Document généré le 18 juil. 2025 21:31

Les Cahiers de droit

Les enfants du divorce sont-ils les enfants du mariage ?

Édith Deleury

Volume 17, numéro 4, 1976

URI : https://id.erudit.org/iderudit/042143ar
DOI : https://doi.org/10.7202/042143ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Deleury, É. (1976). Les enfants du divorce sont-ils les enfants du mariage ? *Les Cahiers de droit*, *17*(4), 935–963. https://doi.org/10.7202/042143ar

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1976

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

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

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

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

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

Les enfants du divorce sont-ils les enfants du mariage ? *

Édith DELEURY **

Page

I - QUAND LES ENFANTS DU DIVORCE NE SONT PAS LES ENFANTS DU MARIAGE 937

A. **La définition du mot enfant et le droit du divorce** 937

1) L'arrêt *Beaudry* v. *Emery* 939
2) L'arrêt *Villeneuve* v. *Villeneuve* 941
3) L'arrêt *Rioux* v. *Dame Painchaud* 943

B. **Quand devient-on un enfant des conjoints ?** 944

1) Les éléments à considérer 944
2) La permanence de la relation et l'affaire Hock 946

II - QUAND LES ENFANTS DU DIVORCE DEVIENNENT DES ENFANTS DU MARIAGE 950

A. **Un vacuum législatif** 950

B. **Le concept de « parens patriae », fondement de l'intervention judiciaire : l'affaire *Perreault* v. *Demers*** 952

1) Les faits 952
2) Le jugement 954
— l'absence de base légale 954
— la discrétion du juge 955
3) Une antinomie : le juge législateur 956

---

* Cet article reprend en les développant certaines parties de l'étude théorique effectuée par l'auteur pour la Commission de réforme du droit du Canada relativement à l'attribution de la garde des enfants dans le cadre des procédures de divorce. Cette dernière recherche a été effectuée en collaboration avec Me Roger Garnaud, avocat à Québec, qui a étudié plus particulièrement l'aspect pratique de la question.
L'auteur tient ici à remercier Me Julien Payne qui dirigeait alors la section du droit de la famille, pour en avoir autorisé la publication.

** Professeur, Université Laval.

III - UNE UNIFORMITÉ OU UNE COORDINATION NÉCESSAIRE 958

A. **Les projets canadiens et québécois de réforme du droit familial** 958

1) Des facteurs communs mais une disparité dans les définitions 959

2) Une situation qui reste sans réponse 961

B. **Les solutions du droit français: des principes identiques, mais des exceptions** 962

CONCLUSION 963

La question peut paraître étrange, mais elle mérite réflexion et nous ramène encore une fois, nous le verrons, au problème plus complexe que pose le partage des compétences législatives.

À cet égard, l'examen de la jurisprudence nous a inspiré un certain nombre de réflexions sur le sens et la portée du mot « enfant » dans le droit du divorce par opposition au droit du mariage et sur ses implications par rapport, notamment, à deux catégories de situations que l'on pourrait décrire comme suit : quand les enfants du divorce ne sont pas les enfants du mariage et, inversement, lorsque les enfants du divorce deviennent des enfants du mariage.

Bien que différentes dans les faits, ces deux situations ont comme dénominateur commun l'absence de lien de filiation avec l'un des époux concernés et elles posent la question de ses droits et obligations à l'égard des enfants impliqués.

La première de ces situations met en cause l'interprétation du mot enfant, tel que défini dans la *Loi sur le divorce*[1], alors que la seconde est relative à la situation juridique des enfants post-divorce, advenant le remariage de l'un ou l'autre de ses parents ou les deux. Deux sortes de conflits peuvent alors se présenter : conflit entre le nouveau conjoint du père ou de la mère qui désire adopter l'enfant de son époux contre le gré de son autre parent ; conflit entre la parâtre et le plus souvent la marâtre à la suite du décès du parent gardien et le parent survivant. Nous ne retiendrons que cette derniere situation, l'objet de notre propos étant de circonscrire les problèmes que soulèvent l'interprétation et l'absence d'uniformité de la définition du mot enfant dans les deux droits.

Mais revenons aux enfants du divorce. Qui sont-ils ? Ou plus exactement peut-on être un enfant du divorce sans être nécessairement un enfant du mariage ?

I - Quand les enfants du divorce ne sont pas les enfants du mariage

A. La définition du mot enfant et le droit du divorce

D'après les règles d'interprétation de la *Loi sur le divorce*, et selon l'article 2,

> « enfant » des conjoints comprend toute personne pour qui les conjoints agissent « *in loco parentis* » ainsi que toute personne dont le père ou la mère est l'un des conjoints et pour qui l'autre conjoint agit « *in loco parentis* », et

1. S.R.C. 1970, c. D-8.

« enfant du mariage » désigne tout enfant des conjoints qui, à l'époque pertinente, i) était âgé de moins de seize ans, ou ii) est âgé de seize ans ou plus et qui est à la charge des conjoints, mais ne peut à cause de maladie ou d'invalidité ou pour toute autre cause, cesser d'être à leur charge ou se procurer lui-même les nécessités de la vie.

Il s'agit donc de tout enfant pour qui les conjoints ou celui des deux qui, juridiquement, lui est étranger, tiennent lieu de père ou de mère. Peu importe qu'il n'y ait pas de lien de filiation : c'est une question de prise en charge, de support à la fois matériel et affectif, sans rapport nécessaire avec la paternité et la maternité [2].

C'est là, tout au moins, la position de la doctrine tant québécoise que canadienne [3] ; aussi sommes-nous surpris qu'on ait pu affirmer que la *Loi sur le divorce* ne prévoit l'octroi d'une pension alimentaire que pour les enfants « issus du mariage » [4].

En effet, des quelques décisions que nous avons pu relever, il appert que seuls les enfants dont les conjoints sont les parents légitimes ou considérés comme tels en droit civil peuvent faire l'objet d'une mesure de garde ou d'entretien dans le cadre des procédures de divorce.

Ceci s'explique par le fait que, contrairement à la doctrine qui voit dans le notion « *in loco parentis* » une notion plus large que la notion d'« enfant » au sens du *Code civil* [5], la jurisprudence interprète différemment la relation entre les définitions des mots « enfants » et « enfants du mariage » de l'article 2 de la *Loi sur le divorce* et les considèrent comme s'excluant l'une de l'autre.

Cette interprétation restrictive trouve son fondement dans la confrontation du libellé des articles 2, 10 et 11 de la *Loi sur le divorce* et dans les principes qui régissent les rapports familiaux en droit civil. Elle repose donc essentiellement sur des arguments de texte.

---

2. *Cf. infra*, quand un enfant du mariage devient un enfant des conjoints.

3. *Cf.* D. MENDES DA COSTA, « Divorce » *in* D. MENDES DA COSTA (éd.), *Studies in Canadian Family Law*, t. I, Toronto, Butterworths, 1972, 399 à 401 ; M. C. KRONBY, *Divorce Practice Manual*, Toronto, Butterworths, 1969, p. 20, n° 390; Heino LILLIES, « A New Deal for Children of the Marriage ? » (1974) 20 *McGill L.J.* 143-144 ; *Power on Divorce*, 3e éd., vol. I par Christine DAVIES, Totonto, Carswell, 1976, 163-164 et 166. Pour le Québec, *vide*, P. AZARD et Af.-F. BISSON, *Droit civil québécois*, t. I, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971, pp. 254-255. n° 139, *sexties* et p. 259, n° 139 *septies* ; E. DELEURY, M. RIVET, *Droit civil, Droit des personnes et de la famille, La Famille*, 2e éd., Québec, P.U.L. 1974, 236–238 ; F. HELEINE, « Les enfants du mariage dans le droit du divorce », chronique, droit familial, (1974) 5 *R.G.D.*, 372-373; Carole LARIVIÈRE, « Droit de la famille : l'obligation alimentaire », (1973) 8 *R.J.T.*, 389; et Michel ROBERT, « Quelques commentaires sur la nouvelle Loi concernant le divorce », (1968) 28 *R. du B.* 513-514.

4. *Cf.* les arrêts cités *infra*.

5. *Cf.* les auteurs cités *supra*, sous la note 3.

Dans les trois arrêts que nous avons pu retracer, on retrouve en effet les mêmes motifs. Tous sont relatifs à des requêtes pour mesures provisoires et dans chaque cas, la demande était présentée par l'épouse qui réclamait une pension pour elle-même et pour l'entretien des enfants issus de son précédent mariage[6]. Ce sont là cependant des décisions de première instance et comme telles, elles ne sont pas nécessairement pertinentes. Néanmoins, comme elles constituent le seul corps de jurisprudence en la matière, nous avons jugé nécessaire de les analyser.

1) *L'arrêt Beaudry* v. *Emery*[7]

Dans cette première espèce, l'épouse, intimée dans la requête en divorce, réclamait pour elle-même et les deux enfants qu'elle avait eus d'un premier mariage une pension provisoire de $1 150 par mois. Au moment de la présentation de la requête, les deux fils de l'intimée étaient âgés respectivement de 20 et 16 ans. Le juge Pothier rejeta en partie la requête de l'épouse au motif que:

> Les seules règles qui gouvernent une demande de pension alimentaire sont celles édictées par les arts. 10 a), b) et 11 de la Loi sur le divorce, 1967-68 (Can.), c. 24.
>
> En vertu de ces dispositions, il n'y a aucun doute que l'intimée a le droit de réclamer pour elle-même une pension alimentaire. Mais peut-elle le faire pour les enfants nés de son premier mariage? La Cour ne le croit pas. À moins que ces enfants aient été reconnus par adoption ou autrement par le requérant il n'existe aucun lien juridique entre eux et le second mari de leur mère (S.R.Q. 1964, c. 218, art. 16 (a))[8].
>
> Les arts. 10 et 11 de la loi sur le divorce n'emploient que les termes « enfants du mariage ». Or, l'art. 2 b) de la même loi définit les « enfants du mariage » comme étant tout enfant des conjoints qui est âgé de moins de 16 ans s'il est atteint d'invalidité et qui, pour cette raison, doit demeurer à la charge des parents. Ce n'est pas le cas ici[9].

