

1925
 *May 26, 27.
 *June 18.

BENJAMIN STEVENSON (RESPOND-
 ENT) } APPELLANT;

AND

DAME FLORA FLORANT (PETI-
 TIONER) } RESPONDENT.

ON APPEAL FROM THE COURT OF KING'S BENCH, APPEAL SIDE,
 PROVINCE OF QUEBEC

*Paternal authority—Tutorship—Minor child in care of tutor—Right of
 parent to regain possession—Habeas corpus—Proper remedy—Arts.
 83, 113, 120, 165, 243, 245, 290 C.C.—Art. 1114 C.C.P.*

The rights of the tutor given by Art. 290 C.C. do not extinguish those of
 the parent under Arts. 113, 243 and 245 C.C.; and therefore the tutor,
 to whose care the mother previously had confided her child after
 the death of the father, cannot assert the right to refuse to surrender
 possession of her child to her, even though she had renounced to her
 legal right to tutorship.

The writ of *habeas corpus* is the proper remedy, as recognized by law
 and jurisprudence, of a mother who wishes to regain possession of
 her child illegally kept or detained from her.

In determining such right, consideration should be given to the interests
 of the child, without, however, confusing the interests with the wish
 or will of the child.

Judgment of the Court of King's Bench (Q.R. 38 K.B. 314) affirmed (a).

APPEAL from the decision of the Court of King's
 Bench, appeal side, province of Quebec (1), affirming the
 judgment of the Superior Court, which maintained a writ
 of *Habeas Corpus* and ordered the possession of a minor
 child to be given to the respondent.

(a) Appeal to the Privy Council.

*PRESENT:—Anglin C.J.C. and Duff, Mignault, Newcombe and Rin-
 fret JJ.

(1) [1923] Q.R. 38 K.B. 314.

The material facts of the case and the questions at issue are fully stated in the above head-note and in the judgment now reported.

1925
STEVENSON
v.
FLORANT.
—

Geo. A. Campbell K.C. and *A. S. Bruneau* for the appellant. As between mother and tutor, the mother's right is not absolute, where, as in this case, the mother has renounced to the charge of tutorship and has voluntarily transferred to the tutor the care of the child's person.

The right is not absolute, but depends on the circumstances, the determining factor being the interest of the child.

Under the circumstances of this case, the respondent is not entitled to proceed by way of *habeas corpus*, but should have proceeded by way of ordinary writ of summons.

H. G. Gérin-Lajoie for the respondent. The right of the mother to regain possession of her child is a right resulting from the principles of paternal authority.

The rights of tutorship cannot extinguish that right.

The writ of *habeas corpus* is the proper remedy in the circumstances of the case, according to the doctrine of the authors and the jurisprudence.

The judgment of the court was delivered by

RINFRET J.—Cette cause présente deux questions résultant

1. d'un conflit apparent entre les droits d'une mère et ceux d'un tuteur sur la personne d'une fille mineure;

2. de la recevabilité d'un bref d'*habeas corpus* comme remède approprié pour déterminer ces droits.

Gertrude Stevenson, la fille de l'intimée, est une enfant posthume. La mère, restée veuve et sans moyens, ne pouvait subvenir aux besoins de son enfant, et crut de l'intérêt de cette dernière de consentir à ce qu'elle restât chez les grands-parents paternels. Quoique l'enfant n'eût aucuns biens, on lui fit nommer un tuteur, et la mère renonça à la charge en faveur du grand-père.

Les grands-parents demeuraient à Ste-Sophie, qui est situé à environ trente-trois milles de Montréal, où la mère s'établit pour gagner sa vie. Malgré la modicité de ses ressources pécuniaires, l'intimée fit à son enfant des visites

1925

STEVENSON

v.

FLORANT.

Rinfret J.

régulières et avait l'habitude de lui apporter des vêtements, des jouets et des friandises.

Graduellement la condition de l'intimée s'améliora et elle parvint à gagner un salaire suffisant pour lui permettre de reprendre à sa charge l'obligation naturelle et légale de "nourrir, entretenir et élever son enfant" (Art. 165 C.C.).

Gertrude avait atteint l'âge de neuf ans. C'était le moment de lui faire suivre les classes. Les grands-parents demeurant à la campagne, ils jugèrent à propos de l'envoyer à Montréal, chez une tante, auprès de qui elle eût une chambre ("rooming") pour lui permettre de suivre les cours du "high school." Sa mère apprit cela et n'y fit d'abord aucune objection. Mais l'instinct maternel prit le dessus; et, un jour que la fillette se promenait sous les soins d'une institutrice attachée à l'établissement tenu par la tante, l'intimée chercha à s'emparer de son enfant. L'institutrice résista et la tentative n'eut pas de résultat immédiat. Cependant l'esprit de la mère s'était éveillé à la véritable nature de ses droits; et, au moyen de la présente requête pour émission d'un bref *d'habeas corpus*, elle réclame la possession et la garde de son enfant. Le grand-père, qui est l'appelant, oppose à la requête une résistance énergique en invoquant ses droits de tuteur et la longue période d'années pendant laquelle il a eu soin de l'enfant, en ajoutant qu'il en est résulté une affection réciproque très vive qu'il serait cruel de briser aussi brusquement.

