelle dans le *Code civil du Bas Canada*, qui étaient plutôt laconiques, celles qui régissent l'autorité parentale dans le *Code civil du Québec* ont le mérite d'être plus explicites quant à son contenu obligationnel et à ses mesures de contrôle¹⁰⁷. Cependant, il ne faut pas oublier que l'autorité parentale est avant tout d'ordre public puisqu'elle échappe — en principe — à la volonté de ses titulaires et que ceux-ci ne peuvent s'y soustraire ou y déroger sur une base permanente, conventionnelle et irrévocable¹⁰⁸. En d'autres termes, l'autorité parentale est — et a toujours été — considérée comme une institution indisponible. La seule exception à ce principe est la possibilité pour le parent d'effectuer une délégation conventionnelle¹⁰⁹ ou judiciaire¹¹⁰, sous réserve de l'observance des conditions prévues par la loi ou développées par la jurisprudence. De plus, malgré toute la marge de manœuvre que le Code civil accorde aux parents d'un enfant quant à l'aménagement de leurs charges parentales, l'autorité parentale n'est pas absolue puisqu'elle demeure constamment limitée par l'exigence de prendre les décisions dans l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits¹¹¹ de même que par le contrôle étatique¹¹². Certaines situations requièrent même que

107. Les droits et devoirs des titulaires de l'autorité parentale, de même que les mesures de contrôle de son exercice, sont clairement établis aux articles 597 et suivants du *Code civil du Québec*. De plus, les titulaires de l'autorité parentale peuvent faire l'objet d'une intervention de la Direction de la protection de la jeunesse si elle conclut que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis. Voir *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c P-34.1, art 38 [LPJ].

108. *Stevenson*, *supra* note 7 à la p 535; *Droit de la famille* — 3444, *supra* note 6; Pineau et Pratte, *supra* note 7 à la p 823.

109. Art 601 CcQ. Il s'agit de la délégation partielle de l'autorité parentale. Notons aussi qu'il est possible pour les parents de désigner à l'avance la personne qui sera tuteur à l'enfant s'ils décèdent ou deviennent inaptes. Voir arts 200 et s CcQ.

110. Arts 199.1 et s CcQ. Il s'agit de la tutelle supplétive.

111. Art 33 CcQ.

112. Par contrôle étatique, nous entendons le contrôle par les tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'une demande en matière familiale de même que les situations qui donnent ouverture à une

les titulaires de l'autorité parentale fassent l'objet d'une déchéance ou d'un retrait de certains de leurs attributs lorsque des motifs graves et l'intérêt de l'enfant le justifient¹¹³.

Il appert donc que les notions de *volonté* et d'*autorité parentale* ne sont pas nécessairement étrangères l'une à l'autre. Seulement, ces notions posent le défi du maintien d'un équilibre fort délicat entre l'autonomie décisionnelle accordée aux parents et la protection de l'enfant. Ainsi, la volonté des titulaires est limitée et encadrée afin d'assurer la protection de l'enfant et, encore aujourd'hui, le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale constitue une des principales limites à ce sujet.

III. LES FONDEMENTS THÉORIQUES DU PRINCIPE DE L'INDISPONIBILITÉ DE L'AUTORITÉ PARENTALE ET L'EXEMPLE DU DROIT DE L'ADOPTION

Le contexte social et juridique du Québec permet de répertorier les fondements de l'indisponibilité de l'autorité parentale (A), alors que le droit de l'adoption permet d'observer la réception juridique et l'évolution de ce principe phare du droit de la famille au cours du XX^e siècle (B).

A. Les fondements de l'indisponibilité de l'autorité parentale

Le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale en droit québécois provient principalement de deux sources : la religion (1) et le droit (2).

1. Les fondements religieux

Bien que théoriquement, l'État soit laïque depuis 1852, l'Église occupe une place prédominante, voire une mainmise, dans la société québécoise par le biais de plusieurs secteurs tels que l'état civil et l'éducation. L'Église dispose d'importantes ressources financières et

intervention de la Direction de la protection de la jeunesse lorsque la sécurité ou le développement de l'enfant sont compromis. Voir art 38 *LPJ*.

113. Art 606 *CcQ*.

représente même une puissance politique dans la Belle Province¹¹⁴. Ainsi, l'Église catholique a longtemps été à l'avant-plan de la société québécoise en plus d'exercer une influence sur le droit privé :

Lorsque le Code fut promulgué en 1866, il était le reflet de la société québécoise de l'époque, société très traditionnelle, profondément catholique, de type essentiellement rural. Le mode de vie des habitants du Bas Canada de l'époque était indissociablement lié au modèle de vie proposé par l'Église catholique. Il n'est donc pas étonnant que religion et droit aient existé en symbiose et que la règle juridique ait été fortement influencée par la règle religieuse.¹¹⁵

Pour le professeur Baudouin¹¹⁶, cette influence s'illustre de deux manières. D'abord de façon directe, puisque certaines règles du droit civil reprennent celles du droit canon, notamment dans le droit du mariage et le droit qui régit les actes de l'état civil. Par exemple, l'exigence de se marier devant les autorités religieuses et l'absence de mariage civil constituent un premier pas démontant que les règles de l'époque relatives au mariage sont directement reprises du droit canon. Un autre indice, toujours selon le professeur Baudouin, permettant de croire à une influence directe du droit canon est l'impossibilité de divorcer puisque le mariage ne peut être dissous que par la mort. Cela laisse croire que le mariage, aux yeux du droit comme à ceux de la religion, est avant tout un sacrement. Ensuite, l'Église influence le droit québécois de manière indirecte puisque la rédaction de plusieurs règles est influencée par des idées qui relèvent originellement du droit canon, bien qu'elles paraissent autonomes à première vue. À titre d'exemple, certains grands principes du droit des obligations sont influencés indirectement par la morale religieuse¹¹⁷.

114. Chantal Collard, « Enfants de Dieu, enfants du péché : anthropologie des crèches québécoises de 1900 à 1960 » (1988) 12:2 *Anthropologie et Sociétés* 97 à la p 99.

115. Jean-Louis Baudouin, « L'influence religieuse sur le droit civil du Québec » (1984) 15:3 *RGD* 563 à la p 565.

116. *Ibid.*

117. À ce sujet, le professeur Baudouin, *supra* note 115 à la p 568, exprime ce qui suit : Dans le droit des obligations, pour ne citer que cet exemple, la plupart des grands principes codifiés tirent leur origine du droit canon et donc des règles de morale religieuse face aux actes ou aux faits juridiques. On peut songer, entre autres, à la règle selon laquelle le contrat doit être conclu et exécuté de bonne foi. Il en est de même du principe selon lequel la volonté humaine de conclure un engagement n'a pas, contrairement à ce qui existait en droit romain, à être coulée dans un formalisme contraignant. La foi jurée, le serment, la parole donnée suffisent à créer un lien d'obligation contractuelle sans qu'il

Plus particulièrement au regard des familles, la professeure Chantal Collard soutient que l'Église jouit d'une grande autorité morale au sein du Canada francophone et que cette institution n'est pas du tout favorable à l'adoption de lois qui concernent la famille. L'Église considère que la famille est le pilier de la société et elle est réticente à l'intervention étatique dans le domaine social pour plusieurs raisons. L'une d'entre elles est que les lois dans ce domaine « [...] diminue[nt] à leurs yeux les fonctions de la cellule familiale et donc sa force »¹¹⁸.

