

La puissance paternelle et les cas de garde d'enfants au Québec, 1866-1928

Cynthia S. Fish

Volume 57, Number 4, Spring 2004

« Féminin/masculin : l'histoire du genre »

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/009640ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/009640ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Institut d'histoire de l'Amérique française

ISSN

0035-2357 (print)

1492-1383 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Fish, C. S. (2004). La puissance paternelle et les cas de garde d'enfants au Québec, 1866-1928. *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 57(4), 509–533. <https://doi.org/10.7202/009640ar>

Article abstract

This article examines the construction of the discourse of « paternal authority » within the Quebec legal system between 1866 and 1928, as reflected in child custody decisions. Judges consistently championed the model of the traditional, hierarchical family when it granted custody to the biological parent rather than to a foster home. As of the 1890s however, new insight into the needs of children called into question the contribution of each parent. Fathers began to be excluded from the possibility of receiving custody because the demands of their jobs were seen as preventing them from properly watching over their children.

La puissance paternelle et les cas de garde d'enfants au Québec, 1866-1928

CYNTHIA S. FISH¹
Université de Sherbrooke

RÉSUMÉ • Cet article analyse l'élaboration du discours autour de la puissance paternelle dans le système judiciaire québécois entre 1866 et 1928 à travers les décisions prises dans les cas de garde d'enfants. La magistrature défendait le modèle de la famille traditionnelle et hiérarchique quand elle accordait la garde au parent biologique plutôt qu'à un foyer nourricier. À partir des années 1890 cependant, les perceptions nouvelles des besoins des enfants remettent en question l'apport de chaque parent. Les pères se voient écartés de la possibilité de recevoir la garde parce que les exigences reliées à leur emploi les empêcheraient de bien veiller sur leurs enfants.

ABSTRACT • This article examines the construction of the discourse of «paternal authority» within the Quebec legal system between 1866 and 1928, as reflected in child custody decisions. Judges consistently championed the model of the traditional, hierarchical family when it granted custody to the biological parent rather than to a foster home. As of the 1890s however, new insight into the needs of children called into question the contribution of each parent. Fathers began to be excluded from the possibility of receiving custody because the demands of their jobs were seen as preventing them from properly watching over their children.

1. Je remercie les évaluateurs pour leurs précieux conseils, ainsi que l'équipe de rédaction de la *Revue d'histoire de l'Amérique française*, en particulier Aline Charles.

CET ARTICLE analysera la construction et la déconstruction du discours autour de la puissance paternelle tel qu'il est défini et promu par le système judiciaire québécois, entre 1866 et 1928², à travers les décisions prises dans les cas de garde d'enfants. Dans un premier temps, nous examinerons les arguments mis en avant par les avocats, juges et commentateurs, pour la défense de la nature absolue de la puissance paternelle. Alors que les magistrats du Québec maintenaient assidûment l'unité familiale en accréditant les parents biologiques plutôt que les parents adoptifs, ils en sont venus à considérer le père moins essentiel que la mère pour assurer le bien-être de l'enfant à l'intérieur même de la famille. Ainsi, vers 1900, c'est le père qui devait démontrer l'inaptitude de la mère pour la garde de ses enfants; autrement, la Cour les confiait à celle-ci à titre de *gardienne naturelle* nonobstant l'article 243. Nous examinerons ce changement en analysant le discours tenu sur les besoins des enfants, et sur les capacités des parents respectifs à les combler.

L'article 243 du Code civil est explicite quant au droit absolu du père : «L'enfant est soumis à l'autorité de son père et de sa mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais le père exerce seul cette autorité au cours du mariage.» Au Québec, avant l'amendement du Code civil de 1977 qui substitua l'autorité parentale à la puissance paternelle, les privilèges du père étaient régis par les articles 243 à 248 qui définissaient les limites, les droits et les devoirs des parents et des enfants. Essentiellement, ces articles confirmaient le droit du père sur la personne de ses enfants légitimes, lequel n'était dévolu à la mère qu'en cas de mort, d'incapacité ou d'absence du père. Le droit de ce dernier n'était alors révocable que par la Cour, et ce, pour un motif grave. Cependant, malgré la nature très patriarcale du Code dans les cas de séparation,

2. Ces dates correspondent respectivement à l'entrée en vigueur du Code civil et au dernier cas significatif de garde d'enfant attestant l'inviolabilité de la puissance paternelle, celui de *Yagoda c. Kivenko* (1928), 44, *RJQ*, 330. En 1929, le premier ministre du Québec, L.-A. Taschereau établit la Commission Dorion, une commission mandatée de revoir certaines lois considérées nuisibles aux femmes. Pour une brève histoire de la codification du Code civil, voir J. Brierly, «Quebec Civil Law Codification», *McGill Law Journal*, 14,4 (1968): 522-589; B. Young, *The Politics of Codification: The Lower Canadian Civil Code of 1866* (Montréal, McGill-Queen's University Press, 1994); E. H. Reiter, «Imported Books, Imported Ideas: Reading European Jurisprudence in Mid-Nineteenth Century Quebec», *Law and History Review*, 22,3 (à paraître). (En ligne: http://www.press.uillinois.edu/journals/lhr/rei22_3.pdf). Pour une discussion autour de la Commission Dorion, voir J. Stoddart, «Quebec's Legal Elite Looks at Women's Rights: The Dorion Commission 1929-1931», dans D. H. Flaherty, dir., *Essays in the History of Canadian Law* (Toronto, The Osgoode Society, 1981), 1: 323-357.

l'article 214 prévoyait confier le plus ordinairement la garde des enfants à la partie lésée. «Les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, à moins que le tribunal, après avoir consulté le conseil de famille, s'il le juge convenable, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux soient confiés aux soins de l'autre époux, ou d'une tierce personne.» L'interprétation des tribunaux, à travers des jugements contradictoires, peut susciter des interrogations à propos de la manière dont le système judiciaire percevait la famille et de la façon dont il établissait et favorisait les rapports entre ses membres.

HISTORIOGRAPHIE

Plusieurs champs historiographiques ont alimenté cette recherche. Les historiens du droit de la famille au Québec ont souligné à maintes reprises la nature patriarcale du Code civil. Au Québec en particulier, les études sur l'héritage ont suscité d'importants débats en ce qui a trait à la transmission des biens à l'intérieur de la structure familiale³. L'analyse d'André Morel sur la liberté testamentaire⁴ démontre qu'avant 1940, malgré une apparente liberté absolue en matière testamentaire, les juges statuent régulièrement en faveur de la famille légitime plutôt qu'en faveur de la concubine. Il interprète cette attitude comme un indice du désir des tribunaux de renforcer l'unité familiale traditionnelle et de décourager toute autre forme de cohabitation. Cette interprétation est aussi présentée par M. Boivin qui trace le profil des droits juridiques de la femme au Québec, soulignant l'incapacité juridique des femmes et la position dominante du mari⁵.

Dans les années 1980, plusieurs historiens se sont penchés sur la condition légale de la femme, et nous ont légué un panorama sur lequel nous distinguons les obstacles légaux et sociaux auxquels se sont butées

3. Le Collectif Clio, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles* (Montréal, Les Quinze, 1982), 149-152.

4. A. Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960). 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», *Cahier de droit*, 15 (1974) : 778-870 ; L. Baudoin, «Puissance paternelle», *Revue du Barreau*, 14 (1954) : 478-486 ; N. Roy, «L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», *Revue du Barreau*, 61,1 (2001) : 57-183.

5. M. Boivin, «L'évolution des droits de la femme au Québec : un survol historique», *CJWL/Rfd*, 2 (1986) : 53-68.

des mères et des femmes. Les études de C. Backhouse, R. Veinott, L. Chambers et M.-A. Cliche⁶ sur les questions de la garde des enfants mettent en relief les préjugés et le conservatisme des juges, les difficultés économiques qu'engendre un procès et celles qui sont propres aux familles monoparentales. Ces études ont souligné la puissance du patriarcat et sa nature presque homogène et imperméable dans le système judiciaire du Canada. Analysant les jugements rendus au Canada en matière de garde au XIX^e siècle, C. Backhouse montre que la conception traditionnelle selon laquelle l'enfant constituait « a species of paternal property⁷ » cède peu à peu la place à un modèle qui définit l'enfance « as a distinctive stage in life⁸ » requérant des soins particuliers. Un intérêt pour les besoins de l'enfant – bien plus que pour les droits des femmes – aurait ainsi présidé à cette évolution. Dans son introduction cependant, l'auteure note qu'une étude distincte serait nécessaire pour le Québec dont le Code civil, et l'article 214 en particulier, ne rejettent pas formellement la possibilité d'une garde maternelle. Par ailleurs, les recherches de M.-J. Blondin *et al.* sur les liens entre moralité conjugale et droits de garde au Canada dépeignent une magistrature relativement divisée entre 1950 et 1983. Si certains juges appliquaient à la lettre les articles 200 et 243, d'autres affirmaient par contre que « la dignité de la mère et le jeune âge de l'enfant demeurent des critères opposables à l'autorité parentale⁹ ». Le présent article se propose donc d'analyser les arguments invoqués par les hommes de loi québécois entre 1866 et 1929, alors qu'ils évoluent dans les eaux troubles des séparations conjugales et des conceptions changeantes de la famille et des besoins de l'enfant.