La Cour Supérieure a trouvé que

la preuve faite en cette cause établit que la requérante a toujours été digne de la garde de son enfant, et qu'elle l'est encore; (que) la pauvreté seule l'a fait consentir à s'en séparer, elle s'est toujours montrée bonne mère, visitant souvent (son enfant) et lui apportant des choses nécessaires à la vie aussi bien que des jouets et friandises. (Aujourd'hui qu'elle se trouve) dans une position financière qui lui permet d'assurer à son enfant les soins et instruction et l'éducation convenables et appropriés il est temps, dans l'intérêt de l'enfant. que sa mère, la requérante, lui donne ou lui fasse donner, comme c'est son droit maternel, sacré et inaliénable, la formation intellectuelle, morale et religieuse de son choix.

La cour a donc maintenu le bref *d'habeas corpus ad subjiciendum* et a confié l'enfant à la mère.

La Cour du Banc du Roi a confirmé ce jugement à l'unanimité.

La concordance de vues en Cour Supérieure et en Cour du Banc du Roi, appuyée comme elle l'est sur une exacte

appréciation des circonstances, n'a entraîné devant cette cour aucune discussion sur les faits.

Le grand-père a quatre-vingts ans et la grand'mère au delà de soixante-quinze. Malgré toute leur tendresse et leur sollicitude, il paraît clair que leur âge ne leur permettra pas d'accorder encore longtemps leur attention et leurs soins à la fillette. Il est donc prudent, même en se plaçant uniquement à ce point de vue, de la pourvoir dès maintenant d'un autre protecteur. La santé de l'enfant n'entre pas en balance, puisque, pour les fins de son instruction, les grands-parents étaient obligés de la placer en chambre à Montréal et que son accommodation, sous ce rapport, n'offre pas de différence sensible avec ce que la mère est en état de lui procurer.

Nous ne faisons que constater en passant que le résultat du litige ne diminuera pas le bien-être de Gertrude Stevenson, sans toutefois attacher à cette question une importance décisive.

Abordons premièrement le côté des droits du tuteur. L'appelant a semblé vouloir faire état de la renonciation de l'intimée à la charge de tutrice. Il a voulu qu'on y vît une sorte de convention qui aurait pour effet de lier l'intimée et contre laquelle elle ne pourrait plus réclamer.

Il est inutile de dire que les droits qui dérivent de la puissance paternelle ne peuvent jamais faire l'objet d'un pacte de ce genre. Ces droits sont conférés au père et à la mère par la nature et par la loi. Il n'est pas en leur pouvoir de s'en départir eux-mêmes. Un contrat qui aurait cet objet serait intrinsèquement immoral et illégal. La loi elle-même n'intervient pour atténuer ou écarter l'autorité paternelle que dans les cas où les parents sont incapables ou indignes de l'exercer.

La renonciation contenue dans l'acte de tutelle n'a donc pas affecté les droits de l'intimée en tant que mère; mais eût-elle été faite dans ce but (et en dehors des cas d'adoption que la loi de Québec permet maintenant), elle devrait être à cette fin considérée comme absolument nulle et incapable de mettre la moindre entrave aux conclusions de l'intimée.

La cour du Banc du Roi a depuis longtemps tranché cette question. *Barlow v. Kennedy* (1). Fuzier-Herman Code Civil—Art. 373, n° 32.

1925

STEVENSON

v.

FLORANT.

Rinfret J.

1925
STEVENSON
v.
FLORANT.
Rinfret J.

Mais, très ingénieusement, l'appelant invoque les pouvoirs et les devoirs qui lui sont conférés par le code civil en sa qualité de tuteur :

Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou tuteur (art. 83 C.C.).

Si le père est disparu, la mère a la surveillance des enfants mineurs et elle exerce tous les droits du mari quant à leur personne et à l'administration de leurs biens, jusqu'à ce qu'il y ait un tuteur (art. 113 C.C.).

Le tuteur prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes civils (art. 290 C.C.).

On ne saurait en tirer l'argument que l'appelant suggère. Il fallait que la loi attribuât ces pouvoirs au tuteur, parce qu'il pouvait être appelé à les exercer. Les codificateurs ont été obligés de prévoir le cas où le père ou la mère seraient indignes ou incapables de les remplir. C'est pourquoi ils ont inclu ces devoirs parmi ceux du tuteur. Il fallait pourvoir aux cas où les circonstances l'exigeraient.

Ces droits résultant de la puissance paternelle appartiennent aux parents dès la naissance de l'enfant. La tutelle est dative et les pouvoirs qu'elle comporte n'existent que depuis la date où elle est conférée. L'article 243 du code civil attribue au père l'autorité sur l'enfant jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ce dernier. Jusque là le mineur non émancipé ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père (art. 244 C.C.).

Il ne fait absolument aucun doute qu'à défaut du père cette autorité appartient à la mère (arts. 113, 120, 245 C.C.). Les seules causes qui en font perdre l'exercice, en dehors de la majorité ou de l'émancipation de l'enfant, sont l'incapacité (comme, par exemple, l'interdiction), ou l'indignité (comme les mauvais traitements qui pourraient compromettre son intelligence ou sa vie, ou l'immoralité).

L'octroi de la tutelle à une autre personne que la mère n'a pas pour résultat de faire disparaître la puissance paternelle.

Il faut donc considérer les articles de la loi qui confèrent au tuteur des droits sur la personne du mineur comme insérés dans le code civil pour prévoir le cas où le mineur serait privé de son protecteur naturel et légal, qui est la mère, à défaut du père. Les pouvoirs du tuteur se bornent autrement à l'administration du patrimoine du pupille.

Et même si le domicile légal de ce dernier est chez son tuteur, sa résidence obligatoire continue d'être la maison paternelle. (Baudry-Lacantinerie, 3ième éd. vol. 5, p. 149).

L'un des deux époux étant décédé, la puissance paternelle est exercée par le survivant, tuteur ou non tuteur, remarié ou non remarié. (Demolombe, vol. 6, n° 374).

