

---

---

McGILL LAW JOURNAL  
REVUE DE DROIT DE MCGILL  
*Montréal*  
Volume 33      1988      No 2

---

La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale et  
les diverses ordonnances de garde d'enfant

Albert Mayrand\*

Plus qu'il n'apparaît à première vue, les règles de la responsabilité des père et mère pour le dommage causé par leur enfant mineur ont été changées par la modification apportée en 1977 au deuxième alinéa de l'article 1054 du *Code civil du Bas-Canada*. En outre, les nouvelles ordonnances de garde que les tribunaux prennent l'habitude de prononcer ont des incidences inattendues sur la responsabilité du parent divorcé ou séparé ; selon qu'on lui attribue la garde conjointe, alternée, physique ou juridique, son droit et son devoir de participer à la surveillance et à l'éducation de son enfant varient considérablement, tout comme les moyens dont il dispose pour empêcher son enfant de causer un dommage à autrui. *De lege ferenda*, cette présomption de faute établie contre le titulaire de l'autorité parentale, faut-il la renforcer, l'atténuer, la maintenir ou l'abolir ?

To an extent greater than is immediately apparent, the rules governing parents' responsibility for the damage caused by their minor child were changed by the amendment in 1977 to the second paragraph of article 1054 of the *Civil Code of Lower Canada*. Moreover, the custody orders that the courts have been making of late have had an unexpected impact on the responsibility of the divorced or separated parent: depending on whether the custody awarded such a spouse has been joint, alternate, physical or legal, that parent's right and duty to participate in the supervision and education of the child vary considerably, as do the means at his or her disposal to prevent the child from causing damage to another. *De lege ferenda*, should the presumption of fault imposed on the holder of parental authority be strengthened, attenuated, maintained or abolished?

---

\*Wainwright Senior Research Fellow, Université McGill.

*Sommaire*

- I. Les nouveautés dues à l'initiative du législateur
  - A. *Les personnes visées par la présomption de faute*
  - B. *Comment on devient titulaire de l'autorité parentale*
  - C. *Comment on cesse d'être titulaire de l'autorité parentale*
    - 1. L'émancipation
    - 2. L'adoption
    - 3. La déchéance de l'autorité parentale
      - a. *Déchéance générale ou spéciale*
      - b. *Déchéance totale ou partielle*
      - c. *Déchéance expresse seulement*
  - D. *L'efficacité de la présomption de faute au-delà de l'extinction de l'autorité parentale*
- II. Les nouveautés dues à l'initiative des tribunaux
  - A. *L'attribution de la garde en cas de divorce, nullité de mariage ou séparation et son effet sur la présomption de faute du titulaire*
    - 1. L'importance donnée à la garde de l'enfant sous l'ancien article 1054, alinéa 2, C.c.B.-C.
    - 2. L'importance donnée à la garde de l'enfant sous le nouvel article 1054, alinéa 2, C.c.B.-C.
  - B. *L'attribution de la garde conjointe et son incidence sur la présomption de faute des parents divorcés ou séparés*
  - C. *L'attribution de la garde juridique ou de la garde physique aux parents désunis et son incidence sur la présomption de faute*
  - D. *L'attribution de la garde alternée et son incidence sur la présomption de faute des parents divorcés ou séparés*
- III. La présomption de faute des titulaires de l'autorité parentale et la responsabilité solidaire
  - A. *Solidarité entre co-titulaires de l'autorité parentale*
  - B. *Solidarité entre le titulaire de l'autorité parentale et l'enfant mineur*
  - C. *Solidarité entre le titulaire de l'autorité parentale et d'autres personnes également responsables du fait de l'enfant mineur*
  - D. *Détermination de la part que chacun des codébiteurs solidaires doit assumer à l'égard des autres*

**Conclusion**

\* \* \*

Pendant plus d'un siècle, on avait conservé intacte la version originale de l'article 1054 du *Code civil du Bas-Canada* et l'application de la présomption de faute du père ou de la mère pour le dommage causé par leur enfant n'avait guère évolué. Mais voici qu'en 1977, deux lignes de ce long article sont changées. Le deuxième alinéa se lisait :

Le père, et après son décès, la mère, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs.

Il se lit maintenant :

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

En apparence anodin, ce changement prend de l'importance compte tenu de la métamorphose de la puissance paternelle en autorité parentale et des transformations de la notion de garde que les tribunaux ont scindée en garde physique et garde juridique ou remodelée en garde partagée, alternée ou conjointe.

On le voit, la nouveauté dans ce domaine a deux sources : l'initiative du législateur et celle des tribunaux. Nous verrons d'abord les changements que la loi impose ; nous nous pencherons ensuite sur ceux que les tribunaux ont provoqués. Enfin, nous étudierons quelques problèmes relatifs au caractère solidaire de la responsabilité des titulaires de l'autorité parentale.

## I. Les nouveautés dues à l'initiative du législateur

### A. *Les personnes visées par la présomption de faute*

Ce n'est plus en qualité de père ou de mère que l'on est présumé responsable du dommage causé par un enfant, mais en tant que titulaire de l'autorité parentale.

On aurait tort de minimiser l'importance de ce changement sous prétexte que les père et mère sont de droit les titulaires de l'autorité parentale<sup>1</sup> et que, ordinairement, ils le demeurent. La durée de l'autorité parentale est

---

<sup>1</sup>Art. 443 et 646 *C.c.Q.*

tout de même plus précaire que le lien de parenté. On est père ou mère selon les lois de la nature, tandis que la législation et les tribunaux peuvent retirer aux parents leur autorité pour la conférer, sans même prendre la peine d'en supprimer le qualificatif « parentale », à une personne qui n'a aucun lien de parenté avec l'enfant<sup>2</sup>.

Désormais, la présomption de faute du deuxième alinéa de l'article 1054 a donc des cibles plus variées ; dès qu'ils sont investis de l'autorité parentale, les parents éloignés ou de parfaits étrangers sont atteints par la présomption de faute autrefois réservée au père ou à la mère.

Un autre changement important vient de ce que la présomption de faute, selon l'ancien texte, ne pouvait atteindre simultanément le père et la mère. Tant que le père vivait, lui seul était présumé en faute ; ceci était logique, car lui seul exerçait l'autorité durant le mariage<sup>3</sup>. La mère devait attendre de devenir veuve pour hériter à la fois du droit d'exercer l'autorité et du désavantage de la présomption. Cependant, la plupart des auteurs étaient d'avis que la présomption atteignait la mère, avant même son veuvage, lorsqu'elle devait exercer seule l'autorité parentale en cas d'absence, d'interdiction ou d'incapacité du père<sup>4</sup>.

L'égalité des père et mère exige maintenant qu'ils soient co-titulaires de l'autorité parentale<sup>5</sup>. On présume donc que l'enfant n'aurait pas causé de dommage si ses parents l'avaient surveillé et éduqué convenablement comme la loi les y oblige. La présomption est double, car on suppose non seulement qu'ils ont commis une faute, mais aussi que cette faute de surveillance et d'éducation a causé le dommage<sup>6</sup>. La loi considère que le dommage causé « est une suite immédiate et directe »<sup>7</sup> du manque de

---

<sup>2</sup>L'article 654 *C.c.Q.* fait voir que l'autorité parentale peut être attribuée à un « tiers », c'est-à-dire à une personne autre que les père et mère.

<sup>3</sup>Ancien art. 243 *C.c.B.-C.*

<sup>4</sup>J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973, no 252 à la p. 180 ; A. Nadeau, *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1949, no 359 à la p. 322 ; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théoret, 1901 à la p. 336 ; *Contra*, P. Azard, « La responsabilité des parents et des éducateurs » (1963) 9 *R.D. McGill* 1 à la p. 3.

<sup>5</sup>L'art. 1054 *C.c.B.-C.* emploie le mot « titulaire » au singulier, mais la règle d'interprétation de l'article 17(10) *C.c.B.-C.* veut que « [l]e nombre singulier s'étend à plusieurs personnes [. . .] chaque fois que le contexte se prête à cette extension. »

<sup>6</sup>J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1985, no 419 à la p. 216, et no 401 à la p. 210 ; Nadeau, *supra*, note 4, no 365 aux pp. 327-28 ; Mignault, *supra*, note 4 aux pp. 335-36 ; H. L. et J. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1965, no 769 à la p. 884.

<sup>7</sup>Art. 1075 *C.c.B.-C.*

surveillance et d'éducation, malgré qu'il découle plus immédiatement et plus directement de la faute du mineur.

### **B. Comment on devient titulaire de l'autorité parentale**

L'autorité parentale est conférée par la loi. L'article 648 *C.c.Q.* la confie aux père et mère et l'article 443 la confie aux époux<sup>8</sup>. L'ordonnance de placement, selon l'article 618, « confère l'autorité parentale à l'adoptant. »

Dans certaines circonstances, le tribunal peut aussi désigner un titulaire. À l'occasion d'un jugement de déchéance, l'article 655 l'autorise à « désigner la personne qui exercera l'autorité parentale [...] ». Faudrait-il dire qu'il ne confie à cette personne que l'exercice de l'autorité sans en faire un titulaire ? Nous ne le croyons pas. Le *Code* est moins attentif que ne le sont les auteurs à la distinction classique entre la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. Les articles 443 et 648 se contentent d'attribuer l'*exercice* de l'autorité parentale aux époux et aux père et mère, et l'on en déduit aisément qu'ils deviennent ainsi les titulaires de cette autorité.

Il n'est pas souhaitable que l'autorité parentale reste sans titulaire. Aussi, le tribunal désigne d'office la personne qui exercera l'autorité parentale<sup>9</sup>, lorsque l'adoption est refusée ou lorsque la procédure en adoption avorte<sup>10</sup>.

Il ne faut cependant pas croire que toute personne exerçant une autorité sur un enfant mineur est titulaire de l'autorité parentale. Seuls la loi et les tribunaux désignent les titulaires. Ces derniers peuvent bien « déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant »<sup>11</sup>, mais la personne à qui l'enfant est confié ne devient pas pour autant titulaire de l'autorité parentale<sup>12</sup>. Cette autorité est d'ordre public et incessible ; elle comporte des obligations et une présomption de faute auxquelles le titulaire ne peut échapper en déléguant l'exercice de ses droits. Certes, le « délégué » est tenu de surveiller l'enfant et de veiller à ce qu'il ne cause pas de dommage, mais la présomption de faute du deuxième alinéa de l'article 1054 *C.c.B.-C.* ne l'atteint pas. À son égard, la victime doit donc se placer sur le terrain de l'article 1053 et prouver la faute alléguée<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup>L'art. 648, au titre « De l'autorité parentale », est heureusement plus large que l'art. 443, au chapitre « Des effets du mariage ».

<sup>9</sup>Art. 621 *C.c.Q.*

<sup>10</sup>Art. 619 et 620 *C.c.Q.* : cas où le placement en vue de l'adoption cesse ou l'ordonnance de placement est révoquée.

<sup>11</sup>Art. 649 *C.c.Q.*

<sup>12</sup>Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 399 à la p. 207 ; J. Pineau, *La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, no 331 aux pp. 281-82 ; J. Pineau et M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile*, 2e éd., Montréal, Thémis, 1980 à la p. 86.

<sup>13</sup>Baudouin, 2e éd., *ibid.*, no 399 à la p. 208.

L'article 1518 de l'Avant-projet de loi sur le droit des obligations<sup>14</sup> propose à cet égard un changement important. Il se lit ainsi :

La personne qui, sans être titulaire de l'autorité parentale, se voit confier, par délégation ou autrement mais d'une manière qui ne soit pas purement accidentelle, la garde, la surveillance ou l'éducation d'un mineur est tenue, de la même manière que le titulaire de l'autorité parentale, de réparer le préjudice causé par le fait ou la faute du mineur. Toutefois, elle n'est tenue, lorsqu'elle agit gratuitement ou contre une rémunération modique, que s'il est prouvé qu'elle avait pu, par des moyens raisonnables, empêcher le fait ou la faute du mineur.

Le droit actuel, plus simple, nous paraît préférable à cette règle proposée et assortie d'une exception.

### C. Comment on cesse d'être titulaire de l'autorité parentale

Le droit à l'autorité parentale est temporaire ; il prend fin en raison d'événements qui se rattachent à la personne de l'enfant sujet à cette autorité (son décès, la survenance de sa majorité, son émancipation ou son adoption) ou à la personne du titulaire (son décès ou la déchéance prononcée contre lui).

#### 1. L'émancipation

Tandis que le nouveau texte du deuxième alinéa de l'article 1054 C.c.B.-C. élargit le cercle des personnes susceptibles d'être présumées en faute, il rétrécit peut-être celui des enfants dont l'acte dommageable donne lieu à la présomption de faute. L'ancien texte mentionnait « les enfants mineurs » et quelques auteurs en concluaient que ces termes comprenaient les mineurs émancipés<sup>15</sup>.

Cette interprétation n'est plus possible, car le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère<sup>16</sup> et le nouvel article 1054, alinéa 2, ne vise que « l'enfant sujet à cette autorité ».

<sup>14</sup>Avant-projet de loi, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1re sess., 33e Lég., Qué., 1987 [ci-après l'Avant-projet de loi sur le droit des obligations].

<sup>15</sup>Mignault, *supra*, note 4 à la p. 336 ; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, 2e éd., t. 1, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1951, no 248 à la p. 318. *Contra*, Baudouin, *supra*, note 4, no 255 à la p. 182 ; Azard, *supra*, note 4 à la p. 3 ; G. Nicholls, *The Responsibility for Offences and Quasi-Offences Under the Law of Quebec*, Toronto, Carswell, 1938 à la p. 59.

