

Les Cahiers de droit



Les règles du Code civil relatives aux "pouvoirs" dans le cadre de la famille

André Desgagné

Volume 4, numéro 3, avril 1961

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004140ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004140ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Desgagné, A. (1961). Les règles du Code civil relatives aux "pouvoirs" dans le cadre de la famille. *Les Cahiers de droit*, 4(3), 50–68.
<https://doi.org/10.7202/1004140ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1961

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

B. LES RÈGLES DU CODE CIVIL RELATIVES AUX "POUVOIRS" DANS LE CADRE DE LA FAMILLE

Par ME ANDRÉ DESGAGNE.

*L.Ph. (Laval), LL.L. (Laval), docteur en droit (Paris) diplômé d'études
supérieures en droit public (Paris), professeur à la faculté de droit.*

N.B.—Ce texte constitue la seconde partie d'un article dont la première partie fut publiée dans le numéro précédent des Cahiers de droit. (Vol. IV, no 2, pp. 51 à 60).

Nous allons maintenant montrer qu'en matière de "pouvoirs", l'influence de l'intérêt de famille se fait sentir par un accroissement de capacité, en particulier par l'institution des nouveaux "pouvoirs" que sont les puissances familiales ⁽³²⁾. Pour cette démonstration, nous suivrons l'ordre adopté jusqu'ici et procéderons par conséquent à l'analyse successive des règles sur la forme (section 1ère) et des règles sur le fond (section 2e) des puissances familiales.

Section 1ère: LES REGLES SUR LA FORME DES PUISSANCES FAMILIALES

À supposer qu'ils ne sont soumis ni à la tutelle ni à la curatelle, la femme mariée et les enfants du mariage ne jouissent pas pour autant de toute la mesure d'autonomie dont peuvent profiter les autres particuliers. Le mari et les époux ⁽³³⁾ selon le cas se trouvent investis d'un pouvoir de commandement sur chacun d'eux.

I. — Le mari, titulaire d'un "pouvoir" sur sa femme.

Certains ethnologues croient pouvoir prétendre que primitivement la femme avait prépondérance sur le mari et que, par la suite, la disparition des facteurs qui expliquaient cette situation, soit la communauté de mariage et la division du travail, a déterminé le passage du "droit

(32) Nous tirons cette expression d'un travail de M. R. Le Balle intitulé précisément: "La notion de puissance familiale dans la conception juridique française", in: *Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama*, 1940. Association japonaise des juristes de langue française, Maison Franco-japonaise; aussi, Louis Josserand, *L'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz 1927.

(33) Nous employons les termes de mari et d'époux de préférence à celui d'homme et de père et mère pour rappeler que nous nous plaçons toujours dans le cadre de la famille légitime et que nous négligeons délibérément les règles relatives aux concubins et aux parents naturels.

maternel au droit paternel" (34). Quoi qu'il en soit de l'état du droit dans les temps reculés, il ne fait aucun doute que, selon une tradition qui remonte au droit romain, le mari se voit reconnaître un pouvoir prépondérant sur sa femme; et cette situation a été maintenue dans le droit québécois comme dans le droit français que les modifications récentes n'ont pas altéré sur ce point.

a) *Le titre du mari, selon le droit québécois.* Le Code civil québécois, qui emprunte en l'espèce le vocabulaire même du droit romain et de l'ancien droit français, ne laisse aucun doute sur le titre du mari à commander à sa femme. L'article 1259 parle des "droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme ou appartenant au mari comme chef de l'association conjugale" et, prenant l'autre aspect de la même réalité, l'article 174 dit que la femme doit obéissance à son mari. Il faut admettre qu'il y a là plus qu'une affirmation verbale puisque d'autres textes soumettent effectivement la femme à la volonté unilatérale de son mari. Ainsi, pour en citer quelques-uns, l'article 475 oblige la femme à habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider; selon l'article 176, la femme ne peut souvent ester en justice sans l'autorisation ou l'assistance de son mari; l'article 179 dispose qu'elle ne peut être marchande publique sans cette autorisation expresse ou présumée; enfin, nous avons vu précédemment qu'un nombre plus ou moins grand de contrats sont impossibles à la femme mariée seule, c'est-à-dire sans son mari. Comme on le voit, s'il doit y avoir prépondérance d'un époux sur l'autre, notre droit l'accorde expressément au mari.

b) *Le titre du mari, selon le droit français.* Nous avons constaté déjà qu'en droit français, la femme mariée n'est pas nécessairement incapable sans l'autorisation ou l'assistance de son mari. Nous devons constater que les lois de 1938 et 1942 ont en outre fait disparaître du Code civil français les articles qui établissaient formellement que la femme devait "obéissance" à son mari (ancien article 213) et que le mari exerçait une "puissance" sur sa femme (ancien article 1388). Est-ce à dire que la femme est devenue autonome par rapport à son mari, que la prépondérance du mari sur la femme a disparu? A la suite de ces modifications, il semble que certains auteurs l'aient prétendu. Il ne fait aucun doute cependant que même après les dispositions nouvelles le mari conserve un titre à commander à sa femme.

La prépondérance du mari se traduit, d'une part, par l'attribution qui lui est faite, de la qualité de "chef de famille" par l'article 1388 nouveau mais surtout par l'article 213 nouveau qui dispose: "Le mari est le chef de la famille". Cette prépondérance se traduit, d'autre part, par l'attribution au mari de prérogatives expresses. Ainsi, selon l'article 215, le choix de la résidence de la famille appartient au mari et la femme est obligée d'habiter avec lui (art. 108); suivant l'article 223,

(34) (Frédéric) Engels, *L'origine de la famille, de la propriété privée, de l'Etat*; traduit de l'allemand par Bracke, Paris, Alfred Costes 1948, p. 50 et s.

le mari peut faire opposition à l'exercice par sa femme d'une profession séparée ⁽³⁵⁾; l'article 405 exige que la femme mariée obtienne l'autorisation de son mari pour accepter une tutelle; enfin, toute une série de dispositions, tel principalement l'article 373, assure au mari une prééminence en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle. En somme, l'étendue de l'autorité du mari sur sa femme a pu varier — nous verrons plus loin qu'effectivement l'effet des nouvelles dispositions est tel — mais son principe demeure indiscutablement.

Cela étant, nous ne pensons pas qu'il convienne de délaisser le vocabulaire traditionnel. Comme M. le Balle ⁽³⁶⁾, nous pensons que des mots ont été supprimés "dans un souci de démagogie qui n'avait rigoureusement rien à voir avec le fond de la question", qu'en dépit des changements intervenus pour donner "une satisfaction de façade aux revendications féministes", le mari demeure titulaire de "pouvoirs" sur sa femme. Et pour bien marquer le titre du mari en tant que tel, — ce que l'expression "chef de famille" ne fait pas — nous ne pouvons mieux faire que de recourir à l'expression juridique ancienne, — mais toujours actuelle en droit québécois —, et de parler de "puissance maritale". Evidemment, l'emploi de l'expression n'implique nullement qu'il y a identité sur tous les points entre le droit actuel et le droit antérieur aux lois de 1938 et de 1942 ⁽³⁷⁾, pas plus d'ailleurs que le