1925
STEVENSON
v.
FLORANT.
Rinfret J.

Demolombe ajoute:

La puissance paternelle et la tutelle sont deux pouvoirs distincts, qui peuvent co-exister ensemble, réunis sur la même tête ou séparés.

Mais comment, direz-vous, cela est-il possible?

La puissance paternelle a pour mission de gouverner la personne et d'administrer les biens de l'enfant. Or la tutelle a aussi absolument la même mission. Donc ces deux pouvoirs ne sauraient exister en même temps. Leur existence simultanée est néanmoins incontestable; seulement ce syllogisme est vrai en ce sens, que l'un des pouvoirs en effet l'emporte quelquefois sur l'autre dans l'exercice de certains attributs, ainsi que nous allons l'expliquer.

Il examine ensuite les différentes hypothèses possibles (nos. 375, 376, 377, 378, 379 et 380); puis il conclut que, entre le survivant des père et mère et le tuteur, parent ou étranger,

c'est au survivant qu'appartient, en vertu du droit de puissance paternelle, la garde de l'enfant et la direction de son éducation.

Telle était l'ancienne jurisprudence (Nouveau Denizart, tome 7, *verbo* Education, no. 4; et tome 9, par. 12, no. 4; Sirey, 1830-11-337).

La même doctrine est enseignée par Baudry-Lacantinerie (3ème éd., vol. 5, p. 142) et Aubry & Rau (5ème éd. tome 1er, par. 111). La note 7, à la page 674, au bas de ce paragraphe 111, se lit comme suit:

L'autorité tutélaire, qui peut exister concurremment avec la puissance paternelle, ne saurait restreindre les droits de cette dernière. En pareil cas, les pouvoirs du tuteur se bornent à l'administration du patrimoine; et le gouvernement de la personne reste, en général, confié au père ou à la mère. C'est au survivant des époux, investi de la puissance paternelle et capable de l'exercer, qu'appartiennent les droits d'éducation, de correction et d'émancipation.

Fuzier-Herman (*verbo* Tutelle), après avoir exposé les principes de l'administration de la personne du mineur par le tuteur, résume la situation comme suit:

684. Les principes qui précèdent, relatifs à l'administration de la personne du mineur, ne reçoivent leur complète application qu'au cas de décès des père et mère ou que lorsque le survivant d'eux a perdu ou ne peut exercer la puissance paternelle. Au cas contraire, l'administration du patrimoine appartient seule au tuteur, la personne du mineur devant rester sous la puissance paternelle du père ou de la mère survivant.

1925
 STEVENSON
 v.
 FLORANT.
 Rinfret J.

Déjà, dans le même répertoire de Fuzier-Herman (*verbo* Puissance Paternelle), on trouvait:

94. Ces droits continuent à appartenir au survivant des époux, qu'il soit ou non tuteur de ses enfants. Tutelle et puissance paternelle sont en effet choses très distinctes et peuvent co-exister sans se porter préjudice l'une à l'autre. D'où il suit que, d'abord, l'autorité paternelle subsiste entière, après la mort du père ou de la mère, dans la personne de celui des deux qui survit: elle n'est en rien modifiée ou altérée par la qualité de tuteur des enfants dont se trouve investi l'époux survivant, de manière à subordonner son autorité à celle du conseil de famille. Grenoble, 11 août 1854, précité.

101. Il faut même généraliser, comme nous l'avons dit plus haut et poser en principe que l'exclusion ou la destitution de la tutelle n'enlève pas au parent survivant l'exercice de la puissance paternelle.—Cass., 3 mars 1856, Wey, (S. 56.1. 408, p. 52, 2. 266, D. 56. 1. 290);—15 mars 1864, X..., (S. 64.1.155, p. 64, 972, D. 64, 1. 301) Paris, 9 mars 1854, précité, ...Poitiers, 21 Juill. 1890, Guilbertain-Billaud, (S. 91, 2.17, p. 91, 1, 103, D. 91, 2. 73).—*Sic* Marcadé, t.2, n. 135, 244; Demolombe, t. 6, n. 379 et s.; Laurent, t. 4, n. 263 et s.; Magnin, t. 1, n. 439, 442; Chardon, t. 2, n. 66 et s.; Bernard, p. 207; Leloir, t. 1, n. 310; Taudière, p. 104.—*Contra*, de Fréminville, t. 1, n. 806; Demante, t. 2, n. 117 bis-11; Rivière, Rev. Cath. des inst., 1881, t. 17, p. 135.

Il faut donc décider que la qualité de tuteur de l'appelant ne lui confère pas sur la personne de Gertrude Stevenson des droits qu'il puisse opposer à l'autorité paternelle de l'intimée, qui est la mère. C'est donc à la mère, et non au tuteur, qu'appartient le droit de garde et d'éducation de Gertrude Stevenson.

Mais ce droit, prétend l'appelant, ne peut pas, à tout événement, être affirmé au moyen du bref *d'Habeas Corpus*. Cette procédure n'est admise que dans le cas où une personne est emprisonnée ou privée de sa liberté. Or, dit-il, en l'espèce, Gertrude Stevenson est librement chez moi. Si toutefois la mère veut faire reconnaître son droit de garde et d'éducation elle devra adopter une autre procédure.