Est-ce à dire que si les enfants avaient été âgés de moins de seize ans, le juge aurait alors fait droit à la requête?[10] L'emploi des temres

---

6. *Vide*, cependant, *infra*, nos remarques sous l'affaire *Villeneuve* v. *Villeneuve*, [1973] C.S. 409.
7. (1972) 6 R.F.L. 149.
8. Le juge réfère ici à la loi de 1924. La nouvelle loi sanctionnée le 9 juin 1969, [L.Q. 1969, c. 64] reprend sensiblement dans son article 38 les mêmes dispositions.
9. *Op. cit.*, p. 151.
10. C'est dire que dans ce jugement, le mot « enfant » a été interprété d'une manière doublement restrictive dans la mesure où, au-delà de l'invalidité ou situations similaires, le juge a considéré que l'enfant de plus de 16 ans qui est dans l'impossibilité de se procurer lui-même « les nécessités de la vie » ne peut faire l'objet d'une ordonnance de pension

« reconnus par adoption ou autrement » inciterait, peut-être, à répondre par l'affirmative: les enfants n'ayant pas été adoptés par le requérant, les mots « ou autrement » pourraient en effet se comprendre dans le sens de « *in loco parentis* ».

Nous ne pensons pas, cependant, que l'emploi de cette locution doit être entendue comme une référence au mot « enfant » tel que défini à l'article 2 de la *Loi sur le divorce*, mais plutôt comme une interprétation des mots «enfant du mariage » à la lumière du droit civil. À ce sujet, l'emploi du mot « adoption » nous paraît significatif car l'enfant adoptif, par essence, est un enfant du mariage [11]. En outre, l'intimée avait basé sa requête sur la clause de son contrat de mariage selon laquelle le futur époux convenait d'assumer et d'acquitter seul toutes les charges du mariage, dont l'entretien de la future épouse et de leurs enfants. Cette clause, cependant, ne pouvait recevoir application, les parties ne faisant plus vie commune [12]. Mais, dans son jugement, le juge ajoute:

> D'ailleurs, les mots « leurs enfants » dans la disposition du contrat de mariage reproduite ci-dessus ne signifient pas qu'il s'agit des enfants déjà vivants de l'intimée.
>
> L'on se serait exprimé plus clairement. Normalement, cette expression se rapporte aux enfants à naître (art. 819 c.c.) [13]

D'autre part, il était admis que les enfants du premier mariage de l'intimée avaient vécu avec les parties durant leur vie commune. Ces dernières, il est vrai, n'étaient mariées que depuis deux ans. Néanmoins, si les circonstances et l'âge des enfants ont pu influer la décision du juge, il semble également qu'il ait interprété les mots « enfants du mariage » sans référer à la définition du mot « enfant » comprise dans la définition précédente, selon l'article 2 de la *Loi sur le divorce*.

---

alimentaire dans le cadre des procédures de divorce. Il est vrai que la décision a été rendue avant que la Cour suprême ait tranché l'affaire *Jackson* v. *Jackson*, [1973] R.C.S. 205, (1973) 29 D.L.R. (3d) 641, 8 R.F.L. 172, qui fait qu'aujourd'hui, c'est la notion de dépendance qui, en la matière, est le critère déterminant. (Pour un commentaire de cette décision *vide*, notamment, H. LILLIES, *op. cit.*, *loc. cit.*, F. HELEINE, *op. cit.*, *loc. cit.*, et E. DELEURY, M. RIVET, *op. cit.*, note 3.)

11. À compter, évidemment, du jugement qui prononce l'adoption, puisque c'est alors que « l'adopté devient, à tous égards et à l'égard de tous, l'enfant légitime de l'adoptant et celui de son conjoint si ce dernier s'est porté partie à la requête en adoption » (art. 38 (a) de la *Loi de l'adoption*, *op. cit.*, note 8).

12. *Op. cit.*, p. 150. Pour une analyse de ce principe, *cf.* notamment, *Gougeon* v. *Ouellette*, (1932) 52 B.R. 418, *Tremblay* v. *Chartrand*, [1951] B.R. 741, et *Vigneault* v. *Dame Vigneault*, [1972] C.A. 666. *Vide*, cependant, *contra*, *Dubois* v. *Moreau*, [1975] R.P. 137 (C.S.).

13. *Op. cit.*, pp. 150-151.

Il reste qu'en l'espèce l'intimée, dans sa requête, n'avait pas désigné ses enfants comme des « enfants du mariage ». Aussi cette décision ne nous apparaît-elle pas concluante.

Il en va différemment, par contre, de la décision rendue par le juge Bernier dans la seconde espèce.

2) *L'arrêt Villeneuve* v. *Villeneuve*[14]

Ici, la requérante[15] demandait la garde de deux des enfants qu'elle avait eus d'un précédent mariage et une pension mensuelle de $400, sans préciser, cependant, si c'était uniquement pour elle ou si c'était aussi pour ses enfants.

Dans les circonstances, le juge crut bon de distinguer entre les besoins personnels de l'épouse et ceux de ses enfants, ces derniers, selon lui, n'ayant pas droit à une allocation d'entretien :

> En droit civil, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à l'effet qu'il n'existe pas d'obligation alimentaire de la part du mari vis-à-vis les enfants propres de sa femme ; ceux-ci demeurent quant à lui des étrangers sur lesquels il n'a pas de droit de contrôle et de surveillance et, par ailleurs, envers lesquels il n'a aucune obligation alimentaire[16].
>
> La Loi sur le divorce est dans le même sens ; elle ne prévoit l'octroi d'une pension alimentaire que pour les enfants issus du mariage. À l'article 2 a) on définit le mot « enfant » comme un terme générique signifiant toute personne pour qui les conjoints agissent « *in loco parentis* », et l'article précise que cela comprend entre autres une personne dont l'un des conjoints est le père ou la mère, mais dont l'autre conjoint agit

14. [1973] C.S. 409.

15. L'épouse était également requérante dans l'instance principale.

16. *Cf.* P.-B. MIGNEAULT, *Droit civil canadien*, t. I, Montréal, Théorêt, 1895, p. 483 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. I, par G. TRUDEL, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 468 ; A. Derek GUTHRIE, « Alimentary Obligations », (1965) 25 *R. du B.* 525, p. 527 ; J.-P. HOULE, « De la pension alimentaire », (1941) 1 *R. du B.*, 221, p. 225 ; L.-A. JETTÉ, « Des obligations qui naissent du mariage », (1927-28) 6 *R. de D.* 598, p. 604. Pour une application de ce principe, *vide : Desjardins* v. *Boyer* (1886) 14 R.L. 506 (C.S.) ; *Phaneuf* v. *Prévost*, (1916) 49 C.S. 189 (C. de R.) ; *La Reine* v. *Charron*, [1969] R.L. 125 (S.P.), et *Savage* v. *Marshall*, [1974] C.S. 519. Il en va différemment par contre en droit social où la créance alimentaire n'est pas tant fonction d'une conception sociétaire ou morale de la famille que de l'existence d'un état d'entraide effective. C'est donc la notion de dépendance économique, la notion de prise en charge qui importent. Aussi un bon nombre de nos lois sociales incluent dans la désignation des bénéficiaires l'enfant à l'égard de qui on a agi *in logo parentis*, ou encore prennent-elles le fait en considération relativement aux conditions d'éligibilité à la prestation. *Vide*, pour exemples, la *Loi des accidents du travail*, S.R.Q. 1964, c. 159, art. 2(d) et art. 100 ; la *Loi de l'aide sociale*, L.Q. 1969, c. 63, art. 2c tel que modifié par L.Q. 1970, c. 44 ; le *règlement sur les allocations familiales du Québec*, A.C. 1087-74 du 20-03-74, (1974) 106 G.O. II, 1565 et les *Règlements concernant la Loi de l'assurance-maladie*, A.C. 2775 du 17-07-70, (1970) G.O. II 4157.

seulement « *in loco parentis* », par ailleurs, à l'article 2 b) on définit l'expression « enfants du mariage » comme se limitant aux enfants des conjoints. L'article 10 qui prévoit la pension alimentaire pour les enfants limite ce droit aux « enfants du mariage »[17].

Par conséquent, pour les fins de l'octroi de la pension, il y aura lieu de considérer les seuls besoins de l'épouse[18].

C'est donc par une interprétation exégétique que les tribunaux québécois en sont venus à limiter les catégories d'enfants auxquels la *Loi sur le divorce* peut être applicable[19].

Il est vrai que les articles 10 et 11 qui prévoient les mesures accessoires[20], ne parlent que des « enfants du mariage ». Mais, à moins de faire abstraction de la définition de l'article 2 a) ou de considérer que le législateur a parlé pour ne rien dire, il nous semble difficile de prétendre qu'en matière de divorce, il n'existe pas d'obligation alimentaire vis-à-vis les enfants propres de son conjoint[21]. Nous n'avons pas ici à tenir compte des concepts du droit civil où c'est effectivement le cas[22], encore que l'expression englobe les enfants qui, en droit civil, sont considérés comme enfants des conjoints. Mais les mots n'ont pas ici la même résonnance et si « enfant du mariage désigne tout enfant des conjoints [...] », ils doivent s'interpréter par rapport au sens qu'on a donné à cette dernière expression dans la loi :

[...] Counsel for the petitioner argued that s. 2 (b) requires a child to be a « child of a husband and wife » and that Dianne cannot be so described and is not therefore a child of the mariage. I find no substance in this argument. In my view, when you read s. 2 (b), you must apply the

17. Comparer avec les motifs du juge Laskin dans *Papp* v. *Papp*, (1969) 8 D.L.R. (3d) 388, pp. 395-396 qui, sans se prononcer sur la question, opinait néanmoins pour une interprétation restrictive du mot « enfant » dans la *Loi sur le divorce*.

18. *Op., cit.*, pp. 409-410.

19. Contrairement aux jugements rendus dans les autres provinces, aucune de ces décisions en effet n'a soulevé le problème de la constitutionnalité de cette définition eu égard au partage des compétences tel qu'opéré par les articles 91 (26) et 92 (13) de l'*A.A.N.B.* Sur ce point, *vide*, notamment, *Hock* v. *Hock*, (1970) 13 D.L.R. (3d) 356, p. 361, conf. par (1971) 20 D.L.R. (3d) 190 [B.C. C.A.], et *Papp* v. *Papp, op. cit. supra.* Mais ne s'est-on pas appuyé sur l'inclusion, dans la définition du mot « de toute personne pour qui les conjoints ou l'un d'eux, agissent *in loco parentis* pour décider que, sous la loi du divorce, le droit à une allocation d'entretien ne s'éteint pas à la minorité ? [*Cf.* Les arguments du juge Ritchie dans l'affaire *Jackson, op. cit. supra*, à la page 215]. Il est vrai que la Cour suprême n'avait pas, en l'espèce, à trancher la question.

20. L'expression est ici utilisée dans un sens large et couvre tant les mesures qui peuvent être prises pendant l'instance que celles qui peuvent être ordonnées lors du prononcé du jugement.

21. *Cf.* les auteurs cités *supra*, note 3.

22. *Cf. supra*, note 16.

> definition in s. 2 (a) to the word « child » — which means that any child within the term of s. 2 (a) will be included in the definition of s. 2 (b) [...] [23].