<sup>16</sup>Art. 646 C.c.Q. L'art. 187, adopté mais non encore en vigueur, précise que le mineur ayant obtenu une « simple émancipation » (par opposition à la « pleine émancipation ») « cessé d'être sous l'autorité de ses père et mère » : *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18.

## 2. L'adoption

Contrairement à l'émancipation, l'adoption ne met pas fin à l'autorité parentale, elle en change le titulaire. À quel moment l'autorité parentale passe-t-elle des parents par le sang aux parents adoptifs ?

On aurait pu croire que les parents par le sang (dits biologiques) abdiquent comme titulaires de l'autorité parentale dès qu'ils confient leur enfant en vue d'une adoption à laquelle ils consentent. Le *Code civil du Québec* rappelle qu'ils en sont au stade de la délégation :

608. Le consentement à l'adoption entraîne de plein droit, jusqu'à l'ordonnance de placement, délégation de l'autorité parentale à la personne à qui l'enfant est remis.

La personne à qui l'enfant est ainsi remis n'est donc pas immédiatement titulaire de l'autorité parentale. En confiant leur enfant en vue d'une adoption, les père et mère posent un « acte de responsabilité parentale »<sup>17</sup>. À l'instar d'un mandant qui peut révoquer le mandat, ils peuvent rétracter leur consentement et ils ont encore le droit de reprendre leur enfant<sup>18</sup>.

Le premier acte de procédure fait en vue d'une adoption est la demande en déclaration d'adoptabilité<sup>19</sup>. Le jugement qui l'accueille transfère-t-il l'autorité parentale ? L'article 614 *C.c.Q.* n'est pas très clair à ce sujet :

Lorsqu'il déclare l'enfant adoptable, le tribunal désigne la personne qui exercera l'autorité parentale à son égard.

L'emploi du temps futur<sup>20</sup> annonce-t-il un changement de titulaire qui ne se produira que plus tard, lors du jugement d'adoption ? On peut plutôt interpréter cet article comme s'il se lisait : « Lorsqu'il déclare l'enfant adoptable, le tribunal désigne la personne qui *dès lors* exerce l'autorité parentale [...]. » Car, dans les cas où l'enfant peut être judiciairement déclaré adoptable, ses père et mère sont inconnus, morts, déchus de l'autorité parentale ou l'ont abandonné ; il est alors urgent que la personne désignée par le juge exerce l'autorité parentale jusqu'à l'ordonnance de placement.

Quoi qu'il en soit, le titulaire, même si l'*exercice* de l'autorité parentale lui est retiré, continue d'être la personne touchée par l'article 1054, alinéa 2 ; mais la difficulté de repousser la présomption de faute du sixième alinéa

---

<sup>17</sup>*Droit de la famille* — 362 [1987] R.J.Q. 1215 à la p. 1219, [1987] R.D.F. 202 (T.J.).

<sup>18</sup>Art. 609-610 *C.c.Q.* ; art. 824 *C.p.c.*

<sup>19</sup>Art. 611-614 *C.c.Q.* ; art. 824.1 *C.p.c.*

<sup>20</sup>L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, 3e éd., Québec, Éditeur officiel, 1986 à la p. 30 s'exprime ainsi :

Il faut écrire la loi au présent.

L'emploi du futur est donc une faute à éviter, sauf le cas d'une nécessité particulière parce que l'on formule une règle qui n'est pas immédiatement applicable.

de l'article 1054 varie selon qu'il continue ou cesse d'exercer lui-même l'autorité.

Après le stade de la déclaration d'adoptabilité, vient celui de l'ordonnance de placement<sup>21</sup>. Ici, le *Code civil du Québec* n'offre aucune ambiguïté. Le premier alinéa de l'article 618 énonce :

L'ordonnance de placement confère l'autorité parentale à l'adoptant.

Cette fois le « titulariat » est déplacé. Un nouveau titulaire étant expressément désigné, implicitement l'autorité parentale du titulaire antérieur prend fin, à moins que celui-ci ne soit le conjoint de l'adoptant<sup>22</sup>.

L'article 618 *C.c.Q.* appelle adoptant celui qui n'est encore qu'un candidat à l'adoption<sup>23</sup>. Cette adoption en devenir peut avorter, soit que le tribunal refuse la demande d'adoption<sup>24</sup>, soit que l'ordonnance de placement est révoquée<sup>25</sup>.

### 3. La déchéance de l'autorité parentale

En même temps qu'il transformait la puissance paternelle en autorité parentale, le législateur introduisait formellement au *Code civil du Québec* la notion de déchéance de cette autorité<sup>26</sup>. Le décor en est tout changé. Adoucie dans sa nouvelle appellation et partagée dans son exercice, l'autorité parentale devient un droit dont on peut être privé conformément à une disposition du *Code*.

Auparavant, les tribunaux n'intervenaient que pour enlever l'exercice de la puissance paternelle, de sorte que les père et mère n'en demeuraient pas moins les titulaires<sup>27</sup>. Désormais, c'est le droit lui-même qui est l'objet de la déchéance<sup>28</sup> de sorte que le parent totalement déchu cesse d'être titulaire de l'autorité parentale. Le Projet de Code civil présenté en 1977 disait expressément que « [l]a déchéance emporte, pour le père ou la mère,

<sup>21</sup>« De l'ordonnance de placement et du jugement d'adoption » : art. 615-625 *C.c.Q.* ; « Des demandes de placement et d'adoption » : art. 825-825.5 *C.p.c.*

<sup>22</sup>Art. 630 *C.c.Q.*, par analogie.

<sup>23</sup>De la même manière, le *Code de procédure civile* appelle « adoptant » celui qui en est encore à la demande de placement (art. 825) tout comme celui qui présente la demande d'adoption (art. 825.4-825.5).

<sup>24</sup>Art. 619 *C.c.Q.*

<sup>25</sup>Art. 620 *C.c.Q.*

<sup>26</sup>*Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 5, adoptant l'article 245e *C.c.B.-C.*, qui est devenu en substance l'article 654 *C.c.Q.*

<sup>27</sup>G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942 à la p. 176.

<sup>28</sup>Pineau, *supra*, note 12, no 337 à la p. 287.



la perte du droit à l'autorité parentale [...]»<sup>29</sup>. » Le *Code civil du Québec* n'a pas retenu cette mention expresse, mais l'emploi du mot déchéance et l'article 658, qui autorise le parent déchu à demander « que lui soient restitués les droits dont il avait été privé », ne laissent subsister aucun doute ; le parent contre qui la déchéance est prononcée perd le droit à l'autorité parentale, non pas seulement l'exercice de ce droit.

*a. Déchéance générale ou spéciale*

La déchéance de l'autorité parentale est ordinairement *générale* ; c'est-à-dire qu'elle « s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement [...]»<sup>30</sup>. » Cependant, le jugement peut restreindre sa portée à une déchéance *spéciale* à l'égard d'un enfant ou de quelques enfants nommés. Que la déchéance prononcée soit générale ou spéciale, elle est sans effet à l'égard d'un enfant né après le jugement. Bien sûr, si le motif grave qui a justifié le jugement de déchéance subsiste encore et compromet aussi l'intérêt du nouvel enfant, il peut donner lieu à un second jugement de déchéance.

*b. Déchéance totale ou partielle*

La déchéance peut être totale ou partielle<sup>31</sup>. L'une et l'autre ne peuvent être prononcées que « pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant [...] ». » On s'étonne parfois de ce que le législateur n'ait pas indiqué les critères de la gravité des agissements ou des circonstances justifiant la déchéance totale<sup>32</sup>. Mais l'intérêt de l'enfant, but visé par cette mesure, tient à des facteurs si nombreux et variables qu'on a préféré s'en remettre à l'appréciation souveraine du tribunal<sup>33</sup>. De plus, la gravité du motif doit être proportionnée à l'importance de la déchéance ; pour priver un père ou une mère de toute autorité sur son enfant, le tribunal pourrait exiger un motif plus grave que celui requis en cas de déchéance partielle.

Nos tribunaux prononcent la déchéance totale de l'autorité parentale en cas d'abandon volontaire et prolongé de l'enfant<sup>34</sup>. On a refusé cette déchéance pour le seul motif de l'emprisonnement du père pendant dix ans pour homicide involontaire, vu que la réhabilitation du père restait

<sup>29</sup>Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : Projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978, livre II, art. 361, al. 1 [ci-après le *Projet de Code civil*].

<sup>30</sup>Art. 656 *C.c.Q.*

<sup>31</sup>Art. 654 *C.c.Q.*

<sup>32</sup>L'art. 359 du livre II du *Projet de Code civil*, *supra*, note 29, énonçait les fautes parentales considérées comme les motifs graves justifiant la déchéance.

<sup>33</sup>C. Boisclair, *Les droits et besoins de l'enfant en matière de garde*, Sherbrooke, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1978 à la p. 28.

<sup>34</sup>*Droit de la famille* — 104 (1983), [1984] C.S. 93.

possible<sup>35</sup>. Même quand on peut adresser des reproches sérieux à un parent, on ne prononce pas contre lui une déchéance totale lorsque cette sanction ne servirait pas l'intérêt de l'enfant<sup>36</sup>.

La personne contre qui la déchéance totale est prononcée cesse d'être titulaire de l'autorité parentale, de sorte qu'elle cesse également d'être visée par la présomption de faute de l'article 1054, alinéa 2, *C.c.B.-C.* Lorsque la déchéance a pour motif l'abandon de l'enfant laissé sans surveillance et mal éduqué, on peut trouver surprenant que les fautes passées du parent déchu aient pour effet de le libérer d'une présomption de faute. Alors que le dommage causé par la faute de l'enfant faisait présumer la faute du parent, voici que la faute prouvée du parent efface, pour l'avenir, la présomption de faute dont il était atteint<sup>37</sup>. Ceci est pourtant logique et équitable car on ne peut reprocher une faute de garde, de surveillance ou d'éducation à une personne que la Cour a privée de ces attributs. Par contre, être libéré d'une présomption de faute ne signifie pas être à l'abri d'une responsabilité établie selon les règles ordinaires du droit.

La déchéance, même totale, n'est pas nécessairement irréversible. L'intérêt de l'enfant, qui a justifié la déchéance, peut exiger plus tard que le parent déchu recouvre le droit dont on l'avait privé. Tout comme le jugement qui attribue la garde d'un enfant, le jugement de déchéance n'a l'autorité de la chose jugée qu'aussi longtemps que subsistent les circonstances déterminantes dans lesquelles il a été rendu.

Mais l'article 658 *C.c.Q.* et l'article 826.1 *C.p.c.* ne prévoient que la demande en restitution de l'autorité parentale faite par les père et mère. Aurait-on oublié que, selon l'article 654 *C.c.Q.*, un tiers peut aussi être déchu de l'autorité parentale qu'on lui avait attribuée ? La discrimination à son endroit est-elle intentionnelle ? Peut-être a-t-on jugé qu'un père ou une mère peut, plus facilement qu'un tiers, amender son comportement fautif et indigne à l'égard de l'enfant.

C'est à cause de son comportement gravement fautif que le parent a subi la déchéance totale et, par voie de conséquence, a été libéré de la présomption de faute de l'article 1054, alinéa 2, *C.c.B.-C.* Avec la restitution de son droit à l'autorité parentale, le paradoxe se poursuit ; car c'est au moment où on le juge capable de bien remplir ses devoirs de père ou de mère que la présomption de faute l'atteint de nouveau.

---

<sup>35</sup>*Droit de la famille* — 334 (1986), [1987] R.J.Q. 368, [1987] R.D.F. 44 (C.S.).

<sup>36</sup>*Droit de la famille* — 77 [1983] C.S. 692 à la p. 698.

<sup>37</sup>L'art. 1517, al. 2, de l'Avant-projet de loi sur le droit des obligations, *supra*, note 14, propose une règle nouvelle :

Celui qui s'est vu retirer l'autorité parentale est tenu, de la même façon, si le fait ou la faute du mineur est lié à l'éducation qu'il lui avait donnée.

La déchéance partielle entraîne non pas la perte complète mais une diminution de l'autorité parentale. Les Romains diraient qu'il en résulte une *capitis deminutio*. Cette déchéance partielle est venue près de ne pas exister dans notre droit, car l'Office de révision du Code civil avait suggéré l'adoption de deux mesures distinctes : la *déchéance*, qui entraîne la perte du droit à l'autorité parentale<sup>38</sup>, et le *retrait* partiel des droits découlant de cette autorité<sup>39</sup>. Mais, comme ces deux notions devaient reposer sur les mêmes motifs, le législateur a cru préférable de les appeler « déchéance totale » et « déchéance partielle ». Cette dernière appellation est critiquée par certains auteurs<sup>40</sup>. On notera cependant que le terme *déchéance*, mieux que le terme *retrait*, sous-entend la sanction d'une conduite blâmable.

### c. *Déchéance expresse seulement*

La déchéance peut-elle être implicite ? On voit difficilement comment la déchéance totale de l'autorité parentale pourrait ne pas être expresse. Mais, jusqu'à tout dernièrement, plusieurs décisions voyaient une déchéance partielle implicite dans un jugement qui privait un père ou une mère de la garde de son enfant<sup>41</sup>. Dans cette optique, le « motif grave », exigé par l'article 654 *C.c.Q.* comme condition de la déchéance, pouvait être non seulement une faute parentale, mais aussi un fait ou un comportement préjudiciable non fautif. Ainsi, une maladie physique ou un état démentiel, dont le parent atteint n'était pas responsable mais qui l'empêchait d'exercer convenablement son autorité, pouvait constituer un motif grave de déchéance<sup>42</sup>, si l'on donnait à ce mot un sens plus étendu et non péjoratif<sup>43</sup>.