Sans doute, la tendance moderne et la pratique constante de cette cour sont de se dégager, autant que possible, des règles de procédure pour ne prononcer les arrêts que sur le mérite des questions et le fond même du litige. Il est difficile, de prime abord, de voir pourquoi, si le bref émis en cette cause ne cadre pas exactement avec les prescriptions de l'article 1114 du Code de Procédure Civile, l'intimée ne pourrait pas se réclamer de l'article 3 du même code; surtout quand la cour, comme dans le cas qui nous occupe, a permis la production de plaidoiries écrites et l'audition de témoins comme dans

une enquête ordinaire. Si le grief de l'appelant consiste uniquement dans le fait qu'on aurait dû le poursuivre au moyen du bref de sommation habituel, il n'a pas réussi à démontrer que, dans le cas actuel, la méthode différente qui a été adoptée lui avait causé le moindre préjudice.

1925
STEVENSON
v.
FLORANT.
Rinfret J.

Mais le bref *d'Habeas Corpus*, qui s'appuie sur le fondement même des droits constitutionnels du citoyen britannique, est d'un caractère trop spécial, pour que ce débat puisse être écarté sur le principe qu'il ne soulève qu'une simple chicane de procédure.

En principe, c'est la personne qui est emprisonnée ou privée de liberté qui, elle-même, s'adresse au juge pour faire constater si la cause de sa détention est justifiable. Le code permet cependant qu'un autre le fasse pour elle. Ici, la requête ne pouvait venir de l'enfant; et si quelqu'un était qualifié à agir pour elle, c'était évidemment l'intimée.

Mais s'agit-il d'un cas où la personne est privée de sa liberté?

Il serait oiseux de rappeler ici les étapes historiques du bref *d'Habeas Corpus ad subjiciendum* en matières civiles. En ce qui concerne la province de Québec, elles ont été retracées de façon complète par Mr le juge Mathieu dans la cause de *Daoust v. Schiller* (1), et par Mr Ludovic Brunet, dans l'opuscule qu'il a consacré à l'étude de cette question. A travers les lois successives (art. 1114 du Code de Procédure Civile de 1897; art. 1040 du Code de Procédure Civile de 1867; art. 20 du c. 95 des Statuts Refondus du Bas-Canada (1861); art. 1er du c. 8 des Statuts du Bas-Canada (52 Geo. III, (1812), on retrouve invariablement les mêmes expressions:

lorsque quelque personne sera emprisonnée ou privée de sa liberté.

Il est bien compris que nous nous bornons ici à la législation qui étendit aux matières civiles le bénéfice et le privilège d'un bref dont le recours, en matière criminelle ou supposée criminelle, remonte à une origine bien antérieure même à l'acte 31 Charles II (1679) et au moins jusqu'à la Grande Charte (1215).

Le parlement anglais, en 1816, adopta une loi (56 Geo. III, c. 100) au même effet que celle dont jouissait le Bas-Canada depuis 1812.

1925
 STEVENSON
 v.
 FLORANT.
 Rinfret J.

Il convient donc de rechercher comment, *in pari materia*, cette condition de la privation de la liberté ("restraint of liberty") a été interprétée en Angleterre, le pays d'origine du bref *d'Habeas Corpus*.

Or, il est indéniable que, par extension, l'on y a assimilé à une privation de sa liberté le fait pour un enfant en bas âge d'être sous la garde d'une personne autre que celle à qui la loi confère cette autorité et ce contrôle.

Déjà, en 1831, le juge Patteson pouvait-il affirmer, en rendant jugement *re McClellan* (1).

I understand Mr. Jeremy's argument against the restoration of the child to its father to be—first, on the ground that this court does not interfere, by *habeas corpus*, to take an infant out of the custody of any one, unless something like force or improper restraint of the person exists—and, secondly, under the peculiar circumstances of this case, the court will not be disposed to interfere. As to the first ground, I think the authorities do not warrant the objection. The law is perfectly clear as to the right of the father to the possession of his legitimate children, of whatever age they be. In the case of *Rex v. De Manneville* (2), the court held that the father of a child is entitled to the custody of it, though an infant at the breast of its mother, if the court sees no ground to impute any motive to the father injurious to the health or liberty of such a child, as by sending it out of the kingdom; the father being at the time an alien enemy, domiciled in this kingdom, and the mother being an English woman, and apprehensive only that he meant to send the child abroad, but assigning no sufficient reason for such an apprehension. With respect to the argument that some force or improper restraint must be used, in order to authorize the court in removing an infant from the custody of any one, the authorities referred to shew that it is not necessary that any force or restraint should exist on the part of the person having the custody of the infant towards it; but there must be some force or improper restraint on the part of the father, in order to enable the court to take it from him.

En 1836, dans la cause de *The King v. Henrietta Lavinia Greenhill* (3), le Lord Chief Justice Denman disait (p. 640):

When an infant is brought before the court by *habeas corpus*, if he be of an age to exercise a choice, the court leaves him to select where he will go. If he be not of that age, and a want of direction would only expose him to dangers or seductions, the court must make an order for his being placed in the proper custody. The only question then is, what is to be considered the proper custody; and that undoubtedly is the custody of the father.

Et Coleridge J. (p. 643):

But where the person is too young to have a choice, we must refer to legal principles to see who is entitled to the custody, because the law presumes that, where the legal custody is, no restraint exists; and

(1) 1 Dowling's Rep. 81, at p. 84.

(2) 5 East, 221.

(3) 4 Ad. & E. 624.

where the child is in the hands of a third person, that presumption is in favour of the father.