6. C. Backhouse, *Petticoats and Prejudice: Women and the Law in Nineteenth Century Canada* (Toronto, Women's Press, 1991), chap. 7; R. Veinott, « Child Custody and Divorce: A Nova Scotia Study 1866-1910 », dans P. Girard et J. Phillips, dir., *Essays in the History of Canadian Law III: Nova Scotia* (Toronto, University of Toronto Press, 1989), 273-302; L. Chambers, « "You Have No Rights, only Obligations": Putative Fathers and the Children of Unmarried Parents Act », dans L. Chambers et E. Montigny, dir., *Family Matters: Papers in Post-Confederation Canadian Family History* (Toronto, Canadian Scholars' Press 1998), 115-134; M.-A. Cliche, « Les procès en séparation de corps dans la région de Montréal 1795-1879 », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 49,1 (été 1995): 3-33.

7. C. Backhouse, « Shifting Patterns in Nineteenth-Century Canadian Custody Law », dans D. H. Flaherty, dir., *Essays in the History of Canadian Law*, *op. cit.*, 212.

8. *Ibid.*, 213.

9. M.-J. Blondin, D. Désy, F. Desrochers, A. Le Monnier, C. Lussier, R. Joyal-Poupart, « Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants », *Revue du Barreau* (1986): 105-148, 114.

Plusieurs historiens ont d'ailleurs abordé l'histoire de la famille par l'analyse du discours réformiste à la fin du XIX^e siècle. Ramsay Cook et surtout Andrew Jones et Neil Sutherland ont souligné l'intervention de l'État dans le domaine privé, et plus particulièrement ses actions directes visant la protection des enfants¹⁰. Pour les « réformateurs » la question était de savoir si, pour certains de ces enfants, la famille était véritablement l'endroit à privilégier. Neil Sutherland, par exemple, soutient que dans leurs tentatives de prévenir la délinquance juvénile, les réformateurs de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle étaient convaincus qu'un foyer adéquat et structuré, même s'il s'agissait d'un foyer d'accueil ou d'une maison de réforme pour délinquants juvéniles, était mieux adapté aux besoins de ces délinquants que la prison ou le retour dans leur famille nucléaire désormais éclatée¹¹. Bien que la présente étude ne porte pas sur la délinquance juvénile, il faut souligner que les tribunaux du Québec ont eu à tenir compte de cette problématique d'ordre social, surtout quand il fallait trancher sur la garde d'un enfant. Le débat autour des critères de choix entre une famille nourricière et le parent biologique constituera l'un des points analysés dans la première partie de cet article.

Malgré l'ouverture sur le genre dans l'historiographie, les études sur la condition masculine restent marginales¹². À part quelques études¹³, les

10. R. Cook, *The Regenerators: Social Criticism in Late Victorian English Canada* (Toronto, University of Toronto Press, 1985); A. Jones, *In the Children's Aid: J. J. Kelso and Child Welfare in Ontario* (Toronto, University of Toronto Press, 1981); N. Sutherland, *Children in English-Canadian Society: Framing the Twentieth-Century Consensus* (Toronto, University of Toronto Press, 1976, 2^e éd., 2000); D. Marshall, *Aux origines sociales de l'État-providence* (Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1998); K. Arnup, *Education for Motherhood: Women and the Family in Twentieth Century English Canada*, thèse de doctorat, Université de Toronto, 1991; C. Quesney, *Pour une politique de restauration familiale: une analyse du discours de l'école sociale populaire dans le Québec de l'entre-deux-guerre*, mémoire de maîtrise (histoire), Université du Québec à Montréal, 1998; T. Hareven, « The Voluntary Delinquent: Parents, Daughters and The Montreal Juvenile Delinquents Court in 1918 », *Canadian Historical Review*, 80,2 (juin 1999): 242-268.

11. N. Sutherland, *Children in English Canada: Framing the Twentieth Century Consensus* (Toronto, University of Toronto Press, 1976), chap. 4 et 5.

12. Selon K. McPherson, C. Morgan et N. Forestell, « In fairness, early women's historians recognized that what counted as "history" was in fact the history of men, and thus purposefully ignored chronicling the overstudied half of mankind, but an unintended result of this approach was that men's gendered behaviour was treated as "natural" and therefore left invisible », dans K. McPherson, C. Morgan et N. Forestell, dir., *Gendered Pasts: Historical Essays in Femininity and Masculinity in Canada* (Toronto, Ottawa University Press, 1999), 5.

13. C. Comacchio, « "A Postscript for Father": Defining a New Fatherhood in Interwar Canada », *Canadian Historical Review*, 78,3 (septembre 1997): 385-408; M. O'Brien, « Manhood and the Militia Myth: Masculinity, Class and Militarism in Ontario, 1902-1914 », *Labour/Le travail*, 42 (automne 1999): 115-141; R. Rutherford, « Fatherhood, Masculinity, and the Good Life during Canada's Baby Boom, 1945-1965 », *Journal of Family History*, 24,3 (juillet 1999): 351-373.

rôles domestiques des hommes constituent une zone floue sur l'horizon historiographique. Nous en savons beaucoup sur le patriarcat comme moyen de contrôle social sur les femmes et les mineurs, mais peu sur son effet réel ou même prescriptif sur les hommes eux-mêmes. Leurs rôles de frère, de fils, d'oncle, de père ou grand-père se dessinent encore mal dans l'historiographie. Pourtant, ceux qui ont tenté d'examiner l'introduction du masculin dans le quotidien domestique nous ont légué des études qui apportent des nuances importantes à notre compréhension de la réalité des hommes dans leur vie privée. S'appuyant sur les manuels domestiques publiés pendant l'entre-deux-guerres, l'étude de C. Comacchio souligne que les pères étaient censés jouer un rôle passif et détaché. L'étude de R. Rutherfordale sur la consommation des pères de famille dans les années 1950 démontre qu'ils étaient présents dans la culture de consommation des biens domestiques¹⁴. Ces deux études sur les pères de famille au Canada anglais soulignent les courants parfois contradictoires entre l'idéal et ce qui se passait au quotidien. Les études récentes de Gérard Bouchard sur la sexualité et les relations au sein des familles nuancent elles aussi le portrait typé de la famille québécoise dominé par les désirs de son patriarche¹⁵. Bien que la patine du patriarcat domine dans les discours publics, les études de Bouchard montrent que souvent la réalité vécue ne les rejoignait pas.

Les recherches portant sur les jugements rendus en matière de garde légale au XIX^e siècle identifient trois perspectives différentes. Très présente à cette époque dans plusieurs États américains ainsi qu'en France et en Angleterre, la première privilégiait « les meilleurs intérêts de l'enfant » en leur donnant préséance sur les droits concurrents des parents¹⁶.

14. R. Rutherfordale, « Fatherhood and Masculine Domesticity During the Baby Boom: Consumption and Leisure in Advertising and Life Stories », dans L. Chambers et E. Montigny, dir., *Family Matters: Collected Essays in the History of Canadian Families* (Toronto, Canadian Scholars' Press, 1998), 309-334.

15. G. Bouchard, « Through the Meshes of Patriarchy: The Male/Female Relationship in the Saguenay Peasant Society (1860-1930) », *The History of the Family: An International Quarterly*, 4,4 (2000) : 397-425. G. Bouchard, « La sexualité comme pratique et rapport social chez les couples paysans du Saguenay (1860-1930) », *RHAF*, 54,2 (automne 2000) : 183-217.

16. M. Grossberg, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America* (Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1985); M. A. Mason, *From Father's Property to Children's Rights: The History of Child Custody in the United States* (New York, Columbia University Press, 1994); J. S. Zainaldin, « The Emergence of a Modern American Family Law: Child Custody, Adoption, and the Courts, 1796-1851 », *Northwestern University Law Review*, 73,6 (1979) : 1038-1089; J. Delumeau et D. Roche, dir., *Histoire des pères et de la paternité* (Boucherville, Larousse, 1990); B. Schnapper, « La correction paternelle et le mouvement des idées au XIX^e siècle (1789-1935) », *Revue historique*, 2 (1980) : 319-349.

