



[Accueil](#) » [Publications](#) » [Revue](#)

► [Revue du Barreau](#)
► [Édition courante](#)
► [Archives](#)

Revue du Barreau du Québec

Revue du Barreau: volume 61 numéro 1

L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un chantier axé sur les processus

Vilaysoun Loungnarath

L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille

Nicole Roy

Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Law: un pas en avant ou un pas en arrière?

Daniel Proulx

Chroniques

Droit familial. La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question  97K

Renée Joyal et Anne Quéniart

Droit du travail. L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt Meiorin  118K

Maurice Drapeau

[Plan du site](#) | [Liens utiles](#) | [Bottin](#) | [Contactez-nous](#)

Mise à jour : NaN undefined NaN

L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un chantier axé sur les processus

Vilaysoun LOUNGNARATH

Résumé

Le débat légitime sur la forme, le niveau et les conséquences politiques de l'intégration économique engendrée par l'ALÉNA ne devrait pas occulter la problématique de l'intégration juridique associée à la constitution d'un espace de libre-échange. Est-il juste de voir l'ALÉNA comme l'agent-déclencheur ou l'agent-amplificateur d'une dynamique d'intégration juridique en Amérique du Nord? L'auteur examine ce thème de la perspective canadienne. Après avoir présenté quelques réflexions sur le concept d'intégration juridique, il cherche à cerner les principaux déterminants du degré d'intégration juridique dans un espace économique donné. Puis le cas spécifique de l'ALÉNA est braqué, le projet consistant à mesurer l'intégration juridique portée par l'ALÉNA et à mettre en relief certaines de ses manifestations et de ses limites. L'auteur en vient à conclure que l'ALÉNA est venu amplifier modérément une dynamique d'intégration juridique préexistante dans l'espace Canada-États-Unis et cela, à travers des initiatives centrées sur les processus. C'est en effet autour d'une certaine conception de l'État de droit axée sur la transparence, l'intégrité, l'autonomie et la robustesse des processus que s'organise le chantier de l'intégration juridique associé à l'ALÉNA.

L'intégration juridique dans la zone ALÉNA: un chantier axé sur les processus

Vilaysoun LOUNGNARATH*

I. DES ÉLÉMENTS D'UN CADRE CONCEPTUEL DE L'INTÉGRATION JURIDIQUE	6
A- Un concept pluriel et hétéronome	6
B- Des déterminants du degré d'intégration juridique dans un espace économique donné	12
1- Le périmètre de l'intégration juridique structurelle	16
2- La profondeur de l'intégration juridique.	19
a) L'intégration par le marché	19
b) Le traitement national	20
c) La reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes	20
d) Des normes communes ou rapprochées	23
3- La géométrie: intégration juridique centrée ou diffuse	27
4- L'effectivité directe de l'accord de base en droit interne.	28

* Avocat, Conseiller auprès de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce et Professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Montréal. Les propos et opinions exprimés n'engagent que l'auteur. Cette étude a fait l'objet d'une communication dans le cadre des journées ivoiriennes de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

II. L'ALÉNA: UNE DYNAMIQUE D'INTÉGRATION JURIDIQUE FORMELLE DÉLIBÉRÉMENT PLAFONNÉE	29
A- Des volontés politiques de circonscrire la portée de l'intégration juridique	29
1- Les appréhensions, surtout canadiennes, à l'égard de l'hypothèse du débordement intégratif	30
2- La préoccupation des États-Unis de ne pas se subordonner à une structure susceptible d'atténuer leur prépondérance continentale.	32
B- Des illustrations du caractère limité de l'intégration juridique portée par l'ALÉNA	34
C- Des sources d'intégration juridique propres à l'ALÉNA.	37
1- Le principe du traitement national	38
2- L'examen par des groupes spéciaux des déterminations finales en matière de droits antidumping et compensateurs	40
3- Les accords parallèles sur les normes du travail et sur l'environnement	44
CONCLUSION	49

Avec la signature en 1988 d'un accord de libre-échange avec les États-Unis¹, le Canada effectuait un virage majeur dans sa politique économique. Rompant avec plus d'un siècle de stratégie industrielle teintée par une idéologie de nationalisme économique qui se définissait dans une large mesure en réaction à la puissance américaine, le Canada se lançait – avec un enthousiasme atténué par un débat tumultueux où s'étaient exprimées de vigoureuses oppositions – dans une relation privilégiée sur le plan économique avec le puissant voisin du sud. L'espace de libre-échange s'est étendu au Mexique par la conclusion en 1992 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*², dont la substance s'inspire largement de l'accord canado-américain de libre-échange de 1988.

On a longuement discoursé sur la dynamique d'intégration économique insufflée par l'ALÉ, puis par l'ALÉNA. Certains ont ainsi invoqué avec suspicion l'émergence d'une forteresse commerciale nord-américaine qui viendrait affaiblir le régime multilatéral de l'Organisation mondiale du commerce; d'autres se sont inquiétés de l'accroissement de la dépendance économique du Canada à l'endroit des États-Unis et des conséquences néfastes qu'une telle évolution aurait sur la capacité du Canada de poursuivre une politique originale et indépendante sur la scène internationale. Le débat légitime sur la forme, le niveau et les conséquences politiques de l'intégration économique engendrée par l'ALÉNA a cependant eu pour conséquence regrettable de reléguer dans l'ombre une non moins intéressante problématique: celle de l'intégration juridique associée à la constitution d'un espace de libre-échange. Est-il juste de voir l'ALÉNA comme l'agent-déclencheur ou l'agent-amplificateur d'une dynamique d'intégration juridique en Amérique du Nord? Dans la présente étude, ce thème sera examiné de la perspective canadienne. Après avoir présenté quelques réflexions sur le concept d'intégration

1. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, R.T. Can., 1989 n° 3, 7 D.J.I. 209 (signé le 2 janvier 1988 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989) [ci-après ALÉ], publié par le Ministère des Affaires extérieures du Canada, l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1988.
2. R.T. Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289 (signé le 17 décembre 1992 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA], publié par le Ministère des Affaires extérieures du Canada, *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992.

juridique (sous-partie I-A) on cherchera à cerner les principaux déterminants du degré d'intégration juridique dans un espace économique donné (sous-partie I-B). Puis le cas de l'ALÉNA sera braqué, le projet consistant à mesurer l'intégration juridique portée par l'ALÉNA et à mettre en relief certaines de ses manifestations et de ses limites (partie II).

I. DES ÉLÉMENTS D'UN CADRE CONCEPTUEL DE L'INTÉGRATION JURIDIQUE

A- Un concept pluriel et hétéronome

Parce que plurielle, l'intégration juridique demeure difficile à appréhender par une définition monochrome. Comme le soulignent judicieusement Cappelletti, Secombe et Weiler, l'intégration juridique est une expression délibérément vague qui peut englober un spectre étendu d'activités allant de la simple coopération à une unification complète³. Intégration juridique: concept pluriel de par ses expressions et ses instruments, ses profondeurs, ses domaines. Pluriel dans sa nature également, le concept désignant tout autant le processus par lequel l'intégration juridique s'accomplit que le résultat idéal visé par le processus⁴. Pluriel dans ses inspirations, puisqu'il est bien heureux que l'intégration juridique transcende les exigences fonctionnelles de l'intégration économique pour se justifier – parfois, de plus en plus souvent et y compris à l'intérieur de projets d'espace économique – par l'identification et la promotion de valeurs universelles qui traversent les cultures juridiques ou politiques.

Ce serait sans doute mal orienter la réflexion sur l'intégration juridique que de l'assimiler à une dynamique d'homogénéisation des normes, élevée au rang de méta-valeur, voire au rang d'une irrésistible et triomphante loi conduisant à la fin de l'histoire⁵. Dans cette veine, l'intégration juridique ne devrait certes pas être conceptualisée comme une fin en soi, autonome sur le plan des valeurs et des choix politiques, ou encore comme un

3. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J.H.H. WEILER, «Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience – A General Introduction», dans M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J.H.H. WEILER (dir.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience – Methods, Tools and Institutions*, tome 1, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1986, p. 12.

4. *Ibid.*

5. Cette thèse provocatrice de la fin de l'histoire est notamment avancée par Francis Fukuyama: F. FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Mesnil-sur-L'Estrée (France), Flammarion, 1992.

principe évaluateur des ensembles juridiques, que ceux-ci reposent sur une organisation fédérale, un traité de libre-échange ou une logique d'union économique. Car, comme le relèvent Cappelletti, Secombe et Weiler, si l'intégration juridique était conçue sans qu'il ne s'y rattache quelque connotation ou dessein idéologique, la réussite ultime serait l'uniformisation et l'unification⁶. Dans des ensembles comme la zone ALÉNA, caractérisés par une asymétrie des poids politiques, économiques ou culturels des unités en présence, une telle logique pourrait déborder: il faudrait en effet prendre au sérieux le risque que le mouvement d'intégration juridique en devienne un d'assimilation juridique – cela va de soi, le droit en expansion étant celui du plus fort ou du plus gros – plus ou moins rampant, plus ou moins feutré. Pire peut-être, emprisonner l'intégration juridique dans ce type de logique équivaut à considérer la diversité ou le pluralisme juridique comme un mal par essence, qu'il faudrait combattre! Voilà une implication à laquelle il est difficile de se résoudre. Il serait dès lors indiqué d'avancer une construction intellectuelle de l'intégration juridique qui ne place pas en opposition intégration juridique et diversité juridique, et qui puisse permettre aux petites communautés engagées dans un grand ensemble de préserver leur spécificité.

La piste ouverte par Cappelletti, Secombe et Weiler mérite, dans cette optique, une mention. Selon les trois universitaires, la plupart des organisations sociales sont confrontées à un dilemme existentiel qui se traduit par la recherche d'un équilibre entre, d'une part, le respect pour l'autonomie de l'entité individuelle, la liberté de choix, le pluralisme et la diversité des conduites, et, d'autre part, le besoin sociétal pour la coopération, l'intégration, l'harmonie et, parfois, l'unité⁷. L'intégration juridique se présenterait alors comme une entreprise – parmi d'autres – visant à construire un équilibre entre ces deux pôles d'aspirations constamment en tension, entre l'unité et la diversité; elle impliquerait, forcément, des arbitrages à effectuer à la lumière d'une pluralité de valeurs. C'est cette conception hétéronome de l'intégration juridique qui sera retenue dans le présent exposé.

Dans ce cadre conceptuel, la perspective de l'intégration juridique s'ouvre sur un horizon plus vaste que le strict effort de convergence juridique. Il est ainsi reconnu que chaque système possède son optimum, son propre point d'équilibre; la vocation de

6. *Supra*, note 3, p. 12.

7. *Supra*, note 3, p. 4.

l'entreprise d'intégration juridique serait de découvrir et de réaliser ce point d'équilibre. Il ne faut donc pas s'étonner si, par exemple, l'intégration juridique au sein de la fédération canadienne, de la fédération américaine, de l'Union européenne ou de la zone ALÉNA se présente sous des visages différents. En fait, une telle conception explique et justifie la pluralité des expériences d'intégration juridique. Pour reprendre les propos du professeur Leslie, avec elle, «... l'idée qu'il y ait un processus unique d'intégration s'estompe nécessairement»⁸. La position du point d'équilibre est dans une large mesure le produit d'une détermination politique: rien qui ne ressemble à une quelconque loi historique de l'intégration juridique ou à une méta-valeur juridique, mais, au contraire, un choix des collectivités qui répond au contexte et est supposé refléter une pluralité de valeurs, d'intérêts et de calculs que l'intégration juridique est d'ailleurs supposée servir. Parmi ces valeurs, intérêts et calculs, on retrouve bien sûr ceux traditionnellement évoqués au soutien de la convergence des normes: la simplification des opérations pour les acteurs transnationaux, l'efficacité des économistes, le renforcement d'un marché plus vaste où règne une concurrence plus vigoureuse, l'atténuation de ce que Richard G. Lipsey, Daniel Schwanen et Ronald J. Wonnacott appellent les «frictions systémiques»⁹, la préoccupa-

8. P. LESLIE, «La gouverne de l'économie au sein d'intégrations économiques: les cas du Canada, de l'Union européenne et de l'Accord de libre-échange nord-américain», dans P. SOLDATOS et J.-C. MASCLÉ (dir.), *L'État-nation au tournant du siècle: les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, Montréal, Chaire Jean Monnet Université de Montréal, 1997, p. 45.

9. Ou «systems frictions». Voir R.G. LIPSEY, D. SCHWANEN et R.J. WONNACOTT, *The NAFTA – What's In, What's Out, What's Next, Policy Study 21*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1994, p. 7, citant S. OSTRY, *Governments and Corporations in a Shrinking World*, New York, Council on Foreign Relations, 1990. Plusieurs litiges commerciaux internationaux résulteraient ainsi de différences entre les systèmes et les politiques qui régissent les activités économiques et sociales. Des frictions systémiques dans la gestion des ressources naturelles ou dans la protection de l'environnement ont effectivement produit des litiges commerciaux internationaux. On donnera à titre d'exemple le contentieux épique et interminable du bois d'œuvre entre le Canada et les États-Unis (pour une présentation synthétique de la saga du bois d'œuvre, voir B. LINDSEY, M.A. GROOMBRIDGE et P. LOUNGANI, *Nailing the Homeowner – The Economic Impact of Trade Protection of the Softwood Lumber Industry*, étude numéro 11, The Cato Institute's Center for Trade Policy Studies, Washington, D.C., 6 juillet 2000, p. 2-4), le différend sur le thon dont a été saisi le GATT à deux reprises et qui opposait les États-Unis et le Mexique (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation du thon*, DS21/R, 3 septembre 1991, non adopté et Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, 16 juin 1994, non adopté) et le litige traité par l'Organisation mondiale du commerce *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (rapport du Groupe spécial, 15 mai 1998, WT/DS58/R; rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R).

tion de contenir le nivellement par le bas des cadres normatifs ou encore, la promotion de principes ou de règles universellement reconnus. Ce jeu de valeurs rattachées à la promotion de l'ensemble doit cependant être mis en balance avec d'autres considérations, celles-là favorables à l'autonomie des unités. C'est ainsi qu'on attribuera une valeur démocratique à l'autonomie des unités, Cappelletti, Secombe et Weiler allant jusqu'à assimiler cette autonomie à un droit collectif des minorités¹⁰. Dans cette mouvance, pourra également être valorisée pour elle-même la diversité juridique, vue comme un prolongement de la diversité culturelle, ou la dimension identitaire du droit, si celui-ci est perçu comme un trait de l'identité ou du cheminement historique du groupe social associé à l'unité¹¹. Enfin, des théoriciens soutiennent que la concurrence des systèmes normatifs serait dans plusieurs cas bénéfique car elle secréterait dynamisme et innovation dans l'élaboration, l'actualisation ou l'application des normes¹².

10. *Supra*, note 3, p. 7: «[i]n the same way that most constitutions protect certain minority individual rights against majoritarian tyranny, so the principle of unit autonomy could be characterized as a minority collective right».
11. Signalons ainsi, à titre d'illustration, que plusieurs Canadiens, surtout au Canada anglais, considèrent le dispositif de sécurité sociale qui existe dans ce pays, y compris son volet juridique, comme un élément important de l'identité canadienne et un trait collectif par lequel le Canada se démarquerait de son voisin du sud. Voir ainsi M. ROY, «La valeur des symboles, le poids de la réalité» *La Presse* [de Montréal] (14 août 2000) B2: «... le symbole de l'identité canadienne, largement liée à l'accès universel à une médecine publique». De son côté, la société québécoise attache au droit civil qui la régit une valeur identitaire: voir notamment à ce sujet J.Y. MORIN et J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec – du régime français à nos jours*, tome 1, Montréal, Les Éditions Thémis, 1994, p. 47-48, et surtout S. NORMAND, «Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec: La sauvegarde de l'intégrité du droit civil», (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 560. Dans ce dernier article, remarquable, l'auteur s'attache à démontrer que pendant l'entre-deux-guerres, la sauvegarde de l'intégrité du droit civil constituait un thème dominant de la pensée juridique au Québec et que cette préoccupation s'alimentait à même la conviction que la préservation du droit civil était essentielle, à l'instar de la langue française et de la foi catholique, à la survivance de la nation canadienne-française. Le professeur Normand cite notamment (p. 570) le juge Mignault (P.B. MIGNAULT, «L'avenir de notre droit civil», (1923) 1 *R. du D.* 104, p. 116): «Notre droit civil est ce que nous, de la province de Québec, avons de plus précieux après notre religion et notre langue. C'est un héritage que nous avons reçu de nos pères à charge de le conserver et de la rendre.»
12. Au Canada, cette thèse a été avancée pour le champ du droit des sociétés par le professeur Ron Daniels: R. DANIELS, «Should Provinces Compete? The Case for a Competitive Corporate Law Market», (1991) 36 *McGill L.J.* 130; voir également N. ROY, «Le fédéralisme canadien sous l'œil de la concurrence réglementaire – le cas des mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat», dans R. CRÉTE (dir.), *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, 253.

Il convient à ce stade de rappeler que le phénomène de l'intégration juridique ne doit pas être réduit à sa seule dimension économique. Certes, l'intégration juridique telle qu'elle s'est manifestée depuis la fin de la seconde guerre mondiale peut, dans une mesure appréciable, se concevoir comme la conséquence plus ou moins directe d'une pluralité d'expériences d'intégration économique, que celles-ci se déploient à l'échelle régionale (zone ALÉNA, par exemple) ou multilatérale (la dynamique d'intégration qui découle des Accords de l'*Organisation mondiale du commerce*, par exemple), dans un cadre transnational (l'Union européenne) ou intranational (les fédéralismes américain ou canadien). C'est principalement par le jeu de trois hypothèses que les théories de l'intégration économique proposent un mouvement de convergence des droits locaux. Premièrement, des obstacles non tarifaires peuvent se dissimuler dans l'hétérogénéité des appareils juridiques ou des dispositifs normatifs, de sorte que cette dernière pourrait, dans certains cas, agir comme un frein à la circulation internationale, transnationale ou intranationale des biens ou des services. La convergence des droits locaux aurait donc une incidence positive sur le volume des échanges commerciaux entre les unités de l'espace économique en cause; elle devrait également se traduire par un accroissement du niveau de concurrence au sein de celui-ci.

Deuxièmement, l'hétérogénéité des normes ou des systèmes juridiques introduirait des irritants ou des distorsions dans la répartition, l'organisation et l'emploi des facteurs de production. Elle perturberait les choix et décisions des opérateurs économiques en ce qui a trait à l'organisation des capacités productives à l'échelle de l'espace économique en cause; dans des hypothèses extrêmes, elle pourrait aller jusqu'à tronquer ou empêcher l'organisation de la production à cette échelle. La convergence des droits devrait donc générer de l'efficacité et cela, de par la constitution d'un environnement global où la prise de décision quant à la répartition, l'organisation et l'emploi des facteurs de production dépend surtout de critères économiques centrés sur la rentabilité, la réduction des coûts, la qualité et la productivité des facteurs de production, et n'est pas exagérément influencée par la lecture des avantages ou des inconvénients qu'un dispositif juridique procure par rapport à un autre.

Troisièmement, la convergence des droits s'imposerait comme un antidote à la dynamique de nivellement par le bas des

cadres normatifs qu'engendrerait, selon une certaine école de pensée, la libéralisation du commerce et une plus grande liberté de circulation des facteurs de production. «Race for the bottom» disent les anglo-saxons: selon ce scénario, les pressions concurrentielles résultant de la menace des importations de produits moins coûteux ou dont la fabrication est soumise à de la réglementation plus laxiste, ou répondant à la migration effective ou anticipée des facteurs de production vers des endroits où des cadres normatifs moins sévères font miroiter aux opérateurs davantage de profits, entraînent un abandon ou un affaiblissement de la réglementation dans les territoires où elle est la plus exigeante. Les thèmes du «dumping social» et du «dumping écologique» appartiennent à cette logique du nivellement par le bas des cadres normatifs que la convergence des dispositifs juridiques chercherait à contrer par l'établissement de normes communes situées à des niveaux supérieurs à ceux qu'arrêterait le libre jeu des forces du marché.

Mais toutes ces considérations, liées essentiellement à la problématique de la constitution et du fonctionnement d'un espace économique, n'épuisent pas l'éventail des inspirations de l'intégration juridique. Celle-ci n'est pas sans se manifester à l'extérieur des entreprises d'intégration économique. Elle s'appuie alors sur l'identification et la promotion de valeurs communes, voire de valeurs universelles qui s'imposent de par leur nature à tous les genres. Le corpus juridique qui s'est édifié autour de la défense des droits de la personne, notamment par l'entremise de conventions multilatérales, d'instruments régionaux ou par le recours au droit comparé représente une manifestation puissante d'intégration juridique¹³ qui n'est pas vassalisée, sur le

13. Dans l'affaire du *Renvoi relatif au Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson a mis en évidence cette dynamique d'intégration juridique en reconnaissant que le droit international et le droit comparé peuvent s'insérer dans un exercice d'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), c. 11): «[...] il existe maintenant un droit international des droits de la personne constitué d'un ensemble de traités (ou conventions) et de règles coutumières, en vertu duquel les nations du monde se sont engagées à adhérer aux normes et aux principes nécessaires pour assurer la liberté, la dignité et la justice sociale à leurs ressortissants. La *Charte* est conforme à l'esprit de ce mouvement international contemporain des droits de la personne et elle comporte un bon nombre des principes généraux et prescriptions des divers instruments internationaux concernant les droits de la personne. Les diverses sources du droit international des droits de la personne – les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi-judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles

plan des motivations et des objectifs, à des calculs propres à la constitution ou au fonctionnement d'un espace économique.

B- Des déterminants du degré d'intégration juridique dans un espace économique donné

De l'infrastructure juridique qui fonde et organise un espace économique découle un certain nombre de vecteurs qui déterminent, dans une certaine mesure, le degré d'intégration juridique de l'espace économique en cause. À ces déterminants endogènes s'ajoutent des facteurs exogènes, c'est-à-dire des éléments qui contribuent à l'intégration juridique ou l'alimentent sans pour autant avoir pour origine cette infrastructure. Nous qualifierons d'intégration juridique spontanée ce type d'intégration juridique dont la genèse se situe à l'extérieur de l'infrastructure juridique qui organise formellement un espace économique. L'intégration juridique spontanée s'oppose à l'intégration juridique structurelle, celle-ci ayant pour cause des rouages ou des logiques inhérents à cette infrastructure. Décentralisée, l'intégration juridique spontanée résulte d'un éventail diversifié de dynamiques, souvent associées à la pression du marché et de ses agents. Il serait sans doute légitime d'avancer que l'intégration juridique spontanée présente un

coutumières – doivent, à mon avis, être considérées comme des sources pertinentes et persuasives quand il s'agit d'interpréter les dispositions de la *Charte*.

En particulier, la similarité entre les principes généraux et les dispositions de la *Charte* et ceux des instruments internationaux concernant les droits de la personne confère une importance considérable aux interprétations de ces instruments par des organes décisionnels, tout comme les jugements des tribunaux américains portant sur le Bill of Rights ou ceux des tribunaux d'autres ressorts sont pertinents et peuvent être persuasifs. L'importance de ces instruments pour ce qui est d'interpréter la Charte va au-delà des normes élaborées par des organes décisionnels en vertu de ces instruments et touche ces instruments mêmes. [...]