En 1857, dans la cause de *The Queen v. Maria Clarke* (1), Lord Campbell, Lord Chief Justice, s'exprime comme suit (p. 193):

The question then arises, whether a *habeas corpus* be the proper remedy for the guardian to recover the custody of the child, of which he has been improperly deprived. Certainly the great use of the writ, the boast of English jurisprudence, is to set at liberty any of the Queen's subjects unlawfully imprisoned; and, when an adult is brought up under a *habeas corpus*, and found to be unlawfully imprisoned, he is to have his unfettered choice to go where he pleases. But, with respect to a child under guardianship for nurture, the child is supposed to be unlawfully imprisoned when unlawfully detained from the custody of the guardian; and when delivered to him the child is supposed to be set at liberty. *The King v. De Manneville* (2) clearly proves that such is the fit mode of proceeding if the child is under seven. Is there any reason for following a different course between seven and fourteen? The intellectual faculties of the child may be considerably developed in this interval; and the child may now have a very strong inclination to leave the home of the guardian, and, from religious as well as frivolous motives, to be educated at a different school from that which the guardian has selected. But the consequences which would follow from allowing such a choice are most alarming. We must lay down a rule which will be generally beneficial, although it may operate harshly in particular instances. If the proposed choice were given to the child, the relation of guardian and ward would still subsist; the guardian might retake the child wherever he finds it; and he might maintain an action against the person who, contrary to his wishes, takes or detains the child. Then, how could nurture be carried on with such a doctrine, which, if established, would apply to every father of a family in the kingdom, in respect of all his children, male and female, above the age of seven years. If a father wishes to take his son when ten years old from a private school where flogging is not practised, and send him to Eton, and the boy refuses to come home, and is brought up by *habeas corpus*, is he to be permitted to say that, on consideration, he is of opinion that the private school is preferable to any public school where flogging is permitted, and therefore he makes his choice to return to the private school, the master being willing to receive him. Or suppose that a Protestant mother, guardian for nurture of a daughter seven years of age, sends her to a boarding school professing to be a Protestant seminary; in a short time she finds that attempts have been successfully made by teachers to convert the girl to the Roman Catholic faith; the girl refuses to come home, saying, in analogy to the language used by Alicia Race: "I will not go home to my own mother; I will stay here where I may pray to the Mother of God;" she is in consequence brought up by *habeas corpus*. Are we to examine her, and, finding her of quick parts and professing to be a sincere convert to the Roman Catholic faith, to tell her that, in spite of the wishes of her mother, she is at liberty to return to the school where she has been converted. Such a doctrine seems wholly inconsistent with parental authority, which both reason and revelation teach us to respect as essential for the welfare of the human race.

(1) 7 El. & Bl. 180.

(2) [1804] 5 East, 221.

1925

STEVENSON

v.

FLORANT.

Rinfret J.

1925

STEVENSON

v.

FLORANT.

Rinfret J.

La jurisprudence, en Angleterre, s'est de plus en plus affirmée dans ce sens; et Halsbury, *The Laws of England* (1909), la résume ainsi (vol. X, p. 40, n° 91):

Where the restraint is imposed on civil grounds under claim of authority, the legal validity of such claim may be investigated and determined; and where, as frequently occurs in the case of infants, conflicting claims for the custody of the same individual are raised, such claims may be inquired into on the return to a writ of *habeas corpus*, and the custody awarded to the person having the legal right thereto.

A la page 52, n° 109:

A parent, guardian or other person, who is legally entitled to the custody of a child, can regain such custody, when wrongfully deprived of it, by means of the writ of *habeas corpus*. The unlawful detention of a child from the person who is legally entitled to its custody, is, for the purpose of the issue of the writ, regarded as equivalent to an unlawful imprisonment of the child. It is therefore unnecessary to allege, in applying for the writ, that any restraint or force is being used towards the infant by the person in whose custody and control it is for the time being.

A la page 57, n° 120:

Any person who is legally entitled to the custody of another may sue out the writ in order to regain such custody.

Enfin, dans Short and Mellor, "The Practice of the Crown Office" (1908), à la page 313, on trouve l'exposition suivante de la pratique courante:

With reference to the custody of children the judges of the common law courts have exercised a larger jurisdiction in granting writs of *habeas corpus* than in other cases. They have exercised powers somewhat analogous to those which the Court of Chancery has always exercised in its character of *parens patriae*. For instance, the writ was issued irrespective of the wishes or desire of the child detained, and in making the rule absolute, the court has always exercised a certain discretion in order to protect the child, in addition to merely setting the infant free from restraint.

Les auteurs citent le passage du jugement de Coleridge *J. re Greenhill* (1), reproduit plus haut, et ils continuent:

And all the judges agreed that age, and not mental capacity, was to be taken to be the criterion of a capacity to choose. In *The Queen v. Clarke* (2), and *The Queen v. Howes* (3), it was laid down that the age at which children should be deemed to have discretion was fourteen in the case of a boy and sixteen in the case of a girl.

Voilà donc quelle est, en Angleterre, l'adaptation qu'on fait du bref d'*habeas corpus* au cas des enfants mineurs. Il n'y a pas de raison juridique pour que le même texte ne reçoive pas ici la même interprétation, lorsqu'il s'agit de la compétence d'un bref identique et que nous tenons de la constitution anglaise.

(1) 4 Ad. & E. 624.

(2) 7 El. & Bl. 186.

(3) [1860] 3 El. & El. 332.

Dans la province de Québec, certains jugements plus anciens—et il faut reconnaître que la liste en est longue—paraissent avoir incliné dans un sens différent *Stoppelben v. Hull* (1), confirmé par la Cour de Revision (2); *Riley v. Grenier* (3); *Vautrin v. Dupuis* (4); *Robert v. Véronneau* (5); *Pickering v. Caloran* (6); *Rousseau v. Lapointe* (7); *Morency v. Fortier* (8); *Garcin v. Croteau* (9).