L'influence exercée autrefois par l'Église catholique au Québec fournit ainsi une justification quant aux origines du principe de l'indisponibilité de la puissance paternelle. À l'époque, on considère que celle-ci est conférée au père de famille par Dieu et que le père ne peut donner son enfant parce qu'il est considéré comme un « don de Dieu »¹¹⁹. Ainsi, il n'est pas possible pour les parents de se départir de la puissance paternelle sans porter atteinte à l'ordre naturel des choses et le législateur n'est pas autorisé à adopter des lois qui ont pour effet d'affaiblir cette institution¹²⁰. D'ailleurs, deux auteurs remarquent que les autorités ecclésiastiques interviennent à plusieurs reprises auprès des différents gouvernements afin de faire reculer des réformes législatives qui, estiment-elles, ont pour effet d'affaiblir cette institution. Par exemple, les pressions exercées par le clergé catholique ont eu une influence sur le droit de l'adoption, comme nous le verrons ci-dessous, de même que sur la *Loi concernant la protection de l'enfance*¹²¹, adoptée en 1944. En effet, la première loi sur la protection de la jeunesse est abolie à la suite des pressions exercées par l'Église qui souhaitait faire respecter l'institution de la puissance paternelle¹²².

L'hypothèse selon laquelle les dispositions relatives à la puissance paternelle, à l'instar des règles relatives au mariage, ont subi une influence directe du droit canon peut ainsi être posée.

soit besoin de formaliser l'entente. Le juge donnera effet à l'entente lors même qu'un acte formel la constatant n'aura pas été dressé [...]. (référence omise).

118. Collard, *supra* note 114 à la p 100.

119. *Ibid* à la p 118.

120. Dominique Goubau et Claire O'Neill, « L'adoption, l'Église et l'État : les origines tumultueuses d'une institution légale » (1997) 38:4 C de D 769 à la p 790.

121. *Loi concernant la protection de l'enfance*, SQ 1944, c 33.

122. Pour plus de détails, voir Goubau et O'Neill, *supra* note 120.

2. Les fondements juridiques

Conséquemment aux enseignements religieux de l'époque, la puissance paternelle est une institution indisponible en droit. Les origines juridiques de ce principe peuvent être retracées en 1925, lorsque la Cour suprême du Canada affirme que ses titulaires ne peuvent pas se départir conventionnellement de leurs charges parentales. Les faits de l'affaire *Stevenson c Florant*¹²³ sont relativement simples. La mère donne naissance à une fille alors que son mari est décédé. Elle est dans un état de pauvreté trop important pour s'occuper adéquatement de l'enfant. Il est donc convenu que celle-ci soit confiée à ses grands-parents paternels. Un tuteur est nommé à l'enfant et la mère renonce à cette charge en faveur du grand-père paternel. Des contacts occasionnels entre la mère et l'enfant sont tout de même maintenus. Après quelques années, la mère est à nouveau en mesure de subvenir à ses besoins et de mettre en place des conditions lui permettant de s'occuper de sa fille. Elle souhaite dès lors en obtenir la garde et demande à la Cour d'émettre un bref d'*habeas corpus*¹²⁴. Les grands-parents de la jeune fille s'opposent à ce que l'enfant soit confiée à sa mère et ils s'appuient notamment sur le fait que cette dernière a renoncé à sa charge de tutrice et que, ce faisant, il s'agit d'une renonciation irrévocable. L'honorable juge Rinfret conclut que les droits qui découlent de la puissance paternelle ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une telle convention par ses titulaires et qu'«[i]l n'est pas en leur pouvoir de s'en départir eux-mêmes». Une telle renonciation est considérée comme étant nulle et sans effet¹²⁵.

Il faut aussi savoir qu'à l'époque, l'indisponibilité de la puissance paternelle est codifiée puisque la loi interdit formellement aux époux de déroger aux droits qui découlent de la puissance paternelle¹²⁶ alors qu'aujourd'hui, cette interdiction expresse de déroger aux règles de l'autorité parentale n'est pas reprise sous le titre « De l'autorité parentale » dans le *Code civil du Québec*. Toutefois, une règle similaire existe toujours sous le titre « Du mariage », puisque l'exercice de l'autorité

123. *Stevenson*, *supra* note 7.

124. Le bref d'*habeas corpus* est utilisé afin de faire déclarer qu'une personne est illégalement privée de sa liberté. Voir Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, *sub verbo* « *Habeas corpus* » à la p 295.

125. *Stevenson*, *supra* note 7 à la p 535.

126. Art 1259 CcBC.

parentale et les tâches qui lui sont afférentes font partie des droits et devoirs des époux¹²⁷, lesquels ne peuvent y déroger¹²⁸.

Près d'un siècle s'est écoulé depuis l'arrêt *Stevenson c Florant*¹²⁹ et l'indisponibilité de l'autorité parentale demeure, encore à ce jour, un principe fondamental qui est admis tant par la doctrine¹³⁰ que par les tribunaux¹³¹. Plus précisément, elle réfère au principe selon lequel l'autorité parentale ne peut faire l'objet d'une cession ou d'une renonciation conventionnelle de la part de ses titulaires en raison de son caractère d'ordre public¹³². En d'autres termes, l'autorité parentale est « hors commerce » puisque ses titulaires ne peuvent tout simplement pas transiger à son sujet. À cet effet, la Cour d'appel a déjà affirmé qu'un parent ne peut pas déléguer volontairement son autorité parentale sur une base permanente et irrévocable, puisqu'il s'agit d'un contournement des dispositions d'ordre public qui sont établies pour assurer la protection et l'intérêt de l'enfant¹³³. Toutefois, dès 1999, le professeur Pineau souligne déjà que ce principe a tendance à s'atténuer, surtout lorsqu'une séparation survient entre les parents de l'enfant, puisqu'ils doivent s'entendre quant aux modalités d'exercice de différents attributs de l'autorité parentale tels que la garde et l'entretien de l'enfant¹³⁴.

Afin de comprendre l'évolution de l'indisponibilité de l'autorité parentale, il est aussi possible de se tourner vers l'évolution du droit de l'adoption. En effet, l'inapplicabilité de la puissance paternelle aux enfants nés hors mariage et l'attitude du droit à l'égard de la famille naturelle permettaient à ces enfants d'être adoptés plus facilement, alors qu'inversement, l'attachement du droit à la famille légitime a

127. Art 394 CcQ.

128. Art 391 CcQ.

129. *Stevenson*, *supra* note 7.