(35) On a fait grand état de la modification intervenue ici: alors qu'auparavant la femme mariée ne pouvait exercer une profession qu'avec l'autorisation préalable du mari, la loi de 1938 lui permet de l'exercer sans autorisation mais sauf veto du chef de famille. M. Ancel (*Les droits et les devoirs des époux* selon la loi du 22 septembre 1942, p. 15) écrit à ce sujet: "La loi de 1938 a renversé, sur ce point, en principe le droit antérieur" (Voir aussi: Julliot de la Morandière, D.C. *Chronique*, 1943, p. 14). Il convient de faire remarquer que pour ce qui nous intéresse présentement le changement n'importe pas. En effet, quelle différence y a-t-il exactement entre le système de l'autorisation préalable et le système de l'opposition ou veto? A notre avis, il n'y a là qu'une différence de pure forme: selon le premier système, le titulaire du pouvoir d'autorité exprime explicitement son acquiescement alors qu'il se contente de s'abstenir au cas de désaccord; selon le second système la situation est inversée, c'est le refus de consentement qui s'exprime explicitement par une "déclaration de veto" alors que le consentement se donne implicitement par une non-opposition de veto. Bref, aucun de ces deux systèmes ne met en cause l'existence du titre d'autorité; bien au contraire, dans les deux cas, l'acte n'est possible que si le titulaire du pouvoir d'autorité sur l'agent est d'accord. Au point de vue du titre d'autorité, les deux systèmes s'équivalent (Sur cette question, voir: Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif approfondi*, 1956-57, p. 61; M. P. Voirin, R.T.D.C. 1943, p. 76: cet auteur se demande si la différence entre l'autorisation maritale et l'absence d'opposition du mari n'est pas purement "verbale et spectaculaire").

(36) R. Le Balle, *Cours* 1953-54, p. 127, et p. 531 à 534; même auteur, *La notion de puissance familiale dans la conception juridique française*, op. cit., p. 176, note; Ripert et Boulanger, t. I, p. 632, no 1787.

(37) Les auteurs négligent la plupart du temps de faire cette précision. Ainsi, pour M. Savatier, le mot puissance implique une "autonomie sacrée" du titulaire, donc des pouvoirs absolus. Voir: Savatier, *Travaux de l'Association H. Capitant*, année 1946.

maintien de l'expression en droit québécois n'indique qu'il y a coïncidence absolue de ce droit avec le droit ancien. Le problème de savoir quel est le contenu du pouvoir du mari reste entier et il fera l'objet de la section suivante ⁽³⁸⁾.

II. — LES EPOUX, TITULAIRES D'UN "POUVOIR" SUR LEURS ENFANTS.

Si les enfants issus du mariage doivent être soumis à une autorité, l'attribution de celle-ci est susceptible de soulever un double problème. En effet, lorsque ce "pouvoir" est attribué à plusieurs personnes, soit généralement aux deux époux, il faut encore désigner celui qui, parmi eux, aura le titre prépondérant.

a) *Le titre des époux* ⁽³⁹⁾. Des juristes affirment que la nature désigne les époux à l'exclusion de toute autre personne pour porter l'autorité à l'égard des enfants de la famille. M. Dabin parle à ce propos du "droit d'auteur" des parents ⁽⁴⁰⁾. Quelle que soit la valeur de cette opinion dont la justification n'appartient pas en définitive à la science du droit, un examen des droits positifs, contemporains seulement, révèle qu'en réalité deux systèmes ont cours en la matière: selon un premier, l'autorité revient en effet aux époux, mais suivant le second, elle appartient à un "syndicat", un "parti" ou une "organisation de jeunesse" ⁽⁴¹⁾.

(38) Il y a lieu de mentionner le "pouvoir" de la femme sur son mari qui correspond à l'incapacité d'exercice de ce dernier à raison de l'existence de l'hypothèque légale (voir, R. Lalou, "L'incapacité" de l'homme marié, D. H. 1941, p. 1), comme il convient de noter qu'en vertu de textes nouveaux (art. 219, 220, 221), la femme peut "représenter" son mari, c'est-à-dire lui créer des droits et des obligations. Mais, après avoir remarqué que la femme a de son côté un titre d'autorité à l'encontre de son mari, il suffit de voir que celui-ci est très restreint dans son objet et soumis pour le reste aux mêmes limites, celles que nous verrons, que la puissance maritale.

(39) Outre la raison déjà signalée (supra, note 203) de préférer ce terme à ceux de père et mère, ajoutons qu'il a l'avantage de comprendre les père et mère légitimes et adoptifs auxquels les règles dont il s'agit s'appliquent indifféremment. Voir, pour le droit québécois: Loi de l'adoption, S.R.Q. 41, ch. 324, art. 16; pour le droit français, C.c., art. 351.

(40) J. Dabin, Travaux de l'Association H. Capitant, année 1946, p. 412; aussi, Traité de droit civil du Québec, t. II, par G. Trudel, p. 179.

(41) (Pierre) Laroque, Les grands problèmes sociaux contemporains, Université de Paris, Institut d'Études politiques, Les Cours de droit, 1954-55, fascicule no. 1, p. 66; (Alfred) Sauvy, Introduction, in: Renouveau des idées sur la famille, Institut national d'études démographiques, cahier no. 18, Presses Universitaires de France, 1954, p. 10 et s. À l'époque de la Révolution française, Robespierre proposa d'enlever les enfants à leurs parents à sept ans pour les élever en commun: selon certains, Napoléon lui-même aurait conçu un projet de loi qui "prit l'enfant à sa naissance, pourvût à son éducation, le préparât à une profession, réglât comment et à quelles conditions il pourrait se marier, voyager, choisir un état". À ce sujet, voir: Legras, Travaux de l'Association H. Capitant, année 1946, p. 471.

Or, il ne fait aucun doute que les Codes civils de la Province de Québec et de la France ont traditionnellement préféré et préfèrent encore le premier de ces deux systèmes, le second restant surtout le fait de certains ordres juridiques d'inspiration communiste. A cet égard, les articles 243 et 373 du Code civil québécois et français respectivement, sont formels qui disposent que l'enfant est soumis à "leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation".

b) *Le titre prépondérant du mari.* Tout dualisme dans le titre d'autorité doit pouvoir se résoudre à l'unité sans quoi les titulaires peuvent se faire échec l'un et l'autre et annihiler ainsi "leur pouvoir". A une exception près, ce nouveau problème est résolu de la façon identique en droit québécois et en droit français.

En principe, le titre de l'époux a prépondérance sur celui de l'épouse. Cela résulte, en droit québécois, de l'article 243 qui décrète que "le père seul exerce cette autorité durant le mariage", et, malgré la disparition du mot "seul" dans la formule nouvelle de l'article 373, le Code civil français n'y consacre pas moins le même principe. Bref, la solution en l'espèce se tire des règles sur les rapports entre époux, lesquelles, nous l'avons vu, accordent au mari un pouvoir d'autorité sur son épouse. Dès lors, il apparaît que le titre de l'épouse, qu'au regard des textes il est impossible de nier, ne peut être qu'un titre subsidiaire, un titre de suppléance. Et c'est précisément le principal mérite de la loi française de 1942 que d'avoir exprimé ce fait que "la femme est le lieutenant de son mari" ⁽⁴²⁾ ou, selon ces termes mêmes, que "la femme remplace le mari dans sa fonction de chef". A cet égard, le droit québécois n'est pas explicite mais on ne peut s'empêcher de tirer la même conséquence, à savoir que l'épouse "est le premier substitut du père" ⁽⁴³⁾.