<sup>38</sup>Projet de Code civil, *supra*, note 29, livre II, art. 361.

<sup>39</sup>Projet de Code civil, *ibid.*, livre II, art. 363.

<sup>40</sup>E. Deleury et M. Rivest, « Chronique de droit civil » (1980) 40 R. du B. 483 à la p. 487 : « [E]lle porte mal son nom. L'autorité parentale est en effet indivisible et en ce sens, il serait préférable de parler de retrait partiel du droit [ . . . ]. » Ces auteurs observent, à la p. 488, que la déchéance partielle « ne semble pas encore avoir été sollicitée. »

<sup>41</sup>*Droit de la famille* — 320 (1986), [1987] R.J.Q. 9 aux pp. 13 et 25, [1987] R.D.F. 49 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 236 [1985] C.A. 566 aux pp. 571 et 573 ; *Droit de la famille* — 52 [1983] C.A. 388 à la p. 390. Voir aussi le jugement *Chamberland-Duret c. Duret* (26 janvier 1981), Montréal 500-04-003125-805, J.E. 81-268 (C.S.), où le juge déclare que la demande du père de confier l'enfant à un tiers plutôt qu'à la mère équivaudrait à une requête en déchéance de l'autorité parentale. *Contra*, *Droit de la famille* — 228 [1985] C.S. 808 ; *Droit de la famille* — 86 [1983] C.S. 1017 à la p. 1020.

<sup>42</sup>C'est la conclusion qu'a adoptée la Cour de cassation française dans Cass. civ. 1re, 14 avril 1982, Bull. civ. 1982.I.110, no 125, D.183.Jur.294.

<sup>43</sup>Le mot « *deprivation* » de la version anglaise de l'article 655 *C.c.Q.* fait moins voir l'aspect punitif de la « déchéance » de l'autorité parentale.

Cet élargissement de la notion de déchéance vient d'être clairement répudié par un arrêt unanime de la Cour suprême du Canada<sup>44</sup>. Malgré que notre législateur n'ait pas retenu la suggestion de l'Office de révision du Code civil d'énumérer une liste de fautes graves destinées à constituer les seuls motifs de déchéance<sup>45</sup>, celle-ci, même si elle n'est que partielle, reste la sanction d'une faute grave du titulaire de l'autorité parentale.

Cette déchéance n'est donc pas une mesure simplement curative, elle est essentiellement punitive. Contrairement à l'anodine déchéance du droit d'action prévue au titre « De la prescription »<sup>46</sup>, elle a un caractère infamant. Elle est la sanction imposée à un titulaire indigne. Notre droit en est arrivé au divorce sans faute ; il reconnaît aussi dans certains cas la responsabilité sans faute, mais non pas la déchéance sans faute de l'autorité parentale.

L'expression « motifs graves » de l'article 654 *C.c.Q.* apparaît de nouveau au premier alinéa de l'article 659 :

Les père et mère ne peuvent sans motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.

À la même expression, employée une deuxième fois dans le même titre « De l'autorité parentale », on serait tenté de donner une même signification, celle de « faute grave » adoptée par la Cour suprême à propos de l'article 654. Dans un cas comme dans l'autre, l'on fait obstacle aux relations personnelles d'un enfant avec un ascendant.

Certes un des motifs graves prévus à l'article 659 *C.c.Q.* peut être la faute d'une grand-mère qui fait en sorte de subjuguer et posséder ses petits-enfants pour les élever comme elle l'entend, sans égard aux vues des parents dont elle a provoqué le divorce<sup>47</sup>. Cependant, il nous semble que diverses circonstances, indépendantes de tout comportement fautif, devraient à elles seules justifier la cessation ou la suspension du droit des grands-parents de rendre visite à leur petit-enfant ou de le recevoir. L'intérêt de celui-ci devrait constituer un motif suffisamment sérieux permettant de faire obstacle à ses

---

<sup>44</sup>*V.-F. (T.) c. C. (G.)* [1987] 2 R.C.S. 244, (*sub nom. C. c. F and F*) 9 Q.A.C. 241, (*sub nom. C. (G.) c. V.-F. (T.)*) 9 R.F.L. (3d) 263 [ci-après *V.-F. (T.) c. C. (G.)* cité aux R.C.S.], inf. (*sub nom. Droit de la famille — 320*) (1986), [1987] R.J.Q. 9 (C.A.), et rétablissant en partie (*sub nom. Vignaux-Fines c. Chardon*) (29 novembre 1984), Montréal 500-05-000914-844 (C.S.) [ci-après *Vignaux-Fines c. Chardon*].

<sup>45</sup>Projet de Code civil, *supra*, note 29, livre II, art. 359 :

Peut être déchu de l'autorité parentale ou se voir retirer certains de ses attributs le père ou la mère qui est condamné pour acte criminel sur la personne de l'enfant, néglige gravement ses devoirs envers celui-ci ou abuse manifestement de son autorité.

<sup>46</sup>Art. 2263 *C.c.B.-C.*

<sup>47</sup>*Droit de la famille — 259* (1985), [1986] R.J.Q. 254, [1986] R.D.F. 121 (C.S.).

relations personnelles avec ses grands-parents, sans qu'il soit nécessaire de leur reprocher quelque indignité.

Qu'il s'agisse d'un jugement ne privant le titulaire que de l'exercice de son droit de garde, ou d'un jugement en déchéance partielle de l'autorité parentale ne le privant que de son droit de garde, dans un cas comme dans l'autre ce titulaire continue d'exercer une autorité parentale amoindrie<sup>48</sup>. Il reste donc visé par la présomption de faute de l'article 1054, alinéa 2, C.c.B.-C. Mais il trouve dans la faiblesse de son autorité un moyen puissant pour combattre cette présomption<sup>49</sup>.

#### *D. L'efficacité de la présomption de faute au-delà de l'extinction de l'autorité parentale*

Au moment où l'autorité parentale prend fin à cause de la survenance de la majorité de l'enfant, de son émancipation, de son adoption ou d'un jugement de déchéance, l'ancien titulaire n'est pas libéré de sa responsabilité encourue pour le dommage que l'enfant a déjà causé à autrui. La faute du titulaire et celle de l'enfant mineur étant toutes deux antérieures à l'extinction de l'autorité parentale, le droit de la victime d'invoquer la présomption de faute pour obtenir réparation est déjà acquis et il subsiste. Nous croyons qu'il en serait ainsi même si le dommage découlant de ces deux fautes antérieures à l'extinction de l'autorité parentale ne se révélait que postérieurement.

Mais, à l'égard du dommage que l'enfant devenu majeur pourra causer à l'avenir, la présomption de faute de l'ancien titulaire est disparue avec l'autorité parentale sur laquelle elle reposait. La présomption de faute des parents s'éteint à la majorité de leur enfant, même si ce dernier continue d'habiter avec eux<sup>50</sup>. Certes l'ancien titulaire pourra devenir responsable du dommage causé par celui qui était auparavant sujet à son autorité parentale, mais ce sera à un autre titre comme employeur, comme curateur ou en vertu d'une présomption établie par une autre règle de droit<sup>51</sup>.

La disparition de la présomption de faute n'entraîne pas nécessairement celle de la responsabilité. Mais la victime, qui demande à l'ancien titulaire de l'autorité parentale de l'indemniser d'un dommage que son enfant devenu

---

<sup>48</sup>H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3e éd., Paris, Montchrestien, 1963, no 1175 à la p. 1147, sous la rubrique « Effets de la déchéance partielle » ; C. Boisclair, « La notion de parent de l'article 1(e) de la Loi de protection de la jeunesse » (1981) 11 R.D.U.S. 274 aux pp. 297 et 302.

<sup>49</sup>Art. 1054, al. 6, C.c.B.-C.

<sup>50</sup>Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 415 à la p. 214.

<sup>51</sup>*Laverdure c. Bélanger* [1975] C.S. 612 à la p. 619 [ci-après *Laverdure*], mod. sur un autre point par (*sub nom. B. c. L.*) (24 octobre 1977), Montréal 500-09-000116-756, J.E. 77-75 (C.A.).

majeur vient de lui causer, doit remplir les conditions que le droit commun exige : prouver la faute du défendeur, le dommage subi et le lien de causalité entre cette faute et ce dommage. La victime satisfait-elle à ces conditions quand elle prouve que l'enfant devenu majeur lui fait subir un dommage qu'il ne lui aurait pas causé si, au temps où il était soumis à l'autorité parentale du défendeur, ce dernier l'avait éduqué convenablement ?

De prime abord, on serait porté à répondre par l'affirmative. Le titulaire de l'autorité parentale doit répondre des conséquences de l'inexécution de son obligation et il importe peu que ces conséquences se réalisent avant ou après l'extinction de son autorité parentale. La faute dommageable peut être bien antérieure au dommage qu'elle entraîne. La survenance de la majorité de l'enfant entre le moment où la faute du titulaire a été commise et celui où le dommage se réalise ne rompt pas le lien de causalité qui existe entre cette faute et ce dommage.

Cependant, il faut rappeler que l'article 1054 fait exception aux règles ordinaires de la responsabilité civile et doit être interprété restrictivement. On ne doit l'appliquer que dans le cas précis où le dommage a été causé par un enfant mineur soumis à l'autorité parentale du défendeur. Dans l'hypothèse envisagée, le dommage a été causé par un enfant devenu majeur ou qui, pour une autre raison, n'est plus soumis à l'autorité parentale du défendeur. L'article 1054, alinéa 2, ne s'appliquant pas, il faut faire abstraction de toutes ces dérogations au droit commun de la responsabilité civile. Or, cet article déroge non seulement aux règles ordinaires de la preuve en créant une présomption de faute, il déroge aussi à l'article 1075 *C.c.B.-C.* selon lequel l'auteur d'une faute n'est responsable que du dommage qui en est « une suite directe et immédiate ». C'est l'acte fautif de l'enfant qui est la cause « immédiate et directe » du dommage causé à autrui ; la faute d'éducation du titulaire peut n'être qu'une cause éloignée et indirecte, de même que la mauvaise éducation que lui-même avait reçue de ses propres parents peut être une cause encore plus éloignée et plus indirecte du comportement fautif de leur petit-fils.

Le problème est partiellement abordé dans l'Avant-projet de loi sur le droit des obligations<sup>52</sup>. Après avoir reproduit substantiellement la règle des deuxième et sixième alinéas de l'actuel article 1054, l'article 1517, alinéa 2, de cet avant-projet en étend la portée en ces termes :

Celui qui s'est vu retirer l'autorité parentale est tenu, de la même façon, si le fait ou la faute du mineur est lié à l'éducation qu'il lui avait donnée.

On peut se demander si ce texte est suffisamment clair et s'il est opportun. « Celui qui s'est vu retirer l'autorité parentale » est-il uniquement celui con-

---

<sup>52</sup>*Supra*, note 14.

tre qui un jugement de déchéance de l'autorité parentale a été prononcée ? S'il en est ainsi, on ferait mieux de le dire expressément. L'Office de révision du Code civil faisait une distinction entre la déchéance et le retrait de l'autorité parentale, mais le législateur n'a retenu à l'article 654 *C.c.Q.* que la notion de déchéance. Les mots « Celui qui s'est vu retirer l'autorité parentale » comprendraient-ils aussi celui qui s'est vu retirer en partie l'exercice de l'autorité parentale ? Dans ce cas, le parent divorcé à qui la garde de l'enfant est refusée resterait lui aussi sujet à la responsabilité pour le dommage causé par son enfant mineur.

Quant à l'opportunité de la nouvelle règle ainsi formulée, on peut encore en douter. On complique sans utilité évidente la disposition exceptionnelle de l'article 1054, alinéa 2, *C.c.B.-C.* ou de l'article 1517, alinéa 1, projeté.

L'article 482, alinéa 2, du *Code civil* français comporte lui aussi une équivoque en précisant que les parents

ne sont pas responsables de plein droit, en leur seule qualité de père ou de mère, du dommage qu'il [leur enfant] pourra causer à autrui, postérieurement à son émancipation.

Ce texte incite à croire, sans que cela soit certain, que les parents peuvent être poursuivis en raison du dommage causé par leur enfant émancipé, si la victime prouve que la faute de l'enfant est la conséquence d'une faute d'éducation commise par les parents antérieurement à l'émancipation<sup>53</sup>.

## II. Les nouveautés dues à l'initiative des tribunaux

Les jugements des tribunaux peuvent avoir une incidence importante sur l'application des règles énoncées aux deuxième et sixième alinéas de l'article 1054 *C.c.B.-C.* Un jugement de déchéance totale, nous l'avons vu, peut démettre un titulaire de son autorité parentale et une ordonnance de placement ou un jugement d'adoption peut désigner un nouveau titulaire.

En outre, des ordonnances de garde rendues à l'occasion d'une séparation de fait<sup>54</sup>, d'un jugement de divorce, d'annulation de mariage ou de séparation de corps peuvent imposer diverses limites à l'exercice de l'autorité d'un titulaire et modifier ainsi son aptitude à se prévaloir de la disposition exonératoire du sixième alinéa de l'article 1054, qui se lit ainsi :

La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la personne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage.

---

<sup>53</sup>B. Starck, *Droit civil : Obligations*, 2e éd. par H. Roland et L. Boyer, Paris, Librairies techniques, 1985, no 725 à la p. 343.

<sup>54</sup>*Currier c. Sabourin-Currier* [1976] C.S. 460.

