

DE LA PUISSANCE PATERNELLE À L'AUTORITÉ PARENTALE

Ethel Groffier-Atala

Volume 8, numéro 2, 1977

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059599ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059599ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Groffier-Atala, E. (1977). DE LA PUISSANCE PATERNELLE À L'AUTORITÉ PARENTALE. *Revue générale de droit*, 8(2), 223-234.
<https://doi.org/10.7202/1059599ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1977

Cet 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/>

DE LA PUISSANCE PATERNELLE À L'AUTORITÉ PARENTALE

par Ethel GROFFIER-ATALA,
professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill.

La loi du 17 novembre 1977¹ vient remplacer la notion de puissance paternelle des articles 242 et suivants du Code civil par celle, plus moderne, d'autorité parentale.

La puissance paternelle était définie par la doctrine québécoise récente comme «l'ensemble des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents²». Bien qu'elle ne donne pas de définition, la loi nouvelle ne change pas cette notion où l'idée de devoirs envers l'enfant prédomine³. Ce principe avait d'ailleurs été introduit dans le Code civil lors de la réforme concernant les enfants naturels⁴ à l'article 245a (ancien). La loi nouvelle abolit toutes différences, en ce qui concerne l'autorité parentale, entre les enfants légitimes et les enfants naturels que leurs parents n'ont pas abandonnés⁵. Elle réorganise profondément l'autorité des parents⁶ au point de vue de ses titulaires (I), de son exercice (II), et des sanctions de son abus (III).

I.— LES TITULAIRES DE L'AUTORITÉ PARENTALE.

La réforme majeure apportée par la loi nouvelle consiste à mettre, pendant le mariage, le père et la mère sur le même pied. L'article 243 ancien est remplacé par le nouvel article 244 qui dispose que:

¹ Loi n° 65 modifiant le Code civil, entrée en vigueur le 17 novembre 1977.

² J. PINEAU, *La famille*, Montréal, P.U.M., 1972, n° 208; E. DELEURY, M. RIVET, et J.M. NAULT, *De la puissance paternelle à l'autorité parentale: une institution en voie de trouver sa vraie finalité*, (1974) 15 C. de D. 777, à la page 821.

³ Le projet de l'Office de révision du Code civil précisait que cette autorité est attribuée aux parents pour leur permettre de s'acquies de leurs obligations envers leurs enfants. Voir O.R.C.C., *Rapport sur la famille* (2^e partie), Montréal, XXXVI, 1975, Article 4. Ce texte figurera au Livre de la Famille dans le projet de Code civil actuellement sous presse.

⁴ Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels, L.Q. 1970, c. 62, art.10.

⁵ Article 245 c (nouveau)

⁶ Une telle réforme avait eu lieu depuis un certain temps en France: loi du 4 juin 1970, Code Civil, art. 371-2 et suivants; dans les provinces de Common Law les parents sont en général mis sur le même pied durant le mariage en ce qui concerne la garde et le contrôle de l'éducation des enfants. Voir par exemple, en Ontario, *Infants Act*, R.S.O. 1970, c.222, s.2 (1); en Alberta, *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, c.113, part 2, s.39; au Manitoba, *Child Welfare Act*, R.S.M. 1970, c. C-80, s.102.

Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale, sauf dispositions contraires du présent Code.

Si l'un d'eux est incapable de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre.

Il s'agit là d'une évolution attendue⁷. La puissance paternelle avait été grandement assouplie par l'importance accrue donnée à l'intérêt de l'enfant qui primait très nettement, aux yeux des juges, les droits du père⁸. En outre, au cours des dernières années, le législateur a adopté diverses mesures destinées à assurer l'égalité des époux. Le nouvel article 174 du Code civil est venu, en 1964⁹, faire de l'épouse la collaboratrice du mari, pour assurer la direction morale et matérielle de la famille, pourvoir à son entretien et élever les enfants. En 1969, on reconnaissait à la mère un pouvoir égal à celui du père pour autoriser le mariage de son enfant mineur¹⁰. Peu de temps après, on lui donnait également la faculté de s'y opposer¹¹. Enfin, la *Charte des droits et libertés de la personne*¹² est venue affirmer le principe de l'égalité des droits sans distinction ou préférence fondée sur le sexe¹³.

La jurisprudence s'était efforcée d'adapter la notion de puissance paternelle à cette évolution et la Cour d'Appel avait déclaré dans un arrêt récent¹⁴:

L'article 243 relatif à la puissance paternelle se trouve toujours inscrit au code, mais il se trouve depuis quelques années dans un nouveau contexte. L'autorité au sein du mariage est aujourd'hui partagée; la comparaison du nouvel article 174 du Code civil avec l'ancien fait voir cette évolution.

Pourtant, toutes choses étant égales et l'intérêt de l'enfant ne désignant pas un parent plutôt que l'autre, la mère ne pouvait pas retenir les enfants, malgré la volonté du père, en dehors de la maison paternelle sans y être autorisée par le tribunal¹⁵. Seule la modification de l'ancien article 243 du Code civil pouvait instaurer une collégialité complète. Celle-ci disparaît lors du décès ou de l'incapacité d'un parent de manifester sa volonté.

