La compétence parens patriae et le droit privé québécois : un emprunt inutile, un affront à l'histoire

Michel Morin*

I. L'INEXISTENCE DE LA COMPÉTENCE PARENS PATRIAE 831
A. LES ORIGINES DE LA COMPÉTENCE PARENS PATRIAE EN ANGLETERRE 831
1. L'Equity 832
a) La conscience du Chancelier 832
b) La fiducie 833
2. La protection des mineurs 834
a) L'impact du féodalisme 834
b) La Cour des pupilles et des livrées 835
c) La Chancellerie et la compétence parens patriae 836
B. L'EQUITY DANS LES COLONIES BRITANNIQUES 839
1. Les deux modes de création d'une Cour de Chancellerie 839
a) La Nouvelle-Écosse 840
b) Le modèle new-yorkais 842
c) Les Antilles britanniques 844
2. Le cas du Québec 845
a) L'impact de l'Acte de Québec 846
i) La Proclamation Royale de 1763 846
ii) L'Acte de Québec de 1774 848

* Professeur, Faculté de droit, section droit civil, Université d'Ottawa. L'auteur tient à remercier ses collègues qui ont bien voulu commenter les premières versions du manuscrit, soit les professeurs Alain-François Bisson, Marlène Cano, Yves De Montigny, Lucie Léger et Marie Pratte. Il assume cependant l'entière responsabilité du contenu définitif de l'article.

b) L'Acte constitutionnel de 1791 849
i) Les tribunaux du Bas-Canada 850
ii) Les tribunaux du Haut-Canada 853
3. Droit privé d'origine romaniste et droit public anglo-saxon 857
a) L'Écosse 857
b) Les Antilles 859
c) La Louisiane 859
C. LES EFFETS DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867 861
1. La compétence parens patriae des cours supérieures 861
a) Les lois consacrant la compétence parens patriae 862
b) Les lois restreignant la compétence parens patriae 864
i) Les lacunes législatives et l'absence d'un droit d'appel 864
ii) La Loi sur le divorce de 1968 870
2. La compétence parens patriae des cours provinciales 872
a) La compétence parens patriae et l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 873
b) La nécessité d'un texte législatif 875
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 876
II. L'INUTILITÉ DE LA COMPÉTENCE PARENS PATRIAE EN DROIT QUÉBÉCOIS 877
A. LES PROBLÈMES CONCERNANT LES ENFANTS 877
1. Les règles de compétence des tribunaux 877
a) Les deux conceptions de la compétence parens patriae 877
i) L'arrêt McKee 877
ii) L'arrêt Hall 879
b) La compétence des tribunaux québécois 881
i) Le domicile des parties ou la résidence habituelle de l'enfant 883
ii) Les situations d'urgence 888
2. L'intérêt de l'enfant 889
a) Les lacunes de la législation 890
i) Dans les provinces de common law 890
ii) Au Québec 891

b) La garde en droit civil 892
i) L'habeas corpus 893
ii) Comparaison avec la France 900
B. LA DÉFICIENCE MENTALE ET LA COMPÉTENCE PARENS PATRIAE 902
1. L'historique de la compétence parens patriae en matière de déficience mentale 902
a) En Angleterre 902
b) Au Canada 903
c) Le cas particulier de l'aliénation mentale 904
2. La compétence parens patriae et la déficience mentale 905
a) Les traitements thérapeutiques 906
b) La stérilisation 906
3. Comparaison avec le droit québécois 913
a) L'autorité du curateur jusqu'en 1990 913
b) Le consentement aux soins médicaux 913
c) La nouvelle législation 916
C. LES AUTRES ACCEPTIONS DE L'EXPRESSION PARENS PATRIAE 919
1. Le rôle du procureur général 919
2. La surveillance des organismes de charité 921
3. Les jeunes délinquants 921
CONCLUSION 922

En Angleterre, le Souverain a été qualifié jadis de père de la patrie, ce qui se dit *parens patriae* en latin. Agissant en bon père de famille, il devait protéger ses sujets, notamment ceux qui ne pouvaient voir à leurs intérêts. Par le passé, c'est le Chancelier qui remplissait ce rôle au nom du Roi, en raison du fait qu'il présidait un tribunal. Au Canada, dans chaque province de common law, une loi confère expressément à la juridiction de droit commun les pouvoirs qui incombaient jadis au Chancelier. Il n'existe rien de tel au Québec. Il convient alors de se demander si la Cour supérieure est bien investie de la compétence *parens patriae*. Bien que la Cour d'appel ait répondu à cette question de façon affirmative[1], nous croyons que ce pouvoir prétendument hérité de la Couronne n'a pas survécu à l'*Acte de Québec* de 1774[2]. À notre avis, la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas modifié cette situation. C'est dire que la compétence *parens patriae* n'existe pas au Québec (I).

Le lecteur ou la lectrice auront peut-être sursauté en lisant ce qui précède. Au Québec, les enfants ou les personnes ayant une déficience mentale ne pourraient invoquer la protection bienveillante des tribunaux? Aussi bien dire que l'auteur prend position contre la vertu... Nous prétendons simplement qu'un certain système de droit étranger ne détient aucun monopole en ce domaine. Les tribunaux du Québec doivent intervenir pour protéger les personnes qui ne peuvent agir elles-mêmes. Les concepts du droit civil leur ont permis de le faire par le passé. Ils leur permettront de le faire à l'avenir. Il est toutefois pernicieux de recourir à la common law pour décrire ce phénomène. En se tournant plutôt vers le droit civil, les tribunaux québécois éviteront au moins trois écueils. Ils ne se croiront pas autorisés à contourner les lois, une proposition qui est majoritairement rejetée dans les autres provinces. Ils s'attribueront moins souvent compétence lorsqu'un tribunal étranger est parfaitement en mesure de protéger les intérêts de l'enfant, une attitude extrêmement néfaste qui découle directement de l'exercice de la compétence *parens patriae*. Enfin, le droit civil ne sera pas

1. *Droit de la famille — 323*, [1988] R.J.Q. 1542 (C.A.).
2. Nous examinons dans cet article les problèmes identifiés par Robert KOURI, « L'arrêt Eve et le droit québécois », (1987) 18 *R.G.D.* 644, un commentaire qui ne semble pas avoir été porté à l'attention de la Cour d'appel par les parties impliquées dans l'arrêt cité *supra*, note 1. Voir également Isabelle PANISSET, *L'applicabilité de la notion de parens patriae au Québec*, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, août 1987.

perçu comme un système sclérosé qui ne peut s'adapter à la réalité contemporaine sans recourir aux concepts de la common law.

Pour bien étayer cette argumentation, il conviendra de cerner le rôle que joue la compétence *parens patriae*. Nous espérons montrer que les juges québécois peuvent parvenir de façon indépendante aux résultats obtenus dans les autres provinces. Si cette affirmation est bien fondée, on est en droit de conclure qu'au Québec la compétence *parens patriae* est inutile (II).

I. L'INEXISTENCE DE LA COMPÉTENCE PARENS PATRIAE

Un lent processus historique a permis aux tribunaux d'Angleterre de s'approprier exclusivement la fonction judiciaire, y compris l'exercice de la compétence *parens patriae* (A). Cette évolution ne peut toutefois être transposée purement et simplement dans les colonies britanniques. Les relations entre le représentant de la Couronne et le pouvoir judiciaire y ont été particulièrement tourmentées. Il est même possible de soutenir que le gouverneur d'une colonie n'était pas automatiquement investi de la compétence qui retient notre attention. Cette présentation du contexte colonial permet de mettre en évidence le particularisme du cas québécois. L'évolution des régimes constitutionnels et de l'organisation judiciaire depuis 1763 rend impossible le recours aux règles anglaises de l'*Equity* ou aux prérogatives de la Couronne qui ont pu exister dans d'autres colonies (B). L'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la mise en place de juridictions supérieures dans chaque province n'ont aucunement modifié ce principe. En examinant l'utilisation de la compétence *parens patriae* dans les autres provinces, on constate que la Cour supérieure du Québec peut fort bien jouer le rôle qui lui est imparti par la Constitution sans recourir à la jurisprudence qui utilise cette formule latine (C).

A. Les origines de la compétence parens patriae en Angleterre

La compétence *parens patriae* ayant été exercée par le Chancelier, il importe de rappeler comment celui-ci en vint à assumer des fonctions judiciaires (1). Par la suite, le développement d'une fonction protectrice des enfants retiendra notre attention (2). Nous étudierons ultérieurement les pouvoirs particuliers du Chancelier exercés dans l'intérêt des personnes ayant une déficience mentale[3].

3. Voir *infra*, II, B, 1, p. 902.

1. L'Equity

a) La conscience du Chancelier

Jusqu'en 1873, le droit anglais était caractérisé par une dichotomie fondamentale. D'un côté, les tribunaux de common law appliquaient un ensemble de règles circonscrites par un cadre procédural extrêmement formaliste. De l'autre, la Cour de Chancellerie, que l'on aurait pu appeler la Cour du Chancelier, était régie par des règles différentes, qui complétaient ou même contredisaient celles de la common law. C'est au moyen-âge que cette opposition fit son apparition. À cette époque, les tribunaux royaux appliquant la «commune ley» du royaume étaient des juridictions d'exception, les justiciables devant s'adresser en premier lieu aux cours seigneuriales ou aux institutions locales. Pour cette raison, vers la fin du XIIIe siècle, les juges n'interviennent plus que dans un certain nombre de cas bien définis. Ainsi, ils pourront prononcer une condamnation ordonnant le paiement de dommages-intérêts, mais ils ne pourront forcer celui qui a promis de vendre un immeuble à respecter sa promesse et à mettre l'acheteur en possession[4]. Les règles de preuve pouvaient également être très rigoureuses: le débiteur qui avait payé son créancier mais qui avait négligé de se faire remettre le document scellé constatant la dette n'avait aucun moyen de défense à sa disposition. Les tribunaux royaux pouvaient le condamner à payer une deuxième fois[5]. De même, dans la plupart des cas, la fraude ayant eu lieu lors de la conclusion d'un contrat ne pouvait être invoquée pour faire rejeter une action[6].

Des problèmes de cette nature devaient être réglés. Les justiciables s'adressèrent donc au Roi, «fontaine de justice». À l'origine, ces requêtes furent sans doute transmises à son Chancelier. Jusqu'au seizième siècle, celui-ci était le confesseur du Roi, ce qui signifiait qu'il devait être un ecclésiastique. Ce prérequis faisait en sorte qu'il avait étudié le droit romain. Utilisant les concepts qui lui étaient familiers, le Chancelier cherchait avant tout à faire triompher l'équité. On peut supposer qu'il se contenta tout d'abord de faire des recommandations au Roi ou à son conseil. Dès la fin du quinzième siècle, il rendait toutefois lui-même des ordonnances adressées à la «conscience» d'une des parties... mais sanctionnées par l'autorité étatique. Par la suite, cette fonction fut confiée à un

4. J.H. BAKER, *An introduction to English Legal History*, 2nd edition, Butterworths, London, 1979, p. 273; S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the common law*, 2nd edition, Butterworths, Toronto, 1981, p. 90. Voir également René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, Paris, Troisième partie, Section II.
5. BAKER, *op. cit., supra*, note 4, p. 87-88; MILSOM, *op. cit., supra*, note 4, p. 86.
6. MILSOM, *op. cit., supra*, note 4, p. 363.

juriste et la Chancellerie devint un véritable tribunal. L'équité qui présidait aux décisions du Chancelier devint un ensemble de règles fixées par des précédents, dont il n'était plus possible de s'écarter: l'*Equity* était née. Au dix-neuvième siècle, les délais considérables occasionnés par ce tribunal et les coûts exorbitants qui en résultèrent rendirent nécessaire une réforme radicale. Par les *Judicature Acts* de 1873 et 1875[7], les tribunaux de common law obtinrent le pouvoir d'appliquer directement les règles de l'*Equity*; en cas de conflit avec les règles de common law, celles de l'*Equity* devaient en principe prévaloir[8].

b) La fiducie

L'existence de la Cour du Chancelier explique l'apparition d'un phénomène bien particulier, la fiducie (*trust*). Rappelons auparavant quelques principes du féodalisme tel qu'il était pratiqué en Angleterre. Le tenant qui occupait une terre était lié à son seigneur par une relation très particulière. Il avait envers lui des obligations précises; en retour, le seigneur devait théoriquement le protéger. À la mort du tenant, le fils aîné de celui-ci héritait de la terre, à l'exclusion des autres enfants. Pour être officiellement reconnu comme tenant par le seigneur, il lui fallait payer un droit de relief, une somme d'argent déterminée.

Ces droits de succession permettent de comprendre le mécanisme de la fiducie: si le tenant est une société ayant une existence perpétuelle parce qu'elle peut toujours s'adjoindre de nouveaux associés, il n'y aura plus d'héritiers et le seigneur ne percevra plus ces droits. Le tenant vendra donc l'immeuble à une société pour un prix modique, en exigeant que l'un de ses fils cadets puisse utiliser la terre toute sa vie. Il obtiendra ainsi la liberté de léguer l'immeuble à la personne de son choix. Si le fils cadet peut choisir à son tour la personne qui utilisera la terre à son décès, le droit d'utilisation qui vient d'être créé procure les mêmes avantages que la tenure seigneuriale, tout en supprimant l'inconvénient des droits de succession. Il est vrai que, pour les tribunaux de common law, seule la société est liée envers le seigneur et peut se déclarer «tenante»; mais la Cour de Chancellerie l'obligera à respecter ses engagements envers les bénéficiaires désignés par le «vendeur». Ainsi, l'existence d'une telle cour est indispensable au bon fonctionnement des fiducies. La compétence *parens patriae* autorise d'ailleurs le Chancelier à

7. 1873 (R.U.), 36-37 Vict., c. 66; 1875 (R.U.), 38-39 Vict., c. 77.
8. Voir généralement BAKER, *op. cit.*, *supra*, note 4, chapitre 6; MILSOM, *op. cit.*, *supra*, note 4, chapitre 4.

surveiller les agissements des fiduciaires lorsque la fiducie a été constituée à des fins charitables[9].

2. La protection des mineurs

a) L'impact du féodalisme

Le féodalisme a également influencé certaines règles concernant les enfants. C'est ainsi que la garde (*custody*)[10] est à l'origine un droit du seigneur lorsque la tenure est de type militaire. Si l'héritier n'a pas atteint l'âge requis pour être accepté comme tenant, le seigneur sera investi de la tutelle de l'enfant (*guardianship*). Il devra éduquer celui-ci et en prendre soin ; en contrepartie, il percevra les revenus des terres qui dépendent de son fief et ce, jusqu'à ce que l'enfant puisse être reçu comme tenant. L'âge fixé pour cet événement varie selon le type de tenure. Dans le cas de la tenure militaire, qui comportait à l'origine l'obligation de combattre, c'est à vingt et un ans que le fils aîné pouvait être fait chevalier et devenir tenant[11]. Dans le cas de la tenure en socage, c'est à quatorze ans que cessait la tutelle exercée par un proche[12], le seigneur n'ayant pas de droits particuliers pendant la minorité de l'enfant. Par contre, la tutelle du seigneur portant sur une tenure militaire lui conférait un autre droit : il pouvait marier le mineur, c'est-à-dire choisir son conjoint. En pratique, les héritiers de domaines un tant soit peu considérables étaient littéralement vendus au futur conjoint ou à ses parents. Par contre, ceux qui détenaient une tenure socagère ne pouvaient être mariés par le seigneur. Comme ces règles ont contribué à l'émergence de la compétence *parens patriae*, il convient de dire quelques mots sur la Cour qui sera bientôt chargée de voir à leur application.

9. Voir *infra*, II, C, 2, p. 921.

10. Le mot *custody* avait apparemment à l'origine un sens voisin du mot garde dans son acception actuelle, soit le droit de fixer la résidence de l'enfant. Par la suite, il en vint à englober tous les aspects de l'autorité parentale : *Ansons* c. *Anson*, (1987) 10 B.C.L.R. (2d) 357 (C.Ct.). On notera que dans l'ancien droit français, le mot garde avait un sens beaucoup plus large, car il incluait la gestion des biens du mineur et toutes les questions concernant son éducation. Sur ces questions, voir Pierre-André CÔTÉ, « La Loi de 1985 sur le divorce et le droit civil », (1987) 47 *R. du B.* 1181 ; Robert LESAGE, « Garde ou autorité parentale ; l'emprise de la sémantique », (1988-89) 91 *R. du N.* 817 ; Albert MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193 ; Marie PRATTE, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) 19 *R.G.D.* 171.

11. BAKER, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 206 ; Mauricette CRAFFE, *La puissance paternelle en droit anglais*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971, no 22, p. 48. Les filles pouvaient être mariées dès l'âge de quatorze ans et la tutelle cessait lorsqu'elles atteignaient l'âge de seize ans : M. CRAFFE, *ibid.*

12. J. H. BAKER, *op. cit.*, *supra*, note 4, p. 202 ; M. CRAFFE, *op. cit.*, *supra*, note 11, no 23, p. 51.

b) La Cour des pupilles et des livrées[13]

La Renaissance sera l'occasion de grands bouleversements en Angleterre. Sur le plan juridique, le Roi Henri VIII s'attaque en 1537 aux fiducies, dans le but avoué d'accroître ses revenus. Dorénavant, les droits d'utilisation conférés par une fiducie seront assimilés à une tenure pure et simple: tous les droits seigneuriaux seront exigibles comme si le bénéficiaire était un tenant ou héritait d'une tenure[14]. En outre, dès qu'un mineur détenait directement du Roi une terre soumise à une tenure militaire, la tutelle royale portait sur *toutes* les terres du pupille, quelle qu'en soit la tenure. Cette résurrection du féodalisme à des fins fiscales donnera lieu en 1540 à la création de la Cour des pupilles et des livrées (*Court of Wards and Liveries*), qui fut instituée par une loi du Parlement[15]. Issue du département qui administrait les tutelles royales, cette Cour connaissait de toutes les questions relatives aux pupilles du Roi. La tutelle elle-même était vendue aux enchères, souvent à un étranger. Celui qui l'obtenait devait entretenir le mineur; en revanche, il percevait les revenus des terres lui appartenant. Dans la plupart des cas, il pouvait le marier, contre rémunération. Ces moeurs peuvent sembler rudes et les contemporains ne manquaient pas de s'en plaindre. Il faut toutefois noter que pour le mariage, la condition du pupille du Roi n'était pas forcément différente de celle des nombreux adolescents dont le mariage était entièrement réglé par les parents.

La Cour des pupilles et des livrées supervisait tout le processus et réprimait les abus... lorsque ceux-ci n'étaient pas inhérents au

13. En anglais, le mot *livery* désigne le document constatant que le mineur a atteint l'âge requis pour prêter la foi et l'hommage. Voir Joel HURSTFIELD, *The Queen's Wards*, Longmans, Green and Co, London, 1958, p. 168-169; H.E. BELL, *An Introduction to the History and Records of the Courts of Wards and Liveries*, Cambridge at The University Press, 1953. En Ontario et au Nouveau-Brunswick, le mot *livery*, qui est employé le plus souvent dans l'expression *livery of seisin*, est traduit par «livrée de saisine», qui aurait été synonyme au moyen-âge de livraison. Voir *Lexique Anglais-Français du droit en Ontario*, Ministère du procureur général, Gouvernement de l'Ontario, 1987, no 4525; *Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens*, L.R.O. 1980, c. 90, art. 2. Le mot français «investiture» nous semble mieux rendre le sens de ce concept du droit anglais. Voir M. HOUARD, *Anciennes loix des françois conservées dans les coutumes anglaises recueillies par Littleton*, Rouen, Le Bouver Le Jeune, Libraire, 1779, p. 439. Nous nous en tiendrons toutefois à la terminologie canadienne.

14. J.H. BAKER, *op. cit., supra*, note 4, p. 217-218. Le rétablissement des droits seigneuriaux a une autre conséquence, la réapparition de la primogéniture; mais une loi du Parlement rétablit dès 1540 la liberté de tester pour les deux tiers des terres sous tenure militaire (*ibid.*).

15. 32 Hen. VIII, c. 46.

système[16]. Elle protégeait le pupille du Roi contre les tiers et avait compétence sur toutes les questions le concernant. C'est le procureur de la Cour qui intentait les actions pour son compte. En théorie, l'existence de la Cour pouvait être justifiée par le souci d'assurer son éducation. En pratique, le tuteur jouissait d'une très large marge de manoeuvre. Il en allait de même pour les terres dont il tirait des revenus : la protection assurée par la Cour était plutôt minimale[17]. La Cour sera abolie durant les années tourmentées qui débutent en 1640. Une première ordonnance fut édictée en 1646. Après la restauration de la monarchie, en 1660, une loi du Parlement vint confirmer la disparition de la Cour[18]. Cette même loi affirmait que dorénavant, toutes les terres seraient tenues en franc et commun socage; il ne serait donc plus question de tutelle royale ou seigneuriale. Cette abolition occasionna cependant une difficulté nouvelle: dorénavant, qui allait exercer la fonction protectrice de la Cour?

c) La Chancellerie et la compétence parens patriae

L'abolition de la Cour des pupilles posait problème. Aucun précédent n'autorisait la Chancellerie à protéger les enfants dont le père était décédé. Au seizième siècle, certains auteurs avaient toutefois affirmé que le Roi devait jouer le rôle de « père de la patrie ». Le compte rendu d'un jugement publié par Coke affirmait également que le Roi devait protéger les enfants, bien qu'il s'agisse apparemment d'une coquille qui fut corrigée en 1826[19]. Quoi qu'il en soit, la Cour de Chancellerie s'autorisa de ces affirmations pour intervenir au dix-huitième siècle. Elle retira la garde d'un mineur à sa mère, qui l'avait confié à un précepteur jugé inadéquat[20]. Intervenant par la suite pour réprimer les mariages non autorisés, la Cour franchit un nouveau pas en 1792 lorsqu'elle fut confrontée à un père violent, sans résidence fixe et n'ayant pas les moyens de subvenir aux besoins de ses enfants[21]. Elle lui interdit de les retirer de l'école où ils étudiaient.

16. Voir généralement H.E. BELL, *op. cit.*, *supra*, note 13; J. HURSTFIELD, *op. cit.*, *supra*, note 13.
17. J. HURSTFIELD, *op. cit.*, *supra*, note 13, chapitre VI.
18. H.E. BELL, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 150 et 164; 12 Car. II, c. 24 (1660).
19. Lawrence B. CUSTER, « The origins of the doctrine of parens patriae », (1978) 27 *Emory L.J.* 195, 203-204.
20. *Eyre* c. *Shaftsbury*, 2 P. WMS. 103, 24 E.R. 659, [1558-1774] All E.R. 129 (Ch. 1722), arrêt résumé par L.B. CUSTER, *loc. cit.*, *supra*, note 19, p. 202.
21. *Id.*, p. 204-206; *Skinner* c. *Warner*, Dickens 779, 21 E.R. 473 (Ch. 1792); il est évidemment possible que la Cour soit intervenue plutôt dans des décisions demeurées inédites ou qui n'ont pas été recensées par M. CUSTER.

La compétence *parens patriae* apparut ainsi dans une sorte de vide juridique, selon l'adage bien connu « nécessité tient lieu de loi ». Lawrence B. Custer a pu dire [Traduction] « il est doublement ironique de constater que la doctrine *parens patriae* reposait sur une reformulation logique mais incorrecte d'un précédent mal reproduit »[22]. Lorsque les fondements précis de ce pouvoir furent débattus en 1827, le Chancelier n'hésita pas à déclarer :

> [Traduction] Je pense que, nonobstant tous les doutes qui peuvent exister sur l'origine de cette compétence, on trouvera qu'il est absolument nécessaire que cette compétence existe.[23]

En appel à la Chambre des Lords, Lord Redesdale s'exprima ainsi :

> [Traduction] Sur quoi [...] chaque Chancelier siégeant en Cour de Chancellerie a-t-il, depuis ce temps, fait reposer cette compétence? Ils disent tous que c'est un droit qui revient à la Couronne en tant que *parens patriae* et que la Couronne doit voir à ce que l'enfant soit élevé convenablement.
>
> [...] Nous savons tous que [...] plusieurs pouvoirs sont confiés à la Couronne, mais que ces pouvoirs sont exercés par des ministres responsables. Ce n'est pas le Roi qui entreprendra de décider qui est apte à être le tuteur d'un enfant, mais il doit déléguer les différents pouvoirs qui lui incombent à différents ministres, pour qu'il y ait, conformément aux termes de notre droit, des personnes devant répondre au Roi et au peuple de leur bonne conduite dans l'exécution de leur mission. Je n'ai par conséquent aucun doute qu'il faut admettre que cette compétence fut prise en charge à juste titre, et qu'elle a été indéniablement prise en charge au cours des cent-cinquante dernières années, par les Chanceliers siégeant en Cour de Chancellerie.[24]

Lord Manners fut plus direct :

> [Traduction] : Depuis l'époque de Lord Nottingham jusqu'à nos jours, je ne trouve pas de cas où la Cour a exprimé des doutes sur l'existence d'une telle compétence. Il s'ensuit que cette compétence de la Cour est maintenant bien établie. Elle est une pratique de la Cour et à ce titre, elle fait partie du droit du pays.[25]

On peut difficilement exprimer plus clairement la nature évolutive du droit public anglo-saxon.

22. *Loc. cit., supra*, note 19, p. 205.
23. *Wellesley* c. *Beaufort*, (1827) 2 Russ. 1 (Ch.), 38 E.R. 236, conf. (1828) 2 Bligh N.S. 124 (H.L.); traduction de M. CRAFFE, *op. cit., supra*, note 11, p. 70.
24. *Wellesley* c. *Beaufort*, (1828) 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078, [1824-1834] All E.R. 189, 192.
25. *Id.*, p. 196.

Au dix-neuvième siècle, plusieurs décisions du Chancelier empêchèrent le père d'exercer son droit de garde. Autant les tribunaux de common law affirmaient que le père avait un droit absolu sur ses enfants, autant la Chancellerie intervenait dans les cas graves pour protéger ces derniers[26]. La fusion des tribunaux de common law et d'*Equity*[27] causa quelques difficultés, les juges ayant tendance à s'en tenir aux principes traditionnels, favorables au père en toutes circonstances. Une loi du Parlement réussit cependant à modifier cette attitude et fit de l'intérêt de l'enfant la principale préoccupation des juges[28]. Dorénavant, les tribunaux de l'Angleterre exerceront pleinement la compétence *parens patriae.*

Un dernier point doit être mentionné. La Cour de Chancellerie fut fréquemment saisie de demandes concernant l'administration de biens appartenant au mineur. Celui-ci était alors placé sous la protection de ce tribunal ; il devenait un « pupille de la Cour » (*Ward of Court*). Les personnes qui allaient à l'encontre de ses intérêts ou de ceux de ses parents commettaient un outrage au tribunal. Le cas échéant, le père qui désobéissait aux ordres du Chancelier ou le conjoint qui avait convolé avec le pupille sans y être autorisé pouvaient essuyer les foudres du tribunal.

La présence de biens n'était pas exigée pour que la Cour intervienne[29]. Il faut dire qu'à cette époque, la Cour ne pouvait contraindre le père à subvenir aux besoins de ses enfants. Le fait que le mineur avait des biens facilitait donc la tâche du Chancelier qui désirait le confier à sa mère ou à une institution quelconque. En pratique, la compétence *parens patriae* était ainsi réservée aux enfants fortunés, surtout si l'on tient compte des coûts élevés afférents aux procédures devant ce tribunal. Une pratique s'instaura cependant en Cour de Chancellerie, puis devant la division qui lui succéda en 1875. Il s'agissait de créer une fiducie fictive en faveur d'un enfant, afin que celui-ci devienne un « pupille de la Cour » dès le début des procédures et que le tribunal puisse rendre une ordonnance à son sujet. Une loi de 1949[30], qui était encore en vigueur

26. M. CRAFFE, *op. cit.*, *supra*, note 11, nos 37 à 40, p. 75 à 82.
27. Voir *supra*, note 7.
28. *Guardianship of Infants Act*, 1886, U.K. 1886, c. 27 ; M. CRAFFE, *op. cit.*, *supra*, note 11, no 66-67, p. 122-126 ; pour le Canada anglais, voir Constance B. BACKHOUSE, « Shifting patterns in Nineteenth-Century Canadian Custody Law », in David H. FLAHERTY (éd.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. I, University of Toronto Press, 1981, p. 212.
29. Arrêt cité *supra*, note 23, 38 E.R. 243.
30. *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act*, 1949, U.K. 1949, c. 100, art. 9 ; voir M. CRAFFE, *op. cit.*, *supra*, note 11, no 112-113, p. 187-190.

en 1985[31], prévoit que le tribunal compétent peut décider qu'un mineur sera un «pupille de la Cour», la procédure à suivre étant réglementée dans ses grandes lignes. De nos jours, la possibilité d'exercer la compétence *parens patriae* est donc clairement prévue par la loi précitée[32]. Il semble cependant qu'une loi récente ait restreint considérablement la portée de cette règle[33].

Au terme de cette présentation des origines de la compétence *parens patriae*, il faut souligner que les fondements de cette dernière sont plutôt incertains. Cette prérogative de la Couronne, qui est apparue au cours du dix-huitième siècle, n'existe que dans la mesure où elle est exercée par un juge, plus précisément le Chancelier. Or celui-ci ne peut justifier ses interventions qu'en invoquant l'écoulement du temps. En d'autres termes, l'exercice du pouvoir se suffit à lui-même... Des lois du Parlement ont subséquemment confirmé l'existence de cette compétence, dont l'opportunité ne saurait par ailleurs être mise en doute. Mais le problème qui se posait en Angleterre paraîtra de faible importance en regard de la situation coloniale, où l'existence même des juridictions d'*Equity* n'était pas assurée.

B. L'Equity dans les colonies britanniques

Dans une colonie britannique, la création de tribunaux était soumise à un régime particulier, qui paraîtra sans doute étrange au juriste contemporain. De plus, la mise en place d'une Cour de Chancellerie obéissait à des règles particulières, qui ont occasionné des conflits politiques virulents. Après avoir exposé les différents procédés utilisés pour créer une telle Cour (1), il faudra montrer qu'au Québec, il n'était plus possible de recourir à l'une ou l'autre de ces méthodes (2). Par ailleurs, d'autres juridictions relevant de la Couronne britannique ont un droit privé d'origine romaniste. Il est donc opportun de se demander si la compétence *parens patriae* y est reconnue (3).

1. Les deux modes de création d'une Cour de Chancellerie

Il est possible de distinguer deux modèles suivis lors de la création de tribunaux coloniaux. Un premier modèle est centré sur le

31. *In Re W. (A minor)*, [1985] A.C. 791, 796.
32. *J. c. C.*, [1970] A.C. 668.
33. *Children Act*, 1989, U.K., c. , art. 100. À l'heure actuelle, cette loi n'est pas disponible en bibliothèque. Richard WHITE écrit: «By s. 100(1) the power to commit to care in wardship proceedings under the *Family Law Reform Act 1969* is abolished and by s. 100(2)(d) the inherent jurisdiction may not be exercised so as to make a child who is the subject of a care order a ward of court»: «Use of the High Court in children's cases», (1990) 140 *New Law Journal* 139; voir également «Editorial», (1989-90) 2 *Journal of Child Law* 33.

gouverneur et son conseil. Par une dissociation progressive, des tribunaux distincts sont créés et prennent en main les affaires judiciaires[34]. La Nouvelle-Écosse fournit un exemple canadien de ce système (a). Dans une deuxième hypothèse, le gouverneur doit composer avec une population d'origine britannique qui élit une assemblée. Les événements survenus dans la colonie qui allait devenir l'État de New York illustrent bien les difficultés qui surgissaient alors (b). Parce que la jurisprudence canadienne y a fait allusion par la suite, il sera opportun d'examiner brièvement la situation dans les Antilles (c).

a) La Nouvelle-Écosse

Avant la convocation d'une assemblée élue, le Roi pouvait régir les territoires d'outre-mer sans faire adopter de lois par le Parlement britannique. Il exerçait ce pouvoir par des proclamations, ou encore en octroyant la commission du gouverneur. Celle-ci émanait du Conseil privé du Roi et était munie du Grand Sceau de l'Angleterre. Ce document était lu en public et constituait une délégation de pouvoir consentie par la Couronne. Le plus souvent, il déterminait le régime constitutionnel de la colonie. Par ailleurs, le gouverneur recevait des instructions secrètes, qu'il n'était pas obligé de révéler et qu'il pouvait donc enfreindre sans excéder ses pouvoirs, quoiqu'il fut susceptible d'être rappelé ou muté par le Conseil privé du Roi. Les deux textes se complètent donc et doivent être étudiés ensemble.

Les commissions octroyées au dix-huitième siècle pour l'Amérique du Nord se ressemblent toutes et sont presque identiques[35]. Le gouverneur y est entouré d'un conseil qui le seconde dans l'exercice de ses fonctions. Il détient le sceau de la colonie. Avec l'accord de ses conseillers, il peut convoquer une assemblée élue par les propriétaires locaux. Les lois coloniales seront faites du consentement de l'assemblée et du conseil, le gouverneur ayant un droit de veto. Par contre, la création et l'organisation des tribunaux est clairement confiée au gouverneur et au conseil, sans la

34. Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, Second Edition, Simon & Schuster, New York, 1985, p. 37-48; Edward C. SURRENCY, « The Courts in the American Colonies » (1967) 11 *American Journal of Legal History* 253, 257-261.

35. Voir Leon Woods LABARREE, *Royal Instructions to British governors*, 1670-1776, Octagon Books, New York, 1967 (réimpression), vol. II, p. 809-835; T.B. AIKINS, *Selection from the public documents of the province of Nova-Scotia*, Halifax, 1869, p. 497; Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada*, 1759-1791, vol. I, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1911, par exemple p. 100. Certaines commissions contenaient une délégation de pouvoir expresse pour prendre soin des personnes mentalement déficientes (LABARREE, *op. cit.*, 831). Nous en traiterons en temps opportun : *infra*, II, B, 1, b), p. 903.

participation de l'assemblée. Cette question fait donc partie des prérogatives de la Couronne et ne peut faire l'objet d'une loi coloniale[36].