*A. L'attribution de la garde en cas de divorce, nullité de mariage ou séparation et son effet sur la présomption de faute du titulaire*

Aussi longtemps que les père et mère font vie commune, ils sont cotitulaires de l'autorité parentale qu'ils « exercent ensemble »<sup>55</sup>, de sorte que l'application de la présomption de faute établie par le deuxième alinéa de l'article 1054 n'offre pas de difficulté particulière ; ils ont alors la *garde conjointe* de leur enfant, selon le sens propre qu'il faut donner à cette expression. Mais, quand survient un divorce, une annulation de mariage ou une séparation de corps, les père et mère cessent de cohabiter, de sorte que le tribunal est appelé à attribuer la garde de l'enfant à l'un d'eux, parfois à un tiers<sup>56</sup>. Il en est de même lorsque les parents non mariés mettent fin à leur union de fait.

Le parent que le jugement a privé de la garde de son enfant se trouve-t-il dans une situation différente à l'égard de la présomption de faute de l'article 1054 ? On éprouvait déjà de la difficulté à répondre à cette question avant la modification de 1977. L'interprétation généralement donnée à l'ancien article 1054, alinéa 2, paraît compromettre celle qu'il faut donner au nouveau texte du même article.

1. L'importance donnée à la garde de l'enfant sous l'ancien article 1054, alinéa 2, *C.c.B.-C.*

Selon l'interprétation la plus courante de l'ancien article 1054, la présomption de faute des parents était intimement liée à leur devoir de garde. Même si cet article ne faisait supporter la présomption de faute par la mère que subsidiairement dans le seul cas du décès de son mari, lorsqu'on lui attribuait la garde de l'enfant lors d'une séparation de corps, la plupart des auteurs étaient d'avis qu'elle était visée par la présomption de faute de l'article 1054<sup>57</sup>.

Sans doute, ces auteurs supposaient que le législateur ne statuait expressément que pour le cas le plus courant où les père et mère habitaient ensemble avec leur enfant. Mais il leur paraissait injuste de maintenir la présomption d'une faute de surveillance ou d'éducation contre un père privé de la garde de son enfant, alors que la mère, à qui la garde avait été confiée,

<sup>55</sup>Art. 648 *C.c.Q.*, qui reproduit substantiellement l'article 244 *C.c.B.-C.* tel que remplacé en 1977.

<sup>56</sup>*Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, c. 4, art. 16(1), (2) et (4). Annulation de mariage, art. 439 *C.c.Q.* : « comme en matière de divorce [ . . . ] » Séparation de corps, art. 535 *C.c.Q.* : « les mêmes effets que le divorce. »

<sup>57</sup>A. et R. Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1971, no 359 à la p. 355. Voir aussi les auteurs cités *supra*, note 4.



était mieux en mesure que lui d'exercer les prérogatives de l'autorité parentale et de veiller à ce que l'enfant ne cause pas de dommage à autrui.

Cette interprétation de l'ancien article 1054 permettait de rejoindre la solution du *Code civil* français, dont l'article 1384, alinéa 4, bien différent, ne tient les parents responsables à l'égard de leurs enfants mineurs que s'ils habitent avec eux<sup>58</sup>.

## 2. L'importance donnée à la garde de l'enfant sous le nouvel article 1054, alinéa 2, *C.c.B.-C.*

Maintenant que les père et mère sont égaux et co-titulaires de l'autorité parentale, il semble logique de maintenir pour le nouveau texte l'interprétation que l'on donnait à l'ancien et de dire qu'« en cas de divorce et de séparation de corps, lorsque la garde a été attribuée à un parent, celui-ci devrait être le titulaire de l'autorité parentale visé par l'article 1054 nouveau<sup>59</sup>. » Par conséquent, la présomption de faute quitterait le parent privé de la garde de son enfant et suivrait le parent gardien. Mais, si logique qu'elle paraisse, cette interprétation contredit le texte de notre *Code*. La présomption de faute de l'article 1054, alinéa 2, vise « le titulaire de l'autorité parentale », non pas le gardien de l'enfant. Il faut ajouter au texte pour lui faire dire que le titulaire n'est présumé responsable que s'il a la garde de l'enfant ou cohabite avec lui<sup>60</sup>. Le premier alinéa de l'article 1054 retient la responsabilité de celui qui a la « garde des choses », non pas celle des personnes<sup>61</sup> ; il tient aussi la personne capable de discernement responsable du dommage « causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle [...] »

L'article 1384 du *Code civil* français s'exprime différemment en disant qu'on est responsable du dommage « causé par le fait des personnes dont on doit répondre [...] ». Il réfère ainsi à une abstraction juridique. Nos codificateurs ont voulu être plus précis et concrets en rattachant la règle à un fait : le contrôle. Mal leur en prit, car nos juristes leur reprochent l'emploi

<sup>58</sup>En France, la *Loi no 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale*, J.O., 5 juin 1970, 5225, Gaz. Pal. 1970. 1er sem. Lég. 246 précise de plus que la présomption ne vise que les père et mère qui « exercent le droit de garde [...] ».

<sup>59</sup>E. Groffier-Atala, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale » (1977) 8 R.G.D. 223 à la p. 231. La même auteure précise, à la p. 229 : « Il semble donc, que lorsque la garde est accordée à un parent, le titulaire de l'autorité parentale pour les fins du Code soit bien ce parent, même si l'autre conserve certains attributs de l'autorité parentale. »

<sup>60</sup>Azard, *supra*, note 4 à la p. 4 : « Malgré le caractère restrictif qui doit prévaloir en la matière, il paraît difficile de sous-entendre une condition qui n'apparaît pas dans le texte. »

<sup>61</sup>L'art. 1054, al. 4, *C.c.B.-C.* traite des « curateurs ou autres ayant légalement la garde des insensés ».

d'un terme inapproprié ou d'un anglicisme<sup>62</sup>. Il est vrai que l'anglais a emprunté son *control* de l'ancien français « contre-rolle », registre tenu en double pour fin de vérification<sup>63</sup> ; il l'a rendu au français avec, en guise d'intérêt, un sens dérivé<sup>64</sup>. Dans son ouvrage *L'expression juste en traduction*<sup>65</sup>, Pierre Daviault consacre six pages au mot *control*, débutant ainsi :

Voilà un de ces faux amis dont nous parlions dans notre introduction, c'est-à-dire de ces vocables que l'anglais a empruntés au français en leur donnant un sens qu'ils n'ont pas dans notre langue [...]. On peut dire : « J'ai contrôlé ses actes » pour signifier qu'on les a soumis à un examen sévère. Mais l'anglais, *I control his actions*, signifie qu'on dirige les actes de quelqu'un. Vous saisissez la nuance ? Voilà la fosse qui sépare *control* de contrôle<sup>66</sup>.

De quel côté du fossé le mot contrôle de l'article 1054 se trouve-t-il ? Le sens français nous paraît acceptable dans le texte et le contexte de cet article. Contrôler un enfant, ce peut être vérifier si ses activités et son comportement conviennent à l'éducation qu'on entend lui donner<sup>67</sup>. Le contrôle est une forme de surveillance et les auteurs rappellent souvent que les parents ont l'obligation de « contrôler » leur enfant pour éviter d'être tenus responsables du dommage qu'il cause à autrui<sup>68</sup>.

Le parent privé de la garde de son enfant est placé dans une situation difficile pour exercer son devoir de surveillance ou de contrôle, mais il en reste tenu, comme le dit expressément l'article 570 *C.c.Q.* :

Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, le père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

<sup>62</sup>Nadeau, *supra*, note 4, no 357 à la p. 320 ; Nadeau et Nadeau, *supra*, note 57, no 357 à la p. 353 ; Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 400 à la p. 209 n. 1 ; Baudouin, *supra*, note 4, no 244 à la p. 175 n. 1 ; Pineau et Ouellette, *supra*, note 12 à la p. 85.

<sup>63</sup>L.-A. Bélisle, *Dictionnaire nord-américain de la langue française*, Montréal, Beauchemin, 1979 ; O. Bloch et W. Von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, P.U.F., 1975, vo « rôle » ; W. Skeat, *An Etymological Dictionary of the English Language*, 4e éd., Oxford, Clarendon Press, 1963.

<sup>64</sup>Le dictionnaire Grand Robert note au mot « contrôle » une signification dérivée « avec infl. de l'angl. »

<sup>65</sup>Montréal, Albert Lévesque, 1931 aux pp. 17-23.

<sup>66</sup>*Ibid.* à la p. 17.

<sup>67</sup>*Ibid.* à la p. 19, Daviault cite et approuve le traducteur E. Fauteux qui écrit : « Il est permis d'employer *contrôler* ou le substantif, lorsqu'il s'agit de *vérification*, de *surveillance*, de *censure* [...]. Les parents contrôlent les actes de leurs enfants, les patrons ceux de leurs ouvriers. »

<sup>68</sup>Mazeaud et Tunc, t. 1, *supra*, note 6, no 767 à la p. 880 : « C'est un fait, dont les tribunaux refusent normalement de tenir compte, qu'une mère de famille nombreuse ne peut pas contrôler constamment chacun de ses enfants [...] » ; Nadeau, *supra*, note 4, no 376 à la p. 355 : « [L]'élément *contrôle* ou *surveillance* doit subsister à la charge du père, pour qu'on retienne sa responsabilité. »

Selon la *Loi de 1985 sur le divorce*, le parent non gardien qui a un droit d'accès auprès de son enfant « peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant<sup>69</sup>. » N'est-ce pas là donner au parent non gardien un moyen de contrôler, c'est-à-dire d'examiner les activités de son enfant pour vérifier ses progrès ou ses succès aussi bien dans le domaine de la santé que celui de l'éducation ?

Conformément à ces textes, le juge ordonne parfois à l'institution d'enseignement de communiquer les bulletins scolaires non seulement à la personne qui lui a délégué la garde de l'enfant, mais aussi au parent non gardien<sup>70</sup>. Au parent à qui il confie l'enfant, le juge peut ordonner de ne pas changer de résidence sans en informer le parent non gardien au moins trente jours à l'avance, de façon à assurer son droit d'accès et la continuité du contrôle ou de la surveillance<sup>71</sup>.

De ces observations, nous pouvons conclure que le parent privé de la garde de son enfant peut encore exercer sur lui un certain contrôle, selon le sens qu'a ce mot au premier alinéa, et qu'il demeure titulaire de l'autorité parentale, donc atteint par la présomption de faute mentionnée au deuxième alinéa de l'article 1054. La présomption survit, mais elle est plus fragile.

La fragilité de cette présomption de faute est accentuée par l'opinion répandue selon laquelle seul le gardien exerce un pouvoir décisionnel à l'égard de l'enfant, de sorte que le rôle du parent privé de la garde serait réduit à celui d'observateur intéressé, chargé d'alerter le tribunal quand la personne ayant la garde de l'enfant ne s'acquitte pas convenablement de ses devoirs de surveillance et d'éducation<sup>72</sup>.

Certes, la simple attribution de la garde, sans condition ni modalité particulière, confère à l'attributaire le droit de prendre seul à peu près toutes les décisions relatives à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, sans avoir à rechercher l'avis ou le concours de l'autre parent. Avec déférence

---

<sup>69</sup>*Supra*, note 56, art. 16(5), dont la version anglaise se lit ainsi :

[A] spouse who is granted access to a child of the marriage has the right to make inquiries, and to be given information, as to the health, education and welfare of the child.

<sup>70</sup>*Vignaux-Fines c. Chardon*, *supra*, note 44. Ce double contrôle rappelle le racine au mot : « contre-rolle » ou registre en double pour fin de vérification.

<sup>71</sup>*Loi de 1985 sur le divorce*, *supra*, note 56, art. 16(7).

<sup>72</sup>*Droit de la famille* — 301 [1986] R.J.Q. 2141 à la p. 2149 (C.S.); D. Payne, *Payne's Commentaries on the Divorce Act, 1985*, Don Mills, Ont., DeBoo, 1986 à la p. 79 : « [T]he non-custodial spouse with access privileges is a passive bystander who is excluded from the decision-making process in matters relating to the child's welfare, growth and development [ . . . ] » ; Boisclair, *supra*, note 48 à la p. 302 : « De fait, il n'a plus qu'un rôle de surveillant, notamment des actes d'autorité posés par le gardien légal à l'égard de l'orientation de l'enfant. Le droit de surveillance exclut celui de décision. »

pour l'opinion contraire, nous croyons cependant que le parent non gardien a encore une certaine autorité et quelques occasions d'exercer un pouvoir décisionnel restreint. L'importance de son autorité est proportionnelle à l'étendue des droits d'accès, de visite ou d'hébergement qui lui sont reconnus et dont il peut se prévaloir. De toute évidence, s'il habite à l'étranger et que ses contacts avec son enfant se limitent à quelques appels téléphoniques, la présomption de faute de l'article 1054, alinéa 2, ne tient qu'à un fil.

**B. Attribution de la garde conjointe et son incidence sur la présomption de faute des parents divorcés ou séparés**

Considérer que la personne à qui l'on attribue la garde de l'enfant exerce seule l'autorité parentale et prend seule les décisions relatives à son bien-être et à son éducation, c'est instaurer une autorité monoparentale, un régime d'inégalité des père et mère à l'égard de leur enfant. En droit, ce résultat peut être contestable ; dans les faits, il est souvent préjudiciable. Pour y remédier, les praticiens et les tribunaux ont eu recours à la « garde conjointe ».

L'expression « garde conjointe » est malheureuse, puisqu'elle ne comporte pas un droit de garde au sens strict du mot ; mais elle désigne une notion heureuse à plus d'un égard. Elle permet aux père et mère, qui ne font plus vie commune, de prendre ensemble et en pleine égalité les décisions importantes que requièrent le soin, la surveillance et l'éducation de leur enfant<sup>73</sup>. En France, on vient d'introduire ce nouveau concept au *Code civil*, en lui donnant le nom plus approprié d'« exercice en commun de l'autorité parentale »<sup>74</sup>.