Il convient cependant de souligner que le jugement rendu dans l'affaire *Villeneuve* est moins conséquent, sur le plan pratique, que la décision précédemment étudiée [24], puisque dans l'appréciation des besoins de l'épouse, le juge a pris en considération le fait qu'elle avait des obligations envers ses propres enfants.

3) *L'arrêt Rioux* v. *Dame Painchaud*

Cette dernière décision est d'ailleurs au même effet. Il est vrai que l'intimée, en l'espèce, ne demandait pas de pension alimentaire pour l'enfant qu'elle avait eu de son premier mari. Néanmoins, le juge St-Hilaire a considéré que son statut de mère était une des circonstances dont le juge se doit de tenir compte dans l'appréciation du montant de la pension :

> Les conjoints n'ont pas eu d'enfant et les aliments, selon la Loi du divorce, ne sont dûs par le mari, qu'aux enfants issus du mariage. Cependant, le fait qu'elle ait un enfant entièrement à charge lui crée un statut particulier de mère, qui la rend moins disponible, et la Cour doit tenir compte de ce facteur. On ne peut exiger de la mère qu'elle travaille et gagne sa vie aussi librement que si elle ne devait prendre soin que d'elle-même [25].

Il reste que dans chacune de ces expèces, ce sont les besoins et donc les droits des enfants qui devaient être valorisés et le « tempérament » dont on y fait montre ne limite pas pour autant les conséquences pratiques de la restriction apportée dans l'interprétation du mot

---

23. J. McDONALD dans *Wasylenki* v. *Wasylenki*, (1970) 12 D.L.R. (3d) 534, p. 586, [Sask. Q.B.]. Il 'sagissait d'enfants nés d'un premier lit. Dans le même contexte, voir *Leveridge* v. *Leveridge*, (1974) 15 R.F.L. 33 [B.C. Sup. Ct.]. Relativement à l'enfant naturel de l'un des conjoints, voir *Kerr* v. *Kerr and McWhannel*, (1970) T.A. 46 [B.C. Sup. Ct.]; *Proctor* v. *Proctor*, (1976) 57 D.L.R. (3d) 706 [Man. Q.b.]. *Cf.* également la décision rendue dans l'affaire *Bouchard* v. *Bouchard*, (1973) 29 D.L.R. (3d) 706, 9 R.F.L. 372 [Ont. Sup. Ct.], relativement à l'enfant adopté par l'épouse d'un précédent mariage. Par contre, on a déjà jugé qu'un enfant adultérin non désavoué par le mari n'était pas un « enfant » au sens de la *Loi sur le divorce* puisque non issu du mariage des parties et que, ignorant l'identité du véritable père, l'époux ne pouvait être présumé avoir agi *in loco parentis* envers l'enfant : *Aksugyuk* v. *Aksugyuk*, (1947) 17 R.F.L. 224, (1975) 53 D.L.R. (3d) 156, 3 W.W.R., 91 [N.W.T. Sup. Ct.] Un tel raisonnement pourrait difficilement trouver écho en droit québécois, l'enfant adultérin non désavoué étant présumé légitime (art. 226 *C. civ.*).

24. *Beaudry* v. *Emery*, *op. cit.*, note 7.

25. C.S. Québec, n° 200-12-009638-744, 13 mars 1974. Comparer avec la décision rendue, en matière de séparation de corps, dans l'affaire *Savage* v. *Marshall*, *op. cit.*, note 16, où ces mêmes éléments ont été pris en considération. Ceci, à tout le mois, a l'avantage de mettre sur un même pied enfants de parents divorcés et enfants de parents séparés. Mais il reste que juridiquement, ce ne sont pas les mêmes enfants et qu'il en résulte, nous le verrons, des disparités en ce qui concerne leurs droits et obligations.

« enfant » en matière de divorce. En effet, au plan du droit aux aliments, il ne faut pas oublier qu'advenant un changement de circonstances dans les besoins ou les facultés du parent par le sang, à supposer par exemple qu'il ne puisse suffire à ses besoins et à ceux de l'enfant, les droits de ce dernier seront alors totalement méconnus. Par ailleurs et si l'on suit toujours ce même raisonnement, doit-on considérer l'avènement de la majorité comme une circonstance qui vient modifier l'état des besoins de l'ex-conjoint? D'un autre côté, on se trouve à priver l'enfant et, par le fait même, celui qui agit *in loco parentis* du droit de se visiter[26]. Or quand bien même il apparaît naturel d'attribuer le droit de garde au parent biologique, l'intérêt de l'enfant peut aussi commander qu'il garde certains contacts avec celui ou celle qui lui a tenu lieu de père ou mère pendant le mariage[27]. Qui plus est, *quid* lorsque ni l'un ni l'autre des conjoints n'ont de lien de parenté avec l'enfant[28]? C'est dire qu'au Québec l'enfant et le ou les conjoints qui peuvent agir envers lui *in loco parentis* se trouvent dans une situation pour le moins précaire, sinon discriminatoire, quant à leurs droits et à leurs obligations.

Mais encore faut-il s'entendre sur le sens et la portée de l'expression *in loco parentis*. En d'autres termes, quand devient-on un enfant des conjoints lorsqu'on n'est pas enfant du mariage?

B. Quand devient-on enfant des conjoints?

1) *Les éléments à considérer*

L'élément déterminant ici, c'est l'intention :

> [...] the authorities leave, in somme obscurity, the question as to what is to be considered as meant by the expression, universally adopted, of one *in*

26. Relativement au droit de visite, voir *Kerr* v. *McWhannel and McWhannel*, et *Proctor* v. *Proctor*, cités *supra*, note 23.

27. Attribuer la garde de l'enfant au conjoint qui a agi *in loco parentis* constituerait d'ailleurs une atteinte à la puissance paternelle et l'on serait en droit d'exprimer quelque doute sur le caractère ancillaire de tels pouvoirs en regard d'une matière qui en principe relève de la compétence exclusive des provinces.

28. La situation n'est pas sans analogie avec le cas de l'enfant placé en famille d'accueil. Mais si l'on suit la jurisprudence de l'arrêt *H.* v. *H.* (*cf. infra*), il devient difficile de prétendre que les parents nourriciers agissent *in loco parentis*, puisque les parents naturels de l'enfant ainsi placé sont tenus de contribuer pour une certaine part à son entretien. *Cf. Règlement relatif aux contributions payables par les parents ou gardiens pour le placement d'enfants dans les familles d'accueil ou dans des centres d'accueil*, A.C. 356-74, 30 janvier 1974, tel que modifié par A. C. 1383-74, 10 avril 1974, articles 1 et 3. Par ailleurs, le placement de l'enfant étant, par essence, une mesure temporaire, il n'y a pas permanence de la relation, critère essentiel de la définition (*cf. infra*).

> *loco parentis*. Lors Eldon, however, in *Ex Parte Pye* (18 Ves. 140, 154) has given to it a definition which I readily adopt, not only because it proceeds from his high authority, but because it seems to me to embrace all that is necessary to work out and carry into effect the object and meaning of the rule. Lord Eldon says it is a person « *meaning* » to put himself *in loco parentis*: in the situation described as the lawful father of the child; » but this definition must, I conceive, be considered as applicable to these parental offices and duties to which the subject in question has reference, namely, to the office and duty of the parent to make provision for the child. The offices and duties of a parent are infinitely various, some having no connection whatever with making a provision for a child; and it would be most illogical, from the mere exercise of any of such offices or duties by one not the father, to infer an intention in such person to assume also the duty of providing for the child [...]
>
> [...] to my mind, constitutes the principal value of Lord Eldon's definition, namely, the referring to the intention, rather than to the act of the party [...] The rule, both as applied to a father and to one *in loco parentis*, is founded upon the presumed intention. A father is supposed to intend to do what he is in duty bound to do, namely, to provide for his child according to his means. So, one who has assumed that part of the office of a father is supposed to intend to do what he has assumed to himself the office of doing. If the assumption of the character be established, the same inference and presumption must follow [29].

C'est ainsi qu'en 1837, Lord Cottenham entendait l'expression « agir *in loco parentis* ». La définition depuis a fait jurisprudence et ses éléments ont été repris par les tribunaux canadiens, notamment depuis l'arrêt *Shtitz* v. *C.N.R.*[30]. Transposée dans le droit du divorce, la définition s'applique évidemment tant à l'épouse qu'au mari [31], encore que l'hypothèse soit plutôt rare [32].

Plus récemment, le juge Dymond, de la Surrogate Court de l'Ontario, énumérait ainsi les différents critères que doit rencontrer la personne qui agit *in loco parentis*:

> (1) Did the person provide a large part of the financial support necessary for the child's maintenance? This is a *sine qua non*.

---

29. *Powys* v. *Mansfield*, (1837) 3 My - Cr 359, 40 E.R. 964.
30. (1927) 21 *Sask. L. Rev.* 345 (C.A); *Cf.* également *Royal Trust Co.* v. *Globe Printing Co.* [1934] O.W.N. 547 (C.A.), et *Tower* v. *Hubert*, (1974) 14 R.F.L. 362 [N.B. Sup. Ct.].
31. Alors que traditionnellement, la jurisprudence anglo-canadienne a toujours limité la portée de l'expression à la situation dans laquelle une personne tient lieu de père à l'enfant. *Cf. Bennett* v. *Bennett*, (1879) 10 Ch. D. 474, et *Re McClenegham Estate*, 1954 [O.W.N.] 148, 1954, 1 D.L.R. 675 (H.C.). Il n'est pas certain d'ailleurs que cette jurisprudence soit sans incidence sur l'interprétation de l'article 2 de la *Loi sur le divorce*. Sur ce point, *vide* le document publié par la Commission de réforme du droit du Canada, *Studies on Divorce*, Ottawa, Information Canada, 1975, pp. 133-134.
32. Il n'y a d'ailleurs pas, à notre connaissance, de jurisprudence sur la question.

(2) Did the person intend to step into the father's shoes? [...] « Does the evidence indicate that, if the natural parent died, the person to be charged would have expected to continue to support the child? » [...]

(3) Was the relationship between the person and the child a continuing one with the idea of permanency?

(4) If the child were living with and supported by its own father (mother?) has the inference that such father (mother?) has not been replaced by the other person been overturned?