Ce principe ne connaît aucune exception en droit québécois cependant qu'en droit français l'épouse possède des "pouvoirs de chef" égaux à ceux de son époux dans deux cas. Tout d'abord, lorsqu'il s'agit d'autoriser le mariage d'un enfant mineur, le Code québécois laisse la prépondérance au mari puisque son consentement prévaut en cas de dissentiment; le Code français, au contraire, dispose que dans les mêmes circonstances le partage entre le père et la mère emporte consentement, donc le consentement de l'épouse peut être suffisant au même titre que celui du mari. En second lieu, au cas de l'adoption d'un enfant qui a encore son père et sa mère, hypothèse qui est elle-même impossible en droit québécois ⁽⁴⁴⁾, le consentement des deux est nécessaire, c'est-à-dire que le consentement seul de l'époux est insuffisant aussi bien que celui de l'épouse.

(42) R. Le Balle, Travaux de l'Association H. Capitant, année 1952, t. 7, p. 41 et 42.

(43) Traité de droit civil du Québec, t. 2, par G. Trudel, p. 177: Ex parte Grace Ham (27 L.C.J. p. 127) juge Ramsay. Voir aussi l'art. 113 C.c.

(44) Loi de l'adoption, déjà citée, art. 6: Traité de droit civil du Québec, t. 2, par G. Trudel, p. 156.

La loi et la doctrine désignent ce pouvoir des époux sur leurs enfants sous le nom de "puissance paternelle" ⁽⁴⁵⁾. Par suite de ce que le père et la mère ont tous deux un titre à l'exercer, l'appellation nous semble quelque peu impropre. Cependant, si l'on entend exprimer par là le fait que le titre prépondérant appartient au père, cette expression, qui a aussi pour elle la tradition, est bien la meilleure.

Conclusion: De ce que nous venons de voir, il apparaît qu'au sein de la famille, les particuliers ne sont pas indépendants les uns des autres ou, pour prendre une formule positive, qu'il existe des "pouvoirs de famille": les enfants sont soumis à l'autorité des époux, c'est la puissance paternelle; la femme est soumise à celle de son mari, c'est la puissance maritale. En outre, il appert que le mari, investi du pouvoir prépondérant sur les enfants (sauf l'exception signalée), se trouve en définitive à concentrer entre ses mains tous les "pouvoirs de famille". Bref, selon les termes mêmes du Code civil français, "le mari est le chef de famille" ⁽⁴⁶⁾.

Les règles que nous venons d'exposer trouvent leur application lorsque les rapports de famille se déroulent normalement, c'est-à-dire lorsque le mariage a son plein effet. Or il arrive qu'il en soit autrement et que l'union conjugale soit amoindrie dans ses effets, par exemple lorsqu'il y a séparation de corps ou divorce, auxquels cas les présentes règles trouvent un obstacle à leur application. D'une part, en effet, la puissance maritale disparaît et la femme devient "capable de tous les actes civils" ⁽⁴⁷⁾; d'autre part, la puissance paternelle peut être attribuée principalement à la mère — le père perdant dès lors son titre prépondérant —, ou encore partiellement ⁽⁴⁸⁾ et même totalement ⁽⁴⁹⁾ à une tierce personne. Mais nous aurons l'occasion de revenir sur ces questions qui mettent en cause principalement le fond des puissances familiales.

(45) C.Q. Livre premier, titre 8, et art. 1259; C.F., Livre premier, titre 9 et art. 1388.

(46) C.F., art. 213.

(47) C.Q., art. 210; voir aussi Ouellet v. Guay, 143 R.L. 89; Traité de droit civil du Québec, t. 2, par G. Trudel, p. 35 et 36. Notre affirmation est quelque peu inexacte pour ce qui concerne le droit français où, par suite d'une inadvertance du législateur, la femme séparée peut être incapable si son régime matrimonial le veut. A ce sujet, V. R. Le Balle, Cours 1953-54, p. 508; Ripert et Boulanger, t. I, p. 449, no 1237, p. 450 nos 1246 à 1248.

(48) C.Q., art. 215; C.F., art. 303.

(49) La déchéance totale est rare et fait l'objet de lois spéciales tant en droit québécois (Traité de droit civil du Québec, t. 2, par G. Trudel, p. 176), qu'en droit français (R. Le Balle, Cours 1953-54, p. 678 et s.). Voir aussi, (Jean) Mercier, Puissance paternelle, Déchéance en certains cas, 14 R. B. 1954, p. 234.

Section 2: LES REGLES SUR LE FOND DES PUISSANCES FAMILIALES

Nous devons distinguer également ici les règles sur le contenu et les règles sur le but des puissances familiales, d'où les deux paragraphes suivants.

I — LES REGLES SUR LE CONTENU DES PUISSANCES FAMILIALES.

Nous venons de reconnaître que les puissances familiales sont au nombre de deux: la puissance maritale et la puissance paternelle. Chacune d'elles mérite une étude distincte.

§ § 1. — LES REGLES SUR LE CONTENU DE LA PUISSANCE MARITALE.

Contrairement à ce qu'il en était en droit romain, où la femme mariée et soumise à la puissance de son mari se trouvait littéralement "dans la main" de ce dernier ⁽⁵⁰⁾, la puissance maritale dans le droit moderne comporte des prérogatives limitées. Cependant, ce phénomène est plus marqué dans le droit français que dans le droit québécois.

a) *La puissance maritale dans le droit québécois.* — La puissance maritale comporte pour le mari un pouvoir non seulement sur les biens de sa femme mais encore sur sa personne même.

Nous savons que, quel que soit le régime matrimonial, la femme mariée reste toujours frappée dans une certaine mesure d'une incapacité de contracter sans le concours de son mari. Sous les mêmes réserves, l'article 176 dispose qu'en outre la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation ou l'assistance de son mari. Comme on le voit, le pouvoir du mari s'étend, selon une mesure variable ⁽⁵¹⁾, sur l'activité juridique de sa femme. Bref, la puissance maritale comporte un pouvoir sur les biens de la femme.

Mais ces prérogatives ne représentent qu'une partie de celles que comporte la puissance maritale et qui résultent de l'article 174 selon lequel la femme doit obéissance à son mari. Les articles 175 et 83 qui obligent la femme à habiter avec son mari laissent supposer que celui-

(50) R. Monier, op. cit., t. I, p. 283. L'absolutisme des "pouvoirs" du mari se manifestait dans le droit romain primitif par le droit de vie et de mort du mari sur sa femme. Voir aussi: J. Declareuil, Rome et l'organisation du droit, collection L'évolution de l'humanité, Paris, La Renaissance du Livre, 1924.

(51) Il convient de rappeler que la modification de l'article 986 et l'addition de l'article 986a sont susceptibles d'amener la création d'une jurisprudence plus libérale du point de vue de la femme mariée et plus restrictive du point de vue du mari.

ci a en outre un pouvoir sur la personne même de son épouse. Hormis ces deux articles, cependant, le législateur ne précise pas quelles sont les prérogatives du mari ni le contenu du devoir d'obéissance de la femme à cet égard. Dès lors, il incombe aux tribunaux de le faire. Quoiqu'il soit difficile de décrire positivement l'étendue du pouvoir du mari à partir de la jurisprudence, il appert que le mari connaît certaines limites sur ce point. Par exemple, s'il se livre sur la personne de sa femme à des excès, sévices ou injures "graves", caractère qu'il appartient au tribunal de mesurer, la femme est libérée de son obligation d'habiter avec lui (52).