En outre, le Canada est partie à plusieurs conventions internationales sur les droits de la personne qui comportent des dispositions analogues ou identiques à celles de la *Charte*. Le Canada s'est donc obligé internationalement à assurer à l'intérieur de ses frontières la protection de certains droits et libertés fondamentaux qui figurent aussi dans la *Charte*. Les principes généraux d'interprétation constitutionnelle requièrent que ces obligations internationales soient considérées comme un facteur pertinent et persuasif quand il s'agit d'interpréter la Charte. [...]

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la *Charte*, il reste que ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne.»

S'il est vrai que le juge en chef Dickson rédigeait une opinion dissidente, il n'a pas été désapprouvé par la majorité sur ce sujet.

rapport avec la transnationalisation du droit et avec la perte de maîtrise des États sur l'élaboration du droit au bénéfice des opérateurs privés, deux épiphénomènes associés tant à la mondialisation des échanges commerciaux qu'à leur continentalisation, dans le cas spécifique de l'ALÉNA¹⁴.

L'intégration juridique spontanée est susceptible d'être présente en quantité et en qualité significatives si les unités partagent une culture juridique commune ou sont dotées d'institutions juridiques résultant d'un même cheminement historique ou d'évolutions parallèles; ou encore, si, en raison d'un environnement commun, les unités sont confrontées à des questionnements ou à des difficultés semblables, qui les incitent à recourir au droit comparé¹⁵. Également, le poids ou l'asymétrie des rapports économiques peuvent influencer le niveau d'intégration juridique spontanée en provoquant des phénomènes d'induction juridique. Prenons le cas d'un État A dont le principal débouché à l'exportation est l'État B et dont un segment important de l'appareil économique est possédé par des investisseurs étrangers, ressource

14. D. MOCKLE, «Mondialisation et État de droit», (2000) 41 *C. de D.* 237, p. 274-276. L'auteur décrit le phénomène de transnationalisation du droit en ces termes (p. 276):
«La transnationalisation touche l'utilisation des techniques contractuelles, le règlement des litiges par l'introduction de solutions de rechange et l'élaboration des normes suivant des exigences qui ne sont plus celles du droit. La transformation du droit emprunte alors aux couleurs de l'«alternativisme» puisque tout semble désormais possible en vue d'élaborer des circuits de réglementation et de règlement des conflits qui soient indépendants des droits nationaux. C'est ici que se cristallise le plus l'idée d'un «droit sans frontières» où la dimension territoriale n'est plus pertinente.»
15. À titre exemplatif, signalons que, dans le domaine du droit des valeurs mobilières, la Cour suprême du Canada s'est appuyée sur des précédents américains pour élaborer les critères définitionnels du concept de «contrat d'investissement». Elle reconnaissait ainsi une autorité persuasive aux principes jurisprudentiels américains dans le contexte du droit des valeurs mobilières canadien. Voir *Pacific Coast Coin Exchange c. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 R.C.S. 112, en particulier le passage suivant de l'opinion du Juge en chef Laskin (p. 116-117):
«Les tribunaux canadiens, aux prises avec des problèmes similaires d'interprétation et d'application, ont estimé utiles les décisions des tribunaux américains beaucoup plus nombreuses dans ce domaine; c'est ainsi que pour décider si les appelantes faisaient le commerce de valeurs mobilières en concluant des conventions de compte sur marchandises avec leurs clients, les tribunaux d'instance inférieure ont examiné et appliqué en l'espèce le critère *Howey* (énoncé dans *Securities and Exchange Commission v. Howey*) et le critère *Hawaii* (énoncé dans *Hawaii Commissioner of Securities v. Hawaii Market Centre Inc.*) (notes omises).»
Le juge Laskin inscrivait certes une opinion dissidente, mais sur ce point précis la majorité et lui s'accordent.

tissants de l'État B: il ne faudra sûrement pas s'étonner si l'État A, sous les pressions anonymes du marché, de celles externes issues de l'État B ou de celles de ses propres opérateurs qui cherchent à faciliter les rapports économiques avec le principal partenaire, cède au mimétisme juridique, avec l'État B comme modèle; les pratiques des agents privés, notamment contractuelles, suivies chez B sont aussi susceptibles de s'étendre à A¹⁶.

Enfin, et sans que cela ne clôture la liste, signalons comme autre facteur exogène le degré de dirigisme des droits locaux

16. Dans ce registre, il est intéressant de noter que les réformes des lois sur les sociétés par actions engagées au palier fédéral et dans la plupart des provinces canadiennes à partir des années 70 ont été fortement influencées par le *Model Business Corporate Act* rédigé par un comité de l'*American Bar Association* (pour une version récente de cette loi-modèle, voir American Bar Association, *Revised Model Business Corporation Act 1984*, avec suppléments (4 volumes)) de même que par les lois des États américains prépondérants en matière de droit des sociétés (New York, Californie, Delaware): J.S. ZIEGEL, R.J. DANIELS, J.G. MACINTOSH et D.L. JOHNSTON, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3^e édition, tome 1, Scarborough, Carswell, 1994, p. 101. Comme l'écrit le Professeur Bruce Welling, aujourd'hui, «in most areas of corporate law, the path leads south ...» et «... corporate Canada has become strikingly American»: B. Welling, *Corporate Law in Canada – the Governing Principles*, 2^e édition, Toronto, Vancouver, Butterworths, 1991 p. 73. Voir également J.H. Farrar, «The New Financial Architecture and Effective Corporate Governance», (1999) 33:4 *The International Lawyer* 927, p. 937: «Canada, since the 1970s, has been influenced increasingly by U.S. corporate law ideas. The U.S. influence on the Ontario reforms of the 1970s and the subsequent Dickerson Report, which led to the Canada Business Corporations Act, was strong.» Dans cet ordre d'idée, le juge Montgomery écrit dans *Re Olympia and York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2) 254 (Div. Ct.), p. 262: «It is clear that the regulatory climate of takeovers is more closely controlled in Canada and in United States than it is in England. For that reason American cases appear to be of greater assistance.» Par ailleurs, on assisterait à du mimétisme contractuel dans l'industrie télévisuelle et cinématographique où se serait développée, au Québec et au Canada, une pratique consistant à rédiger des conventions en les copiant sur des modèles américains: «Ce phénomène d'influence de rédaction américaine dans des conventions sujettes (sic) au droit québécois et canadien est très fréquent dans le secteur de la production en langue anglaise. Il existe au Québec un contingent important de tournages en langue anglaise qui sont effectués par des compagnies de production québécoises. De plus, ces influences américaines ne sont pas totalement absentes des conventions rédigées en langue française, souvent parce que le rédacteur de la convention a copié et traduit un modèle américain.» Voir S. PLANTE, «L'emploi abusif de références au droit d'auteur américain dans les contrats de l'industrie télévisuelle et cinématographique québécoise», dans N. CHALIFOUR et M.A. BLANCHARD (dir.), *Développements récents en droit du divertissement*, vol. 133, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 37, p. 42. L'auteure est cependant très critique à l'égard de cette pratique en raison des différences entre les droits américain et canadien en ce qui concerne la titularité du droit d'auteur.

impliqués. Des systèmes locaux qui comportent de nombreuses règles impératives et qui font peu de place au droit supplétif présentent un potentiel d'intégration juridique spontanée moindre que des cadres juridiques souples qui donnent aux opérateurs une grande latitude pour organiser leurs rapports juridiques.

L'intégration juridique spontanée n'est pas à négliger: on peut vraisemblablement expliquer par ce concept le degré relativement élevé d'intégration juridique qui existait entre les États-Unis et le Canada avant l'entrée en vigueur de l'ALÉ, précurseur de l'ALÉNA. En fait, d'aucuns iraient sans doute jusqu'à soutenir que l'intégration juridique actuelle entre le Canada et les États-Unis est davantage spontanée qu'attribuable à des facteurs intrinsèquement liés à l'instrument juridique ALÉNA. Celui-ci aurait, certes, accéléré les processus d'intégration spontanée – notamment en accentuant la dépendance économique du Canada à l'égard des États-Unis¹⁷ –, mais sans modifier fondamentalement la donne. Il est dommage que les influences respectives des mécanismes exogènes d'intégration spontanée et informelle, d'une part, et des mécanismes d'intégration structurelle inhérents à l'ALÉNA, d'autre part, s'avèrent difficiles à départager et à mesurer empiriquement. Quoi qu'il en soit, le sujet à traiter est davantage lié aux déterminants endogènes de l'intégration juridique ou, autrement formulé, à l'intégration juridique structurelle. On s'y intéressera donc à la faveur d'un développement principalement axé sur l'ALÉNA considéré de la perspective canadienne et articulé autour de ce qui nous semble être les quatre plus importantes dimensions de l'intégration juridique structurelle: le périmètre de l'intégration, sa profondeur, sa géométrie et, finalement, la pénétration de l'accord de base dans le droit interne.

17. Dans le quatrième examen de la politique commerciale du Canada par l'*Organe d'examen des politiques commerciales* (OEPC) de l'*Organisation mondiale du commerce* (OMC), celui-ci s'est inquiété de la vulnérabilité inhérente à l'accroissement de la dépendance du Canada à l'égard des États-Unis. Cette dépendance accrue serait en partie imputable à l'avènement du libre-échange entre les deux pays. La part des États-Unis dans le commerce du Canada représente environ quatre cinquièmes des exportations et deux tiers des importations de biens. Voir à ce sujet, *Organe d'examen des politiques commerciales, Canada – Évaluation de l'OEPC*, 19 novembre 1996, Press/TPRB/50 et *Les réformes menées par le Canada sur les plans intérieur et extérieur contribuent à asseoir l'expansion économique sur des bases plus solides*, 11 novembre 1996, Press/TPRB/48. Voir également M. DROHAN, «Dependency on U.S. leaves Canada 'vulnerable': WTO», *The Globe and Mail* [de Toronto] (20 novembre 1996) B6.

1- *Le périmètre de l'intégration juridique structurelle*

Par périmètre de l'intégration juridique structurelle, entendons les domaines qui se trouvent soumis, en raison de l'action de l'instrument qui fonde et organise l'espace économique, à des dynamiques de convergence ou d'ouverture. Il n'est pas déraisonnable de postuler que plus les domaines couverts par l'instrument à la base de l'espace économique sont nombreux et étendus, plus l'intégration juridique sera poussée. Sur le périmètre de l'intégration juridique structurelle propre à l'ALÉNA, il faut souligner que l'ALÉNA possède un champ d'application beaucoup plus vaste que les accords de libre-échange classiques, tels que définis à l'article XXIV: 8(b) du GATT¹⁸: il prévoit notamment des règles concernant l'investissement étranger, les services, le secteur financier, l'énergie, la propriété intellectuelle; élément novateur et qui n'était pas initialement sur la planche à dessin, des accords parallèles aboutés à l'ALÉNA établissent des normes – peu contraignantes, il est vrai – en matière d'environnement et de normes du travail¹⁹.

En particulier, le principe du traitement national s'applique à la prestation des services, sauf exception²⁰. Cette particularité du régime de l'ALÉNA relatif au commerce transfrontière des services contraste avec l'*Accord général sur le commerce des services* conclu dans le cadre de l'OMC, dans lequel le principe du traitement national est optionnel²¹. Par ailleurs, les règles spéciales s'appliquant au secteur énergétique limitent sensiblement la souveraineté du Canada, beaucoup plus, en tout état de cause, qu'elles ne limitent celle du Mexique, qui a pesamment insisté lors des négociations pour soustraire du champ d'application de l'ALÉNA les monopoles d'État sur le pétrole et le gaz naturel²². Sans entrer dans le détail de ce régime spécialisé, signalons que l'ALÉNA interdit l'imposition de prix minimaux à l'exportation des produits énergétiques et des produits pétrochimiques de base²³, qu'il prohibe également les taxes à l'exportation discrimi-

18. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 188, supp. n° 4, I.B.D.D. (1956).

19. *Infra*, notes 105 à 124 et texte correspondant.

20. ALÉNA, article 1202 pour le principe et article 1206 pour les réserves.

21. *Accord général sur le commerce des services*, article XVII, reproduit dans Secrétariat du GATT, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, textes juridiques*, Genève, Secrétariat du GATT, 1994.

22. ALÉNA, article 602.3 et annexe 602.3.

23. ALÉNA, article 603.2.

natoires²⁴ et qu'à son article 606 il est demandé à chacun des pays signataires de faire en sorte que les organismes de réglementation de l'énergie sur son territoire évitent, dans la mesure du possible, de perturber les relations contractuelles.

Parmi les règles atypiques figurant dans l'ALÉNA, ce sont celles du chapitre XI portant sur l'investissement qui sont les plus envahissantes. Le chapitre XI de l'ALÉNA va beaucoup plus loin que les règles du cadre multilatéral de l'OMC contenues dans l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*; le chapitre XI n'est pas sans rappeler, dans sa teneur et son esprit, le régime du projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement* (AMI) négocié sous l'égide de l'OCDE et qui a finalement déraillé en 1998²⁵. Le chapitre XI de l'ALÉNA exerce une emprise sur l'exercice de la souveraineté principalement de trois façons. D'abord, l'obligation de traitement national y est posée en principe, ce qui empêche le Canada, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions et d'atténuations, de soumettre les investisseurs des États-Unis et du Mexique, ou leurs investissements, à des conditions moins favorables que celles sous lesquelles évoluent les ressortissants canadiens et leurs investissements²⁶. Deuxièmement, l'ALÉNA interdit aux Administrations de subordonner l'autorisation d'un investissement à des engagements commerciaux de la part de l'investisseur. L'interdiction de principe vise ainsi l'exécution d'engagements et de prescriptions concernant l'exportation, le contenu national, l'approvisionnement en produits nationaux ou auprès de fournisseurs nationaux, le volume et la valeur des importations, le transfert de technologie ou l'exclusivité de la distribution des produits ou des services découlant de l'investissement²⁷. Enfin, le couplage du mécanisme d'arbitrage obligatoire à la disposition de l'investisseur avec les normes matérielles du chapitre XI de l'ALÉNA, en particulier les protections conférées aux investisseurs étrangers dans les hypothèses de nationalisation, d'expropriation et d'opérations «équivalent à la nationalisation ou à expropriation» – ce dernier concept ne recevant pas de définition précise –, permettrait de contester l'exercice du pouvoir normatif de l'État: si l'on en croit les théories avancées par les requérants dans quelques affaires récentes

24. ALÉNA, article 604.

25. OCDE, «Informal Consultations on International Investment», communiqué de presse, Paris, 3 décembre 1998, disponible sur le site internet de l'OCDE, www.oecd.org/news_and_events/release/nw98-114a.htm.

26. ALÉNA, article 1102.

27. ALÉNA, article 1106.

ayant notamment mis en cause des réglementations environnementales, l'exercice du pouvoir normatif de l'État qui, de façon accessoire au but poursuivi, déprécie la valeur d'un investissement, équivaldrait à expropriation et devrait entraîner le versement d'une indemnité²⁸. Ironiquement, la position de l'investisseur étranger est à cet égard plus avantageuse que celle de l'investisseur autochtone, lequel ne possède pas de moyens juridiques de ce type pour faire reculer le pouvoir normatif de l'État.

La portée des principes d'inspiration libérale énoncés dans le corps de l'ALÉNA est cependant relativisée par un jeu d'exceptions. Pour l'essentiel, celui-ci repose sur un système d'annexes établissant des réserves spécifiques, les plus importantes du point de vue du Canada étant celles de l'annexe 1 portant sur les mesures existant au moment de la conclusion de l'ALÉNA de même

28. Voir notamment les prétentions des requérants dans les affaires *Ethyl Corp. c. Gouvernement du Canada* et *S.D. Myers c. Gouvernement du Canada*, résumées dans J.A. Soloway, «Environmental Regulation as Expropriation: the Case of NAFTA's Chapter 11», (2000) 33 *Canadian Business Law Journal* 92, p. 114-123. Signalons également la sentence arbitrale intérimaire *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada* (26 juin 2000, la version publique de la décision peut être consultée sur le site Internet du Ministère des Affaires extérieures et du Commerce international du Canada, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/dispute-e.asp#chapter11>). Dans cette affaire, Pope & Talbot Inc., une société américaine dont la filiale canadienne fabrique du bois d'œuvre qu'elle exporte principalement vers les États-Unis, prétend que le dispositif canadien de mise en œuvre de l'*Accord sur le bois d'œuvre* contrevient à plusieurs dispositions du chapitre XI de l'ALÉNA. Au cours des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, l'industrie canadienne du bois d'œuvre avait été la cible aux États-Unis d'un barrage de procédures visant l'imposition de droits compensateurs. L'*Accord sur le bois d'œuvre*, à défaut de constituer un règlement définitif du différend canado-américain sur le bois d'œuvre, installait une trêve jusqu'au 31 mars 2001. Cette entente signée par les États-Unis et le Canada le 29 mai 1996 prévoit pour les exportations de bois d'œuvre en provenance des provinces de Colombie-britannique, de l'Alberta, de l'Ontario et du Québec des seuils au-dessus desquels les exportateurs paient des droits spéciaux au gouvernement du Canada. Dans une décision intérimaire, le tribunal arbitral exprime l'opinion qu'une réglementation non discriminatoire «that might be said to fall within an exercise of a state's so-called police powers» (paragraphe 96) entre dans le champ d'application de l'article 1110 de l'ALÉNA (lequel pose des règles en matière d'expropriation et de nationalisation) et est susceptible d'être assimilée à une mesure équivalant à l'expropriation d'un investissement. Le Tribunal ajoute cependant que, pour conclure qu'une telle réglementation équivaut à expropriation, celle-ci doit avoir un effet inhibitif substantiel sur l'entreprise en cause (paragraphe 102: «... the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been «taken» from the owner.»). Or, ce n'est pas le cas en l'espèce: le dispositif canadien de mise en œuvre de l'*Accord sur le bois d'œuvre* n'est pas à ce point restrictif pour les activités commerciales de la filiale de Pope & Talbot Inc. qu'il équivaut à une expropriation.

que les réserves de l'annexe 2 dont la fonction est de préserver l'exercice ultérieur de la souveraineté. En outre, l'ALÉNA se singularise par l'exception culturelle qui y figure²⁹. Celle-ci n'est cependant pas parfaitement étanche: si, en principe, les industries culturelles sont exemptées des dispositions de l'ALÉNA, il n'en demeure pas moins qu'une partie à l'ALÉNA qui subit une intervention incompatible avec cet accord, si ce n'était du jeu de l'exception dont bénéficient les industries culturelles, peut, en réaction, prendre unilatéralement des mesures ayant un effet commercial équivalent à celui de l'intervention en cause³⁰.

2- La profondeur de l'intégration juridique

Comme cela a été évoqué plus haut, c'est à la fois par l'ouverture des espaces nationaux permise par les règles et par la convergence des règles que le degré d'intégration juridique se mesure. Insistant davantage sur le facteur convergence que sur le facteur ouverture, nous proposons une échelle à cinq niveaux pour rendre compte de la profondeur de l'intégration juridique. Par ordre croissant de degré, ces niveaux se présentent ainsi: 1) l'intégration par le marché; 2) le traitement national; 3) la reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes; 4) l'établissement de normes processuelles communes; 5) l'établissement de normes matérielles communes.

a) L'intégration par le marché

Il s'agit du niveau le plus élémentaire d'intégration juridique. Par des contraintes négatives qui découlent principalement de traités internationaux, les États acceptent de limiter leurs capacités d'interventions de manière à produire une plus grande fluidité dans la circulation des biens, des services, de la main-d'œuvre ou du capital. Ces contraintes négatives élargissent l'espace à la disposition des opérateurs du marché et accentuent ainsi le rôle de la pratique juridique privée comme mode opéra-

29. L'annexe 2106 de l'ALÉNA reconduit par renvoi la clause d'exemption culturelle de l'ALÉ (article 2005 de l'ALÉ) que le Canada avait péniblement arrachée aux États-Unis au moment de négociation de ce dernier.

30. En outre, l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques* (WT/DS31, Rapport du Groupe spécial et WT/DS31/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, Rapport de l'Organe d'appel et Rapport du Groupe spécial tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel adoptés par l'Organe de règlement des différends le 30 juillet 1997) a révélé qu'il était possible de court-circuiter l'exception culturelle de l'ALÉNA au moyen d'un recours intenté dans le cadre de l'*Organisation mondiale du commerce*.

tionnel de l'intégration juridique. Par exemple, si, en raison d'un accord d'intégration économique, il est plus difficile pour un État d'intervenir pour encadrer ou tamiser l'investissement étranger, davantage de fusions ou d'acquisitions transfrontières devraient se réaliser. Toutes choses égales d'ailleurs, les opérateurs transnationaux résultant de telles opérations glisseront naturellement vers l'uniformisation de leurs pratiques juridiques, ce qui aura un impact intégrateur indirect sur le droit.

b) Le traitement national

Le principe du traitement national impose une contrainte de non-discrimination sur l'exercice de la souveraineté. Il empêche ainsi un État d'édicter ou d'appliquer des normes qui auraient pour but ou pour conséquence de soumettre «l'étranger» à un traitement moins favorable que celui accordé au national, «l'étranger» et le «national» recevant des définitions qui varient selon la formulation du principe du traitement national et le contexte dans lequel il est posé. Il faut voir dans le principe du traitement national une intégration juridique minimaliste. Nous réaliserons plus avant que le principe du traitement national, par le domaine étendu qu'il occupe dans l'ALÉNA, se profile comme une articulation majeure de son régime juridique.

c) La reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes

Sur ce mode, chacun des membres de l'espace économique s'engage à accepter sur son territoire les normes édictées par les autres membres³¹. Si cette forme d'intégration juridique n'implique pas, par essence, d'entreprise formelle et commandée d'harmonisation ou de rapprochement, elle suppose néanmoins la plupart du temps, comme condition préalable, que les écarts de niveau ou de qualité des normes entre les divers membres ne sont pas trop marqués, ou encore, que la reconnaissance mutuelle ou

31. Sur la reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes, voir notamment K. NICOLAODIS, «Mutual Recognition of Regulatory Regimes: Some Lessons and Prospects», Working Paper, Harvard Law School, The Jean Monnet Chair, 1997, http://www.law.harvard.edu/programs/Jean_Monnet/papers/97/97-07.html. Kalypso Nicolaodis définit la reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes comme «a *contractual norm* between governments whereby they agree to the transfer of regulatory authority from the host country (or jurisdiction) where a transaction takes place, to the home country (or jurisdiction) from which a product, a person, a service or a firm originate (jurisdictions are generally sovereign states but they can also be sub-national units in federal entities)» (paragraph 3).

réciproque des normes s'accompagne d'un effort déployé de façon plus ou moins formelle visant la convergence de celles-ci. Autrement, le ou les membres dont les normes sont les plus exigeantes seront bien peu disposés à faire l'intégration juridique sur une telle base de peur que les opérateurs économiques ne se déplacent vers le territoire de l'autorité la plus laxiste et que cette migration – ou son appréhension – n'engendre une dynamique de nivellement vers le bas des cadres normatifs.