(5) Has the person, at the time pertinent to the action, terminated his position *in loco parentis*?[33]

Au-delà de l'aspect purement matériel, la permanence et la nature des relations entre la personne considérée et l'enfant apparaissent donc comme des facteurs déterminants[34]. Encore faut-il que le parent naturel qui ne vit pas avec l'enfant ne contribue d'aucune façon à son entretien. Il semble en effet que lorsque ce dernier a été condamné à lui verser des aliments, quand bien même il aurait exécuté son obligation de manière parcellaire, *i.e.* sans continuité dans le temps et ne gardant par ailleurs aucun contact direct avec l'enfant, la permanence et la nature des relations entre celui-ci et le conjoint de sa mère s'en trouvent altérées et que, si « bon samaritain » soit-il, on ne puisse pas considérer ce dernier comme une personne qui agit *in loco parentis*. C'est là tout au moins la conclusion à laquelle en est venue la Cour d'appel de la Colombie britannique dans l'affaire *L.H.* v. *L.H.H.*[35], confirmant sur ce point le jugement qui avait été rendu en première instance.

2) *La permanence de la relation et l'affaire Hock*

Les faits de l'espèce étaient les suivants: Mme Lerner était divorcée depuis deux ans quand elle épousa, en mai 1968, M. Hock. Elle avait eu trois enfants de son premier mariage, enfants dont la garde lui avait été confiée lors du jugement de divorce et à l'égard desquels monsieur Lerner était tenu au paiement d'une pension alimentaire de $450 par mois. Ce dernier s'acquitta régulièrement de ses obligations jusqu'en mars 1968, époque à laquelle il cessa ses

33. *In Re O'Neil and Ridout*, (1975) 54 D.L.R. (3d) 481, pp. 490-491, 7 O.R. (2d) 117, p. 127.

34. *Cf.* sur ce point, *Bouchard* v. *Bouchard* et *Proctor* v. *Proctor*, *op. cit. supra*, note 25. De manière générale, on se réfèrera à *Power on Divorce*, *op. cit. supra*, note 3, et à la jurisprudence citée.

35. (1971) 4 W.W.R. 262, 3 R.F.L. 353, 20 D.L.R. (3d) 190, conf. (1970) 75 W.W.R. 87, 2 R.F.L. 333, 13 D.L.R. (3d) 356.

paiements[36]. C'est alors que M. Hock prit la relève, veillant à l'entretien et à l'éducation des enfants[37]. Ces derniers le considéraient comme un père et réciproquement.

Cette vie familiale fut cependant de courte durée — sept mois environ — et, en juillet 1969, Mme Hock présentait une requête en divorce à laquelle son époux riposta par une demande reconventionnelle. Mme Hock réclamait une pension alimentaire pour elle-même et les enfants issus de son premier mariage. La question était donc de savoir si M. Hock avait agi *in loco parentis* à l'égard des enfants. Fait important à noter, après sa séparation d'avec son épouse, M. Hock lui versa régulièrement la somme de $400 par mois, et ce, jusqu'au moment où M. Lerner, manifestant un regain d'intérêt à l'endroit de son ex-épouse et de ses enfants, leur fit parvenir à nouveau de l'argent.

Au vu de toutes ces circonstances, le premier juge refusa de faire droit à la requête de Mme Hock, considérant que son conjoint n'avait pas agi comme un père à l'égard de ses enfants:

> Although the respondent has to some extent here assumed the obligation to support these children it seems to me that it was on a temporary basis only. It would appear in the circumstances that the primary obligation of the father to maintain his children remains undisturbed, notwithstanding the interim support afforded by a « good samaritan » who married the children's mother[38].
>
> [...] In addition, the natural father never really stepped out of the picture, and I do not think that the evidence supports an inference that the respondent has assumed any permanent obligation towards the children. I find as a fact that the respondent does not stand in loco parentis to these children[39].

Si la solution nous paraît juste, elle nous semble par contre mal motivée: en quoi, en effet, l'obligation alimentaire dont peuvent être tenus le ou les parents par le sang peut-elle servir de mesure à l'intention de celui qui agit envers l'enfant comme un père?[40]

Autant, selon nous, ces éléments devaient rester étrangers quant à la question de savoir si M. Hock avait agi comme un véritable père,

---

36. Époque qui coïncidait d'ailleurs étrangement avec les projets de mariage de son ex-épouse.
37. Soulignons que Mme Hock n'avait jamais cherché à faire exécuter l'ordonnance rendue par le tribunal de Californie contre son ex-mari. Interrogée à ce sujet par le juge à l'enquête, elle alléguait que ce dernier avait connu des difficultés financières qui l'avaient rendu incpable de faire face à ses paiements.
38. (1971) 2 R.F.L. 333, p. 337.
39. *Id.*
40. *Vide* sur ce point les commentaires du professeur Richard GOSSE *in Studies on Divorce, op. cit.*, pp. 135)136. *Cf.*, également, Donald MACDOUGALL, « Alimony and Maintenance », *in Studies in Canadian Family Law, op. cit.*, t. I. p. 283, p. 345.

autant cependant la solution trouve son fondement dans le second motif énoncé par le juge à l'effet qu'à supposer même qu'on en soit venu à cette conclusion, il n'aurait pas été juste ni approprié dans les circonstances de condamner le beau-père des enfants à leur verser des aliments. C'est donc l'article 11 qui, à notre avis, constitue la véritable charpente du jugement:

> There is an existing order of another Court providing for the maintenance of these children. The natural father is bound by that order to pay the sum of $450 a month for the maintenance of the children. The evidence is that because of financial difficulties he suspended his payments temporarily, and during that period the respondent came to the rescue. It appears from the evidence that the natural father, since the separation of the petitioner and the respondent, has shown signs of reassuming his obligation to maintain the children. No real effort has been made by the petitioner to enforce the order on behalf of the children, but it would seem to me that she should do so, and if she did so, that the maintenance would be forthcoming. Because of this circumstance, amongst others, I do not think it fit and just to make any order against the respondent for the support of these children[41].

En Cour d'appel, le juge Robertson est venu ajouter une autre restriction à la définition du mot enfant telle qu'elle figure à l'article 2.

En effet, analysant la relation entre les mots « enfant » et « enfant du mariage » de cette même disposition, le juge en est venu à la conclusion que les mots « à l'époque pertinente » signifient au moment du dépôt de la requête[42]. En la circonstance, M. Hock, qui à ce moment avait cessé de verser des subsides à son épouse et aux enfants de cette dernière, avait cessé donc d'agir *in loco parentis.*

À ce sujet, l'interprétation du juge Gansner dans *Leveridge* v. *Leveridge* nous apparaît moins conséquente, ce dernier considérant qu'une fois la preuve de l'existence d'une relation parentale pendant le mariage établie, il s'ensuit une présomption de fait que cette relation a subsisté, présomption qui ne peut être renversée que par une preuve contraire[43]. Il serait en effet trop facile, pour celui qui veut échapper à ses obligations, de cesser de contribuer à l'entretien des enfants dès

---

41. *Op. cit.*, p. 192. En appel, le juge Branca ajouta: « I point out that at all material times the paternal father continued to exercise all of his paternal rights by telephoning the wife at least once a month to inquire their welfare and when trouble occurred between the husband and wife he offered to establish the wife and the children in an apartment in San Francisco. It appears that he was at all times willing to maintain the children. He had not only a moral obligation to do that but he was also legally bound to do so ». (1971) 20 D.L.R. (3d) 190, p. 198.

42. *Id.*, pp. 199-200. *Cf.* également les motifs du juge Branca, cité *supra*, p. 198.

43. « Once the parental relationship has been established, as I have found it was during the period of the cohabitation between the spouses, I conclude that it should be deemed to have continued unless and until there has been adduced a body of evidence to the contrary.

que l'état des relations matrimoniales laisse envisager la possibilité d'un divorce. Advenant que l'affaire *Hock* fasse jurisprudence, on en viendrait à réduire à néant toute la portée de la définition contenue à l'article 2[44].

Reste à se demander si, en vertu de ses pouvoirs ancillaires, le Parlement fédéral peut adopter une définition aussi large du mot « enfant » en matière de divorce et s'il ne revient pas plutôt aux provinces de la préciser[45].

Il ne nous appartient pas, ici, de trancher la question, pas plus d'ailleurs que nous n'avons à nous prononcer sur l'opportunité ou non de créer une obligation alimentaire entre un époux et les enfants de son conjoint (car de fait il semble que le concept de *in loco parentis* soit limité à cette situation). C'est là une question de politique législative. Mais si, sur le plan politique, on admet que le juge du divorce puisse se prononcer sur l'entretien et la garde d'enfants que l'un ou l'autre ou les deux conjoints ont accueillis et traités comme leurs propres enfants, on peut se demander s'il ne conviendrait pas alors de préciser et même d'élargir le cadre de son intervention, à moins qu'on ne force nos concepts de droit civil pour s'aligner sur le droit du divorce[46]

En effet, l'absence d'uniformité entre le droit du mariage et le droit du divorce fait que dans certains cas, ni l'une ni l'autre des législations ne permettent de répondre à des situations qui, juridiquement, doivent pourtant être précisées. Mais, nous abordons ici le second volet de notre étude.

Reliance may be placed upon the presumption of continuance which is referred to in Phipson on Evidence, 11th ed., pp. 291-292, para. 291 as follows: "States of mind, person, or things, at a given time may in some cases be proved by showing their previous or subsequent existence in the same state, there being a probability that certainn conditions and relationships continue. The presumption of continuance, which is one of fact and not of law, will, however, weaken with remoteness of time, and only presumption arises from the nature of the case" ». (1974) 15 R.F.L. 33 [B.C. Sup. Ct.], p. 38.

44. *Cf.* sur ce point les commentaires des auteurs cités *supra*, note 40.

45. *Cf. supra* nos remarques sous la note 19.

46. Soulignons que l'Office de révision du Code civil s'est interrogé sur l'opportunité de créer une obligation alimentaire entre un époux et les enfants de son conjoint. Cependant, devant la division de ses membres, le comité des personnes et de la famille « a renoncé à une mesure qui, si souhaitable qu'elle puisse être en théorie, a paru trop compliquée dans la pratique ». O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, Montréal, 1974, p. 440 (commentaires sous l'article 172). Relativement à l'existence d'une telle obligation dans les autres provinces, *vide*, pour le Manitoba, le *Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.M. 1970, c. W.170, pour le Nouveau-Brunswick, *Id.*, R.S.N.B. 1973, c. D.8, et pour la Colombie britannique, *Id.*, R.S.B.C. 1960 c. 499. Parmi les lois qui incluent la notion de personne *in loco parentis*, *cf.* également, pour l'Ontario, le *Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, tel que modifié par S.O. 1972, c. 109, et pour la Colombie britannique, le *Family Relation Act*, S.B.C. 1972, c. 20. De manière générale, on se rapportera à l'ouvrage publié par la Commission de réforme du droit du Canada, *Studies on Divorce*, *op. cit.*, pp. 136 à 140.