Un auteur (53) affirme que dans le droit québécois "la femme mariée se trouve pieds et poings liés livrée à son mari". Pareille affirmation peut paraître excessive au regard du droit antérieur, car, si étendue que soient les pouvoirs du mari, nous venons de voir qu'ils sont restreints; au regard du droit français actuel, toutefois, elle peut fort bien se justifier.

b) *La puissance maritale dans le droit français.* Alors qu'avant les lois de 1938 et de 1942, le nombre des prérogatives attachées à la puissance maritale était égal, sinon plus grand, qu'il ne l'est dans le droit québécois, il est plus réduit depuis.

Déjà, nous avons constaté que ces lois ont diminué l'incapacité d'exercice de la femme mariée en matière de contrat et même que celle-ci n'est pas nécessairement soumise à la puissance de son mari en cette matière. Par l'effet de ces mêmes lois, l'incapacité de la femme d'ester en jugement sans l'autorisation de son mari a aussi disparu. Dès lors, il ne reste plus comme prérogatives expresses pour le mari que celles de fixer la résidence de son épouse (art. 215), d'intervenir lors d'une acceptation de tutelle par elle (art. 405), de s'opposer à ce qu'elle exerce une profession séparée ou établisse un commerce (art. 223), enfin de lui retirer le pouvoir de "le représenter pour les besoins du ménage", c'est-à-dire d'exercer ce qu'on est convenu d'appeler le mandat domestique (art. 220).

Bien plus, l'élimination de l'article qui instituait le devoir "d'obéissance" à la charge de la femme et la disparition en même temps à l'article 1388 de l'expression "puissance maritale" ont déterminé en jurisprudence une tendance à diminuer le nombre des prérogatives impliquées par le titre du mari mais non exprimées par le législateur. Décivant l'attitude des tribunaux ici, M. Ancel conclut (54): "Dans presque toutes les questions qui se sont posées à cet égard, la jurisprudence... a admis la solution la plus restrictive quant aux droits du mari. On a

(52) *Traité de Droit civil du Québec*, t. I. par G. Trudel, p. 595 à 599.

(53) L. Baudoin, *Le droit civil de la Province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, p. 267.

(54) M. Ancel, *Travaux de l'Association H. Capitant*, année 1952, t. 7, p. 90; même auteur, *Les droits et les devoirs des époux*, op. cit., p. 10 et s.

considéré assez souvent que, lorsque la loi n'avait pas donné au mari une prérogative expresse, désormais l'indépendance de la femme était la règle. Si cette solution a prévalu, c'est qu'il est apparu très difficile d'accorder au mari des droits implicites au delà de ceux qui lui sont expressément reconnus par la loi, sans reconstituer l'ancienne puissance maritale abolie et sans retomber, plus ou moins directement, dans le devoir "d'obéissance". C'est ainsi par exemple que l'on a décidé que le mari n'a plus le droit de contrôler la correspondance de sa femme; que celle-ci n'a pas besoin d'une habilitation de son mari pour s'inscrire à un établissement d'enseignement, pour passer son permis de conduire ou obtenir un passeport; que le mari ne peut plus désormais exiger que sa femme soit ramenée au domicile conjugal *manu militari* ⁽⁵⁵⁾, bref que ni le droit de correction, ni le droit de garde tels qu'entendus antérieurement ne subsistent ⁽⁵⁶⁾. Peut-on aller jusqu'à dire que, selon la formule de M. Ancel ⁽⁵⁷⁾, "la femme a recouvré le gouvernement de sa personne"? Il ne nous semble pas puisqu'aux termes de l'article 213 nouveau il reste que le mari a la "direction morale et matérielle de la famille". Il faut admettre cependant que, par suite de l'attitude adoptée par les tribunaux, en accord d'ailleurs avec la doctrine qui met l'accent sur l'alinéa deux de l'article 213 selon lequel la femme concourt avec le mari à assurer la direction de la famille — le contenu du "pouvoir de direction" du mari sur sa femme est assez ténu.

Quoi qu'il en soit, nous en avons assez dit pour qu'il apparaisse avec évidence que la puissance maritale comporte moins de prérogatives en droit français qu'en droit québécois. Nous observons une différence analogue mais inverse lorsque nous faisons l'analyse des règles sur le contenu de la puissance paternelle.

§ § 2. LES REGLES SUR LE CONTENU DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Sur la base des données que fournissent ici les historiens du droit ⁽⁵⁸⁾, on ne peut nier que, contrairement à ce que pourrait laisser croire la permanence des mots "puissance" et "autorité" dans les textes juridiques, le contenu de la puissance paternelle est plus étroit dans les droits modernes que dans les droits antérieurs. Toutefois, une étude parallèle du droit québécois et du droit français sur ce point révèle qu'à l'inverse de ce que nous venons de voir celui-là accorde moins de

(55) Nous devons noter que cette prérogative est contestée en droit québécois. Sur ce sujet, voir: *Traité de droit civil du Québec*, t. I, par G. Trudel, p. 500-501.

(56) Ripert et Boulanger, t. I, p. 634, no 1797.

(57) M. Ancel, *Les droits et les devoirs des époux*, op. cit., p. 11.

(58) R. Monier, op. cit., p. 246 et s.; G. Lepointe, *La famille dans l'ancien droit*, 4ème éd., Paris, Domat-Montchrestien, passim.

prérogatives que celui-ci aux titulaires d'une telle puissance. Et la seule description du domaine que l'un et l'autre lui confèrent suffira à faire voir tout cela.

a) *La puissance paternelle dans le droit québécois* ⁽⁵⁹⁾. Le premier texte en la matière, l'article 242, voudrait littéralement que l'enfant soit soumis à l'autorité ou au pouvoir de ses père et mère leur vie durant. Cependant, le Code, préférant en cela le droit ancien au droit romain, dispose à l'article suivant que l'enfant "reste sous leur autorité jusqu'à majorité ou son émancipation". Si ce dernier texte ne peut lui-même s'entendre en toute rigueur puisque les parents peuvent former opposition au mariage de leur enfant mineur émancipé (art. 137) ou majeur" dans l'état de démence et non interdit" (art. 141), il annihile toute la portée du précédent. Notre droit, en effet, hors ces quelques prérogatives qui leur sont expressément concédées par le Code, se refuse à reconnaître aux parents aucun pouvoir sur leurs enfants émancipés ou majeurs; bref, il tient que l'article 842 n'est qu'un précepte moral, qu'il est sans portée juridique ⁽⁶⁰⁾.

Mais quels pouvoirs les parents détiennent-ils à l'endroit de leur enfant mineur?

A l'inverse de ce que nous avons vu qu'il en est du tuteur et du curateur, les parents ont un pouvoir sur la personne de tel enfant cependant qu'à une exception près, il n'en ont aucun sur ses biens. D'une part, le Code reconnaît expressément aux parents des prérogatives sur la personne de leur enfant mineur. L'une, qui est connue en doctrine sous le nom de "droit de garde", résulte de l'article 244 qui dispose "le mineur non émancipé ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père"; une autre suit de l'article 245 qui accorde aux parents un "droit de correction"; une troisième tient aux articles 119 et 137 selon lesquels l'enfant mineur ne peut se marier sans le consentement de ses père et mère. D'autre part, le Code soustrait expressément à l'autorité des parents la matière qui fait l'objet des livres deuxième et troisième. Cela résulte du fait que la loi prévoit l'intervention du tuteur et non pas celle des parents, — c'est-à-dire des parents comme tels ⁽⁶¹⁾ — lorsque telle intervention d'un tiers est nécessaire au mineur. L'article

(59) Signalons deux travaux touchant ce sujet: (Léon) Lalande. *Puissance paternelle*, 33 Can. Bar Rev., p. 950; (E. Auguste) Côté, *La puissance paternelle*, thèse, Université Laval, 1926.