Le mode de la reconnaissance mutuelle ou réciproque occupe une place secondaire, voire marginale, dans l'ALÉNA³². Ainsi, l'annexe 1210.5 portant sur les services professionnels dispose, notamment, que les membres de la zone ALÉNA «encourageront les organismes compétents sur leurs territoires respectifs à élaborer des normes et des critères mutuellement acceptables relativement à l'autorisation d'exercer et à la reconnaissance professionnelle des fournisseurs de services professionnels, et à présenter... des recommandations visant la reconnaissance mutuelle». Voilà un engagement timide: à la lumière de la distinction établie par un Groupe spécial dans l'*Affaire de la réglementation de Porto Rico sur l'importation, la distribution et la vente de lait U.H.T. du Québec*³³ entre obligations de résultat et obligations de moyen, ces dernières se révélant peu contraignantes pour les parties à l'ALÉNA, il y a lieu de se demander si cet énoncé n'est autre chose que l'expression de vœux sincères, sans réelle implication juridique. Plus intéressantes sont sans doute ces règles relatives aux obstacles techniques au commerce et aux mesures sanitaires et phytosanitaires qui mettent en évidence le concept d'équivalence. Selon le paragraphe 714(2), tout membre importateur de la zone ALÉNA devra accepter comme équivalente une mesure sanitaire ou phytosanitaire adoptée ou maintenue par un membre exportateur qui, dans un esprit de coopération, fournira une preuve scientifique ou toute autre information, en conformité avec les méthodes d'évaluation des risques convenues entre les membres, démontrant objectivement que la mesure du membre exportateur permet d'atteindre le niveau approprié chez le membre importateur. Le membre importateur aura toutefois la possibilité d'établir, sur la foi de preuves scientifiques, que la mesure en cause ne permet pas d'atteindre le niveau de protection

32. Pour une critique de l'emploi du procédé de la reconnaissance mutuelle ou réci-proque dans l'ALÉNA, voir NICOLAODIS, *ibid.*, par. 39.

33. Rapport final du groupe spécial, 3 juin 1993, numéro de dossier du Secrétariat: USA-93-1807-01 [ALÉ-94-101] notamment aux paragraphes 5.23, 5.28 et 5.51.

qu'il aura fixé³⁴. Il devra alors fournir au membre exportateur, sur demande, une justification écrite de sa détermination³⁵. Une mesure similaire joue pour les obstacles techniques au commerce: selon le paragraphe 906(4), tout membre importateur devra accepter comme équivalent un règlement technique adopté ou maintenu par un membre exportateur qui, dans un esprit de coopération, démontre de façon certaine que son règlement technique répond aux objectifs légitimes du membre importateur. Si le membre importateur n'accepte pas un règlement technique comme équivalent, il doit faire connaître au membre exportateur, sur demande et par écrit, les raisons qui justifient sa décision³⁶. Il pourra être reproché à ces règles de s'arrêter à mi-chemin; en effet, l'ALÉNA ne tire pas explicitement la conséquence logique du caractère équivalent d'un règlement technique ou d'une mesure sanitaire ou phytosanitaire, soit la reconnaissance automatique de la valeur de la norme équivalente du membre exportateur sur le territoire du membre importateur. La décision d'un Groupe spécial constitué en vertu du chapitre XVIII de l'ALÉ dans l'*Affaire de la réglementation de Porto Rico sur l'importation, la distribution et la vente de lait U.H.T. du Québec*³⁷, déjà évoquée, suggère néanmoins qu'une interdiction d'importer un produit découlant du défaut par les autorités du membre importateur de reconnaître une norme équivalente édictée par le membre exportateur pourra être assimilée à une action annulant et compromettant les avantages auxquels le membre exportateur est en droit de s'attendre en vertu de l'ALÉNA, donnant ainsi ouverture à un recours sur la base de l'article 2004 et de l'annexe 2004 de l'ALÉNA.

Parmi les quelques entreprises nord-américaines de reconnaissance mutuelle ou réciproque des normes, le *Régime d'information multinational*³⁸ mis en place dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières au début des années quatre-vingt-dix se révèle une des plus significatives. Le RIM résulte d'une initiative conjointe des autorités canadiennes en valeurs mobilières et de la *Securities Exchange Commission* américaine (SEC); il vise à réduire la double réglementation en ce

34. ALÉNA, article 714(2)(b).

35. ALÉNA, article 714(2)(c).

36. ALÉNA, article 906(5). Également, la reconnaissance mutuelle et réciproque des procédures d'évaluation de la conformité des produits ou services aux règlements techniques et autres normes visées par le chapitre IX de l'ALÉNA est encouragée: ALÉNA, articles 906(6), 906(7) et 908(6).

37. *Supra*, note 33.

38. [ci-après le RIM].

qui a trait, notamment, aux placements de valeurs mobilières, aux offres publiques d'achat ou d'échange de titres, aux opérations de regroupement transfrontières et à l'information continue. En particulier, le RIM permet aux sociétés américaines qui remplissent certains critères d'admissibilité de faire des placements de valeurs mobilières au Canada en utilisant des documents d'information établis conformément aux lois américaines, avec quelques renseignements supplémentaires pour le Canada. Du côté américain, des avantages similaires sont accordés aux sociétés canadiennes qui peuvent ainsi faire des placements de valeurs mobilières aux États-Unis en s'appuyant sur la réglementation canadienne. Au Canada, c'est l'instruction générale C-45 qui sert de fondement juridique au RIM³⁹. Il est à signaler que le RIM se présente comme une forme d'intégration juridique spontanée. En effet, le RIM est indépendant de l'ALÉNA; reposant sur des ententes administratives conclues entre les autorités canadiennes en valeurs mobilières et la SEC, il se situe à l'extérieur du cadre de l'ALÉNA.

d) Des normes communes ou rapprochées

L'établissement de normes communes et le rapprochement des normes représentent la forme d'intégration juridique la plus poussée. La norme commune ou rapprochée peut résulter de processus de diverses natures: intégration juridique spontanée résultant d'un phénomène de mimétisme attribuable à l'asymétrie d'un rapport ou conséquence d'un cheminement historique commun, conventions multilatérales, déploiement du pouvoir normatif du palier central dans un système fédératif, entreprises d'harmonisation ou de rapprochement des législations comme celles envisagées aux articles 94 à 97 du *Traité instituant la Communauté européenne*⁴⁰, pour faire état des types de processus les plus significatifs. L'objet du processus d'harmonisation ou de rapprochement peut être autant une norme matérielle qu'une norme processuelle.

39. Instruction générale C-45, reproduite dans M. THÉRIAULT et P. FORTIN, *Droit des valeurs mobilières au Québec*, volume 1, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel Ltée, 1992 (avec mise à jour), p. D-205 à D-240. Pour une brève présentation du RIM, examiné d'une perspective canadienne, on pourra consulter D. JOHNSTON et K.D. ROCKWELL, *Canadian Securities Regulation*, 2^e éd., Toronto et Vancouver, Butterworths, 1998, p. 319-321.

40. *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U. 17, tel qu'il a été modifié (devenu le *Traité instituant la Communauté européenne*), reproduit dans *Joly Communautaire*, Joly Éditions, tome 1 (ex-articles 100, 100A, 101 et 102).

L'harmonisation ou le rapprochement normatif dans l'espace ALÉNA sont fort modestes en comparaison avec ce à quoi on assiste au sein des Communautés européennes. À cet égard, il y a entre l'ALÉNA et les Communautés européennes, plus qu'une différence de degré, une différence de nature. L'entreprise d'harmonisation ou de rapprochement normatif portée par l'ALÉNA ressemble en termes de qualité et d'étendue à ce que les Accords de l'*Organisation mondiale du commerce* issus de la ronde Uruguay ont produit. Rien d'étonnant puisque les deux négociations se sont chevauchées et se sont réciproquement influencées; les Américains, en particulier, voyaient à l'époque l'ALÉNA comme une espèce de banc d'essai pour le cadre multilatéral, tant en ce qui concerne les règles relatives au commerce que celles se rapportant à l'investissement. L'ALÉNA ne lance donc pas de véritable chantier d'harmonisation ou de rapprochement des normes matérielles, sauf peut-être en matière de propriété intellectuelle où la convergence du droit matériel passe principalement par un renvoi aux principales conventions multilatérales sur la propriété intellectuelle, tout comme dans le système OMC du reste. En particulier, il incombe à chacune des parties à l'ALÉNA, conformément à l'article 1711, d'assurer à toute personne les moyens juridiques d'empêcher la divulgation des secrets commerciaux. Non seulement peut-on associer l'article 1711 à la convergence de normes matérielles, mais encore cette disposition constitue-t-elle un point de contact entre l'ALÉNA et le droit civil du Québec, lequel fournit dans cette province canadienne l'essentiel des principes régissant les secrets commerciaux. À l'extérieur du champ de la propriété intellectuelle, l'effort d'harmonisation et de convergence des normes matérielles se réduit à trois points principaux: premièrement, il est demandé aux parties à l'ALÉNA d'établir leurs mesures sanitaires et phytosanitaires de même que leur mesures normatives sur la base des normes internationales⁴¹, l'exigence étant par ailleurs couplée à des atténuations qui font des instruments internationaux en question un plancher normatif⁴²; deuxièmement, des comités et des sous-comités sont créés afin de travailler sur la compatibilité des mesures normatives dans les télécommunications⁴³ et le secteur automobile⁴⁴, de même que sur l'harmonisation, et éventuellement l'uniformisation, de l'étiquet-

41. ALÉNA, articles 713(1) et 905(1).

42. ALÉNA, articles 713(3) et 905(3).

43. ALÉNA, annexe 913.5.a-2.

44. ALÉNA, annexe 913.5.a-3.

tage des produits textiles et des vêtements⁴⁵; troisièmement, il est sans doute permis de soutenir que le paragraphe 1114(2) participe – par la négative et de manière fort indirecte, il est vrai – à une dynamique de convergence des normes matérielles et cela, en posant «qu’il n’est pas approprié d’encourager l’investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l’environnement» et que chacune des parties à l’ALÉNA «ne devrait pas renoncer ou déroger, ni offrir de renoncer ou de déroger à de telles mesures, dans le dessein d’encourager l’établissement, l’acquisition, l’expansion ou le maintien d’un investissement d’un investisseur sur son territoire». Il semble toutefois qu’un manquement au paragraphe 1114(2) ne donnerait pas ouverture au mécanisme général de règlement des différends du chapitre XX et à d’éventuelles mesures compensatoires puisque, d’une part, la prescription au cœur de la disposition est rédigée au conditionnel («... ne devrait pas...») et, d’autre part, la finale du paragraphe suggère que la conséquence juridique d’un encouragement à l’investissement offert par une partie à l’ALÉNA et visé par la disposition est la possibilité pour toute autre partie à l’ALÉNA de demander la tenue de consultations «en vue... d’éviter qu’un tel encouragement soit accordé».

En somme, l’entreprise d’harmonisation ou de rapprochement du droit matériel qui se dégage de l’ALÉNA est à peine perceptible; elle passe principalement par le renvoi à des conventions multilatérales ou à des normes techniques faisant l’objet d’une reconnaissance internationale. L’ALÉNA apparaît davantage structurant à l’égard des normes processuelles, surtout si l’on reconnaît à cette expression une acception large. À telle enseigne que l’on serait sans doute tenté d’affirmer que l’ALÉNA véhicule, à sa manière, une certaine conception de l’État de droit, axée sur la transparence, l’autonomie et la valeur fonctionnelle des processus; si un mouvement de convergence normative se dessine dans l’ALÉNA, c’est à cette conception qu’il se rattache. Que ce soit à l’égard de l’épineuse question de la réglementation des aides gouvernementales et du dumping, ou face à ces enjeux sensibles qui naissent des rapports entre, d’une part, le commerce international et, d’autre part, la protection de l’environnement et les droits des travailleurs, les avancées du système ALÉNA misent davantage sur les processus, la piste de la convergence des normes matérielles, bien que sans doute préférable, s’étant avérée impraticable.

45. ALÉNA, annexe 913.5.a-4, article 3.

Nous reviendrons sur ces sujets à la faveur de la seconde partie. Faisons état, pour le moment, de quelques autres manifestations, moins stratégiques, de cette préoccupation à l'endroit de la convergence des processus. Le paragraphe 606(2) s'applique aux mesures de réglementation de l'énergie; il innove en invitant les parties à l'ALÉNA à faire en sorte que les organismes de réglementation de l'énergie «évitent de perturber les relations contractuelles» et «veillent à la mise en œuvre ordonnée et équitable» des mesures de réglementation de l'énergie». L'article 1802 introduit des exigences d'accessibilité et de transparence quant aux lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale concernant toute question visée par l'ALÉNA. On retrouve à l'article 1804 un condensé de principes de justice naturelle devant animer toute procédure administrative relative à des sujets visés par l'ALÉNA tandis que l'article 1805 garantit, dans le cadre de l'appareil judiciaire, quasi judiciaire ou administratif de la partie en cause, un droit d'appel ou un droit au réexamen à l'égard de toute décision administrative finale portant sur un de ces sujets. Il est également mentionné à l'article 1805 que les tribunaux ou instances saisis en appel ou chargés du réexamen «seront impartiaux et indépendants du bureau ou de l'organisme chargé de l'application des prescriptions administratives, et ils n'auront aucun intérêt substantiel dans l'issue de la question en litige». Des garanties procédurales plus détaillées et spécifiques sont par ailleurs établies quant à l'administration des mesures de sauvegarde⁴⁶ et à la passation des marchés publics⁴⁷, alors que les parties à l'ALÉNA – en particulier, le Mexique – conviennent de modifier leurs législations nationales sur les droits anti-dumping et les droits compensateurs de manière à ce qu'elles comportent des normes minimales sur les plans de la transparence des processus et des garanties procédurales⁴⁸. Enfin, conformément à

46. ALÉNA, article 803 et annexe 803.3; dans cette veine, voir l'*Affaire des mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en pailles de sorgho du Mexique*, Rapport final du groupe spécial, 30 janvier 1998, numéro de dossier du Secrétariat: USA-97-2008-01; il y fut constaté que la détermination des autorités américaines quant à la définition de la «branche de production nationale» touchée par les importations mexicaines allait à l'encontre de l'article 803(3) de l'ALÉNA et du paragraphe 12 de l'annexe 803.3 de l'ALÉNA et cela, parce que cette détermination n'était pas dûment motivée et suffisamment expliquée (paragraphe 71 à 78).

47. ALÉNA, articles 1008 à 1017 et article 1019.

48. ALÉNA, annexe 1904.15; «NAFTA implements important procedural changes to Mexican Trade Law to ensure that the practices are comparable to those in both Canada and the United States»: D. LEMIEUX et A. STUHEC, *Review of Administrative Action Under NAFTA*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 57.

l'article 2022, les parties à l'ALÉNA s'engagent à mettre en place «des procédures appropriées pour veiller à l'application des ententes d'arbitrage et pour assurer la reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales rendues dans de tel cas». Une procédure sera réputée appropriée si elle est conforme à la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*⁴⁹ ou à la *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*⁵⁰.

3- *La géométrie: intégration juridique centrée ou diffuse*

Au sein d'un espace économique, l'existence d'institutions centrales dotées d'un pouvoir normatif s'appliquant à la grandeur de cet espace contribue à l'intégration juridique. Aussi importe-t-il de distinguer des structures qui comportent un centre capable de promouvoir l'intégration juridique par l'exercice de pouvoirs normatifs – les Communautés européennes, les fédéralismes canadien et américain, par exemple – de celles où le centre, s'il y en a un, ne joue qu'un rôle négligeable sur le plan normatif. À l'intérieur des espaces économiques de ce dernier type, l'intégration juridique est forcément plus déstructurée, diffuse.

C'est d'intégration juridique diffuse qu'il s'agit au sein de l'ALÉNA. En effet, le principal centre institutionnel qui y est créé – la *Commission du libre-échange* – n'est pas investi de pouvoirs normatifs. Tout au plus peut-on parler de pouvoirs quasi normatifs, lesquels sont insignifiants. La *Commission du libre-échange* est composée de représentants des trois pays membres de l'ALÉNA ayant rang ministériel ou de leurs délégataires⁵¹. Elle a pour mandat de diriger la mise en œuvre de l'ALÉNA, de superviser son développement, de régler les différends qui pourront survenir relativement à son interprétation ou à son application, de diriger les travaux de la plupart des comités et groupes de travail institués en vertu de l'ALÉNA et d'étudier toute autre question pouvant affecter le fonctionnement de l'ALÉNA⁵². La seule fonction de la *Commission du libre-échange* potentiellement porteuse de pouvoirs quasi normatifs se trouve à l'article 2020: s'il survient, devant une instance judiciaire ou administrative interne, une

49. ALÉNA, article 2022(3); convention faite à New York le 10 juin 1958, en vigueur pour le Canada le 12 mai 1986, [1959] 330 R.T.N.U. 3.

50. ALÉNA, article 2022(3); convention faite à Panama City le 30 janvier 1975, reproduite dans [1995] 14 I.L.M. 336.

51. ALÉNA, article 2001(1).

52. ALÉNA, article 2001(2).

question d'interprétation ou d'application de l'ALÉNA, la *Commission du libre-échange* pourra être interpellée afin de fournir à l'organe judiciaire ou administratif une interprétation des dispositions de l'ALÉNA en cause. À notre connaissance, il n'y a pas eu depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA d'affaires où la *Commission du libre-échange* a exercé cette faculté d'interprétation.

Le mécanisme général de règlement des différends du chapitre XX de l'ALÉNA pourrait également être assimilé à une sorte de centre institutionnel. Si le passé est garant de l'avenir, il est peu probable qu'il en vienne à fonder une source de règles à portée générale. Les Groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XX de l'ALÉNA – ou de son prédécesseur, le chapitre XVIII de l'ALÉ – ont jusqu'à maintenant fait preuve de peu d'activisme normatif; ils ont été réticents à se lancer dans la fabrication de principes de portée générale, privilégiant plutôt la résolution pragmatique des différends. Ont contribué à cette attitude effacée, la relative perméabilité des mécanismes généraux de règlement des différends de l'ALÉNA et de l'ALÉ aux facteurs politiques et au jeu diplomatique⁵³, ainsi que l'absence de permanence des groupes spéciaux: leur composition change d'une affaire à l'autre, ce qui complique la formation d'une jurisprudence cohérente⁵⁴.

4- L'effectivité directe de l'accord de base en droit interne

L'intégration juridique est également fonction de l'ampleur des effets directs de l'instrument international à la base de l'espace économique dans le droit interne, et en particulier, de la possibilité de saisir une juridiction interne pour faire observer l'instrument international. Que les règles de l'accord international fondent des droits ou des recours privés, qu'elles interviennent

53. Sur cette perméabilité des mécanismes généraux de règlement des différends de l'ALÉNA et de l'ALÉ aux facteurs politiques et au jeu diplomatique, voir V. LOUNGNARATH, C. STEHLY, «The General Dispute Settlement Mechanism in NAFTA and the WTO System: Is North American Regionalism Really Preferable to Multilateralism?», (2000) 34(1) *Journal of World Trade* 39.

54. Dans l'*Affaire de l'interprétation de l'article 701.3 et de l'observation de cet article par le Canada en ce qui concerne les ventes de blé dur* (8 février 1993), ALÉ 93-101, CDA-92-1807-01, le Groupe spécial constitué en vertu du chapitre 18 de l'ALÉ faisait remarquer que la mise en place de groupes spéciaux «de nature plus permanente, par opposition à des Groupes spéciaux établis à des fins précises», serait propice à une interprétation prudente et uniforme de l'accord. À ce sujet, voir: I. BERNIER, *Bulletin du libre-échange*, vol. 3, n° 5, juin 1992, p. 129.

comme principes évaluateurs de la conduite des États devant la juridiction interne ou que les manquements à ces règles puissent être sanctionnés par les tribunaux internes ne peuvent qu'augmenter l'efficacité de l'accord international⁵⁵, lui donner davantage de poids dans l'ordre juridique interne et, partant, amplifier l'intégration juridique. Comme nous le verrons dans la prochaine partie, axée sur le projet de cerner la dynamique d'intégration juridique modérée propre à l'ALÉNA, celui-ci n'a pas, en principe, d'effectivité directe au Canada, ce qui atténue son pouvoir intégrateur.

II. L'ALÉNA: UNE DYNAMIQUE D'INTÉGRATION JURIDIQUE FORMELLE DÉLIBÉRÉMENT PLAFONNÉE

Après avoir fait état de volontés politiques convergentes de circonscrire la portée de l'intégration juridique, nous mettons en relief son caractère limité pour ensuite décrire les principales amorces d'intégration juridique formelle qui se trouvent dans l'ALÉNA; lesquelles s'avèrent des entreprises dignes d'intérêt parce que novatrices, mais naturellement modestes dans leurs effets juridiques, en raison du dessein politique dont l'ALÉNA est la résultante.

A- Des volontés politiques de circonscrire la portée de l'intégration juridique

Pour des raisons différentes, ni le Canada et le Mexique, d'une part, ni les États-Unis, d'autre part, ne souhaitaient que la négociation de l'ALÉNA débouche sur une entreprise d'intégration juridique ambitieuse. Les premiers, s'ils éprouvaient de l'enthousiasme à l'idée d'obtenir de meilleures conditions d'accès au vaste et lucratif marché américain, redoutaient néanmoins les conséquences «d'un accord symétrique en principe mais asymétrique en pratique»⁵⁶ et cherchaient à désamorcer tout débordement vers une intégration politique de fait. Dans cette perspec-

55. C'est notamment la position défendue par Bernard M. Hoekman et Petros C. Mavroidis dans le contexte de l'*Organisation mondiale du commerce*: B.M. HOEKMAN et P.C. MAVROIDIS, «Enforcing Multilateral Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries», communication présentée dans le cadre de la *WTO/World Bank Conference on Developing Countries in a Millennium Round*, Genève, Secrétariat de l'OMC, 20-21 septembre 1999 notamment p. 14-16, 24-27 et 33.

56. LESLIE, *supra*, note 8, p. 73-74.

tive, un vaste chantier d'harmonisation ou de rapprochement des normes matérielles posait problème: d'une part, il aurait vraisemblablement reflété la suprématie américaine sur ses partenaires; d'autre part, on ne voulait pas d'un cheval de Troie, on craignait qu'il ne s'agisse d'un saut qualitatif susceptible de faire basculer la zone nord-américaine de libre-échange sur la pente de l'intégration politique. Quant aux États-Unis, ils envisageaient avec méfiance tout dispositif ayant la potentialité d'entraver les expressions de leur prépondérance historique vis-à-vis le Mexique et le Canada.

1- Les appréhensions, surtout canadiennes, à l'égard de l'hypothèse du débordement intégratif

Du point de vue du Canada, la retenue à l'égard d'une intégration juridique poussée s'explique en grande partie par la volonté de contenir l'intégration nord-américaine à l'intérieur de sa dimension strictement économique et de limiter l'impact de cette intégration sur l'exercice de la souveraineté. Au fond, les visées continentalistes du Canada procèdent de l'ambition d'établir un espace économique nord-américain fonctionnel comportant une amélioration des conditions d'accès au marché des États-Unis tout en minimisant la zone d'ombre qu'une telle entreprise fait peser sur l'exercice de la souveraineté. Sous ce rapport, une intégration juridique poussée se présente comme un outil à deux tranchants: si elle contribue à l'efficacité fonctionnelle de l'espace économique, elle peut également alimenter une progression tranquille – semblable à celle du glacier – qui réduira peu à peu, subrepticement, la capacité des gouvernements et des sociétés canadiennes de faire des choix autonomes, dictés par les valeurs de ces sociétés et les aspirations démocratiquement exprimées.