Dans la plupart des cas, la mise en place de ce système a lieu dans une colonie où la population d'origine britannique est très peu nombreuse. En 1748, la Nouvelle-Écosse répond à cette description, la présence des Acadiens et des autochtones ne troublant point les esprits britanniques. Ceux-ci s'empresseront de déporter les premiers et d'ignorer les seconds, ce qui nous permet d'étudier la structure gouvernementale sans nous préoccuper davantage des conflits ethniques. Ainsi, le gouverneur arrive en 1748 à Chebucto, muni de sa commission et de ses instructions. La commission, conforme au modèle du genre, prévoyait que le gouverneur pouvait convoquer une assemblée élue, qui adopterait des lois avec l'accord du conseil et du gouverneur. Elle contenait une autre clause typique portant sur l'organisation judiciaire :

> And We do by these presents give and grant unto you the said Edward Cornwallis full power and authority *with the advice and consent of our said Council* to erect constitute and establish such and so many Courts of Judicature & publick Justice within our said Province and Dominion as you and they shall think fit and necessary for the hearing and determining of all causes as well criminal as Civil according to Law and Equity [...].[37] (Nous ajoutons les italiques)

Les instructions étaient plus précises :

> [...] it is therefore our will and pleasure that one principal court of judicature should be and hereby is established [...] by the name of the general court, and to have jurisdiction of all causes, real and personal, at common law, above the value of £5, *to act as a court of chancery* but not without appeal to us when the matter in question shall exceed £300 sterling, as also to try all criminal cases that may come before them ; which said court it is our further will and pleasure shall consist of our governor or commander in chief and our council of our said province for the time being any five whereof to be a quorum.[38] (Nous ajoutons les italiques)

Le gouverneur et son conseil exerceront donc indistinctement les fonctions exécutives et judiciaires. Ils assumeront également la fonction législative, jusqu'à la convocation d'une assemblée élue en 1758. De même, ils constitueront une cour de première instance

36. Sur cette question, voir l'excellente synthèse d'Enid CAMPBELL, « The Royal Prerogative to create Colonial Courts », (1964) 4 *Sydney Law Review* 343.
37. T.B. AIKINS, *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 501.
38. L.W. LABARREE, *op. cit.*, *supra*, note 35, no 429, p. 300. Ces instructions n'auraient été données que pour cette colonie.

jusqu'à l'arrivée du premier juge en chef, en 1754[39]. Le gouverneur et son conseil continueront également à être une cour de chancellerie jusqu'en 1826, date de la création d'un poste de maître des rôles, aux termes d'une loi de la législature locale[40]. Ainsi, le gouverneur exerça le pouvoir que lui conférait clairement sa commission. Il constitua son conseil en cour générale, conformément aux instructions qu'il avait reçues. Dans une colonie faiblement peuplée, une telle approche pragmatique ne présentait pas de difficultés particulières. Elle donne une certaine cohérence au système colonial en vigueur à cette époque. Les choses se compliquent toutefois lorsqu'on examine la situation dans des colonies ayant une population plus nombreuse et moins docile.

b) Le modèle new-yorkais

Plusieurs colonies britanniques ont d'abord été administrées par des compagnies privées qui étaient littéralement propriétaires d'un territoire — on les appelle les «gouvernements propriétaires». C'est ainsi que New York fut d'abord une colonie hollandaise, puis se retrouva soumise à une compagnie privée, pour être finalement reprise en main par Londres. Après quelques tentatives qui ne durèrent pas[41], en 1711, le gouverneur reçut des pétitions réclamant la création d'une Cour de Chancellerie[42]. Londres lui répondit qu'aux termes de sa commission, il avait le pouvoir d'«ériger, constituer et établir, de l'avis et du consentement du Conseil, le nombre et le genre de cours de judicature ou de justice publique que lui et [son conseil] jugent appropriés»[43]. Le Conseil proposa toutefois un autre fondement qui permettait au gouverneur d'agir en tant que Chancelier[44]. Il s'agissait de prendre appui sur le fait que la commission du Roi confiait le sceau de la colonie au gouverneur. En Angleterre, une loi du Parlement affirmait que le détenteur du grand sceau avait tous les pouvoirs du Chancelier[45]. Les conseillers

39. Charles J. TOWNSHEND, «Historical Accounts of the Courts of Judicature in Nova-Scotia», (1899) 19 *Canadian Law Times* 25, 58, 87 et 142. Voir p. 28, 31 et 92. Ces articles sont reproduits dans C.J. TOWNSHEND, *A history of the Court of Chancery in Nova Scotia*, Toronto, Carswell, 1900.
40. C.J. TOWNSHEND, «History of the Court of Chancery in Nova-Scotia», (1900) 20 *Canadian Law Times* 14, 37, 74 et 105; voir p. 16-17 et 79.
41. Stanley N. KATZ, «The politics of Law in Colonial America: Controversies over Chancery Courts and Equity Law in the Eighteenth Century», (1971) 5 *Perspectives in American History* 257, 273.
42. E.B. O'CALLAGHAN, *Documents relative to the Colonial History of the State of New-York*, vol. V, Albany, Weed, Parsons and Co, 1855, p. 208.
43. *Id.*, p. 252. (Nous traduisons)
44. *Id.*, p. 298.
45. *An Act declaring the Authority of the Lord Keeper of the Great Seal and the Lord Chancellor of England to be one*, 15 Eliz. I, c. 18 (1562).

opinèrent que ce principe s'appliquait au gouverneur. Celui-ci fit une déclaration publique (*public notification*) où il annonçait son intention d'inaugurer une Cour de Chancellerie[46]. Il ne semble pas qu'aucune ordonnance ait été adoptée, puisqu'il s'agissait selon le Conseil d'un pouvoir automatiquement détenu par le gouverneur.

L'assemblée élue réagit immédiatement, adoptant une résolution déclarant qu'une telle initiative prise sans son consentement était «sans précédent, contraire aux règles du droit, source de conséquences dangereuses pour la liberté et la propriété des sujets»[47]. La cour ainsi créée commença néanmoins ses activités. Elle servit à percevoir les arrérages de rentes dus par ceux qui occupaient des terres concédées par la Couronne, ce qui ne fit rien pour la rendre populaire. Le débat fit rage jusqu'en 1737, les diverses factions politiques attaquant puis défendant l'existence de la Cour (ou vice-versa), selon les besoins de la cause[48]. La Cour finit cependant par être acceptée, après des débuts tourmentés. Des difficultés semblables furent rencontrées au New Jersey et en Caroline du Sud[49]. En Pennsylvanie, contrôlée par un gouvernement propriétaire, plusieurs tentatives furent faites en vue de conférer aux juridictions locales le pouvoir d'appliquer les règles de l'*Equity*, mais ces initiatives furent désavouées par Londres. En 1720, le gouverneur fit une proclamation par laquelle il déclarait mettre en place une Cour de Chancellerie, qu'il présiderait. Toutefois en 1736, l'assemblée émit des doutes sur la validité de ce document, compte tenu de la Charte particulière qui s'appliquait en Pennsylvanie. Les autorités cessèrent donc de tenir une Cour de Chancellerie et les juges ou la législature durent trouver des solutions au cas par cas[50]. Dans l'ensemble, seuls le Maryland, la Caroline du Sud, New York et le New Jersey eurent une telle Cour de façon permanente[51].

Les événements tumultueux survenus dans les colonies américaines permettent de dégager une autre théorie institutionnelle : le gouverneur est automatiquement le Chancelier de la colonie[52]. Il

46. *Op. cit., supra*, note 42, p. 298.
47. *Id.*, p. 295. (Nous traduisons)
48. S.N. KATZ, *loc. cit., supra*, note 41, p. 273-282.
49. *Id.*, p. 265.
50. William H. LOYD, *The Early Courts of Pennsylvania*, Fred B. Rothman & Co, Colorado, 1986 (réimpression), chapitre IV.
51. E.C. SURRENCY, *loc. cit., supra* note 34, p. 271; voir également Solon Dyke WILSON, «Courts of Chancery in The American Colonies», reproduit dans *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. II, Boston, Little, Brown and Co, 1908, p. 779.
52. Les auteurs du dix-huitième siècle exposent clairement cette thèse : T. POWNALL, *The Administration of the British Colonies*, 2nd ed., 1764, p. 80 ; Anthony STOKES, A view of the Constitution of the British Colonies in North America and the West Indies, 1783, p. 185.

peut donc présider la Cour de Chancellerie sans autres formalités, sans «ériger et constituer» un tribunal, sans même s'adjoindre de conseillers, qu'il soit juriste de formation ou militaire de carrière. On ne s'étonnera pas d'apprendre que les résidents des colonies critiquaient le fonctionnement de telles Cours...[53] Il faut maintenant se demander quelle était la situation d'autres colonies britanniques.

c) Les Antilles britanniques

Certaines îles des Antilles britanniques ont été colonisées au dix-septième siècle. Au cours du dix-huitième siècle, d'autres îles ont été conquises lors de conflits européens. Il serait donc intéressant de savoir comment les Cours de Chancellerie y furent mises en place. Une réponse précise à cette question exigerait la consultation des premiers textes inaugurant de telles Cours, une étude qu'il n'est pas possible de faire à distance. Un succédané existe cependant: en 1825, les communes britanniques font effectuer une enquête sur l'administration de la justice dans ces colonies. Bien que les réponses fournies ne soient pas des plus précises, elles contiennent des informations intéressantes, d'autant plus que l'organisation des Cours de Chancellerie fait l'objet de questions particulières. Dans certains cas, l'existence de cette Cour semble avoir été confirmée par une loi locale. Dans d'autres, tels que l'île de la Barbade, la commission du gouverneur contiendrait des dispositions précises sur le sujet[54]. Enfin, la réponse renvoie parfois à la commission du gouverneur, en ajoutant qu'il est Chancelier en raison du fait qu'il détient le sceau de la colonie[55].

Les deux modèles présentés ci-dessus semblent donc avoir existé, quoique le second soit nettement prédominant. Il est intéressant de noter qu'une question des commissaires porte sur l'exercice de la compétence *parens patriae*. Ils demandaient si le Chancelier avait déjà ordonné que des mineurs deviennent des «pupilles de la Cour». Tobago semble la seule juridiction où ce pouvoir a été exercé, bien

53. E.C. SURRENCY, *loc. cit.*, *supra*, note 34.

54. *First Report of the commissioners of inquiry into the administration of civil and criminal justice in the West Indies*, 1825 (517), XV, 233, 20 et Annexe, 126. Les rapports ont été reproduits dans la Collection *British Parliamentary Papers, Colonies, West Indies*, vol. 3, Irish University Press, 1971. Les annexes ont été omises. Nous désignerons ci-après ce volume par les initiales *I.U.P.*; voir p. 28 de ce volume pour le rapport cité ci-dessus.

55. Voir *Report of the commissioners of inquiry into the administration of civil and criminal justice in the West Indies, Second Report*, 1826 (276), XXVI, 37, Annexe, 50-53; *Report of the commissioners of inquiry into the administration of civil and criminal justice in the West Indies, Second Report*, I.U.P., *op. cit.*, *supra*, note 54, p. 265.

que les autres juges considèrent qu'il existerait également sur leur île[56].

Le cas de l'île de Grenade mérite qu'on s'y arrête, puisque ce territoire était visé par la *Proclamation royale* de 1763, qui s'appliquait également au Québec. En 1765, le gouverneur exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par sa commission et adopte avec le consentement de son conseil une ordonnance qui crée une *Court of common pleas* et une *Court of Error*. Le titre de l'ordonnance ne fait aucune allusion à la Cour de Chancellerie[57]. Pourtant, en 1767, la législature vote une loi permettant aux membres du conseil de délibérer avec le gouverneur lorsqu'il agit comme Chancelier, la Cour de Chancellerie devant *à l'avenir* être composée du conseil et du gouverneur[58]. Cette loi sera désavouée par Londres, qui estime vraisemblablement que toute question concernant les tribunaux échappe à la compétence de l'assemblée[59]. Elle montre cependant que le gouverneur siégeait seul, présumément parce qu'il détenait le sceau de la colonie[60]. À cet égard, la situation du Québec sera initialement identique à celle de l'île de Grenade.

Cette présentation des principes régissant la création des tribunaux coloniaux permet de mieux cerner la nature de la prérogative qui est en cause. Une première thèse prend appui sur la commission du gouverneur et lui permet de créer des tribunaux à sa guise (avec l'accord du conseil). L'existence d'une telle compétence est indéniable; elle s'exerce cependant par une décision formelle. Une deuxième thèse est fondée sur le fait que le gouverneur détient le sceau de la colonie. Sur la base d'une loi britannique visant le Chancelier d'Angleterre, cette théorie autorise le gouverneur à exercer tous les pouvoirs dont ce dignitaire était investi, sans plus de formalités. Cette façon de procéder sera retenue au Québec en 1764, avant de disparaître définitivement en 1774.

2. Le cas du Québec

Deux textes législatifs d'importance fondamentale vont faire du Québec et du Bas-Canada une colonie à part. Il s'agit de l'*Acte de Québec* (a) ainsi que de l'*Acte constitutionnel* (b).

56. *Loc. cit.*, *supra* note 54, p. 132.
57. George SMITH, *The Laws of Grenada, from the year 1763 to the year 1805*, London, 1808, p. xiii, no II.
58. *Id.*, p. xv, no VII.
59. *Ibid.*
60. Voir en ce sens le Rapport de 1825, *loc. cit.*, *supra*, note 54, p. 207.

a) L'impact de l'Acte de Québec

i) La Proclamation Royale de 1763

Adoptée après que le Canada eut été définitivement cédé à l'Angleterre par le traité de Paris de 1763, la *Proclamation royale*[61] de cette même année émanait du Conseil privé du Roi. Elle reproduisait fidèlement le système gouvernemental que nous avons décrit ci-dessus. Le Roi s'engageait à ce qu'une assemblée élue soit convoquée pour légiférer dans la colonie, de concert avec le gouverneur et son conseil. Entre-temps, il s'engageait également à assurer aux habitants de ces colonies « les bienfaits des lois [du] royaume d'Angleterre ». À cette fin, le gouverneur et son conseil pourraient « créer et établir » des tribunaux qui jugeraient « selon la loi et l'équité (*law and Equity*) conformément autant que possible aux lois anglaises ». Cette dernière restriction ne se trouve cependant pas dans le texte des autres commissions que nous avons consultées[62]. Il reste que le but avoué de cette *Proclamation* était d'introduire le droit britannique au Québec. On sait que, par ailleurs, aucune assemblée élue ne fut convoquée, les catholiques ne pouvant y siéger sans prêter le serment du test, par lequel ils reniaient leur foi.

En ce qui concerne les tribunaux, le Conseil pouvait clairement édicter une ordonnance concernant l'organisation judiciaire, ce qu'il fit le 17 septembre 1764[63]. D'un côté, la Cour du Banc du Roi connaissait des causes civiles et criminelles « suivant les lois de l'Angleterre »[64] ; de l'autre, celle des plaids communs devrait juger les affaires où le montant en jeu était supérieur à dix louis, « selon l'équité en tenant compte cependant des lois d'Angleterre en autant que les circonstances et l'état actuel des choses le permettent »[65]. Le gouverneur fit observer que cette cour « est établie seulement pour les canadiens [...] jusqu'à ce qu'on puisse supposer qu'ils se soient familiarisés avec nos lois et nos méthodes concernant l'administration de la justice dans nos cours »[66]. Il est donc clair que l'équité dont il est ici question devait ressembler étrangement

61. L.R.C. (1985), App. no 1 ; Adam SHORTT et Arthur G. DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada*, 1759-1791, vol. I, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1911, p. 95 (cité ci-après *D.C., vol. I*).
62. Voir *supra*, note 35.
63. *Ordonnance établissant des Cours civiles, D.C., vol. I, op. cit., supra*, note 61, p. 126.
64. *Ibid.*
65. *Id.*, p. 127.
66. *Id.*, p. 127, n. 1.

au droit en vigueur avant la Conquête[67]. Il ne s'agissait aucunement de l'*Equity* que l'on connaissait en Angleterre. La seule mention d'une *Court of common pleas* appliquant les règles de l'*Equity* aurait provoqué une crise d'apoplexie chez tout juriste britannique se respectant, cette Cour étant avec le *King's Bench* l'un des bastions de la common law.

L'*Equity* fit néanmoins son apparition au Québec. Les instructions du gouverneur lui demandaient de s'inspirer de ce qui avait été fait en Nouvelle-Écosse en matière d'organisation judiciaire[68]. Le procureur général de l'époque ayant exercé ses fonctions dans cette colonie, le Conseil lui demanda de préparer un rapport concernant la Cour de Chancellerie, ce qu'il fit. Il affirma que le gouverneur étant le détenteur du sceau de la province, il en était par le fait même le Chancelier. Il pouvait donc juger les causes faisant appel aux principes de l'*Equity*[69]. Le 8 novembre 1764, le Conseil fit transcrire cette opinion dans ses registres ; certaines personnes furent nommées officiers de la Cour. Le gouverneur déclara de plus qu'il souhaitait obtenir l'aide du Conseil lorsqu'il siégeait comme chancelier, ce qui fut aussi noté dans les registres[70].

La Cour qui fut ainsi inaugurée ne fit l'objet d'aucune ordonnance particulière. Aucun avis ne semble avoir été publié dans le journal officiel de l'époque[71]. Elle commença à siéger en 1765 et fut saisie de questions semblables à celles qui étaient soumises à la Cour de Chancellerie en Angleterre[72]. Elle eut même à faire déclarer un commerçant troublé mentalement, une étape préliminaire à l'exercice de la compétence *parens patriae*[73]. Ses opérations cessèrent avec l'entrée en vigueur de l'*Acte de Québec*.

67. Sur cette question, voir Jacques L'HEUREUX, « L'organisation judiciaire de 1764 à 1774 », (1970) 1 *R.G.D.* 266 ; sur le report des dates d'entrée en vigueur du droit anglais, voyez André MOREL, « La réaction des canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774, Une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53.
68. Voir *op. cit., supra*, note 61, p. 113, no 16.
69. William Renwick RIDDELL, « The first Court of Chancery in Canada », (1922) 2 *Boston University Law Review* 231 ; (1923) 3 *Boston University Law Review* 1 ; voir la première partie, p. 236, note 8.
70. *Id.*, p. 235 ; une visite aux archives nationales nous a permis de constater que l'article de RIDDELL reproduit fidèlement la documentation disponible.
71. Soit la *Gazette de Québec*.
72. Les différentes procédures sont résumées par W.R. RIDDELL, *loc. cit., supra*, note 69.
73. *Id.*, deuxième partie, p. 8 à 11.

ii) L'Acte de Québec de 1774

En 1774, le Parlement britannique adopte l'*Acte de Québec*[74]. Cette loi impériale rétablit les règles de droit civil en vigueur avant la Conquête. Après avoir énoncé les lacunes manifestes de la *Proclamation royale* de 1763, le législateur ajoutait à l'article 4 :

> À ces causes, qu'il soit décrété en vertu de l'autorité susdite, que ladite proclamation en tant qu'elle concerne ladite province de Québec et la commission sous l'autorité de laquelle est exercée actuellement la charge du gouvernement de ladite province, ainsi que toutes et chacunes des ordonnances rendues par le gouverneur et le Conseil de Québec en exercice, relatives au gouvernement civil et l'administration de la justice dans ladite province, et toutes les commissions de juges et des autres officiers d'icelle, sont par les présentes révoquées, annulées et déclarées de nul effet, depuis et après le premier jour de mai mil sept cent soixante-quinze.[75]

Il est clair que les tribunaux constitués en vertu d'une ordonnance disparaissaient par le jeu de cette disposition. L'intention manifeste du législateur était de les abolir tous, pour que le Conseil législatif créé par cette loi puisse recommencer à zéro. Cependant, la Cour de Chancellerie avait simplement été inaugurée, sans qu'il y ait d'ordonnance à cet effet. Certes, ses officiers n'avaient plus de commission valable. Techniquement, on peut cependant soutenir que l'article précité ne s'appliquait pas à la cour elle-même, puisque la nouvelle commission du gouverneur confiait encore à celui-ci le sceau de la province[76]. À ce propos, il convient de faire remarquer que les autorités londoniennes semblaient ignorer l'existence d'une Cour de Chancellerie au Québec[77], quoique le document en question démontre que ses auteurs ignoraient la situation même lorsqu'ils avaient en main les informations nécessaires[78]. La réalité est cependant toute simple : personne, à l'époque, ne considérait que l'*Equity* survivait à l'*Acte de Québec* et au rétablissement du droit

74. *Acte de Québec, 1774*, (R.U.), 14 Geo. III, c. 83 ; L.R.C. (1985), App. no 2 ; *D.C.*, vol. I, *supra*, note 61, p. 376.
75. La traduction est tirée du volume *D.C., vol. I, op. cit., supra*, note 61, p. 380.
76. Voir *D.C., vol. I, op. cit., supra*, note 61, p. 397, note 1, où l'on affirme que de simples modifications de concordance furent effectuées. La clause relative au sceau de la province se retrouve dans la commission de 1791 : Arthur G. DOUGHTY, Duncan A. McARTHUR, *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1791-1818, vol. II*, Imprimeur du Roi, Ottawa, 1915, p. 7 (cité ci-aprés *D.C., vol. II*).
77. Dans leur rapport, le procureur général et le solliciteur général proposent la création d'une cour qui existe déjà : *D.C., vol. I, supra*, note 61, p. 149.
78. Voir *D.C., vol. I, op. cit., supra*, note 61, p. 148 et les commentaires d'Hilda NEATBY, *Quebec : The revolutionary age, 1760-1791*, McLelland and Stewart, Toronto, 1966, p. 52-53.

privé français. La Cour cessa donc ses opérations. En 1787, les marchands de Montréal, Trois-Rivières et Québec présentèrent des pétitions où ils demandaient le rétablissement d'une Cour de Chancellerie[79], en insistant sur sa rapidité et ses frais modérés, deux caractéristiques qui n'étaient pas spontanément associées à l'*Equity* en Angleterre.

Il existe un autre article de l'*Acte de Québec* portant sur l'organisation des tribunaux. Il suit la disposition qui confère à un conseil législatif le pouvoir de légiférer, annulant ainsi la promesse de convoquer une assemblée. Voici le texte de l'article XVII :

> Et qu'il soit de plus décrété en vertu de l'autorité susdite que rien de contenu dans les présentes, n'aura pour effet ou ne sera interprété comme ayant pour effet, de détourner ou d'empêcher Sa Majesté, ses héritiers et successeurs, d'ériger, instituer et établir par ses ou leurs lettres patentes, sous le grand sceau de la Grande-Bretagne, telles cours de juridiction criminelle civile et ecclésiastique dans et pour la province de Québec et d'y nommer de temps à autre, les juges et les officiers que Sa Majesté, ses héritiers et successeurs jugeront à propos [...]

Il est intéressant de noter à qui profite cette exception : il s'agit de Sa Majesté à Londres. Au Québec, le conseil législatif peut déjà adopter des ordonnances pour la paix, le bon ordre et le bon gouvernement de la province (art. XII), ce qui inclut l'organisation judiciaire. Les pouvoirs du Roi lui-même sont préservés, sans doute pour le cas où le conseil serait récalcitrant, ainsi que pour maintenir le pouvoir de nomination que Londres exerce encore à cette époque. Il est tentant de conclure que toutes les questions concernant l'organisation judiciaire relèvent du conseil législatif local ou du Conseil privé du Roi. Nous admettrons néanmoins, pour les besoins de la cause, que le gouverneur détient encore des pouvoirs du fait que le sceau de la province lui a été confié. Il reste alors à montrer que l'*Acte constitutionnel* ne lui permet plus de les exercer.

b) L'Acte constitutionnel de 1791

Il conviendra tout d'abord de décrire la situation au Québec, qui devient en 1791 le Bas-Canada (i). Dans un deuxième temps, les problèmes posés par la création d'une cour de Chancellerie dans le Haut-Canada seront examinés (ii). On sait que cette colonie deviendra éventuellement l'Ontario actuel.

79. *D.C., vol. I, op. cit., supra*, note 61, p. 590, 598 et 607.

i) Les tribunaux du Bas-Canada

En adoptant l'*Acte constitutionnel*, le Parlement britannique met en place deux législatures chargées d'adopter des lois « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement » de chacune des deux provinces qui venaient d'être créées, soit le Haut et le Bas-Canada[80]. L'article XXXIII prévoit la survie de toutes les ordonnances s'appliquant dans une province le jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution. Par la suite, la législature locale peut évidemment modifier ces ordonnances. Cette disposition englobe notamment l'*Ordonnance pour établir des Cours de judicature dans la province de Québec*[81]. L'article XXXIV de l'*Acte constitutionnel* attribue de plus la compétence d'appel au gouverneur et au conseil exécutif de la province. Il reproduit sur ce point le système qui existait dans la province depuis septembre 1764[82]. Toutefois, la loi enchâsse cette compétence. Dorénavant, seule une loi de Londres pourrait retirer cette fonction au conseil exécutif. Le droit d'appel et les autres règles de procédure peuvent cependant être réglementés par la législature locale[83].

Après l'entrée en vigueur de l'*Acte constitutionnel*, la création d'un nouveau tribunal en matière civile nous semble exiger une modification corrélative de l'ordonnance qui attribuait à la Cour des plaids communs une compétence générale en ce domaine[84]. Si tel est le cas, un amendement doit être adopté par la législature, conformément à l'article XXXIII de l'*Acte constitutionnel*. Les seuls pouvoirs de nature judiciaire conférés au gouverneur concernent la compétence d'appel du conseil exécutif. L'octroi de toute autre compétence judiciaire exige l'adoption d'une loi.

Par le passé, la commission du gouverneur constituait le fondement du système colonial. Elle lui réservait expressément le pouvoir d'ériger les tribunaux indépendamment de l'assemblée élue.

80. *Acte constitutionnel, 1791*, (R.U.), 31 Geo. III, c. 31; L.R.C. (1985), App. no 3; *D.C., vol. I, supra*, note 61, p. 665, art. 2.
81. *D.C., vol. I, op. cit., supra*, note 61, p. 443 (25 février 1777).
82. *Ordonnance établissant des cours civiles, D.C., vol. I, supra*, note 61, p. 126.
83. *Acte constitutionnel, loc. cit., supra*, note 80, art. XXXIV. L'*Acte constitutionnel* ne contient aucune réserve comparable à celle qu'énonçait l'article XVII de l'*Acte de Québec*, lequel concernait la création des tribunaux effectuée par le Conseil privé du Roi en Angleterre. On peut soutenir que ce dernier article demeurait toujours en vigueur. En effet, l'article I de l'*Acte constitutionnel* abrogeait simplement les dispositions de l'*Acte de Québec* portant sur les pouvoirs législatifs du conseil. Même si tel est le cas, cette disposition ne s'applique qu'aux autorités londoniennes, qui n'ont jamais tenté de créer un nouveau tribunal de cette manière au Québec.
84. *Ordonnance pour établir des Cours de judicature dans la province de Québec, loc. cit., supra*, note 81, art. 2.

Il importe donc peu de savoir si la création de tribunaux était faite par un texte formel ou par une simple déclaration officielle. Le résultat est le même dans les deux cas. Au contraire, lorsque la législature possède la plénitude du pouvoir législatif pouvant être exercé localement, le gouverneur ne peut plus prétendre réglementer l'organisation des tribunaux sans consulter l'assemblée. Au dix-neuvième siècle, le comité judiciaire du Conseil Privé affirmera d'ailleurs que dans une colonie dotée d'une législature, le pouvoir exécutif ne peut créer de nouveaux tribunaux[85]. Il affirmera également qu'un gouverneur n'a aucun pouvoir inhérent, surtout pas en matière judiciaire[86].

Il semble pourtant que les autorités britanniques aient mis du temps à comprendre que l'*Acte constitutionnel* avait modifié la situation. La première commission décernée à Lord Dorchester lui permet encore de constituer des tribunaux avec l'accord de son conseil, sans consulter l'assemblée[87]. Une telle clause nous semble être totalement incompatible avec l'article XXXIII de l'*Acte constitutionnel*, selon lequel les ordonnances antérieures à 1791 devaient être modifiées par la législature. À la rigueur, on pourrait soutenir qu'il était encore possible de décerner des commissions aux juges pour qu'ils siègent dans les territoires ne faisant pas partie des districts judiciaires constitués par les ordonnances. Même en retenant une telle interprétation, on est bien loin du pouvoir inhérent du gouverneur de siéger en tant que Chancelier.

Les autorités britanniques tenteront néanmoins de préserver ce qu'elles considèrent être la prérogative du Roi. Lorsque les deux chambres votent un projet de loi concernant l'organisation judiciaire, Lord Dorchester réserve sa décision et transmet le projet à Londres, où le Roi le sanctionne finalement[88]. Le projet contenait pourtant un article XLIII qui présumait beaucoup des droits de la Couronne :

> Pourvu toujours et il est déclaré et statué par ladite autorité, que rien ici contenu, ne sera entendu, dans aucune manière, déroger des droits de la couronne d'ériger, constituer et appointer des cours de juridiction civile ou criminelle dans cette province, et d'appointer de temps à autre, les juges et officiers d'icelles, suivant que Sa Majesté, ses héritiers ou successeurs le jugeront nécessaire ou convenable pour

85. *In re Lord Bishop of Natal*, (1864-65) 3 Moo. P.C. (N.S.) 115, 16 E.R. 43 (J.C.P.C.); cette décision est analysée en détail par E. CAMPBELL, *loc. cit.*, *supra*, note 36.
86. *Cameron* c. *Kyte*, (1835) 3 Knapp 340, 12 E.R. 678 (J.C.P.C.).
87. *D.C., vol. II, op. cit., supra*, note 76, p. 5, 11.
88. *Acte qui divise la province du Bas-Canada, qui amende la judicature d'icelle, et qui rapelle certaines lois y mentionnées*, S.B.C. 1794, 34 Geo. III, c. 6; *D.C., vol. II, op. cit., supra*, note 76, p. 127 et note 1.

les circonstances de cette province, ou déroger d'aucun droit ou prérogative de la Couronne quelconque.

Cet article s'inspire manifestement des parties de la commission du gouverneur portant sur ces questions. Il préserve ce qui existe mais ne crée évidemment aucun droit nouveau. Le procureur général Monk explique ainsi l'origine de cette clause :

> Clause hâtivement ajoutée, par un enthousiaste avocat pour la couronne, sans savoir si elle était requise ou connaître sa portée et sa signification. Elle peut produire de bons effets. Elle ne saurait nuire.[89]

On peut également imaginer que les membres de l'assemblée ont anticipé ou eu vent des réticences du gouverneur et qu'ils ont cherché à le rassurer. Quoi qu'il en soit, nous voyons mal comment le juge Bisson, à l'époque juge puîné, peut écrire :

> · L'article XLIII de 34 Geo. III, c. 6 constituant la Cour du Banc du Roi a préservé, *au bénéfice de cette dernière*, les prérogatives royales.[90] (Nous ajoutons les italiques)

Nous avons beau relire l'article XLIII, nous n'y voyons rien qui attribue à la Cour du banc du Roi une prérogative de la Couronne. Au contraire, l'article VIII de cette même loi accorde à cette Cour la compétence et les pouvoirs des cours de justice existant avant la Conquête. L'article mentionne d'ailleurs l'émancipation des mineurs, la rescision des contrats et l'interdiction des personnes insensées[91]. Nous aurions cru que ces exemples, très proches des situations où s'exerce la compétence *parens patriae*, permettaient de conclure que le droit français antérieur à 1759 régissait les personnes mineures ou ayant une déficience mentale[92].

Un point n'a toutefois pas été totalement éclairci. Qu'en est-il du sceau du gouverneur? Est-il vraiment sûr qu'il ne lui confère aucun pouvoir pour les questions qui nous intéressent? L'expérience ontarienne fournira la réponse à cette question.

89. *Id.*, p. 147, n. 1.
90. *Droit de la famille — 323*, *loc. cit.*, *supra*, note 1, p. 1548. Par ailleurs, il est incontestable qu'en 1849, la Cour supérieure a hérité de tous les pouvoirs conférés auparavant à la Cour du Banc du Roi. La disposition en cause est devenue l'article 39 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16.
91. *Loc. cit.*, *supra*, note 88, p. 130. Avant 1791, l'existence de tels pouvoirs avait été vivement contestée : Hilda NEATBY, *The Administration of Justice under the Quebec Act*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1937, chap. XIII.
92. Cette possibilité n'avait pas échappé à Yveline MARTIN et Jacques A. ULYSSE, « L'autorité parentale, un droit ou un devoir... pour qui ! », in *L'autorité parentale, un droit ou un devoir... pour qui !*, Prix Charles Coderre pour l'avancement du droit social, 1984, Les Éditions Yvon Blais Ltée, 1985, p. 54.

ii) Les tribunaux du Haut-Canada

La province du Haut-Canada faisait partie du territoire régi par l'*Acte de Québec*. Elle en fut détachée par l'*Acte constitutionnel*, qui lui conféra sa propre législature. Celle-ci s'empressa d'adopter une loi décrétant que les « lois d'Angleterre » s'appliqueraient en matière de propriété et de droit civil[93]. Pour des raisons mystérieuses, aucune Cour de Chancellerie ne fut créée à ce moment. Un projet de loi à cet effet fut préparé en 1801[94], mais Londres fit savoir au lieutenant-gouverneur que sa commission lui permettait d'agir avec le consentement du conseil exécutif, sans adopter de loi[95]. Nous avons déjà expliqué qu'à notre avis, cette interprétation était intenable depuis l'adoption de l'*Acte constitutionnel*. L'affaire en resta là[96]. En 1827, des lettres patentes nommant un maître des rôles furent rédigées ; ce juge aurait été appelé à exercer les fonctions judiciaires d'un chancelier. Elles furent préalablement transmises au procureur et au solliciteur général de l'Angleterre, afin de déterminer si le Roi pouvait créer un poste de maître des rôles. La demande rappelait l'existence d'une théorie selon laquelle le gouverneur d'une colonie en était automatiquement le chancelier, en précisant qu'elle n'avait pas été mise en pratique dans la province du Haut-Canada. Sir James Scarlett et Sir N.C. Tindal répondirent alors :

> [...] the result of our investigation leaves us in considerable doubt, whether his Majesty lawfully can, by letters patent under the great seal, or in any other manner *without the intervention of Parliament, or of the local legislature*, create any new judge in equity, by whatsoever name he may be called, in Upper Canada.[97] (Nous ajoutons les italiques)

Bien qu'ils ne soient pas très explicites, on peut supposer que ces juristes ont considéré eux aussi que l'*Acte constitutionnel* abolissait toute prérogative en matière de création de tribunaux. La même année, un projet de loi fut présenté à l'assemblée législative

93. S.U.C. 1792, c. 1 ; *D.C., vol. II, op. cit., supra*, note 76, p. 84.
94. *Id.*, p. 298.
95. *Id.*, p. 304 ; voir également William Renwick RIDDELL, « Early proposals for a Court of Chancery in Upper Canada », (1921) 41 *Canadian Law Times* 740.
96. Voir sur ce sujet John Delatre FALCONBRIDGE, « Law and Equity in Upper Canada », (1914) 12 *Canadian Law Times* 1130 ; William Renwick RIDDELL, « The « ordinary » Court of Chancery in Upper Canada », (1925) 22 *Ontario Historical Society Papers and Records* 222 ainsi que *The Bar and Courts of the Province of Upper Canada or Ontario*, Toronto, 1928 ; John D. BLACKWELL, « William Hume Blake and the Judicature Acts of 1849 : the process of legal reform at mid-century in Upper Canada », in D.H. FLAHERTY (éd.), *op. cit., supra*, note 28, vol. I, p. 132 ; Margaret A. BANKS, « The evolution of the Ontario Courts, 1788-1981 », *Id.*, vol. II, p. 492 ; Elizabeth BROWN, « Equitable jurisdiction and the Court of Chancery in Upper Canada », (1983) 21 *Osgoode Hall L. J.* 275.
97. William FORSYTH, *Cases and opinions on Constitutional Law*, Stevens and Haynes, London, 1869, p. 172-173.

du Haut-Canada, mais il suscita une opposition véhémente. Il fallut attendre 1837 pour que la législature locale adopte une loi décrétant que le lieutenant-gouverneur serait le Chancelier de la province. Les pouvoirs judiciaires afférents à cette fonction devaient toutefois être exercés par un juge, le vice-chancelier[98].