(60) Mignault, op. cit., t. II, p. 142; *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, par G. Trudel, p. 179.

(61) On peut penser que le "droit des parents à la tutelle de leurs enfants" consacré par l'article 282, infirme notre prétention ici. Mais la lecture de ce texte nous convainc que ce "droit des parents" s'entend en ce sens que leur propre minorité ne peut empêcher que la tutelle de leurs enfants leur soit conférée, nullement en ce sens que leur seul titre de parents les investit du droit d'administrer les biens de leurs enfants. Notre droit ignore la tutelle légale aussi bien que l'administration légale. Voir: *Stevenson v. Florant*, 38 B.R. 314; 1927 A.C. 211.

1323 qui accorde au conjoint survivant "la jouissance des biens de la communauté venant à ses enfants du chef du conjoint prédécédé" offre la seule exception à cet égard.

b) *La puissance paternelle dans le droit français.* Il n'est pas besoin d'un examen prolongé du droit français pour se rendre compte que "les droits des père et mère sont bien plus étendus en France" ⁽⁶²⁾.

On constate tout d'abord que le Code français reconnaît aux parents le pouvoir que leur concède le Code québécois sur la personne de leurs enfants mineurs, à savoir le droit de consentir (art. 148) ou de s'opposer à leur mariage (art. 173), le droit de garde (art. 374) et le droit de correction, mais en outre le pouvoir que celui-ci leur refuse en principe, à savoir le pouvoir sur les biens. L'article 384 dispose, en effet, que: "le père durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation.....". En outre, en vertu de l'article 389 "le père est, du vivant des époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs...". Enfin, l'article 390 décrète que "la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère" ⁽⁶³⁾.

On observe ensuite que les prérogatives sont plus nombreuses qui sont attachées à l'un et l'autre pouvoir. Ainsi, il résulte de la loi elle-même que les parents peuvent former opposition au mariage de leurs enfants "même majeurs" (art. 173); qu'il peuvent requérir le "le placement" d'un enfant (art. 375) ⁽⁶⁴⁾; qu'ils ne sont pas soumis à toutes les règles de la tutelle dans l'administration des biens. Et d'autres prérogatives encore résultent des décisions jurisprudentielles tendant à préciser le contenu du "droit de correction" et du "droit de garde", laissé dans l'indétermination par le législateur.

Conclusion: Si l'on compare les règles sur le contenu des "pouvoirs", telles que nous les avons décrites antérieurement, avec les règles qui ont fait le sujet de cette section, on observe qu'elles ont un point commun mais qu'elles diffèrent aussi entre elles. Il semble, en effet, que les titulaires des "puissances", de même que les titulaires de "pouvoirs", ont des prérogatives limitées cependant que les "puissances", à la différence des "pouvoirs", ne comportent pas nécessairement le pouvoir sur les biens. L'étude parallèle du droit québécois et du droit français est révélatrice à cet égard: la puissance paternelle, comme telle, ne comporte pas de pouvoir sur les biens en droit québécois, alors qu'en droit français

(62) Mignault, op. cit., t. II, p. 141.

(63) Ce droit persiste en quelque sorte après la mort des parents puisqu'ils peuvent désigner un tuteur par testament (art. 397).

(64) Il semble cependant que ce droit soit reconnu également en droit québécois, notamment devant la Cour de Bien-être social (1950-51) 14-15 Geo. VI, ch. 56.

c'est la puissance maritale qui ne l'infère pas. Bref, les résultats de notre analyse confirment ceux auxquels M. le Balle est arrivé lui-même, à savoir que les "Les pouvoirs de famille se trouvent affranchis du matérialisme des pouvoirs patrimoniaux. Si, certains d'entre eux, emportent cependant des incidences patrimoniales..., ces pouvoirs patrimoniaux ne sont jamais que secondaires, ils laissent au premier plan le caractère d'ordre moral et personnel du pouvoir de famille" (65).

II. — LES REGLES SUR LE BUT DES PUISSANCES FAMILIALES.

Le droit moderne s'oppose aux droits antérieurs, principalement au droit romain (66), par cela encore qu'il ne laisse pas les titulaires des puissances familiales libres sous le rapport des fins auxquelles ils peuvent décider de les employer. On trouve, en effet, des règles relatives au but de la puissance maritale (sous-paragraphe premier) aussi bien que de la puissance paternelle (sous-paragraphe deuxième).

§ § 1. — LES REGLES SUR LE BUT DE LA PUISSANCE MARITALE.

Comme titulaire de "pouvoirs" sur son épouse, le mari est soumis à deux sortes de limites sous le rapport de but: tout d'abord, il doit agir dans l'intérêt de la famille; ensuite, les actes qu'il fait doivent s'avérer effectivement utiles à la poursuite de tel intérêt.

a) *La règle de l'intérêt de la famille.* Depuis 1938 et surtout depuis 1942, cette règle fait l'objet de dispositions expresses au Code français. Ainsi, pour ne citer que ceux-là, les articles 217 et 223 exigent respectivement que le refus du mari de consentir à un acte de disposition par sa femme et que son opposition à l'exercice par elle d'une profession séparée soient justifiés "par l'intérêt de la famille". Bref, aux termes mêmes de la loi, la puissance maritale est une "fonction" que le mari doit exercer "dans l'intérêt commun du ménage et des enfants" (art. 213).

Bien qu'il ne se trouve aucune disposition de ce genre au Code, on ne peut nier que telle règle prévaut en droit québécois également. Il est à noter tout d'abord que le législateur québécois, pour ne pas s'exprimer formellement, ne semble pas indifférent aux buts que peut poursuivre le mari; ne prévoit-il pas, en effet, l'intervention du juge au cas de refus du mari d'autoriser son épouse à ester en jugement ou à passer un acte (art. 178), ou encore au cas "d'excès, services et injures graves" (art. 189)? On constate ensuite qu'effectivement le juge ne se

(65) R. Le Balle, Cours 1953-54, p. 543.

(66) On admet généralement qu'à la différence de vocabulaire correspond une différence "d'esprit, de tendance, d'orientation" entre les "puissances" romaines et les "autorités" du droit coutumier. Voir: R. Le Balle, La notion de la puissance familiale dans la conception juridique française, déjà citée, p. 178 et s.

contente pas de vérifier le titre du mari et le contenu de son pouvoir, mais il recherche en outre le but que celui-ci poursuit. Ainsi, il a été décidé que l'autorité maritale doit être respectée, lorsque le refus du mari "n'est pas dépourvu de bonne raison", n'est pas dû au caprice ni à l'entêtement" (67). En somme, pour n'être pas expressément formulée dans les textes légaux, la règle dont il s'agit n'en résulte pas moins des décisions judiciaires. Sur ce point donc, le droit québécois se compare plutôt à ce qu'était le droit français avant les lois de 1938 et de 1942, lesquelles furent "la consécration d'une jurisprudence qui avait été dégagée bien antérieurement" (68).

b) *La règle de l'utilité.* Le mari devra agir non seulement dans l'intérêt de la famille mais encore de façon utile et opportune. Ainsi le veut une règle que l'on retrouve en droit français aussi bien qu'en droit québécois avec les mêmes caractères dans l'un et dans l'autre que la règle précédente.