Le cas du décès ou de l'incapacité d'exercice du père est déjà indirectement prévu à l'article 174 du Code civil¹⁶. On peut d'ailleurs se demander si la rédaction de cet article n'est pas meilleure que celle de l'article 244 nouveau. L'incapacité de manifester sa volonté doit-elle, en effet, s'entendre en fait ou en droit?

⁷ Voir l'étude très fouillée de E. DELEURY, M. RIVET et J.M. NAULT, *supra* note 2

⁸ *Stevenson c. Florant*, [1927] A.C. 211, conf. [1925] S.C.R. 532; *Taillon c. Donaldson*, (1953) 21 R.C.S. 257; *Hubert c. Gélinas*, [1965] C.S. 35; *L.C. v. A.C.*, [1970] C.S. 41; *Coorsh c. Coorsh*, [1956] B.R. 315, conf. par [1956] S.C.R. VII.

⁹ Modifié en 1964 par la *Loi sur la capacité de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66.

¹⁰ C.C. art. 119, remplacé par L.Q. 1969, c. 74, art. 1.

¹¹ C.C. art. 137 et 245a, L.Q. 1970, c. 62 art. 4 et 10.

¹² L.Q. 1975, c. 6, préambule et art. 10.

¹³ La charte ne prévaut que sur la législation postérieure (voir son art. 52).

¹⁴ *Bockler c. Bockler*, [1974] C.A. 701; voir aussi *Gyore c. Gulas I*, [1974] C.S. 146; E. DELEURY, M. RIVET et J.M. NAULT, *loc. cit.* à la p. 826 et s.; A. MAYRAND, *L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois*, in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 621 et s.

¹⁵ *Cheyne c. Cheyne*, C.A. (Montréal, No 09-000-465-765) 11 mai 1977.

¹⁶ P. AZARD et A.R. BISSON, *Droit civil québécois*. t.I. *Notions fondamentales, Famille, Incapacité*; Ottawa, Éditions U. d'Ottawa, 1971, n° 101; E. DELEURY, M. RIVET, J.M. NAULT, *loc. cit.*, à la p. 840.

Le *Rapport sur la famille* de l'office de révision du Code civil¹⁷ propose une rédaction différente: «se trouve hors d'état de manifester sa volonté pour quelque cause que ce soit», ce qui évite tout doute.

La loi nouvelle prévoit la possibilité de déléguer l'autorité parentale, délégation qui existait déjà par exemple en faveur des enseignants¹⁸.

Afin d'éviter ce que pourrait avoir de compliqué l'obligation pour les parents de donner collégialement tous les consentements nécessaires, l'article 245c nouveau prévoit que:

À l'égard des tiers de bonne foi le père ou la mère est réputé agir avec l'accord de l'autre lorsqu'il a accompli seul un acte d'autorité à l'égard de leur enfant.

Une telle proposition figure également dans le *Rapport sur la famille* de l'Office de révision du Code civil¹⁹ et le commentaire précise qu'il s'agit là d'une présomption irréfragable. Une telle disposition bien qu'indispensable pour les besoins de la vie quotidienne risque, dans certains cas, de provoquer des abus²⁰. Des parents en désaccord n'auront d'autres recours que de s'adresser aux tribunaux s'ils veulent éviter de voir toujours l'emporter la décision du premier arrivé. L'article 245d nouveau prévoit d'ailleurs que:

Le père ou la mère peut, sur requête, saisir le tribunal de tout différend relatif à l'exercice de l'autorité parentale.

Le tribunal ordonne alors les mesures appropriées dans l'intérêt de l'enfant.

Cette disposition, très large, se comprend bien puisque l'exercice de l'autorité parentale se répartit également entre les parents. Aucun d'eux ne peut donc prétendre avoir un droit de priorité dans les décisions. Il semble indispensable de recourir à un arbitre en cas de conflit. L'intérêt de l'enfant sera évidemment la considération prépondérante qui devra inspirer la décision du tribunal. La notion de l'intérêt de l'enfant a fait l'objet d'une abondante jurisprudence, notamment en matière de garde²¹. Il faut rappeler que cet intérêt inspire la nouvelle loi sur la protection de la jeunesse²² dont l'article 3 déclare que:

Le respect des droits de l'enfant doit être le motif déterminant des décisions prises à son sujet en vertu de la présente loi.

Ce même principe apparaît sous une autre forme dans la Charte des droits et

¹⁷ *Rapport sur la famille* (2^e partie), *op. cit.*, art. 6, alinéa 2.

¹⁸ Voir J.L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, Montréal, P.U.M., 1973 n° 286; *Ruest c. Provencher*, [1968] R.L. 378 (C.P.)

¹⁹ *op. cit.*, art. 7

²⁰ Voir M. CASTELLI, *Commentaires sur le Rapport de l'O.R.C.C. de la famille*, (1976) 17C. de D. 577 à la p. 578.