Il n'y eut donc aucune Cour de Chancellerie dans cette province avant 1837. Cette situation occasionna des difficultés, la protection des mineurs étant fréquemment citée en exemple. Après 1837, il fallut rapidement déterminer si l'*Equity* existait avant que la Cour ne soit inaugurée. L'affaire *Smith* c. *Simpson* posait précisément cette question[99]. En 1811, l'auteur des requérants avait consenti à l'auteur des intimés un *mortgage* sur un immeuble, pour garantir un prêt. Celui-ci n'ayant pas été remboursé à l'échéance, le créancier obtint un jugement et fit vendre l'immeuble en justice le 26 août 1825. En 1840, les requérants demandent à la Cour de Chancellerie d'ordonner aux intimés de leur rembourser les sommes d'argent retirées de la vente des immeubles, en sus du montant qui était initialement dû au créancier. Cette procédure était courante en Cour de Chancellerie lorsqu'un *mortgage* avait été consenti. Les créanciers pouvaient toutefois se protéger contre cette éventualité en obtenant un jugement de la Cour leur attribuant définitivement la propriété de l'immeuble. Cela supposait évidemment qu'il existait une Cour de Chancellerie, ce qui n'était pas le cas en 1825 dans l'affaire *Smith* c. *Simpson*. Il fallait donc décider si les recours en *Equity* existaient avant la création de la Cour. Le vice-chancelier répondit par l'affirmative, mais la Cour d'appel du Haut-Canada et le comité judiciaire du conseil privé répondirent par la négative; la requête fut donc rejetée.

Évidemment, si le gouverneur était bien chancelier de la province avant 1837, le fait qu'il ait refusé d'exercer cette compétence n'aurait pu priver les requérants de leurs droits. Le juge en chef Robinson examina donc cette question :

> That there was in fact no court of equity before 1837, in Upper Canada, is very notorious. It was well known that in the British West India Islands and some other ancient British possessions, there were courts of equity exercising their authority on no other foundation, that the governor was by common law chancellor, in virtue of his custody of the great seal; but it seems to have been generally conceded, that since the Bill of Rights, 1 Wm and Mary, the Crown cannot by the exercise of its prerogative merely, erect any jurisdiction with power

98. S.U.C. 1837, c. 2.
99. (1910) 1 C.R.A.C. 335, 1 E. & A. 172, 2 U.C.O.S. 1, (C.A.U.C., 1847; J.C.P.C., 1850). Nous citons ci-après les C.R.A.C.

to judge, otherwise than according to the course of the common law; and it has not of late years been attempted to do so. Even in this province the Governor had, as to some purposes, been considered as invested with the authority and jurisdiction of chancellor in consequence of his custody of the great seal, *but never in regard to* the exercise of any equitable jurisdiction.[100] (Nous ajoutons les italiques)

Le comité judiciaire ne fit pas allusion à cet aspect de la question, mais il est évident qu'il accepte l'énoncé du juge en chef sur ce point. Dans l'hypothèse inverse, le jugement aurait été différent. Il nous semble donc que cet arrêt enfonce un dernier clou dans le cercueil: au Québec et en Ontario, depuis 1791, le gouverneur ne peut plus exercer de pouvoirs judiciaires sans y être autorisé par une loi.

En terminant sur cette question, il n'est pas sans intérêt de s'arrêter sur l'article XLIV de l'*Acte d'Union* de 1840[101]. Cette disposition énumère les lois du Haut ou du Bas-Canada qui confient des fonctions judiciaires au représentant de la Couronne ou à son conseil. L'article précise que celles-ci pourront à l'avenir être exercées par le futur gouverneur de la province du Canada ou par les membres de son conseil, jusqu'à ce qu'une loi canadienne effectue des modifications. Dans le cas du Haut-Canada, la Cour d'appel, la Cour de vérification des testaments et la Cour de Chancellerie sont mentionnées. Dans le cas du Bas-Canada, seule la Cour d'appel figure dans l'énumération. Peut-on mieux illustrer la situation fort différente du Haut et du Bas-Canada? Ne reconnaît-on pas ainsi qu'il n'existe pas de Cour de Chancellerie dans cette dernière province?

Nous croyons donc avoir montré que si, par le passé, un gouverneur pouvait être considéré le Chancelier de la colonie, les lois impériales visant le Canada lui ont retiré ce pouvoir. À notre avis, la compétence en *Equity* ne pouvait survivre à l'*Acte de Québec*; c'est d'ailleurs ce que les contemporains ont compris. L'*Acte constitutionnel* aurait de toute manière aboli une telle prérogative. Le comité judiciaire du Conseil Privé a d'ailleurs implicitement endossé cette interprétation. Par ailleurs, aucune loi provinciale n'autorise les tribunaux québécois à exercer une prérogative de la Couronne. Au contraire, les dispositions pertinentes renvoient aux pouvoirs des tribunaux existants avant la Conquête. Dans ces conditions, il semble bien que la compétence *parens patriae* n'existait pas au Québec avant 1867.

La question peut sans doute être abordée d'une autre façon. Jusqu'ici, nous avons insisté sur le fait que notre sujet concerne

100. *Id.*, p. 395.

101. *Acte d'Union, 1840*, (R.U.), 3-4 Vict., c. 35; L.R.C. (1985), App. no 4.

une compétence judiciaire. Historiquement, ce pouvoir était cependant une source de revenus pour la Couronne. Il constituerait donc une de ses prérogatives dites mineures[102], celles qui ne sont pas «essentielles à l'existence de la Couronne» ou qui ne font pas partie «des piliers sur lesquels elle repose»[103]. Ces prérogatives ne s'appliquent pas dans les colonies où un droit privé étranger est demeuré en vigueur[104]. Au Québec, les tribunaux ont appliqué ce principe. Ils ont eu recours au droit français pour déterminer si une créance de la Couronne portait intérêt comme une créance ordinaire[105]. Ils ont également conclu qu'en droit français les descendants d'une personne née à l'étranger pouvaient hériter des biens que celle-ci possédait au Bas-Canada s'ils résidaient eux-mêmes à cet endroit[106]. Enfin, le comité judiciaire a affirmé (en *obiter*) qu'avant la codification il fallait recourir au droit français pour décider si une créance détenue par la Couronne était automatiquement privilégiée[107]. Si l'on assimile la compétence *parens patriae* à

102. Cet argument est avancé par I. PANISSET, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 5 à 13. Voir William BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Robert Bell, Philadelphie, 1771, vol. I. Blackstone affirme que les sources de revenus font partie des prérogatives «mineures» de la Couronne (p. 241). Il inclut ensuite parmi les revenus «ordinaires» ceux qui proviennent de la garde des *Idiots*, soit les personnes dont la déficience mentale est permanente (p. 302). À l'époque où il écrit, cette responsabilité incombe toutefois au Chancelier et n'est plus exercée de façon lucrative. Nous avons donc tendance à croire qu'il s'agit d'une responsabilité judiciaire qui ne fait plus partie des prérogatives royales. Le fait que William HOLDSWORTH classifie lui aussi cette responsabilité parmi les prérogatives «quasi fiscales» ne nous paraît pas concluant, puisqu'il ne traite que des origines de ce pouvoir: *A History of English Law*, vol. X, Methuen and Co., 1966, p. 355.

103. Joseph CHITTY, *A treatise on the law of the prerogatives of the Crown and the relative duties and rights of the subject*, Londres, Butterworth, 1820, p. 25 (nous traduisons).

104. *Id.*, p. 26.

105. *A.G.* c. *Black*, (1891) 1 R.J.R.Q 282 (1828, C.A.).

106. *Donegani* c. *Donegani*, 3 Knapp 63, (1891) 1 R.J.R.Q. 433, (1910) 1 C.R.A.C. 50 (1835, J.C.P.C.). Le Vice-Chancelier écrit: «By the change of sovereignty, it happened that the law of England, and not the law of France, would of necessity determine the question who were aliens or not; but when the fact of alienage was established according to English law, the civil consequences of alienage would be determined by the local, that is the Canadian law»: (1910) 1 C.R.A.C. 77.

107. *Exchange Bank of Canada* c. *The Queen*, (1886) 9 App. Cas. 157, 164. Les procureurs avaient tenté de soutenir que toutes les prérogatives de la Couronne avaient été préservées par la capitulation et l'*Acte de Québec*. À leur avis, la distinction entre prérogatives «mineures» et «majeures» ne s'appliquait pas (voir (1886) 9 L.N. 12). Cet argument est implicitement rejeté par les juges, qui règlent la question en interprétant le *Code civil* et le *Code de procédure civile*. Ils parviennent à un résultat opposé à la règle de common law: voir *Liquidators of the Maritime Bank* c. *Receiver-General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437 (J.C.P.C.). Compte tenu de l'arrêt *Exchange Bank* résumé ci-dessus, il est particulièrement curieux d'invoquer l'arrêt *Liquidators* pour justifier l'existence de la compétence *parens*

une prérogative mineure de la Couronne, elle n'a donc pu survivre à l'*Acte de Québec*[108]. S'il s'agit au contraire d'un pouvoir judiciaire, il est instructif d'examiner la situation d'autres juridictions britanniques ayant un droit privé d'origine étrangère. Le résultat sera identique dans les deux cas.

3. Droit privé d'origine romaniste et droit public anglo-saxon

Plusieurs juridictions relevant de la Couronne britannique ont un droit privé d'origine romaniste. La question qui nous intéresse y a été examinée de façon plus ou moins explicite. Dans l'ensemble, la compétence *parens patriae* ne semble pas y être reconnue. L'Écosse retiendra tout d'abord notre attention (a), puis certaines îles des Antilles ayant été colonisées par les Français ou les Hollandais (b). Bien qu'il ne fasse évidemment pas partie de l'empire britannique, l'État de la Louisiane fournit un point de comparaison utile (c). En effet, il s'est doté d'un code civil et il côtoie des juridictions ayant eu une Cour de Chancellerie, quoique de nombreux États américains n'aient pas connu un tel tribunal.

a) L'Écosse

Bien que le Roi d'Écosse Jacques VI soit monté sur le trône d'Angleterre en 1603, sous le titre de Jacques Ier, l'union des deux royaumes ne se fit véritablement qu'en 1707. Auparavant, l'Écosse avait son propre Parlement, qui disparut à cette date. La création du *College of Justice* en 1532 coïncide apparemment avec l'apparition d'un système judiciaire professionnel et indépendant des forces féodales. À cette époque, les Écossais étudient dans les universités françaises et hollandaises, les Pays-Bas continuant à les accueillir au seizième et au dix-septième siècle. Les juristes écossais sont formés dans ces universités, où ils étudient le droit romain et ses applications européennes. Les célèbres auteurs Stair et Erskine, qui ont publié des *Institutions* en 1681 et 1773 respectivement, puisent abondamment dans les concepts du droit romain, quoiqu'ils cherchent

patriae au Québec : *Droit de la famille — 323*, [1987] R.J.Q. 157, 168 (C.S.), renversé pour d'autres motifs, *loc. cit.*, *supra*, note 1.

108. Les tribunaux ont reconnu que les règles de l'*Equity* ne s'appliquaient pas au Québec. Ainsi, l'injonction a été introduite par une loi provinciale ; auparavant, ce recours n'existait pas : *Carter* c. *Breakey*, (1877) 3 R.J.Q. 113 (C.S.) ; Alain PRUJINER, « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20 *C. de D.* 249. Pour sa part, la fiducie du droit anglais a été créée et réglementée par le législateur. Elle n'était pas reconnue auparavant (*O'Meara* c. *Bennett*, [1922] 1 A.C. 80, 85 ; *Curran* c. *Davis*, [1933] R.C.S. 283, 295 et 301-302), sauf dans un cas bien précis, celui de la fiducie testamentaire, régie par l'article 869 du *Code civil du Bas-Canada* ainsi que par l'ancien droit français : voir *Valois* c. *De Boucherville*, [1929] R.C.S. 234, arrêt discuté *infra*, I, C, 1, a), p. 862.

évidemment à présenter le droit écossais. Au dix-septième siècle, la jurisprudence et la doctrine nationale supplantent peu à peu le droit romain comme source de droit. Au dix-neuvième siècle, l'adoption de codes en Europe et les décisions de la Chambre des lords à Londres font du droit écossais un droit à part, qu'on ne saurait cependant assimiler au droit anglo-saxon[109].

Le concept d'une compétence *parens patriae* ne semble pas être reconnu en droit écossais. Il faut dire toutefois qu'il existe un concept plus large qui semble jouer sensiblement le même rôle, celui du *nobile officium*. Ce pouvoir autorise la Cour de session (*Court of Session*) à suppléer aux lacunes que comporte la législation, par exemple en accueillant des requêtes pour nommer des officiers intérimaires ou des administrateurs judiciaires[110]. De nos jours, ce concept s'exerce principalement dans le but de corriger des erreurs techniques ou administratives. Ainsi, en 1947, la Cour a ordonné le rapatriement du corps de soldats norvégiens enterrés en Écosse durant la Deuxième Guerre mondiale, malgré l'absence de règles autorisant cette initiative[111].

En 1861, l'affaire *Stuart* c. *Bute* fut jugée par la Chambre des Lords[112]. Elle mettait en cause un enfant orphelin et fortuné ayant des biens en Angleterre et en Écosse, et séjournant aux deux endroits. La Cour de Chancellerie ordonna que l'enfant soit remis au tuteur, afin qu'il débute ses études. La tutrice qui élevait l'enfant se rendit alors en Écosse, où la Cour de session refusa de reconnaître le jugement britannique. La Chambre des Lords renversa cette décision et ordonna que l'enfant soit remis au tuteur. Dans ses motifs, Lord Campbell affirme que les décisions du Chancelier ne sont pas exécutoires en Écosse, même s'il détient le grand sceau du Royaume et que cet instrument y est reconnu[113]. Il assimile le concept du *nobile officium* à la compétence *parens patriae*[114].

109. Nous tirons ce résumé de G.W. KEETON (éd.), *The British Commonwealth, The development of its Laws and Constitutions, vol. I, Scotland, The Channel Islands*, par T.B. SMITH, Stevens and Sons Ltd, London, 1955, p. 617-621.
110. *Id.*, p. 637.
111. A.A. PATERSON and T.St.J.N. BATES, *The Legal System Of Scotland: Cases and Materials*, W. Green and Sons Ltd., Edinburgh, 1983, p. 353.
112. (1862) 9 H.L.C. 440, 11 E.R. 799.
113. *Ibid.*
114. Il écrit : « The Court of Session has undoubted jurisdiction over the case. By their *nobile officium*, conferred upon them by their sovereign as *parens patriae*, it is their duty to take care of all infants who require protection, whether domiciled in Scotland or not. » *Id.*, p. 453. Lord Cranworth ajoute pour sa part que le *nobile officium* de la Cour de session équivaut en grande partie à la compétence *parens patriae* du Chancelier lorsqu'il est question de l'intérêt des enfants. *Id.*, p. 469.

Ainsi, en Écosse, le rôle de *parens patriae* du Souverain s'exerce en recourant aux pouvoirs judiciaires reconnus par le droit écossais. Il semble que la Chambre des Lords ait soigneusement évité de faire référence à la compétence *parens patriae* lorsqu'elle était saisie de questions portant sur le bien-être d'enfants soumis à la juridiction des tribunaux écossais. C'est plutôt au concept du *nobile officium* que les juges font appel[115].

b) Les Antilles

En 1825, les commissaires nommés par les communes britanniques enquêtent sur l'administration de la justice dans les Antilles. Ils ne demandent pas aux colonies soumises à un droit étranger s'il y existe une Cour de Chancellerie. Ils se contentent plutôt de décrire l'organisation judiciaire qui y subsiste. Lorsqu'ils exposent la compétence d'un tribunal sur les mineurs ou les personnes mentalement déficientes, ils observent à l'occasion que la Cour exerce ainsi les pouvoirs qui appartiendraient à la Cour de Chancellerie en Angleterre[116]. Il ne leur vient pas à l'esprit de prétendre que la Couronne peut intervenir sur ces questions en ignorant le droit en vigueur dans ces territoires. Nous ne pouvons guère être plus précis sur ce sujet ; contentons-nous de signaler qu'à notre connaissance, il n'existe pas de décisions du comité judiciaire du Conseil privé où les juges exercent la compétence *parens patriae* en dépit du fait qu'un système de droit étranger est en vigueur dans la colonie en cause.

c) La Louisiane

La Louisiane n'a jamais été soumise à la couronne britannique. Elle fait partie d'une fédération où certains États ont déjà eu un tribunal d'*Equity*. Dans ces juridictions et même dans les autres, l'expression *parens patriae* a été fréquemment utilisée au dix-

115. *S.* c. *S.*, 1967 S.C. (H.L.) 46 ; *Beagley* c. *Beagley*, 1984 S.C. (H.L.) 69 ; à noter que dans cette dernière décision, les parties ont invoqué l'arrêt *A.* c. *Liverpool City Council*, [1982] A.C. 363, qui précise les limites de la compétence *parens patriae*. Les Lords se sont cependant soigneusement abstenus de faire référence à cette décision, qu'ils n'ont même pas citée. Une décision qui nous semble isolée emploie cette expression latine : *M'Lean* c. *M'Lean*, 1947 S.C. 79, 84 (Lord Cooper). Dans *Campbell* c. *Campbell*, 1977 S.C. 103, Lord Scott applique les principes de l'arrêt *McKee* c. *McKee*, [1951] A.C. 352 (J.C.P.C.), une affaire en provenance de l'Ontario portant sur l'exercice de la compétence *parens patriae*. Lord Scott affirme que cet arrêt s'applique aussi bien en Écosse qu'au Canada (106), mais il n'emploie pas l'expression latine que nous venons de citer.

116. *Report of His Majesty's commissioners of legal inquiry on the colony of Trinidad*, *I.U.P.*, *op. cit.*, *supra*, note 54, p. 299 ; *Second report of the commissioners of enquiry into the administration of criminal and civil justice in the West Indies and South American colonies, Second series*, *Id.*, p. 482-483.

neuvième siècle. Elle a fait son apparition en droit constitutionnel américain. Entre autres choses, elle sert à justifier l'intervention des États qui adoptent des lois pour protéger les jeunes, en les retirant à leurs parents si leur intérêt l'exige[117], ou encore en conférant compétence à des juridictions spécialisées dans le traitement des jeunes délinquants[118]. Cette acception du terme n'a pas d'équivalent au Canada[119].

En droit privé, la doctrine a été invoquée dans une décision portant sur la garde des enfants. En 1952, la Cour suprême de Louisiane affirme qu'un tribunal a compétence du simple fait que l'enfant est présent au sein de l'État. Selon elle, un tribunal d'un État américain doit toujours se demander s'il existe des circonstances nouvelles exigeant que l'ordonnance rendue dans une autre juridiction soit modifiée dans l'intérêt de l'enfant[120]. Le juge Leblanc s'appuie sur deux décisions, une de l'État de New York et l'autre de l'État du Texas[121]. Depuis lors, le Code de procédure civile prévoit que les tribunaux louisianais sont compétents en matière de garde lorsque l'enfant «est dans» l'État. Les juges y ont vu une «codification» de la doctrine *parens patriae*[122]. De même, ils citent fréquemment un commentaire d'une loi modèle adoptée par la Louisiane ainsi que par de nombreux États américains. D'après ce texte, une des dispositions de la loi modèle réaffirme l'existence de la compétence *parens patriae*. S'ils reproduisent souvent ce passage, les tribunaux se contentent d'interpréter la loi, qui est par ailleurs

117. Lynn D. WARDLE, Christopher L. BLAKESLEY, Jacqueline Y. PARKER (éd.), *Contemporary Family Law*, Callaghan and Co., Deerfield, Illinois, 1988, Chap. 1, p. 37.
118. Voir notamment *In re Gault*, 387 U.S. 1, 18 L. Ed. 2d 527, 87 S. Ct. 1428 (1967, U.S.S. Ct).
119. Voir cependant *infra*, II, C, 3, p. 921.
120. *State* c. *Ricketson*, 221 La. 691. 60 So. 2d 88 (La. S.Ct.), 94-95.
121. Le renvoi à ces arrêts est particulièrement curieux. L'arrêt *Finlay* c. *Finlay*, 148 N.E. 624 a été prononcé par la Cour d'appel de l'État de New York. Le juge Cardozo y décrit la compétence *parens patriae* du Chancelier, en précisant que celle-ci peut s'exercer parce qu'aucune loi de l'État ne s'applique. Il affirme de plus que cette compétence *aurait dû* être invoquée, ce qui n'avait pas été fait en l'espèce; il rejette l'action pour ce motif. L'arrêt *Wicks* c. *Cox*, 208 S.W. (2d) 876 a été prononcé par la Cour suprême du Texas. Bien que le juge y déclare que le pouvoir judiciaire doit toujours voir au bien-être des enfants, il n'emploie pas les termes *parens patriae*, dans un État où il est probable qu'il n'y a jamais eu de Cour de Chancellerie. Nous aurions eu tendance à conclure de tout ceci que les termes *parens patriae* n'ont pas leur place en Lousiane, quels que soient les motifs qui peuvent pousser les tribunaux à se déclarer compétents en droit international privé.
122. *Lucas* c. *Lucas*, 195 So. 2d 771, 775 et 780 (La.S.Ct.); *Rafferty* c. *Rafferty*, 313 So. 2d 356 (La. App.), 357.

fort détaillée[123]. Il ne faut pas oublier qu'aux États-Unis, l'État agit en tant que *parens patriae* lorsqu'il légifère. À l'exception d'une décision rendue en 1952, il ne semble donc pas que cette doctrine ait permis aux tribunaux louisianais d'exercer des pouvoirs additionnels.

Que conclure de ce survol? Lorsque le droit privé n'est pas d'origine anglo-saxonne, les tribunaux s'abstiennent le plus souvent de faire référence à la compétence *parens patriae*. Celle-ci fait partie des règles de l'*Equity*, qui complètent la common law et n'ont pas leur place dans un autre système juridique. Au Canada, ces règles ont été officiellement reconnues par des lois provinciales qui créaient ou qui confirmaient l'existence d'une Cour de Chancellerie. Rien de tel n'existe au Québec. Au dix-neuvième siècle, il ne semble pas davantage y avoir de décisions québécoises invoquant la compétence *parens patriae*. Les tribunaux de cette province n'ont donc jamais eu recours à cette expression pour justifier leurs décisions. Telle était la situation lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut maintenant se demander si le régime fédéral mis en place à cette date a eu pour effet de modifier ces principes.

C. Les effets de la loi constitutionnelle de 1867

En droit constitutionnel canadien, la juridiction supérieure de chaque province joue un rôle fondamental. Elle est le tribunal de droit commun; elle peut toujours contrôler la constitutionnalité des lois; enfin, elle détient un pouvoir de surveillance et de contrôle des jugements rendus par les autres tribunaux. On sait par ailleurs que la compétence exercée par ce tribunal en 1867 ne peut lui être retirée, sauf dans le cadre des limites tracées par la jurisprudence (fluctuante) de la Cour suprême. Avant d'examiner cette question, il faudra se demander dans quelles conditions les tribunaux canadiens exercent la compétence *parens patriae*. Celle-ci regroupe en réalité un ensemble de pouvoirs à caractère supplétif, destinés à combler des lacunes législatives (1). Par la suite, il faudra préciser si les tribunaux constitués par des lois provinciales peuvent exercer de tels pouvoirs (2).

1. La compétence parens patriae des cours supérieures

Dans les provinces de common law, la compétence *parens patriae* est reconnue par un texte législatif (a). Toutefois, l'existence de lois

123. Voir par exemple *Dillon* c. *Medellin*, 409 So. 2d 570, 575 (La. S.Ct.); *Stuart* c. *Stuart*, 516 So. 2d 1277, 1281 (La. App. 2 Cir. 1987). Nous tenons à remercier les professeurs Christopher L. Blakesley et Robert A. Pascal, de l'Université d'État de la Louisiane, qui nous ont fort aimablement fait parvenir le résultat d'une recherche effectuée par ordinateur.

limitant l'étendue de cette compétence a causé certaines difficultés : les tribunaux la font revivre dans le cadre du contrôle judiciaire ou concluent qu'elle survit à l'adoption de dispositions législatives apparemment limpides (b).

a) Les lois consacrant la compétence parens patriae

En Angleterre, la juridiction de la Cour de Chancellerie fut abolie par une loi de 1873. Ses pouvoirs furent confiés à un nouveau tribunal qui devait appliquer les règles de l'*Equity* si elles entraient en conflit avec la common law[124]. Le tribunal ainsi créé avait les pouvoirs de l'ancienne Cour de Chancellerie ; une de ses divisions pouvait notamment être saisie des questions de garde d'enfants et de tutelle, qui seraient alors jugées selon les règles de l'*Equity*[125]. C'est dire que les juges de cette division exerçaient dorénavant la compétence *parens patriae*. Après que la mère patrie eut pris cette initiative, les provinces canadiennes lui emboîtèrent le pas et adoptèrent une loi au même effet[126].

À l'heure actuelle, certaines lois provinciales confèrent expressément la compétence *parens patriae* à la juridiction supérieure de la province[127]. L'absence d'une disposition expresse n'est cependant pas déterminante. Il suffit que le tribunal en question détienne les pouvoirs d'une Cour de Chancellerie ou soit tenu d'appliquer les règles de l'*Equity* lorsqu'il rend une décision concernant un enfant[128]. Dans les arrêts qu'elle a rendus sur cette question, la Cour suprême du Canada cite presque toujours les dispositions pertinentes de la loi avant d'affirmer qu'un tribunal détient la compétence *parens*

124. Voir *supra*, note 7.
125. *Id.*, art. 27(10).
126. J.A. CLARENCE SMITH, Jean KERBY, *Le droit privé au Canada — Études comparatives*, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1975, no 110.
127. *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1980, c. 121, art. 5 (1) ; *Family and Child Service Act*, S.B.C. 1980, c. 11, art. 21. *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, c. 68, art. 71. ; *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, c. 11, art. 40, qui concerne uniquement le district judiciaire de Hamilton-Wentworth et la Cour unifiée de la famille siégeant à cet endroit. Les juges de cette Cour proviennent de la Cour de comté et sont nommés par le gouvernement fédéral, ce qui exclut toute contestation fondée sur l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Re MacBride and MacBride*, (1987) 35 D.L.R. (4th) 115, 157 (U.F.C. Ont). Au Nouveau-Brunswick, la compétence *parens patriae* est attribuée à la Division de la famille, qui est cependant constituée de juges de la Cour du Banc de la Reine : *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.B. 1980, c. J-2, art. 11(9) et 11(2). À Terre-Neuve, voir *Unified Family Court Act*, S.N. 1977, c. 88, art. 7 (2). Les lois citées ci-dessus sont tirées des banques législatives accessibles par ordinateur ou des arrêts de jurisprudence. La recherche n'est pas forcément exhaustive. La remarque vaut pour la jurisprudence, aucune indexation n'étant prévue pour l'expression *parens patriae* et les banques de données contenant surtout le texte intégral de jugements récents.
128. Voir par exemple ; *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.B., c. J-2, art. 38.

patriae[129]. Ceci donne à penser que cette compétence tire son origine de la loi.

Au Québec, la Cour suprême s'est déjà demandé si la Cour supérieure possédait les pouvoirs de la Cour de Chancellerie[130]. L'affaire mettait en cause un legs résiduaire destiné à des fins charitables. La testatrice avait prévu que le légataire «fiduciaire» ne devait «rendre compte qu'à sa conscience, sans qu'aucune personne puisse lui en demander compte ou explication». Les héritiers potentiels contestaient la validité de ce legs, qui fut déclaré conforme aux exigences du *Code civil*. Au cours du débat, les juges se penchèrent sur les questions suivantes : le procureur général de la province peut-il intervenir devant les tribunaux pour s'assurer que les sommes léguées à des fins charitables soient bien employées conformément à la volonté du défunt? De même, la Cour supérieure peut-elle contrôler l'activité du légataire, comme la *High Court* pourrait le faire en Angleterre? Les juges furent d'avis que rien de tel n'existait au Québec, contrairement à la situation prévalant en France et en Angleterre[131]. Seule la destitution des exécuteurs testamentaires ou des fiduciaires était prévue par le *Code*. Le juge Mignault affirme sans ambages :

> La cour supérieure n'a pas la juridiction des cours de chancellerie en Angleterre.[132]

Le juge en chef Anglin aurait été enclin à reconnaître un certain rôle au procureur général de la province. Il ajoute cependant, avec l'appui du juge Smith :

> Whether any part of the jurisdiction of the former Court of Chancery in England in regard thereto is vested in the Superior Court of the province of Quebec by article 50, C.C.P is, no doubt, much more doubtful, as there appears to be no law envisaging the «manner and form» of its exercise; and no other statutory provision conferring such jurisdiction was cited, nor was any instance of its attempted exercise referred to.

Trois des juges semblent donc admettre qu'en l'absence de législation, la Cour supérieure ne peut exercer un rôle de surveillance des fiducies[133]. En common law, cette compétence est désignée par

129. *Hepton* c. *Maat*, [1957] R.C.S. 606, 607-608; *Beson* c. *Director of Child Welfare*, [1982] 2 R.C.S. 716, 720 (argument du procureur et opinion de la Cour d'appel invoquant la compétence générale en *Equity*); *King* c. *Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, 100-101; *E.* c. *Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, 409.
130. *Valois* c. *De Boucherville*, [1929] R.C.S. 234.
131. *Id.*, p. 274-275; le juge Rinfret a l'appui de ses collègues sur cette question, à l'exception du juge en chef Anglin.
132. *Id.*, p. 242.
133. Sur ce sujet, voir *infra*, II, C, 2, p. 921.

l'expression *parens patriae*. Il faut dire cependant qu'un legs à des fins charitables ne constitue pas forcément une fiducie au sens du droit anglais. De plus, en matière de garde d'enfants, le juge Cannon affirmera par la suite que «[...] l'autorité parentale doit céder à l'autorité du tribunal représentant le souverain *parens patriae*, quand l'intérêt de l'enfant l'exige»[134]. Il est à noter que tous les autres juges ont souscrit aux notes du juge Rinfret, qui évite d'employer cette locution latine... Ces commentaires épars ne règlent certainement pas la question. Notre position demeure la même: en l'absence d'un texte législatif précis, la compétence *parens patriae* n'existe pas au Québec. Il reste à montrer qu'elle est distincte des pouvoirs inhérents qui sont reconnus aux juridictions supérieures.

b) Les lois restreignant la compétence parens patriae

La compétence *parens patriae* est parfois restreinte par des lois. Le plus souvent, le législateur crée un organisme administratif ayant pour mission de prendre en charge les enfants en difficulté. Il lui octroie de très larges pouvoirs. Il prévoit parfois que ses décisions sont définitives. Dans une telle hypothèse, seules les règles du droit administratif permettent d'obtenir l'annulation d'une décision contraire aux intérêts de l'enfant. La compétence *parens patriae* peut alors venir en aide aux juridictions supérieures (i). Par ailleurs, le législateur fédéral a déjà tenté de supprimer un aspect particulier de la compétence *parens patriae*, en adoptant la *Loi sur le divorce* de 1968[135] (ii). La jurisprudence s'est cependant montrée très réticente face à cette initiative. L'étude de ces deux problèmes nous permettra de mettre en évidence le caractère supplétif de la compétence *parens patriae*.

i) Les lacunes législatives et l'absence d'un droit d'appel

En Angleterre, l'arrêt *A.* c. *Liverpool City Council*[136] a réaffirmé l'existence de la compétence *parens patriae*, tout en traçant des balises extrêmement restrictives quant à son exercice. Aux termes de la législation pertinente, l'autorité régionale (*local authority*) jouissait d'une très large discrétion pour prendre des mesures dans le but de protéger un enfant. Par ailleurs, une loi de 1949 permettait toujours à la *High Court* de déclarer qu'un enfant était un pupille de la Cour, ce qui revient à exercer la compétence *parens patriae*[137]. Ainsi, la Chambre des Lords devait réconcilier deux lois du Parlement. La première permettait à un organisme administratif d'assurer la

134. *Dugal* c. *Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501, 510.
135. S.C. 1967-68, c. 24.
136. [1982] A.C. 363 (H.L.).
137. Voir *supra*, note 31.

protection d'un enfant maltraité ou négligé; la seconde permettait à la Haute Cour de placer un enfant sous sa tutelle. La Chambre en conclut que la compétence *parens patriae* ne pouvait être exercée afin de réévaluer les décisions prises par l'autorité régionale conformément à la loi pertinente. Cette compétence devait plutôt être utilisée dans le cas où l'autorité régionale n'avait pas le pouvoir d'intervenir faute d'autorisation législative.

Dans ces conditions, la Haute Cour est appelée à combler les «lacunes» législatives ou à utiliser ses pouvoirs pour soutenir les interventions de l'autorité régionale[138]. Le concept d'une lacune législative correspond donc à une absence de pouvoir, une sorte de vide législatif. Par contre, lorsque l'autorité régionale est autorisée à prendre une décision aux termes de la loi, le seul recours qui puisse être exercé est celui de la révision judiciaire, conformément aux règles du droit administratif. La compétence *parens patriae* ne semble pas devoir être invoquée ici.

Dans l'arrêt *A.* c. *Liverpool City Council*, aucun droit d'appel n'était prévu contre le type de décision qui avait été rendu; dans d'autres cas bien identifiés, la législation prévoyait expressément cette possibilité[139]. De plus, un recours en révision judiciaire semblait voué à l'échec. Il est donc clair que la compétence *parens patriae* ne permettait pas à la Cour de s'interroger sur l'intérêt de l'enfant, cette tâche incombant plutôt à l'autorité régionale. Lord Roskill écrit d'ailleurs:

> I am of the clear opinion that, while the prerogative jurisdiction *in wardship cases* remain, the exercise of that jurisdiction has been and must continue to be treated as circumscribed by the existence of the far-ranging statutory code which entrusts the care and control of deprived children to local authorities. It follows that the undoubted wardship jurisdiction must not be exercised so as to interfere with the day-to-day administration by local authorities of that statutory control.[140] (Nous ajoutons les italiques)

Dans le contexte, l'expression *wardship jurisdiction* est synonyme de compétence *parens patriae*[141]. Il est donc clair qu'en Angleterre,

138. *Id.*, p. 373 et 378-379.

139. L'autorité régionale avait décidé qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant, âgé de deux ans et demi, qu'il soit éventuellement repris en charge par sa mère. Elle avait pour cette raison limité ses droits de visite à une heure par mois, sous surveillance, alors que la mère avait auparavant un droit de visite hebdomadaire.

140. *Id.*, p. 377.

141. L'expression «compétence inhérente» est employée par Lord Wilberforce, qui cite immédiatement après la loi de 1949 (*Id.*, p. 373). Il est donc clair que ces pouvoirs «inhérents» pourraient être moins étendus si le Parlement britannique le désirait.

le Parlement peut confier à l'organisme de son choix le soin de voir aux intérêts d'un enfant. Le contrôle judiciaire est le seul recours possible lorsqu'aucun droit d'appel n'a été prévu par le législateur. Cette compétence dite « inhérente » résulte en réalité de la coexistence de lois adoptées à des époques différentes. Elle peut s'exercer dans le cas où il est nécessaire qu'un tribunal intervienne parce que l'autorité régionale ne peut agir. Ainsi, cet organisme pourra demander à la Cour de déclarer qu'une jeune fille profondément déficiente est une pupille de la Cour. Le tribunal pourra alors autoriser la stérilisation de cette pupille si cela est clairement dans son intérêt[142].