Selon S. Boyd, les lois canadiennes s'inscrivaient dans ce courant à la fin du XIX^e siècle¹⁷. La seconde perspective recourait plutôt à l'argument dit « de l'âge tendre » en catégorisant les étapes du développement infantile selon la nécessité d'une présence maternelle ou d'une influence paternelle¹⁸. Toujours selon Boyd, ce type d'argument se développe aussi au Canada, mais seulement à partir du début du XX^e siècle¹⁹. D'autres législations enfin, tenant compte du comportement conjugal des époux, attribuaient la garde des enfants à la partie lésée²⁰. Le Québec, quant à lui, se distingue quelque peu du schéma d'ensemble. Si certains jugements évoquent bien, eux aussi, l'argument de l'âge tendre, la plupart respectent cependant le principe avancé par l'article 214 du Code civil selon lequel l'intérêt de l'enfant doit être le principal facteur considéré en matière de garde légale. Les juges québécois semblent ainsi avoir fait preuve de souplesse, appuyant leur évaluation sur l'une ou l'autre des approches, se référant à la jurisprudence existante²¹.

Dans cette étude, nous dégagons deux trames de discours dans les décisions rendues par les juges québécois au sujet de l'étendue de la puissance paternelle. La première trame du discours, s'appuyant sur un mélange d'arguments historiques, sociaux et légaux, soutenait que l'autorité paternelle avait une importance primordiale comme digue sociale contre l'anarchie, et qu'aucune force légale ou naturelle ne devait la défier. Ce discours se dégage surtout des décisions prises dans des litiges entre le parent détenteur de l'autorité paternelle et une tierce personne. La deuxième trame, en plein développement entre 1866 et 1929, soutenait que les besoins immédiats et quotidiens de l'enfant exigeaient une attention particulière, attention qui était plutôt du ressort de la mère, compte tenu non seulement de ses qualités maternelles « innées », mais aussi de la difficulté pour un père d'assumer à la fois la garde d'un enfant, surtout en bas âge, et de gagner sa vie. L'analyse de ces deux discours nous permettra de clarifier la notion complexe de la relation père-enfant telle que définie par le Code et de tracer l'évolution

17. S. Boyd, « From Gender Specificity to Gender Neutrality? Ideologies in Canadian Child Custody Law », dans C. Smart et S. Sevenhuijsen, dir., *Child Custody and the Politics of Gender* (London, Routledge, 1989), 132.

18. D. C. Wright, « De Manneville v. De Manneville: Rethinking the Birth of Custody Law Under Patriarchy », *Law and History Review*, 17 (1999): 247-308.

19. S. Boyd, *op. cit.*, 133.

20. R. Veinott, *op. cit.*

21. D. Howes, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », *R. D. McGill*, 32 (1987): 523, 524-558.

jurisprudentielle qu'elle a suscitée, tout en soulignant les principes fondamentaux qui l'ont inspirée.

SOURCES

Une première lecture des sources légales a été entreprise afin de recueillir les décisions judiciaires sur lesquelles repose cette analyse de l'étendue et de la réalité de la puissance paternelle. L'étude de 1926 de E.-A. Côté, *La puissance paternelle*²², et les commentaires de Pierre Basile Mignault²³ (1890) ont permis d'identifier les principales causes retenues par les juristes de l'époque. À partir de cette première liste de causes, nous avons suivi la jurisprudence citée par les divers juristes, avocats et juges. Chaque cause retenue pour soutenir les propositions des diverses parties a été recensée afin de trouver les antécédents. Cette démarche nous a permis de primer les causes retenues à l'époque, et de retracer les filières de la jurisprudence à leur égard. Elle a aussi permis de reconstituer la réflexion des juristes à ce sujet, et de retracer non seulement les idées qui furent validées, mais aussi d'identifier les décisions et arguments qui, par la suite, ont été écartés. En nous inspirant de la démarche proposée par Michel Grossberg, nous avons donc cherché à faire l'analyse de la représentation de la puissance paternelle telle qu'elle fut comprise et promulguée dans le discours judiciaire québécois²⁴.

Des 67 décisions retenues où il était question du rôle et des responsabilités des pères, 61 sont des causes en première instance, les autres étant des instances en appel. Dans 55 de ces causes, la Cour s'est penchée sur l'étendue des droits et obligations découlant de la puissance paternelle, peu importe qui les revendiquait – mères, pères ou tuteurs²⁵.

22. E.-A. Côté, *La puissance paternelle* (Rimouski, Imprimerie générale S. Vachon, 1926).

23. P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien basé sur les « Répétitions écrites sur le code civil » de Frédéric Mourlon avec revue de la jurisprudence de nos tribunaux* (Montréal, Whiteford & Théoret et Wilson & Lafleur, 1895-1916), II : 1896.

24. La version révisée et publiée met l'accent sur la décision du juge, au détriment du processus qui a mené à cette décision. Ces comptes rendus font toutefois référence aux arguments qui ont prévalu lors des décisions. La quantité de ces références dépend beaucoup du rédacteur du compte rendu et de la manière dont il perçoit l'importance de la cause. Les historiens du droit doivent souvent se contenter des brèves notes qui titrent la cause, plutôt que des textes, peu nombreux mais disponibles, des arguments avancés. M. Grossberg, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America* (Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1985); M. Minow, « Forming Underneath Everything That Grows: Toward a History of Family Law », *Wisconsin Law Review*, 2 (1985) : 819-898.

25. Les autres en étaient écartés, parce qu'ils portaient sur des enfants illégitimes (les pères naturels n'étant obligés de pourvoir qu'une pension alimentaire) ou de contestation d'un tuteur. Nous ne signalons à l'égard des responsabilités des pères naturels que les cas que nous avons vus suivre le chemin tracé en Ontario un peu plus tard par L. Chambers., *op. cit.*

Parmi les 55 causes retenues, 20 étaient reliées à des litiges de séparation de corps, et 35 émanaient des brefs d'*habeas corpus* portés, avec une exception, par le parent ou tuteur contre une tierce personne pour la présentation de l'enfant devant le juge. Parmi les causes reliées à un bref d'*habeas corpus*, 13 ont été amenées par un père contre un membre de la famille (grand-père ou oncle), 6 ont été portées par le père de l'enfant contre un père de foyer nourricier et 6 étaient portées devant la Cour par une mère qui voulait faire valoir son droit de puissance paternelle, le père étant décédé, ou ayant abandonné la famille.

Dans plusieurs de ces cas de garde, l'enfant avait été placé chez d'autres membres de la famille : grands-parents, membres de la belle-famille, oncle²⁶. Dans environ la moitié de nos exemples, les parents demandaient une révision de la garde déjà confiée, souvent de façon informelle, à des membres de leur propre famille étendue ou à celle de leur conjoint. À travers la rhétorique des juges de l'époque à propos de la nature des liens du sang, l'on décèle un véritable effort de préserver la famille nucléaire, même si cela signifiait retirer l'enfant d'un foyer adoptif avec deux parents (habituellement des proches parents) pour le confier à la garde d'une famille monoparentale.

LA NATURE INVIOLENT DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Première cause entendue au Québec selon le nouveau Code civil en matière de puissance paternelle et de garde d'enfant, *Kennedy contre Barlow* a causé des difficultés aux juges chargés de l'instruire. En première instance, le juge Short décida qu'un contrat oral ayant été conclu pour confier la garde de son enfant à une tierce personne, Kennedy devait l'honorer. Bien qu'informel, ce contrat était valide puisque Kennedy était dans l'impossibilité de prendre soin de son enfant. En raison des circonstances, il était donc souhaitable que la garde en soit confiée à Barlow. Le juge Short se demandait : « Is it illegal for a father to procure benefits for his child from another which he cannot provide himself? I think not, all things are legal which the laws do not prohibit and are not *contre bonos mores*²⁷. » Le contrat était légal, puisque le devoir d'un parent était de pourvoir aux besoins de son enfant en s'assurant qu'il était « instructed, and educted, clothed and fed, and cared for ».

26. *Stevenson c. Florent* (1923), 38, RJQ ; *Nelson c. Riley* (1888), 33, LCJ, 1 ; *Truax c. Ingals* (1898), 4, R de J ; *Kivenko c. Yagod* (1928), 44, RJQ, 330.

27. *Kennedy c. Barlow* (1869), 13, LCJ, 58.