²¹ Voir notamment M. Ouellette LAUZON, *Notion de l'intérêt de l'enfant*, (1974) 9R.J.T. 367; E. DELEURY, M. RIVET et J.M. NAULT, *loc. cit.* à la p. 841 et suivantes; *Talski c. Talski*, [1976] 2 R.C.S. 292.

²² *Loi n° 24* sur la protection de la jeunesse, sanctionnée le 19 décembre 1977.

libertés de la personne²³ et a été repris à plusieurs reprises, dans les projets de réforme du droit familial de l'Office de révision du Code civil²⁴.

Les tribunaux prennent de fréquentes décisions affectant l'autorité des parents en dehors des cas de divorce et de séparation de corps. Le tribunal peut ainsi décider de la garde lorsque les parents sont simplement séparés de fait²⁵ ou lorsqu'ils ne sont pas mariés²⁶. Moins fréquemment, un différend peut surgir lorsque les parents sont toujours mariés et font vie commune mais que l'enfant a été confié à une tierce personne²⁷.

Ce que la loi nouvelle semble ajouter, c'est le pouvoir pour les tribunaux de trancher un différend entre les parents relatif à une décision de la vie courante et concernant, par exemple, la religion ou l'éducation de l'enfant alors que la garde de ce dernier n'est pas mise en question. Il ne sera plus possible en effet de s'en remettre, comme on le faisait jusqu'à présent, à la prédominance que l'article 243 accordait aux décisions du père. Cette innovation va obliger le juge à prendre des mesures plus concrètes que celle qui consiste tout simplement à donner la garde de l'enfant au parent ou même au tiers qui en paraît le plus digne.

On peut avoir des doutes sur l'opportunité de s'en remettre au tribunal pour une décision concernant l'école ou la religion de l'enfant. C'est pourquoi la disposition analogue proposée par le projet de droit familial était destinée à être appliquée par un tribunal de la famille, pourvu des services complémentaires spécialisés indispensables pour être à même d'harmoniser les relations entre parents et enfants²⁸. Il est donc possible, nous le verrons plus loin, qu'on puisse assister à un fractionnement de l'autorité parentale entre ses divers attributs même entre parents faisant vie commune.

Finalement, étant donné que l'autorité parentale a maintenant en principe deux titulaires, la loi s'est préoccupée de la concordance toutes les fois que le Code civil ou une loi mentionnait simplement le consentement du seul père ou du titulaire de la puissance paternelle. Il en est ainsi de l'article 20 (ancien) du Code civil qui parlait «d'autorité paternelle», expression impropre sous l'empire de l'ancien article 243, mais qui laissait pressentir déjà celle de «titulaire de l'autorité parentale» à laquelle

²³ Art. 39

²⁴ O.R.C.C., *Rapport sur la Famille* (1^{re} partie) Montréal, XXXVI, 1974, art.X:

L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante dans toute décision qui le concerne, qu'elle soit prise par ses parents, les personnes qui en ont la garde ou par l'autorité judiciaire.

Dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, le tribunal tient compte, notamment, de l'âge du sexe, de la religion, de la langue, du caractère de l'enfant, de son milieu familial ou des autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

Voir également *Rapport sur La Personnalité juridique*, O.R.C.C., Montréal XVIII, 1976, art.26.

Dans le projet global du Code, actuellement sous presse, ce principe figurera au début du Livre des Personnes.

²⁵ *Currier c. Sabourin-Currier*, [1975] C.S. 460.

²⁶ Voir, par exemple *Wojtsack c. Chaulk*, [1975] C.S. 495.

²⁷ Cela arrive par exemple lorsque la garde de l'enfant est pour une raison quelconque confié à un tiers; voir *Taillon c. Donaldson*, supra note 8; *Hubert c. Gélinas*, supra note 8.

²⁸ Voir, O.R.C.C., *Rapport sur le Tribunal de la Famille*, Montréal, 27, pages 49 et suivantes.

elle a fait place. La modification de l'article 21 du Code civil est plus profonde puisque la titulaire de «l'autorité paternelle» dont le consentement était nécessaire au mineur pour régler les conditions de ses funérailles et le mode de disposition de son cadavre est remplacé par le père *ou* la mère. On comprend évidemment qu'il s'agit là d'une décision de portée beaucoup moins grave que le consentement à l'aliénation d'une partie de son corps ou à subir une expérimentation. On peut se demander, néanmoins, dans le cas de l'article 20, si l'actuel article 245c va s'appliquer. Le médecin, l'hôpital, devant le consentement d'un parent à ce que son enfant mineur donne, par exemple, son rein à son frère va-t-il considérer que ce parent est réputé agir avec l'accord de l'autre? Ne faudrait-il pas dans des cas de cette gravité exiger le consentement des deux ou faut-il considérer que l'intervention du juge de la Cour Supérieure est une garantie suffisante?