Signalons qu'en 1985, la Chambre des Lords a vigoureusement réaffirmé les principes qu'elle avait énoncés dans l'arrêt *A.* c. *Liverpool City Council*[143]. De plus, dans le cas des personnes ayant une déficience mentale, la compétence *parens patriae* était autrefois dévolue au Chancelier par une commission signée de la main du souverain. La révocation de cette commission et l'abrogation des lois permettant à la *High Court* d'intervenir dans ce domaine ont été jugées suffisantes pour faire disparaître la compétence *parens patriae*. Par contre, les tribunaux conservent leurs pouvoirs inhérents. Ceux-ci leur permettront de rendre un jugement déclaratoire si une difficulté d'ordre juridique se présente. Ils pourront ainsi autoriser certaines interventions chirurgicales[144]. Les deux concepts sont donc bien distincts : le Parlement peut abolir la compétence *parens patriae*, mais les tribunaux conservent leurs pouvoirs inhérents.

Au Canada, la Cour suprême s'est apparemment inspirée de l'arrêt précité dans son jugement *Beson* c. *Director of Child Welfare (T.N.)*[145]. Cette affaire mettait en cause un couple ayant accepté de devenir un foyer d'accueil. Quelques jours avant l'expiration d'une période d'essai de six mois, le directeur des services de protection de l'enfance lui retirait l'enfant, sur la foi d'allégations non confirmées accusant le mari de l'avoir maltraité. Ces allégations étaient fausses, mais le directeur ne permit pas au couple de tenter de les réfuter. La loi terre-neuvienne n'accordait aucun droit d'appel au couple tant que la période d'essai n'était pas écoulée. Ils exercèrent cependant un recours en *habeas corpus* pour se faire remettre l'enfant. Ils furent déboutés en première instance, au motif que le directeur jouissait d'une très large discrétion aux termes de la loi. Les tribunaux ne

142. *In re B. (A minor)*, [1988] A.C. 199 (H.L.).
143. Voir *supra*, note 31.
144. *F.* c. *West Berkshire Health Authority*, [1989] 2 All E.R. 545 (H.L.), 548, 552-553, 561, 562. Sur cette question, voir *infra*, note 344.
145. [1982] 2 R.C.S. 716.

devaient donc pas faire prévaloir leur opinion sur la sienne. La Cour d'appel rejeta le pourvoi parce qu'à son avis il existait un droit d'appel ; un *mandamus* dirigé contre le tribunal d'appel créé par la loi aurait été le recours approprié.

La Cour suprême du Canada accueillit le pourvoi. Analysant à son tour la loi terre-neuvienne, la juge Wilson conclut que le couple offrant un foyer d'accueil ne pouvait porter la décision du directeur en appel. La Cour suprême de Terre-Neuve pouvait cependant intervenir conformément aux règles du droit administratif, le directeur n'ayant pas « agi équitablement » en prenant sa décision[146]. Cet aspect du jugement nous semble parfaitement bien fondé. Par ailleurs, le juge de première instance avait simplement « recommandé » au directeur d'étudier sérieusement la possibilité de confier à nouveau l'enfant aux requérants. La juge Wilson affirme alors que l'absence d'un droit d'appel constitue une lacune législative que les tribunaux de Terre-Neuve auraient dû combler, en ordonnant au directeur de placer à nouveau l'enfant chez les requérants[147].

À première vue, ce passage laisse entendre qu'en l'absence d'un droit d'appel, le juge de première instance peut réévaluer lui-même ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Pourtant, il est clair qu'il ne pourrait substituer son opinion à celle d'un tribunal d'appel créé par la loi. De plus, une telle interprétation serait totalement inconciliable avec l'arrêt *A.* c. *Liverpool City Council*[148], où les Lords font preuve d'une grande déférence face aux décisions de l'autorité régionale. L'absence de droit d'appel n'autorise pas les tribunaux à réévaluer la situation et à se former une opinion indépendante sur la question. Il semble plutôt que la juge Wilson avait en tête les situations où une décision doit être annulée conformément aux

146. *Id.*, p. 725-726, appliquant l'arrêt *Nicholson* c. *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

147. *Id.*, p. 724 : « Si la Loi n'accorde pas aux Beson de droit d'appel à l'encontre de la décision du directeur de retirer Christopher de leur foyer, alors je crois qu'il y a, dans l'économie de la loi, une faille que les cours de Terre-Neuve auraient pu combler en exerçant leur compétence *parens patriae*. En d'autres termes, le juge Noel aurait pu faire plus que recommander au directeur de donner à Christopher la possibilité d'avoir un foyer de choix chez les Beson. Il aurait pu l'ordonner. Il ne s'agissait pas là de substituer son point de vue à celui du directeur. Il s'agissait de l'exercice de la compétence *parens patriae* qu'il possédait à cause d'une déficience de la Loi. S'il n'était pas dans l'intérêt de Christopher d'être retiré du foyer des appelants, en l'absence de tout droit d'appel prévu par la Loi par lequel son intérêt aurait pu être préservé, le juge Noel avait l'obligation d'agir. »

148. Voir *supra*, note 136. Voir à ce sujet S.I. BUSHNELL, « The welfare of children and the jurisdiction of the Court under parens patriae », in Katherine CONNELL-THOUEZ et Bartha Maria KNOPPERS (éd.), *Contemporary Trends in Family Law : A National Perspective*, Carswell, Toronto, 1984, p. 223, 233-236.

règles du droit administratif. Dans un tel cas, la Cour supérieure de la province doit intervenir dans l'intérêt de l'enfant[149].

Les tribunaux de Terre-Neuve auraient donc dû transformer le bref d'*habeas corpus* en demande de contrôle judiciaire[150]. Après l'annulation de la décision, une lacune législative fut mise en évidence. L'enfant aurait normalement dû être replacé chez les requérants comme s'il n'en avait pas été retiré, ce qui leur aurait permis de compléter la période d'essai, pour entreprendre par la suite des procédures d'adoption[151]. L'enfant avait cependant été confié entre temps à une autre famille. En dépit de ce fait, la Cour suprême conclut qu'il était dans son intérêt de retourner chez les requérants. Le directeur fit cependant savoir qu'il pourrait délivrer par la suite un certificat d'adoption en faveur de l'autre famille d'accueil. La juge affirme alors: «[i]l est évident qu'il y aurait d'autres contestations judiciaires si la Cour se contentait de rendre une ordonnance de garde et que ce ne serait certainement pas dans l'intérêt de Christopher»[152]. Elle rendit plutôt une ordonnance d'adoption en faveur des requérants, même si aucune disposition législative ne lui permettait d'agir ainsi.

Dans cet arrêt, la compétence *parens patriae* est utilisée après l'annulation d'une décision. Elle permet de rendre une ordonnance d'adoption au lieu d'attribuer temporairement la garde d'un enfant. Dans une telle situation, il est primordial de tenir compte du temps écoulé et de l'intérêt de l'enfant. La compétence *parens patriae* est ici un accessoire du pouvoir de surveillance des juridictions supérieures de chaque province. Au moment de rendre la décision définitive, elle permet de moduler le jugement pour tenir compte des circonstances[153]. Il convient toutefois de se demander si l'utilisation de l'expression latine ne complique pas inutilement la

149. La juge écrit: « Plutôt que de procéder par voie d'examen judiciaire, les appelants ont institué des procédures d'*habeas corpus* et les Cours de Terre-Neuve ont statué, à tort, à mon avis, qu'elles n'avaient pas compétence pour entendre l'affaire. Je conclus qu'il leur était loisible de procéder à un examen judiciaire dans l'exercice de leur compétence *parens patriae*. À la différence de l'affaire *Liverpool*, un examen judiciaire est fondé en l'espèce et les cours ont commis une erreur en considérant qu'on leur demandait de substituer leur pouvoir discrétionnaire à celui du directeur. On leur demandait de contrôler l'exercice fautif de son pouvoir discrétionnaire. » (*loc. cit.*, *supra*, note 145, p. 725).

150. *Id.*, p. 725-726.

151. La juge Wilson écrit: «l'exercice de la compétence *parens patriae* de la Cour a traditionnellement débouché sur une ordonnance de garde, puisque cette compétence est d'origine ancienne, antérieure au concept d'adoption». *Id.*, p. 728.

152. *Id.*, p. 729.

153. Certaines décisions ont invoqué cette compétence pour maintenir le *statu quo* si l'intérêt de l'enfant l'exige après l'annulation d'une décision: *Director of Child Welfare of P.E.I.* c. *M. (C.H.)*, [1989] P.E.I.J. No. 143 (Quicklaw); *Superintendant of Child Welfare* c. *K. (L.)*, [1986] N.W.T.J. No. 46 (Quicklaw).

situation. Il va de soi que l'on ne peut traiter de la même manière l'évocation d'une sentence arbitrale et l'annulation des décisions concernant le placement d'un enfant en bas âge. Le droit administratif aurait été capable de développer de tels principes sans employer cette expression chargée de signification en droit privé.

À notre avis, cet arrêt ne signifie pas que le législateur doit toujours prévoir un droit d'appel, sous peine de voir les tribunaux réévaluer les décisions d'un organisme administratif chargé de protéger les enfants. Telle est d'ailleurs la conclusion à laquelle sont parvenus les tribunaux de la Colombie-Britannique. Dans cette province, le *Family and Child Service Act*[154] donne des pouvoirs très larges au *Superintendent of Child Welfare*, tout en préservant expressément la compétence *parens patriae* de la Cour suprême. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique en conclut que si le *Superintendent* agit de bonne foi et non de manière arbitraire, en respectant les limites du mandat qui lui a été confié par la loi, la Cour suprême de la province ne doit pas intervenir, même en l'absence de droit d'appel[155]. Une décision ontarienne est au même effet[156]. En Alberta, bien qu'il existe un droit d'appel contre la décision d'un directeur, la décision rendue par le tribunal d'appel ne serait pas opposable au *Children's Guardian* de la province. Le juge ajoute qu'en l'espèce, il n'y a pas lieu d'exercer le contrôle judiciaire[157].

En somme, la compétence *parens patriae* est normalement conférée par un texte législatif. Elle est utilisée pour compléter la common law ainsi que les lacunes de la législation, une expression qui est synonyme d'absence de pouvoir. Exceptionnellement, ces

154. Voir *supra*, note 127.

155. *P. (E)* c. *British Columbia (Superintendent of Child Welfare)* (1988) 48 D.L.R. (4th) 469, 23 B.C.L.R. (2d) 329, (1988) 12 R.F.L. (3d) 405 (B.C.C.A.), infirmant *P. (E.)* c. *Superintendent of Family and Child Services*, (1987) 15 B.C.L.. (2nd) 194 (B.C.S.C.) ; voir également *M. (W.A.)* c. *Superintendent of Family and Child Services*, (1985) 65 B.C.L.R. 229 (B.C.C.A.); *S. (J.D.)* c. *Superintendent of Family and Child Services*, (1983) 57 B.C.L.R. 201 (B.C.C.A.); *D. (K.G.)* c. *Superintendent of Child Welfare*, (1989) 20 R.F.L. (3d) 126 (B.C.S.C.); *G. (T.J.)* c. *Superintendent of Family and Child Services*, (1988) 26 B.C.L.R. (2d) 63, 14 R.F.L. (3d) 328 (B.C.S.C.). En Saskatchewan, les principes de common law et la compétence *parens patriae* ont été invoqués simultanément pour permettre au parent naturel d'être partie aux procédures ayant pour effet de rompre les liens avec son enfant : *S.* c. *Minister of Social Services*, [1983] 3 W.W.R. 373 (C.A.).

156. *Re Baby K*, (1988) 13 R.F.L. (3d) 209 (C.S. Ont.).

157. *Tschritter* c. *Children's Guardian for the province of Alberta*, (1988) 55 Alta. L.R. (2d) 103, 83 A.R. 374, 10 R.F.L. (3d) 182 (Alta. Q.B.). En Ontario, les décisions d'une Children's Aid Society peuvent être révisées par un directeur. Si celui-ci s'attarde surtout aux dificultés vécues par la femme à qui l'enfant avait été confié, et néglige son aptitude à en prendre soin, il y aura lieu au contrôle judiciaire : *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* c. *Dizio*, (1990) 75 O.R. (2d) 92 (Ont. Div. Ct.). De plus, la possibilité de recourir indéfiniment à la procédure de révision constitue une lacune de la législation.

termes ont été employés pour inciter les juridictions supérieures à rendre une décision conforme aux intérêts de l'enfant lorsqu'elles exercent leur pouvoir de surveillance et de contrôle. Mis à part ce jumelage particulier, il semble clair que la compétence *parens patriae* doit son existence à la loi. Elle permet de combler les lacunes législatives, ce qui suppose qu'elle s'exerce à défaut de texte. Elle peut être supprimée si un organisme administratif est chargé de voir aux intérêts des enfants maltraités. En l'absence d'un droit d'appel prévu par la législation, seul le pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures peut être exercé contre les décisions rendues par un tel organisme. Cette compétence a donc un caractère nettement subsidiaire. Les problèmes causés par la *Loi sur le divorce* de 1968[158] vont permettre d'illustrer cette proposition.

ii) La Loi sur le divorce de 1968

Dans un autre contexte, les tribunaux ont eu à examiner une loi fédérale prévoyant que certaines décisions judiciaires seraient exécutoires partout au Canada. Ils se sont alors demandé si cette disposition avait aboli la compétence *parens patriae* existant dans les provinces de common law. Plus précisément, l'article 11 (2) de la *Loi sur le divorce* de 1968 visait le tribunal qui accordait une pension alimentaire ou la garde des enfants à l'un des ex-conjoints. Ce tribunal était autorisé à modifier un tel jugement. Aux termes de l'article 15 de cette même loi, cette ordonnance pouvait être exécutée partout au Canada, après avoir été enregistrée auprès de la juridiction supérieure de la province. À la lecture de ces dispositions, les tribunaux en sont venus à la conclusion que seul le tribunal ayant rendu l'ordonnance initiale pouvait la modifier par la suite, même si l'une des parties ou les enfants étaient domiciliés dans une autre province[159]. Un tribunal a même décidé qu'il conservait sa compétence alors qu'aucune partie n'était domiciliée dans la province[160]. Dans une affaire portant sur la modification d'une pension alimentaire, la Cour suprême du Canada a confirmé cette interprétation[161].

De façon prévisible, les tribunaux ont été saisis de demandes concernant les enfants visés par un jugement rendu dans une autre province. Deux tendances se sont alors manifestées. La première

158. Voir *supra*, note 135.

159. Voir notamment *Ramsay* c. *Ramsay*, (1976) 23 R.F.L. 147 (Ont. C.A.); *Re Hall*, (1976) 24 R.F.L. 6 (B.C.C.A.); *Higgins* c. *Honey*, J.E. 79-865, (C.S.); *Avon* c. *Haynes*, [1980] C.S. 714, conf. C.A. Montréal, 500-09-000910-807, le 15 septembre 1980, com. Claude EMMANUELLI, (1982) 12 *R.D.U.S.* 463; *Droit de la famille — 101*, J.E. 84-46 (C.S.); *contra : Stein* c. *Phillips*, [1976] C.A. 150.

160. *Bolton* c. *Bolton*, (1977) 28 R.F.L. 359 (S.C.P.E.I.). Dans cette affaire, le père résidait à Calgary et la mère à Winnipeg, mais les parties devaient se rendre à l'Île-du-Prince-Édouard pour faire modifier les mesures accessoires au jugement de divorce.

161. *Ruttan* c. *Ruttan*, [1982] 1 R.C.S. 690.

consiste à attribuer provisoirement la garde au parent alléguant que la santé physique ou mentale des enfants est menacée par les agissements du gardien. Cette ordonnance prévoit également que ce parent doit faire modifier le jugement rendu dans une autre province, sans quoi la garde provisoire prendra fin[162]. L'ordonnance rendue dans la province « étrangère » est donc strictement temporaire, jusqu'à ce que le tribunal compétent puisse réviser sa propre décision. Cette façon de procéder respectait les termes de la *Loi sur le divorce* de 1968 tout en palliant une lacune législative. Il est en effet possible qu'un parent constate que son ex-conjoint agresse un de leurs enfants (par exemple) et qu'il soit urgent d'intervenir. Le tribunal supplée à cette lacune en rendant un jugement provisoire. Il respecte cependant les termes de la loi en exigeant que des procédures soient entreprises devant un second tribunal, situé par hypothèse dans une autre province, afin que l'ordonnance rendue à cet endroit soit modifiée.

L'arrêt *Re Hall* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a retenu cette approche[163]. La Cour affirme qu'en matière de garde incidente au divorce, la prérogative de la Couronne est exercée par l'autorité fédérale. Constatant que l'article 11 (2) de la *Loi sur le divorce* de 1968 ne vise que le tribunal ayant initialement rendu une ordonnance, la Cour en conclut que l'intention du Parlement était claire : seul ce tribunal exercerait la prérogative en question[164]. Le juge Robertson évite de se prononcer sur une autre question, celle de l'urgence, qui autoriserait le tribunal à adopter la procédure décrite ci-dessus. Il signale simplement cette possibilité, sans exprimer d'opinion sur ce sujet.

Tout autre est l'attitude de la Cour d'appel de l'Ontario[165]. La Cour adopte clairement l'interprétation de l'article 11 (2) résumée ci-dessus. Elle fait toutefois une distinction dans le cas des enfants. Le procureur général du Canada soutenait que la *Loi sur le divorce* de 1968 avait éliminé la compétence *parens patriae* en cette matière. Le juge en chef Gale rappelle que cette compétence découle des lois ayant créé une Cour de Chancellerie. Citant un arrêt du comité judiciaire du Conseil privé[166], il affirme qu'un juge confronté à un

162. Voir par exemple *Cochrane* c. *Cochrane*, (1975) 19 R.F.L. 207 (Ont. H.C.), conf. (1976) 20 R.F.L. 264 (Ont. C.A.).
163. Voir *supra*, note 159.
164. *Id.*, p. 16. Sur le rôle du droit provincial en présence d'une ordonnance de garde concomitante au jugement de divorce, voir notamment Eric COLVIN, « Custody orders under the Constitution », (1978) 56 *R. du. B. can.* 1 ; Christine DAVIES, « Interprovincial Custody », *Id.*, p. 17 ; C. DAVIES, *Family Law in Canada*, Carswell, 1984, p. 294-308.
165. *Ramsay* c. *Ramsay*, *loc. cit.*, *supra*, note 159.
166. *McKee* c. *McKee*, [1951] A.C. 352 ; nous discutons de cet arrêt *infra*, II, A, 1, a), i), p. 877.

jugement rendu à l'extérieur de la province doit se former une opinion indépendante quant à l'intérêt de l'enfant. À son avis, le Parlement n'avait pas clairement manifesté son intention d'éliminer cette compétence des juridictions supérieures. Celles-ci pouvaient donc réévaluer la situation même si une ordonnance avait été rendue dans une autre province. Le juge en chef émet également des doutes sur la possibilité de supprimer ou de restreindre cette compétence[167].

Deux observations doivent être faites au sujet de cet arrêt. En premier lieu, le juge en chef n'explique aucunement pourquoi la compétence *parens patriae* en matière de divorce ne pourrait être restreinte ou même abolie par une loi. Il s'agit d'une affirmation *ex cathedra*. En second lieu, ce jugement nous semble totalement inconciliable avec l'article 15 de la *Loi sur le divorce* de 1968, qui prévoit qu'un jugement rendu dans une autre province est exécutoire «partout au Canada» s'il est enregistré auprès de la juridiction supérieure du lieu. Le juge en chef discute bien de cet article pour affirmer que la procédure d'enregistrement ne permet pas de réviser le jugement[168], mais il n'en tient à notre avis aucun compte lorsqu'il étudie la compétence *parens patriae*. Au surplus, les affirmations de la Cour d'appel constituent techniquement un *obiter*, puisqu'il n'était pas question en l'espèce de garde d'enfants. À l'heure actuelle, la *Loi sur le divorce* de 1985 règle le problème, en autorisant le renvoi de l'affaire devant le tribunal de la province où l'enfant «a ses principales attaches», qu'il s'agisse d'une action en divorce ou en modification de l'ordonnance initiale[169].

En définitive, c'est l'arrêt de la Cour d'appel de Colombie-Britannique qui nous semble juridiquement bien fondé, puisqu'il permet au Parlement de définir les effets du jugement de divorce. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario laisse entendre que la compétence *parens patriae* appartient aux cours supérieures et ne peut être supprimée. Cette affirmation ne pourrait être justifiée que si de telles questions étaient protégées par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc temps d'examiner cette question.

2. La compétence parens patriae des cours provinciales

La compétence *parens patriae* peut-elle être attribuée à une cour provinciale? En principe, rien ne s'oppose à une telle mesure (a), qui doit cependant prendre la forme d'un texte législatif (b).

167. *Ramsay* c. *Ramsay*, *loc. cit.*, *supra*, note 159, p. 161.
168. *Id.*, p. 156.
169. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2e supp.), art. 6. Par ailleurs, une ordonnance est toujours exécutoire partout au Canada si elle est enregistrée auprès du tribunal de la province pertinente: *Id.*, art. 20.

a) La compétence parens patriae et l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

L'arrêt *Renvoi relatif à l'article 6 de la Family Relations Act*[170] discute du problème qui nous intéresse. Aux termes de la loi de Colombie-Britannique étudiée par la Cour suprême du Canada, la Cour provinciale exerçait une compétence concurrente en matière de tutelle à la personne d'un enfant, de garde et de droit de visite (art. 6 (1) a) et b)). La loi réservait toutefois expressément à la juridiction supérieure de la province la compétence *parens patriae* (art. 5 (3)). Les pouvoirs attribués par les alinéas 6 (1) a) et b) étaient exercés historiquement par la Cour de Chancellerie à titre de *parens patriae*[171]. Au Canada, certains tribunaux qui n'étaient pas considérés comme des juridictions supérieures connaissaient de ces questions en 1867. Le juge Estey, pour les juges majoritaires, conclut comme suit :

> Je ne veux tirer aucune conclusion de ce bref historique de la tutelle et de la garde, si ce n'est que les partisans de la compétence des cours supérieures ne peuvent démontrer l'existence historique d'aucune compétence exclusive en matière de tutelle ou de garde assimilable à celle proposée dans la loi soumise à cette Cour en l'espèce.[172]

Il déclare donc valides les dispositions législatives résumées ci-dessus. Il nous semble que l'existence d'une compétence concurrente de la Cour suprême de Colombie-Britannique n'a pas contribué à ce résultat, même si l'article 5 (3) qualifiait la compétence *parens patriae* d'« inhérente ». Le juge Estey examine ensuite l'étendue des pouvoirs exercés en 1867 par les juridictions supérieures[173]. Il déclare que dans ce domaine précis, leur rôle était très limité et qu'il était rempli conjointement avec d'autres tribunaux[174].

Une compétence exercée conjointement par les juridictions supérieures et les autres types de tribunaux existant en 1867 peut être confiée exclusivement aux tribunaux constitués par la province[175]. À notre avis, la Cour provinciale aurait même pu avoir

170. [1982] 1 R.C.S. 62.
171. *Id.*, p. 85 et 107.
172. *Id.*, p. 110.
173. *Id.*, p. 107.
174. *Id.*, p. 109.
175. *P.G. du Québec* c. *Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364, 383. Il est vrai que dans cette affaire, la compétence de la Régie était limitée de la même façon que celle de la Cour provinciale, ce qui signifie que la Cour supérieure conservait compétence lorsque le montant en jeu était substantiel. Mais en matière de garde d'enfants, la préservation d'une compétence concurrente de la Cour supérieure ne nous semble jouer aucun rôle significatif. La Cour suprême a d'ailleurs reconnu que cette compétence pouvait être supprimée pour l'adoption ou la protection de la

une compétence exclusive sur les questions visées aux alinéas 6(1) a) et b) sans que la loi de Colombie-Britannique soit déclarée invalide. À Terre-Neuve, un juge de la Cour provinciale a refusé de rendre une ordonnance conformément au *Child Welfare Act*[176], estimant que seule une juridiction supérieure pouvait exercer un pouvoir s'apparentant à la compétence *parens patriae*. La Cour suprême de cette province a délivré un bref de *mandamus* contre ce juge, puisque les pouvoirs conférés par la Loi de Terre-Neuve étaient tout à fait semblables à ceux qui avaient déjà été étudiés par la Cour suprême du Canada[177].

Il reste à se demander ce qui constitue la compétence « inhérente » désignée par l'expression *parens patriae*. On se rappellera que cette expression latine autorise la juridiction supérieure à intervenir lorsqu'elle identifie une « lacune » législative. Cette juridiction agit alors à titre de tribunal de droit commun : en l'absence de texte précis, les tribunaux doivent parfois prendre certaines initiatives pour s'assurer que justice est réellement rendue. Cet aspect de la compétence *parens patriae* est le seul qui puisse être qualifié de pouvoir « inhérent ». Il ne pourrait certainement pas être aboli. Pourrait-il être exercé exclusivement par une cour provinciale ? À notre avis, rien ne s'oppose à cette mesure, pour autant que la compétence ainsi créée soit limitée aux questions relevant des provinces. Un tribunal pourrait fort bien avoir le pouvoir de se prononcer sur toute question concernant les enfants, en plus d'être autorisé à prendre toute mesure ou toute décision qui semblerait être dans leur intérêt. L'adoption a ainsi été réservée aux tribunaux de la province[178]. Évidemment, la juridiction supérieure conserverait son pouvoir de surveillance et de contrôle, qu'elle pourrait exercer le cas échéant de manière à sauvegarder les intérêts de l'enfant. Si la formulation de la loi s'avérait limitative, elle pourrait aussi suppléer aux lacunes ainsi identifiées. Mis à part ces pouvoirs résiduaires, l'expression *parens*

jeunesse (*Reference re The Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398). La règle vaut à notre avis pour la garde d'enfant, en autant qu'il ne s'agisse pas de procédures accessoires au divorce. Il est vrai que l'arrêt *Sobeys Store Ltd* c. *Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, laisse entendre qu'une province ne pourrait attribuer à ses tribunaux des pouvoirs qui appartenaient exclusivement aux juridictions supérieures d'une majorité des provinces réunies en 1867. Le système proposé par les quatre juges majoritaires est toutefois combattu par les trois autres juges, qui parviennent au même résultat que leurs collègues. La question semble donc encore ouverte. Pour nos fins, il suffit de constater que la Cour suprême s'est déjà prononcée sur la question en 1982 (*loc. cit.*, *supra*, note 170).

176. S.N. 1972, c. 37.

177. *Re S. (J.)*, [1987] N.J. No. 769 (Quicklaw). Les deux arrêts de la Cour suprême sont cités *supra*, notes 170 et 175.

178. *Reference re The Adoption Act*, *loc. cit.*, *supra*, note 175.

patriae ne désigne pas des attributions de la juridiction supérieure qui ne peuvent être confiées à un tribunal provincial[179].

La compétence que nous étudions ne doit pas être confondue avec les pouvoirs inhérents des tribunaux. Ceux-ci ont une portée beaucoup plus large: la juridiction supérieure de la province est le tribunal de droit commun dans tous les domaines, qu'un enfant soit impliqué ou non. De plus, cette Cour peut réformer les décisions des autres tribunaux de la province, conformément aux règles du droit administratif. Un arrêt isolé de la Cour suprême nous oblige à conclure que la compétence *parens patriae* peut alors lui venir en aide, afin qu'elle rende une décision qui privilégie l'intérêt de l'enfant. Dans les autres situations, cette compétence est un principe directeur du droit privé. À ce titre, elle peut faire l'objet de restrictions imposées par le législateur et est tout à fait distincte des pouvoirs inhérents que détiennent les tribunaux.

b) La nécessité d'un texte législatif

Dans le paragraphe qui précède, nous avons tenté de montrer que les tribunaux provinciaux pourraient exercer des pouvoirs semblables à ceux qui sont visés par l'expression *parens patriae*. Il serait cependant indispensable qu'un texte législatif leur octroie cette compétence. À défaut d'une telle habilitation expresse, les tribunaux constitués par la province n'ont d'autres pouvoirs que ceux qui sont mentionnés par leur loi constitutive. En particulier, ils n'ont pas les pouvoirs d'un tribunal d'*Equity* et ils ne détiennent pas la compétence *parens patriae*[180]. Un juge spécialisé dans la protection de la jeunesse a sans doute de la difficulté à comprendre pourquoi il ne pourrait pas prendre les mesures qui s'avèrent nécessaires pour protéger un enfant, le législateur lui ayant confié de façon générale une telle mission[181]. Si l'on admet qu'il s'agit de pouvoirs hérités

179. L'affirmation suivante a été reprise par les tribunaux québécois: « The superior courts retain an inherent common law jurisdiction to protect those who cannot protect themselves » (Joseph Eliot MAGNET, « Withholding Treatment from defective Newborns: Legal Aspects », (1982) 42 *R. du B.* 187, 211). Pourtant, il ne semble pas que l'auteur se soit interrogé sur l'application de ce principe au Québec. Au contraire, il cite les lois qui attribuent aux juridictions supérieures les pouvoirs d'une Cour de chancellerie (213).

180. *Superintendent of Family and Child Services* c. *G. (D.)*, (1987) 18 B.C.L.R. (2d) 281 (B.C. Co. Ct.); *Re E. (J.C.)*, (1987) 79 A.R. 241 (Alta. Prov. Ct., Fam. Div.); *Re L. (N.)*, (1986) 72 A.R. 241 (Alta. Prov. Ct., Fam. Div.); *Lefebvre* c. *Lefebvre*, (1982) 38 O.R. (2d) 121, 127 (Ont. Prov. Ct., Fam. Div.), conf. (1982) 38 O.R. (2d) 683 (C.A.); *Lachner* c. *Lachner*, (1981) 29 O.R. (2d) 123 (Ont. Co. Ct.); *Re S.*, (1987) 62 Nfld. & P.E.I.R. 221, 190 A.P.R. 221 (Nfld. S.C.).

181. *Re D. (S.)*, (1989) 92 A.R. 1, 17 R.F.L. (3d) 183 (Alta. Prov. Ct., Fam. Div.); la décision a été confirmée lors d'une demande de révision judiciaire, mais le juge prend soin d'affirmer que la Cour provinciale ne possède pas la compétence

de l'*Equity* et conférés par une loi aux juridictions supérieures, la règle énoncée ci-dessus devient plus compréhensible. C'est l'absence d'une telle loi qui prive ces tribunaux de la compétence *parens patriae*.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

En Angleterre, la compétence *parens patriae* a été exercée par le Chancelier pour combler le vide créé par l'abolition de la Cour des pupilles et des livrées. Cette prise en charge a été ratifiée *a posteriori* par la Chambre des Lords et le Parlement. Dans ce pays, le législateur peut supprimer cette délégation de pouvoirs émanant de la Couronne. Cette compétence est donc subordonnée à la volonté du Parlement, ce qui n'affecte en rien les pouvoirs inhérents des tribunaux britanniques. Dans le cas du gouverneur d'une colonie, cette soi-disant prérogative de la Couronne n'existe pas forcément. Au Québec, il semble clair que l'*Acte de Québec* a fait disparaître les règles de l'*Equity*. Au surplus, l'*Acte constitutionnel* de 1791 a supprimé toute possibilité pour la Couronne d'exercer un pouvoir judiciaire ou de créer des tribunaux. Dans ces conditions, on voit mal comment elle pourrait détenir la compétence *parens patriae*, le Chancelier n'existant pas dans cette colonie. Par ailleurs, aucune loi n'attribue à la Cour supérieure du Québec les pouvoirs détenus en Angleterre par ce dignitaire.

Après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces de common law ont édicté des lois attribuant à leur juridiction supérieure les pouvoirs d'un tribunal d'*Equity*. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour suprême sur la question, rien ne permet d'affirmer que les questions concernant la garde des enfants ou la tutelle leur sont réservées. Mis à part le rôle qu'elle a pu jouer en droit administratif, la compétence *parens patriae* semble relever essentiellement du droit privé. Ce principe apparaîtra plus clairement si l'on évite de confondre les pouvoirs inhérents des tribunaux et

---

parens patriae, qui est attribuée au *Queen's Bench* par l'article 5 du *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1 : *Re Children's Guardian and the Queen*, (1990) 63 D.L.R. (4th) 623, 627 (Alta. Q.B.). Au Québec, l'ancien tribunal de la jeunesse s'est cru investi de la compétence *parens patriae* : *Protection de la jeunesse — 44*, [1981] C.P. 2073 ; *Droit de la famille — 73*, [1983] T.J. 2047 ; *Protection de la jeunesse — 126*, [1984] T.J. 2026 ; *Protection de la jeunesse — 261*, [1987] R.J.Q. 1461 (T.J.). Dans cette dernière affaire, la Cour supérieure a affirmé que le Tribunal de la jeunesse ne détenait pas cette compétence : *Protection de la jeunesse — 261*, [1988] R.J.Q. 1690 (C.S.), décision portée en appel ; *Droit de la famille — 480*, [1988] R.J.Q. 1138 (T.J.). Dans une décision audacieuse, la Cour supérieure affirme que le Tribunal de la jeunesse peut invoquer l'article 46 du Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25, ce qui lui donnerait « tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de [sa] juridiction » : *Protection de la jeunesse — 222*, [1986] R.J.Q. 2541, 2548 (C.S.), com. Jean-François BOULAY, (1986) 46 *R. du B.* 183.

les règles issues de l'*Equity*. Ces dernières n'existent pas dans la province du Québec. Pourtant, les tribunaux de cette province peuvent parvenir aux mêmes résultats que leurs homologues de common law. S'il existe une lacune, la Cour supérieure peut intervenir en tant que tribunal de droit commun, sans emprunter les expressions latines de nos voisins. Si le droit pourvoit à la question, la compétence *parens patriae* ne saurait être utilisée pour faire échec à la volonté du législateur, quelle que soit la province en cause. Ainsi, dans la mesure où les situations réglées par la compétence *parens patriae* font déjà l'objet de règles civilistes, cette jurisprudence n'a pas sa place au Québec. C'est ce que nous tenterons de montrer dans la deuxième partie.

II. L'INUTILITÉ DE LA COMPÉTENCE PARENS PATRIAE EN DROIT QUÉBÉCOIS

La compétence *parens patriae* a été surtout utilisée pour protéger les enfants (A). Elle joue toutefois un rôle important pour les personnes ayant une déficience mentale (B). Enfin, cette expression est parfois utilisée pour identifier certaines responsabilités confiées aux tribunaux ou au procureur général (C).

A. Les problèmes concernant les enfants

La compétence *parens patriae* permet d'assurer la protection des enfants. En droit international privé, le tribunal devra s'assurer du fait qu'un jugement étranger respecte bien leur intérêt (1). Par ailleurs, nous avons vu ci-dessus que cette compétence permet de combler les lacunes de la législation (2). Dans les deux cas, il conviendra de s'interroger sur les solutions offertes par le droit québécois, afin de montrer que ces questions de droit privé sont résolues de façon autonome.

1. Les règles de compétence des tribunaux

Après avoir étudié les tendances contradictoires de la jurisprudence utilisant l'expression *parens patriae* (a), il faudra examiner les règles de compétence jouant un rôle semblable en droit québécois (b).

a) Les deux conceptions de la compétence parens patriae

i) L'arrêt McKee

L'arrêt *McKee* c. *McKee*[182] a été rendu en appel d'une décision de la Cour suprême du Canada, qui s'était elle-même prononcée sur un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Les faits

182. [1951] A.C. 352 (J.C.P.C.).

mettaient en cause une mère ayant obtenu un jugement de la Cour supérieure de l'État de la Californie lui attribuant la garde de son fils. Cette décision modifiait une ordonnance antérieure accordant la garde au père. Celui-ci résidait alors dans l'État du Michigan. Ses appels ayant été rejetés, il s'enfuit au Canada avec l'enfant. La mère exerça alors le recours en habeas corpus afin que l'enfant lui soit remis. Le premier juge rejeta la requête, après une longue audition, au motif que l'enfant serait dans une meilleure situation s'il demeurait en Ontario avec son père, son environnement étant plus adéquat qu'au Michigan. La Cour d'appel rejeta le pourvoi, mais en Cour suprême, les quatre juges majoritaires l'accueillirent, les trois autres juges étant dissidents. Pour le juge Cartwright, il était inadmissible qu'un parent traverse la frontière dans le seul but de se soustraire à un jugement lui retirant la garde de l'enfant. Ce seul fait ne pouvait lui donner le droit de discuter à nouveau la question de la garde. Le juge faisait d'ailleurs observer que si le parent échouait dans cette tentative, il pourrait s'enfuir au Manitoba et recommencer la contestation[183].