Il faut donc situer la tiédeur du Canada à l'égard du rattachement à l'ALÉNA d'une entreprise d'intégration juridique d'importance à l'intérieur d'une hypothèse plus vaste, celle du débordement intégratif ou *spill-over*. Que ce soit en 1911, alors que le projet de libre-échange canado-américain de sir Wilfrid Laurier fut combattu avec succès par les nationalistes canadiens, à la fin des années 40 lorsque le gouvernement de Mackenzie King, tenté par le libre-échange avec le voisin du sud, finit par se rebiffer, au début des années 70, avec le gouvernement Trudeau qui privilégie une politique de diversification des échanges com-

merciaux et écarte le scénario du libre-échange nord-américain ou lors de la virulente campagne électorale fédérale de 1988, principalement axée sur le libre-échange avec les États-Unis, les réticences à l'égard d'une ouverture continentale sur le plan économique se sont nourries de cette hypothèse⁵⁷. Le professeur Soldatos associe le *spill-over* à la notion de continuum intégratif⁵⁸:

Les desseins intégratifs et le volontarisme des élites, les insuffisances de certaines formes intégratives, les mutations économiques provoquées par l'établissement d'un cadre intégratif et l'interdépendance objective reliant les diverses formes d'intégration sont parmi les causes premières d'une mouvance structurelle et d'un enchaînement fonctionnel de tâches intégratives qui ne permettent pas d'avoir une vue statique du phénomène d'intégration économique régionale internationale. Aussi les diverses formes d'une telle intégration ne pourraient-elles être cernées et analysées que lorsqu'on les inscrit sur un *continuum* «ideal-type» dont elles constituent les *phases* et les *étapes* de progression (en cas de «spill-over»).

L'hypothèse du débordement intégratif repose selon le professeur Soldatos, sur deux courants théoriques majeurs. Dans l'approche dite dirigiste, le débordement est correctif: chaque nouvelle phase intégrative est «la réponse qui s'impose aux problèmes apparus dans la phase précédente et le complément souhaitable ou nécessaire, selon les cas, à des mesures intégratives antérieures»⁵⁹. L'autre grande école de pensée, celle des néo-fonctionnalistes, envisage le débordement intégratif en deux segments: une évolution initiale où le débordement intégratif est doté d'une «mécanique fonctionnelle» et se présente comme «un processus spontané» que déclenche «l'enchaînement fonctionnel des tâches»⁶⁰; une deuxième étape où le débordement intégratif est «conçu comme une création 'délibérée' (*cultivated spill-over*) ..., où

57. Ces épisodes historiques sont présentés dans É. THÉROUX, «Du traité de réciprocité à l'Accord de libre-échange», (1991) 25 *Revue juridique Thémis* 229; voir également P. SOLDATOS, «Le continentalisme dans les relations canado-américaines: sa version libre-échangiste», dans J.J. QUINN (dir.), *Le milieu juridique international*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986 (volume 52 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada), 135.

58. P. SOLDATOS, *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 116.

59. P. SOLDATOS, «La revanche du continentalisme: le libre-échange canado-américain», dans A. DONNEUR et P. SOLDATOS (dir.), *Le Canada à l'ère de l'après-guerre froide et des blocs régionaux: une politique étrangère de transition*, Toronto, Captus Press, 1993, p. 135-190, p. 179.

60. *Ibid.*, p. 183.

seule une décision politique majeure semble en mesure de déplacer l'intégration vers des stades avancés du processus»⁶¹.

Selon l'hypothèse du débordement intégratif, le libre-échange avec les États-Unis serait susceptible d'enclencher un mouvement autonome produisant une intégration de plus en plus poussée et conduisant, éventuellement, à la convergence des politiques et des normes. Cette convergence refléterait, bien sûr, l'asymétrie des acteurs en présence. Minimiser l'intégration juridique formelle au stade du libre-échange constituerait ainsi une première ligne de défense contre ce danger de débordement intégratif – à l'endroit duquel l'opinion publique canadienne s'est montrée sensible lors du débat sur le libre-échange continental, dans la deuxième moitié de la décennie quatre-vingt – et permettrait d'envisager que le libre-échange continental demeure «... une option de relations économiques bien circonscrites, se situant, de façon statique, à un point précis du continuum de l'intégration régionale internationale, celui de l'intégration dite 'négative'»⁶².

2- La préoccupation des États-Unis de ne pas se subordonner à une structure susceptible d'atténuer leur prépondérance continentale

En raison de la disproportion des acteurs, il n'était pas dans l'intérêt des États-Unis de prôner pour l'espace économique nord-américain une structure dont l'animation aurait été fondée strictement sur la règle de droit et dépourvue de toute logique diplomatique. Cette dernière en effet traduit dans une large mesure les rapports de force économiques ou politiques, alors que la règle de droit a la prétention d'y être insensible et la mission de les discipliner. Dans cette optique, les États-Unis ne souhaitaient pas que la zone de libre-échange soit chapeautée par des institutions juridictionnelles fortes et agissantes⁶³: ils redoutaient vraisemblablement

61. *Ibid.*, p. 183.

62. *Ibid.*, p. 139.

63. Fut ainsi rejetée, à l'époque des négociations de l'ALÉNA, la proposition d'un groupe de travail formé par l'Association du Barreau canadien [ci-après l'ABC], l'Association du Barreau américain [ci-après l'ABA] et le Barreau mexicain de créer un tribunal trilatéral permanent pour décider des questions relatives à l'interprétation et à l'application de l'ALÉNA et trancher les litiges s'y rapportant: voir à ce sujet José Luis SIQUEIROS, «NAFTA Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures», (1993) 23 *California Western International Law Journal* 383, p. 393-394. Une proposition similaire avait été faite, à l'époque de l'élaboration de l'ALÉ, par l'ABC et l'ABA: sur ce point, voir W.C. GRAHAM, «Dispute Resolution in the Canada-United States Free

blement que par l'action de telles instances les conceptions égalitaristes sur lesquelles le texte de l'ALÉNA se construisait ne finisse par s'infiltrer dans sa pratique; ils s'inquiétaient d'une capacité autonome de fabriquer des principes de droit susceptibles de borner la souveraineté des États-Unis et ainsi, d'atténuer la prépondérance de ce pays en Amérique du Nord⁶⁴.

Or une structure reposant exclusivement sur la logique de la règle de droit possède un potentiel d'intégration juridique plus grand qu'un ensemble partagé entre la logique de la règle de droit et celle du jeu diplomatique. Par exemple, une instance juridictionnelle ou quasi juridictionnelle qui tranche un différend commercial entre deux pays le fait à la lumière de principes juridiques qu'elle confirme ou établit. De telles actions peuvent contribuer, à la longue, à la formation d'un corpus juridique propre à l'espace économique et, de cette manière, à l'intégration juridique. Par contre, il est plutôt rare qu'un principe de droit soit énoncé à la faveur du règlement d'un différend par la voie diplomatique. Combattre des institutions juridictionnelles fortes et agissantes au sein de la zone de libre-échange nord-américaine se révèle ainsi une démarche à contresens de l'intégration juridique.

L'attachement américain à la logique du jeu diplomatique comme principe de conception des institutions de la zone de libre-échange transparait au travers du mécanisme général de règlement des différends qui a finalement été retenu dans le chapitre XX de l'ALÉNA. Inspiré de la procédure du GATT de 1947, le dispositif du chapitre XX est de la nature de la juridiction internationale, retient le principe de la constitution ad hoc de groupes arbitraux, encadre des litiges interétatiques et n'est accessible qu'aux États membres; mais surtout, elle laisse une large place à la négociation diplomatique⁶⁵, ce qui favorise bien évidemment la partie la plus forte sur le plan politique. La pratique du chapitre

Trade Agreement: one Element of a Complex Relationship», (1992) 37 *R.D. McGill* 544, 550.

64. Ces préoccupations expliqueraient notamment l'hostilité des États-Unis à l'idée que les groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XIX de l'ALÉNA (*infra* notes 90 à 104 et texte correspondant) développent une jurisprudence indépendante en matière de dumping et de droits compensateurs: E.J. PAN, «Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication», (1999) 40 *Harvard International Law Journal* 379, p. 406, citant le *Senate Report on NAFTA*, S. Rep. No. 103-189 (1993), p. 45.
65. ALÉNA, article 2018: le rapport final du Groupe spécial sert de référence à des négociations engagées entre les parties en vue de trouver une solution au différend; il s'inscrit donc à l'intérieur d'une dynamique diplomatique.

XVIII de l'ALÉ – le prédécesseur du chapitre XX de l'ALÉNA – a d'ailleurs révélé l'emprise du facteur politique sur le règlement des différends⁶⁶. Lors des négociations de l'ALÉ et de l'ALÉNA, le Canada avait pourtant exprimé sa préférence pour un règlement des différends davantage «juridictionnalisé». En vain, les États-Unis sachant reconnaître l'avantage conféré par une procédure générale de règlement des différends sous-tendue par une logique hybride, partiellement diplomatique.

B- Des illustrations du caractère limité de l'intégration juridique portée par l'ALÉNA

On relèvera trois expressions de la modération qui se manifeste dans l'ALÉNA sur le plan de l'intégration juridique, lesquelles ont d'ailleurs fait l'objet de commentaires antérieurs.

Premièrement, l'ALÉNA ne comporte pas de véritable processus d'harmonisation de normes juridiques matérielles. Certes, sont créés ici et là quelques comités ou groupes de travail qui pourraient, éventuellement, s'intéresser à l'harmonisation de normes matérielles⁶⁷; mais les sujets envisagés sont techniques, voire d'importance secondaire; en tout état de cause, ces divers comités et groupes de travail ont jusqu'à présent produit davantage de palabre que d'action, et il est à craindre qu'il ne s'agisse là d'une tendance lourde. Signalons que, dans le contexte de l'ALÉ, un comité avait été institué afin d'élaborer un jeu de normes matérielles communes sur les pratiques transfrontières déloyales d'établissement de prix, les droits anti-dumping, les aides gouvernementales et les droits compensateurs, des sujets névralgiques⁶⁸. Ses travaux se sont soldés par un échec, lequel a cependant été amorti par les avancées du système multilatéral GATT-OMC, en particulier la conclusion de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*⁶⁹ et les précisions qu'il a apportées quant

66. *Supra*, note 53.

67. Par exemple, un Groupe de travail sur le commerce et la concurrence a été constitué en vertu de l'article 1504 de l'ALÉNA.

68. ALÉ, article 1907; voir également ALÉNA, article 1907(2). Lors de la signature de l'ALÉNA, les parties ont également fait une déclaration commune non-contraindante et sans effet juridique qui invitait les trois pays à tenir des discussions pendant les deux années suivant la signature de l'ALÉNA sur les subventions et le dumping. Ces discussions n'ont rien produit de tangible. La déclaration est évoquée dans J.R. MACARTHUR, *The Selling of "Free Trade": NAFTA, Washington and the Subversion of American Democracy*, New York, Hill and Wang, 2000, p. 268.

69. Reproduit dans *Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, textes juridiques*, *supra*, note 21.

au concept de subvention. Les aides gouvernementales et les droits compensateurs fournissent du reste une illustration supplémentaire de convergence de normes matérielles au sein de la zone de libre-échange nord-américaine qui se réalise par l'entremise d'un instrument multilatéral.

Deuxièmement, on a déjà eu l'occasion de souligner que la conception du mécanisme général de règlement des différends procède d'une logique hybride – juridictionnelle et diplomatique – et qu'en raison de cela ses caractéristiques fonctionnelles et sa pratique ne favorisent pas l'intégration juridique. Il faut bien le dire, jusqu'à présent, les groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XX de l'ALÉNA ou du chapitre XVIII de l'ALÉ n'ont pas énoncé de principes de portée générale significatifs. S'il advenait que cela se produisît, de tels principes auraient un impact limité en termes d'intégration juridique, puisque les rapports des groupes spéciaux ne s'intègrent pas à l'ordre juridique interne.

Troisièmement, le potentiel d'intégration juridique de l'ALÉNA est limité du fait qu'il ne produit pas d'effet direct dans le droit interne du Canada et ne fait pas partie du droit applicable ou à considérer par la juridiction interne, sauf comme instrument résiduel d'interprétation des lois⁷⁰ ou par le jeu d'un renvoi expli-

70. Sur la fonction interprétative des traités internationaux en droit interne canadien, voir P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1992, p. 286; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 661-662; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, p. 860-862; *National Corn Growers Association c. Tribunal des importations du Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *In the Matter of a Reference as to the Powers of the Corporation of the City of Ottawa and the Corporation of the Village of Rockcliffe Park to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208. À au moins deux reprises, la Cour fédérale (division de première instance) s'est rapportée à l'ALÉNA pour mettre en relief le but inhérent à des modifications législatives: *Apotex Inc. c. Procureur général du Canada*, [1996] F.C.J. No. 1535 (Division de première instance) au paragraphe 14; *Quarry Corp. c. Bacardi & Co.*, [1996] F.C.J. No. 1671 (Division de première instance) aux paragraphes 4 et 21. Cette fonction interprétative a cependant une portée limitée, comme il se dégage, par exemple, de la décision du Groupe spécial formé en vertu du chapitre 19 de l'ALÉNA dans *L'affaire de Ficelle synthétique pour ramasseuse-presse avec une résistance à la tension de 200 lbs ou moins, originaire ou exportée des États-Unis d'Amérique*, ALÉ-95-102, CDA-94-1904-02, en particulier aux pages 16 à 19, décision rendue le 10 avril 1995 et résumée dans I. BERNIER et S. DUFOUR, *Bulletin du libre-échange*, juillet 1995, volume 5, numéro 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 13-15.

dans le secteur de l'élimination des déchets solides conteste la validité d'un règlement provincial qui interdit à l'exploitant d'un lieu d'élimination des déchets solides d'accepter des déchets provenant de l'extérieur du Québec. Parmi les arguments invoqués, la requérante fait valoir que ce règlement contrevient aux dispositions de l'ALÉNA. Le tribunal écarte cette prétention au motif que les dispositions de l'ALÉNA ne font pas partie du droit interne canadien. Raisonnablement similaire dans l'affaire *Unilever Canada Ltée c. Le Procureur général du Québec*⁷⁶ où est en cause un règlement québécois unique au monde, puisqu'il pose, en substance, que la margarine ne peut être mise en vente au Québec à moins d'être d'une couleur différente de celle du beurre. Une telle mesure vise la protection de l'industrie laitière québécoise, reconnaît le juge Guthrie⁷⁷. Il conclut néanmoins à la validité du règlement. En particulier, il rejette la thèse de la requérante que la disposition réglementaire en cause est illégale parce que contraire aux principes enchâssés dans l'ALÉNA, puisque celui-ci n'est pas incorporé au droit interne québécois.

C- Des sources d'intégration juridique propres à l'ALÉNA

L'effort d'intégration juridique dans l'ALÉNA n'est pas inexistant, bien que modeste. Il a été partiellement esquissé dans la première partie. Il est proposé pour la suite de revenir sur ce thème, par une description de ce qui nous semble être les vecteurs

76. 26 mai 1999, REJB 99-12934 (C.S.). Voir cependant *Antonsen et al. c. Procureur général du Canada* (1995), 91 F.T.R. 1 (17 février 1995, division de première instance de la Cour fédérale) où le juge Reed développe en obiter un argument plus nuancé (p. 19):

«After careful consideration of counsels' arguments, I have come to the conclusion that asking whether or not the FTA and NAFTA are part of Canadian domestic law is to ask an unnecessary question and perhaps an irrelevant one. Parts of the agreements clearly are part of domestic law. At the same time, even if the agreements in their entirety were considered to be so, this would not make them enforceable in the domestic courts of this country. The question to be asked, with respect to any alleged breach of the agreements, is how is it intended that redress for such be obtained.»

Le juge Reed poursuit en mentionnant l'article 5 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* (S.C. 1988, c. 65) de même que l'article 6 de la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* (S.C. 1993, c. 44), deux dispositions dites «prohibitives» qui subordonnent l'exercice d'un droit de poursuite uniquement fondé sur l'ALÉ ou sur l'ALÉNA (selon le cas) au consentement du procureur général du Canada.

77. *Unilever Canada Ltée c. Le Procureur général du Québec*, *ibid.*, au paragraphe 79.

d'intégration juridique les plus significatifs ou novateurs: 1) le principe du traitement national, qui s'approprie de nouveaux espaces dans le cadre de l'ALÉNA; 2) la procédure d'examen des déterminations finales en matière de droits anti-dumping et compensateurs, le seul dispositif au sein de l'ALÉNA susceptible d'être rattaché au modèle supranational; 3) les accords parallèles sur les normes du travail et sur l'environnement, dont l'existence constitue en soi un précédent.

1- Le principe du traitement national

Ce qui frappe dans l'ALÉNA, c'est la vaste sphère d'influence du principe du traitement national. Sa portée dans l'ALÉNA est considérable, plus étendue que dans le système GATT-OMC par exemple. Le principe du traitement national s'analyse classiquement sur deux dimensions: 1) le domaine ou champ d'application, c'est-à-dire le ou les thèmes par rapport auxquels le principe du traitement national limite ou dirige l'État dans l'exercice de ses pouvoirs, ou autrement formulé, l'objet de l'obligation de l'État de ne pas traiter défavorablement; 2) ce qui bénéficie de l'interdiction de se livrer à de la discrimination défavorable: le produit étranger, le fournisseur de produits ou de services étranger, l'investisseur étranger, son investissement, pour nommer les «bénéficiaires» les plus importants du traitement national tel qu'il s'exprime dans le système ALÉNA. Sauf disposition contraire, le traitement national joue dans le système ALÉNA pour les sujets et bénéficiaires suivants:

- par le jeu d'un renvoi à l'article III du GATT, la fiscalité intérieure touchant les produits ainsi que la réglementation intérieure affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation des produits sur le marché intérieur⁷⁸;
- les mesures normatives s'appliquant aux fournisseurs de produits et de services⁷⁹;
- les mesures de réglementation de l'énergie à l'égard des produits énergétiques et des produits pétrochimiques de base⁸⁰;

78. ALÉNA, article 301.

79. ALÉNA, article 904(3).

80. ALÉNA, article 606(1)(a).

- l'accréditation, l'approbation, l'agrément ou la reconnaissance des organismes d'évaluation de la conformité des produits ou des services aux mesures normatives⁸¹;
- l'octroi des marchés publics, aucune discrimination défavorable fondée sur l'origine ne devant être faite à l'égard des produits, des fournisseurs de produits et des fournisseurs de services étrangers⁸²;
- l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements, aucune discrimination défavorable fondée sur l'origine ne devant être faite à l'égard des investisseurs étrangers ou de leurs investissements⁸³;
- les conditions dans lesquelles évoluent les fournisseurs de services⁸⁴;
- l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'institutions financières et d'investissements dans des institutions financières, étant interdite toute discrimination défavorable à l'égard des investisseurs étrangers, des institutions financières étrangères ou des investissements effectués dans des institutions financières par des investisseurs étrangers⁸⁵;
- lorsque la prestation transfrontière d'un service financier est autorisée, les fournisseurs étrangers de services financiers transfrontières devront en principe recevoir un traitement non moins favorable que celui accordé aux fournisseurs nationaux de services financiers, dans des circonstances similaires, quant à la fourniture de ce service⁸⁶;
- les traitements accordés par les monopoles désignés ou maintenus par l'État à l'égard des investissements des investisseurs, des produits et des fournisseurs de services, au moment d'acheter ou de vendre le produit ou le service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent⁸⁷;

81. ALÉNA, article 908(2).

82. ALÉNA, article 1003.

83. ALÉNA, article 1102.

84. ALÉNA, article 1202.

85. ALÉNA, article 1405(1) et 1405(2).

86. ALÉNA, article 1405(3).

87. ALÉNA, article 1502(3)(c).

- la vente par une entreprise d'État de ses produits ou services, aucune discrimination défavorable ne devant être faite à l'égard des investissements des investisseurs étrangers⁸⁸;
- la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle, étant interdite, toute discrimination défavorable à l'égard des ressortissants étrangers⁸⁹.

2- L'examen par des groupes spéciaux des déterminations finales en matière de droits antidumping et compensateurs

Le mécanisme d'examen des déterminations finales en matière de droits antidumping et compensateurs de l'article 1904, s'il se démarque par un lointain lien de parenté avec le modèle juridictionnel supranational⁹⁰, n'en demeure pas moins un pis-aller. Cette construction strictement processuelle est en effet venue déverrouiller – avec beaucoup d'élégance d'ailleurs – l'impasse qui persistait lors des négociations de l'ALÉ sur les demandes insistantes du Canada d'apporter des modifications aux règles et pratiques américaines en matière de dumping et de droits compensateurs. Au départ, la procédure des groupes spéciaux binationaux avait été conçue comme une solution temporaire; elle devait servir de cataplasme pour une période de cinq à sept ans, la manœuvre permettant à la fois la signature d'une entente de libre-échange entre le Canada et les États-Unis et la poursuite de négociations visant la mise en forme de modifications permanentes aux lois et pratiques de chacun des pays relativement au dumping et aux droits compensateurs. Ces négociations, qui dans le contexte de l'ALÉ se déroulaient sous l'égide d'un Groupe de travail spécialement constitué à cette fin⁹¹, n'ont

88. ALÉNA, article 1503(3).

89. ALÉNA, article 1703; «ressortissants» reçoit la définition de l'article 1721.

90. Dont l'archétype et l'expression la plus spectaculaire sont la juridiction de la Cour européenne de justice et, en particulier, la juridiction découlant du renvoi préjudiciel de l'article 234 du *Traité instituant la Communauté européenne*, *supra*, note 40 (ex-article 177).

91. *Supra*, note 68. Sur l'historique du chapitre XIX de l'ALÉNA, voir notamment E.J. PAN, «Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: an Experiment in International Adjudication», (1999) 40 *Harvard International Law Journal* 379, p. 382-385 et M.H. GREEBERG, «Chapter 19 of the U.S.-Canada Free Trade Agreement and the North American Free Trade Agreement: Implications for the Court of International Trade», dans J.R. HOLBEIN et D.J. MUSCH (dir.), *North American Free Trade Agreements*, Commentary, volume 1, Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications Inc.

jamais abouti, de sorte que le dispositif temporaire a été reconduit quasi intégralement dans l'ALÉNA où il a acquis un caractère permanent.