La nouvelle loi se préoccupe d'introduire le principe d'égalité des parents dans toutes les autres dispositions législatives puisque l'article 245j prévoit que:

À moins que le contexte ne le permette manifestement pas, l'on doit étendre au père et à la mère l'application d'une loi ou d'un règlement d'application d'une loi qui confère un droit ou impose une obligation à l'un deux à l'égard de l'enfant.

À côté de cet article du Code, la loi elle-même répète ce principe²⁹.

Une dernière modification nécessitée par le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale concerne l'alinéa 2 de l'article 1054 du Code civil qui se lira dorénavant comme suit:

Le titulaire de l'autorité parentale est responsable du dommage causé par l'enfant sujet à cette autorité.

Bien qu'il s'agisse, d'après les notes explicatives, de la loi, d'une simple modification de concordance, elle pose des problèmes d'importance lorsque l'autorité parentale est fractionnée, certains de ses attributs étant accordés à un parent à l'exclusion de l'autre ou à une tierce personne à l'exclusion des parents. Il faut se demander alors si le parent ou le tiers exerce l'autorité parentale à l'exclusion des autres.

II.— EXERCICE.

Les principaux attributs de la puissance paternelle ou, selon certains, ses éléments constitutifs³⁰, sont les devoirs d'entretien et de surveillance, le droit de garde et le droit de correction. Nous n'envisagerons pas, ici, certaines prérogatives spéciales comme le droit de consentir au mariage ou d'y faire opposition.

²⁹ Art. 9: «Lorsqu'une loi ou un règlement d'application d'une loi mentionne soit le père soit la mère comme titulaire d'un droit ou débiteur d'une obligation à l'égard de son enfant, cette loi ou ce règlement, à moins que le contexte ne le permette manifestement pas, est réputé également conférer le droit ou imposer l'obligation à celui des parents qui n'y est pas mentionné.»

³⁰ E. DELEURY, M. RIVET, J.M. NAULT, *op. cit.*, p. 831.

La loi nouvelle n'énumère pas les attributs et ne semble pas les modifier. Le projet de droit familial essaye d'en présenter une liste dans la disposition suivante:

Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant.

Ils représentent l'enfant dans tous les actes de la vie civile³¹.

Le droit de correction n'est pas mentionné. Cette omission qui a été critiquée³² sera réparée dans le projet final de Code civil.

Le projet donne aussi aux parents le pouvoir de représenter leur enfant, étape qui n'a pas été franchie par la présente loi qui ne modifie pas l'organisation actuelle de la tutelle sauf sur un point de détail³³.

Les commentateurs de cette disposition font remarquer très justement que la garde est l'attribut principal dont découle les autres droits et ne se limite pas à la simple idée de cohabitation entre parents et enfants sous le même toit. «Il est difficile, en effet, de concevoir la garde sans que lui soit soumis l'ensemble des moyens et des contraintes propres à l'exercice des autres prérogatives de l'autorité parentale, telles la surveillance, l'éducation³⁴, etc.»

La garde est à la fois un droit et un devoir³⁵. Le droit est traduit par l'obligation pour l'enfant de vivre sous le toit de ses parents qui est reprise dans l'article 245a (nouveau) lequel remplace l'article 244 (ancien). Le devoir est sanctionné par le Code criminel qui prévoit la sanction de l'abandon ou de «l'exposition» d'enfant³⁶. Le titulaire de l'autorité parentale peut revendiquer la garde, contre ceux qui détiendrait l'enfant illégalement, par la procédure *d'habeas corpus*³⁷.

L'attribution de la garde à un seul parent ou même à un tiers amène un fractionnement de l'autorité parentale qui peut avoir une influence sur son exercice et sur l'efficacité de l'article 244 (nouveau).

Le projet de l'Office de révision du Code civil dit bien: «Les parents exercent ensemble l'autorité parentale à moins qu'elle n'ait été judiciairement attribuée à l'un d'eux³⁸.» Cette restriction n'apparaît pas dans la loi nouvelle. Il faut noter qu'il y a peut-être dans le projet une confusion entre autorité parentale et garde. En principe, en effet, les parents ont d'office les devoirs qui découlent de l'autorité parentale et cette situation juridique comporte une permanence, malgré les vicissitudes de la vie

³¹ *Rapport sur la famille* (2^e partie), *op. cit.*, art. 5.

³² M. CASTELLI, *loc. cit.*, à la p. 579.

³³ Art. 296a (nouveau).

³⁴ *Rapport sur la famille* (2^e partie), *op. cit.*, à la p. 42.

³⁵ Voir notamment, Y. BUFFELAN-LANORE, *Autorité parentale*, Juris-Classeur Civil, art. 371-387 (Fasc. 1), n° 84 et s.

³⁶ Art. 200. C. Cr.

³⁷ Art. 851. C.P.C.; *Stevenson c. Florent*, *supra* note 8; *Kivenko c. Yagod*, [1928] R.C.S. 421; *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501.