1925
STEVENSON
v.
FLORANT.
Rinfret J.

Peu de ces arrêts cependant ont refusé de reconnaître l'applicabilité à un pareil cas du remède par voie d'*habeas corpus*. La plupart ont admis que ce bref était un recours compétent, mais ont refusé de l'accorder dans les circonstances particulières de la cause. Le juge W. Dorion, qui a prononcé en 1876, le jugement de *Stoppelben v. Hull* (10), sur lequel les décisions, depuis rendues dans le même sens, paraissent s'être largement appuyées, dit lui-même: But, says the father, until my child has attained the age of majority she can have no will, no opinion, no judgment except mine, and she being detained against my will, she must be considered as detained against her will. This might perhaps be urged in cases where a child of tender age or other, such as an insane person, incapable of making a choice, was concerned, but in a case of this kind (meaning *Stoppelben*), where the contrary appears, I cannot admit this doctrine, nor do I find it propounded authoritatively in any of the authorities cited.

Et le juge Mathieu, en conclusion de la longue revue qu'il a faite de la question re *Daoust v. Schiller* (11), n'est pas loin de s'exprimer de la même façon à la page 553:

On peut suivant les circonstances considérer comme contrainte, l'enlèvement et la détention d'un enfant qui n'a pas l'âge de raison, et la soustraction de cet enfant à la garde légale de ses parents. Si l'enfant n'a pas l'âge de raison, nous croyons, avec Hurd, que l'enlèvement de l'enfant de la garde de ses parents, peut équivaloir à la contrainte donnant lieu au bref d'*habeas corpus*, et que le droit des parents d'avoir la garde de leur enfant, ou le devoir de l'enfant de retourner sous leur garde peut équivaloir au désir d'être mis en liberté et soustrait à cette contrainte. Si un étranger va sans motif enlever un enfant qui n'a pas l'âge de raison à la garde de son père, nous croyons que le tribunal pourra sur *habeas corpus* ordonner que l'enfant soit remis au père, vu que cet enlèvement peut être considéré comme une contrainte; mais nous croyons qu'il n'y a que le cas où l'enfant est contraint ou doit être considéré comme étant contraint et privé de sa liberté où sa remise au père doit être ordonnée sur bref d'*habeas corpus*. Tout ce que le tribunal peut faire

(1) [1876] 2 Q.L.R. 255.

(2) 3 Q.L.R. 136.

(3) [1888] 33 L.C.J. 1.

(4) [1900] 3 R. de P. 232.

(5) [1903] R. de P. 426.

(6) [1905] 7 R. de P. 350.

(7) [1906] 8 R. de P. 43.

(8) [1897] Q.R. 12 S.C. 68.

(9) [1905] Q.R. 27 S.C. 198.

(10) 2 Q.L.R. 255, at p. 257.

(11) 2 R. de Pr. 529.

1925
 STEVENSON
 v.
 FLORANT.
 Rinfret J.

sur un bref *d'habeas corpus*, c'est de constater s'il y a contrainte, et, si cette contrainte est constatée de la faire cesser, en remettant les choses dans l'ordre.

Mais cela même est admettre que, dans tous les cas où la garde des enfants mineurs est en jeu, le bref *d'habeas corpus* est le remède approprié. C'est essentiellement un bref d'enquête ("writ of inquiry").

Il a pour but d'examiner les causes de détention et de constater s'il y a contrainte. La loi ne suppose nulle part que l'enfant mineur pourra opposer son désir de liberté à la volonté de ses parents. C'est la jurisprudence qui a introduit ce correctif à la puissance paternelle. Elle n'a pas cependant posé de principe absolu. Elle s'est inspirée d'une discrétion restreinte basée sur certaines conditions d'âge et d'intelligence de l'enfant, en tenant compte des circonstances spéciales à chaque cas particulier. Concéder, comme le juge Dorion et le juge Mathieu, qu'il est certains de ces cas où le bref pourrait être accordé, c'est admettre qu'il faut dans chaque cas rechercher si les conditions requises existent pour le maintien du bref, qu'il y a lieu à l'"inquiry" à laquelle pourvoit le bref; c'est donc conclure à la compétence de *l'habeas corpus*.

Il est inutile, en effet, de signaler qu'il faut éviter de confondre entre la recevabilité du bref et la question de savoir s'il devra être maintenu, après que l'"inquiry" aura démontré s'il y a, au sens où l'on entend ces mots pour les enfants mineurs, privation de leur liberté. Pour les fins de cette enquête et pour "remettre les choses dans l'ordre," *l'habeas corpus* est l'instrument voulu, éminemment approprié et efficace.

C'est ce qu'un grand nombre d'arrêts ont reconnu.

Dans *Barlow v. Kennedy* (1), les faits offraient beaucoup de ressemblance avec ceux de la présente espèce. Voici comment les résume le juge Badgley:

The respondent petitioned the provincial judge for the district of St. Francis, for the issue of a writ of *Habeas Corpus ad subjiciendum*, and which was issued forthwith, to obtain the custody and possession of his minor child. The facts are that four years previous to the application, the mother of the child having died, the petitioner, the child's father, being very needy, and personally unable to care for and have charge of the infant, agreed that she should be given over to Barlow, and brought up by him and his wife, who were very respectable and in good circumstances. Kennedy was to have executed a contract to that effect, but had

failed or neglected to do so, but allowed the child to remain as agreed upon with the appellant's family, where it has been kindly cared for as their own child. Kennedy had lately remarried, and being in circumstances to take care of his child, made this application to recover her, although it is manifest that neither his means nor position as a common labourer will allow or enable him to bring up the child with the comfort and welfare afforded by Barlow and his wife; and in consequence, guided by these very charitable motives for the child's comfort and advantage, the petition was dismissed by the judge, to whom the application was originally made.