Sous l'angle de l'intégration juridique, le mécanisme de l'article 1904 est intéressant en ce qu'il opère un transfert juridictionnel du cadre interne vers des instances nord-américaines; il édifie ainsi une passerelle entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, tranchant à cet égard avec la procédure générale de règlement des différends du chapitre XX⁹². L'article 1904 met en place un processus supranational de révision des décisions finales rendues en matière de droits antidumping et de droits compensateurs, lequel est supposé se substituer au contrôle judiciaire des juridictions internes. Les groupes spéciaux ainsi constitués doivent appliquer les lois et la jurisprudence du pays importateur et doivent raisonner en fonction de son droit interne. Pour le groupe spécial, le projet consiste à déterminer si la décision des autorités nationales contestée est conforme à la législation interne du pays importateur. Le groupe spécial ne substitue pas sa décision à celle de l'instance nationale. Plutôt, celle-ci se voit enjoindre de reconsidérer ou de modifier sa décision de manière qu'elle soit conforme aux conclusions du groupe spécial. Il y a donc renvoi du dossier devant l'instance nationale pour que cette dernière rende une nouvelle décision. Les décisions du groupe spécial sont contraignantes et obligatoires⁹³. À strictement parler, le groupe spécial n'intervient pas comme un tribunal d'appel. Le critère d'examen appliqué est celui propre au contentieux de la légalité reconnu dans le droit interne du pays importateur. Par ailleurs, le système du chapitre XIX se démarque des juridictions internationales classiques en ce qu'il reconnaît la qualité pour agir aux intérêts privés et aux gouvernements internationaux⁹⁴.

Par l'entremise de la procédure dite de *contestation extraordinaire*, une décision d'un groupe spécial peut faire l'objet d'un examen par un comité de trois membres, sélectionnés à partir

92. Denis Lemieux et Ana Stuhlec prétendent que si à certains égards les groupes spéciaux du chapitre XIX sont distincts des juridictions internes exerçant la fonction de contrôle judiciaire des décisions administratives et quasi-judiciaires, néanmoins, «[s]everal factors suggest that the binational panels function as administrative law courts»: D. LEMIEUX et A. STUHEC, *Review of Administrative Action Under NAFTA*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 55.

93. ALÉNA, article 1904(9).

94. ALÉNA, article 1904(7); PAN, *supra*, note 91, p. 399-400.

d'une liste de 15 juges ou anciens juges. Ce comité n'interviendra que dans des cas extrêmes, pour sanctionner des violations des principes de justice naturelle, des contraventions à des règles fondamentales de procédure ou des excès de compétence⁹⁵. Pour réussir devant un *Comité pour contestation extraordinaire*, le requérant devra donc faire une démonstration qui va bien au-delà de celle d'une erreur de droit⁹⁶, de sorte que ce serait commettre un abus de langage que d'assimiler la procédure de contestation extraordinaire à un mécanisme d'appel. Dans l'histoire de l'ALÉ et de l'ALÉNA, seulement trois contestations extraordinaires ont été engagées⁹⁷.

Si l'on cumule les examens engagés tant en vertu de l'article 1904 de l'ALÉNA que du chapitre XIX de l'ALÉ, des groupes spéciaux ont été constitués à cent reprises⁹⁸. Cela contraste de façon spectaculaire avec les sept affaires traitées dans le cadre du chapitre XVIII de l'ALÉ et du chapitre XX de l'ALÉNA⁹⁹, et accrédite la thèse qu'un processus juridictionnel supranational dans sa facture a davantage de répercussions sur le tissu juridique qu'une juridiction internationale appelée à trancher des litiges interétatiques. Toujours dans cette veine, signalons que Eric J. Pan voit dans le chapitre XIX une expérience originale d'intégration juridique. Le dispositif juridictionnel du chapitre XIX de l'ALÉNA pourrait à son avis devenir un espace de dialogue entre la common law et le droit civil («a judicial body that bridges the gap between the different common law and civil law traditions») et cela, parce que des juristes issus de ces deux traditions sont susceptibles d'interagir au sein des groupes spéciaux¹⁰⁰. Le chapitre XIX de

95. ALÉNA, article 1904(13) et annexe 1904.13.

96. *Porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, ECC 91-1904-01 USA, 14 juin 1991, p. 17; PAN, *supra*, note 91, p. 407.

97. Les contestations portaient sur la révision de décisions d'organismes américains: *Porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, ECC-91-1904-01 USA, 14 juin 1991; *Porcs vivants du Canada*, ECC-93-1904-01 USA, 8 avril 1993; *Certains produits du bois d'œuvre du Canada*, ECC-94-1904-01 USA, 3 août 1994.

98. Recension en date du 7 janvier 2000, site du Secrétariat de l'ALÉNA, www.nafta-sec-alena.org.

99. Sept affaires classées, auxquelles il faut ajouter deux affaires qui étaient en instance en date du 7 janvier 2000.

100. PAN, *supra*, note 91, p. 391; voir également B. CONDON, «NAFTA at Three-and-one-half Years: Where Do We Stand And Where Should We Be Headed? A Cross-Cultural Analysis of North American Legal Integration», (1997) 23 *Canada-United States Law Journal* 347, p. 351: «Chapter 19 is a good example of an innovative system that was devised to overcome differences in legal cultures when Canada and The United States were unable to agree on a common legal regime to deal with subsidies and dumping under the Canada-United States FTA.»

l'ALÉNA, passerelle entre le droit civil et la common law? Chose certaine, cet idéal ne transparaît pas de la pratique des groupes spéciaux, sans doute en raison, d'une part, du caractère technique et des spécificités des enjeux en cause, d'autre part, de l'obligation à la charge des groupes spéciaux d'appliquer le droit interne du pays importateur. Si une telle dynamique existe réellement à l'état embryonnaire dans le chapitre XIX de l'ALÉNA, elle sera vraisemblablement amplifiée dans un scénario d'extension du libre-échange à l'ensemble des Amériques¹⁰¹. En effet, il existerait à l'intérieur d'une zone de libre-échange allant de la Terre de feu à l'Île de Baffin – comme l'évoque la publicité – un rapport plus équilibré entre les traditions civiliste et de common law. Cette extrapolation suppose cependant que le traité à la base d'un espace de libre-échange panaméricain comporte un dispositif juridictionnel similaire à celui du chapitre XIX de l'ALÉNA, ce qui n'est pas acquis si l'on donne du crédit aux critiques et aux réserves déjà exprimées aux États-Unis à l'égard de la procédure des groupes spéciaux du chapitre XIX de l'ALÉNA¹⁰².

Il reste qu'au mécanisme d'examen de l'article 1904 est associé une intégration juridique modérée, puisque c'est en fonction du droit matériel du pays importateur que le groupe spécial évalue la décision finale de l'autorité nationale¹⁰³, les efforts des partenai-

101. Lors du sommet des Amériques de décembre 1994, les pays des Amériques (à l'exception de Cuba) se sont donnés pour objectif de négocier d'ici à l'an 2005 une zone de libre-échange panaméricaine. Cet espace devrait se construire à partir des divers accords régionaux, dont l'ALÉNA est le plus important et le mieux structuré. Voir à ce sujet «Le continent américain deviendra une ZALE en 2005» *La Presse* [de Montréal] (11 décembre 1994) A1; voir également J.S. JARREAU, «Negotiating Trade Liberalization in the Western Hemisphere: the Free Trade Area of the Americas», (1999) 13 *Temple International and Comparative Law Journal* 57.

102. Voir à ce sujet I. BERNIER, S. DUFOUR, «Chronique: le règlement des différends dans l'ALÉ et l'ALÉNA: un portrait statistique», (1995) 5 n° 3 *Bulletin de libre-échange* 17, p. 19.

103. Ajoutons à cela trois autres facteurs qui contribuent au caractère modéré de l'intégration juridique inhérente au mécanisme du chapitre XIX. Premièrement, l'absence d'un réel organe d'appel et la constitution sur une base ad hoc des groupes spéciaux à partir d'une liste permanente de 75 personnes compliquent le développement d'une jurisprudence cohérente et ainsi susceptible d'avoir une autorité persuasive forte dans les juridictions internes. Deuxièmement, les groupes spéciaux du chapitre XIX ne sont pas, entre eux, assujettis à la règle du *stare decisis*, ce qui constitue également un obstacle à la formation d'une jurisprudence cohérente. Troisièmement, les principes dessinés dans les décisions des groupes spéciaux et des comités pour contestation extraordinaire n'ont pas la valeur de précédent à l'égard des tribunaux supérieurs américains et auraient une valeur de précédent limitée vis-à-vis le *Department of Commerce* et l'*International Trade Commission* (sauf évidemment, pour ce qui concerne l'instance qui fait l'objet de la décision). Sur ces trois points, voir

res nord-américains en vue d'élaborer un ensemble commun de règles matérielles visant les sujets du chapitre XIX n'ayant pas abouti. Un tel mécanisme d'examen témoigne d'une forme modeste d'intégration juridique, misant structurellement sur le processus et ayant pour clef de voûte une valeur commune ou que l'on imagine comme telle: l'application régulière de la loi¹⁰⁴.

3- Les accords parallèles sur les normes du travail et sur l'environnement

Le système ALÉNA crée un précédent en attachant à un ensemble de règles visant à accroître la fluidité des échanges économiques continentaux des instruments supposés refléter une préoccupation à l'égard du «dumping social» et du «dumping environnemental». À cet égard, il importe de se replacer dans le contexte politique des négociations de l'ALÉNA. L'écart de développement entre, d'une part, le Mexique, d'autre part, les États-Unis et le Canada, inquiète: on craint – à tort ou à raison – une migration des entreprises vers le Mexique, attirées par des normes de travail et environnementales peu sévères ou administrées avec laxisme, est-il allégué. En profitant de telles normes de travail et environnementales, les entreprises installées au Mexique livreraient une concurrence déloyale à leurs pendants du nord. C'est pour calmer des appréhensions de cette nature que furent signés en septembre 1993 l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*¹⁰⁵ et l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*¹⁰⁶. Les deux accords

E.J. PAN, *supra*, note 91, p. 405-407. Sur le dernier de ces trois points, voir également R.O. CUNNINGHAM, «Settlement of International Trade Disputes – Challenges to Sovereignty – A U.S. Perspective», (1998) 24 *Canada-United States Law Journal* 103, p. 118. Au Canada, demeure ouverte la question de savoir si la Cour fédérale du Canada est, par le jeu de la règle du *stare decisis*, dans l'obligation de suivre les principes de droit énoncés par les groupes spéciaux du chapitre XIX ou par les comités pour contestation extraordinaire. Denis Lemieux et Ana Stuhec, expriment ainsi l'opinion que «... binational panels are composed of international trade experts ...» et «[c]onsequently, the Federal Court should defer to the binational panels with respect to their area of expertise to the extent that they would any expert administrative tribunal»: LEMIEUX et STUHEC, *supra*, note 92, p. 145.

104. Denis Lemieux et Ana Stuhec soutiennent également que s'il y a harmonisation juridique attachée aux chapitres XIX de l'ALÉ et de l'ALÉNA, elle se manifeste sur le plan processuel et en matière de règles procédurales; l'harmonisation juridique serait inexistante au niveau du droit substantiel en matière de dumping et de droits compensateurs. Voir LEMIEUX et STUHEC, *supra*, note 92, p. 57.

105. Reproduit en anglais dans *NAFTA Text – Including Supplemental Agreements*, CCH, 1994, p. 747-773 [ci-après ANACDE].

106. Reproduit en anglais dans *NAFTA Text – Including Supplemental Agreements*, CCH, 1994, p. 775-801 [ci-après ANACT].

parallèles sont des instruments juridiques distincts de l'ALÉNA¹⁰⁷. Ils ne faisaient pas partie du scénario initial; leur signature a d'ailleurs eu lieu environ dix mois après celle de l'ALÉNA. En fait, l'élaboration des deux accords parallèles accompagnaient la volte-face du parti de Bill Clinton et, dans une moindre mesure celle du parti de Jean Chrétien: le premier, pendant la campagne présidentielle de 1992 et le second, lors de la campagne fédérale de 1993, s'étaient opposés à l'ALÉNA, «tel que rédigé», pour finalement s'y ranger une fois élus. Les accords parallèles rendaient ces virages politiques moins cyniques.

Les accords parallèles visent essentiellement le Mexique; celui-ci s'est plié à la volonté américaine sans enthousiasme, mais tout de même conscient qu'il lui fallait consentir cette concession de dernière minute pour sauvegarder un accord qu'il estimait être globalement dans son intérêt. Les deux accords reposent – à tort ou à raison – sur une théorie: si dans l'ensemble les normes mexicaines ne sont pas, sur papier, moins sévères que celles des deux partenaires du nord, leur application et leur mise en œuvre présentent des lacunes.

Si intégration juridique il y a dans ces deux accords parallèles, elle braque les processus et procède de l'impératif de l'application régulière de la loi. Ainsi, les accords parallèles n'imposent pas de normes communes en matière d'environnement et de travail, ni ne mettent-ils en place des entreprises de rapprochement ou d'harmonisation de normes. Ils poursuivent plutôt un objectif fondamental: l'application juste, impartiale, efficace et transparente du droit interne de chaque pays en matière d'environnement et de travail. Par exemple, les deux accords disposent qu'il doit y avoir engagement, en temps opportun, de procédures en vue de l'imposition de sanctions ou de l'obtention de réparations appropriées pour toute infraction à la législation du travail ou environnementale¹⁰⁸; chacune des parties à l'ALÉNA devra également faire en sorte que les personnes ayant, selon sa législation intérieure, un intérêt juridiquement reconnu à l'égard d'une question donnée puissent avoir adéquatement accès à des procédures administratives, quasi judiciaires ou judiciaires en vue de

107. Pour être rigoureux sur les plans conceptuel et terminologique, il faudrait donc parler d'intégration juridique portée par l'ALÉNA et ses accords parallèles. Néanmoins, dans le but de ne pas alourdir le texte, nous continuerons de parler d'intégration juridique portée par l'ALÉNA, étant entendu que celle-ci renvoie autant à l'ALÉNA qu'aux deux accords parallèles s'y rattachant.

108. ANACDE, article 5(j); ANACT, article 3(1)(g).

faire appliquer la législation du travail¹⁰⁹ ou la législation environnementale; en matière environnementale, les recours accessibles aux parties devront comprendre le droit de poursuivre en dommages-intérêts, le droit d'obtenir des réparations et des sanctions visant à limiter la conséquence des infractions, le droit de demander aux autorités compétentes de prendre les mesures voulues pour assurer l'application de la loi, le droit d'obtenir une injonction¹¹⁰; les deux accords assujettissent à un certain nombre de garanties procédurales les instances administratives, quasi judiciaires et judiciaires chargées d'appliquer les législations internes relatives au travail et à l'environnement¹¹¹.

Le cœur de chacun des accords parallèles demeure toutefois un dispositif intégrant des mécanismes de réception des communications et plaintes du public, de consultation et d'arbitrage interétatique. S'agissant de l'ANACT, aux termes de son article 15, chacune des parties a l'obligation d'établir sur son territoire un Bureau administratif national (BAN). Chacun des BAN est notamment chargé de recevoir les communications et plaintes du public sur les questions relatives à la législation du travail survenant sur le territoire d'une autre partie et, s'il y a lieu, d'examiner ces questions. Les BAN¹¹² se voient ainsi reconnaître une forme de compétence extra-territoriale; d'aucuns y verront une innovation digne de mention. En vertu de l'article 22 de l'ANACT, toute partie peut demander que des consultations aient lieu au niveau ministériel avec une autre partie au sujet de toute question relevant de l'ANACT. La pratique s'est ainsi développée qu'en règle générale, les consultations ministérielles font suite à une plainte d'un syndicat ou d'une organisation non gouvernementale déposée auprès d'un BAN. De 1994 à 1998 inclusivement, les BAN ont reçu 16 plaintes et communications du public, la quasi-totalité provenant d'organisations non gouvernementales et de syndicats. Pendant la même période, des consultations ministérielles se sont tenues à quatre reprises. Le type de correctif que fabriquent les consultations ministérielles en dit long sur le peu de robustesse de l'ANACT: en réponse à des plaintes portant sur des questions de principe fondamentales ou sur des enjeux poignants de relations de travail, les ministres proposent des études, des ateliers trilaté-

109. ANACDE, article 6(2); ANACT, article 4(1).

110. ANACDE, article 6(3).

111. ANACDE, article 7; ANACT, article 5.

112. ANACT, article 16.

raux, des réunions de fonctionnaires, des tribunes publiques, des colloques universitaires ou destinés à des publics ciblés¹¹³...

L'ANACT prévoit également qu'en cas d'échec des consultations ministérielles, un *Comité évaluatif d'experts* pourra être formé afin d'examiner l'application par une partie de ses normes techniques du travail¹¹⁴. D'autres consultations seront engagées à la suite de la production du rapport¹¹⁵. Si elles n'aboutissent pas, un groupe spécial arbitral pourra être institué, mais seulement dans certains cas de figure: celui-ci aura en effet compétence pour examiner si l'allégation selon laquelle une partie aurait omis de façon systématique d'assurer l'application efficace de ses normes techniques du travail concernant la santé et la sécurité du travail, le travail des enfants ou le salaire minimum vise une question se rapportant au commerce et couverte par les lois du travail mutuellement reconnues¹¹⁶. Jusqu'à présent aucun *Comité évaluatif d'experts* n'a été mandaté; de même, la procédure arbitrale n'a jamais été utilisée.

À l'instar de l'ANACT, l'ANACDE propose une batterie de procédures de réception des communications et plaintes du public, de consultation, de médiation et d'arbitrage interétatiques, avec cependant une géométrie différente. Ainsi, contrairement au schéma de l'ANACT, la réception des plaintes et communications du public est centralisée: l'article 14 de l'ANACDE prévoit en effet que le Secrétariat de la *Commission de coopération environnementale* – cette dernière étant l'organisme tripartite qui chapeaute l'ANACDE – peut examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne dans laquelle il est allégué qu'une des parties à l'ALÉNA omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement.

Le processus de traitement des communications du public dessiné aux articles 14 et 15 de l'ANACDE est organisé autour de

113. Voir ainsi les suites données à la plainte 940003 adressée au BAN des États-Unis, à la plainte 9501 adressée au BAN du Mexique, à la plainte 9601 adressée au BAN des États-Unis, à la plainte 9701 adressée au BAN des États-Unis. Les correctifs proposés sont décrits dans les rapports annuels de 1995, 1996, 1997 et 1998 de la *Commission de coopération dans le domaine du travail*, disponibles sur le site internet de cette dernière: <http://www.naalc.org>.

114. ANACT, article 23 à 26.

115. ANACT, article 27.

116. ANACT, article 29.

quatre grandes étapes, le Secrétariat ou le Conseil selon le cas¹¹⁷ pouvant à chacune de ces étapes mettre fin au processus. Première étape: le Secrétariat juge de la recevabilité de la communication. Pour faire l'objet d'un examen par le Secrétariat, la communication devra, notamment, être adéquatement documentée, indiquer que la question visée a été communiquée par écrit aux autorités compétentes du pays concerné et sembler viser à promouvoir l'application de la législation plutôt qu'à harceler une branche de production¹¹⁸. Si la communication est jugée recevable, le Secrétariat déterminera, dans un second temps, si elle justifie la demande à la partie concernée d'une réponse¹¹⁹. Dans la négative, il est mis fin au processus. Dans l'affirmative, une troisième étape s'engage: elle consiste pour le Secrétariat à déterminer si la communication justifie, à la lumière de la réponse fournie par la partie, la constitution d'un dossier factuel. Si c'est le cas, le Secrétariat notifie le Conseil qui doit alors prendre la décision de constituer ou non un dossier factuel. Le Secrétariat constituera un dossier factuel si le Conseil, par un vote des deux tiers, lui en donne instruction. La quatrième et dernière étape s'articule autour d'une décision du Conseil: après que le dossier ait été constitué et commenté par toute partie qui le souhaite, le Conseil pourra, par un vote des deux tiers, rendre le dossier factuel publiquement accessible, normalement dans les 60 jours suivant sa présentation¹²⁰.

Le dossier factuel qui éventuellement résulte de ce cheminement n'a pas de force obligatoire à l'égard de la partie en cause. La sanction produite par le processus de traitement des communications, si elle existe, est purement politique. On figure ainsi que le fait de rendre public un dossier factuel particulièrement mauvais va créer un mouvement dans l'opinion publique – nationale ou étrangère – qui ne laissera d'autre choix aux autorités nationales concernées que d'apporter des correctifs. Entre janvier 1995 et janvier 2000, vingt-trois communications ont été déposées auprès du Secrétariat. Neuf d'entre elles visaient le Canada, huit communications ciblaient le Mexique alors que les États-Unis faisaient

117. Le Secrétariat et le Conseil forment avec le Comité consultatif mixte la Commission de coopération environnementale: ANACDE, article 8(2). Les articles 9 et 10 de l'ANACDE décrivent la structure, la procédure et les fonctions du Conseil alors que l'article 11 de l'ANACDE décrit la structure et la procédure du Secrétariat.

118. ANACDE, article 14(1).

119. ANACDE, article 14(2).

120. ANACDE, article 15.

l'objet de six communications. En date du 1^{er} février 2000, il y avait 13 communications en traitement. Cinq communications ont été jugées irrecevables et en date du 1^{er} février 2000, le Secrétariat étudiait la recevabilité de deux communications. Des réponses ont été demandées ou produites dans 14 cas. Dans deux cas, une réponse n'a pas été demandée même si la communication a été jugée recevable. Le Secrétariat a recommandé au Conseil la constitution d'un dossier factuel à trois reprises alors qu'il a pris la position opposée à deux occasions. En date du 1^{er} février 2000, un seul dossier factuel avait été complété; il a été rendu public.

En parallèle avec ce processus participatif, l'ANACDE met en place un mécanisme interétatique de consultations, médiation sous l'autorité du Conseil, et d'arbitrage¹²¹. Ce mécanisme traitera de toute allégation selon laquelle une partie «aurait omis de façon systématique d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement»¹²². Si un groupe spécial est éventuellement constitué et qu'il en vient à la conclusion qu'une partie a omis de façon systématique d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement, les parties contestantes chercheront à arrêter «un plan d'action mutuellement satisfaisant et normalement conforme aux déterminations et recommandations du groupe spécial»¹²³. Le refus d'agir de la partie incriminée pourra ultimement donner lieu à une compensation monétaire¹²⁴ ou à la suspension d'avantages commerciaux découlant de l'ALÉNA jusqu'à concurrence du montant correspondant à la compensation monétaire à percevoir¹²⁵. Jusqu'à présent, aucun groupe spécial n'a été constitué en vertu de l'ANACDE.

CONCLUSION

L'ALÉNA est venu amplifier modérément une dynamique d'intégration juridique préexistante dans l'espace Canada-États-Unis. A contribué à ce mouvement un facteur non juridique, soit l'accroissement de la dépendance du Canada à l'égard des États-Unis qui résulte du libre-échange; un facteur sans doute plus significatif que les obligations et dispositifs juridiques portés par l'accord, bien qu'il ne faille pas tenir pour insignifiants les

121. ANACDE, articles 22, 23 et 24.

122. ANACDE, article 22(1) et 24(1).

123. ANACDE, article 33.

124. ANACDE, 34.

125. ANACDE, article 36.

effets structurants du principe du traitement national tel qu'il s'exprime dans l'ALÉNA, du chapitre XIX et des divers mécanismes participatifs et quasi juridictionnels dessinés dans les accords parallèles sur l'environnement et les normes du travail. Tant les États-Unis que le Canada ont recherché pour le libre-échange un cadre qui n'était pas susceptible d'entraîner ou de dériver vers une intégration juridique poussée: le premier craignait que ne s'enclenche une dynamique irréversible de débordement intégratif, le second ne pouvait tolérer quelque zone d'ombre sur sa souveraineté, ses institutions nationales ou son droit interne.