³⁸ *Rapport sur la famille* (2^e partie), *op. cit.*, art. 6, al. 2.

conjugale. Si les parents sont séparés de fait, celui des deux qui a la garde effective de l'enfant exerce certes l'autorité parentale, mais l'autre parent reste tenu de toutes ses obligations et, s'il y a désaccord entre eux, il doit faire régler le problème par les tribunaux.

La dissolution ou le relâchement des liens du mariage ne délie pas le parent qui n'a pas la garde de ses obligations et ne le prive pas de ses droits. Ce principe est exprimé à l'article 215 du Code civil. La Cour d'Appel déclarait dans une affaire récente: «En confiant la garde des enfants à l'un des conjoints divorcés, le tribunal ne libère pas l'autre de son obligation de s'intéresser à l'éducation de ses enfants et d'y contribuer en maintenant avec eux des relations aussi étroites que possible... L'appelante conserve à l'égard de ses enfants tous les droits qu'elle avait lorsqu'elle vivait avec son mari et qui ne sont pas devenus incompatibles avec le droit de l'intimé à la garde des enfants³⁹».

Le conjoint divorcé qui n'a pas la garde exerce ses droits grâce au droit de visite auquel l'autre parent ne peut faire obstacle. Ce droit peut être assorti de conditions⁴⁰ ou même supprimé⁴¹ dans le but de protéger l'enfant de mauvaises influences. Le droit de visite se heurte parfois au désir du parent qui a la garde de quitter le Québec et le tribunal est alors appelé à réaménager les droits de garde et de visite autant que faire se peut⁴².

Le parent qui est privé de son droit de visite perd à toute fin pratique l'exercice de l'autorité parentale. De toute manière, en pratique, même lorsqu'il y a droit de visite, c'est le parent qui a la garde qui prendra les décisions concernant l'éducation de l'enfant et celui qui n'a pas la garde devra, s'il n'est pas satisfait, s'adresser au tribunal pour demander le changement de celle-ci⁴³.

Il semble donc, que lorsque la garde est accordée à un parent, le titulaire de l'autorité parentale pour les fins du Code soit bien ce parent, même si l'autre conserve certains attributs de l'autorité parentale.

La situation est plus compliquée lorsque la garde elle-même a fait l'objet d'un fractionnement. En effet, la garde légale peut être accordée à un parent et la garde physique à l'autre ou à un tiers ou, encore, la garde peut être accordée aux deux parents conjointement. Dans la première hypothèse⁴⁴ les décisions importantes concernant l'éducation, la religion de l'enfant et d'autres domaines devraient être

³⁹ Hébert c. Landry, [1975] C.A. 108 (M. le juge Mayrand); voir également F. HÉLEINE, *Chronique de droit familial*, (1974) 5 R.G.D. 370, N° 16.

⁴⁰ Bilodeau c. Thibault, C.S. Drummond 2061.D, 25 septembre 1972, (1972) 7 R.J.T. 260 et la note de F. Héleine.

⁴¹ Robitaille c. Cloutier, [1973] R.P. 125 (C.S.) (ce cas a été porté en appel;) X. c. Y., [1977] R.P. 71 (C.S.).

⁴² Guilbault c. Schneiderman, [1974] C.S. 180; Beaudoin c. Stankevicius, [1972] C.A. 604; Moss c. Netcher-Moss, [1975] C.S. 1141.

⁴³ Par exemple pour des raisons religieuses, voir Rochon c. Castonguay, [1961] B.R. 29 conf. par [1961] R.C.S. 359; dans la même affaire: Castonguay c. Rochon, [1966] B.R. 291.

⁴⁴ Voir notamment, M. c. P., [1976] C.S. 1445; Goulet c. Chartier, [1977] R.P. 88 (C.S.); Demers c. Perreault, [1974] C.S. 530.

prises par le parent qui a la garde légale tandis que la surveillance de tous les jours est exercée par la personne qui a la garde physique. Comment appliquer, alors, la présomption de l'article 245c? Il semble, à la lecture de ce texte, qu'il ne s'applique qu'entre père et mère et que le tiers qui a la garde physique ne pourrait s'en prévaloir. Quand la garde est ainsi fractionnée entre les deux parents le problème paraît rester entier. De plus, on peut se demander ce qui arrive lorsque la garde *légale* est confiée à un tiers ce qui paraît s'être produit⁴⁵ bien que cette solution soit controversée⁴⁶.

L'autre type de fractionnement de garde, son attribution conjointe à des parents divorcés ou séparés⁴⁷, est assez nouveau. Ainsi que le déclare M. le juge Gervais, dans l'affaire *Favreau c. Ethier*⁴⁸, «la règle générale veut que la garde juridique d'un enfant soit accordée à un des parents, sauf circonstances exceptionnelles. Ni le Code civil, ni le Code de procédure civile, ni le *Loi du divorce* n'interdisent d'accorder la garde conjointement aux père et mère. Bien au contraire, on accorde au tribunal un pouvoir discrétionnaire absolu qui doit guider le juge et ce, toujours dans le meilleur intérêt des enfants.» Dans les cas où l'enfant passe, par exemple, la semaine chez un parent et les fins de semaines chez l'autre, les règles générales devraient vraisemblablement s'appliquer. Un tel arrangement ne se concevant d'ailleurs pas sans un minimum de coopération entre les parents, il est normal qu'ils conservent tous deux le plein exercice de l'autorité parentale.