Comme il était incapable de se charger lui-même de ses responsabilités, Kennedy agissait en bon père de famille en les accordant à un autre.

Le contentieux vint alors dans l'interprétation de ce qui était compris par « les bonnes mœurs ». En appel, les juges estimèrent qu'un contrat privant un père de ses droits était non seulement illégal, mais immoral, peu importe ses dispositions. Selon eux, les droits du père étaient inaliénables et ne pouvaient être transférés, sauf dans le cas de mauvaise conduite grossière ou de folie. En appel, l'avocat de M. Kennedy avait fait valoir l'aspect moral de la relation parent-enfant : « Le parent ne peut, par sa décision propre ni par le jugement d'un tribunal, être déposé de ses droits paternels ou libérés de ses obligations envers son enfant ; non plus qu'il ne peut transférer à des étrangers, le droit à l'honneur, au respect et à l'obéissance de son enfant. » Le juge Bagley formula ainsi sa décision : « un contrat passé par lui [le père] pour se séparer de son enfant est si contraire à la nature que la loi ne reconnaît pas le droit à un homme de violer ces droits les plus sacrés, et encore moins celui de le lier par contrat pour commettre un geste fondamentalement immoral et *ab initio* illégal²⁸ ». La nature sacro-sainte de la relation parent-enfant, comprise par les juristes à être articulée par la puissance paternelle et régie dans le droit par les articles 242 à 245 du Code, fut maintes fois réitérée.

Au lieu de tenir compte des seuls devoirs parentaux, le juge Short avait considéré d'autres facteurs : que la situation financière des Barlow était plus favorable, que la question de la religion ne relevait pas de l'appréciation de la cour, que le veuvage du père l'avait amené à développer « habits of intemperance which were such as to have forfeited him several times his situation²⁹ ». Selon le magistrat, il était donc du plus haut intérêt de l'enfant que celle-ci demeure chez les Barlow. Les juges de la cour d'appel n'en rejetèrent pas moins sans ambages ces arguments : « The judgement of the first instance was an extraordinary one ; it is monstrous to think that a father can divest himself of his right to his child³⁰. » Les rares avocats qui, par la suite, invoquèrent les mêmes arguments n'eurent d'ailleurs pas plus de succès. Dans la cause *Kivenko contre Yagod* par exemple, le juge Rivard réaffirme en 1928 les principes énoncés 50 ans plus tôt : « Yagod [le père] paraît être établi de manière à élever

28. *Barlow c. Kennedy* (1871), 17, LCJ, 257.

29. *Kennedy c. Barlow*, *op. cit.*, 57.

30. *Barlow c. Kennedy*, *op. cit.*, 261.

l'enfant convenablement, suivant sa condition ; et sur ce point, je serais plutôt porté à dire que l'intérêt bien compris de l'enfant est de n'être pas élevé au-dessus de la condition de son père³¹. » Ainsi, si les jugements rendus entre 1866 et 1928 s'efforçaient de privilégier les intérêts de l'enfant, ils n'en demeuraient pas moins soucieux de préserver l'ordre social et l'autorité.

Le caractère absolu de la puissance paternelle était défendu par plusieurs juges et juristes, qui usaient de différents arguments. Selon Mignault, la société protégeait la puissance paternelle dans l'intérêt supérieur de l'enfant, que la nature avait doté d'un protecteur et d'un guide au sein de l'unité familiale. Et ce guide, lui, avait besoin de cette autorité, car sinon, « comment diriger [l'enfant] sans autorité ? Comment le défendre contre ses passions s'il était indépendant³² ? » Toujours selon Mignault : « La puissance paternelle n'est donc qu'un instrument mis entre les mains des pères et mères pour les aider à faire avec succès l'éducation physique et morale de leurs enfants. » Ensuite, poursuit-il, la puissance paternelle a pour but l'intérêt des pères et des mères « car l'homme n'est jamais plus heureux que lorsqu'il est témoin des succès de ses enfants et de l'estime publique dont ils jouissent ». Et finalement, la puissance paternelle sert l'intérêt de l'État, car elle « est, en effet, l'élément moralisateur de la famille ; or la famille, c'est l'élément primitif et nécessaire de toute société³³ ».

Avec la décision de *Stevenson c. Florent* (1925) cette équation entre le meilleur intérêt de l'enfant et la présence du père biologique fut encore une fois confirmée dans une cause qui marquera encore un précédent et qui fut entendue en appel non seulement à la Cour suprême du Canada, mais aussi devant la Chambre des Lords à Londres. Nous notons dans la décision rendue par la Cour suprême du Canada :

L'intérêt de l'enfant, qu'il faut prendre en considération, son bien-être, ne réside pas surtout dans le confort matériel, mais dans l'affection et les soins paternels, dans les avantages de l'éducation familiale et religieuse. Le chagrin passager que l'enfant va sans doute ressentir en laissant ceux avec qui il a vécu, et qui furent bons pour lui, et en changeant d'entourage, ne saurait se comparer à la satisfaction permanente et au bonheur solide qu'il ne tardera pas à éprouver en réalisant qu'il est désormais chez lui, dans sa demeure, par droit de naissance et non plus en vertu de la bienfaisance d'un

31. *Kivenko c. Yagod* (1928), 44, R/JQ, 337.

32. P.-B. Mignault, *op. cit.*, 141.

33. P.-B. Mignault, *op. cit.*, 141.

étranger qui n'a envers lui qu'une obligation légale ; en grandissant dans l'honneur et le respect pour ses parents, à l'ombre de leur autorité. C'est là l'intérêt bien compris de l'enfant en accord avec celui de la famille et de l'État³⁴.

Il importe de préciser que les parents adoptifs de la fille en question étaient ses grands-parents et que le grand-père était, en plus, le tuteur légal de l'enfant ; par conséquent, elle ne dépendait certes pas de la bienfaisance d'un étranger (« kindness of strangers »). Tout comme dans *Barlow c. Kennedy*, l'argument des juges fut basé sur un idéal de la famille nucléaire, qui primait la stabilité et le sentiment au-delà des moyens pécuniaires et des désirs exprimés de l'enfant. Cette décision reflète aussi l'opinion de Mignault selon laquelle les jugements en matière de garde devaient tenir compte autant des meilleurs intérêts de l'enfant concerné que du danger d'aggraver l'éparpillement d'une famille, en confiant la garde de l'enfant à un tiers plutôt qu'au père, par exemple.

Revenant sur la question en 1926, Côté insistait encore davantage sur la nature autoritaire de la puissance paternelle : « Pour que toute société vive, se développe et progresse, il faut l'unité de commandement, sans quoi l'anarchie est à redouter³⁵. » Entre 1866 et 1926, nous notons donc un resserrement de la rhétorique autour de la question de la puissance paternelle. Si, en 1866, le juge Short avait avancé l'argument qu'un père, par la simple voie d'un contrat oral, pouvait se dévêtir de ses droits, en 1926, Côté s'acharnait sur la protection que les juges devraient accorder à l'autorité de la puissance paternelle, pierre angulaire de la société.

Le principe selon lequel les droits du père sont inaliénables fut l'un des éléments les plus décisifs rendus dans la cause de *Kennedy c. Barlow* et il fut repris sans équivoque par la suite. Dans les causes subséquentes de garde d'enfants, la famille nourricière dut prouver l'inaptitude du parent biologique pour le priver de ses droits. Les motifs de la déchéance parentale incluaient l'abandon (*Nelson c. Riley*, 1888), la prostitution notoire (*Sigouin c. Denis*, 1904) ou un langage abusif et blasphématoire (*Stevenson c. Baldwin*, 1919.) La présomption manifeste était que sans juste cause, les parents ne pouvaient transférer leur autorité à une tierce personne. Selon le juge Rinfret de la Cour suprême :

Il est inutile de dire que les droits qui dérivent de la puissance paternelle ne peuvent jamais faire l'objet d'un pacte de ce genre. Ces droits sont conférés

34. *Stevenson c. Florent* (1925), SC, 548.

35. E.-A. Côté, *op. cit.*, 11.

au père et à la mère par la nature et par la loi. Il n'est pas en leur pouvoir de s'en départir eux-mêmes. Un contrat qui aurait cet objet serait intrinsèquement immoral et illégal. La loi elle-même n'intervient pour atténuer ou écarter l'autorité paternelle que dans les cas où les parents sont incapables ou indignes de l'exercer³⁶.

Le cas échéant, ils étaient de plus autorisés à la recouvrer n'importe quand après l'avoir cédée, jusqu'en 1923, quand la province se dota d'une loi qui permettait et régissait l'adoption légale, un transfert complet de la puissance paternelle à une tierce personne³⁷.