II - Quand les enfants du divorce deviennent des enfants du mariage

A. Un vacuum législatif

Supposons en effet que le conjoint qui s'est vu confier la garde des enfants se remarie et que, quelques années après ce second mariage, il vienne à décéder. Dans de telles circonstances, que va-t-il advenir des enfants? Légalement, la garde devrait revenir au parent survivant. Cependant, si la solution peut paraître conforme au droit naturel, elle ne correspond pas nécessairement à l'intérêt bien compris des enfants: il se peut que le second conjoint, sans pour autant les avoir adoptés, que ce soit pour des raisons qui tiennent à leur âge ou par respect de ce qu'on peut considérer comme un droit acquis pour l'autre parent, ait agi *in loco parentis* à l'égard des enfants[47] et que ces derniers même refusent de retourner auprès de leur « parent biologique ». Dans cette dernière hypothèse, une demande en *habeas corpus* permettra de trancher le conflit[48].

Cela suppose alors que le parent biologique a pris l'initiative d'un débat[49]. Mais la situation n'est pas nécessairement conflictuelle, en ce sens que ce dernier peut ne pas réclamer la garde des enfants. Dans ces conditions, comment définir la situation juridique du deuxième conjoint par rapport aux enfants? Quelle est l'étendue de ses droits et

---

47. Nous n'envisageons pas ici l'hypothèse où le parent qui n'a pas eu la garde a refusé de consentir à l'adoption de l'enfant. Dans ces circonstances, on peut penser que le second conjoint pourrait ne pas être considéré comme ayant agi *in loco parentis*, notamment si l'autre parent contribuait à l'entretien de l'enfant. À la limite même, et à la lumière d'une interprétation aussi restrictive que celle de la Cour d'appel de la Colombie britannique dans l'affaire *Hock* (*Cf. supra*, note 35), le second conjoint, dans notre exemple, ne pourrait même pas être considéré *in loco parentis*, si l'on considère que le parent biologique même privé de la garde conserve un droit de surveillance sur l'entretien et l'éducation de l'enfant et qu'il reste tenu d'y contribuer (art. 215 *C.c.*) *Cf. Descôteaux* v. *Descôteaux*, [1971] C.A. 279, et *Genziuk* v. *Jablonovski*, [1973] C.A. 988.
Par ailleurs, le refus du parent biologique de consentir à l'adoption tendrait à démontrer qu'il entend exercer son droit de regard sur l'entretien et l'éducation de l'enfant, et dans ces circonstances, il apparaît normal que la garde lui en soit confiée. Sur le refus pour le parent divorcé de consentir à l'adoption de son enfant par l'époux ou l'épouse de son ex-conjoint, on consultera avec intérêt la décision rendue par la Cour d'appel du Québec dans *Ste-Marie* v. *Charbonneau*, C.A. Montréal, 14 février 1974, nº 09-000452-73, commentaire Alain-F. BISSON, *in* « Le contentieux de la filiation: retouches et protestations », chronique de droit civil, (1975) 35 *R. du B.*, 690.

48. *Cf. infra*, les notes du juge Martel dans *Perreault* v. *Dame Demers*,, [1974] C.S. 530. Sur l'utilisation du bref d'*habeas corpus* et sur ses incidences en matière de garde d'enfants, *vide*, E. DELEURY, M. RIVET et J.-M. NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale: une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.*, 779, pp. 840 à 855.

49. *Idem*.

de ses obligations? Ni la *Loi sur le divorce*, ni le *Code civil* ne permettent de répondre à cette question : en vertu des dispositions de la *Loi sur le divorce*, seuls les conjoints ont qualité pour demander la révision ou la modification de l'ordonnance relative à la garde, puisque, et par hypothèse, ce sont les conjoints qui, dans l'instance en divorce, étaient parties à la requête[50], et il n'y a aucune disposition dans le *Code civil* qui puisse autoriser un tiers, sauf possiblement un parent de l'enfant, à s'adresser directement à la cour, par-dessus la tête des père et mère, en matière de garde d'enfant[51].

Dans de telles circonstances, la solution, envisagée sur le plan du droit québécois, ne peut venir que de la Cour de Bien-être social, sur intervention d'une « personne en autorité »[52]. Ce serait donc par le biais d'une demande de protection que le parâtre ou la marâtre pourrait se voir reconnaître une certaine autorité sur la personne des enfants[53], autorité qui, quoique conférée par l'autorité judiciaire, resterait néanmoins purement factuelle, car les pouvoirs de la Cour du Bien-être social ne vont pas au-delà de la possibilité de confier la garde physique de l'enfant à un tiers (ou à un institution) lorsqu'après enquête il se révèle que l'enfant est en danger physique ou moral[54].

---

50. *Cf.* article 11 alinéa 2, ainsi que les articles 3, 4, 5 et 10 de la *Loi sur le divorce* et la définition du mot requête, sous l'article 2 de la même loi. Sur ce point, *vide* les observations de notre collègue François HELEINE à propos des « Enfants du mariage dans le droit du divorce », chronique de droit familial, (1974) 5 *R.G.D.* 340, pp. 376 *et seq. Cf.* également le document publié par la Commission de réforme du droit, *Studies on Divorce, op. cit.*, p. 141. Assez paradoxalement, la seule hypothèse dans laquelle le second conjoint divorcé pourrait être autorisé à intervenir dans le cadre de la *Loi sur le divorce*, serait celle d'une nouvelle instance en divorce. Sa qualité de requérant ou d'intimé, selon le cas, lui permettrait alors de demander sinon la garde des enfants, tout au moins un droit de visite.

51. C'est là tout au moins l'opinion de MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 26, que partagent d'ailleurs TRUDEL, *op. cit.*, t. I, pp. 622 et 623, et J. FRÉMONT, *De la séparation de corps et du divorce*, Québec, Côté, 1886, pp. 133-134.

52. Article 1(e) de la *Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.Q. 1964, c. 220, qui définit le terme comme suit : « Le père, la mère, le tuteur et le subrogé tuteur d'un enfant, le curé, un commissaire d'école de la localité où se trouve l'enfant, toute personne désignée d'office par le juge dans un cas particulier, et un officier des organismes sociaux qui s'occupent du bien-être et de la protection de l'enfance et qui seront officiellement reconnus comme tels par le ministre ».

53. *Cf.* l'article 15 de la même loi.

54. *Ibid.* Il n'existe pas en effet, en droit québécois, de déchéance de la puissance paternelle. Tout au surplus peut-on priver les parents de son exercice, mais le droit subsiste. *Cf.* E. DELEURY, M. RIVET, J.-M. NEAULT, *op. cit., loc. cit. supra*, note 48. À ce propos, soulignons que dans la seconde partie de son rapport sur la famille, l'Office de révision du Code civil prévoit la possibilité d'une délégation par les parents de leur autorité parentale (le projet en effet place les parents sur un pied d'égalité). S'inspirant par ailleurs de certaines dispositions de l'actuelle loi ainsi que de l'avant-projet de loi de la protection de la jeunesse, le projet présenté par l'Office prévoit également une procédure de déchéance ou de retrait de certains attributs de l'autorité parentale [O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, partie II, Montréal, 1975, articles 8 à 20, pp. 48 à 66].

Reste à se demander si, dans de telles circonstances l'enfant serait considéré comme « particulièrement exposé à des dangers physiques ou moraux » et s'il y a véritablement nécessité de protection.

On pourrait également songer à l'ouverture d'une tutelle à la personne[55], le tuteur exerçant alors tous les attributs de la puissance paternelle. Mais ceci suppose l'incapacité du parent survivant, c'est-à-dire, dans les circonstances, son interdiction[56]. Il s'agit en effet d'une incpacité d'ordre général et non pas de l'incapacité de veiller à l'entretien et à l'éducation de l'enfant[57].

Force nous est donc de constater l'existence d'un vacuum en la matière, les solutions envisagées requérant l'existence de conditions particulières.

Et pourtant un arrêt récent nous propose une troisième solution qui trouve son fondement dans le pouvoir discrétionnaire dont jouit le tribunal en tant que « *parens patriae* ».

B. Le concept de *parens patriae*, fondement de l'intervention judiciaire : L'affaire *Perreault* v. *Demers*

Si l'on en juge en effet par la décision rendue par le juge Martel dans cette affaire[58], le 10 décembre 1975, il semblerait que les pouvoirs dont jouit le tribunal en tant que représentant du souverain, *parens patriae*, l'autoriseraient à donner une assise légale à la garde de fait, lorsqu'il estime qu'il y va du plus grand intérêt de l'enfant.

Dans ce jugement, l'honorable juge, tout en alléguant le défaut de qualité de la requérante pour demander la garde juridique des enfants que son défunt mari avait eus d'un premier mariage, ne lui en a pas moins confié la garde physique de ces derniers.

1) *Les faits*

Les faits étaient les suivants : le 6 décembre 1973, feu le docteur Gaston Perreault obtenait le divorce d'avec sa première épouse,

---

55. *Cf.* sur ce point P.-B. MIGNAULT, J. FRÉMONT, *op. cit.*, note 53, et les articles 264 et 290 du *Code civil.*

56. *Cf.* L.-P. SIROIS, *Tutelles et curatelles*, Imprimerie de l'action sociale, Québec, 1911, pp. 116-119 ; P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, t. 2, p. 198 ; G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 2, p. 290 ; Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil, la Famille*, Montréal, P.U.M. 1972, n° 251, p. 215 ; et *Stevenson* v. *Florant*, [1925] R.C.S. 532.

57. *Cf.* art. 325 *C. civ.*

58. *Op. cit. supra*, note 48.

l'intimée dans la requête considérée. La garde des trois enfants mineurs était confiée au père avec droits de visite et de sortie à la mère intimée.

Celle-ci n'exerça cependant par régulièrement ses droits, tout au moins jusqu'au 15 octobre 1974, date à laquelle elle présenta une requête pour faire rétablir les droits de visite et de sortie auxquels elle avait renoncé le 7 février 1974. Il fut alors décidé, avec le consentement du père, qu'elle pourrait visiter les enfants et les amener avec elle le troisième dimanche et la première fin de semaine de chaque mois. Les parties avaient consenti à revenir devant la cour le 20 janvier 1975 pour évaluer la situation, mais la mort accidentelle du docteur Perreault mit fin à l'instance. C'est alors que sa seconde épouse présenta une requête aux fins d'obtenir la garde légale des enfants, sur la base de l'article 827 du *Code de procédure civile*, lequel se lit comme suit:

> Toute demande relative à l'obligation alimentaire entre époux, ou entre parents ou alliés, de même que toute demande relative à la garde des enfants, sont formées par requête et sont instruites et jugées d'urgence.