L'intégration juridique portée par l'ALÉNA, modérée, utilise largement et mise sur les processus. À cet égard, l'ALÉNA se profile comme une expérience novatrice, notamment par la mise en place d'un mécanisme supranational d'examen des déterminations finales en matière de droits antidumping et compensateurs qui se situe à la croisée du droit administratif (de par la fonction) et du droit international public (de par la nature), de même que par l'aménagement de canaux de participation du public et des organisations non gouvernementales dans les accords parallèles sur l'environnement et les normes du travail. De façon générale, c'est autour d'une certaine conception de l'État de droit axée sur la transparence, l'intégrité, l'autonomie et la robustesse des processus – tant ceux que connaissaient déjà les droits internes que ceux nouvellement institués par l'ALÉNA ou ses accords parallèles – que s'organise le chantier de l'intégration juridique associé à l'ALÉNA. Cette conception de l'État de droit transparaît à la lecture des accords comme un thème récurrent, transversal. Il est intéressant – presque ironique – de noter qu'alors que la zone nord-américaine de libre-échange se veut une entreprise obéissant à des logiques essentiellement économiques, conçue en fonction d'objectifs principalement d'ordre commercial, l'onde d'intégration juridique qu'elle a engendrée a pour fondement des valeurs qui n'appartiennent pas à la sphère de l'économisme, mais traduisent plutôt des idéaux universels quant à la façon de contenir et de régir l'exercice du pouvoir dans les sociétés.

L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille

Nicole ROY

Résumé

La *Convention relative aux droits de l'enfant* énonce les grands principes devant régir l'action des législateurs dans le domaine des responsabilités parentales. Elle ne précise pas comment il convient de les mettre en œuvre. Les différents législateurs peuvent donc opérationnaliser ces normes en fonction de valeurs sociales et culturelles prévalant sur leur territoire.

Comment le législateur québécois et, dans une certaine mesure, le législateur fédéral ont-ils choisi de mettre en œuvre les dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant* ayant trait aux responsabilités parentales? Quelles conceptions et représentations de la famille, du rôle respectif des père et mère, de la place de l'enfant, des liens enfant/parent et des relations parent/parent sous-tendent ces choix? C'est à ces questions que l'auteure tente de répondre en examinant deux institutions intimement liées à la thématique des responsabilités parentales, soit l'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant.

L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille*

Nicole ROY**

Introduction	57
Section I. Les conceptions d'enfant, de parent, de relations parent/enfant et parent/parent véhiculées par la notion d'autorité parentale	60
A- Le concept d'autorité parentale: contenu et portée	61
1. La notion d'autorité parentale	62
a) De la puissance paternelle à l'autorité parentale	62
b) De l'étendue du pouvoir décisionnel résultant des attributs de l'autorité parentale	71
c) De la détermination du titulaire de l'autorité parentale	76

* À Marie Sophie et à ses grands-parents. En hommage à tout ce qu'ils m'ont appris et à tout ce qu'ils m'apprendront.

** Avocate (LL.M), ministère de la Justice du Canada, Groupe de la coopération internationale. Les opinions exprimées dans ce texte sont celles de l'auteure et ne doivent pas être imputées au ministère de la Justice. L'auteure tient à exprimer ses sincères remerciements à Justin Roberge pour son inestimable travail d'assistance à la recherche. Elle tient également à préciser que lorsqu'il n'a pas été possible de féminiser le texte sans l'alourdir, le genre masculin a été employé comme genre neutre.

2.	De certaines limites à l'exercice de l'autorité parentale	81
a)	Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents	83
b)	Les relations personnelles de l'enfant avec les tiers	89
3.	Le contrôle de l'autorité parentale	93
a)	La déchéance de l'autorité parentale	94
b)	Le retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice	101
B-	L'exercice de l'autorité parentale suite à un jugement concernant la garde d'un enfant	102
1.	Les éléments présidant à la détermination de la garde d'un enfant	103
a)	Le critère du meilleur intérêt de l'enfant. . .	103
b)	Les présomptions relatives au meilleur intérêt de l'enfant	108
2.	L'exercice de l'autorité parentale entre le parent gardien et le parent non gardien	115
a)	La thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.	118
b)	La thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale	126
c)	L'état du droit et les perspectives d'avenir face au phénomène de l'éclatement des familles	131
3.	L'exercice de l'autorité parentale suite à l'attribution de la garde à un tiers	139
a)	Le partage du pouvoir décisionnel entre le tiers gardien et le titulaire de l'autorité parentale selon l'arrêt <i>C. (G.) c. V.-F. (T)</i> . .	140

b) L'impact de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale sur le rôle du tiers gardien	144
Section II. L'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: l'expression d'une conception du rôle des parents et du meilleur intérêt de l'enfant. . . .	145
A- L'obligation alimentaire: contenu et portée	146
1. La notion d'obligation alimentaire	147
a) L'obligation de fournir des aliments	147
b) La rencontre de l'obligation de fournir des aliments et du devoir d'entretien.	149
2. Les débiteurs alimentaires de l'enfant	150
a) De l'article 167 C.c.B.C. à l'article 585 C.c.Q.	151
b) La succession du débiteur alimentaire de l'enfant	156
c) L'époux tenant lieu de père ou de mère	159
B- La détermination des besoins alimentaires de l'enfant	164
1. Les critères d'attribution et de fixation applicables avant le 1 ^{er} mai 1997	164
a) Les critères d'attribution des pensions alimentaires pour enfant: la règle besoins/moyens et la notion d'autonomie	165
b) La fixation des pensions alimentaires pour enfants: un modèle fondé sur la discrétion judiciaire.	166
c) Les motifs ayant justifié la remise en question du modèle de fixation	168
2. Les critères d'attribution et de fixation applicables depuis le 1 ^{er} mai 1997	170

a) La détermination de la contribution parentale de base	173
b) Les éléments permettant de majorer ou de diminuer la pension alimentaire de l'enfant	177
Conclusion	182

INTRODUCTION

La *Convention relative aux droits de l'enfant* reflète un certain consensus international au sujet des principes devant régir l'action des législateurs dans le domaine des responsabilités parentales. Ces lignes directrices, dont l'objectif est d'établir une orientation philosophique commune en matière de droit de l'enfant, ne visent pas et n'ont pas pour effet d'uniformiser les règles de droit applicables dans chacun des pays signataires. Dès lors, les législateurs peuvent opérationnaliser les grands principes de la Convention en fonction des valeurs sociales et culturelles prévalant sur leur territoire, voire de leur conception de la famille, du rôle respectif des père et mère, de la place de l'enfant et d'une représentation spécifique des liens enfant/parent et parent/parent.

Comment le législateur québécois et, dans une certaine mesure le législateur fédéral, ont-ils choisi de mettre en oeuvre les principes généraux de la *Convention relative aux droits de l'enfant* ayant trait aux responsabilités parentales? Pour répondre à cette question, nous nous proposons d'étudier deux institutions intimement liées à la thématique des responsabilités parentales, soit l'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants. Qui plus est, au moment d'examiner les règles de droit découlant de ces deux institutions, nous tenterons de faire ressortir les valeurs et conceptions relatives à la famille, au rôle parental et aux liens enfant/parent et parent/parent qui les sous-tendent, lesquelles témoignent de la spécificité de notre conception culturelle du meilleur intérêt de l'enfant¹.

1. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant, voire sa consécration en tant que principe fondamental transcendant tous les autres, est reconnu par la *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A/RES/44/25, Doc. off. AGNU c. 3, 44^e sess., Doc. NU A/C.3/44/L.44 (1989); R.T. Can. 1992 n° 3 (entrée en vigueur pour le Canada le 12 janvier 1992), (ci-après citée: «Convention»), ainsi que par le législateur québécois et le législateur fédéral dans leurs champs de compétence respectifs: Convention, art. 3 (1): «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.» C.c.Q., art. 33: «Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.» *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e supp.), (ci-après citée également: «L.D.»), art. 16 (8): «En rendant

La première section du texte est consacrée à l'autorité parentale. Elle vise à mieux circonscrire la façon dont le législateur québécois conçoit le principe de l'article 18 (1) de la Convention selon lequel les deux parents ont la responsabilité commune d'élever l'enfant et d'assurer son développement². De façon subsidiaire, cette thématique nous permettra de préciser l'application d'autres dispositions de la Convention, telles que l'article 9 (1), énonçant le principe de la non-séparation des parents et de l'enfant³ et les articles 9 (3) et 10 (2), prescrivant le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses deux parents⁴.

Pour montrer la spécificité de l'interprétation québécoise du principe de responsabilité commune des parents et faire ressortir les valeurs qu'elle véhicule, nous analyserons tout d'abord le contenu et la portée de la notion d'autorité parentale (Section I, A). Dans ce contexte, nous nous attarderons à l'évolution historique du concept d'autorité parentale, à la portée du pouvoir décisionnel qu'il confère à son titulaire, puis aux règles présidant à la détermination du statut de titulaire de l'autorité parentale. Une fois ces prémisses de base posées, ce sont les relations de l'enfant avec les tiers qui retiendront notre attention dans le cadre de l'examen des limites à l'exercice de l'autorité parentale. Finalement, il conviendra de clore l'étude du contenu et de la portée de l'autorité paren-

une ordonnance conformément au présent article [ordonnance de garde], le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.»

2. Convention, art. 18 (1): «Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.»
3. L'article 9 (1) de la Convention se lit comme suit: «Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.»
4. Convention, art. 9 (3): «Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.» Art. 10 (2): «Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents[...].»

tale par un examen des mécanismes de contrôle judiciaire que sont la déchéance de l'autorité parentale et le retrait d'un attribut ou de son exercice.

L'étude du contenu et de la portée de la notion d'autorité parentale sera complétée par un examen des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale suite à l'attribution judiciaire de la garde d'un enfant (Section I, B). Ainsi, après une brève révision des critères présidant à la détermination de la garde d'un enfant, nous aborderons la thématique des modèles de partage des responsabilités parentales post-rupture. Nous analyserons alors les deux thèses relatives aux pouvoirs respectifs du parent gardien et du parent non gardien pour subséquemment discuter les perspectives d'avenir et de réforme. De plus, étant donné le phénomène croissant du démembrement et de la reconstitution des familles, nous examinerons les règles relatives au partage du pouvoir décisionnel entre le tiers gardien et le parent non gardien.

La seconde section du texte porte sur l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant. Elle permet de décrire la mise en oeuvre québécoise des paragraphes 1 et 2 de l'article 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, lesquels garantissent le droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant tout en imposant aux parents, et aux autres personnes ayant la charge de l'enfant, la responsabilité de lui assurer les conditions de vie nécessaires à son développement⁵.

Pour faire ressortir la conception du rôle des parents et du meilleur intérêt de l'enfant qui sous-tend cette institution, nous commencerons par préciser le contenu et la portée de l'obligation alimentaire (Section II, A). Dans ce contexte, nous décrirons l'étendue de l'obligation de fournir des aliments et du devoir d'entretien incombant aux parents. Nous analyserons également l'évolution législative des règles présidant à la détermination des débiteurs alimentaires de l'enfant, laquelle témoigne, à l'instar des concepts d'aliments et de devoir d'entretien, d'une volonté de conforter les responsabilités économiques des parents à l'égard de

5. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 27 se lisent comme suit: «1. Les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social. 2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.»

leurs enfants. En dernier lieu, nous porterons une attention particulière à l'obligation alimentaire qu'impose le législateur fédéral à l'époux ayant tenu lieu de père ou de mère. En effet, ce choix le distingue du législateur québécois tant au niveau de la mise en oeuvre de l'article 27 de la Convention qu'en ce qui a trait à sa conception du meilleur intérêt de l'enfant.

Pour compléter cette étude de l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant, nous examinerons ensuite les règles relatives à la détermination des besoins alimentaires de l'enfant afin d'évaluer dans quelle mesure elles garantissent le droit des enfants à un niveau de vie suffisant (Section II, B). Étant donné que la réforme du modèle de fixation des pensions alimentaires pour enfants visait à contrer la pauvreté des enfants et à mieux répartir les responsabilités financières entre les deux parents, nous analyserons, à des fins comparatives, les critères d'attribution et de fixation applicables avant le 1^{er} mai 1997 ainsi que ceux trouvant application depuis cette date.

À l'issue de l'étude des deux institutions que sont l'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant, nous aurons mis en relief les choix législatifs faits par le législateur québécois et le législateur fédéral au moment de mettre en oeuvre les principes de la *Convention relative aux droits de l'enfant* concernant les responsabilités parentales. Nous aurons également révélé les valeurs, conceptions et représentations de la famille, du rôle des père et mère et des relations enfant/parent et parent/parent sur lesquels ces choix reposent. Dès lors, à défaut de pouvoir décrire précisément notre conception culturelle du meilleur intérêt de l'enfant, nous connaissons mieux, au regard de deux institutions juridiques fondamentales, les conceptions, valeurs et représentations qui orientent son application et son interprétation.

Section I. Les conceptions d'enfant, de parent, de relations parent/enfant et parent/parent véhiculées par la notion d'autorité parentale

L'autorité parentale constitue un des moyens mis de l'avant par le législateur québécois pour opérationnaliser le principe de l'article 18 (1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, soit celui de la responsabilité commune et première des parents d'élever l'enfant et d'assurer son développement. Si d'autres pays

signataires consacrent également dans leur législation le concept d'autorité parentale ou une notion similaire, cela n'altère en rien la spécificité de l'institution québécoise. En effet, à l'instar de tous les concepts juridiques, l'autorité parentale acquiert un sens et une portée distinctive en raison des dispositions législatives qui l'encadrent, des présomptions qui orientent son contenu et de l'interprétation globale dont elle est l'objet. Qui plus est, l'application et l'interprétation de la notion d'autorité parentale témoignent des valeurs que le droit québécois privilégie en ce qui concerne la famille, le rôle respectif des parents et des enfants ainsi que le type de relation que ceux-ci doivent entretenir.

L'objectif de la Section I consiste à exposer les principales caractéristiques de la notion québécoise d'autorité parentale. Nous voulons également faire ressortir les motifs et les valeurs qui sous-tendent les choix législatifs et jurisprudentiels concernant cette institution et, par le fait même, le principe du meilleur intérêt de l'enfant. Pour atteindre cette finalité, notre étude est divisée en deux parties. La première s'attarde au contenu et à la portée de l'autorité parentale (A) alors que la deuxième analyse les règles relatives à son exercice suite à l'attribution judiciaire de la garde d'un enfant (B).

A- Le concept d'autorité parentale: contenu et portée

Pour cerner le contenu et la portée du concept d'autorité parentale, nous proposons une démarche en trois étapes. Tout d'abord, nous tenterons de préciser les paramètres de cette notion en décrivant son évolution historique, en précisant la portée du pouvoir décisionnel qu'elle confère à son titulaire sur la personne de l'enfant et en analysant les critères qui président à la détermination du statut de titulaire de l'autorité parentale (1). Ensuite, pour démontrer que le critère du meilleur intérêt de l'enfant peut constituer une limite à l'exercice de l'autorité parentale, nous allons étudier la thématique des relations enfant/grand-parent et enfant/ tiers (frère, soeur, oncle, tante, ex-conjoint du parent, etc.) (2).

L'autorité parentale peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire et donner lieu à une déchéance de l'autorité parentale, au retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice. Nous examinerons donc, en terminant, les critères et les circonstances susceptibles de donner ouverture à l'application de telles mesures (3).

1. *La notion d'autorité parentale*

La notion d'autorité parentale nous est maintenant si familière que l'on tend parfois à oublier qu'elle n'a pas toujours existé. Pourtant, cette institution vouée à la protection de l'enfant est née au Québec seulement en 1977. Elle est le résultat d'une longue évolution historique, voire de la remise en question du concept de puissance paternelle qui, avant d'être consacré dans le *Code civil du Bas Canada* de 1866, fut une institution du droit romain de l'Antiquité puis du droit français.

Le remplacement de la notion de puissance paternelle par celle d'autorité parentale révèle bien plus qu'un changement d'étiquette. En fait, le passage d'un concept de «puissance» à un concept d'«autorité» témoigne d'une actualisation du droit par rapport aux valeurs sociales concernant la relation parent/enfant, démocratisée par la reconnaissance des droits de l'enfant et du principe des décisions prises dans son meilleur intérêt. Quant au remplacement du qualificatif «paternelle» par celui de «parentale», il symbolise une modernisation de la structure familiale en fonction des valeurs d'égalité entre les hommes et les femmes tant dans le mariage que dans leur rôle de parent. De cette double transformation émerge, comme nous le verrons, une nouvelle conception de la famille. Aussi, lorsque nous aurons retracé les grandes lignes de cette évolution historique (a), il conviendra de s'attarder à la nature et à la portée du pouvoir décisionnel que l'autorité parentale confère à ses titulaires sur la personne de l'enfant (b). Puis, en terminant, nous analyserons les critères présidant à la détermination des titulaires de l'autorité parentale. Les motifs et l'impact du choix des personnes à qui le législateur confie la responsabilité d'assurer le développement de l'enfant seront alors discutés (c).

a) *De la puissance paternelle à l'autorité parentale*

Dans l'Antiquité romaine, la puissance paternelle était désignée par le terme *patria potestas*⁶. Elle constituait l'ultime

6. Pour une étude exhaustive de la puissance paternelle en droit romain, de la formation de la République romaine en l'an 509 av. J.C. jusqu'à la chute de l'empire romain en 476 de notre ère, voir: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 783-796. Pour un résumé de la conception romaine de la puissance paternelle, voir: Yveline MARTIN et Jacques A. ULYSSE, «L'autorité parentale: un droit ou un devoir ... pour qui!», dans PRIX CHARLES CODERRE (1984), *L'autorité parentale: un droit ou un devoir ... pour qui!*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 1, aux pages 6-12; Éline DEMERS et Andrée RUFFO, «La

prérogative de l'aîné des ascendants mâles de la famille, le *pater familias*. À vrai dire, il paraît plus juste de référer à l'ancêtre du clan familial puisque la *Loi des douze tables*⁷, une loi écrite sur douze tables de pierre, reconnaissait que le mariage, l'adoption et l'adrogation, c'est-à-dire l'adjonction d'une autre famille à la sienne afin d'assurer la descendance, constituaient les fondements de la famille⁸.

Cette conception romaine originaire de la puissance paternelle nie, dans son essence même, l'idée des droits de l'enfant ainsi que le principe des décisions prises dans son meilleur intérêt. En effet, tous les membres du clan familial, qu'ils soient mineurs, majeurs, de sexe féminin ou masculin, sont assujettis au pouvoir de l'ancêtre. La seule exception à cette règle concerne les hommes adultes que le *pater familias* choisit d'émanciper⁹. Dès lors, la puissance paternelle est perpétuelle et tous les membres de la famille romaine sont, au plan juridique, des incapables.

Le terme «puissance», de l'expression puissance paternelle, évoque alors l'idée d'un pouvoir souverain et absolu, plus ou moins despotique¹⁰. En effet, le *pater familias* n'est assujetti à aucun devoir et à aucune obligation. Il ne possède que des droits et demeure, à l'intérieur du clan familial, le seul à en posséder. Il dis-

genèse du concept de l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant en droit civil français et québécois», dans Patrick H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 263, à la page 267.

7. M.F. LAFERRIERE, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. 1, Paris, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1846, p. 51, cité dans É. DELEURY, M. RIVEST, J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 784, note 1.
8. Sur les fondements de la famille romaine ainsi que les trois rites relatifs à la célébration du mariage (*confareatio*, *coemptio* et *usus*), voir: Auguste E. COTÉ, *La Puissance paternelle*, Thèse de doctorat, Rimouski, Faculté de droit, Université Laval, 1926, p. 36 et s.; É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 784-789; Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 7-8.
9. En droit romain, ni le mariage ni la majorité, alors fixée à 25 ans, ne sont émancipateurs. Les seules personnes soustraites à la puissance paternelle sont, outre les hommes adultes que le *pater familias* choisit d'émanciper, les hommes adultes ayant perdu le statut de citoyen romain et les hommes adultes occupant certaines fonctions militaires ou ecclésiastiques: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 794-795.
10. Sur la signification du terme puissance de l'expression puissance paternelle, voir: Hugues FULCHIRON et Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Autorité parentale et parents désunis*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1985, p. 7; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, «La famille», 7^e éd., par Laurent Leveneur, Paris, Montchrestien, 1985, p. 549; Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 6; É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 782.

pose d'un droit de vie et de mort sur les membres de sa famille, tout comme sur ses esclaves. Il lui est également loisible de vendre ou de donner en gage son enfant, son petit-enfant, son épouse, etc.¹¹.

Cette conception absolutiste de la puissance paternelle connaîtra des assouplissements, notamment attribuables à l'influence du droit étranger et du christianisme, bien avant la fin de l'empire romain en l'an 476 de notre ère¹². Ainsi, le droit de correction remplaça le droit de vie et de mort du *pater familias*¹³. Il faudra toutefois attendre plusieurs centaines d'années avant que l'organisation juridique de la famille, à l'instar de celle de la société, obéisse à des principes démocratiques (égalité, participation, etc.)¹⁴.

Au Ve siècle après J.C., après la chute de l'empire romain, le droit s'organisa de façon différente dans le Nord et le Sud de la France¹⁵. Les régions du Nord subirent principalement l'influence des coutumes germaniques tandis que celles du Sud restèrent davantage rivées au modèle romain de droit écrit. Cette distinction n'apparut pas immédiatement. Par conséquent, les prérogatives découlant de la puissance paternelle demeurèrent pendant

11. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 787-788; Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 8-9. Si l'on en croit Auguste E. Coté, la conception absolutiste de la puissance paternelle qui régna à Rome après sa fondation constitue davantage un phénomène culturel qu'historique. En effet, l'Égypte, à une époque antérieure, reconnaissait une certaine liberté aux femmes. Ces dernières n'étaient pas un objet donné ou vendu à un époux. Elles choisissaient de se marier par amour et selon leur choix. Et, une fois mariées, elles partageaient la jouissance de la maison avec leur époux et ne tombaient pas sous la puissance de ce dernier. Quant aux liens familiaux, jamais ils ne connurent la dureté ou la sévérité qui existèrent plus tard en Grèce et à Rome. Par exemple, si le père pouvait corriger ses enfants, les réprimander et même les condamner à des amendes, jamais il n'a possédé sur eux un droit de vie et de mort: A.E. COTÉ, *op. cit.*, note 8, p. 25-28.
12. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 789. L'Église affirmait l'égalité spirituelle des époux tout en prônant le besoin d'une autorité dans la famille, laquelle devait, évidemment, être l'apanage exclusif de l'époux: Jean PINEAU, «L'autorité dans la famille», (1965-1966) 7 *C. de D.* 201, 202; Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 9-11.
13. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 792; Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 10.
14. Pour un aperçu des différents facteurs psychologiques et sociologiques ayant favorisé l'évolution de cette institution, voir notamment: Henri OUELLET, «Remarques sur l'autorité paternelle», (1965-66) 7 *C. de D.* 196.
15. Pour un exposé exhaustif au sujet de cette évolution qui va du Ve au XVIII^e siècle, voir: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 796-806; Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 11-16. Pour un résumé, voir: É. DEMERS et A. RUFFO, *loc. cit.*, note 6, 268-269.

plusieurs siècles, partout en France, semblables à celles qui étaient reconnues à la fin de l'empire romain. Mais à compter du Moyen-Âge, la *mainburnie* modifia de façon importante la puissance paternelle dans les provinces de droit coutumier. D'une part, la puissance paternelle pouvait exceptionnellement s'avérer une prérogative féminine. En effet, la mère avait le droit d'exercer la puissance paternelle lorsque le père était décédé, absent ou incapable. D'autre part, la rigueur de la puissance paternelle s'amoindrit. La *mainburnie*, cette forme de «tutelle organisée dans l'intérêt de l'enfant»¹⁶, perdit son caractère perpétuel. Désormais, la majorité et le mariage entraînaient l'émancipation. De plus, pour éviter ou limiter les abus du droit de correction, les enfants pouvaient s'adresser aux tribunaux.