L'ordonnance de garde conjointe conserve ainsi aux père et mère réunis la même autorité qu'ils exerçaient ensemble sur leur enfant au temps où ils faisaient vie commune. Ils restent donc touchés par la présomption de faute de l'article 1054 ; celle-ci est presque aussi forte à l'égard du parent qui est privé de la présence habituelle de l'enfant qu'à l'égard de celui chez qui l'enfant réside<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup>Voir C. L'Heureux-Dubé, « La garde conjointe, concept acceptable ou non ? » (1979) 39 R. du B. 835 à la p. 842.

<sup>74</sup>*Loi no 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale*, J.O., 24 juillet 1987, 24, Gaz. Pal. 1987, 2e sem. Lég.286. Le droit français a été plus lent que le nôtre à accepter ce nouveau concept qui s'opposait au texte de l'art. 273.2, al. 1, de leur *Code civil* : « Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre. »

<sup>75</sup>Même privé de la garde physique de l'enfant, le parent qui en a la garde conjointe a « une obligation plus lourde que celle qui lui incomberait normalement. » : L'Heureux-Dubé, *supra*, note 73 à la p. 860.

Toutefois, la situation du parent chez qui l'enfant n'habite pas est légèrement plus avantageuse quant à cette présomption. Il peut en effet la repousser quand le dommage causé par l'enfant n'aurait pu être évité que par une surveillance immédiate qu'il lui était impossible d'assurer, mais qui incombait au parent chez qui l'enfant habite.

Cette légère inégalité disparaît lorsque le tribunal confie l'enfant à un tiers (on dira généralement qu'il confie la « garde physique » de l'enfant à ce tiers), tout en attribuant la garde conjointe (on dira souvent « la garde juridique ») aux père et mère. Ces derniers sont alors tenus aux mêmes obligations et, pour s'en acquitter, ils éprouvent la même difficulté de surveiller et éduquer un enfant qui habite ailleurs.

La tierce personne, à qui le tribunal a confié la garde physique de l'enfant, n'est pas pour autant titulaire de l'autorité parentale ; la présomption de l'article 1054, alinéa 2, ne l'atteint donc pas. Pour la tenir responsable du dommage causé à autrui par l'enfant d'autrui, il faudrait recourir aux règles ordinaires du droit commun.

En France, la garde conjointe, connue sous l'appellation de « l'exercice conjoint de l'autorité parentale », a des incidences différentes sur la responsabilité des père et mère. La présomption de faute créée par l'article 1384 du *Code civil* français ne vaut qu'à l'encontre du parent chez qui l'enfant habite. Cette présomption n'atteint donc pas le parent divorcé que l'on a privé de la garde au sens strict du mot ; elle ne l'atteint que durant le temps où il exerce aussi son droit d'héberger l'enfant<sup>76</sup>.

### *C. Attribution de la garde juridique ou de la garde physique aux parents désunis et son incidence sur la présomption de faute*

L'éclatement de la famille a déclenché l'éclatement de la notion juridique de garde d'enfant. Pour la même raison que les tribunaux et les praticiens ont inventé la notion de « garde conjointe » ou d'exercice conjoint de l'autorité parentale, ils ont morcelé la notion de garde d'enfant en « garde physique » (certains disent « garde matérielle ») et « garde juridique » (certains disent « garde légale »)<sup>77</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, on recherche la répartition de l'autorité parentale qui conviendrait le mieux à

---

<sup>76</sup>E.S. de La Marnierre, « Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires » *Gaz. Pal.* 1987. *Doctr.* 2 à la p. 4 ; M.-L. Norançais-Demeester, « Vers l'égalité parentale : Loi no 87-570 du 22 juill. 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale » *D.* 1988. *Chron.* 7 à la p. 11.

<sup>77</sup>Il nous semble qu'il vaut mieux réserver l'expression « garde matérielle » à la garde des choses plutôt qu'à celle des personnes. Quant à l'expression « garde légale », on peut lui reprocher d'être un anglicisme ambigu ; elle peut indiquer qu'elle est attribuée par la loi ou conformément à la loi.

l'intérêt de l'enfant. La garde conjointe crée un régime de *communauté d'autorité* ; le morcellement de la garde en gardes physique et juridique est plutôt un régime de *séparation d'autorité*, une division des tâches parentales.

On entend par « garde physique » le droit de retenir l'enfant chez soi ou de déterminer le lieu de sa résidence. C'est le droit de garde au sens strict du mot, le premier des trois attributs de l'autorité parentale énoncés à l'article 647 *C.c.Q.*, détaché, dans la mesure du possible, des deux autres attributs qui sont les droits de surveillance et d'éducation.

À l'opposé, on entend par « garde juridique » le droit qu'a une personne de surveiller et éduquer un enfant même s'il ne réside habituellement pas avec soi et de prendre les décisions importantes à son sujet. C'est en somme l'autorité parentale amputée du véritable droit de garde.

Cette terminologie non civiliste vient d'être condamnée tant par la Cour d'appel du Québec que par la Cour suprême du Canada<sup>78</sup>. Exprimant l'avis unanime de la Cour suprême, le juge Beetz écrit :

Cette distinction [entre garde légale et garde physique] d'origine jurisprudentielle n'est pas reconnue dans le Code civil [...]. L'expression « garde physique » est trompeuse. J'ai déjà indiqué qu'une personne à qui un tribunal attribue la garde d'un enfant obtient de toute évidence l'exercice d'une partie de l'autorité parentale qui excède cependant la seule faculté de déterminer la résidence de l'enfant. D'autre part, le concept de « garde légale », vraisemblablement emprunté de « legal custody » de *common law*, est inconnu en droit civil. Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence de l'enfant<sup>79</sup>.

Voilà des propos très justes. Mais nous croyons qu'ils visent plus des erreurs de langage que des erreurs de droit.

Le juge qui dit confier à une mère la « garde physique » de son enfant lui reconnaît plus que le droit de retenir l'enfant chez elle ou de déterminer sa résidence. Comme l'explique l'arrêt de la Cour suprême cité plus haut, le juge lui confère aussi « de toute évidence l'exercice d'une partie de l'autorité parentale [...] ». Mais il s'agit d'une autorité minimale. L'attributaire de la garde physique a la responsabilité de l'enfant au jour le jour ; il est chargé de lui prodiguer les soins usuels, logement, vêtements, nourriture et entretien ; il prend à cette fin des décisions qui ne peuvent attendre la consultation ou la présence éventuelle de l'autre parent.

De son côté, le parent à qui le juge attribue la garde juridique de l'enfant en toute exclusivité<sup>80</sup> occupe un rang apparemment supérieur dans le do-

<sup>78</sup>*V.-F. (T.) c. C. (G.)*, *supra*, note 44.

<sup>79</sup>*Ibid.* à la p. 285.

<sup>80</sup>Attribuer la garde juridique aux deux parents, ce serait leur confier l'« exercice conjoint de l'autorité parentale », communément appelé « garde conjointe ».

maine de la surveillance et de l'éducation. C'est lui qui prend les décisions importantes relatives à l'orientation de l'enfant. Quel établissement scolaire l'enfant doit-il fréquenter ? Quand doit-il cesser ses études ? Dans quelle mesure convient-il d'encourager sa formation intellectuelle, artistique, religieuse, scientifique ou sportive ? Vers quel médecin ou quel établissement hospitalier faut-il le diriger et quelle intervention chirurgicale faut-il autoriser ? L'attributaire de la garde juridique détient le pouvoir décisionnel dans ces domaines.

L'opposition au morcellement de l'autorité parentale s'appuie sur plusieurs raisons. Outre que les appellations de « garde physique » et de « garde juridique » n'apparaissent pas dans nos codes, les frontières qui séparent ces deux notions sont imprécises. Il est parfois difficile de distinguer entre les décisions relatives aux besoins immédiats et quotidiens de l'enfant et celles d'une importance supérieure ayant une portée sur son développement et son orientation.

Ces difficultés ne justifient cependant pas d'écarter dans tous les cas le morcellement de la notion de garde. Celui-ci peut être approprié dans les circonstances suivantes : un parent, en mesure de garder l'enfant avec lui et de lui prodiguer tous les soins usuels, n'est pas doué pour prendre à son sujet les décisions importantes susceptibles d'avoir des répercussions sérieuses sur son développement intellectuel ou physique et sur son orientation ; à l'inverse, l'autre parent, incapable de garder chez lui son enfant et de lui prodiguer des soins quotidiens, possède toutes les aptitudes qui manquent au premier pour prendre les décisions opportunes relatives à son éducation et à son développement général. La division des tâches selon les aptitudes respectives des parents se fait spontanément dans les couples unis. Malgré qu'ils aient les mêmes droits et les mêmes obligations<sup>81</sup>,

[I]es époux contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives.

Chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer<sup>82</sup>.

Une répartition aussi rationnelle de l'exercice de l'autorité parentale peut être également opportune à l'égard des couples désunis. Il est donc permis au juge d'envisager que, dans certaines circonstances, en dépit de la grisaille de la nouvelle terminologie, le morcellement de la notion de garde permet une répartition plus appropriée des attributs de l'autorité parentale et sert les meilleurs intérêts de l'enfant.

---

<sup>81</sup>Art. 441 C.c.Q.

<sup>82</sup>Art. 445 C.c.Q.

L'attributaire de la garde physique (ou matérielle) et celui de la garde juridique (ou légale) n'exercent respectivement qu'une parcelle de l'autorité parentale, mais chacun d'eux en reste le titulaire atteint par la présomption de faute du deuxième alinéa de l'article 1054 *C.c.B.-C.* La division des tâches parentales, suite au démembrement de la notion de garde, n'est cependant pas sans répercussion sur les moyens que chacun des parents peut invoquer pour se disculper conformément au sixième alinéa de l'article 1054<sup>83</sup>. Chacun des parents s'efforcera d'établir que l'acte dommageable de l'enfant relevait du domaine réservé à la compétence de l'autre. Il n'y réussira pas toujours, car l'acte dommageable peut être causé à la fois par la faute de surveillance immédiate commise par le parent responsable de la garde physique et par la faute d'éducation commise par le parent responsable de la garde juridique.

*D. L'attribution de la garde alternée et son incidence sur la présomption de faute des parents divorcés ou séparés*

Une autre façon d'équilibrer les droits de chacun des parents désunis consiste à confier à chacun d'eux, à tour de rôle, la garde de leur enfant pour des périodes de temps égales ou approximativement égales. On lui donne le nom de garde alternée (ou alternative).

Ce partage peut se comparer à la simple attribution de la garde sous réserve de droits de visite et d'hébergement accordés au non-gardien. On peut dire en effet que, durant l'hébergement, le non-gardien habituel devient un gardien momentané, tandis que le gardien habituel devient non-gardien momentané<sup>84</sup>. Mais quand le partage du temps de garde est très inégal, on ne lui donne pas le nom de garde alternée.

---

<sup>83</sup>Ainsi, le père, privé de la garde physique de son enfant, pourra convaincre le tribunal qu'il n'a rien négligé pour lui inculquer une bonne éducation, mais qu'il n'a pu l'empêcher de s'emparer d'allumettes laissées à sa portée par la mère qui en avait la garde et qui lui a permis d'aller chez le voisin où il a causé un incendie.

Par contre, la mère, à qui la garde physique de l'enfant a été attribuée, pourrait repousser la présomption de faute pour les blessures infligées volontairement par son enfant à un compagnon de jeu ; elle pourrait prouver qu'elle s'était opposée à ce que son fils, naturellement agressif, fasse partie d'une équipe de hockey reconnue pour ses habitudes de violence, mais que le père, titulaire de la garde juridique, avait autorisé et encouragé leur enfant à pratiquer ce sport avec l'équipe réputée pour sa brutalité au jeu.

<sup>84</sup>Pineau, *supra*, note 12, no 238 à la p. 175 :

[L]orsque le tribunal ordonne, par exemple, que le père aura l'enfant les fins de semaine et le mois de juillet au complet, et que la mère assumera cette charge cinq jours par semaine et le mois d'août au complet, cela signifie que le père aura la garde juridique (et physique) durant telle période et que la mère aura la garde juridique (et physique) pendant telle autre période [ . . . ].



La garde alternée diffère davantage des autres modalités de la garde que nous avons mentionnées. En cas de garde conjointe, les deux parents exercent les mêmes droits simultanément ; en cas de garde démembrée (physique et juridique), ils exercent simultanément des droits distincts ; en cas de garde alternée, ils exercent les mêmes droits mais successivement, tour à tour.

La garde alternée n'exclut pas d'autres modalités ; elle peut être combinée à une garde conjointe. Dans ce cas, l'alternance a pour seul objet la garde physique de l'enfant<sup>85</sup>. Cet arrangement réalise, pour des parents qui ne vivent plus ensemble, la plus complète égalité à l'égard de leur enfant. Il en résulte aussi une égale vulnérabilité à la présomption de faute du deuxième alinéa de l'article 1054. Quand le dommage causé par leur enfant est imputable à une faute d'éducation, cette présomption pèse aussi lourdement contre le père et contre la mère, puisque chacun d'eux a le même devoir d'éducation et les mêmes facilités de s'en acquitter. Mais lorsque le dommage est dû à un manque précis de surveillance, le parent avec qui l'enfant n'habitait pas au moment où l'acte dommageable a été posé est évidemment en meilleure situation pour s'exonérer.