Les parents pourraient-ils convenir eux-même du titulaire de l'autorité parentale? Ils peuvent, certes, au moment d'un divorce ou d'une séparation de corps se mettre d'accord sur la garde des enfants et la pension alimentaire. Un tel accord, s'il est raisonnable, peut être entériné par le tribunal et incorporé dans le jugement⁴⁹. Si la convention n'est pas entérinée par le tribunal, elle ne sera pas exécutoire entre les époux qui ne peuvent pas déroger aux devoirs que la loi ou le tribunal leur impose⁵⁰. En outre, l'article 1259 nouveau interdit aux futurs époux de déroger par contrat de mariage, aux droits qui leur sont conférés par le titre de l'autorité parentale. Il s'agit là, dans cet article, du simple remplacement de la «puissance paternelle» par «l'autorité parentale».

Une autre situation qui peut donner lieu à certaines hésitations quant à l'exercice de l'autorité parentale est celle du placement pour adoption. La *Loi de l'adoption*⁵¹

⁴⁵ Y. c. X. supra note 41; la garde légale avait été confiée au frère de la mère (M. le juge Migneault)

⁴⁶ Voir *Goulet c. Chartier*, supra note 44. Dans cette décision, M. le juge Péloquin déclare que le Code civil ne prévoit pas qu'on puisse donner la garde légale à un tiers, sauf dans le cas d'une mesure provisoire. Voir aussi *Perrault c. Demers*, supra note 44; E. DELEURY, *Les enfants du divorce sont-ils les enfants du mariage*, (1976) 17 C. de D. 935 à la page 952.

⁴⁷ *Favreau c. Ethier*, [1976] C.S. 48; *Benoit c. Bisailon*, [1976] C.S. 1651.

⁴⁸ Supra, note 47.

⁴⁹ Voir, par exemple, *Benoit c. Bisailon*, supra, note 47; *Dussault Caron c. Caron*, [1974] C.S. 45; *Hébert c. Maheu*, [1973] C.S. 420; *Marcotte c. Marcotte*, [1973] R.P. 120 (C.S.); voir également A. MAYRAND, *Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre époux séparés*, (1960) 20 R. du B 1; *Conventions de séparation entre époux*, (1971) 73 R. du N. 411.

⁵⁰ *Le Rapport sur la Famille* (1^{ère} partie), op. cit., art 74 et s. propose que de telles conventions entre époux puissent être faites à l'occasion d'une séparation de fait. Encore une fois, de tels accords ne seraient exécutoires qu'une fois entérinés par le tribunal.

⁵¹ L.Q. 1969, c 64, art. 17

prévoit que, à compter du placement en vue de l'adoption, le père ou la mère ne peut obtenir la garde de l'enfant sans l'autorisation du tribunal. À partir de ce moment, il devient évident que les parents ont perdu l'exercice de l'autorité parentale⁵². Il leur faut intenter une action en interruption de placement pour récupérer l'enfant⁵³ et ils ne peuvent se contenter d'un *habeas corpus*⁵⁴. Qu'arrive-t-il pendant la période intermédiaire entre le consentement à l'adoption fait au centre de services sociaux et le placement? Il semble que la garde, si elle appartient en fait au centre de services sociaux ne soit pas formellement enlevée aux parents; ceux-ci peuvent la reprendre à moins que le tribunal ne décide que ce serait contraire à l'intérêt de l'enfant⁵⁵.

Le Projet de réforme du Code propose une solution à ce problème. Le consentement du parent à l'adoption aurait pour effet d'entraîner une délégation de l'autorité parentale au centre de services sociaux⁵⁶ tandis que la déclaration judiciaire d'abandon ou «d'adoptabilité»⁵⁷ aurait pour effet de conférer l'autorité parentale soit au dit centre soit à la personne à qui la garde de l'enfant a été confiée⁵⁸.

La fragmentation de l'autorité parentale soulève des problèmes en ce qui concerne l'interprétation de l'article 1054 (nouveau). Le «titulaire de l'autorité parentale» s'entend des deux parents, dans les circonstances normales. Un des deux pourrait-il s'exonérer? Sous l'empire de l'ancien article 1054, M. Jean-Louis Baudouin écrivait que «à une égalité de rôle devrait correspondre une égalité de responsabilité» tout en ajoutant que la responsabilité de la mère n'était engagée que dans les hypothèses où elle exerçait seule la garde, la surveillance, le contrôle ou l'éducation de l'enfant⁵⁹. Il semblerait donc que le titulaire de l'autorité parentale soit, aux termes de l'article 244 nouveau, les père et mère exerçant ensemble l'autorité parentale, sauf si l'un des deux est incapable de manifester sa volonté. Par contre, en cas de divorce et de séparation de corps, lorsque la garde a été attribuée à un parent, celui-ci devrait être le titulaire de l'autorité parentale visé par l'article 1054 nouveau⁶⁰. Une telle interprétation n'est pas conforme à celle des commentateurs du Projet de Code civil qui soutiennent que si l'autorité parentale est accordée à l'un des deux parents, l'autre ne pourrait s'exonérer qu'en prouvant que le préjudice ne résulte pas de l'inexécution de