La mère, intimée dans l'instance, plaida l'irrecevabilité de la requête alléguant notamment [59] que, tant à ce qui a trait à l'obligation alimentaire qu'en ce qui concerne la garde des enfants, cette disposition ne conférait aucun droit substantif à la requérante et qu'au surplus, si tant est qu'on admette l'existence d'un lien d'affinité entre celle-ci et les trois enfants, ce dernier avait été rompu par le décès de l'époux qui produisait le lien d'alliance [60].

Le juge retint les deux arguments: analysant l'article 827 *C.p.c.*, il en vint à la conclusion qu'il « ne met à la diposition des parties, à qui des droits sont reconnus par le *Code civil*, qu'un moyen plus expéditif de soumettre à la Cour le litige, soit celui de la requête au lieu de l'action ». La requérante, étant « une tierce partie tant vis-à-vis les enfants que vis-à-vis la mère de ces enfants », n'avait donc pas « qualité ou intérêt » pour exercer un tel recours.

---

59. Parmi les moyens d'irrecevabilité soulevés par l'intimée, celle-ci avait allégué l'absence de juridiction de la Cour supérieure. Ce moyen a été écarté au motif que « les dispositions du *Code civil* qui traitent des obligations qui naissent du mariage (art. 165–172 *C.c.*) des droits et des devoirs respectifs des époux (art. 173–184 *C.c.*), de la puissance paternelle (art. 242–245a *C.c.*) régissent les rapports des parents et des enfants et constituent des mesures de droit civil sur la personne qui relèvent de la juridiction de la Cour supérieure » (*op. cit.*, p. 531).

60. *Cf.* art. 167 et 124 *C. civ.*

2) *Le jugement*

— L'absence de base légale

Le juge Martel fonda son argumentation sur les considérants suivants :

> La prétention de la partie intimée que cet article, dans son application aux parents et aux alliés, ne porte que sur les demandes relatives à l'obligation alimentaire et non sur la garde des enfants, est également bien fondée. Cet article 827, tel qu'on le connaissait lors de l'adoption du nouveau Code de Procédure civile en 1966, n'accordait le moyen de la requête que pour les fins d'une demande relative à l'obligation alimentaire entre époux, entre parents ou entre alliés. Il n'était nullement question à l'époque de la garde des enfants, ce moyen de la requête pour les fins de la garde des enfants n'ayant été ajouté qu'en l'année 1968. Lorsque le législateur a complété l'article 827 pour y prévoir le moyen de la requête également aux fins d'une demande relative à la garde des enfants, il n'a pas été dit qu'une telle demande relative à la garde des enfants devait être prévue pour les époux, pour les parents et pour les alliés. Le texte, si on le relit attentivement, ne le dit pas. Par surcroît, le législateur a bien manifesté son intention qu'il ne s'agissait pas de reconnaître un droit civil fondamental à qui que ce soit. Suivant la note des commissaires : « Cet article, de droit nouveau, a été jugé opportun pour assurer une décision plus rapide et moins coûteuse dans une matière qui, de sa nature, requiert célérité ». Il est manifeste, de l'avis du Tribunal, que cet article tel que recommandé par les commissaires, ne visait qu'une question de procédure et n'ajoutait aucun droit fondamental à ceux reconnus par le Code civil. Enfin, sur la question de l'alliance, soit le lien civil entre la seconde épouse, la présente requérante, et les enfants de son époux, les trois enfants mineurs en cause de l'intimée, il reste que le décès de celui qui produisait cette alliance, soit le père des enfants, a entraîné la fin de cette alliance. Dans les circonstances, même s'il fallait se baser sur cet élément d'alliance pour conférer un droit à la requérante sur les enfants nés d'un précédent mariage, ce droit n'existerait plus[61].
>
> Aucun droit de garde n'est donc reconnu à une tierce partie par une disposition du Code civil de cette province, qui autoriserait ce tiers, sauf possiblement un parent de l'enfant, à s'adresser directement à la Cour par-dessus la tête de celui ou de celle qui, comme père ou comme mère, a le pouvoir et le devoir d'exercer la puissance paternelle. Il est vrai que, en certaines circonstances, la garde des enfants est confiée par le Tribunal à une personne autre que le père ou la mère. On notera toutefois que ces décisions de nos Tribunaux sont survenues une fois que le débat a été engagé par l'un ou l'autre des conjoints, sur demande de l'un ou de l'autre au Tribunal pour la garde de l'enfant ou sur demande en Habeas Corpus émanant de l'un ou de l'autre des conjoints. C'est à propos de ce débat

61. C'est dire que le seul droit qu'aurait pu engendrer ce lien d'alliance était celui de pouvoir réclamer des aliments aux enfants de son époux, ce qui, dans les circonstances, apparaît pour le moins paradoxal.

soulevé par l'initiative des conjoints et non par la démarche préalablement prise par une tierce partie que nos Tribunaux en ont décidé ainsi. Il faut reconnaître au surplus que cette discrétion accordée au Tribunal fut exercée à l'occasion d'une séparation de corps ou d'un divorce dans un dossier dûment constitué de procédures de séparation de corps ou de divorce entre les parties. Certaines dispositions du Code civil dans les chapitres traitant du divorce et de la séparation de corps prévoient une telle alternative d'une garde confiée à des tiers. Dans le cas qui nous occupe, la requête présentée par une tierce partie n'est nullement reliée à des procédures de séparation de corps ou de divorce et n'émane donc pas de l'un des conjoints. Force nous est de constater également que ce n'est pas sur une demande en Habeas Corpus de la mère intimée que la Cour est appelée à décider de la garde légale des enfants, mais plutôt sur une demande directement prise par la tierce partie, la présente requérante, qui n'a, *prima facie*, aucune autorité parentale sur ces enfants.

Pour ces diverses raisons dont la Cour vient de faire état, il résulte que même si le Tribunal voulait se prononcer sur la garde légale des enfants en prenant en considération leur meilleur intérêt, à la lumière des circonstances d'une preuve dont le soussigné a déjà été saisi dans le dossier de divorce et, avec le consentement des parties, sur la présente requête, il lui est interdit de le faire parce que la requérante n'a pas qualité pour présenter une telle requête à la Cour[62].

— La discrétion du juge

Cette argumentation, logiquement, aurait dû aboutir au rejet de la requête. Cependant, le juge Martel, s'appuyant sur l'autorité des décisions rendues par la Cour suprême en matière d'*habeas corpus*[63] et sur le pouvoir de discrétion que la Cour supérieure, en sa qualité de *parens patriae*, est autorisée à exercer lorsqu'elle est saisie d'un problème de garde d'enfants, considéra, au regard de la preuve qui avait été faite tant sur le mérite du litige de divorce que sur la requete formulée ensuite par l'intimée[64] et sur le mérite de la présente instance, qu'il était du plus grand intérêt des enfants qu'ils soient confiés à la garde physique de la requérante.

La preuve révélait en effet que l'intimée était dans « l'incapacité totale » de « s'occuper d'une façon appropriée de ses enfants » :

---

62. *Op. cit.*, pp. 531-532. Le juge notait à ce propos que le *Code civil* français avait été amendé récemment, de manière à permettre à une tierce personne d'intervenir de son propre chef pour faire décider de la garde d'un enfant lorsque l'un des parents divorcés ou séparés de corps est décédé [article 373 du *Code civil* français].

63. *Taillon* v. *Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257; *Marshall* v. *Fournelle*, [1927] R.C.S. 48, et *Dugal* v. *Lefèvre*, [1934] R.C.S. 501. Le juge s'est également appuyé sur l'autorité de deux décisions rendues par notre Cour d'appel: *Smith* v. *Dame Copping*, (1923) 34 B.R. 412, et *Benisty* v. *Delouya*, [1959] B.R. 720.

64. La requête par laquelle la mère, le 15 octobre 1974, avait demandé à être rétablie dans ses droits de visite et de sortie.

> La mère desdits enfants, l'intimée, a été, avant le divorce et depuis ce divorce, jugée par les Tribunaux incapable d'exercer d'une façon appropriée son autorité maternelle. Elle a confirmé lors de l'audition de la présente requête que si la garde juridique pouvait être acceptée par elle, il lui faudrait s'en remettre pour la garde physique des enfants à une autre personne. Elle a désigné à ce propos une de ses tantes, Mme Lucienne Demers, veuve de Wilbrod Labrecque, une personne âgée de 60 ans. Appelée à témoigner, Mme Lucienne Demers-Labrecque a manifesté ses bonnes intentions vis-à-vis l'intimée. Elle a toutefois mentionné qu'elle souffrait d'une affection cardiaque et que son état de santé conditionnerait inévitablement toute décision qu'elle pourrait prendre quant à sa coopération éventuelle. Cette coopération à toutes fins ne pourrait se manifester avant la fin de juillet de l'année 1975 et elle dépendrait totalement de l'avis de son propre médecin [65].

Par ailleurs, les trois enfants (le plus vieux était alors âgé de 14 ans) avaient confirmé leur désir, lors de l'audition, de demeurer avec la seconde épouse de leur père. Ce fait avait même été admis comme étant conforme à la réalité par leur mère, l'intimée. La preuve démontrait également que la requérante était fortement attachée auxdits enfants.

Le juge réserva néanmoins à la mère intimée le droit de maintenir un contact avec ses enfants, lui accordant le droit de les visiter et de les sortir aux mêmes conditions que celles qui avaient été fixées antérieurement.

3) *Une antinomie : le juge législateur*

Est-ce à dire que le principe qui veut que « dans ces questions délicates » la Cour a un certain pouvoir de discrétion à exercer, pouvoir « qui s'inspire de l'intérêt, de l'avantage et du bien-être de l'enfant » et qui l'autorise dans certains cas à en confier la garde à une autre personne que les parents [66], l'autorise également à reconnaître aux tiers qui peuvent avoir intérêt à la garde de l'enfants à s'adresser directement à la Cour quand bien même ce droit ne serait reconnu qu'aux parents ?

En supposant même qu'on ramène la notion d'intérêt au fait matériel ou physique de la garde, car en la circonstance le supposé lien d'alliance n'ajoutait rien, il reste à notre avis, si tant est que la solution puisse paraître conforme à l'intérêt bien compris des enfants — ce que nous ne discutons pas —, qu'elle n'a aucun fondement en droit : certes,

---

65. *Op. cit.*, p. 533.

66. *Cf.* sur ce point les notes du juge, *supra*, et les auteurs aux notes 48 et 51.

le juge a rejeté la demande de garde juridique formulée par la seconde épouse du père des enfants[67], mais il n'avait pas plus d'autorité pour lui reconnaître le droit à la garde physique de ces derniers.