Sous le règne des législateurs révolutionnaires, il y eut unification des conceptions de la puissance paternelle prévalant dans le Nord et le Sud de la France¹⁷. Remise en question au même titre que le despotisme monarchique, la portée de la puissance paternelle fut, au nom des principes d'égalité et de liberté, grandement atténuée. Cette période sera toutefois de courte durée, les rédacteurs du Code Napoléon de 1804 cherchant à «redonner au père l'autorité qu'il avait perdue à la suite des réformes imposées par les législateurs révolutionnaires»¹⁸.

Le Code Napoléon de 1804 consacre un chapitre entier à la puissance paternelle (chapitre IX, articles 371 à 387). Le principe d'égalité entre les père et mère, auparavant appliqué dans les provinces de droit coutumier puis revendiqué pendant la période révolutionnaire, n'influencera pas vraiment les rédacteurs de ce Code. En effet, si les père et mère possèdent tous les deux le statut de titulaire de la puissance paternelle, les codificateurs limitent grandement la portée de ce principe en prévoyant expressément que seul le père l'exerce pendant le mariage¹⁹. De plus, aucune disposition ne reconnaît le rôle de substitut de la mère en cas d'absence ou d'incapacité du père²⁰.

16. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 802.

17. Pour une étude exhaustive de la puissance paternelle à cette époque, voir: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 806-809. Voir également: Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 16-17 et dans É. DEMERS et A. RUFFO, *loc. cit.*, note 6, 269.

18. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 809.

19. Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 17; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 10, p. 554.

20. En France, il faudra attendre l'année 1942 pour que la mère puisse exercer la puissance paternelle lorsque l'époux est absent, incapable ou dans l'impossi-

Le Code Napoléon énonce les deux principaux attributs de la puissance paternelle, soit le droit de garde (art. 374) et le droit de correction (art. 375). Le premier autorise le père à retenir l'enfant au domicile paternel ou à l'envoyer dans un lieu d'éducation. Quant au deuxième, il lui permet notamment de faire arrêter et détenir l'enfant. En contrepartie toutefois, le père est tenu à certains devoirs envers ses enfants, soit l'obligation de les nourrir, de les élever et de les entretenir (art. 203)²¹.

Ainsi, il faut constater que, de ses origines en droit romain jusqu'à la codification française de 1804, l'histoire de la puissance paternelle témoigne d'un constant affaiblissement des pouvoirs du père. Il en résulte, par conséquent, une amélioration du sort réservé aux enfants. Toutefois, au moment où les rédacteurs du *Code civil du Bas Canada* s'apprêtent à codifier cette institution²², sous l'influence déterminante du droit français²³, la puissance paternelle ne vise toujours pas la protection de l'enfant et ce dernier n'a pas encore acquis le statut de sujet de droit²⁴.

En droit civil québécois, la puissance paternelle n'a jamais eu la portée que lui conférait le droit romain²⁵. Toutefois, compte tenu des moeurs des Canadiens-français, la puissance paternelle est davantage instituée en régime d'autorité que dans les autres provinces canadiennes. En effet, parce que le droit anglais accorde

bilité d'agir. Et, ce n'est qu'en 1970 que cette institution deviendra collégiale, soit sept ans avant le législateur québécois: H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 10, p. 554. Pour ce qui est de la situation particulière des parents non mariés, voir p. 557 et s.

21. Le Code Napoléon prévoyait aussi un droit d'usufruit sur les biens de l'enfant mineur de même que la nécessité du consentement au mariage: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 810-811; Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 18; É. DEMERS et A. RUFFO, *loc. cit.*, note 6, 269-270.
22. Précisons qu'avant la codification, soit de 1664 à 1866, la puissance paternelle est, dans le Bas-Canada, encadrée par la *Coutume de Paris*. Pour des détails concernant la façon dont la *Coutume de Paris* régit les relations parent/enfant, voir: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 814-816.
23. Les autres sources d'influence sont la *Coutume de Paris*, influencée par la conception coutumière de la puissance paternelle ainsi que le *Code de la Louisiane*, plus spécifiquement en ce qui a trait au caractère modéré et raisonnable du droit de correction: voir *ibid.*, 814-820; É. DEMERS et A. RUFFO, *loc. cit.*, note 6, 270-271.
24. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 813.
25. Albert MAYRAND, «L'évolution de la puissance paternelle en droit civil québécois», dans René SAVATIER, *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 621, p. 621. De l'avis de ce dernier, la conception de la puissance paternelle du *Code civil du Bas Canada* de 1866 témoigne néanmoins d'un certain absolutisme. En effet, le législateur utilise le concept de *puissance* paternelle, en confie l'exercice au seul père pendant le mariage et fait du droit de correction un de ses attributs.

plus d'importance à la liberté individuelle, incluant celle des enfants, il tend davantage à en tempérer la portée²⁶.

En fait, le *Code civil du Bas Canada* de 1866 propose une conception de la puissance paternelle très similaire à celle mise de l'avant par les codificateurs du Code Napoléon de 1804²⁷. S'il fait également du droit de garde et du droit de correction les principaux attributs de la puissance paternelle, ce dernier n'inclut toutefois pas le droit de faire arrêter et détenir son enfant²⁸.

26. Louis BAUDOUIN, «Puissance paternelle», (1954) 14 *R. du B.* 478, 484-485. Selon A. MAYRAND, cette situation tient à deux éléments principaux, soit les convictions religieuses des Canadiens-français et les conditions économiques qui font que la famille est ici, une exploitation familiale de type agricole. Sur la puissance paternelle en droit anglais, une institution qui n'a jamais revêtu le caractère absolutiste de la *patria potestas* romaine: *Ibid.*, 621-622. Voir aussi: Mauricette CRAFFE, *La puissance paternelle en droit anglais: évolutions historiques, solutions traditionnelles*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971 et Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 49-52.
27. Les dispositions du *Code civil du Bas Canada* de 1866 se lisent comme suit: Art. 242: «L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère.» Art. 243: «Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage sauf les dispositions contenues dans l'Acte 25 Victoria, chap. 66.» Art. 244: «Le mineur non émancipé ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père.» Art. 245: «Le père, à son défaut la mère, a sur son enfant mineur et non émancipé, un droit de correction modéré et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant est confiée.» Implicitement, l'article 200 C.c.B.C. prévoit l'attribut de garde: «L'administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal ou le juge pour le plus grand avantage des enfants.» À l'instar du droit français, le *Code civil du Bas Canada* confère également aux parents l'obligation de nourrir, d'élever et d'entretenir leurs enfants: Art. 165 C.c.B.C.: «Les époux contractent, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.» Sur la situation des enfants naturels qui, jusqu'en 1970, n'étaient pas assujettis à la puissance paternelle parce que cette dernière était conçue comme un droit découlant du mariage, voir: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 821-825. Pour une comparaison entre le *Code Napoléon* et le *Code civil du Bas Canada* au moment de son adoption, ainsi que sur l'influence du *Code de Louisiane*, voir: Code civil du Bas Canada, I-II-III Rapports, Imprimé par Georges E. Desbarats, 1865, p. 203, cité par: Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 20, note 55.
28. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 818. À cette époque, et jusqu'en 1945, le droit français permettait au père de faire emprisonner son enfant pour une période de un à six mois, selon l'âge de l'enfant. Lorsque ce dernier avait moins de seize ans, le tribunal ne pouvait évaluer les motifs justifiant la décision du père: Jean MERCIER, «Puissance paternelle – Déchéance en certains cas», (1954) 14 *R. du B.* 234, 235. De plus, contrairement au législateur français, les codificateurs québécois n'ont pas jugé opportun de reconnaître aux parents un droit de jouissance sur les biens de leurs enfants mineurs. En d'autres termes, les attributs de la puissance paternelle n'incluent pas la tutelle, laquelle doit, à cette époque, toujours être conférée par le tribunal: A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 25, 630.

Ainsi, sous le régime originaire du *Code civil du Bas Canada*, la famille est dirigée par un chef que l'on retrouve en la personne du mari²⁹. Ce dernier détient tant la puissance maritale³⁰ que la puissance paternelle, laquelle ne revêt toujours pas, pendant le mariage, la forme d'un attribut parental³¹.

Les dispositions du *Code civil du Bas Canada* de 1866 ont évidemment été modifiées au fil des années³². Une première étape du processus de démocratisation de la famille est d'ailleurs franchie en 1964. Cette année là, le législateur québécois met fin à l'incapacité juridique de la femme mariée et supprime la puissance maritale³³. L'idéologie patriarcale continue néanmoins de trouver application³⁴. En effet, si la modification de l'article 174 C.c.B.C. permet désormais à l'épouse de concourir à la direction morale et matérielle de la famille, l'article 243 C.c.B.C., demeuré inchangé, affirme toujours que l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage constitue un privilège exclusif de l'époux³⁵. L'épouse n'exerce donc la puissance paternelle qu'à titre

29. MM. Mazeau ont défini la famille comme étant «le regroupement formé par les personnes qui, en raison de leurs liens de parenté ou de leur qualité d'époux, sont soumises à la même autorité, celle du chef de famille»: cité dans J. PINEAU, *loc. cit.*, note 12, 201(références omises).
30. Pothier définissait la puissance maritale comme suit: «La puissance maritale sur la personne de la femme, consiste par le droit naturel, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur.» Oeuvres de Pothier, vol. 7 (Bugnet, p. 1), cité dans Gertrude WASSERMAN, «Puissance maritale», (1953) *R. du B.* 339, 340. Pour un aperçu des définitions doctrinales et jurisprudentielles de la puissance maritale ainsi que les motifs avancés pour justifier ce lien de soumission, voir ce texte de G. Wasserman.
31. Art. 243 C.c.B.C., *supra*, note 27.
32. Pour un aperçu de cette évolution, voir: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 825-831.
33. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66, art. 1. Voir les articles 1259 et 174 C.c.B.C. qui font état de cette puissance. Selon Louis Baudouin, les sociologues attribuent le phénomène de l'égalité des époux aux facteurs suivants: l'émancipation de fait des femmes, l'insuffisance des ressources incitant les femmes à travailler à l'extérieur de la maison et le fait que les femmes au foyer aient obtenu la reconnaissance de leur autorité et de leur influence morale: Louis BAUDOUIN, «La famille face à un code moderne», dans Jacques BOUCHER et André MOREL, *Le droit dans la vie familiale: Livre centenaire du Code civil (I)*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 49, p. 50.
34. L'idéologie patriarcale repose sur quatre composantes: l'autorité du mari, l'autorité du père, le leadership externe du mari et la responsabilité du mari: Marc-Adélard TREMBLAY, Jocelyne VALOIS, «Les nouvelles structures d'autorité dans la famille au Canada français», (1965-1966) *7 C. de D.* 179, 185.
35. J. PINEAU, *loc. cit.*, note 12, 213. De plus, comme le note cet auteur aux pages 209 et s., l'épouse, de manière générale, n'est pas juridiquement parlant l'égale de son mari puisqu'elle continue de prendre son nom, d'avoir pour domicile celui de son mari, d'acquiescer sa nationalité, etc. Voir également: Jean TURGEON, «L'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant», dans J. BOUCHER et A. MOREL

de substitut, c'est-à-dire quand le mari «est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou pour toute autre cause»³⁶.

La famille québécoise de 1964 a toujours un chef en la personne du mari. Cependant, le mouvement en faveur de l'égalité des femmes et des enfants, qui prend de plus en plus d'ampleur, paraît irrémédiablement amorcé. Dès lors, les prérogatives du mari et père de famille tendent à perdre leur exclusivité et leur rigueur. Après s'être vu reconnaître le droit d'exercer la puissance paternelle lorsque le père est dans l'impossibilité de le faire, le législateur consacre le droit de l'épouse de consentir et de s'opposer au mariage de ses enfants³⁷. Et, si le père possède encore l'équivalent d'un droit de propriété sur ses enfants, la jurisprudence hésite de moins en moins, au nom du meilleur intérêt de l'enfant, à limiter la portée de la puissance paternelle³⁸. Ainsi, grâce à l'influence du droit anglais, d'où origine ce critère, les tribunaux favorisent l'émergence du phénomène des droits de l'enfant³⁹.

Le 17 novembre 1977, soit lors de l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil*⁴⁰, la notion d'autorité parentale vient définitivement remplacer celle de puissance paternelle⁴¹. Selon

(dir.), *op. cit.*, note 33, p. 75, p. 76. Précisons à cet égard que, puisque le père exerce seul la puissance paternelle pendant le mariage, c'est lui qui exerce le droit de garde lorsque les époux sont séparés de fait: *Cheyne c. Cheyne*, [1977] C.A. 319.

36. Art. 174 C.c.B.C., modifié par S.Q. 1964, c. 66, art. 1.

37. Art. 119 C.c.B.C., remplacé par L.Q. 1969, c. 74, art. 1; art. 137 et 245a C.c.B.C., remplacés par L.Q. 1969, c. 62, art. 4 et 10.

38. À partir du moment où l'enjeu consiste à déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, cela signifie que «la loi ne considère plus que les enfants sont la propriété de ceux qui leur ont donné la vie». *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, 174 (J. Wilson).

39. *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, 158. En effet, depuis l'arrêt *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532, les tribunaux reconnaissent, dans les litiges portant sur la garde d'un enfant dans lesquels un tiers était impliqué, que le meilleur intérêt de l'enfant pouvait avoir priorité sur les droits conférés par la puissance paternelle. Voir également *Marshall c. Fournelle*, [1927] R.C.S. 48; *Dugal c. Lefevre*, [1934] R.C.S. 501 et *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257.

40. L.Q. 1977, c. 72.

41. Il convient de noter qu'avant que le Code utilise l'expression autorité parentale, la doctrine recourait déjà à cette notion au motif qu'elle reflétait plus adéquatement la réalité sociale que l'expression puissance paternelle. Voir notamment: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 782. Précisons toutefois que cette volonté d'égalitarisme, que ce soit entre les époux ou entre les parents, ne faisait pas l'unanimité, même en 1970. Par exemple, dans une monographie consacrée au centenaire du Code civil, et dans laquelle de nombreux textes tentent d'ouvrir la voie de l'avenir aux principes égalitaires, on

l'Office de révision du Code civil, «(d)eux idées force ont inspiré la refonte de cette institution: l'égalité totale des parents et le fait que les droits qui leur sont accordés sur leurs enfants ne leur sont donnés que pour assurer l'exécution de leurs obligations envers eux»⁴². Dès lors, la famille québécoise devient véritablement biparentale. De plus, la notion de droit «sur» l'enfant, inhérente au concept de puissance paternelle, cède la place à une «conception fondée sur des droits-fonctions et des devoirs à l'égard de l'enfant»⁴³.

La transformation de la conception de la famille, de l'enfant, des parents, des relations parent/enfant et des relations parent/parent qu'opère le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale ne fut véritablement complétée qu'en 1980. En effet, c'est alors et alors seulement que le critère du meilleur intérêt de l'enfant qui, dans la jurisprudence, avait «pavé la voie à la notion d'enfant sujet plutôt qu'objet de droit»⁴⁴, fut codifié en tant que

trouve au moins un auteur qui ne considère pas souhaitable une telle réforme: «Nous ne pouvons toutefois pas prétendre qu'il soit possible et même souhaitable, anthropologiquement parlant, d'établir une égalité parfaite entre le mari et l'épouse. Car, comme nous l'avons vu, ceci aboutirait fort probablement à des recours abusifs aux législateurs et aux juges pour les obliger à prendre des décisions qui appartiennent d'abord et avant tout, en propre, aux individus concernés.» Marc Adélar TREMBLAY, «Le point de vue de l'anthropologue», dans J. BOUCHER et A. MOREL (dir.), *op. cit.*, note 33, p. 81, aux pages 88-89. Précisons que selon le Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de révision du Code civil, le remplacement de la notion de puissance paternelle par celle d'autorité parentale serait notamment attribuable à l'influence de la *Déclaration des droits de l'enfant*, Rés. AG 1386 (XIV), Doc. off. AGNU, 14^e sess., sup. n° 16, Doc. NU A/4354 (1959): «La réforme proposée transforme entièrement la pensée directrice du chapitre actuel du Code consacré à la puissance paternelle qui semble n'attribuer aux parents que des droits et à l'enfant que des devoirs. L'esprit des modifications suggérées s'inspire de la *Déclaration des droits de l'enfant*, adoptée par les Nations Unies.» OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la famille: deuxième partie*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1975, p. 6.

42. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 34.
43. Christine LOUBIER et Claudia PROULX, «La place de la famille en droit québécois», dans PRIX CHARLES CODERRE (1995), *La place de la famille en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 3, p. 8. Selon l'Office de révision du Code civil, le remplacement du concept de puissance paternelle par celui d'autorité parentale était devenu une nécessité. Il convenait, selon elle, d'énoncer un concept pouvant s'harmoniser avec les notions d'intérêt et de droits de l'enfant, avec son nouveau statut de sujet de droit puisque la notion de puissance paternelle «conservait, tout au moins dans les mots, une notion romaine et archaïque de droits accordés aux parents.» OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 40.
44. Renée JOYAL, «La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant», (1991) 62 *Revue internationale de droit pénal* 785, 787.

principe de droit commun et devint, «en droit civil québécois [,] la pierre angulaire des décisions prises à son endroit»⁴⁵. Bref, avec la grande réforme du droit de la famille de 1980, le législateur québécois a parfait son régime d'égalité juridique entre les époux, conféré à tous les enfants les mêmes droits, peu importe les circonstances de leur naissance, mais surtout, il a consacré la règle selon laquelle toutes et chacune des décisions concernant un enfant, c'est-à-dire tant les décisions des parents que les décisions judiciaires, doivent désormais être prises dans son intérêt⁴⁶. Or, si «c'est l'insertion de l'intérêt de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale qui a donné naissance aux droits de l'enfant»⁴⁷, le premier *Code civil du Québec* constitue l'instrument législatif ayant définitivement conféré aux enfants un statut de sujet de droit.

b) *De l'étendue du pouvoir décisionnel résultant des attributs de l'autorité parentale*

Ce passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale, cumulé à la reconnaissance législative du principe du meilleur intérêt de l'enfant, a généré une nouvelle conception de l'enfant. Or, le fait de reconnaître à l'enfant le statut de sujet de droit ne peut que modifier la représentation juridique du rôle de parent et de la relation parent/enfant. Sujet de droit dans la société, l'enfant demeure sujet de droit dans sa famille. Et, s'il a des droits, d'autres personnes, dont ses parents, sont donc tenues à des obligations corrélatives. De plus, si le critère du meilleur intérêt de l'enfant doit fonder toute décision prise à son sujet, le titulaire de l'autorité parentale est tenu à l'obligation de prendre des décisions respectant ce principe. Parce qu'il s'agit d'une obligation limitant nécessairement la portée de son pouvoir décisionnel, son autorité ne peut être que relative. Par conséquent, les parents

45. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, 269.

46. «[L]e principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant vise toutes les décisions qui le concernent, qu'elles soient judiciaires, administratives ou privées.» *Droit de la famille – 2391*, [1996] R.D.F. 296, 305 (C.S.); *Droit de la famille – 2104*, [1995] R.D.F. 19, 20 (C.S.). C'est d'ailleurs cette portée que le législateur entendait lui conférer lorsqu'il a adopté l'article 30 C.c.Q., devenu article 33 C.c.Q.: ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commission parlementaire, 16 décembre 1980, p. B-793 et B-798.

47. Oscar D'AMOURS, «La complémentarité des institutions dans le domaine de la protection», (1993) 23 *R.D.U.S.* 289, 299. Comme le mentionne cet auteur, au plan législatif, c'est la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, sanctionnée en 1977 et mise en vigueur en 1979, qui a expressément reconnu, pour la première fois au Québec, le statut de sujet de droit à l'enfant.

québécois des années 80 ne détiennent plus de droits «sur» leur enfant. Ils sont plutôt tenus à des obligations⁴⁸ et à des devoirs⁴⁹. Bref, ils sont, à titre de titulaire de l'autorité parentale, dotés de droits-fonctions⁵⁰.

Le législateur québécois n'a pas jugé opportun de définir le concept d'autorité parentale⁵¹. Il en énonce toutefois les principaux attributs. Ainsi, selon l'article 599 C.c.Q., les titulaires de l'autorité parentale ont un droit et un devoir de garde, de surveillance et d'éducation ainsi que l'obligation de nourrir et d'entretenir leurs enfants⁵². De plus, en vertu de différentes dispositions du Code, qui ne se trouvent pas nécessairement insérées dans le chapitre portant sur l'autorité parentale, les titulaires ont le devoir de consentir aux soins, au mariage, etc.⁵³. L'autorité

48. «C'est l'enfant qui a le droit d'être gardé, d'être visité ou d'être sorti par ses parents, alors que pour ces derniers, il s'agit d'un devoir ... le débiteur de l'obligation de garde, de surveillance et d'éducation est le parent, alors que le créancier est l'enfant.» *Droit de la famille – 198*, [1985] C.S. 397, 400, cité dans É. DEMERS et A. RUFFO, *loc. cit.*, note 6, 266.
49. Certaines auteures considèrent que l'autorité parentale se présente davantage comme une série de devoirs du parent que comme un droit, voir: *Ibid.* Il ne s'agit toutefois pas de devoirs facultatifs puisque ces droits et obligations sont d'ordre public. Ce principe fut affirmé par la Cour suprême au sujet de la puissance paternelle dans *Stevenson c. Florant*, précité, note 39, 535. Il fut réitéré, par la suite, au sujet de l'autorité parentale. Voir à ce sujet les décisions citées dans: Suzanne PILON, «L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et de déclaration d'adoptabilité», (1987) *R.D.F.* 373, 387, note 43.
50. C. LOUBIER et C. PROULX, *loc. cit.*, note 43, 8. L'autorité parentale réfère à une «fonction protectrice de l'enfant»: H. FULCHIRON et J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *op. cit.*, note 10. Précisons que, sous leur aspect devoir, les attributs de l'autorité parentale existent pour satisfaire les besoins moraux, physiques, psychologiques et intellectuels de l'enfant alors que, sous leur aspect droits, ils imposent des obligations à l'enfant et aux tiers: Chantal SAURIOL, «L'autorité parentale», dans Claire BERNARD et Danielle SHELTON (dir.), *Les personnes et les familles*, 2^e éd., t. 1, Montréal, Adage, 1995, module 6, p. 3.
51. Notons que le Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de révision du Code civil proposait, non pas une définition de l'autorité parentale, mais une disposition décrivant sa finalité. Ainsi l'article 4 proposé se lisait comme suit: «Cette autorité est attribuée aux parents pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations envers leur enfant.» OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 40.
52. L'article 2.2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, précitée, note 46 (ci après citée: L.P.J.), réitère ce principe: «La responsabilité d'assumer le soin, l'entretien et l'éducation d'un enfant et d'en assurer la surveillance incombe en premier lieu à ses parents.»
53. L'article 559 C.c.Q. n'épuise pas tous les attributs de l'autorité parentale. En effet, le législateur énonce ailleurs dans le Code des sujets sur lesquels les parents ou titulaires de l'autorité parentale peuvent être appelés à se prononcer tels que le choix du nom (art. 51 C.c.Q.), le consentement au mariage (art. 373 C.c.Q.), le consentement aux soins (art. 14 et s. C.c.Q.), etc. Dans ces cas, on peut considérer qu'il s'agit d'autres attributs de l'autorité parentale ou d'aspects

parentale constitue donc une «notion très vaste»⁵⁴ que les auteur-e-s tendent à décrire comme l'ensemble des droits, devoirs et obligations qu'ont les parents à l'égard de leur enfant mineur⁵⁵, non émancipé⁵⁶.