Les membres du comité judiciaire accueillirent le pourvoi. Dans cette affaire, tous reconnaissaient que le jugement américain n'était pas exécutoire en Ontario et que les tribunaux devaient simplement lui accorder un « très grand poids » (*grave consideration*)[184]. L'enfant étant sur le territoire, les tribunaux devaient exercer leur compétence *parens patriae* et s'assurer que l'exécution du jugement était conforme à ses intérêts[185]. Pour ce faire, les membres du comité judiciaire estiment que le juge ontarien devait forcément se former sa propre opinion, après avoir entendu les parties[186]. En l'espèce, c'est ce qui avait été fait ; l'exercice de cette discrétion judiciaire n'avait pas à être révisé.

Cet arrêt nous semble désastreux pour le respect des ordonnances de garde rendues à l'étranger. À la rigueur, on peut comprendre qu'en 1951, leurs seigneuries n'aient pas réalisé l'ampleur du problème, même si le juge Cartwright et ses collègues surent faire preuve de clairvoyance. De nos jours, l'attitude préconisée par le comité judiciaire nous semble tout à fait dépassée. Pourtant, l'arrêt *McKee* fait encore autorité lorsqu'il n'existe pas de loi provinciale portant sur la reconnaissance des jugements étrangers rendus en matière familiale[187]. En 1975, la Cour d'appel de l'Ontario déclarait

183. [1950] R.C.S. 700, 706-707.
184. [1951] A.C. 352, 364-365.
185. *Id.*, p. 360.
186. *Id.*, p. 364.
187. J.G. CASTEL, *Canadian conflict of laws*, 2nd ed., Butterworth, Toronto, 1986, p. 346-347.

que la compétence *parens patriae* consacrée par l'arrêt *McKee* n'avait pas été abolie par la *Loi sur le divorce* de 1968, alors que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique estimait que le Parlement avait clairement exprimé cette intention[188]. À notre avis, cette dernière interprétation était la bonne. De toute façon, le problème a été résolu en 1985[189]. Néanmoins, ce débat a permis de développer une autre conception de la compétence *parens patriae*, qu'il convient maintenant de présenter.

ii) L'arrêt Hall

En affirmant que la *Loi sur le divorce* de 1968 avait aboli la compétence *parens patriae* lorsqu'un jugement attribuant la garde avait été rendu dans une autre province, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique fait cependant une réserve :

> I leave open the question whether, in the events (sic) of a custody order having been made under s. 10 or s. 11 of the Act in another province and an emergency affecting the safety of the child present in this province having arisen, the superior court of this province might make a temporary custody order for the protection of the child.[190]

Cette conception nous semble la seule qui soit conciliable avec le concept d'une lacune législative. La *Loi sur le divorce* de 1968 prévoyait que seul le tribunal ayant rendu une ordonnance pouvait la modifier. De ce fait, l'enfant qui se trouvait dans une autre province pouvait se retrouver temporairement sans protection. Pour régler ce problème, il suffit d'attribuer la garde à l'autre parent de façon intérimaire, dans le seul but de lui permettre de s'adresser au tribunal compétent, afin que l'ordonnance rendue initialement soit modifiée[191]. De cette façon, la *Loi sur le divorce* de 1968 est respectée, mais l'enfant n'est pas confronté à un vide juridique.

La conception restrictive de la compétence *parens patriae* a donc été élaborée pour tenir compte des règles précises édictées par la *Loi sur le divorce* de 1968. Elle limite l'intervention des tribunaux aux situations d'urgence. Elle entre en conflit avec les principes énoncés dans l'arrêt *McKee*[192], puisque ceux-ci permettent au juge de réévaluer la situation et de se prononcer à nouveau sur la garde de l'enfant. De son côté, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que

188. Voir *supra*, I, C, 1, b), ii), p. 870. Sur ce sujet, voir J.G. CASTEL, *loc. cit.*, *supra*, note 187, p. 335-336 et C. DAVIES, *Family Law in Canada*, Carswell, 1984, p. 304-308; Olive M. STONE, «Jurisdiction over Guardianship and Custody of Children in Canada and in England», (1979) 17 *Alta L. Rev.* 532.
189. Voir *supra*, note 169.
190. *Re Hall, loc. cit.*, *supra*, note 159, p. 18.
191. Voir *supra*, note 162.
192. Voir *supra*, note 184.

ce pouvoir n'avait pas été restreint par la *Loi sur le divorce* de 1968, mais cette interprétation nous semble erronée. En ce domaine, le législateur était intervenu de façon à limiter considérablement l'étendue de la compétence *parens patriae*. Par ailleurs, cette compétence demeure intacte lorsque le jugement attribuant la garde a été rendu à l'étranger et qu'il n'existe pas de loi provinciale sur le sujet[193]. Enfin, elle peut aussi s'exercer lorsqu'il existe un jugement accordant des aliments aux enfants[194].

Un dernier aspect de la compétence *parens patriae* doit être envisagé. Dans les développements qui précèdent, elle s'exerçait lorsque l'enfant se trouvait dans le ressort du tribunal saisi d'une requête. Il est toutefois possible que l'enfant soit domicilié dans cette province mais que l'un des parents l'ait emmené à l'extérieur. Dans une telle situation, cette compétence peut être exercée afin d'attribuer la garde au parent demeuré sur les lieux. Tel sera particulièrement le cas si le parent fugitif cherchait à se soustraire aux procédures dirigées contre lui[195]. Les tribunaux seront particulièrement sensibles au fait que le départ ne fut pas annoncé au conjoint. Dans la situation inverse, s'ils sont confrontés à un jugement rendu à l'étranger contre un parent fugitif, ils auront tendance à lui donner effet, pour décourager l'enlèvement d'enfants[196]. Toutefois, les jugements d'une durée temporaire ne produiront pas d'effets après l'expiration du délai fixé par le dispositif[197].

De nos jours, les tribunaux peuvent utiliser cette compétence de façon exceptionnelle, pour éviter les départs précipités. Une autre raison peut justifier son utilisation. En principe, un parent est libre de changer de domicile. S'il le fait, les tribunaux devront statuer sur la garde des enfants. Il est sans doute raisonnable de supposer que le tribunal du lieu où résidaient les enfants avant la séparation est le mieux placé pour prendre cette décision. Il faut toutefois noter qu'historiquement, cette compétence était souvent exercée parce que

193. Quant à l'effet d'une loi sur cette compétence, voir *Re Solnik and Solnik*, (1983) 41 O.R. (2d) 427 (Ont. U.F.C.), conf. (1984) 44 O.R. (2d) 684 (C.A.); *Lavitch* c. *Lavitch*, [1987] 1 W.W.R. 77 (Man. Q.B., Fam. Div.); *Lavitch* c. *Lavitch*, (1986) 24 D.L.R. (4th) 248, 49 R.F.L. (2d) 225, 37 Man. R. (2d) 261, [1986] 2 W.W.R. 577 (Man. C.A.).

194. *Wood* c. *Wood*, [1971] 1 O.R. 73 (Ont. H.C.); *Eccles* c. *Van Duin*, (1978) 19 O.R. (2d) 37 (Ont. H.C.); *McGüire* c. *McDonald*, (1986) 5 R.F.L. (3d) 186 (B.C. S.C.).

195. Voir par exemple, *Walker* c. *Walker*, [1970] 3 O.R. 771 (Ont. H.C.); *Child and Family Services of Eastern Manitoba* c. *McKee*, (1987) 31 D.L.R. (4th) 271 (Man. C.A.); J.G. CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note 187, p. 337-340.

196. *Beairstro* c. *Beairstro*, (1983) 30 R.F.L. (2d) 459 (Alb. C.A.).

197. *Charmasson* c. *Charmasson*, (1982) 34 O.R. (2d) 498 (Ont. C.A.); *Hjorlfeison* c. *Gouch*, (1986) 28 D.L.R. (4th) 134, 73 N.S.R. (2d) 271, 176 A.P.R. 271, 2 R.F.L. (3d) 382 (N.S. C.A.).

la common law décrétait que les enfants étaient toujours domiciliés avec leur père, même s'ils se trouvaient à l'étranger[198].

Dans les provinces de common law, la compétence *parens patriae* joue un rôle important en droit international privé. La conception extensive de ce pouvoir accorde fort peu d'importance aux jugements étrangers, puisqu'elle autorise le tribunal canadien à réévaluer la situation. Une telle approche est désastreuse. En effet, elle encourage l'enlèvement d'enfants, dans l'espoir que le tribunal d'une autre juridiction se forme une opinion différente et modifie la décision rendue. La conception restrictive de cette compétence limite celle-ci aux cas d'urgence, mais elle existe uniquement en raison des dispositions précises de la *Loi sur le divorce* de 1968. Ainsi donc, si la compétence *parens patriae* existe au Québec, elle doit inclure la jurisprudence du comité judiciaire du Conseil privé[199]. Par ailleurs, il semble bien que les lois provinciales sur la reconnaissance des jugements étrangers peuvent supplanter cette compétence[200]. Il devient donc nécessaire de se demander si les dispositions législatives québécoises ne fournissent pas déjà une réponse aux questions discutées ci-dessus.

b) La compétence des tribunaux québécois

Un certain nombre de lois québécoises portent sur les jugements rendus à l'étranger en matière familiale. Le cas de la France fait l'objet d'une loi particulière[201] qui ne retiendra pas davantage notre attention. Les jugements « portant condamnation à des aliments » peuvent être éxécutés au Québec s'ils sont rendus dans un État ou une province désignés par décret du gouvernement[202]. La Cour supérieure peut toutefois rendre un jugement « confirmant, modifiant ou annulant, selon le cas, le jugement extra-provincial »[203], ce qui rend cette procédure fort peu attrayante. Au surplus, la question des aliments est distincte de la compétence *parens patriae*, qui porte le plus souvent sur la garde d'enfants. C'est plutôt la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*[204]

198. Voir *Walker* c. *Walker*, *loc. cit.*, *supra*, note 195.
199. Voir *Droit de la famille — 323*, [1987] R.J.Q. 157, 162 (C.S.), renversé pour un autre motif, *loc. cit.*, *supra*, note 1.
200. *Lavitch* c. *Lavitch*, *loc. cit.*, *supra*, note 193, p. 252 (D.L.R.); J.G. CASTEL, *op. cit.*, *supra*, note 187, p. 347.
201. *Loi assurant l'application de l'Entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec*, L.R.Q., c. A-20.1.
202. *Loi sur l'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires*, L.R.Q., c. E-19, art. 1.
203. *Id.*, art. 7.
204. L.R.Q., c. A-23.01. Voir à ce sujet *L'enlèvement d'enfants et le droit*, Prix Charles Coderre pour l'avancement du droit social, 1989, Éditions Yvon Blais Ltée, Montréal, 1990.

qui tente de régler ces problèmes. Cette loi résulte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, qui porte le même titre. Elle ne s'applique qu'aux États désignés par le gouvernement, ce qui a limité pendant plusieurs années son champ d'application[205]. Si on la compare à la jurisprudence inepte résultant de l'exercice de la compétence *parens patriae*, elle résout de façon intelligente et réaliste les problèmes posés par l'enlèvement d'enfants.

Ainsi, la Cour supérieure doit ordonner le retour immédiat d'un enfant déplacé ou retenu illicitement, si une demande à cet effet lui a été soumise dans l'année qui suit l'enlèvement. Si la demande a été présentée plus d'un an après cet événement, la Cour doit ordonner le retour de l'enfant, sauf si celui-ci s'est intégré dans son nouveau milieu[206]. Par ailleurs, la Cour peut refuser d'ordonner le retour s'il « existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable »[207]. Ces règles nous semblent claires et tiennent compte de l'intérêt de l'enfant ainsi que des situations d'urgence. On ne peut que souhaiter leur application au plus grand nombre d'États ayant un système juridique privilégiant

205. Les États ou les provinces qui suivent ont été agréés par le gouvernement du Québec : la France, le Portugal, la Suisse, le Canada, la Colombie-Britannique, le Manitoba, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario, Terre-Neuve : (1985) 117 *G.O.* II, 229 ; le Yukon, (1985) 117 *G.O.* II, 1973 ; l'Île-du-Prince-Édouard, (1986) 118 *G.O.* II, 1412 ; l'Angleterre, le pays de Galle, l'Écosse et l'Irlande du Nord, (1986) 118 *G.O.* II, 3289 ; la Saskatchewan, (1986) 118 *G.O.* II, 4263 ; l'Alberta, l'Australie et le Luxembourg, (1987) 119 *G.O.* II, 1019 ; la Hongrie, (1987) 119 *G.O.* II, 2255 ; l'Espagne, (1987) 119 *G.O.* II, 5744 ; les États-Unis d'Amérique et les Territoires du Nord-Ouest, (1988) 120 *G.O.* II, 4580 ; l'Autriche, (1988) 120 *G.O.* II, 5685 ; la Norvège, (1989) 121 *G.O.* II, 2887 ; la Suède, (1989) 121 *G.O.* II, 4926 ; le Bélize, (1990) 122 *G.O.* II, 470. Dans le cas des provinces canadiennes ou des territoires, les décrets se contentent de désigner le ministère qui constituera « l'autorité centrale » à qui il faut adresser les demandes prévues par la convention. Le gouvernement québécois n'a pas déclaré qu'il s'agissait de juridictions où les résidents québécois peuvent bénéficier de mesures analogues à celles prévues par la loi, comme il l'a fait pour les autres pays. Ceci serait dû au fait que les autres provinces n'appliquent pas la convention aux enlèvement interprovinciaux, parce qu'elles ont choisi d'édicter une loi « uniforme » sur cette question (voir les textes dans *L'enlèvement d'enfants et le droit*, *op. cit.*, *supra*, note 204). Le problème ne se pose véritablement que si un jugement de garde est rendu conformément au droit provincial. La *Loi sur le divorce de 1985* contient des règles précises, qui s'appliquent lorsque le parent déménage avant qu'un jugement ait été rendu. Appliquer la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* pendant l'instance en divorce serait inconstitutionnel. C'est donc dans la seule hypothèse où les parties n'invoquent pas cette loi qu'un problème se pose. Par ailleurs, on peut se demander si l'article 41 de la loi précitée permet bien au gouvernement de désigner uniquement une « autorité centrale », sans que la loi s'applique entièrement à la province concernée.

206. *Id.*, art. 20.

207. *Id.*, art. 21.

l'intérêt de l'enfant. Il serait également souhaitable que la jurisprudence s'inspire de ces principes en interprétant les dispositions plus générales du droit civil. Ce sont en effet celles-ci qui s'appliquent à un jugement de garde rendu dans un État qui n'est pas désigné par le gouvernement aux fins de la loi précitée. Pour étudier les questions qui se posent alors, il faudra distinguer les questions touchant au domicile (i) des situations d'urgence (ii). Notons que nous discutons uniquement du droit québécois, sans faire référence aux demandes de divorces introduites au Canada, qui sont régies par la loi fédérale pertinente.

i) Le domicile des parties ou la résidence habituelle de l'enfant

Le premier alinéa de l'article 70 du *Code de procédure civile*[208] pose une règle générale sur la question qui nous intéresse :

> Les demandes en matière familiale sont portées devant le tribunal du domicile commun des parties ou, à défaut, devant celui du domicile de l'une ou l'autre des parties.

L'article 83 du *Code civil du Bas-Canada*[209] énonce par ailleurs :

> Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou chez son tuteur.
>
> Le mineur dont la garde a fait l'objet d'une décision judiciaire a son domicile chez la personne qui en a la garde.
>
> En l'absence de décision judiciaire portant sur la garde, le mineur dont les père et mère n'ont pas de domicile commun a son domicile chez celui d'entre eux chez qui il réside habituellement.

En l'absence d'un domicile commun des parties, les tribunaux du Québec ont compétence si l'un des parents y est domicilié. Le texte de l'article 70 semble autoriser l'exercice de cette compétence même si l'enfant a son domicile à l'étranger et n'est pas présent au Québec[210]. Il est vraisemblable que le législateur a omis de prévoir le cas de la garde des enfants, ou encore qu'il a préféré s'en remettre au jugement des tribunaux. Cette disposition fort large peut donc sembler problématique.

208. L.R.Q., c. C-25, ci-après C.p.c.

209. Ci-après C.c.B.-C.

210. Voir Éthel GROFFIER, *Précis de droit international privé québécois*, 4e édition, Les Éditions Yvon Blais Ltée, Cowansville, 1990, no 280-282, 270-273 ; *Droit de la famille — 247*, [1985] C.S. 1254 ; *Droit de la famille — 375*, [1987] R.D.F. 228 (C.S.) ; *Droit de la famille — 550*, [1988] R.J.Q. 2575 (C.S.) ; *Droit de la famille — 1155*, [1988] R.D.F. 135 (C.S.). Dans ces deux dernières décisions, la Cour refuse d'exercer cette compétence. Le jugement *Droit de la famille — 550* affirme même qu'en principe, seul le tribunal du lieu où l'enfant est présumé être domicilié serait compétent ; il s'agirait du lieu où il réside avec son gardien. Notons que l'arrêt *Droit de la famille — 25*, [1983] C.A. 102, portait sur une affaire qui avait débuté avant la modification de l'article 70 C.p.c.

Lorsque aucune décision judiciaire n'a été rendue, le législateur privilégie le domicile commun des parties. Présumément, c'est là que l'enfant a vécu; il semble donc normal que la question de la garde soit débattue à cet endroit. À notre avis, toute la difficulté consiste à déterminer à quel moment ce domicile disparaît. Dès que cette éventualité se réalise, le parent domicilié au Québec peut s'adresser aux tribunaux de cette province, que le mineur y réside ou non[211]. On peut cependant soutenir que dans le cas du mineur, le concept de résidence «habituelle» (art. 83 C.c.B.-C.) exige l'écoulement d'un certain laps de temps, au terme duquel l'ancienne résidence familiale deviendra simplement le domicile de l'une des parties. Pendant cette période transitoire, les tribunaux du Québec n'auraient pas compétence lorsque l'ex-résidence est située à l'étranger. Cette solution découragerait les départs en catimini. Le fait que le déplacement ait été annoncé à l'avance jouerait en faveur du conjoint qui quitte les lieux[212]. Cependant, dans certaines situations, cette exigence ne saurait être imposée: pensons au cas où le conjoint brutalise sa femme ou ses enfants.

La possibilité de rendre une ordonnance contre un parent domicilié à l'étranger peut s'avérer utile. Il en ira ainsi si la résidence de l'autre parent est inconnue ou change continuellement. Le parent qui désire obtenir un jugement pour mettre fin à l'enlèvement peut difficilement s'adresser au lieu de la résidence habituelle de l'enfant, puisqu'il ignore tout de celui-ci[213]. Le jugement lui facilitera vraisemblablement la tâche pour obtenir l'appui des autorités. Une décision de la Cour supérieure a également permis à une mère de réclamer son enfant aux grands-parents paternels de celui-ci. Ces derniers résidaient au New Jersey et refusaient de rendre l'enfant après une visite. Les tribunaux de cet État avaient décliné compétence. Il était donc heureux que la Cour supérieure du Québec puisse s'appuyer sur l'article 70 C.p.c.[214]. Dans de tels débats, seule

211. Les mineurs domiciliés au Québec peuvent réclamer des aliments à l'endroit où ils demeurent, même si le parent poursuivi est domicilié à l'extérieur de la province: *Droit de la famille — 753*, [1990] R.D.F. 106 (C.A.); *Droit de la famille — 831*, J.E. 90-919 (C.A.).

212. L'arrêt *Droit de la famille — 647*, [1989] R.J.Q. 1161 (C.A.), mettait en cause une mère qui s'était rendue à Montréal avec son enfant pendant une période de réflexion, son mari ayant été informé de ses intentions. Après un délai d'un mois, elle intenta une action en séparation de corps. Comme le mari était au courant de la possibilité que ce voyage se termine par une rupture, la Cour a jugé que l'épouse avait établi son domicile au Québec en décidant de ne pas retourner à Vancouver. Par le fait même, il n'existait pas de domicile commun des parties. Ainsi, le domicile commun peut disparaître presque instantanément, à la seule initiative d'une des parties, si l'autre en est informée.

213. *Droit de la famille — 247*, [1985] C.S. 1254.

214. *Droit de la famille — 375*, [1987] R.D.F. 228 (C.S.).

la question du domicile est pertinente; au stade d'une exception déclinatoire où l'on allègue que la partie requérante n'est pas domiciliée au Québec, l'intérêt des enfants ne peut être débattu. La compétence *parens patriae* n'y change rien[215]. D'autre part, le fait de comparaître et de plaider à l'étranger pourrait justifier les tribunaux de refuser de se prononcer sur les mêmes questions[216].

Il importe également de rappeler qu'un jugement attribuant la garde d'un enfant n'a pas l'autorité de la chose jugée[217]. L'existence de circonstances nouvelles permet toujours au tribunal de modifier l'ordonnance qu'il a rendue. Le raisonnement inverse nous semble valable. Supposons que l'une des parties se soit adressée au tribunal de son domicile et qu'elle ait obtenu la garde d'un enfant. À notre avis, un tel jugement devrait être reconnu au Québec[218]. Le seul fait d'alléguer qu'un changement s'est produit ne suffirait pas à donner compétence aux tribunaux québécois. En effet, l'article 70 C.p.c. édicte des règles qui s'appliquent à l'introduction de la demande. S'il autorise le tribunal à rendre un premier jugement sur la garde, il ne s'ensuit pas qu'il lui permette de modifier une décision validement rendue à l'extérieur du Québec. Seules des circonstances exceptionnelles pourraient autoriser le tribunal à déclarer qu'un jugement étranger est fondé sur des règles contraires à l'ordre public[219].

Il convient cependant de signaler que le bref d'habeas corpus est le recours approprié pour faire respecter une ordonnance de garde[220]. La jurisprudence portant sur cette procédure donne un large

215. *Droit de la famille — 364*, [1987] R.D.F. 219 (C.S.).

216. Voir *Droit de la famille — 550*, [1988] R.J.Q. 2575 (C.S.); *Droit de la famille — 1155*, [1988] R.D.F. 135 (C.S.). Il y aurait ici une sorte de litispendance, même si ce concept n'est pas applicable aux procédures se déroulant à l'étranger (E. GROFFIER, *op. cit.*, *supra*, note 210, nos 249, 246). L'intérêt de l'enfant (art. 30 C.c.B.-C.) justifierait cependant l'application de ce principe aux recours exercés en matière familiale devant une juridiction étrangère. Il est clairement souhaitable d'éviter la multiplication des litiges portant sur la garde de l'enfant. Notons que l'article 179 C.p.c. refuse au défendeur qui a été assigné ou qui a comparu dans une autre province le droit d'opposer la défense qui aurait pu être faite à l'encontre de l'action initiale. Le mot «défense» peut cependant difficilement être employé en matière de garde d'enfants.

217. Voir par exemple *Kredle* c. *A.G. of Quebec*, [1966] R.C.S. 320, 326; *C. (G.)* c. *V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, 259.

218. En matière de pension alimentaire, la Cour d'appel vient de décider que l'article 70 C.p.c. n'est pas d'ordre public. Un jugement rendu en Ontario, où les parties n'étaient plus domiciliées depuis quelques années, peut être exécuté au Québec: *Droit de la famille — 817*, J.E. 90-799.

219. À titre d'exemple, on peut songer au cas où une préférence absolue serait accordée au père ou à la mère, sans donner priorité à l'intérêt de l'enfant.

220. *Lorenz* c. *Lorenz*, (1905) 28 C.S. 330, (1905) 11 R.L.n.s. 493, (1905) 7 R.P. 186; *In re Dame Bourassa*, (1941) 47 R.J. 24 (C.S.); *G.* c. *Dame M.*, [1948] C.S. 267. Le bref d'*habeas corpus* peut être utilisé pour faire respecter un jugement rendu au Québec: voir, à titre d'exemple, *Bronfman* c. *Moore*, [1965] B.R. 181.

pouvoir d'appréciation aux tribunaux, ce qui leur permet de rejeter la demande s'il y va de l'intérêt de l'enfant[221]. Le parent qui refuse de respecter un jugement étranger pourrait donc se contenter d'attendre, s'il existe un motif impérieux de ne pas retourner l'enfant à son gardien. S'il a raison d'agir ainsi, le tribunal rejettera la demande d'habeas corpus et le parent obtiendra dans les faits la garde.

Cette présentation des règles du droit civil permet de placer dans son contexte l'arrêt *Droit de la famille — 323*[222], qui a reconnu l'existence de la compétence *parens patriae*. Cette décision résultait d'une demande en modification d'un jugement de garde rendu à l'étranger, plus précisément dans l'État de New York. Lors d'une visite des enfants à Montréal, la mère s'adressa à la Cour supérieure, qui décida d'exercer la compétence *parens patriae* et de lui accorder la garde[223]. Rien dans la preuve ne permettait de conclure que le père négligeait ses enfants. La Cour d'appel affirme alors que cette compétence ne doit s'exercer que «pour éviter à l'enfant un danger immédiat, manifeste et sérieux»[224]. Pour cette raison, elle rejette la demande présentée par la mère. La caractérisation de cette compétence que retient la Cour d'appel est inconciliable avec l'arrêt *McKee*[225], sur lequel la juge de première instance s'était appuyée[226].

L'utilisation de cette compétence nous semble extrêmement préjudiciable. En l'espèce, la Cour constate, près de deux ans après le fait, que rien ne justifiait l'intervention des tribunaux québécois, même si ceux-ci *auraient pu* intervenir en présence de circonstances graves. Autant dire qu'un débat semblable peut avoir lieu à nouveau. Enfin, les parties et les juges semblent s'entendre pour exclure l'application de l'article 70 C.p.c. Les parties ont sans doute supposé qu'il ne permettait pas de modifier un jugement étranger[227]. La Cour aurait toutefois pu nous éclairer davantage sur les effets d'une telle décision au Québec. Dans ces conditions, on cherche en vain l'existence d'une lacune dans la législation. L'article 70 C.p.c. conduit au même résultat que celui auquel parvient la Cour d'appel, par un chemin beaucoup plus court.

221. Voir *infra*, II, A, 2, b), i), p. 893.
222. [1988] R.J.Q. 1542 (C.A.).
223. [1987] R.J.Q. 157.
224. *Loc. cit.*, *supra*, note 222, p. 1548.
225. *Loc. cit.*, *supra*, note 182.
226. Voir *supra*, note 223.
227. La Cour cite l'article 6 C.c.B.-C. Celui-ci prévoit que celui qui n'est pas domicilié au Québec reste «soumis à la loi de son pays quant à son état et à sa capacité». Cette disposition détermine la loi applicable, mais elle ne nous dit rien sur la compétence des tribunaux québécois. Si la Cour avait appliqué cette règle, elle se serait interrogée sur le droit de l'État de New York.

La Cour supérieure a d'ailleurs utilisé l'expression *parens patriae* pour décliner compétence, ce qui est quelque peu ironique[228]. Il s'agissait en l'espèce d'une mère ayant vécu en France pendant 12 ans ; elle y eut des enfants, après s'être mariée. Il semble bien que tous les membres de la famille étaient domiciliés dans ce pays. La mère et les enfants effectuent alors un voyage à Montréal. La mère s'adresse à la Cour supérieure dans le but d'obtenir la garde des enfants. Elle n'avait jamais informé son mari de son intention de le quitter. Le juge laisse clairement entendre qu'elle n'a pas changé son domicile[229]. Il prétend alors exercer la compétence *parens patriae* et rejette pour cette raison l'exception déclinatoire. Il accorde cependant la garde des enfants au père, qui ne l'avait pas demandée, parce que le déplacement des enfants au Québec menacerait leur développement harmonieux. Par la suite, la demanderesse se désiste de sa demande en séparation de corps et la Cour supérieure prend acte de ce désistement[230]. Elle utilise toutefois ses pouvoirs inhérents (art. 46 C.p.c.) pour confier la garde au père. Le tribunal rejette également la requête d'*habeas corpus* présentée par le père, sans explications.

Ces décisions illustrent parfaitement l'état de confusion extrême qui résulte de l'introduction de la compétence *parens patriae* en droit civil québécois. Dans le premier cas, le tribunal aurait dû accueillir l'exception déclinatoire, laissant au père le soin d'exercer un autre recours. Dans le deuxième cas, le bref d'*habeas corpus* aurait dû être accueilli, pour que les enfants retournent en France et que la question de la garde y soit tranchée. En effet, rien n'autorisait la mère à retenir les enfants dans un pays où elle n'était pas encore domiciliée. Les principes du droit civil québécois fournissent ici une réponse simple et précise ; la compétence *parens patriae* ne fait que compliquer la situation[231].

Il reste à se demander s'il existe une lacune dans la législation québécoise susceptible de laisser l'enfant sans protection. Pour ce faire, nous tiendrons pour acquis que l'article 70 C.p.c vise uniquement les demandes de garde et qu'il ne s'applique pas aux modifications de jugements étrangers. Si tel est le cas, il se peut que l'enfant soit temporairement au Québec et qu'il soit urgent

228. *Droit de la famille — 1203*, [1988] R.D.F. 427 (C.S.).
229. *Id.*, p. 428.
230. *Droit de la famille — 1201*, [1988] R.D.F. 422 (C.S.).
231. Une affaire quelque peu semblable a été décidée de façon différente en Ontario, quoique l'enfant avait séjourné plus longtemps dans cette province : *Charmasson* c. *Charmasson*, (1982) 34 O.R. (2d) 498 (C.A. Ont.). La Cour déclare exercer la compétence *parens patriae*.

d'intervenir, même s'il fait l'objet d'un jugement rendu à l'extérieur du Québec. Dans une telle hypothèse, les règles de compétence ne fournissent pas immédiatement de solution. Il faut alors déterminer quelles règles s'appliquent.

ii) Les situations d'urgence

Deux exemples illustrent bien la nécessité d'intervenir rapidement lorsqu'un enfant est temporairement au Québec. Dans un premier cas, le parent chez qui l'enfant est en visite apprend ou soupçonne que celui-ci est victime d'agression sexuelle. Dans le second cas, il constate que l'enfant est laissé à lui-même presque continuellement, notamment en raison de l'alcoolisme ou de la toxicomanie du gardien. Il est évidemment inacceptable d'exposer l'enfant plus longtemps à de tels comportements. Il ne saurait être question d'attendre que le jugement étranger soit modifié pour retirer l'enfant au gardien. Que prévoit le droit québécois dans un tel cas? Fort peu de choses. Certes, la *Loi sur la protection de la jeunesse* est d'application immédiate si l'enfant est au Québec[232]. Elle ne régit toutefois pas les relations entre parents et l'attribution du droit de garde à l'un d'eux. On peut soutenir que la déchéance de l'autorité parentale, prévue par l'article 654 du *Code civil du Québec*[233], peut également être prononcée au Québec dès que l'enfant y séjourne, si le parent non gardien y est également domicilié[234]. Si le tribunal jugeait opportun d'accorder des droits de visite dans les circonstances décrites ci-dessus, par exemple en cas d'alcoolisme du gardien, il pourrait prononcer une déchéance partielle, impliquant le retrait de la garde et l'aménagement strict des droits de visite.

La déchéance nous semble donc un recours approprié pour régler le problème présenté ci-dessus. Deux possibilités peuvent être envisagées. En premier lieu, le comportement du gardien est tel qu'il est inconcevable de lui rendre l'enfant. Dans un tel cas, on voit mal comment il ne pourrait pas s'agir d'un «motif grave» justifiant la déchéance. Avant de permettre à l'ex-gardien d'exercer à nouveau son autorité, il conviendra de vérifier s'il est en mesure de le faire; le tribunal devra donc décider s'il y a lieu de lever la déchéance

232. L.R.Q., c. P-34.1, art. 2 et 73; à titre d'illustration, voir *Protection de la jeunesse — 44*, [1981] C.P. 2073 (T.J.); *Protection de la jeunesse — 222*, [1986] R.J.Q. 2541 (C.S.); sur ce concept, voir E. GROFFIER, *op. cit., supra*, note 210, no 28-30, 32-37.

233. Ci-après C.C.Q.

234. Certains jugements se prononcent sur la déchéance d'un père domicilié à l'étranger, mais l'enfant est domicilié au Québec: *Droit de la famille — 86*, [1983] C.S. 1017; *Droit de la famille — 130*, [1984] C.A. 184; *Droit de la famille — 1070*, [1987] R.D.F. 64 (C.S.).

qui avait été prononcée, conformément à l'article 658 C.C.Q. Par contre, si les agissements du gardien ne constituent pas une menace à court terme, le retour de l'enfant ne lui fait pas courir de risques immédiats. Le parent non gardien peut alors s'adresser au tribunal étranger et il n'est pas urgent que les tribunaux québécois interviennent. Nous croyons que ces principes se comparent avantageusement à la jurisprudence résultant de l'exercice de la compétence *parens patriae*[235]. Ainsi, en l'absence d'une disposition expresse, nul besoin de recourir à un système de droit étranger pour trouver une solution aux problèmes inédits qui se posent. La jurisprudence civiliste suffit amplement à la tâche.

Les règles de compétence régissant les tribunaux québécois sont donc extrêmement larges. Elles couvrent les situations les plus courantes et on est en droit de se demander pourquoi il faudrait les élargir; c'est plutôt le besoin d'une interprétation ordonnée qui se fait sentir, le législateur ayant refusé de limiter la portée des dispositions applicables. Seules les situations d'urgence sont susceptibles d'échapper à leur emprise. Les règles sur la déchéance de l'autorité parentale pourraient suppléer à cette carence. À défaut, l'intérêt de l'enfant permet de prendre des mesures qui ne sont pas expressément prévues par le Code. Dans ces conditions, l'utilisation de la compétence *parens patriae* fait double emploi avec les règles du droit civil. Elle est source de confusion et détourne la jurisprudence de son véritable rôle: interpréter la loi en tenant compte du contexte contemporain. Pour illustrer cette proposition, nous nous proposons d'examiner les autres utilisations de la compétence *parens patriae* mettant en cause l'intérêt d'un enfant.

2. L'intérêt de l'enfant

Nous avons vu ci-dessus que la compétence *parens patriae* est destinée à combler les lacunes de la législation. Il est donc opportun de voir quels problèmes sont ainsi réglés par les tribunaux, afin de rechercher si des solutions équivalentes n'ont pas déjà été dégagées au Québec (a). Dans un deuxième temps, il faudra montrer que les juridictions civilistes ont toujours su intervenir pour protéger l'intérêt de l'enfant, sans se gargariser d'expressions latines (b).