130. Mireille Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005 à la p 302; Pineau et Pratte, *supra* note 7 au para 508; Tétrault, *supra* note 24 à la p 895; Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013 au para 105.

131. Récemment, dans sa décision *Droit de la famille — 191677*, 2019 QCCA 1386 (au para 20), la Cour d'appel, sous la plume du juge Kasirer, a réitéré le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale.

132. Pineau et Pratte, *supra* note 7 au para 508; Maryline Bruggeman, « Conventions de rupture et parenté » (2008) 49:4 C de D 589 à la p 591; Comité consultatif sur le droit de la famille, *supra* note 3 à la p 303.

133. *Droit de la famille — 3444*, *supra* note 6 au para 30.

134. Jean Pineau, « L'ordre public dans les relations de famille » (1999) 40:2 C de D 323 à la p 343.

compliqué l'accès à l'adoption des enfants nés de parents mariés. De plus, puisque la tutelle supplétive est présentée comme une solution de rechange à l'adoption, il peut être opportun d'analyser la réception des règles relatives à l'adoption au début du siècle dernier dans un but comparatif.

B. L'exemple de l'évolution du droit de l'adoption

Afin d'alimenter la réflexion quant à l'évolution des règles relatives à l'indisponibilité de l'autorité parentale au courant du XX^e siècle, l'analyse est effectuée à l'aune du droit de l'adoption, puisque celle-ci représente ni plus ni moins un mécanisme de délégation permanente de l'autorité parentale. En effet, les principales caractéristiques de l'adoption sont la rupture totale et définitive du lien de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine¹³⁵ et l'établissement d'un nouveau lien de filiation entre l'enfant et l'adoptant¹³⁶. Par l'effet de la loi, les parents d'un enfant sont automatiquement titulaires de l'autorité parentale¹³⁷. Alors, une personne qui consent à faire adopter son enfant consent aussi, par le fait même, à se départir volontairement de sa charge de titulaire de l'autorité parentale de manière permanente et irrévocable¹³⁸.

Cependant, la trajectoire législative du droit de l'adoption se révèle bien différente, voire aux antipodes de celle observée relativement à l'autorité parentale. Le droit québécois de l'adoption a fait l'objet de plusieurs controverses et volte-face avant d'aboutir au régime légal qui prévaut aujourd'hui, passant d'une institution limitant la volonté des parents à une institution largement acceptée et nettement plus volontaire qu'au début du dernier siècle. Le droit de l'adoption nous permet ainsi de démontrer qu'il est possible, pour le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale, d'évoluer et de s'adapter au fil des époques. Afin d'explicitier notre propos, nous reprenons l'évolution législative du droit de l'adoption du début du XX^e siècle jusqu'à aujourd'hui¹³⁹.

135. Art 577, al 3 CcQ.

136. Arts 577, al 1 et 578 CcQ.

137. Arts 192 et 598 CcQ; *Droit de la famille — 07528*, *supra* note 63 au para 54; *Droit de la famille — 18454*, *supra* note 47 au para 25; Tétrault, *supra* note 24 aux pp 894–895.

138. Dans la mesure où il n'y a pas de rétractation du consentement à l'adoption dans les 30 jours (art 557 CcQ).

139. Le présent texte n'abordera pas en détail toutes les règles relatives à l'adoption et leur évolution législative. Le but ici est de présenter les principaux éléments de l'évolution du droit de l'adoption et les critiques qui ont été formulées à l'époque. Pour de plus amples détails à ce sujet, voir Lavallée et Ouellette, *supra* note 8.

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi concernant l'adoption* en 1924, aucune institution légale n'encadre cette pratique au Québec. On a recours à l'« adoption de fait », qui consiste en la prise en charge informelle d'un enfant orphelin par des membres de sa propre famille, par une autre famille, par des membres de la communauté ou encore par les institutions religieuses¹⁴⁰. Toutefois, les crèches, qui sont sous la responsabilité des autorités religieuses, sont surpeuplées et il est nécessaire de mettre en place une adoption légale afin de « faciliter le recrutement des parents d'adoption »¹⁴¹. Ce phénomène de surpopulation dans les crèches, jumelé à l'émergence du souci de la protection de l'enfant aux échelles nationale et internationale — notamment depuis l'adoption de la Déclaration de 1924 concernant les droits de l'enfant —, facilite l'avènement de la *Loi concernant l'adoption*¹⁴².

Lorsqu'elle est initialement adoptée, la *Loi concernant l'adoption* ne fait aucune distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Son objectif est avant tout de protéger l'intérêt des enfants abandonnés¹⁴³. Tous les enfants peuvent faire l'objet d'un consentement parental à l'adoption ou être adoptés sans consentement¹⁴⁴ s'ils sont abandonnés ou si leurs parents n'ont pas assumé leurs besoins et leur entretien pendant deux ans¹⁴⁵. Les dispositions législatives encadrant l'adoption québécoise sont alors similaires à ce qui est en vigueur dans d'autres provinces canadiennes et aux États-Unis¹⁴⁶.

Cette loi est vivement critiquée par plusieurs auteurs, de même que par le clergé catholique, puisqu'elle permet l'adoption d'enfants légitimes, allant ainsi à l'encontre des principes de droit naturel qui confèrent la puissance paternelle au père¹⁴⁷. L'adoption, telle que conceptualisée par la *Loi concernant l'adoption* de 1924, représente ainsi un « danger social »¹⁴⁸. Plus précisément, on considère qu'admettre un

140. Goubau et O'Neill, *supra* note 120 à la p 774.

141. *Ibid* à la p 771; Françoise-Romaine Ouellette et Carmen Lavallée, « L'adoption légale comme révélateur de l'évolution de la famille au Québec » (2017) 73:1 Droit et cultures 49 à la p 53.

142. Goubau et O'Neill, *supra* note 120 à la p 784.

143. *Ibid* aux pp 773–774.

144. *Loi concernant l'adoption*, 14 Geo V, 1924, c 75, art 3.

145. *Ibid*, art 4.

146. Goubau et O'Neill, *supra* note 120 à la p 772.

147. Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p 28 [Lavallée, *L'enfant, ses familles*]; Ouellette et Lavallée, *supra* note 141 à la p 53.