Même si la cause *Barlow contre Kennedy* confirmait l'inviolabilité de la puissance paternelle au nom du maintien de l'ordre social, elle ne mit cependant pas fin au débat portant sur les droits du « titulaire de la puissance paternelle » sur un enfant mineur. Certes, elle livrait une indication claire : les droits et pouvoirs de la puissance paternelle ne pouvaient être transférés par simple contrat interpersonnel, puisqu'il s'agissait d'un fondement de l'institution familiale et donc de l'État lui-même. Cependant, l'article 214 invitait les juges à se prononcer au cas par cas, selon le meilleur intérêt de l'enfant et, comme nous le verrons dans ce qui suit, les juges du Québec furent influencés par les nouvelles considérations sociales et économiques, touchant à la fois, enfant, mère et père.

LA VOIX DE L'ENFANT

Si l'article 214 permettait bien aux juges d'accorder la garde légale d'un enfant en tenant compte des meilleurs intérêts de ce dernier, il ne précisait pas le type de preuves pouvant être jugées recevables en pareilles circonstances. La plupart des cas invoquant l'*habeas corpus*³⁸, il fallait en outre prendre en considération la liberté d'action et de mouvement de l'enfant en question. Les préférences et les souhaits exprimés par l'enfant constituaient donc l'un des principaux éléments considérés pour déterminer le foyer le plus approprié. Dans la cause *Barlow contre Kennedy*, le juge Short, en première instance, causa avec la fillette de six ans et découvrit qu'elle préférait demeurer chez les Barlow. Cela pesa sur sa décision. Il eut, de plus, l'impression que l'enfant ne serait pas à

36. *Stevenson c. Florent* (1925), SC, 535.

37. D. Baillargeon, « Orphans in Québec: On the Margins of Which Family? », dans N. Christie et M. Gauvreau, dir., *Mapping the Margins: The Family and Social Discipline in Canada, 1700-1975* (Montreal, McGill-Queen's University Press, 2004), 305-326.

38. P.-B. Mignault, *op. cit.*, 145.

l'aise avec la nouvelle épouse de son père et qu'elle devait par conséquent demeurer là où elle se sentait bien et où l'environnement lui était familier³⁹. Dans les jugements de la Cour d'Appel, l'opinion de l'enfant ne semble pas avoir été mise en évidence, ni avoir été retenue par les juges.

Entre 1866 et 1926, la décision d'entendre l'enfant lors des litiges de garde et de tenir compte de son opinion n'était ni systématique ni sans opposition. Dans la cause de *Stoppellben contre Hull* (1876), le juge Dorion se démarqua en décidant de rencontrer la jeune fille de 14 ans et de lui parler directement au sujet de son choix de résidence. En 1888, le juge Charland utilisa le témoignage de deux frères âgés de 8 et 11 ans pour en accorder la garde à leur grand-père maternel plutôt qu'à leur père (*Riley c. Grenier*, 1888). Par contre, l'année suivante, il ordonna à une jeune fille de 18 ans de retourner chez son père malgré son désir de demeurer au foyer protestant (*La Mission de la Grande Ligue c. Morissette*, 1889)⁴⁰.

Les arguments contre une prise en considération des désirs de l'enfant s'appuyaient sur la nature autoritaire de la puissance paternelle. Dans la cause *Stoppellben contre Hull*, l'avocat du père affirma en 1876 que « [...] until the child had attained the age of majority she can have no will, no opinion, no judgement except mine, and as she is being detained against my will, she must therefore be considered as detained against her will⁴¹ ». Cet argument fut écarté par le juge Dorion, qui laissa l'enfant décider de son lieu de résidence (elle avait 14 ans, et elle habitait avec sa mère et non une inconnue). Pourtant, on le retrouve dans plusieurs autres textes de décisions⁴² et même s'il est presque toujours écarté, il n'est jamais

39. « [...] considérant qu'il serait plus propice à l'aisance, au bonheur et au bien-être de ladite Mary-Ann Margaret Kennedy de tolérer qu'elle demeure sous les soins de l'intimé [Barlow], qui avec sa femme s'est pris d'une grande affection pour elle et pour qui elle ressent la même affection, que de la confier à la garde du requérant [Kennedy], un ouvrier pauvre, et à une belle-mère qui est pour elle une parfaite étrangère. » *Barlow c. Kennedy*, 256. Dans un cas antérieur à l'introduction du Code civil, en 1863, un enfant de 16 ans s'est vu accorder la liberté de choisir son lieu de résidence, entre la maison de ses deux oncles, en attendant la décision définitive de la cour dans un procès déjà entamé. *Cooper c. Tanner* (1863), 8, *LÇJ*, 113.

40. Par ailleurs, ce cas souligne l'importance de la religion dans les considérations des juges. Seul le juge Short dans le cas de *Barlow c. Kennedy* n'accorda aucun poids au fait que l'enfant était dans une maison où il était élevé dans une religion autre que celle du père. Par la suite, si l'enfant était élevé dans une religion qui n'était pas celle du titulaire de la puissance paternelle, les juges optaient pour la remise de la garde.

41. *Stoppellben c. Hull* (1876), *SC*, 17.

42. Dans *Moquin c. Turgeon* (1912), 42, *RJQ*, 232, les juges affirment : « Pour qu'ils soient privés de ce droit, il ne suffit pas d'un caprice d'enfant ; il faut une raison, soit que le père ait abusé de son droit, soit qu'il soit indigne ou incapable de l'exercer... Se baser sur d'autres principes c'est

pour autant discrédité. D'ailleurs, en 1925, les juges de la Cour suprême dans la cause de *Stevenson contre Florent*, bien qu'admettant que le meilleur intérêt de l'enfant devait être pris en considération, mirent en garde contre la détermination de «[...] l'intérêt de l'enfant en se basant sur ses inclinations du moment ; surtout de les déduire des déclarations plus ou moins incertaines qu'il peut proférer en cour à cet égard. En général, le témoignage des enfants doit être accueilli avec beaucoup de circonspection⁴³.» La valeur accordée à l'opinion et les désirs exprimés de l'enfant restaient alors à la discrétion du juge. Dans les causes entre un parent et un tiers, les enfants souhaitaient, sans exception, demeurer dans leur famille adoptive ; cependant, à moins que leur parent ait été déclaré inapte, leur voix ne fut que rarement entendue⁴⁴. L'âge à partir duquel la Cour devait prendre en considération les désirs exprimés par les enfants demeura un sujet de débats tout au long de la période en question⁴⁵. Identifier qui, d'un parent ou d'une tierce partie, représentait les meilleurs intérêts de l'enfant, demeurait donc un exercice difficile et dépendant des circonstances. La marge de manœuvre des juges, en vertu de l'article 214 et de l'*habeas corpus*, était en fait énorme et Mignault ne manqua pas de souligner le caractère contradictoire de la jurisprudence⁴⁶. À la fin des années 1920 d'ailleurs, les meilleurs intérêts de l'enfant pouvaient encore être considérés comme étant soumis à la puissance paternelle. En 1928, dans *Kivenko contre Yagood*, le juge Rivard s'expliqua ainsi :

Le fait qu'on a recours à l'*habeas corpus* n'affecte donc pas le droit qu'on recherche à faire valoir par ce moyen. [...] l'appelant attire notre attention à l'opinion de Hurd sur *habeas corpus* (2^e éd., p. 532) : « *the welfare of the infant is the polar star by which the discretion of the Court is to be guided : but the legal*

tomber dans l'arbitraire. Qui d'ailleurs peut dire ce qui sera en définitive le plus avantageux pour les enfants, la garde de leur grand-mère, ou celle de leur mère ? Dieu seul le sait. Il me paraît plus sage, dans le doute de suivre la loi naturelle. », 232-233.

43. *Stevenson c. Florent*, 549.

44. À la différence des causes semblables aux États-Unis où, selon Grossberg, le désir de l'enfant comptait pour beaucoup auprès de la magistrature. M. Grossberg, *op. cit.*, 1985, chap. 8.

45. C'est en 1926, avec la décision *Marshall c. Fournelle*, que les tribunaux acceptent qu'un enfant de plus de 14 ans ait le droit de choisir entre les litigants. Quatorze ans étant l'âge où une personne est considérée responsable en droit criminel et en droit civil, capable de louer ses services. *Marshall c. Fournelle* (1926), 40, RJQ, 391. J. Turgeon, « Le contrôle judiciaire de l'autorité parentale : l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant », dans J. Boucher et A. Morel, *Le droit dans la vie familiale : livre centenaire du Code civil* (Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970), I : 76.