### III. La présomption de faute des titulaires de l'autorité parentale et la responsabilité solidaire

La responsabilité des co-titulaires de l'autorité parentale soulève divers problèmes de solidarité. Les co-titulaires sont-ils solidairement responsables ? L'enfant mineur, auteur de la faute dommageable, est-il solidairement responsable avec le titulaire de l'autorité parentale ? Y a-t-il solidarité entre le titulaire de l'autorité parentale et d'autres personnes dont la faute est prouvée ou présumée ?

#### A. Solidarité entre co-titulaires de l'autorité parentale

Lorsque ni le père ni la mère ne parviennent à repousser la présomption de faute de l'article 1054, alinéa 2, le *Code civil du Bas-Canada* ne dit pas expressément s'ils sont responsables conjointement ou solidairement. Le *Code civil* français est plus explicite à ce sujet ; il tient les parents solidairement responsable tant qu'ils exercent ensemble le droit de garde<sup>86</sup>.

Même si la solidarité ne se présume pas, elle a lieu de plein droit dans certains cas prévus par la loi<sup>87</sup>. Or, l'article 1106 *C.c.B.-C.* prévoit que « [l']obligation résultant d'un délit ou quasi-délict commis par deux person-

---

<sup>85</sup>On en trouve un exemple dans *Benoît c. Bisailon* [1976] C.S. 1651.

<sup>86</sup>Art. 1384, al. 4, *C.c. fr.* Avant l'amendement de 1970, les auteurs français enseignaient que les parents étaient tenus *in solidum* : H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 2, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1970, no 1968 à la p. 1105.

<sup>87</sup>Art. 1105 *C.c.B.-C.*

nes ou plus est solidaire. » Lorsque les titulaires de l'autorité parentale négligent de surveiller et d'éduquer l'enfant mineur et que leur négligence cause un dommage à autrui, ils se rendent coupables d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle. L'on ne doit donc pas s'étonner que la présomption de cette faute se trouve au chapitre « Des délits et quasi-délits ».

Il est vrai que la responsabilité des titulaires de l'autorité parentale a pour fondement la présomption d'une double faute, l'une de surveillance et l'autre d'éducation. Quand l'un des titulaires établit qu'il n'a commis aucune faute de surveillance, tandis que l'autre prouve qu'il a rempli impeccablement son devoir d'éducation, chacun d'eux ne se disculpe qu'à demi. À l'égard du premier subsiste une présomption de faute d'éducation, alors qu'une présomption de faute de surveillance demeure à l'égard du second.

On s'est donc demandé si, en pareilles circonstances, l'on ne devait pas tenir les co-titulaires de l'autorité parentale responsables *in solidum* plutôt que solidairement, puisqu'ils ne sont pas les auteurs d'un même délit<sup>88</sup>. Nous croyons toutefois qu'il n'en est pas ainsi, car nos tribunaux n'exigent pas, pour la solidarité mentionnée à l'article 1106, que le dommage soit causé par une même faute commise par deux personnes ; il suffit que des fautes distinctes commises par deux personnes contribuent à causer le même préjudice<sup>89</sup>. Il était difficile de ne pas en arriver à cette conclusion après que la Cour suprême du Canada eût condamné solidairement deux employeurs pour le dommage causé par les fautes distinctes de leurs préposés respectifs<sup>90</sup>. De plus, surveillance et éducation sont des fonctions imbriquées l'une dans l'autre ; on peut dire que les père et mère ont commis la même faute, celle d'avoir, chacun à sa façon, mal exercé l'autorité parentale.

Les mots semblent défier leur signification normale quand on leur fait dire que la responsabilité des parents divorcés ou séparés à qui l'on confie la garde conjointe n'est pas conjointe. Malgré eux, la solidarité ne les quitte pas.

<sup>88</sup>Pineau et Ouellette, *supra*, note 12 à la p. 90.

<sup>89</sup>*Martel c. Hôtel-Dieu de St-Vallier* [1969] R.C.S. 745 à la p. 753, 14 D.L.R. (3d) 445 [ci-après *Martel* cité aux R.C.S.]; Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 386 à la p. 198 ; Pineau et Ouellette, *supra*, note 12 à la p. 181.

<sup>90</sup>*Grand Trunk Railway c. McDonald* (1918), 57 R.C.S. 268. Comparer Mazeaud et Tunc, t. 2, *supra*, note 86, nos 1954-55 aux pp. 1081-84. Ce n'est pourtant pas à cause d'un délit commis par les employeurs eux-mêmes qu'on retient leur responsabilité ; ils sont responsables en raison d'une présomption absolue de responsabilité, tandis que les titulaires de l'autorité parentale sont responsables en raison d'une présomption relative de faute. Au plan théorique, on peut soutenir que le commettant et le préposé ne devraient pas être tenus solidairement : M. Dubé, « À la recherche d'un fondement juridique de l'action récursoire » (1970) 1 R.D.U.S. 149 à la p. 154.

**B. Solidarité entre le titulaire de l'autorité parentale et l'enfant mineur**

La responsabilité du titulaire ou des titulaires de l'autorité parentale n'exclut pas celle de l'enfant mineur « capable de discerner le bien du mal »<sup>91</sup> qui, par sa faute, a causé un dommage à autrui. Ces deux responsabilités invoquées dans une même action peuvent donner lieu à une double condamnation.

C'est un cas où les codéfendeurs sont les auteurs de fautes clairement distinctes : faute des surveillants (titulaires de l'autorité parentale) et faute du surveillé (enfant mineur). Ceci n'empêche pas leur condamnation solidaire<sup>92</sup>. Il est vrai que la victime préfère parfois ne pas poursuivre l'enfant mineur pour éviter le double risque de son insolvabilité habituelle et de son inaptitude à distinguer le bien du mal, ainsi que l'inconvénient d'avoir à lui nommer un tuteur<sup>93</sup>.

La prudence incite cependant à exercer un recours à la fois contre l'enfant et le titulaire à l'autorité duquel il est assujéti, pour mettre ainsi toutes les chances de son côté. S'il arrive que seul l'enfant<sup>94</sup> ou seul le titulaire<sup>95</sup> soit condamné, l'action contre l'autre défendeur est ordinairement rejetée sans frais.

La victime peut cumuler contre chacun des codéfendeurs tous les moyens que la loi lui offre. Ainsi, le parent titulaire de l'autorité parentale peut être aussi le curateur de son enfant atteint d'une maladie mentale<sup>96</sup>, ou le gardien d'une chose ou d'un animal prêté à son enfant<sup>97</sup>. Il pourrait être également l'employeur de son enfant mineur dont l'acte dommageable a été posé dans l'exercice de ses fonctions<sup>98</sup> ; dans ce dernier cas, le parent, à titre d'employeur, ne pourrait invoquer un moyen d'exonération<sup>99</sup> dont il aurait pu se prévaloir en tant que titulaire de l'autorité parentale. La victime n'est pas tenue d'opter pour l'un de ces moyens, car elle peut réunir plusieurs causes d'action dans sa demande en justice<sup>100</sup>.

<sup>91</sup>Art. 1053 *C.c.B.-C.*

<sup>92</sup>*Ouellette, c. Gagnon* [1980] C.A. 606, conf. [1976] C.S. 789; Pineau et Ouellette, *supra*, note 12 aux pp. 84-86 ; Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 398 à la p. 207, et no 410 à la p. 213 ; Nadeau et Nadeau, *supra*, note 57, no 352 à la p. 351 ; Nicholls, *supra*, note 15 à la p. 51.

<sup>93</sup>*Foley c. Marcoux* [1957] R.C.S. 650, conf. (1956), [1957] B.R. 512.

<sup>94</sup>*Ginn c. Sisson* (1968), [1969] C.S. 585 à la p. 589, action contre le père rejetée sans frais.

<sup>95</sup>*Laverdure, supra*, note 51 à la p. 630, action contre l'enfant rejetée sans frais.

<sup>96</sup>*Ibid.* à la p. 619.

<sup>97</sup>Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 409 à la p. 213.

<sup>98</sup>*Danis c. Allaire* (1956), [1957] B.R. 375. Que l'enfant, préposé de son père, soit mineur ou majeur, la présomption de responsabilité de l'article 1054, al. 7, *C.c.B.-C.* s'applique.

<sup>99</sup>Art. 1054, al. 6, *C.c.B.-C.*

<sup>100</sup>Art. 66 *C.p.c.*

**C. Solidarité entre le titulaire de l'autorité parentale et d'autres personnes également responsables du fait de l'enfant mineur**

La responsabilité des titulaires de l'autorité parentale et de l'enfant qui a causé le dommage peut aussi se combiner avec celle d'autres personnes dont la faute est prouvée (comme celle d'un gardien d'occasion, d'un compagnon de jeu de l'enfant), dont la faute est présumée (comme celle d'un instituteur) ou même dont la responsabilité sans faute est établie par la loi (comme celle de l'employeur de l'enfant). Ces personnes responsables à divers titres peuvent faire partie d'un groupe de codéfendeurs exposés à une condamnation solidaire<sup>101</sup>.

Certains auteurs sont d'avis que, dans les cas où l'enfant mineur passe sous la garde responsable d'un artisan, d'un instituteur ou d'un employeur, la présomption de responsabilité du parent, titulaire de l'autorité parentale, disparaît ou est déplacée à l'encontre du nouveau gardien responsable<sup>102</sup>. Nous ne partageons pas cet avis. Bien sûr, pendant que l'enfant est sous la surveillance immédiate d'un instituteur, d'un artisan ou d'un patron, il échappe généralement à la surveillance du titulaire de l'autorité parentale ; ce dernier peut alors repousser assez facilement la présomption d'un défaut de surveillance. Mais il lui reste encore à prouver qu'il a bien éduqué son enfant ; car une mauvaise éducation à la maison peut avoir des répercussions sur le comportement de l'enfant à l'école ou au lieu de son travail.

Rien dans la loi n'empêche que le titulaire de l'autorité parentale et l'instituteur à qui il avait confié la garde et l'éducation de son enfant ne soient condamnés solidairement lorsque ni l'un ni l'autre ne réussit à repousser la présomption de faute mise à sa charge par l'article 1054 C.c.B.-C. Il n'est pas impensable qu'une meilleure éducation de la part des parents ou une surveillance plus attentive de la part de l'éducateur aurait pu empêcher le fait dommageable de se produire. La faute du titulaire de l'autorité parentale et celle de l'éducateur ont contribué à causer le préjudice, de sorte que chacun d'eux est responsable pour le tout. Peu importe que les deux fautes ne soient pas identiques et qu'elles n'aient pas été commises simultanément<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup>Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 409 à la p. 213.

<sup>102</sup>Nicholls, *supra*, note 15 à la p. 74 ; Nadeau et Nadeau, *supra*, note 57, no 376 à la p. 368 (employeur), et no 382 à la p. 372 (artisan ou institution). On invoque à l'appui de cette opinion le jugement rendu en Cour supérieure dans *Bergeron c. Dagenais* (1913), 46 C.S. 302, conf. par (1915), 47 C.S. 492 (C. rév.). Ces décisions sont loin d'être concluantes sur ce point, le premier juge ayant trouvé que le père avait repoussé la présomption de faute ; la Cour de révision a jugé que le demandeur n'avait pas prouvé que c'est l'enfant qui avait causé le dommage.

<sup>103</sup>Mazeaud et Tunc, t. 2, *supra*, note 86, no 1953 à la p. 1079.

Sur ce point, il faut se garder de s'en remettre aux solutions adoptées en France où la présomption de faute ne vise les père et mère que s'ils cohabitent avec l'enfant<sup>104</sup>. La cessation de cette cohabitation, dès lors qu'elle est légitime, fait cesser en droit français la présomption de faute qui pesait contre les parents<sup>105</sup>. C'est ce qui se produit quand les parents doivent confier leur enfant à une institution d'enseignement éloignée où il doit résider. Pour la même raison, selon Savatier<sup>106</sup>, la responsabilité du père disparaît entièrement lorsque le mineur habite chez son employeur.

Sans doute, l'employeur est responsable pour la totalité du dommage causé par la faute de son préposé, fût-il mineur. La jurisprudence considère que l'obligation de l'employeur et celle de son employé sont solidaires, vu l'article 1106 *C.c.B.-C.*, malgré que cet article ne traite que de « délit ou quasi-délit commis par deux personnes ». Ce raisonnement vaut quand la faute et la responsabilité du mineur sont jumelées à la faute et à la responsabilité de l'artisan ou de l'instituteur. Mais la responsabilité de l'employeur ne résulte généralement pas d'une faute ; même s'il n'en a commis aucune, la clause exculpatoire du sixième alinéa de l'article 1054 ne lui est pas accessible. Sur le plan théorique, on peut donc soutenir qu'il n'y a pas de solidarité entre l'employé et l'employeur, à moins que tous les deux aient commis une faute. En pratique, il serait hasardeux de contester une jurisprudence contraire persistante qui tient le commettant et l'ouvrier solidairement responsables<sup>107</sup>. La présomption de responsabilité est ainsi assimilée à une présomption de faute.

#### *D. Détermination de la part que chacun des codébiteurs solidaires doit assumer à l'égard des autres*

Nous l'avons vu, les circonstances peuvent réunir dans une même action un grand nombre de personnes appelées à répondre du dommage causé par un enfant mineur. Supposons un cas où cinq adolescents d'environ quinze ans complotent et exécutent un méfait alors qu'ils sont à l'école. Dans une même action, la victime les poursuit en justice en même temps

<sup>104</sup>Voir Mazeaud et Tunc, t. 1, *supra*, note 6, no 794 à la p. 905 (parents et éducateurs) et no 865 à la p. 943 (parents et commettants).

<sup>105</sup>Starck, *supra*, note 53, no 732 à la p. 346.

<sup>106</sup>*Supra*, note 15, no 250 à la p. 321.