En droit français, le législateur formule lui-même expressément telle règle à l'article 215 qui dispose: "Lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral, la femme peut, par exception, être autorisée à avoir pour elle et ses enfants une autre résidence fixée par le juge". L'on s'accorde aussi pour voir l'expression de la même règle dans les articles 217 et 223, que nous venons de signaler et qui exigent des actes du mari qu'ils soient "justifiés par l'intérêt de la famille". En somme, le législateur français autorise expressément le juge à "intervenir, non seulement lorsqu'il sera en présence d'un exercice manifestement abusif et vexatoire de son droit par le mari, mais lorsqu'il estimera que, eu égard aux besoins généraux de la famille et sur le plan de l'opportunité, la mesure prise par le mari n'était pas justifiée" (69).

Si l'on a pu dire de la jurisprudence française "qu'elle n'a pas attendu les dispositions de la loi de 1942 pour prendre position sur ce point" (70), on peut en dire autant de la jurisprudence québécoise. Il est constant, en effet, que les tribunaux québécois ne se contentent pas de rechercher les intentions du mari, mais ils examinent encore si ses actes assurent effectivement l'intérêt de la famille. Ainsi, il arrive que le juge dégage la femme de l'obligation de suivre son mari "s'il ne tient pas une demeure convenable à leur état et à leur situation" (71); aussi, sur un recours contre un refus du mari en vertu de l'article 178, le tribunal ne se décide jamais sans "examiner l'objet" (72).

(67) Paltiel v. dame Paltiel et vir, 54 C. S. 517.

(68) R. Le Balle, Cours 1953-54, p. 541.

(69) (Marc) Ancel, Travaux de l'Association H. Capitant, année 1952, t. VII, p. 60. On parle souvent en ce cas du contrôle du mari par la femme.

(70) R. Le Balle, Cours 1953-54, p. 536.

(71) V. Traité de droit civil du Québec, t. I, par G. Trudel, p. 499, et la jurisprudence citée.

(72) Traité de droit civil du Québec, t. I, par G. Trudel, p. 533.

Comme on le voit, le pouvoir du mari, dont nous avons vu à la section précédente que le domaine se trouve limité, connaît en outre une double limite sous le rapport du but. Et, malgré une différence dans les formules, le droit québécois et le droit français adoptent au fond une position analogue à cet égard. Il convient de noter toutefois que les règles de but ne reçoivent pas tout à fait la même portée dans l'un et l'autre droit. En droit français, ces règles valent à l'encontre des actes d'opposition à l'exercice d'une profession séparée (art. 223, 3) alors qu'en droit québécois, elles ne valent pas en cas de refus du mari à l'exercice d'un commerce par son épouse. Ainsi le veut une interprétation constante de l'article 180: contre le refus du mari présent et capable, la femme n'a aucun recours. Mignault expliquait déjà ⁽⁷³⁾ cette particularité par la raison que: "quand il s'agit d'un acte déterminé, la justice peut facilement l'apprécier et peser les conséquences qu'il pourra avoir; il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'un commerce à entreprendre". Mais, hormis cette exception, le mari n'a pas discrétion sur la fin de son pouvoir: celui-ci ne l'habilite à faire que des actes qui subjectivement aussi bien qu'objectivement sont dans l'intérêt de la famille.

§ § 2. — LES REGLES SUR LE BUT DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

A la différence du droit romain, qui ne connaissait pas plus de règle relative au but qu'il n'en connaissait concernant le contenu de la puissance paternelle, le droit moderne assigne aux titulaires de tel pouvoir une finalité particulière, à savoir, l'intérêt de l'enfant. Ce faisant, le droit moderne renoue en quelque sorte avec la tradition coutumière cependant qu'il ajoute à cette dernière en exigeant en outre que les actes de père et mère soient intrinsèquement des moyens d'atteindre la fin assignée, qu'ils soient utiles.

a) *La règle de l'intérêt de l'enfant.* Quelle qu'ait été l'intention des auteurs du Code civil, ils n'y ont pas formulé telle règle expressément et celle-ci a plutôt pris forme comme telle en jurisprudence. Aussi bien dans l'état actuel du droit québécois et français, son existence ne fait plus de doute.

En France, elle a été incorporée au Code puisque l'article 373 nouveau dispose que "cette autorité est exercée par le père en sa qualité de chef de famille", c'est-à-dire, selon l'article 213, qu'elle est exercée "comme une fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants". Mais même avant ce texte, le père n'était pas libre d'utiliser son "pouvoir" à n'importe quelle fin. En effet, s'autorisant des textes qui lui conféraient ce pouvoir dans l'hypothèse restreinte du divorce, le juge français n'hésitait pas à enlever au père l'administration et la garde des en-

(73) L'auteur écrivait sous l'ancien article 180, selon lequel l'autorisation judiciaire était impossible même en cas d'absence ou d'incapacité du mari. Mignault, op. cit., t. I, p. 529.

fants dans les hypothèses de séparation "si tel était l'intérêt de l'enfant". Par un processus semblable, il ajouta aux cas de déchéance de la puissance paternelle prévus par la loi du 24 juillet 1889, et il accueillit des demandes de déchéance dans des hypothèses non prévues par la dite loi, toutes les fois que l'intérêt de l'enfant était en cause ⁽⁷⁴⁾. Et ce prénomène s'observe encore lorsqu'il s'agit des intérêts pécuniaires de l'enfant. Car, si, depuis que la loi du 4 avril 1910 modifiant l'article 389 du Code civil a assimilé à deux formalités près ⁽⁷⁵⁾ l'administration légale à la tutelle, il apparaît clairement que celle-là comme celle-ci doit fonctionner dans l'intérêt de l'administré, il faut voir que telle était déjà la règle avant cette loi. En effet, les tribunaux ne s'étaient pas tenus à la lettre originale du Code qui opposait nettement l'administrateur légal et le tuteur pour dispenser le premier de toutes les obligations qui incombaient au second sauf celle de rendre compte; ils n'avaient pas moins fait application des règles de la tutelle à l'administration légale en mettant en oeuvre particulièrement la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition.

Bien qu'unanime, l'enseignement des auteurs ⁽⁷⁶⁾ affirmant que la règle dont il s'agit existe aussi en droit québécois pourrait être mis en doute si l'on s'en tient aux seuls textes du Code. Les codificateurs, se conformant en cela à leur modèle français, n'ont pas exprimé aussi clairement leur intention à cet égard; tout au plus, ont-ils prévu en matière de séparation de corps que l'administration des enfants peut être enlevée au mari, provisoirement (art. 200) ou définitivement (art. 214) "pour le plus grand avantage des enfants". L'article 1324, qui charge le conjoint usufruitier des biens de la communauté venant à ses enfants de leur "nourriture, entretien et éducation", constitue le seul autre texte explicite et il a, de toute évidence, une portée restreinte aussi ⁽⁷⁷⁾. En revanche, l'enseignement de la doctrine s'avère éminemment bien fondé si l'on tient compte de la jurisprudence. Car, les tribunaux québécois, non satisfaits de mettre en application les textes légaux, ont eux aussi assimilé, sous le rapport qui nous intéresse ici, la séparation de fait à la séparation de corps; mais plus encore ils ont formulé et mis en oeuvre une règle générale selon laquelle la puissance paternelle doit être utilisée dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, en 1934 déjà, le juge Cannon de la Cour suprême pouvait s'exprimer comme suit: "Je crois qu'il est maintenant admis par la doctrine que les droits et pouvoirs du père et de la

(74) R. Le Balle, *La notion de puissance familiale dans la conception juridique française*, déjà citée, p. 183.