46. P.-B. Mignault, *op. cit.*, 146.

rights of the parent or guardian have to be respected.» (en anglais dans le texte) Dans notre droit, l'ordre de ces deux propositions doit être renversé ; c'est la puissance paternelle qu'il doit sauvegarder d'abord ; en principe, il ne devait jamais être permis de l'enlever aux parents ; elle est de droit naturel, et, essentielle à l'ordre public⁴⁷.

Autorité en la matière et dont l'avis est repris dans la plupart des causes analysées, le juriste américain Hurd écrivit en 1830 que les meilleurs intérêts de l'enfant devaient servir de guides dans les causes invoquant l'*habeas corpus*. Du même souffle, Hurd prenait cependant soin de limiter la portée de ses propos en précisant, d'une part, que l'enfant devait être consulté «[...] not because he has a legal right to demand it, but because it is material for the court to understand them, that it might be better to exercise discretion wisely⁴⁸», et, d'autre part, en ajoutant que : «It is not the whim or caprice of the child the Court respects, but its feelings, its attachments, its reasonable preference and probable contentment⁴⁹.» La position de Hurd pouvant en pratique opposer désirs de l'enfant et autorité paternelle, les cours du Québec choisirent plutôt de donner priorité à cette dernière et favorisèrent un modèle de famille autoritaire où les désirs d'un enfant comptaient peu. Au tournant du siècle, les jugements semblaient d'ailleurs refléter une préoccupation croissante à l'égard de la famille et de son importance politique. La «trilogie» biologique père-mère-enfant constituait un modèle que les juges chérissaient, comme nous l'avons vu, et il est par conséquent difficile de soutenir que les juges rendaient toujours leurs décisions de manière impartiale, l'esprit préoccupé avant tout par les seuls intérêts des enfants.

LA PLACE DE LA MÈRE

Si les tribunaux se gardaient de se prononcer définitivement sur la place à accorder à l'opinion de l'enfant, après avoir établi le principe du caractère quasi sacré de la famille dans la cause *Barlow contre Kennedy*, en 1871, les juges semblent par la suite avoir opté pour une position un peu plus modérée, quand il s'agissait de distinguer le meilleur intérêt de l'enfant face aux parents adversaires. Le caractère souvent contradictoire de la jurisprudence laisse penser que la magistrature québécoise a longtemps

47. *Kivenko c. Yagod* (1928), 44, RJQ, 334-335.

48. Cité dans *Riley c. Grenier* (1888), 33, LCJ, 6.

49. *Regina c. Hull* (1867), CR, 137.

traité au cas par cas les causes concernant les gardes d'enfant : il faut en effet attendre 1890 pour voir se dessiner, bien timidement, une tendance à la rigueur et à l'uniformité⁵⁰.

Bien que le Code favorisait le père lors d'une séparation de corps, à partir des années 1890 nous remarquons un changement assez important dans les propos des juges et leurs décisions. Ce changement de perception était en fait orienté vers l'enfant et les besoins nouveaux qu'on lui découvrait. Ce changement de cap s'ouvrait sur deux discours. Le premier, le plus acharné à contester le principe de l'autorité paternelle, était fondé sur l'idée que la femme était naturellement plus douée que l'homme pour élever des enfants. Le second tenait pour acquis que, malgré leurs désirs ou leurs droits, les pères étaient physiquement incapables de combler les besoins affectifs de leurs enfants.

En 1894, *Odell contre Gregory* marquait une première étape vers l'établissement des précédents qui favoriseraient la mère⁵¹. Ce fut la première cause dans notre série qui contestait le droit absolu et exclusif du conjoint lésé, en l'occurrence le père, à la garde absolue de l'enfant. Cette remise en question était fondée sur l'introduction et l'acceptation d'une interprétation plus nuancée de l'autorité paternelle qui lui opposait le talent inné d'une femme pour prendre soin des enfants. Bien que la garde des deux jeunes garçons fut confiée au père, le droit de visite fut maintenu pour la mère, même si celle-ci était reconnue coupable d'adultère. Le juge Routhier formula ainsi sa décision : « Si le père est le roi de la famille, la mère en est la reine, d'où ce dualisme harmonieux de force et de douceur, de justice et d'amour que représente si bien, pour l'enfant, l'autorité paternelle⁵². » En maintenant le droit de visite de la

50. Cette latitude peut expliquer pourquoi certaines études en droit de la famille datant des années 1950 ont conclu à une pratique des juges plus conservatrice que nous. Voir en particulier M.-J. Blondin, D. Déry, F. Desrochers, A. Le Monnier, C. Lussier, R. Joyal-Poupart, « Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants », *Revue du Barreau* (1986) : 105-148. Une étude rapide de la jurisprudence invoquée dans ces cas suggère que durant la première période, entre 1866 et 1900 environ, les juges avaient tendance à se référer à la jurisprudence, tandis que dans la seconde période, entre 1910 et 1928, ils invoquaient plus facilement la jurisprudence française. Cela devrait être confirmé par un examen plus approfondi, mais cette observation semble confirmer les conclusions de Howes dans son étude de la transformation de la loi au Québec (*op. cit.*), et expliquerait aussi pourquoi nos observations sont différentes de celles proposées pour d'autres périodes de l'histoire du droit familial au Québec. C'est dire qu'étant invités à juger selon le meilleur intérêt de l'enfant, selon l'article 214, les juges jouissaient d'une énorme latitude et trouvaient dans la jurisprudence et la littérature juridique de quoi justifier à peu près n'importe quel arrangement.

51. *Odell c. Gregory* (1894), 5, *RJQ*, 348.

52. *Odell c. Gregory* (1894), 5, *RJQ*, 349.

mère, le juge Routhier lui accordait une place, aussi petite soit-elle, dans son interprétation de l'autorité paternelle.

Cette interprétation fut renforcée et étendue en 1900 dans *Daoust contre Schiller*, une décision rendue par le juge Mathieu. Avant de trancher, le juge avait entendu le petit garçon, qui voulait rester avec sa mère. Dans son jugement, le juge Mathieu reprend, pour mieux l'écartier, l'argument selon lequel l'enfant n'avait d'autre volonté que celle de son père : « Lorsque l'enfant est d'un âge suffisant pour juger par lui-même, et déclare qu'il n'est en aucune façon privé de sa liberté, on ne peut le considérer comme privé de sa liberté parce que le père veut en avoir la garde, en soutenant que, jusqu'à l'âge de sa majorité, l'enfant ne peut avoir d'autre volonté ou d'autre opinion que la sienne⁵³. » Dans cette cause, le juge choisit plutôt d'invoquer le jeune âge de l'enfant en expliquant : « Un enfant de sept ans a peut-être plus souvent besoin des soins de la mère que de ceux du père⁵⁴. » Le juge Mathieu n'écartait pas l'inviolabilité de l'autorité paternelle, le jugement y fait référence à plusieurs reprises. En reconnaissant les besoins quotidiens d'un jeune enfant, le juge ouvrait la jurisprudence à une autre vision de la famille, où les besoins des enfants prenaient une place primordiale, non parce que l'enfant le désirait, le juge Mathieu se gardait de suivre cette route, mais parce que l'enfant était trop jeune pour se passer de soins maternels. Après avoir longuement présenté la jurisprudence, tant canadienne que britannique et américaine au sujet du recours à un bref d'*habeas corpus* dans des litiges semblables, le juge Mathieu trancha en faveur de la mère, malgré son abandon du domicile conjugal et l'enlèvement de l'enfant de sept ans.

Une nouvelle perception de la femme et de la maternité représente l'un des changements sociaux importants de cette époque. Les féministes « maternalistes » de l'époque, par exemple, considéraient la femme comme la gardienne du foyer et de la moralité, et elles réclamaient le droit de vote pour assurer la défense et la protection de ces valeurs⁵⁵. Or, cette notion de la femme protectrice du foyer était, jusqu'à un certain point, en conflit avec celle de l'autorité paternelle définie par le Code civil du Québec. Le père était considéré comme le gardien légitime de l'enfant, mais au début du xx^e siècle, les tribunaux du Québec recon-

53. *Daoust c. Schiller* (1900), 2, PR, 549.

54. *Daoust c. Schiller* (1900), 2, PR, 554.

55. K. Hébert, *Une organisation maternaliste au Québec, la Fédération nationale Saint-Jean-Baptiste*, mémoire de maîtrise (histoire), Université de Montréal, 1997.

naissaient les droits moraux de la mère au nom du meilleur intérêt de l'enfant.