Certes, il est vrai que « l'autorité judiciaire est l'arbitre normale et le surveillant de l'exercice de la puissance paternelle »[68] et que nos tribunaux et nos juges ont les pouvoirs nécessaires pour « rendre toutes ordonnances qu'il appartiendra pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique »[69]. Mais qu'il s'agisse de ses pouvoirs de *common law* [si tant est qu'il en subsiste][70] ou de sa compétence générale en matière civile[71], la juridiction de la Cour supérieure est d'abord et avant tout limitée par les termes impératifs de la loi. Or le *Code civil* n'édicte-t-il pas que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation[72] et qu'il ne peut quitter la maison paternelle [ou maternelle puisqu'en cas de décès, d'absence ou d'incapacité du père, c'est la mère qui se voit conférer l'exercice de la puissance paternelle[73]] sans la permission de son père [ou sa mère, selon le cas]?

Il ne nous semble donc pas, à moins d'intervention de la part du législateur au même sens, que ce jugement puisse être considéré comme représentatif du droit qui régit les relations parentales[74]. Si le juge peut se faire l'interprète ou suppléer au silence de la loi, ses pouvoirs s'arrêtent là. Seul le législateur peut amender la loi.

---

67. *Cf.* l'article 165 du *Code de procédure civile*, relatif aux moyens d'irrecevabilité.
68. *Cf.* G. TRUDEL, *op. cit.*, t. 2, p. 116.
69. Art. 46 du *Code de procédure civile.*
70. Sur les pouvoirs des tribunaux en matière de garde d'enfants, en tant que représentants du Souverain *parens patriae*, comparer, pour une situation similaire, avec l'arrêt rendu par la Haute cour de justice de l'Ontario dans l'affaire *McMaster and Smith*, (1972) 1 O.R. 416. *Cf.* également, relativement à leurs pouvoirs de confier la garde d'un enfant à un tiers, *Re Moores and Feldstein*, (1974) 38 D.L.R. (3d) 641 [Ont. C. A.]; *Re Poppe*, (1972) 4 R.F.L. 141 [B.C. Sup. Ct]; *McGee* v. *Waldern and Cunningham*, (1972) 4 R.F.L. 17, 4 W.W.R. 664 [Alta Sup. Ct']; *Re Fulford and Townsend*, (1971) 3 O.R. 143 (C.A.); *Robson* v. *Robson*, (1969) 7 D.L.R. (3d) 289 [Ont. H. C.]; *Re Flynn*, [1960] O.R. 99 (C.A.); et *Hepton* v. *Maat*, [1957] R.C.S. 607. Sur un plan plus global, *vide Bray* v. *Bray*, (1971) 15 D.L.R. (3d) 40 [Ont. H. C.]; *Chantry* v. *Chantry*, (1968) 66 D.L.R. (2d) 701 [Sask. Q. B.]; et *Tse* v. *Chen*, (1975) 17 R.F.L. 176 [C.S. Québec].
71. *Cf.* art. 31 *C.p.c.*
72. Art. 243, *C. civ.*
73. *Cf.* sur ce point les auteurs cités *supra*, notes 48 et 51, et l'article 244 *C. civ.*
74. Qui plus est, il n'est pas interdit de penser qu'on se trouve à violer indirectement le principe même de compétence d'attribution posé par le législateur à l'égard des tribunaux, et nous pensons ici plus particulièrement à la Cour de Bien-être social.

III - Une uniformité ou une coordination nécessaire

Si l'interprétation du mot enfant dans le droit du divorce, comme nous l'avons démontré dans la première partie de cette étude, est loin d'être uniforme au Canada, plus conséquents encore nous sont apparus les problèmes que soulève l'absence d'uniformité ou à tous le moins de coordination à cet égard dans deux domaines qui, malgré tout, ressortissent du droit civil. Il apparaît en effet inconcevable que dans des matières aussi intrinsèquement reliées que celles du mariage et du divorce, on ne puisse pas parler des mêmes enfants: soit qu'on élargisse, soit qu'on restreigne la définition, ce dont il ne nous appartient pas de discuter, mais de grâce qu'on ne distingue pas selon que l'on est enfant du mariage ou enfant du divorce lorsqu'il s'agit de régler le sort de chacun d'eux [75]. À l'heure d'ailleurs où on se fait fort de protéger l'intérêt bien compris des enfants, la chose apparaît pour le moins étonnante [76] !

Mais puisqu'on nous parle de réformes, voyons quelles sont les solutions qui nous sont proposées. Il serait par ailleurs intéressant de confronter ces solutions locales avec les solutions du droit étranger et particulièrement du droit français.

A. Les projets canadiens et québécois de réforme du droit familial

Dans son récent document sur le divorce, la Commission de réforme du droit du Canada, à propos des enfants de parents désunis, écrit:

---

75. Cette définition s'applique également à la séparation de corps, insitution qui de fait se rattache plus au droit du mariage puisqu'elle constitue un relâchement du lien conjugal. Mais il reste que ses implications à l'endroit des enfants sont semblables sinon identiques à celles du divorce, alors que l'une et l'autre des deux institutions définissent en termes différents le mot enfant. Par ailleurs, si comme le souligne François HELEINE, les enfants majeurs doivent emprunter la voie de l'article 165 *C.c.* pour obtenir des aliments, cela revient à exclure les enfants *in loco parentis* des droits alimentaires accordés par la *Loi sur le divorce* et donc à créer, à l'égard d'une seule et même institution, deux catégories d'enfants *op. cit., loc. cit.*, p. 377).

76. Ainsi qu'en témoignent sur le plan provincial l'*Avant-projet de loi sur la protection de la jeunesse*, déposé le 27 juin 1975 devant l'Assemblée nationale du Québec [éditeur officiel du Québec, juillet 1975], le *Livre blanc sur l'administration de la justice* [*La justice contemporaine*, Éditeur officiel du Québec, 1975], le *Rapport Batshaw* [*Rapport du comité d'étude sur la réadaptation des enfants et adolescents placés en centre d'accueil*, Ministère des Affaires sociales, décembre 1975] et les rapports de l'Office de révision du Code civil sur la famille et sur le tribunal de la famille (*Cf. infra*). À ces projets de réforme s'ajoutent, sur le plan fédéral, l'*Avant-projet de loi sur les jeunes qui ont des démêlés avec la justice*, [Information Canada, Ottawa, 1976] et les documents de travail publiés par la Commission de réforme du droit du Canada en matière familiale (*Cf. infra*).

> Children of spouses whose marriages have broken should be entitled to the protection of adequate laws for their custody, care and upbringing — whether the spouses have only separated or whether they are divorcing.
>
> Since the division of legislative powers under the Canadian constitution does pose difficulties in the development of appropriate comprehensive custody laws, the federal and provincial authorities must strive to overcome these difficulties with the goal fo reaching common solutions and integrating functions and services.
>
> In making proposals for federal legislative action, regard must be had for any constitutional limitations of the federal competence. In a number of provinces, law reform bodies have been or are in the process of making proposals for new provincial legislation. We believe that recognition of the need for a cooperative approach is a matter of urgency. It is desirable, for example, that the basis for awarding custody should be the same whether or not the parents are divorcing.
>
> [...] we would emphasize the importance of integrating federal and provincial legislative efforts in order to safeguard the interests of the children of parents whose marriages have broken down [77].

De fait, si l'on confronte les différents documents déjà publiés par la Commission avec les propositions de l'Office de révision du Code civil en matière familiale, il est permis d'espérer que dans l'avenir cette uniformité ou cette interrelation puisse s'opérer.

1) *Des facteurs communs, mais une disparité dans les définitions*

Uniformité tout d'abord, en ce sens que, quelles que soient les auspices sous lesquelles on inaugurera le tribunal de la famille ou l'autorité sous laquelle se fera la réforme du droit du divorce, on retrouve, tout au moins en ce qui concerne les droits des enfants, les mêmes principes : tout d'abord, c'est l'intérêt de l'enfant, entendu en termes de bien-être et d'épanouissement de sa personnalité, qui doit être la considération déterminante [78], d'où le droit pour ce dernier,

---

77. *Studies on Divorce, op. cit.*, pp. 118-119.

78. *Cf. Studies on Divorce, op. cit.*, document dans lequel la Commission de réforme du droit du Canada propose d'adopter comme principe fondamental, relativement à l'attribution de la garde des enfants dans les procédures de divorce, « *the best interests of the children based on their welfare and happiness* » (p. 174), et l'article X des dispositions liminaires du *Rapport* de l'Office de révision du Code civil *sur la famille*, selon lequel 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 l'autorité judiciaire [O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, t. I, Éditeur officiel du Québec, Montréal, 1974, p. 35]. Cet article doit être lu en conjonction avec la déclaration de principe proposée dans la deuxième partie du même rapport et énoncée comme suit : « Tout enfant a droit à l'affection et à la sécurité que ses parents ou ceux qui en tiennent lieu sont en état de lui donner, en vue d'assurer, dans la dignité et la liberté, le plein épanouissement de sa personnalité » [O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, t. 2, Éditeur officiel du Québec, Montréal, 1975, art. 1, p. 3].

lorsque ses intérêts l'exigent, à une représentation indépendante[79]; d'où également la possibilité de recourir à des services complémentaires spécialisés en vue de mieux éclairer la décision des parties, celle du juge ou du fonctionnaire judiciaire appelé à trancher les différends qui touchent à la garde des enfants: services d'orientation et de conciliation ou consultation familiale[80], enquêtes sociales[81], expertises et enquêtes cliniques[82]. De là également la discrétion donnée au juge en ce qui concerne la possibilité de confier la garde d'un enfant à une autre personne que l'un ou l'autre de ses deux parents[83].

Interrelation également, puisque, soit qu'on rapatrie dans les provinces le pouvoir de légiférer en matière de mariage et de divorce et alors le législateur québécois choisit sa propre option en ce qui concerne l'orientation du droit familial, soit que le Parlement fédéral continue d'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 91 (26) de la constitution et nous sommes alors assurés qu'en matière de droit civil, ce seront les mêmes principes qui gouverneront le règlement des différends dans ce même domaine.

Encore faut-il cependant, dans cette dernière hypothèse, que l'on s'entende sur les définitions. Or il semble bien, encore que, fort sagement, la Commission de réforme du droit ait réservé sur ce point son opinion, s'en remettant à l'avis du public, que la définition du mot enfant, dans la nouvelle loi du divorce, s'étendrait encore, en regard des conjoints, au-delà des liens de filiation pour inclure la notion de *in loco parentis*[84]. Dans la mesure où dans notre futur *Code civil*, la

---

79. C.R.D.C., Document de travail n° 1, *Le tribunal de la famille*, Information Canada, Ottawa, 1974, p. 42; *idem, Studies on Divorce, op. cit.*, p. 124; O.R.C.C., *Rapport sur la famille, op. cit.*, t. 1, art. X-2; et O.R.C.C., *Rapport sur le tribunal de la famille, op. cit.*, pp. 142 à 152 et p. 203, recommandation n° 27.