Dans les circonstances qui viennent d'être exposées, la Cour de Révision avait infirmé le jugement de première instance et avait maintenu le bref *d'habeas corpus*. La Cour du Banc de la Reine confirma cette dernière décision à l'unanimité. Le seul juge qui enregistra son dissentiment le fit parce qu'il était d'avis que le refus de la Cour Supérieure était sans appel; mais ce même juge fut le plus expressif, dans ses notes, sur la compétence du bref *d'habeas corpus* en l'occurrence.

Cet arrêt remonte à 1871. Il a été suivi de ceux de *Ex parte Grace Ham* (1); *la Mission de la Grande Ligne v. Morrisette* (2); *Truax v. Ingalls* (3), où le juge Lynch fait une revue des autorités anglaises, américaines et canadiennes et conclut en faveur

of the principle that the illegal keeping of a child, even with its own consent, constituted such a constraint as is covered by the *Habeas Corpus* Act.

A son tour, le juge Davidson *re Lorenz v. Lorenz* (4), décide:

1. The unauthorized removal of a minor of tender years from legal custody is equivalent to confinement and restraint of liberty, and *habeas corpus* will lie to restore it to its proper guardians.

2. A girl of nine years of age is too young to exercise a controlling right of choice between her father and mother who live apart, and it lies within the discretion of the judge to hand her over to whichever of the parents he thinks it best in her interest.

Le juge Demers *re Moquin v. Turgeon* (1), juge:

Une veuve, mère d'enfants âgés de six à huit ans, a le droit d'en avoir la garde, et le recours de *l'habeas corpus* est ouvert en sa faveur pour se les faire remettre par leur grand-mère et oncle, qui les ont élevés et chez qui ils demeurent.

Le juge Beaudin, *re Trépanier v. Lefebvre* (2), a main-

(1) [1912] Q.R. 42 S.C. 232.

(2) [1913] 15 R. de Pr. 225.

tenu le bref et ordonné la remise d'une enfant en la possession du père, sur le principe qu'il avait

(1) [1883] 27 L.C.J. 127.

(3) [1898] 4 R. de J. 442.

(2) [1889] M.L.R. 6 Q.B. 130.

(4) [1905] Q.R. 28 S.C. 330.

1925
 STEVENSON
 v.
 FLORANT.
 Rinfret J.

le droit à la garde de son enfant d'une manière absolue, s'il ne s'en est pas rendu indigne par sa mauvaise conduite, dans une instance que le juge lui-même relate de la façon suivante:

Le requérant est le père de Yvette Trépanier, âgée de 10 mois, issue du mariage du requérant avec Aldéa Neveu, maintenant décédée, fille de l'intimée par le premier mariage de cette dernière.

L'intimée fait rapport sur le bref *d'Habeas Corpus* qu'elle est la grand'mère maternelle de l'enfant; que sa fille Aldéa Neveu est décédée vers le 1er juin; que le 28 juin 1913 par écrit sous seing privé, le requérant confia à l'intimée son enfant, s'engageant à ne lui jamais enlever la dite enfant du vivant de la dite dame intimée, quand même il viendrait à se remarier. Elle demande à ce que suivant l'écrit par lequel la dite enfant lui a été confiée, le bref *d'Habeas Corpus* soit cassé et annulé.

Ce dernier arrêt est de 1913. Viennent ensuite, en 1917, *Kostel v. Hampton* (1), et, en 1920, *Brin v. Mayer* (2), où le juge Surveyer décide:

2. Les parents ont un droit absolu à la garde de leur enfant, même s'ils se sont volontairement, dans le passé, départis de cette garde en faveur d'un étranger, qui l'a acceptée.

Il reste à mentionner le jugement de Sir François Lemieux *re Fournier* (3), et la décision de la Cour du Banc du Roi *re Osmun v. Morin* (4). Nous croyons que le véritable sens de ce dernier arrêt est contenu tout entier dans ces mots du juge Lavergne:

Les circonstances actuelles, du reste, ne donnaient pas lieu au bref *d'habeas corpus*.

C'est une cause d'espèce.

Quant à l'affaire Fournier, le savant juge-en-chef de la Cour Supérieure de Québec s'appuie primordialement sur les principes du droit public et du droit constitutionnel pour refuser de soustraire à l'enrôlement militaire un mineur de moins de 18 ans qui s'est volontairement engagé sans le consentement de son père. Il n'y a pas là d'analogie avec la question qui fait l'objet de notre discussion.

On voit donc que, si la jurisprudence est loin d'être d'accord, son évolution plus récente l'a rapprochée de la pratique moderne en Angleterre, telle qu'on la trouve exposée dans les passages tirés de Halsbury et de Short and Mellor que nous avons cités plus haut.

Nous avons déjà indiqué que c'est de cette pratique que nous devons nous inspirer et il est satisfaisant de constater que c'est également vers cette conclusion que s'est défini-

(1) 23 R.L. n.s. 307.

(2) 23 Rapp. de Prat. 270.

(3) [1916] 32 D.L.R. 720.

(4) [1918] Q.R. 27 K.B. 282.

tivement dirigée l'opinion judiciaire de la province de Québec.