(75) A la différence de ce qu'il en est du tuteur, le père n'est pas tenu de faire inventaire cependant que ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque. Sur toute cette question, voir: R. Le Balle, *cours 1953-54*, p. 642 à 655.

(76) Mignault, *op. cit.*, t. II, p. 141; même auteur, *Travaux de l'Association H. Capitant*, année 1939, p. 664 et s.; *Traité de droit civil du Québec*, t. II, par G. Trudel, p. 176; L. Baudouin, *op. cit.*, p. 285.

(77) Un auteur parle en ce cas d'"usufruit à affectation spéciale". L. Baudouin, *op. cit.*, p. 288.

mère sur la personne des enfants mineurs ne leur sont accordés que comme conséquence des lourds devoirs qu'ils ont à remplir et n'ont d'autre but que de leur rendre possible l'entretien et l'éducation de l'enfant. C'est pour la protection de l'enfant que l'autorité "parentale" existe⁽⁷⁸⁾. Plus récemment, la même Cour, mettant en oeuvre ces principes, a déclaré des parents indignes de recouvrer la garde de leur fils pour la raison qu'ils "n'avaient pas réclamé leur fils par amour, une chose essentielle à l'enfant, mais à cause d'une chicane de famille survenue depuis peu, à l'occasion de l'ouverture de la succession du grand-père de l'enfant"⁽⁷⁹⁾. On ne peut déterminer plus expressément la finalité qui doit être poursuivie par les titulaires de la puissance paternelle: en droit québécois comme en droit français, c'est l'intérêt de l'enfant.

b) *La règle de l'utilité*. Mais il ne suffit pas aux père et mère de vouloir l'intérêt de l'enfant: le droit exige en outre que leurs actes soient effectivement utiles à atteindre ce but. Et, sur ce point, la position respective du droit québécois et du droit français est à peu près analogue à celle que nous venons de décrire: en France, la règle, pour avoir été élaborée lentement en jurisprudence, est aujourd'hui consacrée dans des textes légaux; dans la province de Québec, elle est encore principalement l'oeuvre des tribunaux.

Remarquons, en effet, que les tribunaux français, avant que la loi ne leur donnât un pouvoir exprès, ont institué sur les actes patrimoniaux des père et mère non seulement le contrôle que nous venons de voir, c'est-à-dire un contrôle de finalité, mais aussi un contrôle d'opportunité. Notons ensuite que le même phénomène s'est produit en ce qui concerne les actes extra-patrimoniaux. Ainsi, le Code de 1804 n'avait prévu de contrôle d'opportunité que dans l'hypothèse restreinte de l'ancien article 377, disposition qui obligeait le père désirant faire détenir un enfant de seize ans et plus de s'adresser au président du tribunal civil "qui, après avoir conféré avec le procureur du Roi, délivrera l'ordre d'arrestation ou refusera...". Hors ce cas et s'il s'agissait d'un enfant de moins de seize ans, le père pouvait ordonner la détention "d'autorité"⁽⁸⁰⁾. Cependant, les tribunaux, auxquels il revenait de s'assurer que la conduite de l'enfant donnait "des sujets de mécontentement très graves" (art. 375 ancien) s'assuraient en même temps de l'opportunité de la mesure. On peut voir une consécration indirecte de cette jurisprudence déjà dans la loi du 24 juillet 1889 qui prévoit l'intervention du tribunal dans le cas "des enfants maltraités ou moralement abandonnés". Mais, une ordonnance de 1945 est venue l'entériner expressément, qui oblige les parents, quel que soit l'âge de l'enfant, à s'adresser au prési-

(78) Dugal v. Lefebvre. (1934) S.C.R. 501.

(79) Taillon v. Donaldson, (1953) 2 S.C.R. 257.

(80) Ripert et Boulanger, t. I, p. 672. (Lucien) Aulagnon. L'intervention du juge à propos de l'exercice des droits des époux, in: Le droit privé français au milieu du 20ème siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, T. I. p. 390.

dent du tribunal (art. 375) qui décrètera "le placement du mineur, *s'il le juge utile*" (art. 377). Bien plus, par suite, des modifications successives dont la loi du 29 juillet 1889 a fait l'objet, en particulier en 1935 et en 1945, l'intervention du tribunal est possible dès lors que "les père et mère compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou par un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants " (art. 6) cependant que le tribunal peut décider de soumettre les père et mère à la surveillance ou à l'assistance "soit des services sociaux, soit des institutions agréées par l'autorité administrative ou le tribunal, ou encore par des particuliers qualifiés" (art. 7). En France, donc, non seulement l'existence de la règle de l'utilité ne fait plus de doute, mais le contrôle des actes des père et mère sous le rapport de l'opportunité est expressément prévu par la loi ⁽⁸¹⁾. Il n'y a pas que l'acte d'opposition au mariage qui ne doive être motivé aujourd'hui (art. 176).

Quoique sous une forme et selon une façon généralement moins expresse, ce contrôle et cette règle n'en existent pas moins dans le droit de la Province de Québec; ils affectent de toute évidence certains actes particuliers mais non moins sûrement la généralité des actes de puissance paternelle. D'une part, il appert qu'ils affectent le droit de correction et l'acte de consentement au mariage. En effet, le Code lui-même a toujours fait une règle aux parents de n'employer contre leur enfant que des mesures de correction "modérée et raisonnable" et, de leur côté, les tribunaux tant civils que criminels n'ont jamais admis telles mesures qu'ils estimaient "non proportionnées à l'offense et aux circonstances" ⁽⁸²⁾. Une règle veut, en outre, que le retrait par les parents de leur consentement au mariage de leur enfant n'ait jamais lieu que pour des "raisons valables" par exemple la mauvaise santé du futur conjoint ⁽⁸³⁾, bien que

(81) R. Le Balle, Cours 1953-54, p. 689; A. Rouast, Rapport de l'Association H. Capitant, année 1946, p. 459.

(82) Brisson v. Lafontaine dit Surprenant, 14 L. C. R. 377. Voir d'autres décisions dans le même sens, in: Traité de droit civil du Québec, t. 2, par G. Trudel, p. 185. L'article 26 du Code criminel nouveau dispose: "Quiconque est autorisé par la loi à employer la force est criminellement responsable de tout excès de force, selon la nature et la qualité de l'acte qui constitue l'excès" cependant que l'article 43 énonce: "Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu

que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances".
(83) Couture v. Robitaille, 36 R. L. n.s. p. 67; C.S. p. 495. Dans l'espèce, il s'agissait d'un recours en responsabilité du fiancé contre le père de la fiancée. Le tribunal rejeta pour la raison que le père avait retiré son consentement "pour un motif sérieux" à savoir, la connaissance du fait que le fiancé passait par des états épileptiformes. Cela permet à Mignault de conclure: "Il paraît clair que si le consentement des parents eût été retiré sans motif plausible et par leur caprice, l'action en responsabilité du fiancé eût été recevable" (Mignault, Travaux de l'Association H. Capitant, année 1939, p. 664 et s.). Une jurisprudence identique existe en France, voir: Lacour v. Queunet: S. 1894, 2, 264.

le législateur n'ait prévu rien de tel et que, selon une vieille décision, "le consentement des parents, en matière de mariage, soit un acte discrétionnaire et que leur refus ne puisse pas constituer un abus de l'autorité paternelle" (84).