80. C.R.D.C., *Le Tribunal de la famille, op. cit.*, p. 47; *idem, Studies on Divorce, op. cit.*, pp. 181 *et seq.*; O.R.C.C., *Rapport sur la famille, op. cit.*, t. 1, art. 81 et 86, p. 243 et p. 481; *idem, Rapport sur le tribunal de la famille, op. cit.*, p. 172 et p. 208, recommandation n° 38.

81. C.R.D.C., *Le tribunal de la famille, op. cit.*, p. 48; *idem, Studies on Divorce, op. cit.*, pp. 181 *et seq.* et p. 199; O.R.C.C., *Rapport sur le tribunal de la famille, op. cit.*, pp. 177 *et seq.* et p. 210, recommandations n°s 45 et 46.

82. C.R.D.C., *Le tribunal de la famille, op. cit.*, pp. 47-48; *idem, Studies on Divorce, op. cit.*, pp. 192 et 199; O.R.C.C., *Rapport sur le tribunal de la famille*, pp. 183 *et seq.* et p. 212, recommandation n° 49.

83. C.R.D.C., *Studies on Divorce, op. cit.*, pp. 169 *et seq.*, encore que la Commission émette certaines réserves sur le plan de la constitutionnalité d'une telle disposition; O.R.C.C., *Rapport sur la famille, op. cit.*, t. 1, articles 87 et 90, pp. 255 et 259, et t. 2, art. 10 à 20, pp. 50 à 66.

84. La Commission propose d'ailleurs d'adopter une définition suffisamment précise pour ne pas laisser place à interprétation. *Cf. Studies on Divorce, op. cit.*, pp. 141 *et seq.* Par ailleurs et se référant aux valeurs véhiculées dans la société canadienne, la Commission s'interroge sur la nécessité de garantir les droits naturels des parents. [*idem*, p. 169]. Pour

mention d'un lien de parenté ou de filiation s'entendrait comme comprenant uniquement la parenté par le sang ou par adoption [85], cela ne résoudrait pas notre problème. De fait, on en reste au même point : enfants du mariage et enfants du divorce n'auront pas nécessairement les mêmes droits [86].

Qu'adviendrait-il par ailleurs des enfants en cas de décès du parent divorcé qui s'en est vu confier la garde après jugement? L'Office de révision prévoit qu'advenant le décès de l'un des deux parents, l'exercice de l'autorité parentale revient au parent survivant [87]. C'est là une solution conforme au droit naturel et il convient en effet d'en énoncer le principe. Mais correspond-elle nécessairement à l'intérêt bien compris de l'enfant? L'arrêt *Perreault* v. *Demers* [88] témoigne qu'il peut exister des exceptions et des situations que le législateur doit prévoir. Or que nous propose-t-on à ce sujet?

2) *Une situation qui reste sans réponse*

La Commission de réforme du droit prévoit bien la possibilité pour le juge du divorce d'ajouter à l'instance, à sa discrétion, en qualité de tiers ou de sa propre initiative, toute personne qu'il considère comme ayant intérêt à la garde ou au droit de visiter l'enfant impliqué [89] et ce, à quelque stade que ce soit des procédures [90]. Mais en cas de décès du parent gardien il n'y a plus de procédure qui puisse être rattachée à l'instance en divorce et conséquemment l'intervention d'un

---

sa part, l'Office de révision du Code civil, qui conçoit l'autorité parental comme une autorité de fonction exercée dans le seul intérêt de l'enfant et donc en prévoit la déchéance et le retrait, préconise, dans la mesure du possible, le maintien de l'enfant dans son milieu familial : O.R.C.C., *Rapport sur la famille, op. cit.*, t. 2, articles 4, 5, pp. 40 à 42, et articles 10 à 20, pp. 50 à 66.

85. O.R.C.C., *Rapport sur la famille, op. cit.*, t. 1, art. 0, p. 43.

86. Encore qu'en fait la Commission entend étendre aux cas de nullité les solutions qu'elle propose en matière de divorce à l'endroit des enfants. *Cf. Studies on Divorce, op. cit.*, p. 113. *Cf.* également *supra*, nos remarques au sujet de l'obligation alimentaire, note 46, et de la séparation de corps, note 75.

87. O.R.C.C., *Rapport sur la famille, op. cit.*, t. 2, art. 6, p. 44.

88. *Cf. supra*, note 48.

89. C.R.D.C., *Studies on Divorce, op. cit.*, pp. 153 *et seq.*.

90. *Idem*, pp. 180 *et seq.* Notons que dans ses propositions l'Office de révision du Code civil prévoit également la possibilité pour le médiateur [officier judiciaire qui connaîtrait en première instance des mesures provisoires et accessoires en matière de séparation de corps, de divorce et d'annulation de mariage] de convoquer, outre les parties, toute personne qu'il désigne, en vue d'exercer les pouvoirs nécessaires pour obtenir les renseignements utiles à une appréciation juste et éclairée des différents éléments de la cause. Mais cette tierce personne ne devient pas alors partie au procès. O.R.C.C., *Rapport sur le tribunal de la famille, op. cit.*, pp. 147 à 152 et p. 201, recommandations nos 18 à 21.

tiers ne se justifie plus[91]. Qui pourrait alors prendre l'initiative d'un nouveau débat et sur quel plan ? Au nombre des propositions de l'Office, nous ne voyons que la requête en déchéance ou en retrait de l'autorité parentale, requête qui peut être présentée par l'enfant lui-même, ou toute personne intéressée y compris le Ministre de la justice, qui puisse fournir une solution[92]. Cette procédure répond-elle vraiment au problème que soulève notre situation ? Compte tenu des causes qui autoriseraient à demander la déchéance, nous en doutons[93]. Il ne nous semble pas non plus que la procédure destinée à protéger l'enfant en danger y réponde davantage[94].

Dans ces circonstances, il nous semble opportun de prévoir une disposition, soit d'ordre général, soit plus spécifique, qui puisse autoriser l'enfants ou un tiers à prendre l'initiative d'une action en vue de légaliser la garde de fait que peuvent exercer parâtres ou marâtres dans un tel cas. À cet égard, les solutions offertes par le droit étranger peuvent être pertinentes et méritent à tout le moins d'être examinées.

B. Les solutions du droit français : des principes identiques mais avec des exceptions

Au même titre que notre code, dans sa teneur actuelle, le *Code civil* français pose le principe que l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation[95]. Il dispose également qu'advenant le décès, l'incapacité, la déchéance ou encore la délégation de l'autorité parentale par le parent qui s'est vu confier la garde de l'enfant, l'exercice de l'autorité parentale est dévolue en entier à l'autre parent[96]. Cependant, l'article 373-3 précise :

> Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de la garde par l'effet du jugement prononcé contre lui.

---

91. La Commission a envisagé l'hypothèse et reconnaît la nécessité de prévoir une solution mais s'interroge sur l'opportunité d'une législation fédérale en la matière en regard des pouvoirs qui sont conférés aux provinces [*id.*].
92. *Cf. supra*, note 84.
93. O.R.C.C., *Rapport sur la famille, op. cit.*, t. 2, article 10, p. 50, qui se lit comme suit : « Peut être déchu de l'autorité parentale ou se voir retirer certains de ses attributs le parent qui est condamné pour crime sur la personne de l'enfant, néglige gravement ses devoirs envers celui-ci, l'abandonne pendant plus de six mois ou abuse manifestement de son autorité ».
94. *Idem*, art. 17, p. 60. Notons que l'enfant qui a fait l'objet d'une déclaration d'abandon devient éligible à l'adoption [*id.*, art. 146 *et seq.*].
95. Article 371-1. Cette disposition fait partie du titre IX du livre 1er du *Code civil* tel qu'introduit par la loi nº 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.
96. Articles 373 et 373-1 *C. civ.* fr.

> Néanmoins, le tribunal qui avait statué en dernier lieu sur la garde pourra toujours être saisi par la famille ou par le ministère public[97], afin de désigner un tiers comme gardien de l'enfant, avec ou sans ouverture d'une tutelle, ainsi qu'il est dit à l'article précédent.
>
> Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal qui statue sur la garde de l'enfant après divorce ou séparation de corps pourra décider, du vivant même des époux, qu'elle ne passera pas au survivant en cas de décès de l'époux gardien. Il pourra, dans ce cas, désigner la personne à laquelle la garde sera provisoirement dévolue[98].

Une telle disposition, ainsi que le souligne le juge Martel[99], que ce soit d'ailleurs dans le cadre de la législation actuelle ou dans le cadre de la législation future, fournirait la solution qui nous fait défaut, encore qu'au chapitre de la délégation de l'autorité parentale et à l'exemple de l'article 377-1 du même code on ne prévoit pas la possibilité pour le tiers qui a recueilli le mineur sans l'intervention de ses père et mère ou de son tuteur, et après en avoir fait déclaration à l'autorité administrative du lieu, de présenter une requête aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'autorité parentale, étant entendu que cette délégation pourra toujours prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, advenant un changement dans les circonstances[100].

Conclusion

On nous reprochera peut-être de nous être arrêtés à des situations un peu particulières. Mais ce sont des situations qui se présentent, ainsi qu'en témoignent les arrêts analysés. Par ailleurs, elles nous ont permis de mettre en relief l'absence d'uniformité de la définition du mot enfant dans des domaines où par excellence et sans leur volonté, ils se trouvent impliqués. À tout le moins, pourrait-on donner à tous les mêmes droits et faire en sorte qu'il y ait entre eux une certaine égalité.

---

97. C'est-à-dire l'équivalent du Procureur général au Québec ; sur ce point, on peut se référer au rapport préparé par Michèle Rivet pour le IXe congrès international de droit comparé (Téhéran, 30 août – 6 septembre 1974), « Le rôle du ministère public dans le procès civil au Québec » (1973) 8 *R.J.T.*, 237.

98. Comparer avec la *Loi des relations familiales de l'Alberta, The Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, c. 113, art. 44. *Cf.* également l'article 289 tel qu'introduit par la Loi 75-617 du 11 juillet 1976 portant réforme du divorce et qui prévoit que le juge statue sur l'attribution de la garde et sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale à la demande de l'un des époux, d'un membre de la famille ou du Ministère public, ainsi que l'article 291 aux termes duquel les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande d'un époux, d'un membre de la famille ou du Ministère public.

99. *In Perreault* v. *Demers, op. cit.*, p. 532, *Cf.* également *supra*, note 62.

100. Art. 377-2 *Cf.* fr.