L'idée que la mère était nécessaire au bien-être d'un enfant fut affirmée encore une fois dans la cause *Postras contre LaFrance* en 1909⁵⁶. Dans cette cause, la mère, accusée d'adultère, obtint temporairement la garde de son plus jeune enfant, âgé d'un an, mais non celle du plus vieux, âgé de quatre ans, que le père plaça dans un pensionnat. L'on pouvait toujours affirmer qu'il s'agissait là d'un jugement interlocutoire et que l'enquête examinerait de plus près les allégations. Cependant, le fait d'avoir confié le plus jeune enfant à la mère — en dépit de sa conduite jugée socialement répréhensible — indique que les tribunaux du Québec commençaient à la considérer plus importante que le père pour le bien-être des enfants, à tout le moins à certains stades de leur développement. Cette interprétation d'une sorte de dualisme limitant le principe de la puissance paternelle gagna graduellement une portée légale, de sorte qu'une femme accusée de comportement adultère pouvait se défendre et obtenir ses droits de visite. En 1917, dans la cause *Malloch contre Graham*⁵⁷ le jugement d'un tribunal inférieur qui ordonnait à la plaignante « de ne pas intervenir auprès de ses enfants nés de son mari » fut porté en appel. La Cour d'Appel statua qu'une mère avait droit de visiter ses enfants pour s'assurer de leur bien-être, sans égard à son comportement conjugal.

Le principe de la puissance paternelle fut limité de nouveau en 1926, lorsqu'une femme enleva impunément son enfant sous prétexte qu'il était naturel qu'une mère revendique ses droits. Dans la cause *Stevenson contre Florent*, les juges innocentèrent la mère qui avait tenté d'enlever sa fille du domicile de ses grands-parents paternels : « While her act in so doing may not call forth strong words of commendation, it was the act of a mother, which does not merit severe, if any, condemnation⁵⁸. » L'instinct maternel excusait bien des comportements.

56. *Postras c LaFrance* (1909), 36, CS, 362.

57. *Malloch c. Graham* (1917), 27, RJQ, 447.

58. Juge Greenshields dans le litige *Stevenson c. Florent* (1923), 38, RJQ, 315. Le succès de ce défi est manifeste, surtout si on le compare avec la décision rendue dans *Truaux c. Ingals* en 1898, 4, R de J, 442. Dans ce litige, les grands-parents maternels avaient enlevé leur petite-fille de neuf ans qui habitait avec son beau-père, lequel en avait obtenu la garde légale après le décès de ses parents biologiques. Le beau-père avait poursuivi les grands-parents, en invoquant l'*habeas corpus* pour reprendre sa pupille. Même si le juge admit que l'enfant éprouverait sans aucun doute davantage d'affection pour sa famille biologique, il confirma au beau-père son droit de garde. En s'écartant des règles établies, les grands-parents avaient aliéné leurs droits sur la personne de l'enfant.

Indépendamment de la manière dont ils avaient été justifiés, les droits maternels commençaient à être pris en considération. Vers 1920, le père pouvait faire valoir l'article 243, mais la mère pouvait invoquer «l'instinct maternel» pour revendiquer ses droits et réclamer la garde de ses enfants. Considérant la réticence des tribunaux à risquer que la volonté de l'enfant entre en conflit avec les droits du père, tel qu'ils avaient été établis avec *Barlow contre Kennedy*, la reconnaissance de la valeur de l'instinct maternel était lourde de sens. Elle laissait entrevoir une réorganisation de la hiérarchie à l'intérieur de la famille qui facilitait un nouvel équilibre entre les principes d'autorité et de sentiment.

LES PÈRES

Comme nous l'avons vu plus haut, les droits d'un père sur ses enfants étaient perçus comme sacrés. Personne ne pouvait s'interposer entre eux et aucun contrat ne pouvait remplacer un tel lien. Seul un comportement dissolu ou dangereux de la part du père pouvait justifier que la garde de son enfant soit confiée à un tiers.

Des escarmouches ayant déjà eu lieu à propos de l'apport, sinon des droits maternels, le second front de la bataille contre le principe absolu d'autorité au nom de l'affectivité progressa plus rapidement que le premier. Cette seconde remise en question commença timidement au tournant du siècle et elle partait du fait que le père était considéré, de façon générale, incapable de prodiguer à l'enfant les soins affectifs nécessaires, en raison de ses occupations à l'extérieur du foyer. Dans la cause *Nault contre Nault* en 1911, le juge Globensky préféra attribuer la garde d'une enfant de 22 mois à la mère après avoir entendu le père déclarer qu'il «ne peut ni ne désire donner au dit enfant les soins qui lui sont nécessaires, mais qu'il a l'intention de le placer dans une institution de charité où il sera confié à la garde et aux soins des étrangers⁵⁹». Constatant en outre que la mère prodiguait des soins «tendres et dévoués», le juge ne vit aucune raison de lui retirer l'enfant. Il précisa néanmoins que la cour se réservait la possibilité de réévaluer cette décision si la situation venait à changer.

Dans la cause *Woollven contre Aird* en 1912, le tribunal accorda à la mère la garde temporaire en dépit du fait qu'elle eut abandonné le domicile conjugal. Le juge reconnut que le père avait raison au regard de la loi, mais rappela que la jurisprudence de plusieurs pays avait, dans les

59. *Nault c. Nault* (1911), 13, RP, 222. Voir aussi *Poitras c. Lafrance* (1909), 36, CS, 362.

faits, limité le caractère absolu des droits paternels. L'élément majeur qui avait joué en la faveur de la mère était la distance entre le lieu de travail du père et son domicile.

«[...] the petitioner is obliged to be away from his home daily to attend to his business; the only persons remaining in the house are his father, and a servant. There are no female relatives living in at his home; it is evident that the child if given to the petitioner, would have to be attended to, either by a nurse or an ordinary servant, and I cannot come to the conclusion that the care of a nurse, however good she may be, is equal to the care that a good mother will give to her child⁶⁰.

En 1917, le juge Bruneau tint des propos semblables quand il accorda le droit de garde à la mère plutôt qu'au père : «[...] le demandeur [le père] travaille de six heures du soir à sept heures du matin et n'est pas en état, dans ces circonstances, de prendre soin d'un enfant de cet âge⁶¹. » En tenant compte du lieu de travail du père, et par conséquent de son incapacité à prendre soin personnellement de son enfant, les juges Beaudin et Bruneau mettaient en évidence les incohérences du principe d'autorité paternelle par rapport aux réalités de la vie urbaine du xx^e siècle, faisant ressortir le conflit entre les exigences de la vie privée et celles de la vie publique. Dans ces situations, selon les circonstances, les juges pouvaient accorder à la mère la garde de l'enfant, et ce, même en opposition aux désirs du père⁶².

La majorité des pères réclamant leurs enfants à un tiers étaient en fait des hommes qui avaient confié leurs enfants à une autre personne après le décès de leur épouse, alors qu'ils se jugeaient incapables de concilier emploi et tâches éducatives. Une fois remariés toutefois (*Kennedy contre Barlow*, 1867, *Riley contre Grenier*, 1888, *Proulx contre Proulx*, 1908), plusieurs s'adressèrent à la cour avec l'espoir de reconstituer leur famille⁶³.

60. *Woollven c. Aird* (1912), 14, RP, 171.

61. *Blais c. Heroux* (1917), 21, RP, 196.

62. Cependant, ce raisonnement ne fut pas forcément réutilisé dans d'autres causes. En 1924, le juge Howard refusa de donner la garde à la mère en dépit de l'âge de la petite fille, préférant qu'elle demeure en institution, conformément aux vœux du père. *Gagnon contre Desrochers* (1924), 27, RPQ, 208. Le père disait ne pas se sentir capable d'assumer la garde. L'avocat de la mère plaidait qu'une enfant si jeune devrait « be under the personal care of one of its parents ». Puisque le père ne voulait ou ne pouvait prendre soin de sa fille, la mère demandait qu'on lui en accorde la garde, étant donné son jeune âge; ce qui lui fut refusé.

63. P. Gossage, « Marginal by Definition? Stepchildren in Quebec, 1866-1920 », dans N. Christie et M. Gauvreau, dir., *Mapping the Margins : The Family and Social Discipline in Canada, 1700-1975* (Montréal, McGill-Queen's University Press, 2004), 141-170.