<sup>107</sup>*Martel, supra*, note 89 à la p. 756 ; Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 483 à la p. 243. Voir aussi *supra*, note 90. La même difficulté s'est soulevée sous l'ancienne *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, S.R.Q. 1964, c. 232, selon laquelle le conducteur fautif était condamné solidairement avec le propriétaire de l'automobile tenu responsable même s'il n'avait commis aucune faute. Voir Baudouin, *supra*, note 4, no 583 à la p. 376 ; A. Larouche, « La responsabilité du propriétaire et du conducteur est-elle solidaire ? » (1971) 31 R. du B. 238 ; Y. Mayrand, « Responsabilité civile extra-contractuelle » (1971) 6 R.J.T. 409 à la p. 423 ; *Lareau c. Wilkens* [1974] C.A. 266.

que les titulaires de l'autorité parentale de chacun d'eux, l'instituteur chargé de la surveillance ainsi que son employeur, la commission scolaire. Après un long procès où chacun des quelque vingt codéfendeurs a cherché à se disculper, le tribunal conclut à la condamnation solidaire de treize d'entre eux : les cinq enfants mineurs, six titulaires de l'autorité parentale, l'instituteur et son employeur.

Cette multiplicité des défendeurs condamnés à réparer le dommage causé par la faute de deux enfants mineurs fait le bonheur de la victime dont elle facilite l'indemnisation ; mais elle ne fait pas celui du tribunal dont elle complique singulièrement la tâche. L'article 469 *C.p.c.* demande en effet au tribunal, en cas de condamnation solidaire prononcée contre les personnes responsables, de déterminer « pour valoir entre elles seulement, la part de chacune dans la condamnation, si la preuve permet de l'établir<sup>108</sup>. » On espère éviter ainsi des litiges ultérieurs sous forme d'actions récursoires.

Mais l'article 469 *C.p.c.*, tout comme les articles 1117 et 1118 *C.c.B.-C.*, n'indique pas le critère selon lequel le juge doit déterminer la part contributive des codébiteurs solidaires. On a pensé que chacun d'eux devrait supporter une part virile du fardeau<sup>109</sup> ; mais ce serait là une solution simpliste et inéquitable. Du reste, l'article 469 *C.p.c.* n'aurait pas sa raison d'être si chacun des débiteurs solidaires devait, dans tous les cas, assumer une part égale ; pour faire ce petit calcul mathématique, point besoin de l'aide du juge. D'autres proposent que chacun supporte le dommage dans la mesure où sa faute l'a causé<sup>110</sup>. On comprend difficilement cette méthode, car chacune des fautes retenues a causé tout le dommage. Voudrait-on dire que certaines fautes sont des causes plus déterminantes que d'autres ? Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a écarté ce critère pour s'en tenir à celui de la gravité des fautes respectives<sup>111</sup>. La contribution des codébiteurs solidaires est donc proportionnée à la gravité de la faute respective de chacun d'eux<sup>112</sup>.

<sup>108</sup>Faute de preuve permettant d'établir l'importance relative des fautes commises par chacun des défendeurs condamnés, le juge est dispensé de cette tâche difficile : *Bienvenue c. Canadian Pacific Railway* (1967), [1968] C.S. 372 à la p. 385.

<sup>109</sup>Mazeaud et Tunc, t. 1, *supra*, note 6, no 725 à la p. 853.

<sup>110</sup>Tunc dans Mazeaud et Tunc, t. 2, *supra*, note 86, no 1511 à la p. 623. Il en va différemment si deux fautes distinctes commises par des personnes différentes causent à la même victime des dommages distincts : *Coutellier c. Hervieux* [1974] C.S. 240 ; *Chénier c. Lachance* (31 janvier 1979), Montréal 500-05-017236-793 (C.S.). Voir cependant A. Larouche, *Chronique* (1975) 6 R.G.D. 193 à la p. 245, et (1976) 36 R. du B. 252.

<sup>111</sup>*Joubert c. Vaillancourt* (1968), [1969] B.R. 809 à la p. 811.

<sup>112</sup>Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 386 à la p. 198 ; Pineau et Ouellette, *supra*, note 12 à la p. 182 ; Mazeaud et Tunc, t. 1, *supra*, note 6, no 725 à la p. 853 ; Mazeaud et Tunc, t. 2, *supra*, note 86, no 1512 à la p. 625.

Cette règle s'applique sans difficulté particulière à ceux qu'on appelle très justement les « co-auteurs directs » du dommage<sup>113</sup>, c'est-à-dire les mineurs, élèves, apprentis ou préposés. Mais quand l'obligation solidaire s'étend en plus à ceux communément appelés les « civilement responsables »<sup>114</sup>, c'est-à-dire les titulaires de l'autorité parentale, tuteurs, instituteurs ou commettants, la seule norme de la gravité de la faute personnelle, appliquée sans discrimination, paraît inadéquate.

Prenons le cas du dommage causé par deux mineurs (*doli capaces*) que leurs père et mère, titulaires de l'autorité parentale, ont mal éduqués. Le juge, qui les condamne solidairement tous les six, doit-il comparer la faute de chaque codébiteur à celle des cinq autres pour en évaluer la gravité et ainsi déterminer sa part contributive ? Cette méthode pourrait conduire à des résultats peu satisfaisants. La gravité de la faute du mineur A serait comparée à celle des père et mère du mineur B, de sorte que la plus ou moins bonne éducation donnée à B aurait une répercussion sur la part contributive de A. Il pourrait aussi arriver que les parents dont l'enfant a commis la moindre des fautes soient appelés à assumer une part de responsabilité plus grande que celle attribuée aux parents dont l'enfant a commis la faute la plus grave.

Il nous paraît préférable de ne comparer dans un premier temps que les fautes des auteurs directs du dommage. Si la faute de A est trois fois plus grave que celle de B, il devra contribuer au paiement des trois quarts de la condamnation. Dans un second temps, ces trois quarts sont répartis entre A, auteur direct du dommage, et ses père et mère civilement responsables du préjudice que leur enfant a causé à autrui. Dans l'hypothèse où les fautes de ces trois codéfendeurs sont d'une égale gravité, la part contributive de chacun d'eux dans la condamnation solidaire sera en définitive d'un quart.

Cette façon de procéder tient compte d'une réalité : la responsabilité des enfants mineurs et celle des titulaires de l'autorité parentale ne se situent pas au même niveau, ni dans le temps ni dans le lien de causalité. La responsabilité du mineur est conforme à la règle de l'article 1075 *C.c.B.-C.*, car elle ne concerne que ce qui est une « suite immédiate » et une « suite directe » de sa faute. On ne peut en dire autant de la responsabilité des parents dont le défaut de bien éduquer leur enfant est bien antérieur à la faute de ce dernier ; dans l'ordre de la causalité, la faute des titulaires de l'autorité parentale est encore plus éloignée que dans l'ordre chronologique.

---

<sup>113</sup>Mazeaud et Tunc, t. 1, *ibid.*, no 723-2 à la p. 851 et no 724 à la p. 852.

<sup>114</sup>*Ibid.*, no 708 à la p. 838, et no 729 à la p. 855 ; Nadeau et Nadeau, *supra*, note 57, nos 354-55 à la p. 352. Ce dernier auteur les appelle aussi les « répondants », nos 351-52 aux pp. 350-51.

Le dommage que l'enfant mineur cause à autrui n'est qu'une suite indirecte de la mauvaise éducation reçue de ses parents. Ces derniers ne sont responsables que « par répercussion »<sup>115</sup> ; au point de vue de la contribution comme au point de vue de l'obligation, leur responsabilité est à la mesure de celle de leur enfant.

Quelques décisions de nos tribunaux, sans exprimer une opinion formelle à ce sujet, semblent adopter cette façon de répartir la contribution des codébiteurs solidaires. Dans une affaire où trois défendeurs condamnés solidairement étaient d'une part deux auteurs directs du dommage (un enfant mineur et un chauffeur d'autobus scolaire) et d'autre part l'employeur du chauffeur, les portions contributives ont été établies ainsi :

Vu que l'article 469 du Code de procédure civile l'exige, je préciserais que le défendeur Pierre Côté [enfant mineur] devra supporter en définitive la moitié de la condamnation solidaire, l'autre moitié devant être supportée par les défendeurs Alphonse Dubois [chauffeur employé] et Autobus Bois-Francis Ltée [employeur]<sup>116</sup>.

Cette conclusion fait voir que la contribution de l'employé est aussi celle de son employeur. Il est vrai que la responsabilité de l'employeur étant objective, il n'a commis aucune faute dont on pourrait comparer la gravité avec celles des autres défendeurs. Obligé de payer à la victime la totalité, il aurait pu réclamer de chacun des auteurs directs une moitié des dommages-intérêts<sup>117</sup>. Le père du mineur condamné a été exonéré par la Cour d'appel ; mais si la condamnation prononcée contre lui en première instance avait été maintenue et s'il avait dû payer à la victime la totalité des dommages-intérêts, il aurait eu le droit d'exercer un recours contre les autres débiteurs solidaires, y compris son fils, pour recouvrer non pas la totalité, comme un auteur l'écrit<sup>118</sup>, mais la part contributive de chacun établie selon la gravité de sa faute<sup>119</sup>.

Dans une autre affaire où deux fillettes avaient été blessées au cours d'un exercice sportif, le tribunal conclut

---

<sup>115</sup>Starck, *supra*, note 53, no 650 à la p. 313. Il apparaît que les parents ne sont responsables que par ricochet, quand la mauvaise éducation transmise à l'enfant est attribuable à celle aussi mauvaise qu'ils avaient eux-même reçue des grands-parents.

<sup>116</sup>*Dubois c. Dubois* [1978] C.A. 569 à la p. 575. Dans cette affaire, s'est aussi posé le problème du partage de la responsabilité en cas de faute commune, c'est-à-dire faute de la victime et celles des défendeurs.

<sup>117</sup>Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 398 à la p. 207.

<sup>118</sup>Nicholls, *supra*, note 15 à la p. 52. Comparer Mazeaud et Tunc, t. 1, *supra*, note 6, no 725 à la p. 853 et no 728 à la p. 854 ; Mazeaud et Tunc, t. 2, *supra*, note 57, nos 1972-74 à la p. 1112 et s.

<sup>119</sup>Savatier, *supra*, note 15, no 253 à la p. 324.



en partageant la responsabilité comme suit :

Les fillettes (ensemble) :	10%
La Commission scolaire Charlesbourg :	30%
L'exploitant et son préposé (ensemble) :	60%

Les défendeurs devront donc solidairement assumer 90% des dommages causés aux fillettes et la répartition entre les défendeurs se fera sur une base de un tiers à la Commission scolaire et deux tiers pour les défendeurs Drouin/Lanoix [exploitant et son préposé]<sup>120</sup>.

L'adverbe « ensemble » indique que le commettant et son préposé forment un groupe distinct pour les fins de la contribution.

Nous ne connaissons pas de cas où le juge aurait déterminé à la fois la contribution de l'enfant mineur, auteur direct du dommage, et celle du titulaire de l'autorité parentale. Il est vrai que les père et mère ne désirent généralement pas exercer une action récursoire contre leur enfant en raison de l'insolvabilité de ce dernier ou de l'obstacle moral de la relation familiale<sup>121</sup>.

Le recours de l'employeur condamné pour le dommage causé à autrui par son préposé se heurte aux mêmes difficultés ; le désir de ne pas envenimer les relations de travail, l'insolvabilité éventuelle du préposé ainsi que l'assurance de responsabilité souscrite par l'employeur rendent l'action récursoire de ce dernier extrêmement rare.

Cette attitude des employeurs à l'égard de son préposé sera à l'origine d'une nouvelle règle de droit si l'article 1521 de l'Avant-projet de loi sur le droit des obligations<sup>122</sup> est adopté :

Le commettant est tenu de réparer le préjudice causé par la faute de ses préposés dans l'exécution de leurs fonctions ; il conserve, néanmoins, ses recours contre eux si la faute commise est une faute intentionnelle ou lourde.

La deuxième phrase, par raisonnement *a contrario*, comporte une nouvelle règle importante : le commettant condamné pour la faute ordinaire (ni intentionnelle, ni lourde) de son préposé n'aura aucun recours contre lui. Recul spectaculaire du rôle de la faute en matière de responsabilité civile : à la responsabilité de celui qui n'a commis aucune faute, s'ajoute la non-responsabilité de l'auteur de la faute. Le tribunal, qui condamne solidairement commettant et préposé, ne devra-t-il pas préciser que le premier

<sup>120</sup>*Bouliane c. Commission scolaire de Charlesbourg* [1984] C.S. 323 à la p. 340, modifié quant au *quantum* seulement (*sub nom. Drouin c. Bouliane*) [1987] R.J.Q. 1490, 7 Q.A.C. 177.

<sup>121</sup>Nadeau, *supra*, note 4, no 379 à la p. 337 ; Savatier, *supra*, note 15, no 253 à la p. 324. Dans l'affaire *V. c. M.* [1950] C.S. 379, le juge oblige le père à indemniser la victime du vol perpétré par son fils mineur, mais il indique au défendeur qu'il pourra exercer un recours contre son fils devenu majeur.

<sup>122</sup>*Supra*, note 14.

devra en définitive payer la totalité des dommages-intérêts sans recours contre l'auteur du dommage ? Le préposé poursuivi seul et condamné à indemniser sa victime n'aura-t-il pas un recours pour la totalité contre son employeur ?

L'article 469 *C.p.c.* ne demande pas au juge de déterminer la part contributive des personnes responsables, mais qui ne sont pas parties en cause. La victime n'est pas tenue de poursuivre tous les codébiteurs ; elle peut ne s'attaquer qu'au débiteur de son choix, celui dont la solvabilité est certaine et dont la responsabilité peut être plus facilement établie. Le malheureux élu, contraint de payer toute la dette, a alors un recours contre les autres codébiteurs solidaires, même ceux que la victime n'a pas poursuivis<sup>123</sup>.