Les jugements de la Cour Supérieure et de la Cour du Banc du Roi, en cette cause-ci, sont conformes aux précédents anglais et à la jurisprudence qu'ils ont établie en matière d'*habeas corpus*. Ils sont, à travers plus d'une hésitation, l'aboutissement logique des études patientes et élaborées auxquelles cette importante question a donné lieu. En affirmant la prépondérance des droits de la mère sur ceux du tuteur quant à la garde et au contrôle de la personne de l'enfant mineur; en décidant que, dans les circonstances, il y avait ouverture en faveur de la mère au recours de l'*habeas corpus* pour se faire remettre son enfant, nous sommes d'avis que ces jugements sont bien fondés et qu'ils doivent être confirmés.

Nous ne voudrions pas cependant laisser échapper cette occasion d'appuyer spécialement, pour dire qu'il a toute notre approbation, sur le passage suivant des notes de Mr. le juge Greenshields (1):

I am not unmindful that the interests of the child should, to some extent, and perhaps to a considerable extent, be considered. But let it be well understood that the interest of the child is not to be confounded with the wish or will of the child. It can be readily understood that a young child, living with its old grandparents, might, for some reason or other, prefer to remain there. It is possible that these aged people would exercise less restraint and control over the child. It is possible that the child even might prefer the home or house in which her grandparents lived rather than that occupied by her mother. In the present case the child was asked if she wished to leave her grandparents, and she said "No." Pressed for a reason, she said she was frightened of her mother, and she gave a reason which has no foundation in fact. Asked if her mother had always been good to her, she answers, "Yes," and asserts that she was always kind to her and never said any hard words.

Rien ne nous paraît, en effet, moins satisfaisant que d'essayer de déterminer l'intérêt de l'enfant en se basant sur ses inclinations du moment; surtout de les déduire des déclarations plus ou moins incertaines qu'il peut proférer en cour à cet égard. En général, le témoignage des enfants doit être accueilli avec beaucoup de circonspection. A plus forte raison, dans des cas comme ceux-ci, serait-il fallacieux de s'en rapporter aux préférences indiquées par leurs réponses. L'atmosphère n'est pas favorable. Il y a toutes les chances du monde qu'ils se déclarent pour ceux avec qui ils ont accoutumé de vivre.

(1) Q.R. 38 K.B. 314, at pp. 317, 318.

1925

STEVENSON

v.
FLORANT.

Rinfret J.

1925
 STEVENSON
 v.
 FLORANT.
 ———
 Rinfret J.
 ———

Dans plusieurs des arrêts que nous avons cités, les juges expriment l'avis qu'il faut donner effet à la volonté des parents à l'encontre du désir exprimé par les enfants. Lord Campbell, dans la cause de *Clarks* (1), soulève même un doute sur l'opportunité d'interroger l'enfant. Comment peut-on faire de ce dernier le juge d'une question aussi grave et aussi difficile? (Voir sur ce point les remarques très justes de Mignault, vol. 11, pp. 148 et 149).

Comme le dit fort sagement Mr. le juge Philippe Demers: *Moquin v. Turgeon* (2):

Le père, et la mère, à son défaut, ont d'après le droit naturel droit à la garde de leur enfant.—Pour qu'ils soient privés de ce droit, il ne suffit pas d'un caprice de l'enfant; il faut une raison, soit que le père ait abusé de son droit, soit qu'il soit indigne ou incapable de l'exercer. Dans ces cas, étant incapable de remplir son devoir, il ne peut réclamer de son droit. C'est ainsi que les auteurs peuvent logiquement dire que l'intérêt des enfants doit seul guider le juge.

Se baser sur d'autres principes c'est tomber dans l'arbitraire. Qui d'ailleurs peut dire ce qui sera en définitive le plus avantageux pour les enfants, la garde de leur grand'mère ou celle de leur mère? Dieu seul le sait. Il me paraît plus sage, dans le doute, de suivre la loi naturelle.

L'intérêt de l'enfant, qu'il faut prendre en considération, son bien-être, ne résident pas surtout dans le confort matériel, mais dans les soins et l'affection paternels, dans les avantages de l'éducation familiale et religieuse. Le chagrin passager que l'enfant va, sans doute, ressentir en laissant ceux avec qui il a vécu et qui furent bons pour lui, et en changeant d'entourage, ne saurait se comparer à la satisfaction permanente et au bonheur solide qu'il ne tardera pas à éprouver en réalisant qu'il est désormais chez lui, dans sa demeure, par droit de naissance et non plus en vertu de la bienfaisance d'un étranger qui n'a pas envers lui d'obligation légale; (*Brown v. Partridge* (3), confirmé par cette cour le 13 mai 1925); en grandissant dans l'honneur et le respect pour ses parents (art. 242 C.C.), à l'ombre de leur autorité (arts. 243 et seq.). C'est là l'intérêt bien compris de l'enfant d'accord avec celui de la famille et de l'état.

Suivant le mot du chancelier Boyd, *in re D'Andrea* (4): The normal well ordered home is unquestionably preferable to the foster home, however well ordered.

Ce que Laurent exprime en d'autres termes (vol. IV, p. 368):

Mais il ne s'agit pas ici * * * de la liberté individuelle; il s'agit de

(1) 7 El. & Bl. 186.

(2) Q.R. 42 S.C. 232.

(3) [1925] 1 W.W.R. 378.

(4) [1916] 37 O.L.R. 30, at p. 33.

sanctionner un droit qui est établi dans l'intérêt même de l'enfant. Son droit à lui consiste à être élevé; or, pour qu'il puisse l'être, il faut qu'il soit sous la garde de son père.

1925
STEVENSON
v.
FLORANT.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: *Kerry & Bruneau.*

Rinfret J.

Solicitors for the respondent: *Kavanagh, Lajoie & Lacoste.*