235. Il est vrai que la déchéance est une mesure «infâmante», un jugement de valeur: *C.(G.)* c. *V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, 261. Il serait peut-être préférable de retirer simplement le droit de garde et de réglementer les droits de visite. La jurisprudence permet d'attribuer la garde à des tiers même en l'absence d'une disposition législative autorisant cette mesure (*Id.*, p. 272). Par analogie, le tribunal québécois pourrait retirer le droit de garde en cas d'urgence, même s'il n'a pas normalement compétence. Une telle mesure serait dans l'intérêt de l'enfant et serait autorisée par l'article 30 C.c.B.-C.

a) Les lacunes de la législation

i) Dans les provinces de common law

La compétence *parens patriae* a d'abord été utilisée pour atténuer les rigueurs de la *common law*. Ainsi, elle permet d'attribuer la garde d'un enfant à un tiers, tel un grand-parent[236]. Elle autorise également la Cour à modifier l'entente conclue entre les parents s'il y va de l'intérêt de l'enfant[237], ou encore à approuver le règlement à l'amiable d'un litige le concernant[238]. Certaines décisions l'ont invoquée pour nommer un procureur aux enfants, quoiqu'il y ait eu le plus souvent d'autres règles applicables[239]. Cette compétence a permis au tribunal de lever la prohibition du ouï-dire lorsqu'un enfant a été victime d'agression sexuelle[240]. Par le passé, elle fut utilisée pour permettre à un parent de retirer son consentement au placement de son enfant, en l'absence de dispositions législatives sur cette question[241]. Plus récemment, la Cour suprême du Canada a souligné que l'intérêt de l'enfant était primordial et qu'il pouvait justifier le maintien des liens avec les parents ayant recueilli l'enfant[242]. En Colombie-Britannique, ce pouvoir permit à la Cour de prononcer un jugement d'adoption même si le requérant était décédé pendant l'instance, afin que l'adopté puisse bénéficier du statut d'Indien[243]. Par contre, cette compétence ne permet pas de modifier la législation[244]. Elle est limitée

236. *Robson* c. *Robson*, [1969] 2 O.R. 857 (Ont. H.C.); *McMaster* c. *Smith*, [1972] 1 O.R. 416 (Ont. H.C.); *Smith* c. *Hunter*, [1979] 72 O.R. (2d) 683, 107 D.L.R. (3d) 451 (Ont. H.C.); *Paré* c. *Paré*, (1987) 78 N.B.R. (2d) 10 (B.R.N.B.); *Roy* c. *Couture*, (1988) N.B.R. (2d) 21 (B.R.N.B.).
237. *Maestrello* c. *Maestrello*, (1975) O.R. (2d) 279 (Ont. Div. Ct.); *Colter* c. *Colter*, (1982) 38 O.R. (2d) 221 (Ont. S.C.). *Harsant* c. *Portnoi*, (1990) 74 O.R. (2d) 33 (Ont. H.C.); *Chernoff* c. *Pyne*, [1990] B.C.J. no 1487 (Quicklaw; B.C.S.C.)
238. *Panzavecchia* c. *Piché*, [1972] 2 O.R. 811 (Ont. H.C.); *Thompson* c. *Leland Estate*, (1986) 48 Sask. R. 95 (Sask. Q.B.); *S.(B.J.)* c. *S.(F.T.)*, [1990] A.J. no 1059 (Quicklaw; Alb. Q.B.).
239. *Reid* c. *Reid*, (1976) 11 O.R. (2d) 622 (Div. Ct. Ont.); *Whey* c. *Brenton*, (1984) 49 Nfld. & P.E.I.R. 19, 41 R.F.L. (2d) 30, 145 A.P.R. 19 (Nfld. C.A.); Olive M. STONE, *The child's voice in the court of law*, Butterworths, 1982, p. 194.
240. *Foote* c. *Foote*, (1986) 6 B.C.L.R. (2d) 237 (B.C.S.C.). Tout récemment, la Cour suprême du Canada reconnaissait une exception à la prohibition du ouï-dire dans les causes impliquant des enfants en bas âge victimes d'agression sexuelle: *R.* c. *Khan*, J.E. 90-1356. Dans cette affaire de droit pénal, la Cour ne fait pas appel à la compétence *parens patriae*.
241. *Hepton* c. *Maat*, [1957] R.C.S. 606.
242. *King* c. *Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; voir également *Re Moores and Feldstein*, (1974) 38 D.L.R. (3d) 641 (C.A. Ont.).
243. *Re British Columbia Birth Registration #78-09-024190*, (1990) 66 D.L.R. (4th) 154 (B.C.S.C.). En Alberta, cette compétence a permis d'accorder des droits de visites aux parents naturels après qu'une demande d'adoption eut été rejetée: *Re H.I.R.*, (1984) 30 Alta. L.R. (2d) 97 (Alb. C.A.). Il en va de même lorsque l'enfant est confié à un directeur des services à l'enfance: *Lutz* c. *Legal Aid of Manitoba*, (1982) 37 A.R. 351 (Alb. C.A.).
244. *O'Driscoll* c. *McLeod*, (1987) 10 B.C.L.R. (2d) 108 (B.C. S.C.); voir cependant *S. (R.G.J)* c. *P. (B.L.)*, (1987) 75 A.R. 287, 7 R.F.L. (3d) 58 (Alb. C.A.).

à la protection des personnes, ce qui exclut le foetus[245]. Ces quelques exemples montrent bien que ce pouvoir est essentiellement utilisé dans des questions de droit privé, lorsqu'il n'existe pas de loi sur la question.

ii) Au Québec

Les tribunaux québécois ont eu à faire face à des problèmes semblables. Nous avons déjà signalé qu'ils peuvent attribuer la garde d'un enfant à des tiers[246]. Ils ont toujours décidé qu'une transaction ne saurait les lier en matière familiale[247]. L'approbation du règlement à l'amiable d'un litige impliquant un mineur relève du conseil de famille (art. 307 C.c.B.-C.). La question du ouï-dire dans les affaires d'agression sexuelle peut être réglée en ayant recours aux principes du droit civil[248]. Les juges sont par ailleurs régulièrement confrontés à des questions sans réponses précises. Ainsi, à une époque où la Cour supérieure était débordée et n'arrivait pas à entendre toutes les requêtes pour mesures provisoires, qui étaient alors reportées de plusieurs semaines, les juges accordèrent des pensions intérimaires, sur simple examen des pièces produites, pour éviter de laisser une des parties dans le dénuement total. Dans une affaire de séparation de corps, la Cour d'appel approuva cette initiative, invoquant les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure (art. 46 C.p.c.)[249]. De même, un enfant n'avait pas de certificat de naissance parce que son village d'origine, situé au Cambodge, avait été détruit. La Cour supérieure ordonna que le jugement en tienne lieu, afin que le nom de l'enfant (« Piseth ») puisse être modifié[250]. Cette mesure

245. *Medhurst* c. *Medhurst*, (1984) 46 O.R. (2d) 263 (Ont. H.C.); *Re Baby R.*, (1989) 53 D.L.R. (4th) 69, 30 B.C.L.R. (2d) 237, 15 R.F.L. (3d) 225 (B.C. S.C.); Re (A) (in utero), (1990) 72 D.L.R. (4th) 722 (U.F.C.).

246. Voir *supra*, note 217. La *Loi sur le divorce de 1985*, L.R.C. (1985), c. 3 (2e supp.), prévoit également cette possibilité : art. 16 (3) et (4).

247. Voir notamment *Ménard* c. *Ricard*, [1974] C.A. 157 ; *Montminy* c. *Bergeron*, [1978] C.A. 371 ; *D'Errico* c. *D'Errico*, [1980] C.A. 27 ; *Droit de la famille — 131*, [1984] C.A. 187 ; *Caron* c. *Caron*, [1974] C.S. 45 ; *Simoneau* c. *Dufour*, [1974] C.S. 343 ; *Cyr* c. *Dionne*, [1975] C.S. 940 ; *Genereux* c. *Voisano*, [1979] C.S. 1006 ; *Lavigne* c. *Goulet*, [1980] C.S. 683, conf. C.A. Montréal, 500-09-000756-809, le 16 juin 1981 ; *Droit de la famille — 63*, [1983] C.S. 407 ; *Droit de la famille — 116*, [1984] C.S. 106. La Cour suprême a confirmé que les ententes conclues par les parties ne sauraient lier le tribunal, même si elles devaient en principe être respectées : *Pelech* c. *Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 804 ; *Richardson* c. *Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857 ; *Caron* c. *Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892.

248. Voir Léo DUCHARME, « La prohibition du ouï-dire et les déclarations des enfants en bas-âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes », (1987) 18 *R.G.D.* 563. Le législateur est intervenu pour autoriser la présentation d'une telle preuve : *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 85.1 à 85.6, en vigueur depuis le 1er octobre 1989 : *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1989, c. 53, art. 13.

249. *Droit de la famille — 168*, [1984] C.A. 607.

250. *Hor-Se Cheng* c. *Le procureur général du Canada*, [1987] R.J.Q. 1117 (C.S.).

était clairement dans l'intérêt de l'enfant, même si aucune disposition ne l'autorisait. En l'absence de texte précis et avant que l'article 30 C.c.B.-C. ne soit modifié, ils avaient ordonné que des soins soient prodigués au mineur malgré l'opposition des parents[251]. Cette question fait maintenant l'objet de dispositions particulières[252].

Nous sommes en réalité confrontés à un mythe, celui qui veut que le droit civil soit paralysé en l'absence d'un texte. Pourtant, l'article 11 C.c.B.-C. oblige le juge à rendre une décision même si la loi est muette sur un point précis. Les jugement résumés ci-dessus appliquent simplement cette règle. Si le silence du législateur peut parfois être significatif, il n'en reste pas moins que les tribunaux savent prendre des initiatives dans l'intérêt des enfants. Il n'est pas nécessaire d'utiliser des formules latines pour y parvenir.

b) La garde en droit civil

Nous croyons avoir montré que les tribunaux québécois peuvent protéger les intérêts de l'enfant. On peut toutefois imaginer que cette attitude est relativement récente et reflète les modifications législatives des années quatre-vingt. Ne serait-il pas nécessaire d'affirmer l'existence de la compétence *parens patriae* pour éviter un retour aux conceptions du passé? Il y a là une autre fiction qu'il nous semble important de dénoncer. Le droit civil n'était pas l'esclave de la «puissance paternelle», même si certains juges se sont érigés en défenseurs de cette prérogative. Le mythe a été renforcé par la célèbre affaire *Taillon* c. *Donaldson*[253]. Les commentateurs y ont vu une opposition entre les juges civilistes, imbus de l'autorité paternelle, et les juges originaires des provinces de *common law*, réputés plus libéraux[254]. La «société distincte» était perçue (à l'époque) comme

251. Paul-André CRÉPEAU, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien», (1974) 52 *R. du B. can.* 247, 250.

252. *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 42 et 43. Le renvoi à la compétence *parens patriae* est donc superfétatoire si ces articles s'appliquent: *In re Goyette: Centre des services sociaux métropolitains*, [1983] C.S. 429. Par ailleurs, le refus des parents peut fort bien être justifié: *Couture-Jacquet* c. *Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.A.); *Protection de la jeunesse — 332*, [1988] R.J.Q. 1666 (C.S.); *Commission de protection des droits de la jeunesse* c. *T.*, [1990] R.J.Q. 1674 (C.S.). Un jugement récent assimile le refus de fournir des soins au traitement cruel et inusité prohibé par l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés: Re Minister of Health and Community Services and B.*, (1990) 70 D.L.R. (4th) 568 (N.B.Q.B.)

253. [1953] 2 R.C.S. 257.

254. Louis BAUDOUIN, «Puissance paternelle», (1954) 14 *R. du B.* 478; Léon LALANDE, «Puissance paternelle», (1955) 33 *R. du B. can.* 950; Pierre VERGE, «La puissance paternelle», (1957-58) 3 *C. de D.* 143; *contra:* Jean MERCIER, «Puissance paternelle — Déchéance en certains cas», (1954) 14 *R. du B.* 234. Pour des opinions plus nuancées, voir Albert MAYRAND, «L'évolution de la puissance paternelle en droit civil québécois», in *Mélanges offerts à René Savatier*, Librairie Dalloz, Paris, 1965, p. 621, 627-628; Édith DELEURY, Michèle RIVET,

patriarcale et autoritaire. Pour voir si cette opposition est justifiée, nous examinerons brièvement la jurisprudence portant sur le bref d'*habeas corpus* (i) et nous tenterons une comparaison avec la France (ii).

i) L'habeas corpus

L'*habeas corpus* est une procédure anglaise utilisée pour faire contrôler la légalité d'une détention. Issue du droit pénal, elle fut étendue aux matières civiles, à une époque où l'emprisonnement pour dettes était relativement fréquent[255]. Les tribunaux britanniques utilisèrent cette procédure pour ordonner qu'un enfant retourne auprès de son gardien légal, le plus souvent son père. Postulant qu'un enfant ne peut faire de choix de façon autonome, ils en concluaient qu'il était «détenu», ce qui autorisait le recours à l'*habeas corpus*. Poursuivant ce raisonnement, ils affirmaient qu'un adolescent était en âge d'exprimer ses préférences; s'il désirait demeurer là où il était et que ce désir était raisonnable, les juges affirmaient que l'enfant n'était pas «privé de sa liberté». Ils rejetaient alors la demande.

Au Québec, l'*habeas corpus* fut intégré au *Code de procédure civile*[256]. Il fait toujours partie de ce Code et peut encore être utilisé en matière familiale (art. 851-861 C.p.c.). Par le passé, il coexistait avec les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* portant sur la puissance paternelle. En apparence, celle-ci avait un caractère absolu. Elle était exercée par le père jusqu'à son décès, alors que la mère prenait la relève (art. 243 et 245 C.c.B.-C.). De plus, «[l]e mineur non émancipé ne p[ouvait] quitter la maison paternelle sans la permission de son père» (art. 244 C.c.B.-C.). En cas de séparation de corps, le tribunal jouissait cependant d'une discrétion et pouvait accorder la garde à l'un ou l'autre des conjoints (art. 214 C.c.B.-C.). En règle générale, le père pouvait donc contraindre son enfant à demeurer auprès de lui, en ayant recours au bref d'*habeas corpus*. Cette façon de procéder fut d'ailleurs approuvée par les tribunaux peu avant la codification[257].

Jean-Marc NEAULT, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale: une institution en train de trouver sa vraie finalité», (1974) 15 *C. de D.* 779, 844-848.

255. Au Québec, voir S.B.C. 1812, 52 Geo. III, c. 8.

256. Art. 1040 et suivants, S.C. 1866, c. 25.

257. *Cooper* c. *Tanner*, (1863) 8 L.C.J. 113 (C.S.). Seulement deux arrêts concernant la garde d'un enfant semblent avoir été publiés antérieurement : *Dubois* c. *Hébert*, (1863) L.C.J. 290 (1846), où la Cour d'appel ordonne au père d'un enfant naturel de payer une pension à la mère jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de six ans. Par la suite, le père devra en prendre soin, le nourrir ou le vêtir convenablement; à défaut, il devra continuer à payer la pension. Les juges ne citent aucune autorité. Avant la Conquête, le Conseil souverain avait cassé une sentence ordonnant au père de remettre sa fille au grand-père de celle-ci, ce

Pour les fins de cette étude, les nombreuses décisions où les juges accueillent la requête d'un parent ne retiendront pas notre attention[258]. Dans la même veine, nous n'étudierons pas l'exercice de ce recours lorsque les époux sont séparés de fait, sont en instance de séparation de corps ou s'apprêtent à divorcer. Restent les situations où un parent confie son enfant à un tiers, pour des motifs souvent parfaitement légitimes, notamment parce qu'il n'est pas en mesure de s'en occuper adéquatement. En principe, cet arrangement ne saurait être permanent et le parent peut reprendre son enfant[259]. Le cas d'un enfant dont l'un des parents décède et qui est recueilli par ses grands-parents ou par d'autres membres de la famille se présente relativement fréquemment. Quand le parent survivant a maintenu le contact avec son enfant et désire le reprendre à ses côtés, le plus souvent après un remariage, les tribunaux accueillent la requête, d'autant plus que les grands-parents sont souvent âgés. Une telle mesure est alors clairement dans l'intérêt de l'enfant. Confrontés à des demandes présentées dans de telles circonstances, les tribunaux ont tendance à affirmer en termes absolus le « droit » des parents d'élever eux-mêmes leur enfant. Ainsi, le juge Rivard pouvait-il écrire :

> Dans certaines circonstances extraordinaires, quand les parents sont incapables ou indignes d'exercer la puissance paternelle, l'intérêt bien compris de l'enfant, d'accord avec la raison, la morale et l'humanité, peut justifier le pouvoir judiciaire d'intervenir dans l'organisation de la famille. Ce n'est qu'en apparence que le droit naturel est contrecarré. Le principe reste toujours debout ; c'est au père qu'il appartient d'élever son enfant, et, le père disparu, la mère exerce le même pouvoir, remplit les mêmes obligations. Telle est la doctrine consacrée par notre Code civil (art. 83, 113, 165, 242, 243, 244, 245). Seuls des motifs impérieux et exceptionnels peuvent incliner les juges à s'en écarter ; car, ainsi qu'un tribunal de France s'est exprimé : « Les droits qui dérivent de la puissance paternelle sont antérieurs à toute législation et ont leur source dans la nature ; et un intérêt d'ordre public, qui doit dominer tous les intérêts privés, s'oppose à ce qu'il soit porté atteinte à une institution que le législateur n'a pas établie, mais qu'il n'a fait que consacrer » (Puy, 10 déc. 1869, D.P. 70-4-64).[260]

À partir de tels propos, certains juristes ont voulu dégager une règle : si le parent n'est pas incapable ou indigne, il doit pouvoir

qui lui aurait procuré un « très grand avantage » : *Normand* c. *Marcou*, (1888) 1 R.J.R.P.Q. 5 (1729).

258. Une liste très complète des décisions rendues sur une demande d'*habeas corpus* en matière familiale se trouve dans E. DELEURY, M. RIVET, J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, *supra*, note 254, p. 841, n. 201.

259. La décision *Stevenson* c. *Florant*, [1925] R.C.S. 532, conf. [1927] A.C. 211, constitue certainement l'arrêt de principe en cette matière.

260. *Marshall* c. *Fournelle*, (1926) 40 B.R. 391, 395, cité avec approbation dans le jugement confirmatif de la Cour suprême, [1927] R.C.S. 48.

reprendre son enfant[261]. Pourtant, l'arrêt précité mettait en cause une fille de quatorze ans qui refusait de retourner chez sa mère après avoir vécu sept ans dans un autre foyer. Le juge Rivard fait alors remarquer qu'un bref d'*habeas corpus* obligerait la personne qui a recueilli un mineur à le chasser, ce qui serait manifestement inacceptable[262].

La jurisprudence reconnaissait donc à cette époque qu'un adolescent pouvait avoir des motifs valables de demeurer ailleurs que chez ses parents, même si son père ou sa mère n'étaient pas indignes ou incapables d'assurer son éducation[263]. Pas plus qu'aujourd'hui, il ne convenait de le contraindre à fuguer. Dans le cas d'un enfant trop jeune pour se former une opinion, les tribunaux affirmaient cependant que seules l'indignité ou l'incapacité du parent justifiaient leur intervention[264]. Un tel système se révélait

261. Voir la dissidence du juge Fauteux, *Taillon* c. *Donaldson*, *loc. cit.*, *supra*, note 253; A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 254, p. 626. Devenu juge, Albert Mayrand avait affirmé que seul un motif grave justifiant la déchéance partielle de l'autorité parentale pouvait permettre aux tribunaux de priver un parent de la garde de son enfant. Cette jurisprudence fut renversée par la Cour suprême: voir *loc. cit.*, *supra*, note 217.

262. Il écrit: «Je crois plutôt que la garde d'un mineur, sans contrainte réelle exercée sur sa liberté, ne peut être assimilée au cas de détention forcée que lorsque l'enfant n'est pas d'âge à faire un choix judicieux, ou qu'il ne sait pas juger sainement de son propre intérêt; on peut alors justement présumer que l'option, inconsciente ou non, de l'enfant est due à l'influence de celui qui le garde sans droit, et dire qu'il y a une sorte de contrainte morale ou de détention.» *loc. cit.*, *supra*, note 260, p. 396-397. Il ajoute: «Le véritable intérêt de la jeune fille veut-il qu'elle soit chassée du foyer qui l'a recueillie? Je ne vois pas comment son bien-être, son éducation, son avenir pourraient être par là mieux assurés. Il ne serait sans doute pas juste de prononcer que la mère est indigne ou incapable d'exercer la puissance paternelle; mais rien ne l'empêche d'exercer cette puissance par les moyens que la nature, l'amour maternel et la loi même suggèrent.» (*Id.*, p. 397).

263. La jurisprudence anglaise du dix-neuvième siècle fixait à seize ans l'âge de discrétion pour les filles et à quatorze ans celui des garçons: voir *Stevenson* c. *Florant*, *loc. cit.*, *supra*, note 259, p. 543. Mais la Cour suprême a confirmé une décision où la Cour d'appel avait tenu compte de l'opinion d'une jeune fille de quinze ans: voir *supra*, note 252. Elle a renversé un arrêt de la Cour d'appel où l'enfant était âgé de douze ans au moment où les procédures débutèrent: *Lefebvre* c. *Dugal*, (1933) 54 B.R. 82, 83 et 87. La Cour suprême affirma que la Cour d'appel aurait dû tenir compte de l'avis de cet adolescent: *Dugal* c. *Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501, 507. La Cour de révision avait déjà affirmé que sur ce point, la jurisprudence anglaise ne s'appliquait pas au Québec: *Regina* c. *Hull*, (1877) 3 Q.L.R. 136, 137 (C. de R.). Les tribunaux avaient donc une large marge de manoeuvre pour décider s'il fallait accorder du poids à l'opinion du mineur. Bien avant 1953, ils avaient tenu compte des intérêts des adolescents, en leur permettant assez fréquemment de demeurer là où ils le souhaitaient: *Rivard* c. *Goulet*, (1875) 1 Q.L.R. 174; *Stoppellben* c. *Hull*, (1876) 2 Q.L.R. 255 (C.S.), conf. par *Regina* c. *Hull*, (1877) 3 Q.L.R. 136 (C. de R.); *Regina* c. *McConnell*, (1882) 5 L.N. 386; *Vautrin* c. *Dupuis*, (1900) 3 R.P. 232 (C.S.); *Robert* c. *Veronneau*, (1903) 9 R.J. 410 (C.S.); *Garcin* c. *Croteau*, (1905) 27 C.S. 198; *Pickering* c. *Caloran*, (1905) 7 R.P. 350 (C.S.); *Osmun* c. *Morin*, (1918) 27 B.R. 282.

264. Par exemple *Kivenko* c. *Yagod*, (1928) 44 B.R. 330, 336; conf. [1928] R.C.S. 421.

problématique lorsque l'enfant vivait chez un tiers depuis plusieurs années et que le parent survivant disparaissait complètement de son existence. Pour des motifs variés, ces parents se souvenaient soudain de leur enfant et utilisaient la procédure d'*habeas corpus*. De tels parents peuvent être tout à fait en mesure d'élever d'autres enfants, mais ils sont devenus des étrangers pour celui qu'ils ont délaissé. Les juges cherchent alors un moyen pour rejeter la demande. On peut d'ailleurs supposer que, dans bien des cas, le critère de la maturité suffisante est utilisé pour que les enfants demeurent là où ils ont passé la plus grande partie de leur vie[265]. Passons rapidement sur les irrégularités de procédure, qui ont certainement soulagé le juge en chef Lemieux...[266].

D'autres décisions refusent de rendre l'enfant au parent dans de telles circonstances[267]. Dès 1888, le juge Charland avait rejeté la demande d'un père qui n'avait pas donné signe de vie à ses enfants pendant six ans, alors qu'il vivait aux États-Unis[268]. Il ajoute :

> De nos jours, on aurait tort de croire quelque part, qu'il suffit pour un père de prouver dans tous les cas qu'il est père pour avoir le contrôle absolu sur ces enfants. La juridiction des tribunaux supérieurs est clairement définie, et la jurisprudence est bien fixée sur ce point important d'ordre social.[269]

265. Il en va ainsi lorsque l'âge de l'enfant est de douze ans : *Pickering* c. *Caloran*, (1905) 7 R.P. 350 (C.S.); *Dugal* c. *Lefebvre*, *loc. cit.*, *supra*, note 263; de huit ans, *Vautrin* c. *Dupuis*, (1900) 3 R.P. 24 (C.S.) ou même de sept ans, *Rousseau* c. *Lapointe*, (1906) 8 R.P. 43 (C.S.). Dans ces deux dernières décisions, les juges ne donnent aucune précision sur les circonstances de l'affaire.

266. *Lacombe* c. *Voizelle*, (1919) 55 C.S. 538, où il écrit : « Lacombe n'a payé qu'un mois la pension des deux enfants, après quoi il paraît s'être complètement désintéressé d'elles et n'a jamais pourvu à leurs besoins, entretiens etc. [...] Ces faits, bien que peu favorables au père, mais plutôt de nature à lui aliéner les sympathies, ne seraient peut-être pas suffisants pour motiver le rejet de la demande, si elle était légalement formulée. Le bref d'*habeas corpus* est nul en ce qu'il ne mentionne le nom d'aucun requérant ou demandeur. » L'enfant était âgée de six ans et était sans doute demeurée environ trois ans chez les intimés. Sur la question de procédure, il est significatif que la décision n'ait pas été suivie par la suite : *Dame Van Hoecke* c. *Révérendes soeurs du Bon Pasteur*, (1921) 23 R.P. 300 (C.S.); *Dame Bernaquez-Éthier* c. *Choinard*, [1962] C.S. 1.

267. Voir l'arrêt *Osmun* c. *Morin*, *loc. cit.*, *supra*, note 263. Le père désire retirer ses enfants à leur grand-mère maternelle, où ils résident depuis leur naissance, leur mère étant décédée. Il souhaite confier ses enfants à une étrangère, afin de retirer une pension. Pendant les quatre années susbéquentes au décès de la mère, le père ne les a jamais visités, pas plus qu'il n'a contribué à leur entretien. La Cour d'appel refuse d'accorder le bref d'*habeas corpus*, au motif que les enfants ont l'âge de faire un choix, même si le juge Lavergne ne daigne pas nous préciser quel est cet âge.

268. *Riley* c. *Grenier*, (1888) 33 L.C.J. 1 (C.S.).

269. *Id.*, p. 8. Signalons que ce même juge adopte une attitude beaucoup plus sévère à l'égard d'une fille de dix-huit ans qui s'inscrit dans une école protestante contre la volonté de son père, même si celui-ci l'avait autorisée à se rendre chez son oncle deux ans auparavant. La conversion s'était produite à cet endroit. Le père

L'abandon d'un enfant autorise donc les tribunaux à le maintenir dans son nouvel environnement, s'il y va de son intérêt[270]. L'arrêt *Dugal* c. *Lefebvre* illustre bien cette proposition[271]. Au décès de sa mère, l'enfant, âgé d'un mois, est confié à sa tante maternelle. Douze ans plus tard, le père manifeste pour la première fois son intérêt et met en branle la procédure d'*habeas corpus*, même s'il n'a pas cherché à voir l'enfant auparavant. La Cour d'appel est d'avis que le père n'est ni indigne ni incapable. Pour cette raison, elle accueille la requête[272]. La Cour suprême reconnaît que le père s'acquitte fort bien de ses devoirs à l'égard de ses autres enfants, mais elle note qu'il a abandonné l'enfant en cause[273]. Le juge de première instance avait conclu que l'enfant était suffisamment mature pour que son choix soit respecté. La Cour suprême affirme qu'il n'y avait pas lieu d'intervenir sur ce point[274].

À peu de chose près, l'affaire *Taillon* c. *Donaldson*[275] présente une situation similaire. L'enfant est toutefois âgé de sept ans lorsque les procédures débutent. Il ne peut donc être question de faire prévaloir son avis. Peu après sa naissance, il est recueilli par sa tante maternelle et l'époux de celle-ci, son père et sa mère n'étant pas en mesure d'assurer son entretien. Les deux familles se fréquentent régulièrement; elles habitent la même ville. Même si l'enfant connaît ses véritables parents, ceux-ci ne lui manifestent aucune attention particulière et le traitent en réalité comme un neveu. Il semble que l'*habeas corpus* a été requis après que le décès du grand-père et le règlement de sa succession aient provoqué une querelle de famille[276]. La Cour supérieure rejeta la demande, étant d'opinion qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de le changer de milieu, ses véritables parents n'ayant « aucune affection ni égard » pour lui et n'ayant jamais tenté par le passé de le reprendre avec eux. La Cour d'appel, constatant notamment que l'appelant n'était ni incapable ni indigne d'élever ses *autres* enfants, accueille la requête. En Cour suprême, le juge Kellock déclare que les parents sont indignes parce qu'ils ont abandonné l'enfant visé par les procédures, tout

s'était rendu à l'école pour en retirer sa fille *manu militari*, mais il en avait été empêché par un responsable de l'établissement: *Mission de la grande ligne* c. *Morissette*, (1889) 33 L.C.J. 227, 6 M.L.R.B.R. 130, 19 R.L. 85 (C.S. et B.R.). La question religieuse semble avoir eu une grande influence dans cette affaire.

270. Pour un autre exemple, voir *Bourassa* c. *Bourassa*, (1941) 47 R.J. 24 (C.S.).

271. *Loc. cit.*, *supra*, note 263.

272. (1933) 54 B.R. 82; (1932) 70 C.S. 257.

273. [1934] R.C.S. 501, 508.

274. *Id.*, p. 509. La Cour ne donne que l'âge de l'enfant au moment où elle rend son propre jugement, soit quinze ans et demi. Voir *supra*, note 263.

275. *Loc. cit.*, *supra*, note 253.

276. *Id.*, p. 261.

comme dans l'affaire *Dugal*[277]. Le juge Estey affirme simplement que les conclusions du premier juge doivent être respectées, puisqu'il a tenu compte de l'intérêt de l'enfant[278]. Le juge Cartwright tient le même langage, mais il commet un impair impardonnable: il cite des décisions de common law, qu'il assimile à l'affaire *Dugal*, la seule citée par ses collègues. L'opinion du juge Kellock nous semble respecter la jurisprudence existant à cette époque, mais on ne peut en dire autant de celle de ses collègues, qui empruntent les expressions de la common law.

Ceci étant dit, la décision nous semble bien fondée. Pour s'en convaincre, il suffit de lire la dissidence du juge Fauteux:

> Quant au reproche que, durant sept ans, les intimés n'auraient fait aucune démarche pour reprendre leur enfant en leur domicile et s'en seraient en quelque sorte désintéressés, il faut reconnaître que, dans une certaine mesure, il n'est pas sans fondement.[279]

À son avis, la preuve offerte ne justifiait cependant pas une conclusion d'indignité[280]. Le motif fondamental de son opposition, et de celle du juge Taschereau, tient plutôt au fait que selon lui, l'aptitude du père était démontrée par son comportement envers ses autres enfants[281]. Si l'on se rappelle que cette proposition a été clairement rejetée dans l'affaire *Dugal*[282], cette dissidence semble tenter de donner à la puissance paternelle un caractère «absolu» qu'elle n'avait jamais eu au Québec[283]. En effet, il ne semble pas exister de décisions où un parent obtient un bref d'*habeas corpus* après avoir coupé les liens avec son enfant pendant plusieurs années[284].

277. *Id.*, p. 265.
278. *Id.*, p. 266.
279. *Id.*, p. 270-271.
280. *Id.*, p. 272. Pour ce faire, le juge doit écarter l'opinion du premier juge. De façon analogue, dans l'affaire *V.-F.* c. *C.*, *loc. cit.*, *supra*, note 217, en Cour d'appel, les juges majoritaires doivent écarter une conclusion de fait pour pouvoir affirmer qu'il y a chose jugée. Cette démarche est condamnée sans équivoque par la Cour suprême: voir p. 284-285.
281. *Id.*, p. 271.
282. Voir *supra*, note 273.
283. La Cour d'appel avait écrit:
«Considérant que l'autorité paternelle du requérant est absolue, qu'il avait le droit d'exercer le recours du bref d'*habeas corpus* au moment où il l'a fait émettre»: *loc. cit.*, *supra*, note 253, p. 268.
284. L'affaire *G.* c. *Dame M.*, [1948] C.S. 267, concernait un père ayant contribué financièrement à l'entretien de son enfant, qu'il pouvait difficilement voir en raison de la seconde guerre mondiale. Le tribunal déclare d'ailleurs que l'épouse a eu une conduite répréhensible et qu'il tient compte de ce fait en attribuant la garde. L'arrêt *Larose* c. *Bergeron*, [1953] B.R. 798, portait sur un foyer jugé malsain pour l'enfant.

En étudiant le problème particulier des enfants délaissés par leurs parents, nous croyons avoir montré que la jurisprudence québécoise a été tout à fait en mesure de faire triompher leurs intérêts[285], bien que le Code contenait des dispositions apparemment absolutistes, qu'aucun texte ne venait tempérer. Le ralliement de la doctrine derrière l'opinion dissidente de l'affaire *Taillon* ne représente qu'une vision de la famille et de la société québécoise. Le droit civil peut en accommoder bien d'autres.

Un dernier mot sur la procédure d'*habeas corpus*. À l'occasion, certains juges déclarent exercer la compétence *parens patriae* lorsqu'ils sont saisis de cette requête et qu'ils tiennent compte de l'intérêt de l'enfant[286]. Par ailleurs, d'autres juges citent la jurisprudence anglaise qui contient cette expression, sans se croire obligés de la reprendre dans leurs propres motifs[287]. Comme il s'agit simplement d'affirmer que l'intérêt de l'enfant doit prévaloir, l'utilisation de cette formule latine est inoffensive, puisqu'elle ne fait que préciser les conditions d'application d'un recours prévu par le *Code de procédure civile*. Celui-ci est cependant d'origine anglaise. On lui a donc reproché de faire porter le débat sur la question de la détention plutôt que sur l'étendue de l'autorité parentale[288].

285. Les juges énoncent à plusieurs reprises ce principe : voir E. DELEURY, M. RIVET, J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, *supra*, note 246, p. 841-848. Il est intéressant de signaler qu'au dix-neuvième siècle, les juges citent souvent un ouvrage américain qui nous semble être celui de Rollin C. HURD, *A treatise on the right of personal liberty and on the writ of habeas corpus*, 2nd ed., Little, Albany 1876, réédité par Da Capo Press, 1972. Voir par exemple *Truax* c. *Ingalls*, (1898) 4 R. de J. 442, 444 (C.S.). À cette époque, la jurisprudence britannique était encore très restrictive, ce qui expliquerait le recours à une autorité américaine. Il se peut également que les ouvrages sur le sujet aient été rares, d'où la popularité de ce livre américain. D'autre part, un arrêt de la Cour d'appel permet au père de faire détenir son enfant dans une «école de réforme» qui est en réalité un centre pour jeunes délinquants : *MacDonald* c. *MacDonald*, (1905) 14 B.R. 330. Cette mesure était cependant autorisée pour les enfants de moins de douze ans : *Loi concernant les écoles d'industrie*, S.R.Q. 1909, art. 4036. Elle existait depuis au moins 1869 : *Loi concernant les écoles d'industrie*, S.Q. 1869, c. 19, art. 14 (enfant de moins de quatorze ans). Dans l'affaire *MacDonald*, le juge ne nous précise pas l'âge de l'enfant ; il est donc difficile de savoir si la décision du père est autorisée par la loi.