148. Goubau et O'Neill, *supra* note 120 à la p 790.

enfant légitime à l'adoption par consentement transgresse l'interdiction qui est faite au père de se soustraire à ses obligations envers ses enfants. Plusieurs auteurs qui ont critiqué cette loi estiment qu'elle ne doit s'appliquer qu'aux enfants naturels et sans famille, évitant ainsi d'aller à l'encontre des règles de la puissance paternelle. On voit aussi d'un très mauvais œil l'adoption de l'enfant légitime par consentement et encore plus celle sans consentement parce qu'elle représente l'ingérence de l'État dans les familles¹⁴⁹. Le législateur n'étant pas en mesure de résister aux critiques adressées à la *Loi concernant l'adoption* de 1924, celle-ci fait l'objet d'une importante réforme dès l'année suivante afin de satisfaire aux demandes du clergé catholique¹⁵⁰. Cet aspect de l'évolution du droit de l'adoption fournit donc un exemple concret de l'influence que la religion peut avoir sur le droit et elle permet de renforcer l'hypothèse selon laquelle l'indisponibilité de l'autorité parentale est un principe juridique qui a subi une influence directe du droit canon.

Par la suite, la *Loi modifiant la Loi concernant l'adoption*¹⁵¹, adoptée en 1925, laisse quasi intactes les conditions d'admissibilité à l'adoption des enfants naturels¹⁵², mais restreint considérablement les possibilités d'adoption pour les enfants légitimes¹⁵³. L'accès à l'adoption pour ces derniers est maintenu, mais sous des conditions strictes et très limitées¹⁵⁴. Selon certains auteurs, l'accès à l'adoption pour les enfants légitimes s'en trouve considérablement restreint¹⁵⁵.

149. *Ibid* aux pp 772–773, 790–791.

150. *Ibid* à la p 796; Lavallée, *L'enfant, ses familles*, *supra* note 147 à la p 28; Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 à la p 16; Carmen Lavallée, «L'adoption québécoise : une oscillation perpétuelle entre la continuité et la rupture» dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2015, 331 à la p 339 [Lavallée, «L'adoption québécoise»].

151. *Loi modifiant la Loi concernant l'adoption*, 15 Geo V, 1925, c 75.

152. Elle précise cependant que le consentement à l'adoption doit être donné par le père de l'enfant ou, à défaut, par la mère. Si les parents sont inconnus, l'institution qui a recueilli l'enfant pourra donner le consentement à l'adoption. *Loi de l'adoption*, SR 1925, c 196, art 3(d) et (e) [*Loi de l'adoption de 1925*].

153. Pour les enfants nés de parents mariés, l'adoption est désormais limitée à ceux qui sont orphelins ou dont les père et mère sont « irrémédiablement privés de raison » et lorsqu'aucun ascendant de l'enfant n'est en mesure de le prendre en charge (art 1(d) de la *Loi de l'adoption de 1925*, *supra* note 152). Dans tous les cas, on peut passer outre à l'exigence d'un consentement parental lorsque l'enfant est abandonné ou si ses père et mère n'ont pas assumé les besoins et l'entretien de l'enfant pendant deux ans (*ibid*, art 4).

154. Lavallée, «L'adoption québécoise», *supra* note 150 à la p 339; Ouellette et Lavallée, *supra* note 141 à la p 53.

155. Goubau et O'Neill, *supra* note 120 à la p 796.

Le droit de l'adoption subit ensuite de nombreuses modifications supplémentaires, mais la philosophie qui se trouvait en filigrane dans la réforme de 1925 demeure inchangée¹⁵⁶. Selon plusieurs auteurs, l'objectif principal derrière le droit de l'adoption depuis cette réforme est de légitimer les enfants naturels¹⁵⁷. En effet, l'adoption permet de substituer au statut d'enfant naturel celui d'enfant légitime puisque l'adoption est permise aux époux seulement. On considère alors que l'intérêt d'un enfant naturel est d'intégrer une famille légitime de manière à effacer son statut initial¹⁵⁸. Cependant, les professeurs Lavallée et Ouellette font remarquer que « [j]usqu'à la fin des années 1960, l'adoption compense un traitement nettement discriminatoire de l'enfant naturel, sans lui permettre pour autant de concurrencer l'enfant légitime. Elle lui donne donc une famille, mais le garde à la marge de sa parenté adoptive »¹⁵⁹. Le droit de l'adoption québécois a donc longtemps maintenu un système à deux vitesses selon les circonstances de la naissance des enfants¹⁶⁰.

Considérée comme un « chef-d'œuvre d'imprécisions et d'ambiguïtés »¹⁶¹, la *Loi de l'adoption* fait l'objet d'une réforme majeure en 1969¹⁶². Les règles entourant l'adoption sont assouplies tout en maintenant certaines distinctions entre les enfants légitimes et les enfants naturels¹⁶³. Selon la professeure Deleury, cette distinction est justifiée par le besoin de préserver les droits de la famille légitime¹⁶⁴. Malgré tout, bien que l'adoption demeure fortement encadrée, la professeure Lavallée souligne à plusieurs reprises que la réforme de l'adoption en 1969 est davantage orientée vers la protection de

156. *Ibid* à la p 801.

157. Goubau et O'Neill, *supra* note 120; Lavallée, « L'adoption québécoise », *supra* note 150.

158. Lavallée, *ibid* à la p 340. Les recherches des professeurs Ouellette et Lavallée permettent d'ailleurs de mettre en lumière le fait que certains enfants naturels sont adoptés par leurs propres parents ou grands-parents, leur permettant ainsi d'être légitimés au sein de leur famille biologique. Voir Ouellette et Lavallée, *supra* note 141.

159. *Ibid* à la p 67. En fait, l'enfant naturel qui est adopté n'intègre jamais réellement sa famille adoptive puisque l'adoption ne crée que des liens entre l'adopté et l'adoptant. L'enfant adopté passe sous la puissance paternelle des adoptants, mais demeure à l'écart de sa famille élargie sur le plan légal (*ibid* à la p 54). Voir aussi Hervé Roch, *L'adoption dans la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1951 à la p 25, et Collard, *supra* note 114 à la p 108.

160. Lavallée, « L'adoption québécoise », *supra* note 150 à la p 339.

161. Édith Deleury-Bonnet, « La loi de l'adoption » (1969) 10:4 C de D 759 à la p 760.

162. *Loi de l'adoption*, LQ 1969, c 64.

163. Goubau et O'Neill, *supra* note 120 à la p 802.

164. Deleury-Bonnet, *supra* note 161 à la p 767.

l'enfant¹⁶⁵. On assiste alors tranquillement à un retour du balancier dans le droit de l'adoption, considérant que l'objectif initial de ce mécanisme était de servir l'intérêt de l'enfant en premier lieu.

Les règles relatives à l'adoption de l'enfant naturel demeurent relativement inchangées, mais la réforme de 1969 lui permet d'accéder à un statut d'enfant légitime à part entière¹⁶⁶. Quant à l'enfant légitime, il peut être adopté avec ou sans consentement parental, mais les conditions d'applications demeurent très restrictives¹⁶⁷.