D'autre part, il ne fait aucun doute que c'est la généralité des actes de puissance paternelle qui doivent être opportuns. Aujourd'hui, des lois particulières existent qui confèrent aux tribunaux des pouvoirs de contrôle analogues à ceux que prévoit la loi française de 1889 (85). Mais il y a plus encore: même avant ces lois de date relativement récente, les tribunaux ont exercé et, depuis cette législation même, ils continuent à exercer un contrôle d'opportunité sur l'ensemble des actes de puissance paternelle. Ils prennent occasion pour ce faire d'une procédure dont il est intéressant de remarquer qu'elle n'était pas originellement destinée à cet usage, à savoir l'habeas corpus ad subjiciendum. Cette technique d'origine anglaise mais incorporée au Code de procédure civile de Québec a été conçue en effet pour les hypothèses où "une personne est emprisonnée ou privée de sa liberté, autrement qu'en vertu d'une ordonnance, , rendue par un tribunal ou un juge compétent" (C.P.C., art. 1114). Or, sous couleur de sanctionner par ce moyen le droit de garde des père et mère, les tribunaux québécois, à l'instar des tribunaux anglais (86) s'en servent couramment pour contrôler l'exercice de la puissance paternelle. En somme, après avoir autorisé l'emploi de cette procédure par les parents en vue de faire respecter leur droit de garde, les tribunaux ont fait un pas de plus; ils se sont attribués le pouvoir d'apprécier à cette occasion la conduite des parents à l'endroit de leurs enfants. Tantôt, — en particulier lorsqu'il s'agissait d'enfant de moins de seize ans —,

(84) L'éveillé v. L'éveillé, 1 R. J., p. 443.

(85) La loi des Jeunes délinquants (S.R.C. 1952, ch. 160) veut que l'on traite le jeune délinquant "non comme un criminel, mais comme un enfant mal dirigé, ayant besoin d'aide, d'encouragement et de secours" (art. 38) et à cette fin elle accorde à la Cour le pouvoir "à sa discrétion, de confier l'enfant à la garde d'un agent de surveillance, de toute autre personne recommandable ou de quelque société d'aide à l'enfance, ou de permettre à l'enfant de rester dans sa famille, sous réserve de visite de la part d'un agent de surveillance" (art. 20).

Une autre loi (Loi de la protection de l'enfant, S.Q. 1944, ch. 33 devenu S.Q. 1950, ch. 11) confère au juge les mêmes pouvoirs si l'enfant est "négligé", c'est-à-dire "élevé sans éducation et sans aucun contrôle salubre ou dans des circonstances qui l'exposent à mener une vie de paresse et de désordre" ou s'il est "abandonné", c'est-à-dire "exposé à devenir un jeune délinquant, s'il n'est soustrait à son milieu". Si la garde de l'enfant est confiée à une société, la loi ajoute que "celle-ci en est la tutrice et exerce, à l'exclusion des parents de cet enfant, les droits de garde et de correction pendant le temps indiqué dans l'ordonnance du juge ou jusqu'à la majorité de l'enfant, son adoption ou son mariage".

Voir aussi les lois suivantes: La loi instituant la Cour de Bien-être social, S.Q. 1950, ch. 10; Loi concernant les écoles d'industrie (S.Q. 1941, ch. 39) et Loi du placement en apprentissage des enfants internés (S.R.Q. 1941, ch. 41 devenues S.Q. 1950, ch. 11).

(86) Delignières (Bernard). Le Writ d'habeas corpus ad subjiciendum en droit anglais. Thèse, Paris 1950, Imprimerie Lavergne 1952. L. Baudoin, op. cit., p. 290 et 291.

ils ont accueilli favorablement la demande des parents et décidé qu'ils avaient droit "à la possession, surveillance et garde de leur enfant" ⁽⁸⁷⁾, tantôt, au contraire, ils ont refusé la requête de parents "indignes" et donné prépondérance à l'enfant sur le choix de son gardien ⁽⁸⁸⁾. On comprend dès lors que des auteurs analysant les décisions rendues en cette matière aient pu soutenir contradictoirement: "L'extension de l'habeas corpus donne préséance à la voix de l'autorité paternelle sur le choix personnel de l'enfant" ⁽⁸⁹⁾ et "Dans leur ensemble les jurisprudences de la Cour suprême et du Conseil privé favorisent nettement l'enfant" ⁽⁹⁰⁾. Au fond, il apparaît que l'habeas corpus appliqué aux relations entre parents et enfants devient un moyen pour le tribunal de s'assurer que les actes des premiers sont effectivement utiles aux seconds.

Conclusion: Notre analyse révèle ici que ni le droit québécois ni le droit français ne laissent les titulaires des puissances familiales entièrement autonomes sous le rapport du but et même qu'ils assujettissent ceux-ci, comme tous les titulaires de "pouvoirs", à une double règle sous ce rapport: une règle de finalité proprement dite et une règle d'opportunité. Sans doute, comme nous l'avons vu, les textes seuls du Code Québécois ne rendent pas l'existence de telles règles aussi manifeste que les textes du Code français, mais la mise en oeuvre, parfois ingénieuse, que les tribunaux en font dissipe tout doute à ce sujet. En somme, tous les développements — on sait qu'ils furent nombreux — qui ont emprunté leur thème à ces règles lors de leur apparition sur le plan de la législation en France, nous semblent valables également à l'endroit du droit québécois: malgré l'absence de textes légaux semblables, les puissances familiales y apparaissent aussi comme "des fonctions sociales de droit privé" ⁽⁹¹⁾, la puissance paternelle comme une "magistrature" ⁽⁹²⁾, la puissance maritale comme un "droit relatif à esprit altruiste" ⁽⁹³⁾.

(87) Barlow et Kennedy (17 L.C.J., p. 253).

(88) Marshall v. Fournelle (1926) 40 B.R. 391; confirmé par (1927) R.C.S. 48; Taillon v. Donaldson (1953) 2 R.C.S. 257; Dugal v. Lefebvre (1934) R.C.S. 501. D'autres nombreuses décisions dans l'un et l'autre sens sont encore citées in: Mignault, op. cit., t. 2, p. 146 et s.; Traité de droit civil du Québec, t. 2, par G. Trudel, p. 181 et 182. Cette jurisprudence a commencé de recevoir une consécration législative. Voir: Loi de la protection de l'enfance, S.Q., 1944, ch. 33, art. 79, incorporé in S. Q. 1950, ch. 11.

(89) Traité de droit civil du Québec, t. 2, par G. Trudel, p. 182.

(90) L. Baudoin, Puissance paternelle, 14 R.B., p. 478 et s. L'auteur relève en outre qu'il y aurait en la matière "une scission dans la manière de juger entre juges de formation anglaise et juges de formation française", le premier tendant à favoriser exclusivement l'enfant, le second assumant que la puissance paternelle est un "droit" pour les parents, sauf déchéance formelle. (Dans le même sens, voir: Marie-Louis Beaulieu, Travaux de l'Association H. Capitant, année 1952, t. 7, avant-propos). Nous ne pensons pas devoir examiner ici cette question qui nous semble tenir plutôt à la casuistique juridique.

(91) Rouast (André), Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, R.T.D.C., t. 42, p. 3, Paris, Sirey 1944.

(92) Knap, Travaux de l'Association H. Capitant, année 1946, p. 451.

(93) L. Jossérand, cité par (Lucien) Aulagnon, L'intervention du juge à propos de l'exercice des droits des époux, op. cit., p. 390.