Par contraste, une seule cause concerne une mère désirant récupérer la garde de ses enfants après son remariage, demande à laquelle le juge refusa d'accéder : « On ne sait en outre, en aucune manière, par les procédures que j'ai devant moi, quelles sont les intentions du second mari de la requérante, v.g., s'il verra d'un bon œil que sa femme reçoive chez lui le jeune garçon⁶⁴. » En d'autres termes, si les magistrats semblaient douter des possibilités d'éveiller l'instinct paternel d'un beau-père, la chose leur paraissait aller de soi dans le cas d'une belle-mère.

L'accent mis sur le rôle de pourvoyeur, de chef de famille et de « détenteur naturel de la puissance paternelle » d'un père était devenu une épée à double tranchant. D'un côté, ce rôle se trouvait renforcé par l'exclusion des femmes de « la place publique » et par leur retrait dans la sphère domestique. D'un autre côté, ces mêmes responsabilités empêchaient un père de s'occuper de ses enfants. Côté reprend d'ailleurs ce discours, peu propice à faire reconnaître les capacités des hommes dans ce domaine, pour justifier le principe de la puissance paternelle. Il explique que le sens des responsabilités lie un père à sa famille bien plus que les sentiments : « La mère s'incline sur le berceau : dans son enfant elle se voit, c'est la chair de sa chair, le sang de son sang. Le père est aussi appelé par la voix du sang, mais c'est surtout l'amour conjugal qui le retient au foyer, c'est l'appel irrésistible de l'enfant faible, sans protection, sans défense, qui le force à se pencher sur le pauvre petit être⁶⁵. » Peut-être ce devoir de protection attribué au père – combiné à ses responsabilités de pourvoyeur – a-t-il contribué à discréditer ses capacités à prendre en charge de jeunes enfants sans l'aide d'une épouse ou d'une parente.

Malgré l'évolution de la jurisprudence, les juristes restèrent fidèles à la division traditionnelle des rôles et se contentèrent de moderniser leurs formulations et leur terminologie. Côté propose les explications suivantes pour justifier la puissance paternelle :

C'est que le père est plus apte, tant au point de vue physique que moral. Il a plus que la mère, l'habitude des affaires ; par son expérience personnelle, il apprend à mieux connaître les personnes et les choses, et cette expérience lui sera d'un grand secours pour guider efficacement son enfant et le préparer pour la grande lutte de la vie. Au point de vue moral, le père a plus souvent pour guide la raison, tandis que la mère écoute plus souvent son cœur, se

64. *Garcin c. Croteau* (1905), 27, RJQ, 199.

65. E.-A. Côté, *op. cit.*, 14.

laisse plus facilement attendrir. Si la loi confie au père le commandement au sein de la famille, c'est parce qu'il est le plus apte à procurer à ses enfants une éducation plus virile ; elle sait d'avance que la mère ne leur refusera pas son affection, et son cœur pour que plus tard, ils deviennent de respectables citoyens⁶⁶.

Raison et éducation virile constituaient des éléments clés de cet idéal de la paternité et de la masculinité que diffusaient d'autres personnages influents durant la période de l'entre-deux-guerres⁶⁷.

Cette répartition des responsabilités entre les parents véhicule une conception de la famille où le père est le « détenteur naturel » d'une autorité qui prend sa source dans la sphère publique, hors du foyer. Cet idéal était perçu comme un moyen de contrôle social utile mais semblait laisser peu de place à l'expression d'une éventuelle affectivité paternelle. Un père devait ainsi exercer la discipline et l'autorité dont ses enfants avaient besoin mais devait laisser à son épouse les manifestations d'amour et de tendresse dont elle semblait détenir le monopole. Si les juges évoquaient souvent le caractère dit instinctif de l'amour maternel, ils semblaient incapables de parler d'affection paternelle. Sur les quelque 60 causes analysées, une seule met en scène un père « kind and affectionate⁶⁸ », ce qui n'empêche pas pour autant de nombreux pères d'obtenir la garde de leurs enfants. Le silence des sources sur ce point constitue bien sûr un argument fragile qui appelle à la plus grande prudence. Nous pouvons cependant avancer l'hypothèse que les magistrats québécois, en plaçant le père sur le piédestal de la sphère publique, ne cherchaient pas tellement à évaluer ses capacités paternelles. C'est plutôt à la mère qu'ils s'intéressaient, au gré de leurs conceptions plus ou moins étroites de ce que devait être une « bonne mère », c'est-à-dire une mère très consciente des besoins d'un enfant.

CONCLUSION

L'image de la puissance paternelle qui ressort de cette étude confirme les conclusions de plusieurs historiens, à savoir que le droit a largement contribué à la consolidation de la structure traditionnelle et patriarcale

66. *Ibid.*, 91.

67. C. Fish, *Images and Reality of Fatherhood: A Case Study of Montreal's Protestant Middle Class, 1870-1914*, thèse de doctorat (histoire), Université McGill, 1991 ; C. Comacchio, *op. cit.*, R. Rutherford, *op. cit.*, E. A. Rotundo, *American Manhood: Transformations in Masculinity from the Revolution to the Modern Era* (New York, Basic Books, 1993).

68. Lorenz c. Lorenz (1905), 28, RJQ, 331.

de la famille. L'importance qu'il a accordée au respect de la hiérarchie inhérente au principe d'autorité paternelle peut être interprétée comme le fondement de cette structure⁶⁹. Ainsi, la magistrature défendait ce modèle quand, au nom de ce principe, elle accordait la garde au parent biologique sans égard au désir de l'enfant ou sans considération pour la partie la mieux placée pour en prendre soin. Cet idéal implicite faisait du père un autocrate puissant et sage, autorisé à exercer son pouvoir non seulement sur le désir de ses enfants, mais sur celui de tout autre individu les ayant eus à charge. Cette vision possédait de toute évidence une teinte politique, tel que l'attestait l'étude de Côté en 1926. Jusqu'à un certain point, les décisions rendues dans les litiges de garde d'enfants entre le parent biologique et la famille nourricière peuvent être interprétées comme un moyen de dissuasion contre toute déviation de la structure familiale traditionnelle, et c'est cet idéal que les tribunaux du Québec ont défendu jusqu'à la Révolution tranquille.

Toutefois, vers les années 1890-1910, les juges du Québec percevaient les enfants différemment de ceux de la génération précédente en leur reconnaissant d'importants besoins affectifs. Au tournant du siècle, les mères étaient considérées comme *naturellement* aptes à éduquer les enfants et, de ce fait, capables de répondre à leurs besoins indépendamment de leur conduite conjugale. Dans la plupart des cas, la revendication d'un emploi a empêché des pères d'être légalement reconnus aptes à prendre soin de leurs enfants, surtout ceux de bas âge. Conséquemment, la nouvelle appréciation des besoins de l'enfant assignait à la mère, *éducatrice née*, un rôle plus significatif et prépondérant dans le développement de l'enfant que celui de pourvoyeur, traditionnellement attribué au père. En somme, ce changement de position légale et sociale résultait d'une perception différente de l'enfant, ce qui entraînera de nouvelles appréciations des apports potentiels de chaque parent.

Ce qui distingue de façon particulière la magistrature du Québec, c'est l'interaction entre son discours sur la famille et les jugements qu'elle prononçait dans les litiges entre parents à propos de la garde des enfants. En défendant la famille biologique, les juges désignaient le père comme son représentant, son chef symbolique. Dans ce discours, le père faisait figure de mât totémique, symbole de tradition et de stabilité sociale. À partir des années 1890, un autre discours se dessine. Alors que la recon-

69. L'absence de fait de liberté testamentaire signalée par André Morel constitue un autre principe de ce fondement.

naissance graduelle des prérogatives morales de la maternité ne provoqua jamais une véritable remise en question de la vision traditionnelle et hiérarchique de la famille, lorsqu'il s'agissait de juger une cause de garde d'enfants, la magistrature considérait de moins en moins le père comme le parent le plus apte à élever son enfant. La réalité des besoins de l'enfant et le discours sur la famille ne se virent jamais accorder un statut formel, comme ce fut le cas dans certains États américains ou provinces canadiennes où, à partir du témoignage de la mère, les procédures et les législations furent éventuellement modifiées pour permettre et promouvoir une sorte de démocratie à l'intérieur de la famille⁷⁰. Au Québec, la magistrature a réussi à maintenir ces deux aspects séparés : au point de vue politique, les juges ont protégé le symbole premier de l'autorité patriarcale, l'inviolabilité de la puissance paternelle. Dans la pratique toutefois, quand il s'agissait d'un père précis, la magistrature acceptait de plus en plus de tenir compte des revendications de la mère, au nom des besoins des enfants.

70. M. Grossberg, *op. cit.* ; S. Boyd, *op. cit.*