Les problèmes de la détermination de la part contributive de chacun des codébiteurs solidaires ne s'arrêtent pas là. Pour agrémenter le casse-tête juridique, disons que les parents des deux mineurs, coauteurs directs du dommage, sont divorcés. Les père et mère de l'un exercent conjointement leur autorité parentale (garde dite « conjointe ») sur leur enfant qui habite chez son père (gardien *stricto sensu*) ; quant aux parents de l'autre mineur, l'un d'eux en a la garde dite « physique », tandis que l'autre en a la garde dite « juridique ». En droit français, seul le parent chez qui l'enfant habite serait touché par la présomption de faute. En droit québécois, cette présomption atteint tous les parents, puisqu'ils demeurent tous titulaires de l'autorité parentale, malgré la diversité de leurs pouvoirs et des occasions données à chacun d'eux d'exercer cette autorité sur son enfant.

C'est au plan de la preuve requise pour repousser la présomption de faute que la situation d'un parent diffère selon qu'il a la garde exclusive de l'enfant, la garde conjointe et physique, la seule garde juridique ou la seule garde physique.

Ces diverses modalités de la garde procurent aux époux divorcés des situations favorables ou défavorables au contrôle des activités de leur enfant mineur. Le parent privé de la garde physique de son enfant est en meilleure position pour repousser la présomption d'un défaut de surveillance ; par contre, le parent privé de la garde juridique peut plus facilement établir que le défaut d'éducation de son enfant ne lui est pas imputable, attendu qu'il ne peut exercer un pouvoir décisionnel dans les questions importantes relatives à l'éducation. Bref, plus l'ordonnance de garde facilite à l'un des époux l'exercice de son autorité parentale, plus sa responsabilité est grande et plus il lui est difficile de prouver qu'il « n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage ».

---

<sup>123</sup>Mazeaud et Tunc, t. 2, *supra*, note 86, no 1972 à la p. 1112. Art. 1118 et 1156, al. 3, *C.c.B.-C.*

Lors du divorce, le parent qui réussit à se faire attribuer le droit de garde exclusive, y compris « le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache »<sup>124</sup>, peut estimer qu'il remporte une victoire. Mais le vainqueur sera plus exposé à une défaite s'il est plus tard poursuivi pour dommage causé à autrui par son enfant mineur.

L'ordonnance du tribunal qui confère expressément des droits au gardien lui impose implicitement des obligations. Même les droits d'accès, de visite ou d'hébergement réservés au parent non gardien comportent des devoirs. Le parent qui néglige de visiter son enfant, de sortir avec lui, de le recevoir durant les vacances, comme il y est autorisé par jugement, omet de prendre avantage de ces précieuses occasions de le surveiller et de contribuer à son éducation. Cette abstention fautive pourrait un jour lui être reprochée par la victime de son enfant mineur et par l'enfant lui-même.

Le recours du tiers, victime du mineur mal éduqué, contre le parent mauvais éducateur est expressément prévu à l'article 1054, mais on voit plus difficilement le recours du mineur mal éduqué contre son parent mauvais éducateur<sup>125</sup>. L'enfant, dont la mauvaise éducation a entraîné son délit et sa condamnation à des dommages-intérêts, sera quelque peu compensé lorsque la part contributive de ses parents, condamnés avec lui, diminuera sensiblement la sienne en raison de la gravité de leurs fautes respectives.

### Conclusion

Certaines institutions juridiques sont si profondément ancrées dans la tradition qu'on n'ose pas les modifier, encore moins les supprimer. Pourtant, en dépit de l'ancienneté des dispositions qui rendent les parents responsables du dommage causé par leur enfant mineur<sup>126</sup>, plusieurs auteurs souhaitent soit le renforcement, soit la suppression de la présomption de faute<sup>127</sup>.

Le moyen le plus efficace de renforcer cette présomption relative de faute serait d'en faire une présomption absolue de responsabilité. Les titulaires de l'autorité parentale seraient ainsi tenus de plein droit responsables du dommage causé par leur enfant. Cette responsabilité sans faute aurait

<sup>124</sup>Loi de 1985 sur le divorce, *supra*, note 56, art. 2(1).

<sup>125</sup>D'ailleurs, on estime que la présomption de faute des père et mère, titulaires de l'autorité parentale, n'existe qu'en faveur de la victime de l'enfant mineur : Mazeaud et Tunc, t. 1, *supra*, note 6, no 728-2 à la p. 855.

<sup>126</sup>Sur l'histoire de ces dispositions, voir A. Sourdat, *Traité générale de la responsabilité en dehors des contrats*, t. 2, 3e éd., Paris, Imprimerie et librairie générale de doctrine et de jurisprudence, 1876, no 810 et s. à la p. 61 et s. En droit romain, la responsabilité du chef de famille était sanctionnée différemment ; par l'abandon noxal de son enfant, le *paterfamilias* plaçait l'auteur du dommage sous la puissance de la victime.

<sup>127</sup>Baudouin, 2e éd., *supra*, note 6, no 445 à la p. 228 ; Azard, *supra*, note 4 à la p. 15 ; Starck, *supra*, note 53, no 780 à la p. 365 ; Mazeaud et Tunc, t. 1, *supra*, note 6, no 783 à la p. 895.

l'avantage de rendre moins aléatoire le recours de la victime contre les parents qui ne pourraient plus échapper à la condamnation en prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le fait dommageable<sup>128</sup>.

Pareil régime de responsabilité objective imposé aux parents ne nous paraît pas opportun. Bien sûr, on accepte que le patron qui n'a commis aucune faute soit tenu responsable du dommage causé par son employé, mais la situation du parent à l'égard de son enfant mineur est très différente. L'activité de l'employé, qui crée des risques pour les tiers, procure un profit au patron, tandis que le parent ne cherche pas à retirer un profit de l'activité de son enfant. De plus, le patron ne répond que des fautes commises par ses préposés « dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés » ; il est donc en mesure de surveiller et de contrôler leurs activités qui s'exercent généralement sur les lieux de son entreprise. Les parents, eux, sont responsables de la faute que leur enfant mineur peut causer en tout temps et en tout lieu. De nos jours, le père et la mère sont souvent obligés d'exercer leur profession en dehors de la résidence familiale et loin du lieu où la plupart des activités de leur enfant se déroulent, de sorte que la part de surveillance qu'ils peuvent exercer tend à diminuer.

Le moment semble donc mal choisi d'imposer un fardeau additionnel à ceux qui ont des enfants à charge. En obligeant les parents qui n'ont commis aucune faute à indemniser la victime directe de leur enfant mineur, on en ferait des victimes indirectes. L'État tient-il à se porter au secours de toutes les personnes qui subissent un préjudice ? Il pourrait le faire sans discrimination en assumant lui-même leur perte pour la faire supporter en définitive par l'ensemble des contribuables. C'est ainsi qu'il procède pour indemniser les victimes d'actes de civisme<sup>129</sup>. Celui qui a le courage d'élever des enfants en dépit des difficultés et désavantages pécuniaires qu'il lui faut assumer<sup>130</sup> n'accomplit-il pas un acte tout aussi méritoire ? Ce serait bien mal le récompenser de lui imposer une responsabilité sans faute.

On prétend qu'il conviendrait de tenir les parents responsables de tout dommage causé par leur enfant afin d'exprimer ainsi l'idée de « solidarité

---

<sup>128</sup>Le changement pourrait se faire aisément en déplaçant le deuxième alinéa de l'article 1054 pour en faire le dernier alinéa. Ce déplacement rendrait la disposition disculpatoire du 6e alinéa inaccessible aux titulaires de l'autorité parentale.

<sup>129</sup>*Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q. c. C-20, art. 2.

<sup>130</sup>« Les enfants 'retranchés' de la réforme fiscale — I.V.F. » (1987) 17:4 *Transition* 3 à la p. 3.

familiale »<sup>131</sup>. On semble oublier que la solidarité préconisée profiterait non pas à la famille, mais à ses créanciers, les tiers, victimes de l'enfant. Faire des père et mère qui n'ont commis aucune faute les débiteurs solidaires des dommages causés par leur enfant mineur, même privé de discernement, serait un étrange moyen de favoriser la véritable solidarité familiale.

La suppression de la présomption de faute des titulaires de l'autorité parentale nous paraît préférable à son renforcement. Elle aurait l'avantage de l'équité et celui de la simplicité<sup>132</sup>, car elle éliminerait une exception à la règle voulant que le demandeur prouve la faute du défendeur.

Le projet soumis par l'Office de révision du Code civil du Québec proposait de conserver la présomption simple de faute imposée aux père et mère<sup>133</sup>. Que l'on conserve ainsi cette présomption ou qu'on l'abolisse, dans plusieurs cas, le résultat pourrait être le même. Face à une présomption qui lui semble sévère, le juge peut se montrer moins exigeant à l'égard de la preuve de l'impossibilité d'empêcher le fait dommageable ; à l'inverse, en l'absence de toute présomption, il peut accueillir plus favorablement la preuve de la faute.

Cette discrétion du juge pour apprécier la preuve explique l'évolution constante de la jurisprudence qui reflète inévitablement celle des moeurs. Pour décider si un parent a surveillé et éduqué son enfant comme il convient, le juge tient compte du mode de vie actuel, de sorte que son jugement n'est pas uniquement juridique, il est aussi sociologique. Quelques décisions anciennes selon lesquelles un père, en permettant à son fils de monter à bicyclette, faisait courir un risque anormal de blessure à autrui, seraient maintenant inadmissibles à moins de circonstances particulières<sup>134</sup>. Les corrections ou punitions corporelles autorisées par la loi<sup>135</sup> ont déjà été jugées

---

<sup>131</sup>Starck, *supra*, note 53, no 781 à la p. 365. Quand l'enfant responsable est seul condamné, il arrive que spontanément les parents acquittent sa dette ; mais cette solidarité familiale se manifeste en dehors de toute condamnation judiciaire.

Si l'on vient à tenir responsable « le mineur non doué de raison », comme le propose l'art. 1519 de l'Avant-projet de loi sur le droit des obligations, *supra*, note 14, l'obligation morale des parents d'assumer la dette de leur enfant sera renforcée.

<sup>132</sup>P. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1982, no 2099 à la p. 675.

<sup>133</sup>Projet de Code civil, *supra*, note 29, livre V, art. 97-98. Ce rapport proposait de conserver la présomption simple de faute contre les père et mère ; mais il suggérait de l'étendre à toutes les personnes à qui l'éducation ou la surveillance de l'enfant est confiée autrement qu'à titre bénévole. Les art. 1517-1518 de l'Avant projet de loi sur le droit des obligations, *supra*, note 14, s'inspirent nettement de ces recommandations.

<sup>134</sup>P.-G. Jobin, « La responsabilité présumée du père pour les dommages causés par son enfant mineur » (1969) 29 R. du B. 570 à la p. 582.

<sup>135</sup>Art. 651 C.c.Q.

indispensables dans des circonstances où, aujourd'hui, elles seraient peut-être déconseillées<sup>136</sup>.

À l'imprécision inévitable des obligations de surveillance et d'éducation que l'article 647 *C.c.Q.* impose également au père et mère, s'ajoute l'imprécision encore plus grande des diverses modalités de la garde que les tribunaux attribuent aux parents divorcés ou séparés. Certes, les juges ont le droit de recourir à des termes nouveaux que ni eux-mêmes ni la loi ne définissent : garde exclusive, conjointe, juridique (ou légale), physique (ou matérielle), alternée ou partagée. Comme l'observe le professeur Sacco :

Le législateur et, moins visiblement, la jurisprudence ont le pouvoir d'imposer un mot nouveau, ou la nouvelle signification d'un mot. Qui plus est, ils peuvent avoir recours à un néologisme, et en même temps s'abstenir de lui trouver une définition soignée<sup>137</sup>.

Mais quand la victime d'un enfant mineur invoquera la présomption de faute contre l'attributaire d'une garde « spécialisée » (juridique ou autre), il faudra bien préciser l'étendue des devoirs de surveillance et d'éducation que l'ordonnance de cette garde lui a assignée. Car, pour s'exonérer de la présomption de faute, ce titulaire d'une autorité parentale diminuée doit démontrer qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable de l'enfant mineur, malgré qu'il ait exercé avec diligence les droits que l'ordonnance lui a conférés.

---

<sup>136</sup>V. c. M., *supra*, note 121 à la p. 380 :

[P]lus l'enfant affiche des penchants répréhensibles, plus la sévérité du père doit s'exercer, par des *répressions au besoin cuisantes*, à lui inspirer une crainte salutaire. Avec les tempéraments précocement méchants, il est indispensable qu'*une forme redoutable d'autorité* s'impose et domine, pour que le jeune fou sente qu'*à l'occasion un bras inexorable et lourd va se rabattre sur lui et le frapper de sensible façon*. [nos italiques]

<sup>137</sup>R. Sacco, « La traduction juridique : Un point de vue italien » (1987) 28 C. de D. 845 à la p. 858. L'auteur, professeur à l'Université de Torino, ajoute à la p. 847 : « Le langage juridique du Québec n'est pas nécessairement le langage juridique des Français, surtout dans la mesure où le législateur peut choisir lui-même le lexique. » Selon le même auteur, à la p. 849 (cité par M. Beaupré, « La traduction juridique : Introduction » (1987) 28 C. de D. 735 à la p. 741) : « [L]es usagers de la langue peuvent modifier la signification des mots, car la langue dépend de ceux qui la parlent. »