286. *Dugal* c. *Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501, 510 (opinion isolée du juge Cannon) ; *Gyore* c. *Gulyas*, [1974] C.S. 146 ; *Droit de la famille — 47*, J.E. 83-538 (C.S.), p. 28 des notes du juge Benoit. Voir également *Perreault* c. *Demers*, [1974] C.S. 530, et les commentaires d'E. DELEURY, «Les enfants du divorce sont-ils les enfants du mariage?», (1976) 17 *C. de D.* 935, 952-956. Le problème examiné dans cette décision semble résolu par l'arrêt *C.(G.)* c. *V.-F. (T.)*, *loc. cit.*, *supra*, note 217. Nous croyons que l'initiative du juge était à tout le moins prématurée en l'espèce.

287. *Stevenson* c. *Fleurant*, *loc. cit.*, *supra*, note 259, p. 542 ; *Morency* c. *Fortier*, (1897) 12 C.S. 68, 74.

288. *Dugal* c. *Lefebvre*, *loc. cit.*, *supra*, note 263, p. 510 (j. Cannon) ; L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, *supra*, note 254.

L'influence pernicieuse de la common law serait ici à l'oeuvre. Il est sans doute inutile de citer une décision louisianaise similaire à l'affaire *Taillon* pour contrer cette impression[289]. Un bref survol de la situation en France à cette époque remettra les choses en perspective.

ii) Comparaison avec la France

Jusqu'en 1889, la puissance paternelle reconnue par le Code civil français connaissait très peu de limites. Pourtant, quelques décisions rarissimes retiraient la garde des enfants à une mère, le plus souvent après avoir destitué celle-ci de la tutelle[290]. Si cette dernière mesure était clairement autorisée par la loi (art. 444 du *Code civil* français), la première était une initiative purement jurisprudentielle. La *Loi du 24 juillet 1889* édicta des motifs de déchéance pour le cas où un parent commettait un crime contre la personne du mineur ou posait d'autres gestes d'une gravité équivalente. La deuxième partie de la loi prévoyait le cas d'un «mineur de seize ans» confié à l'Assistance publique ou à des particuliers par «des pères, mères ou des tuteurs autorisés par le conseil de famille». Si les parents demandaient par la suite que leur enfant leur soit rendu, le tribunal pouvait prononcer la déchéance de la puissance paternelle ou maintenir la délégation de la puissance paternelle, si celle-ci avait été demandée par les parties intéressées (art. 21). Il semble que la délégation devait être autorisée dès le moment où l'enfant était confié à des tiers. Cette partie de la loi fut apparemment plus ou moins ignorée[291]. Elle fut modifiée pour régler le problème que nous avons décrit ci-dessus en discutant de l'utilisation du bref d'*habeas corpus* au Québec. La *Loi du 5 août 1916* ajoutait un paragraphe à l'article 20:

> Lorsque, par l'intervention du père, de la mère, du tuteur, ou par décision de justice, l'enfant aura été confié à des personnes prévues à l'article 19 de la présente loi, s'il est établi que le parent qui réclame l'enfant s'en est depuis longtemps complètement désintéressé, le tribunal, saisi par le tiers qui a recueilli l'enfant dans les conditions du paragraphe précédent, pourra, en considération de l'intérêt de

289. *State* c. *Peniston*, 105 So. 2d 228 (1958, La S.Ct.).

290. Cass. 15 mars 1864, S. 1864.1.155; Cass. 27 janvier 1879, S. 1880.1.25. Voir également Lyon, 8 mars 1859, S.1860.2.431; Paris, 19 mai 1882, S.1882.2.164, pour le cas d'enfants naturels n'ayant pas eu de contacts avec leur mère pendant plusieurs années. Sur la puissance paternelle et la législation française, voir généralement Pierre SABATIER, *La déchéance de la puissance paternelle et la privation du droit de garde*, Montchrestien, Paris, Réédition, 1982; Louis DE NAUROIS, «Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant», (1936) 56 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 460.

291. Marcel PLANIOL, «Les lois ignorées», (1911) 40 *Revue critique de législation et de jurisprudence* 157.

l'enfant, en maintenir la garde aux personnes à qui elle a été préalablement confiée, sauf, s'il y a lieu, à déterminer les conditions dans lesquelles celui qui réclame pourra voir l'enfant.

Le législateur a donc prévu une solution simple: si un parent s'est «complètement désintéressé» de son enfant, il ne pourra le reprendre auprès de lui. Les juristes français ne conçoivent pas que la puissance paternelle soit absolue dans de telles circonstances. La Cour de cassation a d'ailleurs appliqué ce texte aux membres d'une même famille. Dans une première affaire, les juges se contentent de noter que le père n'a pas contribué à l'entretien de son enfant, recueilli par son oncle, et qu'il ne l'a visité que quatre fois en huit ans[292]. Dans une deuxième affaire, la mère n'écrivait jamais à son enfant et ne demanda pas de ses nouvelles pendant dix ans, même s'il demeurait chez ses tantes et grand-mère maternelles, soeurs et mère de la réclamante[293]. Sans être absolument semblables aux circonstances de l'affaire *Taillon* c. *Donaldson*[294], ces arrêts donnent à penser que la Cour de cassation aurait rendu une décision identique si elle avait été confrontée aux mêmes faits.

En somme, en l'absence de textes, les tribunaux français avaient su confier la garde d'un enfant à des tiers, quoiqu'ils n'aient agi que très rarement en ce sens, et toujours contre la mère. Par la suite, la législation exigeait clairement du juge qu'il fasse prévaloir l'intérêt de l'enfant si ses parents avaient rompu les liens avec lui. Les Français auraient-ils fait de la common law sans le savoir?

Nous avons tenté de montrer ci-dessus que la jurisprudence civiliste a su tenir compte de l'intérêt de l'enfant, sans qu'il soit nécessaire d'emprunter à un système de droit étranger. Nous avons choisi un exemple pour lequel presque toutes les décisions concordent, celui de l'enfant délaissé par ses parents pendant de nombreuses années. Nous n'entendons pas nier que, sur d'autres points, des différences profondes aient existé entre le Québec et les autres provinces canadiennes. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un enfant, les juges agissent dans l'ensemble de façon identique. À cet égard, l'affaire *Taillon* c. *Donaldson* nous semble constituer un incident isolé. D'autre part, nous avons vu qu'en droit international privé, l'utilisation de la compétence *parens patriae* paraît contre-indiquée au Québec. Elle ajoute des critères superflus aux dispositions générales du *Code civil* et du *Code de procédure civile*. Au total, nous croyons que la jurisprudence issue de cette notion incertaine fait

292. Civ. 6 nov. 1951, *Bull. civ.* 1951.I.227.
293. Civ. 1er juin 1954, *Bull. civ.* 1954.I.151.
294. *Loc. cit.*, *supra*, note 253.

double emploi avec ce qui existe déjà en droit civil. Il devient maintenant nécessaire de se demander si cette affirmation est valable lorsqu'il est question de personnes ayant une déficience mentale.

B. La déficience mentale et la compétence parens patriae

La compétence *parens patriae* sur les personnes ayant une déficience mentale possède sa propre histoire, qu'il conviendra de présenter (1). La portée de cette compétence sera ensuite examinée (2), afin de tenter une comparaison avec la situation québécoise (3).

1. L'historique de la compétence parens patriae en matière de déficience mentale

a) En Angleterre

C'est une loi du Parlement britannique, édictée au quatorzième siècle, qui chargeait le Roi de la garde et de l'entretien des personnes qui n'étaient pas saines d'esprit[295]. La loi distinguait entre ceux dont l'état était permanent ou congénital, les *Idiots*, et ceux dont la situation était susceptible de s'améliorer, les *Lunatics*. Avec la même délicatesse, notre Code employait jusqu'à tout récemment les termes «imbécillité», «démence» et «fureur» (art. 325 C.c.B.-C.). Dans le cas des *Idiots*, l'individu était atteint de façon permanente et le Roi encaissait les revenus provenant de ses terres; dans le cas des *Lunatics*, dont la condition pouvait évoluer, le Roi devait pourvoir aux besoins de l'aliéné et rendre compte de sa gestion[296]. Au seizième siècle, la Cour des pupilles et livrées devint le tribunal compétent sur ces questions[297]. Durant cette période, les différences de traitement entre les *Idiots* et les *Lunatics* disparurent graduellement, les premiers bénéficiant peu à peu du régime plus favorable qui s'appliquait à l'origine aux seconds[298]. Contrairement au cas des pupilles, cette partie des activités de la Cour ne constituait pas une source de revenus pour la Couronne[299]. Après l'abolition de la Cour en 1660, la Chancellerie exerça à nouveau les fonctions qui lui incombaient par le passé[300].

Le Chancelier remplissait alors deux rôles bien distincts. Le bref par lequel débutait l'enquête sur la santé mentale d'un individu

295. *De Prerogativa Regis*, 17 Edw. II; voir Paul MCLAUGHLIN, *Guardianship of the person*, National Institute on Mental Retardation, Downsview, Ontario, 1979, p. 37-38.
296. *Id.*, p. 38-39.
297. Voir la loi citée *supra*, note 15.
298. H. BELL, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 130.
299. J. HURSTFIELD, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 76.
300. H. BELL, *op. cit.*, *supra*, note 13, p. 164.

émanait de la Chancellerie, comme les brefs de common law. La question était tranchée par douze individus, de façon analogue au procès devant jury. Cette procédure fut subséquemment modifiée et réglementée par diverses lois. Elle ne mettait pas en cause les attributions judiciaires du Chancelier. Par contre, dès qu'il était reconnu qu'un individu était dans un état de grave déficience mentale, le souverain était responsable de ses biens et de sa personne. Il déléguait cette responsabilité au Chancelier, par un mandat signé de sa main (*Royal Warrant under the Sign Manual*). Le Chancelier n'avait donc pas automatiquement compétence en cette matière[301]. En 1959, une juridiction spécialisée fut créée et le mandat signé par Elizabeth II en 1956, attribuant cette responsabilité aux juges de la *Chancery division*, fut révoqué. Ceci fit disparaître la compétence *parens patriae* en ce domaine[302]. L'arrêt de la Chambre des lords qui fait ce constat utilise cependant les pouvoirs inhérents des tribunaux pour rendre une décision dans l'intérêt d'une personne ayant une déficience mentale[303].

b) Au Canada

Nous avons vu ci-dessus que les pouvoirs du gouverneur d'une colonie britannique étaient déterminés par sa commission[304]. Dans certains cas précis, ce document lui permet de pourvoir à la garde des personnes déclarées mentalement déficientes et de nommer un administrateur pour ses biens, sans attendre que le Roi lui délivre une commission particulière à cette fin[305]. Cette clause est exceptionnelle et ne se retrouve pas dans les autres commissions[306]. Elle n'existait pas au Canada. Des lois provinciales ont donc précisé que la Cour de Chancellerie avait l'autorité qui était déléguée au Chancelier en Angleterre par une commission signée de la main du souverain[307]. La Cour suprême s'appuie expressément sur de telles

301. Voir P. MCLAUGHLIN, *op. cit.*, *supra*, note 295, p. 40.
302. Voir *F.* c. *West Berkshire Health Authority*, *loc. cit.*, *supra*, note 144.
303. *Ibid.*
304. Voir *supra*, I, B, 1, a), p. 840.
305. Voir la commission du gouverneur Tonyn, dans L.W. LABARREE, *op. cit.*, *supra*, note 35, p. 831.
306. Voir également *First Report of the commissioners of inquiry into the administration of civil and criminal justice in the West Indies, I.U.P.*, *op. cit.*, *supra*, note 54, p. 28; *Second Report of the commissioners of inquiry into the administration of civil and criminal justice in the West Indies, id.*, p. 154; *First Report of the commissioners of inquiry into the administration of civil and criminal justice in the West Indies, Second series, id.*, p. 403; *Third Report of the commissioners of inquiry into the administration of civil and criminal justice in the West Indies and South American Colonies, Second series, id.*, p. 593. Les juristes interrogés attachent une grande importance à la présence d'une clause expresse dans la commission du gouverneur.
307. Voir P. MCLAUGHLIN, *op. cit.*, *supra*, note 295, p. 41; Gerald A. ROBERTSON, *Mental disability and the law in Canada*, Carswell, 1987, p. 8.

dispositions lorsqu'elle exerce la compétence *parens patriae* sur des personnes ayant une déficience mentale[308]. Au Québec, il n'existe évidemment rien de tel. Toutefois, il est un domaine particulier où l'on peut parler d'une prérogative de la Couronne, celui de l'aliénation mentale.

c) Le cas particulier de l'aliénation mentale

Aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'autorité fédérale est compétente en droit pénal (art. 91 (27)) alors que les autorités provinciales sont responsables des soins de santé (art. 92 (7)). Le *Code criminel*[309] prévoit donc les règles à suivre pour déterminer si une personne est apte à subir son procès (art. 615 C.cr.) ou encore si elle doit être «acquittée» pour cause d'aliénation mentale (art. 614 C.cr.). Après cette déclaration d'inaptitude ou cet «acquittement», l'accusé est soumis au «bon plaisir» du lieutenant-gouverneur, qui peut ordonner sa libération ou son internement dans l'établissement qu'il indique (art. 617 C.cr.). La durée de l'internement est illimitée, selon le plaisir de la Couronne. Ainsi, le *Code criminel* détermine dans quelles circonstances un individu doit être retiré du système pénal pour être confié au système de santé. Par la suite, la compétence fédérale prend fin.

La détention des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale était à l'origine une prérogative de la Couronne[310]. Celle-ci est maintenant détenue par les provinces et est confirmée par le *Code criminel*[311]. Il est donc exact d'affirmer que la Couronne provinciale agit en tant que *parens patriae* dans ce cas[312]. Une telle prérogative échappe aux tribunaux; au surplus, on peut soutenir que cette matière est connexe au droit pénal, même si elle demeure de compétence provinciale. Le droit public anglo-saxon s'appliquerait ici. Quoi qu'il en soit de ce point, nous retiendrons qu'en ce domaine,

308. *Wright* c. *Wright*, [1951] R.C.S. 728; *E.* c. *Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, 409; voir également *Re Bugler*, (1911) 1 W.W.R. 248 (Man. K.B.); *Monticello State Bank* c. *Baillee*, [1922] 1 W.W.R. 894 (Alta. C.A.).
309. L.R.C. (1985), c. C-46, ci-après C.cr.
310. *R.* c. *Martin*, (1854) 2 N.S.R. 322.
311. *Re Kleinys*, [1965] 3 C.C.C. 102, 49 D.L.R. (2d) 225 (B.C.Q.B.). De très nombreux textes examinent ces questions sans mentionner la compétence *parens patriae*. Voir, entre autres, Harvey SAVAGE et Carla McKAGUE, *Mental Health Law In Canada*, Butterworths, Toronto, 1987, chap. 2; Robert M. GORDON, Simon N. VERDUN-JONES, «The Trials of Mental Health Law: Recent Developments in Canadian Mental Health Jurisprudence», (1987-88) 11 *Dal. L.J.* 833, 853-859; Anthony J. SAUNDERS, «The Defence of Insanity: The Questionable Wisdom of Substantive Reform», (1984) 42 *U. T. Fac. L. R.* 129; A.S. MANSON, «Fit to be Tried: Unraveling the Knots», (1981-82) *Queen's L.J.* 304; E.F. RYAN, «Insanity at the Time of Trial under the Criminal Code of Canada», (1967) 3 *U.B.C.L.Rev.* 36.
312. *Hôpital Notre-Dame* c. *P.G. du Québec*, [1988] R.J.Q. 1302, 1305 (C.S.).

les tribunaux québécois n'ont aucune compétence additionnelle. C'est plutôt l'étendue des pouvoirs conférés à l'éxécutif qui pose problème. Il faut également souligner qu'un individu atteint d'aliénation mentale peut être détenu pendant une période de temps supérieure à la peine d'emprisonnement qui aurait pu lui être imposée. De même, la déclaration d'inaptitude peut être obtenue même s'il n'est pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l'individu a commis le crime. L'intérêt de la personne n'est certainement pas le seul en cause...

Lorsqu'il est question de déficience mentale, la compétence *parens patriae* a un fondement beaucoup plus restreint que dans d'autres domaines. Elle repose sur un renvoi au mandat signé par le souverain en Angleterre. En l'absence d'une disposition à cet effet, il faut se tourner vers les pouvoirs inhérents des tribunaux ou vers la législation pertinente. Le droit pénal fournit des règles plus précises sur le sujet; mais elles s'appliquent uniquement à la Couronne. Il y a donc là un autre obstacle qui milite contre l'exercice de la compétence *parens patriae* par la Cour supérieure du Québec. Celle-ci peut d'ailleurs trouver dans le droit québécois une réponse aux problèmes qui se posent dans les provinces de common law.

2. La compétence parens patriae et la déficience mentale

Par le passé, la compétence *parens patriae* était utilisée pour surveiller ceux qui étaient chargés d'administrer les biens d'une personne mentalement déficiente. De nos jours, les lois provinciales pourvoient à la question. Seule l'existence d'une lacune permettrait aux tribunaux d'intervenir[313]. La gestion des biens ne retiendra donc pas notre attention. C'est plutôt le consentement aux traitements médicaux qui confronte les juristes à un vide juridique[314]. Le critère utilisé par la Cour suprême dans l'affaire *Eve* sera repris ici: il faut distinguer les traitements thérapeutiques (a) de ceux qui n'ont pas cette qualité (b).

313. Voir G.B. ROBERTSON, *op. cit.*, *supra*, note 307, p. 8. Sur la compétence *parens patriae* en ce domaine, voir *Re Fraser*, (1912) 26 O.L.R. 508, 8 D.L.R. 955, (C.A. Ont.). Le juge Garrow écrit: «The respondent's contention [...] amounted to this, that the Court has in lunacy matters some official power by virtue of which the ordinary procedure may, under certain circumstances, be ignored». Après avoir fait allusion à la compétence *parens patriae*, il conclut: «The «known and stated jurisdiction» of the Courts in lunacy matters is, in this province, expressly conferred and defined by statute. And the statutory provisions to which I have before referred in detail, must govern, else great confusion would arise» (p. 967 D.L.R.). On est bien loin d'une compétence «inhérente».

314. La Chambre des Lords déclare qu'il n'existe pas de précédents sur la question: *F.* c. *West Berkshire Health Authority*, *loc. cit.*, *supra*, note 144, p. 563.

a) Les traitements thérapeutiques

L'affaire *Eve* portait sur la légalité d'une hystérectomie devant être pratiquée sur une jeune femme de 24 ans ayant une grave déficience mentale[315]. Ce problème particulier est examiné ci-dessous. Retenons simplement que, pour la Cour suprême, la compétence *parens patriae* doit être exercée uniquement pour autoriser les interventions ou les soins à caractère thérapeutique. Celles-ci doivent être « nécessaires pour la santé d'une personne », qu'il s'agisse de santé mentale ou physique[316]. Selon elle, la stérilisation à des fins contraceptives ne répond pas à cette définition[317]. La Cour s'abstient délibérément d'élaborer davantage.

b) La stérilisation

L'arrêt *Eve* a provoqué un véritable tollé[318]; il a été répudié par la Chambre des Lords[319]. Il est donc opportun d'en dire quelques mots, puisque la situation au Québec n'est pas parfaitement claire. Quelques remarques préliminaires s'imposent. De façon générale, la condition des personnes ayant une déficience mentale n'est pas transmissible[320]. Rien ne permet de supposer que ces personnes ne peuvent pas élever convenablement leurs enfants, quoiqu'une période d'apprentissage puisse s'imposer[321]. Enfin, rien n'autorise à penser

315. Voir *loc. cit., supra*, note 308.

316. *Id.*, p. 426. Contrairement au cas des mineurs, les personnes ayant une déficience mentale ne peuvent devenir des pupilles de la Cour. En ce qui concerne leur personne, l'autorité du Chancelier ou du tribunal ayant hérité de ses pouvoirs est discutable : Bernard STARCKMAN, « Sterilization of the Mentally Retarded Adult : the Eve Case », (1980-81) 26 *R. de D. McGill* 931, 941-943 ; Patricia PEPPIN, « Justice and Care : Mental disability and Sterilization decision », (1989-90) 6 *A.C.D.P.* 65, 86-99.

317. *Id.*, p. 431.

318. M. Anne BOLTON, « Whatever happened to Eve? A comment », (1987-88) 17 *Man. L.J.* 219 ; P. PEPPIN, *loc. cit., supra*, note 316 ; Margaret A. SHONE, « Mental Health Sterilization of mentally retarded persons — *Parens patriae* power : *Re Eve* », (1987) 66 *R. du B. can.* 635. Pour un commentaire neutre, voir Bernard M. DICKENS, *Eve v. E.*, (1987) 2 *Can. Fam. L.Q.* 103.

319. *In re B. (A minor)*, [1988] A.C. 199 (H.L.), 203-204, 211-212. On croirait qu'il s'agit d'une tradition : en matière de compétence *parens patriae*, les deux plus hautes cours divergent d'opinion : voir *McKee* c. *McKee, loc. cit., supra*, note 182 ; *Beson* c. *Director of Child Welfare, loc. cit., supra*, note 145.

320. Robert L. HAYMAN, Jr., « Presumption of justice : law, politics, and the mentally retarded parent », (1990) 103 *Harv. L. Rev.* 1202, 1213-1214 et 1222, n. 75.

321. *Id.*, p. 1216-1222 ; Elizabeth S. SCOTT, « Sterilization of mentally retarded persons : reproductive rights and family privacy », [1986] *Duke L.J.* 806, 830-831. La doctrine américaine a fréquemment étudié les aspects juridiques du problème. Voir par exemple : William A. KRAIS, « The Incompetent Developmentally Disabled Person's Right of Self-Determination : Right-to-Die, Sterilization and Institutionalization », (1989) XV *Am. J. Law & Med.* 334 ; Mark A. SMALL, « Involuntary Sterilization of the mentally retarded minors in Nebraska », (1989) 68 *Neb. L.R.* 410 ; Richard A. ESTACIO, « Sterilization of the mentally disabled in Pennsylvania : three generations without legislative guidance are enough », (1988) 92 *Dick. L.R.* 409. Ajouter l'excellent article de Louise

que les femmes ayant de telles caractéristiques réagissent plus intensément ou sont traumatisées par la grossesse et l'accouchement[322]. Compte tenu de ces données, nous estimons qu'en règle générale, *tous* les déficients mentaux devraient avoir la possibilité de fonder une famille. Cette position est destinée à contrer les très forts préjugés qui ont cours en cette matière[323].

Nous ne voyons pas pourquoi des personnes extrêmement retardées ne pourraient pas avoir d'enfants, même si elles vivent en institution et ont de la difficulté à prendre soin d'elles-mêmes. Il est évident que dans de tels cas des installations et des services qui n'existent pas actuellement devraient être fournis par l'État. Il est totalement irréaliste de demander aux familles de ces personnes de s'occuper *également* des enfants de leur progéniture. L'apparition de familles dans les institutions où séjournent de telles personnes nous semblerait susceptible d'améliorer leur qualité de vie. Au fond, la société souhaite leur accorder une plus grande liberté sexuelle, mais elle n'est pas prête à leur permettre de fonder une famille, compte tenu des coûts impliqués. La stérilisation tranquillise leur entourage, sans que d'autres questions soient débattues, telles que le risque qu'elles soient exploitées sexuellement ou qu'elles contractent des maladies[324].

En l'absence de services et de résidences appropriés, il est probable que les personnes beaucoup moins développées que la moyenne ne seront pas en mesure de prendre soin de leur enfant. Dans cette hypothèse précise, il ne sert à rien de leur permettre d'accoucher pour leur retirer immédiatement leur enfant. Cette façon de procéder serait manifestement cruelle. Il serait tout à fait inacceptable de «laisser la nature suivre son cours» pour permettre à d'autres personnes d'adopter l'enfant mis au monde par la femme ayant une déficience mentale. Par contre, à la lecture de la doctrine juridique consacrée à cette question, on est enclin à penser que ces personnes n'ont pas eu souvent l'occasion de faire la preuve de leur aptitude à élever un enfant. Il ne semble pas que la science soit

HARMON, «Falling off the Vine: Legal Fictions and the Doctrine of Substituted Judgment», (1990) 100 Yale L.J. 1.

322. *E.* c. *Eve*, *loc. cit.*, *supra*, note 308, p. 430. La stérilisation des hommes ayant une déficience mentale étant rarissime, nous discuterons ci-après du cas des femmes qui sont soumises à ce traitement. Voir Institute of Law Research and Reform, *Sterilisation decisions: minors and mentally incompetent adults*, Edmonton, March 1988, 24 et 182. En règle générale, environ 2 % des interventions sont pratiquées sur des hommes.

323. Voir R.L. HAYMAN, *loc. cit.*, *supra*, note 320.

324. Voir Felicity SCROGGIE, «Why do parents want their children sterilised? A broader approach to sterilisation requests», (1990) 2 *Journal of Child Law* 35; Josephine SHAW, «Sterilisation of the mentally handicapped people: Judges rule OK?», (1990) 53 *Mod. L. Rev.* 91.

en mesure d'identifier les différentes situations où une telle personne ne peut s'acquitter de cette tâche. Il existe donc un risque de sauter beaucoup trop rapidement aux conclusions. Ainsi, la tendance à présumer que ces personnes ne pourront s'occuper de leur enfant constitue le véritable problème[325].

Dire que ces personnes doivent avoir la possibilité de fonder une famille est une chose. Dire qu'elles ne doivent pas avoir accès à la contraception en est une autre. Il nous semble qu'une femme ayant une déficience mentale pourrait dans bien des cas manifester sa volonté d'avoir un enfant, en communiquant à sa façon avec son entourage. Son silence ne devrait aucunement être interprété comme un désir d'enfanter. De plus, nous croyons que ceux ou celles qui la surveillent pourraient prendre l'initiative de lui faire adopter une méthode de contraception s'il s'avère qu'elle a des relations sexuelles.

Le plus souvent, l'ingestion d'une pilule anticonceptionnelle réglerait le problème de façon simple et efficace, même si cette méthode pose certains risques à long terme. En théorie, les difficultés surgissent uniquement lorsque les méthodes de contraception usuelles ne peuvent être employées. En pratique, la stérilisation est souvent perçue comme la seule solution efficace, sans que des formules moins draconiennes soient envisagées. Il importe donc de mettre en place une procédure qui assure la représentation de la personne concernée et la préparation d'une expertise indépendante.

En Angleterre, où un officier public représente la personne en cause et obtient une telle expertise, la Chambre des Lords eut à juger du cas d'une mineure qui prenait déjà plusieurs médicaments. Il était donc nécessaire de composer une substance anticonceptionnelle spéciale pour tenir compte de ce facteur. La probabilité de réussir dans cette entreprise était estimée à trente ou quarante pour cent, sans compter que les accès de violence de la patiente rendaient problématique l'absorption quotidienne du produit. Les médecins croyaient qu'elle serait prise de panique pendant l'accouchement, ce qui nécessiterait l'utilisation de sédatifs, créant des risques pour

325. Ainsi, l'article d'Elizabeth SCOTT, *loc. cit.*, *supra*, note 321, crée une catégorie de personnes pour lesquelles il n'existerait pas de droit de procréer, au motif qu'un tel droit n'aurait aucune signification pour une femme qui ne pourra élever elle-même son enfant. Si nous ne contestons pas cette dernière affirmation, il nous semble extrêmement dangereux de décréter à l'avance que les personnes très peu développées mentalement ne peuvent élever leur enfant, en utilisant des critères éminemment contestables, tels que le quotient intellectuel ou l'âge mental attribué par les experts. Chaque cas doit être étudié individuellement. Pour quelques statistiques sur le nombre de stérilisations, voir W.F. BOWKER, « Minors and Mental Incompetents : Consent to Experimentation, Gifts of Tissue and Sterilization », (1980-81) 26 *R. de D. McGill* 951, 973-977.

la santé du nouveau-né. L'autre solution aurait été de procéder par césarienne, mais cette patiente avait tendance à ouvrir ses plaies après une opération[326].

Dans de telles conditions, compte tenu des réactions très inhabituelles de la patiente, il nous semble évident qu'en procédant à la stérilisation, les médecins évitaient qu'une grossesse ne provoque une détérioration importante de son état de santé. On peut donc retourner le compliment aux Lords et leur dire que leur décision répondait aux critères de l'arrêt *Eve*, puisqu'elle avait un caractère thérapeutique[327]. Par ailleurs, une auteure a souligné que la stérilisation était pour le moins hâtive dans le cas de cette patiente[328].

De son côté, l'affaire *Eve* illustre parfaitement les dangers inhérents à une décision prise sans qu'un débat contradictoire ait lieu. Eve a vingt-quatre ans et est atteinte d'aphasie expressive: elle est incapable de communiquer ce qu'elle perçoit. Le juge de première instance affirme qu'elle pourrait accomplir les tâches manuelles liées à la maternité, mais qu'elle ne pourrait être une mère d'aucune autre façon[329]. Elle aurait un âge mental d'environ dix à douze ans[330]. Ces seules informations permettent de se demander s'il ne s'agit pas d'un cas typique où l'on présume trop rapidement

326. *In re B. (A minor)*, *loc. cit.*, *supra*, note 319, p. 208-210.
327. Lord Bridge of Harwich écrivait: «There is no reason to doubt that the Canadian decision in *In re Eve* was correct on its own facts», *id.*, p. 204. Il ajoute, après avoir cité la conclusion du juge LaForest: «To say that the court can never authorise sterilisation of a ward as being in her best interests would be patently wrong. To say that it can only do so if the operation is «therapeutic» as opposed to «non-therapeutic» is to divert attention from the true issue, which is whether the operation is in the ward's best interest, and remove it into an area of arid semantic debate as to where the line is to be drawn between «therapeutic» and «non-therapeutic» treatment». (p. 205) Lord Hailsham of St. Marylebone écrit: «[...] I find, with great respect, their conclusion, at p. 32, that the procedure should *never* be authorised for non therapeutic purposes to be totally unconvincing and in startling contradiction to the welfare principle which should be the first and paramount consideration in wardship cases. Moreover, for the purposes of the present appeal I find the distinction they purport to draw between «therapeutic» and «non-therapeutic» purposes of this operation in relation to the facts of the present case above as totally meaningless, and, if meaningful, quite irrelevant to the correct application of the welfare principle. To talk of the «basic right» to reproduce of an individual who is not capable of knowing the causal connection between intercourse and childbirth, the nature of pregnancy, what is involved in delivery, unable to form maternal instincts or to care for a child appear to me wholly to part company with reality» (203-204). Les propos de Lord Oliver of Aylmerton sont exprimés avec plus de tact, mais ils sont au même effet (212).
328. F. SCROGGIE, *loc. cit.*, *supra*, note 324, p. 37-38.
329. *Re Eve*, (1979) 10 R.F.L. (2d) 317, 318 (P.E.I. S.C.).
330. *Re Eve*, (1981) 115 D.L.R. (3d) 283 (P.E.I. C.A.), 318.

que la femme concernée ne pourra pas s'occuper de son enfant[331]. L'histoire des procédures confirme cette impression. Eve fréquente une école durant la semaine. Les fins de semaine, elle vit chez sa mère, qui est âgée de cinquante-cinq ans. Elle côtoie un autre étudiant et celui-ci parle de mariage, mais les autorités de l'école mettent fin à cette tentative de relation. Pour ces personnes, il était sans doute inconcevable qu'Eve se marie...

Inquiétée par cette idylle embryonnaire, la mère d'Eve demande à la Cour l'autorisation de procéder à la stérilisation. Le juge de première instance demande la nomination d'un avocat pour représenter Eve, mais aucun ministère ne veut défrayer les honoraires de ce procureur[332]. Le médecin traitant et un spécialiste des maladies mentales témoignent. Ils ne sont pas contre-interrogés lorsqu'ils affirment qu'Eve ne pourrait communiquer adéquatement avec son enfant. Quant aux méthodes contraceptives, le médecin croit qu'Eve ne pourrait prendre la pilule régulièrement, sans expliquer davantage[333]. Le médecin spécialiste recommande l'hystérectomie parce qu'Eve n'arrivait pas à prendre les mesures d'hygiène appropriées lors de ses menstruations[334]. En Cour suprême, le juge La Forest conclura que l'hystérectomie a été ordonnée pour cette seule raison, ce qui est à son avis inacceptable[335].

Le débat, on l'a dit, porte sur l'étendue de la compétence *parens patriae*. En première instance, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard estime que la stérilisation est une mesure beaucoup trop grave pour être imposée à des personnes qui ne peuvent exprimer leur volonté[336]. Les juges de la Cour d'appel sont unanimement d'avis que la compétence *parens patriae* s'étend à l'autorisation de telles interventions. Dissident, le juge MacDonald considère cependant qu'il n'était pas approprié d'ordonner la stérilisation d'Eve[337]. La Cour suprême du Canada déclare, à l'unanimité, que la stérilisation d'une personne ayant une déficience mentale, effectuée à des fins contraceptives, ne peut jamais être considérée comme une mesure prise dans l'intérêt de cette personne[338]. Le juge La Forest affirme que s'il y a lieu de permettre de telles interventions, la législature

331. Voir les questions que pose le juge MacDonald, *id.*, p. 307-309.
332. *Loc. cit.*, *supra*, note 329, p. 319-320.
333. Voir *loc. cit.*, *supra*, note 330, p. 287.
334. *Id.*, p. 320.
335. *E.* c. *Eve*, *loc. cit.*, *supra*, note 308, p. 429 et 431. Voir également Institute of law research and reform, *op. cit.*, *supra*, note 322, p. 89.
336. Voir *supra*, note 329.
337. Voir *supra*, note 330.
338. *E.* c. *Eve*, *loc. cit.*, *supra*, note 308, p. 431.

doit intervenir[339]. À son avis, seules les opérations à caractère thérapeutique relèveraient de la compétence *parens patriae*. Il s'abstient volontairement de définir ce concept[340]. Il ajoute qu'avant d'autoriser la stérilisation à des fins thérapeutiques, il est nécessaire de s'assurer que la personne en cause est représentée de façon indépendante[341]. Il semble présumer qu'il existe toujours un mécanisme pour assurer cette représentation.

À notre avis, la Cour a été fortement influencée par l'absence de balises entourant l'exercice d'un tel pouvoir, en raison du fait que les intérêts de la personne concernée n'étaient pas représentés. La stérilisation était manifestement prématurée dans le cas d'*Eve*, qui ne semble jamais avoir eu de relations sexuelles. Elle a pourtant été ordonnée par deux juges de la Cour d'appel. L'arrêt peut être interprété comme imposant aux médecins l'obligation de vérifier si des méthodes de contraception moins draconiennes ne pourraient pas être employées. Si cette éventualité est exclue, il demeure possible de présenter une preuve tendant à montrer que la patiente ne pourrait absolument pas s'occuper de son enfant, qu'il lui serait forcément retiré et qu'il s'ensuivrait une détérioration de sa santé mentale. Dans l'affaire *Eve*, les médecins ont témoigné en ce sens, sans justifier leur opinion et sans être contre-interrogés. La Cour a implicitement rejeté cet argument. D'autres situations pourraient permettre aux tribunaux de conclure différemment. Nous n'entendons d'ailleurs pas contester que, dans certains cas, il est possible d'affirmer qu'une femme ne pourra s'occuper de son enfant. Il faut simplement éviter que cette affirmation repose sur une vision stéréotypée des personnes ayant une déficience mentale.