C'est finalement avec la grande réforme du droit de la famille en 1980¹⁶⁸ que l'égalité formelle des enfants, sans égard aux circonstances de leur naissance, est consacrée en droit civil québécois¹⁶⁹. En raison de ce changement dans la manière d'appréhender les enfants, les règles relatives à l'adoption sont modifiées. Depuis cette réforme, tous les enfants peuvent être adoptés à la suite d'un consentement parental ou d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption¹⁷⁰, « s'affranchi[ssan]t ainsi de toute considération reliée au statut matrimonial des parents »¹⁷¹.

Cependant, la disparité qui a continuellement existé entre les enfants naturels et les enfants légitimes jusqu'à cette réforme implique des conséquences différentes relativement à l'évolution du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale. En effet, la consécration de l'accès à l'adoption pour tous les enfants ne touche pas nécessairement la place qui est accordée à la volonté individuelle des parents de l'enfant naturel puisqu'ils ont toujours été autorisés par le droit à donner un consentement à l'adoption. Les parents naturels pouvaient déjà consentir à l'adoption de leur enfant justement parce que la

165. Lavallée, *L'enfant, ses familles*, *supra* note 147 à la p 29; Lavallée, « L'adoption québécoise », *supra* note 150 à la p 346; Ouellette et Lavallée, *supra* note 141 à la p 58.

166. *Loi de l'adoption*, *supra* note 162, art 38; Ouellette et Lavallée, *supra* note 141 à la p 59.

167. L'enfant né de parents mariés peut faire l'objet d'un consentement à l'adoption en faveur de ses grands-parents ou du conjoint du père ou de la mère, dans certaines situations bien précises (*Loi de l'adoption*, *supra* note 162, art 7(b), (c) et (e)). Il peut toutefois être adopté sans consentement préalable s'il est orphelin et si aucun ascendant ne peut en assumer le soin, l'entretien et l'éducation (*ibid*, art 7) ou encore si ses père et mère, de même qu'aucun ascendant, n'ont pas assumé de fait l'entretien, le soin et l'éducation pendant un an. Dans cette dernière situation, le tribunal doit préalablement constater l'improbabilité de la reprise en charge de l'enfant (*ibid*, art 7(d)), ce qui n'est pas le cas pour l'enfant naturel.

168. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, *supra* note 1.

169. Art 594 CcQ (1980).

170. Art 596 CcQ (1980).

171. Goubau et O'Neill, *supra* note 120 à la p 802.

puissance paternelle et, par le fait même, son indisponibilité, ne s'appliquaient pas à eux. Le droit de l'adoption permet donc de renforcer la démonstration qu'initialement, la puissance paternelle ainsi que son indisponibilité ne s'appliquaient pas aux enfants naturels. Dès le moment où les familles naturelles sont soumises à l'institution de l'autorité parentale¹⁷², il y a un renforcement du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale puisque tous les enfants, sans exception, y sont dorénavant assujettis. Les parents des enfants nés hors mariage sont dès lors soumis aux règles juridiques qui encadrent et limitent leur capacité à exercer leurs responsabilités parentales comme ils le veulent. Dans le cas des enfants légitimes, l'évolution du droit de l'adoption se traduit plutôt par un assouplissement du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale puisqu'on autorise maintenant les parents à consentir volontairement à l'adoption de leur enfant, peu importe qu'il soit né en mariage ou hors mariage.

Aujourd'hui, particulièrement en matière d'adoption sur consentement¹⁷³, la volonté individuelle joue un rôle de premier plan, d'autant plus lorsqu'elle repose sur un consentement spécial. Dans ce cas, le parent d'origine n'a pas à fournir les motifs qui le poussent à consentir à l'adoption et il est autorisé à désigner nommément l'adoptant lorsque celui-ci fait partie des personnes autorisées par le législateur à bénéficier d'un tel consentement¹⁷⁴. Les seuls facteurs pouvant limiter la volonté du parent d'origine sont l'avis ou le consentement de l'enfant¹⁷⁵ ainsi que la phase de contrôle judiciaire, puisque cette dernière vise à officialiser l'adoption lorsque le tribunal s'est assuré que les conditions légales ont été respectées et que la mesure est conforme à l'intérêt de l'enfant¹⁷⁶. Dans le cas d'une adoption sur consentement général, cette liberté de choix n'est pas aussi présente puisque,

172. *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, *supra* note 76.

173. Nous excluons expressément de l'analyse l'adoption faisant suite à une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption, puisqu'il s'agit plutôt d'une « adoption forcée » alors que le présent article vise spécifiquement à étudier l'adoption volontaire.

174. Art 555 CcQ.

175. Arts 549–550 CcQ.

176. Art 543 CcQ. Il faut cependant reconnaître que l'adoption sur consentement spécial peut aussi entraîner des dérapages entre les membres d'une même famille et qu'au final, une adoption qualifiée de volontaire ne l'est peut-être pas toujours en raison des pressions qui peuvent être exercées sur le parent d'origine. Pour des histoires de cas en matière d'adoption sur consentement spécial, voir Lavallée et Ouellette, *supra* note 8 aux pp 111 et s.

contrairement à l'adoption sur consentement spécial, le parent ne peut pas désigner nommément l'adoptant¹⁷⁷.

Dans tous les cas, bien que l'adoption soit une institution fortement encadrée par le droit actuel¹⁷⁸, il n'en demeure pas moins qu'elle est accessible à tous, sans justification et sans aucune distinction quant à l'état matrimonial des parents ou aux circonstances de la naissance de l'enfant¹⁷⁹. De plus, depuis juin 2018, les parents d'un enfant peuvent même donner un consentement à l'adoption assortie d'une reconnaissance des liens préexistants de filiation¹⁸⁰ et conclure une entente visant à faciliter l'échange d'information ou les relations interpersonnelles entre l'enfant et sa famille d'origine¹⁸¹. Somme toute, les parents jouissent d'une marge de manœuvre décisionnelle assez large s'ils envisagent de consentir à l'adoption de leur enfant.

L'actuel régime québécois de l'adoption est une institution largement acceptée et nettement plus volontaire qu'au début du XX^e siècle. On ne semble plus remettre en question le droit des parents de consentir à l'adoption de leur enfant et, par le fait même, de se départir volontairement des charges de titulaire de l'autorité parentale et de tuteur légal de manière permanente et irrévocable. Il démontre aussi qu'il est possible pour une institution d'évoluer dans le temps en se détachant de certains principes qui étaient autrefois jugés fondamentaux. Autrement dit, l'indisponibilité de l'autorité parentale n'est pas un principe immuable et il est possible qu'il s'adapte au gré de l'évolution des mœurs au sein d'une société. Alors, pourquoi l'invoquer afin de critiquer l'arrivée de la tutelle supplétive en droit québécois?

177. Lorsque le parent donne un consentement général à l'adoption, l'enfant est remis au directeur de la protection de la jeunesse qui exerce dès lors la tutelle légale et l'autorité parentale (arts 199, al 2 et 556 CcQ).

178. Les règles qui encadrent le droit de l'adoption font l'objet d'un chapitre entier dans le *Code civil du Québec*, plus particulièrement aux articles 543 à 584.1.