⁵² X c. Z, [1975] C.S. 290; *Monsieur et Madame X*, [1975] C.B.E.S. 385; Y. c. *Social Service Center* (mis en cause), [1975] C.B.E.S. 389; voir commentaire de M. CASTELLI, *De l'adoption et de «l'abandon» d'un enfant légitime ou l'art de tourner la loi*, (1977) 18 C. de D. 931.

⁵³ Héleine G. c. *Centre T.*, [1976] C.B.E.S. 2001

⁵⁴ D. v. *Plouffe*, [1976] R.P. 177 (C.S.)

⁵⁵ G. c. H., [1976] C.A. 757; Voir par contre un cas où la Cour supérieure accorde la garde d'un enfant confié à un Centre de services sociaux à son père naturel: M. c. P. et le *Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, [1976] C.S. 1445.

⁵⁶ *Rapport sur la famille* (1^{re} partie), *op. cit.*, art. 142.

⁵⁷ La «déclaration judiciaire d'abandon» demandée par le centre de services sociaux ou le particulier qui prend soin de l'enfant est destinée à mettre fin à la période d'incertitude concernant l'état d'abandon de l'enfant. Elle a pour but de le déclarer adoptable. L'appellation «déclaration d'abandon» a été remplacée dans le projet de Code par celle, contestable (au point de vue de la langue française), de «déclaration d'adoptabilité», qui décrit mieux son but.

⁵⁸ *Rapport*, *op. cit.*, art. 150.

⁵⁹ *op. cit.*, n° 252.

⁶⁰ A. et R. NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971, à la page 355.

ses devoirs⁶¹. Cela voudrait dire que, pour les fins de l'article 1054, le titulaire de l'autorité parentale demeurerait en principe les deux parents même si la garde a été attribuée à un seul d'entr'eux. Cette solution cadre mal avec l'article 6 du Rapport sur la famille qui parle d'*autorité parentale* judiciairement attribuée, ainsi que nous l'avons vu plus haut. Quoi qu'il en soit, en cas de fractionnement de l'autorité parentale son «titulaire» risque d'être difficile à déterminer.

Si l'exercice de l'autorité parentale entraîne des devoirs et des responsabilités, son abus peut entraîner des sanctions.

III.— ABUS DE L'AUTORITÉ PARENTALE.

Le recours au tribunal prévu par l'article 245d nouveau pourra amener le juge à substituer sa décision à celle des parents s'il estime que ceux-ci usent mal de leur autorité. D'autre part, lorsque la garde d'un enfant a été attribuée à un parent, à l'exclusion de l'autre, tout abus d'autorité de la part du parent qui a la garde peut entraîner la révision de la décision si l'intérêt de l'enfant l'exige. Nous n'entrerons pas dans les détails d'un domaine qui est bien connu. La loi du 17 novembre 1977 prévoit une sanction particulière des abus graves de l'autorité parentale: la déchéance de cette autorité. L'article 245e dispose, en effet, que:

Le tribunal peut, sur requête, pour motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer la déchéance totale ou partielle de l'autorité à l'égard du père ou de la mère ou des deux.

La loi nouvelle introduit ainsi, dans le droit civil, une solution déjà ébauchée dans l'article 15 de l'ancienne Loi de la protection de la jeunesse⁶² et qui existe dans un grand nombre d'autres législations⁶³. Aux termes de ce texte législatif, l'enfant pouvait être enlevé aux parents, mais ceux-ci conservaient la jouissance de la puissance paternelle, même s'ils en perdaient l'exercice. En outre, un parent à qui l'enfant avait été retiré, suite à des mauvais traitements, pouvait néanmoins, quelques années plus tard, lui réclamer des aliments s'il se trouvait dans le besoin. Cela ne sera plus possible avec la réforme puisque le parent qui se verra déchu de l'autorité parentale perdra, en vertu de l'article 245f tout droit alimentaire vis-à-vis de l'enfant. Par contre, l'enfant, en vertu de l'article 245g, conservera tous ses droits à l'égard du parent qui a fait l'objet d'une déchéance.

L'article 245e n'énumère pas les motifs graves qui peuvent décider le juge à imposer cette sanction. Le Rapport sur la famille de l'Office de révision du Code civil prévoit la déchéance dans le cas où le parent est condamné pour crime sur la personne de l'enfant, néglige gravement ses devoirs envers lui, l'abandonne pendant plus de six mois ou abuse manifestement de son autorité⁶⁴. Il s'agit là d'une énumération

⁶¹ Le texte de cet article figurera dans le Livre des Obligations. Le projet de code civil est actuellement sous presse.