Lorsque la grossesse ne présente pas un risque pour la santé mentale ou physique de la femme, celle-ci ne peut être stérilisée, faute de pouvoir consentir. Si aucun autre moyen de contraception ne peut être employé, si le partenaire ne peut prendre des précautions ou consentir à sa propre stérilisation, la femme se retrouve sans méthode de contraception. Par contre, si la Cour avait reconnu que les juges pouvaient ordonner la stérilisation des personnes ayant une déficience mentale, plusieurs femmes auraient certainement été stérilisées prématurément. Il faut tenir compte de ce facteur en analysant l'affaire *Eve*. La complexité des questions en jeu justifie amplement ce commentaire du juge La Forest :

339. *Id.*, p. 432.
340. *Id.*, p. 433-434.
341. *Id.*, p. 403.

> Les juges sont généralement mal renseignés sur un grand nombre de facteurs qui seraient pertinents pour rendre une sage décision dans ce domaine difficile.[342]

En l'absence d'une législation pourvoyant à la représentation de la femme concernée, à la présentation d'expertises et à la recherche de solutions moins draconiennes, l'attitude de la Cour suprême nous paraît la plus sage. La Cour aurait pu tenter de régler ces problèmes en imposant une représentation par avocat ou même en recommandant que des expertises indépendantes soient présentées[343]. Mais cette solution partielle ne pourvoit pas aux mesures d'éducation et d'assistance qui s'imposent en pareil cas. La collaboration du partenaire masculin pourrait notamment être envisagée, si sa capacité mentale est supérieure à celle de la femme avec qui il entretient des relations. Il n'est pas sans intérêt de signaler qu'en Angleterre, des mécanismes existent pour explorer de pareilles questions[344]. De plus, il semble qu'en Angleterre, les arrêts de la Chambre des Lords ont été suivis par des jugements ordonnant la stérilisation dans des circonstances beaucoup plus discutables[345]. Enfin, il importe de rappeler que les affaires discutées ci-dessus présentent des cas extrêmes. D'autres personnes ont une déficience moins prononcée et sont parfaitement en mesure de donner un consentement valide à une intervention chirurgicale[346].

342. *Id.*, p. 432.
343. C'est ce que suggère M.A. BOLTON, *loc. cit.*, *supra*, note 318, p. 223.
344. Cette impression nous vient de la lecture des arrêts *In re B. (A minor)*, *loc. cit.*, *supra*, note 319, et *F.* c. *West Berkshire Health Authority*, *loc. cit.*, *supra*, note 144. Dans ce dernier arrêt, la femme était agée de 36 ans mais avait un âge mental de quatre à cinq ans. Elle fréquentait un autre patient de l'institution où elle résidait, aux deux semaines, et avait des relations sexuelles avec lui. Les contraceptifs par voie orale étaient contre-indiqués et le stérilet présentait un risque, celui qu'elle ne détecte pas une infection. Cependant, les problèmes que causerait la grossesse sont décrits de façon très schématique, le juge affirmant que cette patiente ne pourrait comprendre ce qui lui arrivait et qu'elle ne pourrait s'occuper de son enfant (550). En l'absence de précisions, de telles affirmations nous laissent sceptiques, même si elles sont faites par un psychiatre. Voir sur ce sujet J. SHAW, *loc. cit.*, *supra*, note 324, p. 92-93. Il s'agit cependant de questions scientifiques sur lesquelles nous pouvons difficilement nous prononcer. Toutefois, si d'un point de vue psychiatrique, il serait désastreux que cette femme conçoive un enfant, l'intervention a un caractère thérapeutique et est justifiée aux termes de l'arrêt *Eve*. En pratique, le critère de l'intérêt de la personne et celui de la protection de sa santé ne conduisent peut-être pas à des résultats différents. En ce sens, voir Kenneth C. McK. NORRIE, « Sterilisation of the mentally disabled in English and Canadian Law », (1989) 38 *Int. & Comp. L. Q.* 387, qui donne cependant une portée un peu large à l'affaire *Eve*.
345. J. SHAW, *loc. cit.*, *supra*, note 324, p. 91.
346. Edward M. KEYSERLINGK, « The Eve decision — A common law perspective », (1987) 18 *R.G.D.* 657, 669-671.

3. Comparaison avec le droit québécois

Au Québec, la personne ayant une déficience mentale est normalement confiée à un curateur. Pour discuter de certaines décisions invoquant la compétence *parens patriae*, il importe de rappeler quels étaient ses pouvoirs (a). Les règles concernant le consentement aux soins médicaux seront ensuite examinées (b). Enfin, les nouvelles dispositions du *Code civil du Bas-Canada* devront être étudiées, tout comme celles du futur *Code civil du Québec* (c).

a) L'autorité du curateur avant le 15 avril 1990

L'ancien article 325 C.c.B.-C. prévoyait l'interdiction d'une personne dont les facultés mentales étaient extrêmement limitées. À titre d'exemple, cette situation pouvait résulter de troubles émotifs, de lésions ou d'infections survenues pendant l'enfance, d'un état congénital ou de sénilité. Les *Eve* de ce monde étaient donc normalement interdites, s'il était nécessaire que quelqu'un agisse en leur nom. Le curateur à l'interdit exerçait les pouvoirs d'un tuteur sur la personne du mineur (ancien art. 343 C.c.B.-C.), ce qui l'autorisait à « prendre soin » de l'interdit (art. 290 C.c.B.-C.). À notre avis, il pouvait clairement placer en institution une personne âgée de quatre-vingt-dix ans qui fugue constamment et qui erre à l'extérieur. Dans de telles circonstances, la nomination d'un curateur nous semble préférable à un recours judiciaire fondé sur les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure ou sur sa compétence *parens patriae*[347]. À moins que la requête ait été destinée à contraindre les services sociaux à intervenir...

b) Le consentement aux soins médicaux

La question du consentement aux soins médicaux (art. 19 C.c.B.-C.) appelle certains commentaires. Le Code reconnaissait que l'interdit pouvait avoir des intervalles lucides (ancien art. 325 C.c.B.-C.). Le consentement dont parle l'article 19 du *Code civil* ne devait pas être confondu avec la capacité de contracter, dont l'interdit était privé (art. 986 C.c.B.-C.). Ainsi, un interdit pouvait fort bien être en mesure de donner un consentement à son médecin, s'il jouissait de ses facultés mentales à ce moment. Dans le cas contraire, son curateur pouvait consentir aux interventions à caractère thérapeutique, puisqu'elles étaient par hypothèse à son avantage[348]. Toutefois, la Cour supérieure a refusé d'homologuer un acte de nomination

347. *Centre des services sociaux du Montréal métropolitain* c. *Lussier*, J.E. 84-204 (C.S.).
348. Albert MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Wilson et Lafleur Ltée, Montréal, 1975, no 42, p. 50; Andrée LAJOIE, Patrick MOLINARI, Jean-Marie AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Presses de l'Université de Montréal, 1981, no 554, p. 340; R. KOURI, *loc. cit.*, *supra*, note 2, p. 651.

autorisant un tuteur à consentir à la stérilisation d'une jeune fille de quinze ans[349]. Le juge affirme qu'une telle demande aurait dû être présentée devant le tribunal, afin que la mineure soit représentée et qu'un débat contradictoire ait lieu[350].

Le cas du malade mental est réglementé de façon particulière. Il est envoyé en cure fermée si un psychiatre conclut que son état est susceptible de mettre en danger sa santé ou sa sécurité ou encore celles d'autrui[351]. Un juge peut ordonner au malade de se soumettre à une cure fermée[352]. Le médecin traitant doit aviser la famille ou les personnes qui prennent soin du malade des dispositions prises à son sujet ainsi que des mesures susceptibles de hâter son retour à la santé[353]. La doctrine affirme cependant que cette disposition ne modifie aucunement la règle exigeant un consentement valide pour tout traitement[354]. Le malade mental peut donc refuser de recevoir certains soins, même s'il est en cure fermée.

La *Loi sur la protection de la santé publique*[355] prévoit également certaines règles. Elle permet au mineur âgé de quatorze ans de consentir aux soins médicaux requis par son état de santé (art. 42 1er al.). Si le mineur n'a pas cet âge, le titulaire de l'autorité parentale peut autoriser le médecin à agir. En cas de refus, un juge de la Cour supérieure peut lui permettre de procéder si la décision « n'est pas justifié[e] par le meilleur intérêt de l'enfant » (art. 42 2e al.).

L'article 43 complète ces règles :

> Un établissement ou un médecin doit voir à ce que soient fournis des soins ou traitements à toute personne dont la vie est en danger; il n'est pas nécessaire, si la personne est mineure, d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale.

349. *Re Levesque*, J.E. 86-496 (C.S.).
350. *Id.*, p. 6 des notes du juge. Le juge avait déclaré auparavant : « Il est difficile, à la lecture de cette opinion médicale, de ne pas constater que c'est le bien des parents que le savant psychiatre semble vouloir promouvoir tout d'abord » (p. 5 de ses notes). Cette décision précède de quelques mois l'affaire *Eve*, *loc. cit.*, *supra*, note 308. On se rappellera que pour la Cour suprême, la stérilisation à des fins purement contraceptives ne peut être considérée comme une mesure prise dans l'intérêt de la personne concernée. Il aurait donc été difficile de soutenir par la suite que cette intervention peut être autorisée par le tuteur ou le curateur, qui peut simplement « prendre soin » de la personne. Voir cependant Robert P. KOURI et Margaret A. SOMERVILLE, « Comments on the Sterilization of Mental Incompetents in Canadian Civil and Common Law », (1980) 10 *R.D.U.S.* 599, 607-615 ; Robert P. KOURI, « The Legality of Purely Contraceptive Sterilization », (1976) 7 *R.D.U.S.* 1, 37 et s.
351. *Loi sur la protection du malade mental*, L.R.Q., c. P-41, art. 11.
352. *Id.*, art. 13.
353. *Id.*, art. 28.
354. Viateur BERGERON, *L'attribution d'une protection légale aux malades mentaux*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Montréal, 1981, 175-178.
355. L.R.Q., c. P-35. Pour le cas du mineur, voir *supra*, notes 251 et 252.

Cette disposition ne dispense pas le médecin de l'obligation d'obtenir le consentement de la personne majeure, même lorsque la vie de cette dernière est menacée[356]. La *Loi sur la santé publique* ne prévoit pas le cas du majeur inapte à consentir, ce qui a posé certains problèmes à la doctrine. Les nouveaux articles 19.1 à 19.4 C.c.B.-C., dont nous discutons ci-après, règlent cependant cette difficulté.

Dans l'ensemble, le caractère précis et limité des exceptions prévues par la loi met en relief l'importance accordée au consentement du patient. S'il est en mesure de prendre une décision, il peut refuser de se faire traiter, même au péril de sa vie. La volonté du législateur est clairement exprimée. Pourtant, la Cour supérieure a réussi à contourner cette règle. Elle fut confrontée au cas d'un individu souffrant d'un délire de persécution, accusé d'avoir menacé le premier ministre de la province et déclaré inapte à subir son procès pour cause d'aliénation mentale[357]. Il était détenu dans un établissement qui désirait utiliser une chimiothérapie pour contrôler sa psychose, ce à quoi le patient s'opposait. L'institution présenta une requête en jugement déclaratoire, afin d'être autorisée à passer outre à ce refus. L'intimé ne pouvait être interdit, sa psychose ne l'empêchant pas de gérer ses biens[358] et, faut-il présumer, de prendre soin de sa personne. Le juge résume la situation ainsi :

> Si Guy Dion reçoit des traitements psychiatriques assortis d'une pharmaco-thérapie, il a de fortes chances de s'améliorer suffisamment pour subir son procès. Il sera alors acquitté en vertu des dispositions de l'article 542 (1) du *Code criminel* et sera renvoyé à Pinel par le lieutenant-gouverneur pour continuer ses traitements qui, selon le tribunal, devraient alors avoir encore plus de chances de réussir puisque l'évidence du complot contre lui aura été, sinon détruite, au moins fortement amenuisée par son acquittement.

356. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, « La liberté du patient devant le traitement et la mort », dans Daniel TURP et Gérald BEAUDOIN (éd.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Éditions Yvon Blais Ltée, Cowansville, 1986, p. 505, (ci-après « La liberté ... ») ; J.-L. BAUDOUIN, « Le droit de refuser d'être traité », dans Rosalie S. ABELLA et Melvin L. ROTHMAN (éd.), *Justice beyond Orwell*, Institut canadien d'administration de la justice, Éditions Yvon Blais Inc., Montréal, 1985, p. 207 (ci-après « Le droit ... ») ; Robert KOURI, « Le consentement aux soins médicaux à la lumière du projet de loi 20 », (1987) 18 *R.D.U.S.* 27, 33-35 ; A. LAJOIE, P. MOLINARI et J.-M. AUBY, *op. cit.*, *supra*, note 348, no 500, p. 308 ; *contra*, A. MAYRAND, *op. cit.*, *supra*, note 348, no 40, p. 48. Le juge Mayrand limite cependant ses affirmations aux situations d'urgence. La *Loi sur la protection de la santé publique* prévoit l'obligation de se faire traiter en cas de maladie contagieuse, notamment les maladies vénériennes : voir A. LAJOIE, P. MOLINARI, J.-M. AUBY, *id.*, no 511, p. 313.

357. *Institut Philippe Pinel de Montréal* c. *Dion*, [1983] C.S. 438.

358. *Id.*, p. 441.

> Mais, voilà le hic, pas de traitement, pas de procès; pas de procès, pas d'acquittement. Il s'agit là d'un cercle vicieux que le tribunal doit briser.[359]

On notera au passage que le tribunal accorde une grande importance au mot acquittement; il n'est pas sûr que le patient perçoive de la même manière une décision qui permet au lieutenant-gouverneur de le détenir «durant bon plaisir». De même, le juge Durand semble avoir une grande foi dans l'efficacité du traitement proposé. Il faut cependant signaler que Guy Dion était représenté par avocat et qu'il a donc eu la possibilité de réfuter les affirmations faites par les médecins de l'établissement[360]. Quoi qu'il en soit, le tribunal considère que le refus du malade «le condamne à la détention à perpétuité et à la perte de tout contact avec la réalité»[361]. Il affirme alors qu'un homme sain d'esprit ne pourrait faire ceci volontairement, ce qui empêcherait l'intimé de refuser valablement son consentement aux soins[362]. Si tel est le cas, il nous semble qu'un curateur à la personne aurait pu être nommé. Mais le tribunal décide plutôt d'exercer la compétence *parens patriae*, qui serait passée de l'exécutif au judiciaire parce que la Cour supérieure est le tribunal de droit commun[363]. Il substitue alors sa décision à celle du patient[364].

Cette décision nous semble clairement reposer sur un refus d'accepter les choix effectués par le législateur. Ce n'est pas une lacune qu'il s'agit de combler; ce sont plutôt les valeurs privilégiées par la législation qui sont ici remises en cause. La suite des événements montre que ces valeurs ne sont pas toujours irréalistes: le patient accepta de se prêter aux traitements et fut acquitté. Le pourvoi logé par son procureur étant devenu sans objet, il fut rejeté[365].

c) La nouvelle législation

Des modifications importantes ont été introduites récemment par la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*[366]. Dorénavant, certains majeurs seront représentés par un tuteur (art. 333 C.c.B.-C.), d'autres par un curateur (art. 334 C.c.B.-C.). Ces représentants auront la responsabilité de

359. *Id.*, p. 442.
360. Ceux-ci affirmaient que le médicament était efficace dans plus de quatre-vingt pour cent des cas et qu'il ne présentait aucun risque pour la santé du patient: *id.*, p. 443.
361. *Id.*, p. 443.
362. *Ibid.*
363. *Id.*, p. 440.
364. *Id.*, p. 444.
365. *Dion* c. *Institut Philippe Pinel de Montréal*, C.A. Montréal 500-09-001059-831, le 18 juillet 1984.
366. L.Q. 1989, c. 54, entrée en vigueur le 15 avril 1990, (1990) 122 *G.O.* II, 939.

la garde et de l'entretien de la personne protégée (art. 329 C.c.B.-C.). Les articles 1731.1 à 1731.11 C.c.B.-C permettront de désigner à l'avance un mandataire chargé d'intervenir lorsque le mandant devient inapte. Les articles 19.1 à 19.4 C.c.B.-C. s'appliqueront uniquement lorsque des soins sont «exigés par [l']état de santé» d'une personne inapte à consentir. En pareil cas, le mandataire, le tuteur ou le curateur, s'il en est, peuvent consentir aux soins. En leur absence, le conjoint pourra le faire ; si le conjoint en est empêché ou si le majeur inapte est célibataire, un proche parent ou une personne qui démontre un intérêt particulier pour l'individu concerné pourront donner un consentement (art. 19.2 C.c.B.-C.). L'autorisation du tribunal est requise pour passer outre à l'opposition de ces personnes ou pour contraindre le majeur récalcitrant à recevoir des soins (art. 19.4 C.c.B.-C.). Enfin, le tribunal peut ordonner que le majeur inapte soit représenté dans une instance, en précisant à qui incombera le paiement des honoraires (art. 878.1 C.p.c.).

L'expression «soins exigés par l'état de santé» correspond en partie à l'adjectif «thérapeutique». La nécessité de procurer des soins ne doit pas faire de doute. Par contre, il n'est pas indispensable de montrer que ceux-ci amélioreront la santé du patient. Le législateur parle plutôt de soins bénéfiques, opportuns dans les circonstances et ne présentant pas des risques disproportionnés (art. 19.3 C.c.B.-C.) L'état du droit ne semble pas avoir été modifié sur la question qui nous intéresse : la stérilisation à des fins de contraception n'est pas exigée par l'état de santé et son caractère bénéfique a été formellement nié par la Cour suprême dans l'arrêt *Eve*[367].

Cette conclusion s'impose d'autant plus que le futur *Code civil du Québec* a été partiellement reproduit dans ces dispositions[368]. Or les articles 17 et 19 de ce Code, qui n'ont pas été repris, prévoient que le tribunal peut autoriser des soins qui ne sont pas exigés par l'état de santé de la personne inapte à consentir ou du mineur de moins de quatorze ans. Le tribunal doit recueillir l'avis de la personne concernée, à moins d'impossibilité, et le respecter, sauf en présence d'un motif grave (art. 19 2e al. C.C.Q.). Le tuteur ou curateur doit lui aussi consentir (art. 17 C.C.Q.) et être consulté (art. 19 C.C.Q.). Le tribunal doit également prendre l'avis d'experts. L'article 20 C.C.Q. dispose de plus :

> Le tribunal doit, avant de statuer sur la demande d'autorisation, s'assurer que l'aliénation d'une partie du corps, les soins ou les

367. *E.* c. *Eve*, *loc. cit.*, *supra*, note 308.
368. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18, non en vigueur, ci-après C.C.Q.

> expérimentations sont dans l'intérêt de la personne concernée et qu'ils sont opportuns dans les circonstances ; il doit aussi s'assurer que le risque présenté n'est pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère ou qu'ils sont bénéfiques pour la personne, malgré leurs effets majeurs ou permanents.

À première vue, on peut se demander si l'expression « l'intérêt de la personne concernée » ne permet pas de recourir à nouveau à l'arrêt *Eve*. Il faut toutefois se rappeler qu'il s'agit ici de soins qui ne sont pas exigés par l'état de santé. De plus, de tels soins peuvent être « bénéfiques pour la personne, malgré leurs effets majeurs et permanents ». Si le législateur conçoit que des interventions facultatives peuvent être bénéfiques malgré leurs graves effets, on voit mal pourquoi la stérilisation devrait constituer un cas à part[369]. De plus, il a mis en place une procédure de consultation. À notre avis, il est clair qu'il a entendu conférer un pouvoir discrétionnaire au tribunal, l'expression « dans l'intérêt de la personne concernée » étant destinée à éviter que la décision profite surtout à l'entourage de la personne inapte. Bref, contrairement à la situation à laquelle était confrontée la Cour dans l'affaire *Eve*, le législateur a ici manifesté sa volonté ... future, puisque ces articles du *Code civil du Québec* entreront en vigueur lorsque la réforme sera complétée.

L'article 17 al. 2 C.C.Q. autorisera le tuteur ou le curateur à consentir « aux soins de nature mineure ou qui n'entraînent aucun risque sérieux pour la santé ni effet majeur et permanent », soins auxquels le mineur de quatorze ans peut lui aussi consentir (art. 16 2e al. C.C.Q.). Compte tenu des moeurs, nous croyons que l'utilisation des méthodes contraceptives usuelles entre dans cette catégorie. Certaines d'entre elles présentent un risque, qui n'est cependant pas perçu comme suffisamment sérieux pour renoncer à la contraception ou utiliser une autre méthode. Ce jugement des médecins et des patientes nous semble suffisant pour conclure qu'il s'agit là de soins de nature mineure. À l'heure actuelle, le tuteur ou le curateur peut « assurer le bien-être moral et matériel du majeur » (art. 329 C.c.B.-C.). Cette disposition nous semble suffisamment large pour conduire au même résultat.

Un dernier point mérite d'être signalé. Lorsque le curateur public exerce une tutelle ou une curatelle, il n'aura pas la garde du majeur, sauf si le tribunal la lui confie parce qu'aucune personne ne peut l'exercer (art. 331.1 1er al. C.c.B.-C.). Dans le cas contraire, la personne qui exerce simplement la garde pourra consentir aux soins exigés par l'état de santé du majeur, sous réserve des exceptions

369. Voir R. P. KOURI, *loc. cit.*, *supra*, note 356, p. 40.

indiquées par le curateur public (art. 331 2e al. C.c.B.-C.). Par ailleurs, le curateur public peut déléguer à une personne l'exercice de certaines fonctions de la tutelle ou de la curatelle, notamment le consentement aux soins de santé, sous réserve des exceptions qu'il indique[370].

La législation québécoise comprend donc des dispositions détaillées sur le consentement des personnes inaptes. À l'heure actuelle, la situation est similaire à celle qui existe dans les provinces de common law lorsque le législateur n'est pas intervenu après l'arrêt *Eve* : seuls les soins thérapeutiques peuvent être prodigués. L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* modifiera la situation : les soins qui ne sont pas exigés par l'état de santé d'une personne pourront lui être dispensés, même s'ils ont des effets majeurs et permanents. La stérilisation à des fins contraceptives entre dans cette catégorie. De façon plus générale, lorsqu'il est question de personnes ayant une déficience mentale, le recours à la compétence *parens patriae* apparaît une fois de plus comme un emprunt superflu. Dans certains cas, il s'agit en réalité d'une tentative déguisée de contourner les principes reconnus par la législation québécoise. Comme toujours, le caractère inhérent de cette compétence est postulé sans être démontré. En somme, la situation est exactement semblable à celle qui prévaut en matière de protection de l'enfant. Avant de conclure sur ce sujet, il reste à discuter de quelques situations où l'expression *parens patriae* est employée fréquemment.

C. Les autres acceptions de l'expression parens patriae

La locution latine qui retient notre attention a surtout été utilisée pour décrire le rôle des tribunaux, si l'on excepte les pouvoirs du lieutenant-gouverneur sur les personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale ou déclarées inaptes à subir leur procès. Elle est cependant employée pour identifier certaines prérogatives du procureur général d'une province (1), notamment son rôle de surveillance des fiduciaires. Cette dernière mission est aussi accomplie par les tribunaux qui appliquent les règles de l'*Equity* (2). Enfin, ces termes latins servent à rappeler à l'État la situation particulière et les besoins des jeunes délinquants (3).

1. Le rôle du procureur général

Le Souverain a évidemment intérêt à ce que ses lois soient respectées. Ses sujets s'attendent à ce que les contrevenants soient poursuivis devant les tribunaux et soient contraints d'obéir à la

370. Art. 331.2 C.c.B.-C. ; *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, *loc. cit.*, *supra*, note 366, art. 16 et 17.

législation. Pour cette raison, on dit que le procureur général joue un rôle de *parens patriae* lorsqu'il agit au civil dans le but de faire respecter une loi. En l'absence d'autorisation expresse, la common law lui permet de demander une injonction ou d'intervenir dans une action[371]. Les municipalités seraient dans une situation analogue lorsqu'elles poursuivent ceux qui enfreignent leurs règlements[372]. Il en irait de même pour certains fonctionnaires chargés de voir à l'application d'une loi[373]. Il est intéressant de noter qu'un arrêt québécois est très souvent cité à l'appui de ce principe[374]. En l'espèce, le procureur général était autorisé à présenter une demande par une disposition expresse, qui est devenue l'article 828 du *Code de procédure civile* actuel. Il réclamait la dissolution d'une compagnie. La Cour suprême affirme cependant qu'il peut agir en tant que *parens patriae* même s'il s'agit d'une compagnie fédérale[375]. Ce passage sera fréquemment cité par la suite dans les provinces de common law[376]. Cette déclaration ne nous semble pas problématique: les fonctions du procureur général relèvent clairement de l'organisation étatique, c'est-à-dire du droit public. La common law s'applique ici et le droit civil n'en peut mais.

371. *Robertson* c. *City of Montreal*, (1915-16) 52 R.C.S. 30; *People's Holding Company Ltd* c. *P.G. du Québec*, [1931] R.C.S. 452; *Rosenberg* c. *Grand River conservation authority*, (1976) 9 O.R. (2d) 771 (H.C.), conf. (1977) 1 C.P.C. 1 (Ont. C.A.); *A. G. of Ontario* c. *Yeates*, (1980) 111 D.L.R. (3d) 488, 28 O.R. (2d) 577 (H.C.), renversé pour un autre motif (1981) 120 D.L.R. (3d) 128, 31 O.R. (2d) 128 (C.A.), requête pour être autorisé à se pourvoir rejetée, [1981] 1 R.C.S. v; *A.G. of Ontario* c. *Town of Penetanguishene*, (1980) 30 O.R. (2d) 748 (H.C.). Sur le droit du public de pêcher dans les eaux intérieures, voir *A.G. for British Columbia* c. *A.G. for Canada*, [1914] A.C. 153, 169 (J.C.P.C.).

372. *Williams and Wilson Limited* c. *City of Toronto*, [1946] O.R. 309 (H.C.); *City of Toronto* c. *Polai*, [1970] 1 O.R. 483, 491 (C.A.), conf. [1973] R.C.S. 38; *Township of Bastard and Burgess* c. *Johnston*, (1974) 5 O.R. (2d) 191 (Co. Ct.).

373. *Sparling* c. *Royal Trustco*, (1984) 6 D.L.R. (4th) 682, 58 O.R. (2d) 64 (C.A.), conf. [1986] 2 R.C.S. 637; *Sparling* c. *Southam Inc*, (1989) 66 O.R. (2d) 225 (H.C.J.).

374. *People's Holding Company Ltd.* c. *P.G. du Québec*, *loc. cit.*, *supra*, note 371.

375. Le juge Rinfret écrit:
«Now the Crown, as *parens patriae*, represents the interests of the whole of His Majesty's subjects, and we can discover no reason why the Attorney-General for the province, acting as the officer of the Crown, should not be empowered to go before the courts to prevent the violation of the rights of the public of the province, even if the perpetrator of the deeds complained of be a creature of the federal authority. In the words of Surveyer J., in the present case: «le procureur-général d'une province a le droit et le devoir de réprimer les délits civils qui se commettent dans la province».» (*Id.*, p. 458).
Voir également l'arrêt *Robertson* c. *City of Montreal*, *supra*, note 371.

376. Au Québec, une seule décision cite l'arrêt *People's Holding Company Ltd.*, *loc. cit.*, *supra*, note 371, dans le but de discuter des pouvoirs du procureur général: *Société de développement de la Baie James* c. *Corporation des maîtres mécaniciens en tuyauterie du Québec*, [1977] R.P. 238. Au surplus, il s'agit uniquement d'un des arrêts cités par les parties [...].

2. La surveillance des organismes de charité

Nous avons vu ci-dessus qu'antérieurement à la réorganisation judiciaire du dix-neuvième siècle, un fiduciaire était considéré le véritable propriétaire de biens par les tribunaux de common law. Il peut cependant être contraint de respecter les droits des bénéficiaires désignés par celui qui a fondé la fiducie. Ceux-ci s'adresseront au tribunal qui applique les règles de l'*Equity*. Lorsque la fiducie est établie à des fins charitables, le procureur général verra à ce que les volontés du fondateur soient respectées. Le cas échéant, il interviendra pour le compte de ceux qui auraient dû profiter de ses largesses. Il peut également agir en justice pour mettre un terme aux abus que commettraient les fiduciaires[377]. Par le passé, les attributions judiciaires du Chancelier lui permettaient d'agir efficacement dans de tels cas. Par ailleurs, il pouvait modifier les termes d'une fiducie. Tous ces pouvoirs sont maintenant exercés par les juridictions qui ont pris sa relève[378].

Sur ce point, la situation québécoise est claire. La Cour suprême a affirmé qu'il n'existait pas de pouvoirs de cette nature au Québec[379]. Les parties n'ont cependant pas invoqué ce qui est devenu l'article 39 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*[380]. Cet article confère à la Cour supérieure tous les pouvoirs exercés par le tribunal qu'elle remplaçait en 1849. À cette époque, cette Cour était munie des pouvoirs judiciaires existant avant la Conquête[381]. Ceux-ci étaient apparemment analogues à ceux qui existaient en Angleterre[382]. L'ancien droit français pourrait donc s'appliquer, si l'on accepte d'écarter un arrêt de la Cour suprême rendu sans faire référence à une disposition législative expresse.

3. Les jeunes délinquants

Tout comme il doit protéger les enfants face à leurs parents, le Souverain doit s'occuper des jeunes contrevenants. Il importe que ceux-ci soient traités de façon distincte, pour limiter leurs contacts

377. *A.G.* c. *Brodie*, (1846) 6 Moo. P.C. 12 (J.C.P.C.); *Wells* c. *Solicitor General for New-Zealand*, [1903] A.C. 172 (J.C.P.C.); *Re Y.W.C.A. Extension Campaign Fund*, [1934] 3 W.W.R. 49 (Sask. K.B.). Le principe a été reconnu par la Cour suprême, qui n'emploie pas de formule latine: *A.G. of Nova Scotia* c. *Axford*, (1885) 13 R.C.S. 294.
378. *Chapman* c. *Chapman*, [1954] A.C. 429 (H.L.); *Re Baker*, (1984) 47 O.R. (2d) 415, 11 D.L.R. (4th) 430 (H.C.).
379. *Valois* c. *De Boucherville*, *loc. cit.*, *supra*, note 130.
380. L.R.Q., c. T-16.
381. Voir l'article VIII de la loi de 1794, *supra*, note 88. La disposition est résumée dans la partie du texte qui précède la note 91.
382. Voir l'arrêt cité *supra*, note 379.

avec ceux qui ont cheminé plus longtemps sur la voie de la criminalité, afin d'augmenter leurs chances de réhabilitation. Il est donc nécessaire de créer des institutions et des établissements spécialisés. L'expression *parens patriae* est utilisée pour désigner la raison d'être de ce traitement particulier. Aux États-Unis, elle justifiait par le passé la mise à l'écart des garanties constitutionnelles accordées aux autres citoyens[383]. Au Canada, cet emprunt à la langue de Cicéron est beaucoup plus inoffensif. Il a simplement pour but d'énoncer l'objectif de réhabilitation et de protection poursuivi par les lois en cause. À notre connaissance, cette formulation n'a aucune influence sur l'issue des litiges où elle se retrouve[384], ce qui n'était pas le cas dans les autres décisions étudiées ci-dessus.

CONCLUSION

La compétence *parens patriae* a souvent été considérée comme un pouvoir inhérent des juridictions supérieures canadiennes. Pourtant, la jurisprudence qui utilise ce concept fait partie des règles de l'*Equity*, puisqu'elle origine de décisions rendues par les Chanceliers, en Angleterre ou dans les colonies britanniques. Au Québec, ces règles n'ont pas d'application. Imaginerait-on un seul instant qu'il faille recourir à l'*Equity* pour compléter le droit civil, par exemple en interprétant une clause de dation en paiement ? C'est pourtant ce qu'on tente de faire pour répondre aux questions examinées ci-dessus. Au surplus, les décisions récentes au Canada et en Angleterre affirment que cette compétence s'exerce uniquement en présence d'une lacune ; on cherche cependant en vain le vide juridique que viendrait combler les décisions québécoises employant cette expression latine.

La compétence *parens patriae* est donc subordonnée à la loi ; elle englobe principalement des concepts de droit privé. Elle autorise les tribunaux canadiens à réévaluer le bien-fondé des jugements de garde rendus à l'étranger. Elle constitue à cet égard un anachronisme

383. Voir *In re Gault*, *loc. cit.*, *supra*, note 118. Il existe un article publié au Canada sur cette question : K. WANG, « The continuing turbulence surrounding the Parens patriae concept in American Juvenile Courts », (1972) 11 *McGill L.J.* 219.

384. *Southam Inc* c. *R.*, (1985) 48 O.R. (2d) 678, 683 (Ont. H.C.), conf. (1986) 12 O.A.C. 394 (C.A.), autorisation de se pourvoir refusée, [1986] 1 R.C.S. xiv ; *Reference re Constitutional validity of Section 12 of the Juvenile Delinquents Act*, (1982) 38 O.R. (2d) 748, 754 (H.C.), conf. (1983) 41 O.R. (2d) 113 (C.A.) ; Lawrence C. WILSON, « Parens patriae : The Unfulfilled Promise », (1976) 24 *Chitty's L.J.* 325 ; Joe HUDSON, Joseph P. HORNICK and Barbara A. BURROWS (éd.), *Justice and the Young Offender in Canada*, Wall and Thompson, Toronto, 1988, p. 4-5, cité par le juge en chef Dickson, *R.* c. *S.*, [1990] 2 R.C.S. 254, 278 ; *R.* c. *J. (S.T.)*, J.E. 90-1136 (C.S.C.), p. 11 de l'opinion dissidente du juge L'Heureux-Dubé.

flagrant, qui a été supprimé par diverses lois provinciales. Elle a également permis d'élaborer des règles qui ont été développées indépendamment en droit québécois. En outre, le souci de faire prédominer l'intérêt de l'enfant n'a jamais été l'apanage des provinces de common law. En l'absence de directives législatives, les tribunaux québécois avaient su parvenir à ce résultat. Quant aux personnes ayant une déficience mentale, la compétence *parens patriae* semble limitée en pratique à l'autorisation de soins à caractère thérapeutique. Elle ne permet pas de pratiquer une stérilisation à des fins contraceptives. La situation québécoise sera la même tant que le *Code civil du Québec* n'entrera pas en vigueur.

Au Québec, le recours à la compétence *parens patriae* nous semble problématique à deux points de vue. Il encourage les tribunaux à se substituer au législateur, même si rien n'autorise une pareille démarche. Il accrédite cependant une autre thèse, beaucoup plus pernicieuse : celle qui veut que la jurisprudence des provinces de common law assure davantage la protection des personnes qui ne peuvent voir à leurs intérêts. On objectera sans doute que dans plusieurs décisions, l'utilisation de cette expression fait double emploi avec les règles du droit civil et ne prête pas à conséquence. À ce compte, il serait acceptable de citer les décisions de common law toutes les fois qu'elles concordent avec les règles du droit civil. Une fois cette habitude prise, le recours au droit civil deviendra inutile. Nous laissons au lecteur ou à la lectrice le soin de décider si un tel résultat est dans l'intérêt de l'enfant...

Au fond, le recours à l'expression *parens patriae* constitue une réponse excessive à un problème limité. Dans tous les pays, les juges doivent à l'occasion régler des litiges pour lesquels le droit ne fournit pas de solutions. Ils le font en respectant le génie propre de leur système juridique. Chez nous, il est difficile de comprendre pourquoi les magistrats se sont crus obligés d'utiliser des concepts étrangers, alors qu'ils avaient en main tous les outils nécessaires pour élaborer des solutions proprement québécoises.