179. Art 522 CcQ.

180. Art 544.1 CcQ.

181. Art 579 CcQ.

IV. LES CRITIQUES À L'ÉGARD DE LA TUTELLE SUPPLÉTIVE : UNE DÉMONSTRATION DE LA NÉCESSITÉ D'ADAPTER LE PRINCIPE DE L'INDISPONIBILITÉ PARENTALE

Autrefois, la puissance paternelle n'était pas autant encadrée qu'à l'heure actuelle avec les règles qui régissent l'autorité parentale. De plus, hormis la délégation partielle de l'autorité parentale, les mécanismes juridiques qui permettent aux parents d'aménager leurs charges, alors qu'ils sont vivants et aptes, sont conditionnels à l'approbation du tribunal qui doit s'être assuré que les conditions d'application sont remplies et que la mesure est conforme à l'intérêt de l'enfant¹⁸². Alors, pourquoi vouloir limiter *ab initio* les titulaires de l'autorité parentale lorsqu'ils se trouvent dans une impossibilité *de fait* d'exercer pleinement leurs charges, au nom du principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale? Pourquoi celui-ci ne sert-il plus d'argument aujourd'hui pour limiter la possibilité pour les parents de consentir à l'adoption de leur enfant, alors qu'on l'utilise encore pour critiquer les conditions d'application de la tutelle supplétive? Cette dernière représente pourtant une solution autre que l'adoption, une mesure moins drastique que celle-ci, puisqu'elle n'entraîne pas la rupture du lien de filiation entre l'enfant et le parent qui se trouve dans l'impossibilité de s'en occuper.

La première hypothèse pour répondre à cette question est que le droit relatif à l'autorité parentale ne s'est peut-être pas totalement affranchi des principes du droit canon (A). La deuxième piste de réponse réside dans la distinction essentielle entre les mécanismes qui concernent ultimement la filiation — le *devenir parent* — et ceux qui visent strictement l'autorité parentale — l'*être parent* (B). Une analyse comparative entre l'adoption et la tutelle supplétive permet d'appuyer ces deux hypothèses.

182. La délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale est totalement conventionnelle, dans la mesure où elle est spéciale, temporaire et révocable (art 601 CcQ, *Droit de la famille* — 3444, *supra* note 6 au para 29, et *Droit de la famille* — 09398, *supra* note 6 au para 25). L'adoption (arts 543 et 566 et s CcQ) et la tutelle supplétive (arts 33 et 199.2 CcQ) sont quant à elles soumises à l'autorisation du tribunal.

A. L'indisponibilité de l'autorité parentale : un reliquat du droit canon

Aujourd'hui, lorsque les tribunaux doivent se prononcer au sujet de questions relatives à l'autorité parentale, les arguments religieux ne semblent plus faire partie du paysage juridique. Les principales raisons invoquées au motif d'une limitation de la volonté des titulaires de l'autorité parentale sont la protection de l'enfant et de son intérêt. Le Code civil protège expressément l'intérêt de l'enfant en précisant que les décisions à son sujet doivent être prises dans le respect de ses droits et dans son intérêt¹⁸³, et les tribunaux renvoient à ce principe pour justifier que l'on restreigne la volonté des parents. Par exemple, dans l'affaire *Droit de la famille — 3444*¹⁸⁴, deux femmes décident d'avoir un enfant à l'aide d'un donneur de sperme anonyme. Seule celle qui donne naissance à l'enfant est inscrite sur le certificat de naissance de l'enfant¹⁸⁵, mais les deux femmes s'en occupent sur une base égalitaire et souhaitent que celle dont la filiation n'est pas établie avec l'enfant bénéficie d'une délégation-partage complète de l'autorité parentale. La Cour d'appel refuse de reconnaître un tel arrangement au motif que cela contreviendrait aux dispositions relatives à la tutelle et à l'adoption, qui sont d'ordre public, et ce, dans le but de protéger l'enfant et son intérêt. Aujourd'hui, la tutelle supplétive aurait le potentiel d'offrir une solution à cette situation particulière, mais il n'en demeure pas moins que, lorsque les tribunaux sont confrontés à des situations relatives à l'autorité parentale, la notion d'ordre public — qui réfère indirectement au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale — permet de mettre fin rapidement au débat sans même que ce principe soit remis en question.

Ainsi, bien que l'on réfère à l'ordre public, à l'intérêt de l'enfant ou à la nécessité de protéger ce dernier afin de justifier une limitation à la volonté des titulaires de l'autorité parentale, l'indisponibilité de l'autorité parentale demeure au cœur de ces justifications. Il a toutefois été démontré que celle-ci tire ses origines des principes du droit canon qui, autrefois, justifiaient que les parents de la famille légitime ne

183. Art 3 CcQ.

184. *Droit de la famille — 3444*, supra note 6.

185. La cause ayant été entendue en l'an 2000, rappelons que la réforme qui reconnaît la filiation homoparentale n'était pas encore adoptée. La *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation* (LQ 2002, c 6) est adoptée en 2002.

puissent pas se départir de leurs charges parentales sans contrevenir à l'ordre naturel établi par Dieu.

Certes, il y a eu un mouvement de sécularisation du droit privé à partir des années 1960, mais Jean-Louis Baudouin remarque tout de même que les « [...] règles de la morale chrétienne traditionnelle, dans la mesure où celles-ci se sont finalement "civilisées" et sécularisées, continue[nt] à former la base des grands principes du droit civil québécois »¹⁸⁶.

Ainsi, le droit relatif à l'autorité parentale, et plus spécifiquement en regard du principe de l'indisponibilité, s'est-il complètement affranchi du contrôle exercé autrefois par la religion catholique? Une analyse comparative des critiques adressées à la tutelle supplétive et à l'adoption permet de soulever une hypothèse.

Comme cela a été démontré précédemment, la tutelle supplétive n'a pas été accueillie sans heurt par certains juristes. Il est par ailleurs intéressant de noter qu'une des critiques dont la tutelle supplétive a été l'objet n'est pas sans rappeler, certes dans une moindre mesure, les critiques qui ont été formulées à l'égard de l'adoption au cours du XX^e siècle. La critique la plus fréquente repose sur le fait que l'autorité parentale et la tutelle sont des institutions traditionnellement indisponibles. Permettre aux parents de s'en départir volontairement constitue ainsi une atteinte à ce principe¹⁸⁷. Contrairement aux critiques qui visaient les premières lois de l'adoption, la critique à l'endroit de la tutelle supplétive ne repose pas explicitement sur des dictats religieux ou de droit canon, qui impliquent que l'autorité parentale est indisponible en raison du pouvoir qui est naturellement confié aux parents de l'enfant. Cependant, on soutient qu'il y a une atteinte à l'indisponibilité de l'autorité parentale et, donc, aux droits parentaux en soi, mais en mentionnant uniquement que la tutelle supplétive enfreint un principe juridique traditionnel, donc établi depuis longtemps, sans même se questionner sur les fondements de celui-ci.