⁶² S.R.Q. 1964, c. 220.

⁶³ C.C. français, art. 373 et s.; C.C. suisse, art. 285 et s.; C.C. allemand, art. 1676 et s.; Ontario: *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, s. 33 et 86. Voir, à ce sujet, H.T.G. ANDREWS, *Family Law in the Family Courts*, Toronto, Carswell, 1973, p. 94 et s.

⁶⁴ *Rapport sur la famille* (2^e partie) op. cit. art. 10. Dans la version finale du projet de Code civil, l'abandon pendant six mois a été éliminé.

limitative, mais, peut-être, vaut-il mieux ne pas restreindre le pouvoir des tribunaux qui en usent d'ailleurs avec modération, comme en témoigne le caractère extrêmement sérieux des motifs pour lesquels la Cour du Bien-être social pouvait enlever un enfant à ses parents, en vertu de l'ancienne loi de la protection de la jeunesse⁶⁵.

À la différence de la loi nouvelle, le projet de réforme du droit familial détermine la personne qui peut présenter la requête. Il est important de souligner le droit de l'enfant de formuler lui-même le demande de déchéance⁶⁶. Les rédacteurs du projet expliquent que, en cas de retrait partiel, le parent se verrait enlever certains des droits qui découlent de l'autorité parentale et dont il a fait un mauvais usage. Il pourrait s'agir du droit de garde, du droit de surveillance, du droit d'éducation ou du droit de représentation. Le Projet suggère que le retrait ne s'étende qu'à l'enfant pour lequel la demande a été faite⁶⁷.

Au contraire, la loi nouvelle traite de la déchéance et du retrait ensemble puisqu'elle prévoit à l'article 245f que l'un et l'autre s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés à moins que le tribunal n'en décide autrement. Cette réserve permettrait toutefois au juge d'arriver au même résultat et de limiter l'effet du retrait à l'enfant qu'il concerne.

Le projet de droit familial prévoit également la révision possible d'une décision de déchéance ou de retrait étant donné le principe, généralement accepté en droit familial, suivant lequel une décision judiciaire peut toujours être modifiée ou révoquée si des faits nouveaux le justifient⁶⁸.

La déchéance de la puissance paternelle doit nécessairement, lorsqu'il s'agit de la déchéance des deux parents, entraîner un certain nombre de mesures de protection de l'enfant. Celles-ci sont précisées dans la loi nouvelle sur la protection de la jeunesse qui énumère à l'article 38 toutes les situations dans lesquelles la sécurité ou le développement d'un enfant sont considérés comme compromis. Cette même loi dispose, en outre, que lorsque la Cour supérieure a prononcé la déchéance totale de l'autorité parentale à l'égard des deux parents, le directeur de la Protection de la jeunesse devient tuteur d'office de l'enfant lorsque celui-ci n'est pas pourvu d'un tuteur nommé en vertu du Code civil⁶⁹. Lorsque la Cour supérieure prononce la déchéance partielle de l'autorité parentale à l'égard des deux parents, elle peut également nommer le directeur tuteur de l'enfant si celui-ci n'a pas déjà un tuteur. Un directeur de la protection de la jeunesse est nommé dans chacun des centres de services sociaux⁷⁰. Sa tâche consiste notamment à prendre les mesures d'urgence qui s'imposent quand un enfant voit sa sécurité ou son développement compromis et à prendre cet enfant en charge⁷¹.

⁶⁵ *Affaire X*, [1972] R.L. 379, (C.B.E.S.).

⁶⁶ *Rapport sur la famille* (2^e partie), *op. cit.*, art. 11.

⁶⁷ *Ibid.*, art. 12 et 14.

⁶⁸ *Ibid.*, art. 16.

⁶⁹ Art. 72.

⁷⁰ Art. 31.

⁷¹ Art. 33.

CONCLUSION

On ne peut que se réjouir de l'entrée en vigueur d'une loi qui vient améliorer la condition des enfants et mettre fin à une inégalité entre les parents dont le caractère anachronique était devenu criant.

Certes, il faut se méfier des révisions fragmentaires. Néanmoins, lorsque la révision apporte une amélioration du sort des enfants, on aurait mauvaise grâce à ne pas se féliciter du fait que le législateur n'a pas attendu le dépôt du projet global du Code civil.

Telle quelle, la présente loi n'est pas parfaite. La jurisprudence viendra sans doute raffiner la notion de «titulaire de l'autorité parentale» mais on ne peut s'empêcher de regretter quelques imprécisions de rédaction. Ainsi, il aurait été bon d'indiquer qui peut demander la déchéance de l'autorité parentale et de prévoir au moins une révision dans le cas du simple retrait d'un des attributs de cette autorité. Il est probable que ces quelques imperfections disparaîtront lors de l'intégration de ces articles dans un Code qui présentera un système complet de protection et de représentation de l'enfant.