Ultimement, les critiques adressées à la tutelle supplétive ne sont pas très différentes de celles qui visaient l'adoption autrefois, puisque c'est l'indisponibilité de la puissance paternelle, en raison du droit canon, qui limitait le droit des parents légitimes de consentir à l'adoption de l'enfant. Aujourd'hui, l'indisponibilité de l'autorité parentale

186. Baudouin, *supra* note 115 à la p 572.

187. Voir la partie I.B, ci-dessus, pour les principales critiques à l'endroit de la tutelle supplétive.

justifie, en partie, que l'on critique la tutelle supplétive lorsqu'elle résulte d'une impossibilité de fait. Il s'agit du même principe, mais les juristes ont cessé de le justifier à l'aide des préceptes d'ordre religieux. Une hypothèse peut être humblement soumise : l'indisponibilité de l'autorité parentale, telle qu'elle est conceptualisée aujourd'hui, constitue encore un principe de droit canon que personne n'a réellement remis en question et qui continue à justifier une limitation de certains mécanismes de délégation-partage de l'autorité parentale, tout comme elle justifiait qu'on limite l'accès à l'adoption au début du XX^e siècle.

B. Être parent et devenir parent : une distinction essentielle

Aujourd'hui, on ne semble plus remettre en question le bien-fondé de l'institution de l'adoption qui, rappelons-le, rompt définitivement le lien de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine¹⁸⁸ et, par le fait même, entraîne une délégation totale et définitive de la charge de titulaire de l'autorité parentale¹⁸⁹. De plus, les parents d'origine de l'enfant peuvent consentir volontairement à l'adoption à tout moment et sans justification. Alors que la tutelle supplétive entraîne des effets moins drastiques et demeure plus limitée que l'adoption, comment expliquer qu'elle fasse l'objet d'une telle critique à l'heure actuelle?

Avant de poursuivre, il importe de distinguer deux concepts. Puisque la filiation vise à établir un lien juridique entre le parent et l'enfant, elle concerne le *devenir parent*. Une fois la filiation établie, le parent détient la charge de titulaire de l'autorité parentale puisque celle-ci est un effet de la filiation¹⁹⁰. Dès lors, nous ne sommes plus dans l'action de *devenir parent*, mais bien dans celle d'*être parent*. Cette fine distinction entre ces deux concepts est importante puisqu'ils impliquent deux temporalités complètement différentes. Le *devenir parent* se déroule la plupart du temps préalablement à la naissance de l'enfant, alors que l'*être parent* débute lorsque l'enfant vient au monde.

Pour sa part, puisque l'adoption touche le lien de filiation de l'enfant, elle concerne le *devenir parent*. Au début du XX^e siècle, dans le droit de l'adoption, la volonté individuelle était limitée au nom des principes

188. Art 577.1 CcQ.

189. Arts 192, al 1, 569 et 578, al 1 CcQ.

190. *Droit de la famille* — 07528, *supra* note 63 au para 54; *Droit de la famille* — 18454, *supra* note 47 au para 25; Tétrault, *supra* note 24 aux pp 894–895.

moraux et religieux. On s'indignait que l'adoption par consentement puisse être permise pour les enfants légitimes. Le droit et la société se sont toutefois transformés dans les décennies suivantes de manière à laisser une ouverture en faveur de la volonté individuelle dans le droit de la filiation. Plus particulièrement, la volonté individuelle est l'un des piliers de la filiation depuis la dernière réforme de 1980¹⁹¹. L'honorable Benoît Moore, qui était professeur au moment de soumettre ces propos, souligne même que, depuis 2002, la volonté individuelle est devenue en quelque sorte la clé de voûte du droit de la filiation puisqu'on assiste depuis à une régression du rôle de l'État et du « caractère institutionnel de la filiation »¹⁹². Aujourd'hui, plus personne ne semble s'indigner qu'un enfant puisse faire l'objet d'un consentement parental à l'adoption, et la volonté individuelle est bien tolérée par le droit lorsqu'elle concerne le *devenir parent*.

C'est probablement en raison de la fine distinction entre le *devenir parent* et l'*être parent* que la coupure se crée entre la manière de concevoir l'adoption sur consentement et la tutelle supplétive.

La tutelle supplétive ne concerne pas le *devenir parent* puisqu'elle ne crée aucun lien de filiation entre l'enfant et le tuteur supplétif. Elle ne fait qu'opérer un transfert des charges de titulaire de l'autorité parentale et de la tutelle légale à la personne désignée à titre de tuteur. Elle s'inscrit plutôt à l'étape ultérieure en matière de parenté, soit celle de l'*être parent*, qui est rattachée aux règles de l'autorité parentale. Celle-ci a d'ailleurs énormément évolué au cours du XX^e siècle, de sorte que son objectif est dorénavant le respect des droits et de l'intérêt de l'enfant. Les limitations à la volonté individuelle dans ce domaine, qui ont été progressivement ajoutées au fil des réformes¹⁹³, visent ultimement à assurer l'atteinte de cet objectif. Le droit de l'autorité parentale, contrairement à celui de l'adoption, n'a donc pas évolué vers un assouplissement en faveur de la volonté individuelle et cela permet peut-être d'expliquer pourquoi quelques

191. Comité consultatif sur le droit de la famille, *supra* note 3 aux pp 205–206; *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, *supra* note 1.

192. Benoît Moore, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle » (2009) 54:2 RD McGill 257 à la p 270. Il faut souligner que l'an 2002 marque l'adoption de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, *supra* note 185. Dès lors, il est possible légalement pour les couples de même sexe d'avoir un enfant.

193. Nous pensons plus particulièrement aux règles de la déchéance de l'autorité parentale. Pour de plus amples détails sur l'évolution des règles au sujet de l'autorité parentale, voir la partie II, ci-dessus.

auteurs conçoivent mal que l'autorité parentale puisse jouer un rôle fondamental au sein de la tutelle supplétive.

Cependant, tout comme l'adoption, l'objectif principal de la tutelle supplétive est d'assurer la protection de l'enfant puisqu'elle permet aux parents de recourir à une solution juridique additionnelle, qui a le potentiel de répondre plus adéquatement à l'intérêt de l'enfant au regard de sa situation particulière. Par exemple, pour un beau-père qui souhaite jouer activement un rôle parental dans la vie de l'enfant de sa conjointe et dont le père est décédé, il est désormais possible de procéder à un partage des charges parentales à l'aide de la tutelle supplétive plutôt que de recourir à l'adoption, qui aurait pour ultime effet de rompre la filiation entre l'enfant et sa famille paternelle d'origine¹⁹⁴.

Les limitations de la volonté individuelle dans les règles concernant l'autorité parentale — et donc l'*être parent* — visent ultimement à protéger l'enfant. Quant à la volonté individuelle au sein de la tutelle supplétive, elle est largement encadrée par la loi et elle est subordonnée à un contrôle judiciaire ainsi qu'à l'intérêt de l'enfant¹⁹⁵. Cependant, l'indisponibilité de l'autorité parentale continue à justifier que l'on critique un mécanisme qui permet de protéger l'enfant et son intérêt, alors qu'il fera inévitablement l'objet d'un contrôle judiciaire afin de s'assurer que cet objectif soit respecté.

Il est aussi aisé de comprendre que le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale permet de s'assurer que celle-ci demeure « hors commerce » afin que les parents ne soient pas en mesure de transiger avec des tiers au sujet de l'enfant. Toutefois, est-ce justifié d'invoquer ce principe juridique traditionnel lorsqu'un mécanisme de délégation des charges parentales prévoit une phase de contrôle judiciaire? Cela n'a-t-il pas inutilement pour effet de limiter l'organisation des rapports familiaux et l'élaboration de solutions qui ont le potentiel de répondre à l'intérêt de l'enfant?

De plus, sachant que les fondements de l'autorité parentale ont cédé le pas à un objectif de protection des droits de l'enfant et de son intérêt, ne devrait-il pas en être de même quant aux fondements de son indisponibilité? Si nous poursuivons dans cette logique, l'indisponibilité de l'autorité parentale devrait alors être justifiée uniquement dans la mesure où cette restriction est établie dans l'intérêt de l'enfant.

194. Lavallée et Ouellette, *supra* note 8 à la p 28.

195. Arts 33 et 199.2 CcQ.

D'ailleurs, l'évolution du droit de l'adoption démontre qu'il est possible de se détacher de ce principe afin de permettre une meilleure protection de l'enfant.

L'étude de l'avènement de la tutelle supplétive et de sa réception en droit québécois démontre donc qu'il est impératif d'adapter le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale à l'objectif poursuivi par ce mécanisme, soit la protection de l'enfant. À défaut de repenser les fondements mêmes de ce concept afin de s'affranchir des principes du droit canon, la doctrine et les tribunaux sont condamnés à critiquer perpétuellement tout mécanisme qui touche la charge de titulaire de l'autorité parentale et qui accorde une place accrue à la volonté des parents.

CONCLUSION

Depuis la dernière réforme du droit de la famille en 1980¹⁹⁶, plusieurs groupes d'experts ont proposé des changements législatifs afin d'adapter le droit aux réalités familiales contemporaines, notamment en ce qui concerne le droit relatif à l'autorité parentale¹⁹⁷. Le législateur a finalement suivi quelques-unes de leurs recommandations et a adopté la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*¹⁹⁸ en juin 2017. Par le fait même, il a intégré la tutelle supplétive en droit civil québécois. Ces modifications peuvent laisser croire que le législateur accorde une place plus importante à la volonté individuelle des parents dans certaines situations, alors qu'historiquement, l'autorité parentale est une institution réputée indisponible. Cette nouveauté juridique et les critiques dont elle a fait l'objet ont alors fourni l'occasion de se questionner sur l'évolution de l'autorité parentale en droit civil québécois, ainsi que sur les fondements théoriques qui sous-tendent les réticences exprimées.

Historiquement, les règles relatives à l'autorité parentale et à son indisponibilité sont d'abord fondées sur des principes issus de la religion catholique. Elles sont ensuite reprises par le droit qui, lui-même,

196. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, *supra* note 1.

197. Groupe de travail sur l'adoption, *supra* note 8; Comité consultatif sur le droit de la famille, *supra* note 3.

198. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, *supra* note 16.

est largement influencé par la religion. Bien que la majorité des règles relatives à l'autorité parentale aient évolué de manière à traduire un objectif de protection de l'enfant, les propos de certains auteurs permettent de constater qu'ultimement, le droit ne s'est pas totalement affranchi des mœurs religieuses qui constituaient jadis les piliers du droit de la famille et justifiaient l'indisponibilité de l'autorité parentale. En droit, on semble pourtant référer à ce principe pour justifier une limitation à la volonté des parents, mais sans remettre en question ses fondements mêmes.

Toutefois, comme le faisait remarquer le doyen Carbonnier, bien que l'autorité parentale soit indisponible, la loi crée des « exceptions "purement" apparentes », qui « supposent toutes que la volonté des parties vienne s'insérer dans un jugement, de sorte que, si l'autorité parentale se trouve modifiée, c'est au fond par un acte de l'autorité publique »¹⁹⁹ et non pas en raison de la volonté de ses titulaires.

Ainsi, la tutelle supplétive offre aux parents la possibilité de déléguer ou de partager volontairement leurs charges, mais il ne leur est en aucun cas permis d'y renoncer sur une base purement volontaire puisqu'un contrôle judiciaire demeure obligatoire²⁰⁰, sans oublier que la désignation du tuteur supplétif doit être conforme à l'intérêt de l'enfant et au respect de ses droits²⁰¹.

Si la protection de l'enfant et de son intérêt constitue le réel motif au soutien de la limitation de la volonté des titulaires de l'autorité parentale, comment est-il possible que le législateur adopte des mécanismes qui prônent cet objectif, mais dont certaines conditions d'application sont tout de même limitées, alors que, bien au contraire, elles pourraient permettre de mieux répondre à l'objectif poursuivi? Pourquoi ne pas adopter un droit plus flexible, capable de s'ajuster aux besoins et à l'intérêt spécifique de chaque enfant afin de lui fournir une solution adaptée? D'autant plus que le contrôle judiciaire est un passage obligé, les tribunaux étant présents afin d'éviter les dérapages et pour s'assurer que les mesures sont conformes à l'intérêt de l'enfant.

199. Jean Carbonnier, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t 2, 20^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 1999 à la p 98.

200. Art 199.2 CcQ.

201. Art 33 CcQ. L'adoption prévoit même expressément que la mesure ne peut pas être prononcée si elle n'est pas dans l'intérêt de l'enfant (art 543, al 1 CcQ), et la tutelle supplétive peut être forcée si le refus de consentir d'un des titulaires de l'autorité parentale n'est pas justifié par l'intérêt de l'enfant (art 199.3 CcQ).

L'étude de la tutelle supplétive à l'aune de l'évolution du droit de l'adoption démontre aussi la difficulté pour le droit, encore aujourd'hui, de s'affranchir des principes du droit canon. La question qui se pose inévitablement est alors de savoir dans quelle mesure le droit de la famille est encore imprégné de ces principes. Plus particulièrement quant à l'autorité parentale et au traditionnel principe de son indisponibilité, il sera intéressant de vérifier si, à l'occasion d'une nouvelle réforme du droit de la famille, le droit s'adaptera afin de mieux répondre aux objectifs actuels de l'institution, soit la protection de l'enfant.