«(L)es modalités pratiques de l'exercice quotidien de l'autorité parentale sont variables à l'infini»⁵⁷ puisqu'il s'agit de l'ensemble des décisions visant une finalité, soit la satisfaction de l'ensemble des besoins matériels, psychologiques, moraux, intellectuels, et physiques de l'enfant⁵⁸. Ainsi, l'autorité parentale s'avère le moyen donné aux parents pour permettre à l'enfant «de parvenir dans les meilleures conditions possibles à l'âge adulte pour le plus grand bien de lui-même et de la société»⁵⁹. Dans ce

spécifiques des principaux attributs. Précisons finalement que le droit de correction n'existe plus puisqu'il n'a pas été repris dans le *Code civil du Québec* de 1994. Auparavant, ce droit de correction, présumé délégué aux éducateurs, devait être modéré et raisonnable, ce qui avait été interprété comme signifiant «corrections proportionnées à la faute»: Jean PINEAU et Monique OUELLETTE, «La protection de l'enfant dans le droit de la famille», (1978) 9 *R.D.U.S.* 76, 95. Pour de plus amples détails sur la façon dont les tribunaux ont interprété l'expression «modéré et raisonnable», généralement dans un contexte d'une délégation du droit de correction, voir É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 864.

54. *Droit de la famille* – 1123, [1987] R.D.F. 500, 501 (C.S.) (J. Gratton).

55. Il s'agit de la définition générique de l'autorité parentale la plus souvent reprise par la doctrine: S. PILON, *loc. cit.*, note 49, 379; Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 22; Jean PINEAU, *La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 276 et s.; Mireille D. CASTELLI et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec: projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, 3^e éd., Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 214 et s. Règle générale, la doctrine québécoise propose, à des fins de conceptualisation, des définitions pour chacun des principaux attributs de l'autorité parentale. Et la portée conférée à un attribut particulier peut varier d'un auteur-e à l'autre. Or, à l'instar de Philippe SIMLER, «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)», (1972) 70 *R.T.D.C.* 685, 691, nous considérons que «l'autorité parentale forme un faisceau de droits et d'obligations qu'il est extrêmement difficile de démêler et que les subdivisions proposées par la doctrine ne sont absolument pas «opérationnelles». Lorsque les parents font vie commune, il n'est ni nécessaire ni utile d'identifier à quel attribut spécifique se rattache une décision du titulaire de l'autorité parentale. La situation est différente lorsqu'il y a attribution de la garde exclusive à un parent. La portée que l'on confère alors aux attributs, voire la définition que l'on en donne, a une incidence directe sur le partage des responsabilités parentales. Et, c'est évidemment dans ces cas, comme nous le verrons subséquemment, que les divergences entre les auteur-e-s se manifestent et que le choix de la définition de l'attribut devient pertinent. Voir *infra*, Section I, B.

56. Selon l'article 598 C.c.Q., l'autorité parentale prend fin lorsque l'enfant atteint l'âge de la majorité, c'est-à-dire dix-huit ans (art. 153 C.c.Q.) ou lorsque l'enfant est simplement ou pleinement émancipé (art. 171 et 176 C.c.Q.).

57. P. SIMLER, *loc. cit.*, note 55, 695-696.

58. Voir notamment l'article 33, al. 2 C.c.Q.

59. P. SIMLER, *loc. cit.*, note 55, 695-696.

contexte, on conçoit que l'autorité parentale confère au titulaire un *droit de direction et d'orientation de l'enfant*⁶⁰ afin de le protéger et de pallier son inexpérience⁶¹.

Le pouvoir décisionnel du parent résulte principalement de son statut de titulaire de l'autorité parentale. Mais il peut aussi découler de son titre de tuteur légal. En effet, depuis 1994 les parents québécois sont, par l'effet de la loi, tuteurs à la personne et aux biens de leur enfant mineur lorsqu'ils sont eux-mêmes majeurs ou émancipés⁶². Ces deux institutions, conçues pour la protection de l'enfant, doivent cependant être distinguées. Ainsi, en tant que titulaire de l'autorité parentale, le parent possède la jouissance et l'exercice des droits que lui confèrent les attributs de l'autorité parentale. À titre de tuteur à l'enfant, il ne peut toutefois exercer que les droits dont l'enfant est lui-même titulaire⁶³. De plus, c'est exclusivement à titre de tuteur que les parents administrent les biens du mineur et le représentent en justice⁶⁴. Par conséquent, c'est en tant que tuteurs que les parents s'acquittent du devoir qui leur incombe en vertu de l'article 5 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁶⁵.

La portée du pouvoir décisionnel résultant des attributs de l'autorité parentale, jointe à celle découlant de la tutelle, confère aux parents un statut de décideur privilégié susceptible d'englo-

60. Claude BOISCLAIR, «La notion de «parent» de l'article 1(e) de la *Loi sur la protection de la jeunesse*», (1980) 11 *R.D.U.S.* 271, 297.

61. J. PINEAU et M. OUELLETTE, *loc. cit.*, note 53, 89.

62. Art. 192 C.c.Q.

63. C. LOUBIER et C. PROULX, *loc. cit.*, note 43, 19.

64. Outre le fait que c'est à titre de tuteur à la personne que le parent intente un recours en justice au nom du mineur, les fonctions de tuteur à la personne et de titulaire de l'autorité parentale tendent à se confondre. Mais l'administration des biens de l'enfant mineur constitue une prérogative strictement liée à l'exercice de la tutelle. D'ailleurs, la décision *Droit de la famille – 2118*, [1995] R.D.F. 39 (C.S.) illustre l'importance de ne pas confondre autorité parentale et tutelle. Dans cette affaire visant à faire retirer aux parents le droit d'administrer les biens de l'enfant mineur, la demande prit la forme d'une requête fondée sur l'article 606 C.c.Q. (retrait d'un attribut de l'autorité parentale). Le tribunal mit la cause hors du délibéré après avoir affirmé que: «l'administration des biens d'un enfant n'est pas un attribut de l'autorité parentale visé au titre quatrième du livre deuxième du *Code civil du Québec*, mais bien une fonction liée à la tutelle légale dévolue aux parents suivant le chapitre II du titre quatrième du livre premier du même code».

65. «Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.»

ber pratiquement tous les aspects de la vie de l'enfant. D'ailleurs, même lorsque le titulaire délègue volontairement⁶⁶ et temporairement⁶⁷ à des tiers l'exercice d'un attribut de l'autorité parentale⁶⁸, par exemple en faveur de l'école, de la garderie ou de la colonie de vacances⁶⁹, il demeure investi des autres attributs⁷⁰ et conserve un certain contrôle sur le tiers⁷¹.

Doit-on conclure que, du fait de l'autorité parentale, l'enfant est un sujet de droit ne bénéficiant d'aucune autonomie? Nous ne le croyons pas. En effet, l'exercice de l'autorité parentale suppose que son titulaire détermine le degré d'autonomie et de responsabilité dont l'enfant doit bénéficier, selon son âge et sa personnalité.

-
66. La délégation est parfois prévue par la loi, par exemple en matière d'adoption: art. 556 C.c.Q.
67. Une délégation ne peut jamais être définitive: *Stevenson c. Florant*, précité, note 39. Cela découle par ailleurs du fait que l'article 599 C.c.Q. est d'ordre public: *Droit de la famille – 2461*, [1996] R.D.F. 522, 526 (C.S.). Cela ne signifie pas que le pouvoir de révocation, par exemple de l'exercice de la garde, soit absolu. En effet, la révocation demeure aussi sujette au critère du meilleur intérêt de l'enfant. Ainsi, à l'instar de Claude Boisclair, nous croyons que la possibilité de révoquer une délégation de garde en faveur des tiers – une question dont furent souvent saisis les tribunaux à l'époque où le Code ne prévoyait pas expressément la déchéance de l'autorité paternelle – met en évidence l'interaction entre le principe d'autorité parentale et celui du meilleur intérêt de l'enfant. En effet, si les tribunaux s'attardent aux motifs pour lesquels les parents ont confié la garde de leur enfant à d'autres personnes, au lieu de se demander s'ils ont maintenu des contacts étroits avec l'enfant, il y a confusion entre autorité parentale et intérêt de l'enfant. Si par contre les tribunaux ne se préoccupent pas des raisons pour lesquelles les parents ont fait ce choix et mettent l'accent sur les besoins de l'enfant et la façon dont ceux-ci ont été comblés par les tiers, alors la primauté est accordée au critère du meilleur intérêt de l'enfant: Claude BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* Sherbrooke, Publications de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1978, p. 18-19.
68. L'article 601 C.c.Q. (auparavant art. 649 C.c.Q. et 245 C.c.B.C.) permet au titulaire de déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de son enfant. Une telle délégation est également prévue par la *Loi sur la protection de la jeunesse* en ce qui a trait à l'application des mesures volontaires. Il s'agit des deux fondements de la délégation d'exercice de certains attributs de l'autorité parentale que reconnaît la Cour suprême. Elle distingue cependant la délégation de la réduction de l'exercice des attributs de l'autorité parentale découlant d'une ordonnance de garde: *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 260.
69. Renée JOYAL, «La Loi 89 et l'autorité parentale», (1982) 13 *R.G.D.* 97, 100.
70. «Il s'ensuit qu'en vertu du droit québécois les parents demeurent toujours investis des autres attributs de l'autorité parentale non délégués au tiers de même que ceux non visés à l'article 601 C.c.Q., telle la responsabilité pour les soins et l'entretien (art. 599 et 605 C.c.Q.), ce qui inclut le consentement aux soins médicaux (art. 14 C.c.Q.). En plus, ils continuent d'être les tuteurs légaux de l'enfant (art. 192 C.c.Q.), et d'être responsables des préjudices qu'il peut causer à autrui (art. 1459 C.c.Q.), même si la responsabilité du délégué peut aussi être engagée (art. 1460 C.c.Q.).» *Droit de la famille – 2461*, précité, note 67, 526.
71. Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 41.

S'il faut, comme nous l'avons précisé précédemment, «permettre à l'enfant de parvenir dans les meilleures conditions possibles à l'âge adulte»⁷², il importe qu'il acquière graduellement un pouvoir de décision sur les différents aspects de sa vie. En pratique, cela signifie que la portée du pouvoir décisionnel du titulaire de l'autorité parentale devrait tendre à diminuer au fil des années bien que le législateur préfère laisser aux titulaires un pouvoir d'appréciation.

Dans certains cas, le législateur québécois consacre législativement l'autonomie de la personne mineure, limitant par voie de conséquence la portée du pouvoir décisionnel du titulaire de l'autorité parentale. Par exemple, l'article 14 C.c.Q. prévoit que le mineur de quatorze ans ou plus peut consentir seul à des soins requis par son état de santé. Or, que l'on approuve ou non ce type d'intervention législative dans la vie des familles, il faut admettre qu'en soustrayant le mineur à l'autorité parentale le législateur informe culturellement la notion du meilleur intérêt de l'enfant d'un certain contenu. En effet, il prévoit alors, implicitement, que l'autonomie de l'enfant est, sur une question particulière, dans son meilleur intérêt. Et, si on compare sa conception de l'autonomie des mineurs en matière de soins avec celle plus restrictive de son homologue français⁷³, il faut constater que la conception québécoise du meilleur intérêt de l'enfant n'est pas universelle.

c) De la détermination du titulaire de l'autorité parentale

Dans la partie précédente, nous avons montré que l'institution de l'autorité parentale a fait naître une nouvelle conception du rôle des parents, de l'enfant et conséquemment des relations parent/enfant. Le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale, outre le fait qu'il témoigne du délaissement de la

72. P. SIMLER, *loc. cit.*, note 55, 695-696.

73. C. LOUBIER et C. PROULX, *loc. cit.*, note 43, 54. Ces auteures s'inscrivent en faux contre cette tendance du législateur québécois à multiplier les exceptions à la règle générale de l'incapacité d'exercice des personnes mineures. Elles s'attardent plus particulièrement aux règles relatives au consentement aux soins édictées par le législateur québécois qu'elles comparent avec les dispositions législatives françaises correspondantes. Aux termes de leur étude, elles concluent que le législateur québécois devrait, à l'instar du législateur français, conférer moins d'autonomie aux personnes mineures et par le fait même donner plus d'importance au pouvoir d'orientation des parents et ce, en respect avec l'article 5 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. En d'autres termes, elles affirment qu'il faut favoriser l'évaluation parentale du niveau d'aptitude et de capacité décisionnelle de l'enfant: p. 41, 48 et s.

famille-souche au profit de la famille foyer⁷⁴, modifie aussi l'identité des détenteurs de l'autorité. Historiquement, il y a eu l'aïeul masculin, ensuite le père et subséquemment les père et mère. Il convient donc de s'attarder plus spécifiquement aux critères qui président à la détermination du statut de titulaire de l'autorité parentale et de faire ressortir les valeurs qui sous-tendent ce choix.

En droit civil québécois, les père et mère sont, outre les cas exceptionnels, tous deux titulaires de l'autorité parentale⁷⁵. Cela s'explique par le fait que l'autorité parentale est un effet de la filiation, une conséquence juridique découlant du statut de père et de mère d'un enfant mineur indépendamment de leur statut matrimonial et du type de filiation. Par conséquent, chaque fois que le législateur ou les tribunaux modifient les règles relatives à la filiation, que ce soit pour établir l'existence d'un lien juridique entre l'enfant issu d'une nouvelle technique de reproduction et son «parent social» ou pour permettre l'accès à l'adoption aux conjoints de même sexe⁷⁶, la conception modifiée de la notion de parent qui en résulte a un impact direct sur l'identification du titulaire de l'autorité parentale.

En liant la notion juridique de parent à celle de titulaire de l'autorité parentale, le législateur a fait un choix qui n'est pas nécessairement celui «que la nature et la morale»⁷⁷ reconnaissent déjà. En effet, les personnes possédant juridiquement le statut de parent et, par le fait même celui de titulaire de l'autorité parentale, ne sont pas nécessairement à l'origine de la conception de l'enfant⁷⁸. Par conséquent, nature et autorité parentale ne vont

74. La «famille – souche» désigne «le groupement de ceux qui sont unis par le mariage et la filiation, par conséquent les parents et les alliés.» Quant à la «famille – foyer», elle représente le «groupe composé par le père, la mère et les enfants». J. PINEAU, *op. cit.*, note 55, p. 1.

75. C'est le principe énoncé aux articles 598 et 599 C.c.Q. Quant aux exceptions, il y a celles prévues en matière d'adoption (art. 562, 569 et 572 C.c.Q.), celle concernant le tuteur à la personne du mineur (art. 186 C.c.Q.) et celle relative à la déchéance de l'autorité parentale (art. 607 C.c.Q.).

76. Le *Code civil du Québec*, et plus précisément l'article 546, n'exclut pas expressément l'adoption par un couple formé de deux personnes de même sexe bien qu'à notre connaissance il n'y en ait pas encore eu au Québec. Il est toutefois possible de penser que le législateur ou les tribunaux québécois reconnaîtront bientôt l'accès à l'adoption aux couples de même sexe, suivant en cela l'exemple de la Colombie-Britannique (*Adoption Act*, R.S.B.C., 1995, c. 48, art. 29) et de l'Ontario (*Re K.*, (1995) 23 O.R. (3d) 679).

77. C. LOUBIER et C. PROULX, *loc. cit.*, note 43, 16.

78. En vertu de l'article 530 C.c.Q., la filiation établie par un titre et une possession d'état conforme peut devenir inattaquable en dépit du fait qu'elle ne correspond

pas toujours de pair. De plus, et en dépit du fait que les tribunaux accordent de plus en plus d'importance à la notion de «parent psychologique», laquelle permet notamment de confier la garde de l'enfant à un tiers, force nous est de constater que l'autorité parentale n'est pas attribuée en fonction des liens affectifs qu'entretient l'enfant avec certains adultes, ni sur la base de son milieu de vie⁷⁹. Ainsi, des personnes peuvent remplir le rôle de parent pendant des années, voire prendre en charge son développement de la naissance à l'âge adulte, sans pour autant être titulaire de l'autorité parentale. La question de savoir si de telles situations s'avèrent moralement acceptables demeure ouverte.

L'autorité parentale est, à l'instar de la filiation, une institution juridique. Et, comme toute institution juridique, elle présente l'avantage de la stabilité⁸⁰. En conséquence, l'attribution du statut de titulaire de l'autorité parentale repose sur une double présomption. D'une part, le législateur présume que la stabilité est favorable au développement de l'enfant, c'est-à-dire qu'elle est dans son intérêt⁸¹. D'autre part, il prend pour acquis que les personnes dont la filiation est reconnue, les parents au sens du Code civil, pourront, mieux que d'autres, assurer cette stabilité.

pas à la vérité biologique. De la même manière, un homme peut être le père juridique d'un enfant conçu par insémination artificielle (art. 538 C.c.Q.). Plus encore, la filiation adoptive n'entretient aucun lien avec la vérité biologique.

79. Dans l'affaire *Droit de la famille – 3444*, [1999] R.D.F. 2910 (C.S.), les requérantes demandaient au tribunal de reconnaître à la conjointe de la mère le statut de parent psychologique et de l'autoriser à partager l'autorité parentale. Les requérantes formaient un couple homosexuel depuis 10 ans et avaient ensemble décidé d'avoir un enfant. La «mère» de l'enfant l'avait mis au monde suite à une insémination artificielle. Bien que la conjointe de la mère ait souhaité la venue de l'enfant et se soit comportée comme un parent depuis sa naissance, le tribunal a rejeté la requête au motif que les titulaires de l'autorité parentale ne peuvent être, sous réserve des exceptions très précises, que les père et mère de l'enfant. Il y a peut-être un écart entre la façon dont le législateur et la population conçoivent la notion de famille. Ainsi, en 1990, un sondage réalisé par la Massachusetts Mutual Life Insurance auprès de 1200 personnes révélait que seulement 22 % d'entre eux définissaient la famille en fonction des liens biologiques, adoptifs ou maritaux. Pour 78 % des personnes interrogées, la famille se définit comme un «groupe de personnes qui s'aiment et prennent soin mutuellement les unes des autres.» Cité dans O. D'AMOURS, *loc. cit.*, note 47, 293 (références omises).
80. C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 60, 296-297. Nous aurons l'opportunité de le constater au moment d'étudier les règles relatives à la déchéance de l'autorité parentale ainsi que celles concernant l'attribution de la garde à un tiers: *Infra*, Section I, A, 3 et Section I, B.
81. C'est pourquoi, dans le cadre d'un litige de garde opposant un tiers et un parent, le parent bénéficie d'une présomption favorable: *Infra*, Section I, B.

L'article 600 C.c.Q., qui prévoit que les père et mère sont titulaires de l'autorité parentale, précise également, parce qu'ils sont juridiquement égaux, qu'ils doivent l'exercer ensemble à moins que l'un d'eux ne soit déchu, décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté⁸². Et, le mandat présumé fait en sorte que l'un d'eux peut agir au nom des deux parents⁸³, facilitant ainsi l'exercice de l'autorité parentale dans le quotidien⁸⁴.

L'article 18 (1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* énonce le principe selon lequel les parents ont la responsabilité commune d'élever leur enfant. Il ajoute que cette responsabilité leur incombe au premier chef⁸⁵. Or, la mise en oeuvre de cette disposition n'obligeait pas le législateur québécois à conférer aux parents l'exclusivité de l'autorité parentale. D'ailleurs, les législateurs belge et français consacrent une «part de l'autorité parentale» aux grands-parents, lesquels détiennent certaines prérogatives, notamment en matière de mariage et de tutelle⁸⁶. Le législateur québécois a donc probablement jugé qu'une centralisation totale du pouvoir décisionnel servait mieux l'intérêt de l'enfant.

82. Pour une interprétation de la notion d'impossibilité, voir: *Droit de la famille* – 54, [1983] T.J. 2053.

83. L'article 603 C.c.Q. énonce que, lorsqu'un parent accomplit seul un acte d'autorité, il est présumé, face aux tiers de bonne foi, agir avec l'accord de l'autre.

84. «Parce que l'autorité parentale appartient également aux père et mère, parce que les actes d'autorité se manifestent de façon presque quotidienne, parce qu'il est souvent difficile de connaître de façon précise la volonté des deux parents, il a paru opportun de créer, à l'égard des tiers de bonne foi, une présomption irréfragable que l'acte d'autorité d'un parent à l'égard de la personne de l'enfant a reçu l'accord de l'autre parent.» OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 46. Précisons que «cet article ne peut servir de protection au conjoint qui n'a pas osé demander l'avis de l'autre, connaissant à l'avance ou supposant son refus. En effet, la présomption créée à l'article 603 C.c.Q. pourrait dans ce cas être facilement renversée sur demande faite en ce sens au tribunal par le conjoint lésé»: Ruth ST-PIERRE, «L'autorité parentale en droit québécois», dans Jacques BEAULNE et Michel VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial: Rencontres universitaires notariales belgo-québécoises*, coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 203, p. 207.

85. *Supra*, note 2.

86. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 10, p. 552-553; Dominique GOUBAU, «Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants: une étude comparative des systèmes québécois, français et belge», (1991) 32 *C. de D.* 557, 568-573. Notons que les grands-parents autrichiens, sans être titulaires de l'autorité parentale, sont favorisés pour acquérir ce statut si les parents n'ont plus l'exercice de l'autorité parentale: Erwin BERNAT, «Autriche: La situation actuelle après trente ans de réforme en droit de la famille», dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Paris, Centre National de la recherche scientifique, 1991, p. 65, p. 67.

Le législateur québécois aurait pu concrétiser le principe selon lequel les parents ont la responsabilité commune d'élever leurs enfants autrement qu'en énonçant la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Par exemple, le Code de la famille algérien et le Code du statut personnel tunisien édictent que les deux époux exercent ensemble la puissance paternelle. Mais en cas de conflit, l'épouse doit se soumettre aux décisions du mari, qui demeure le chef de famille⁸⁷. De même le droit français et le droit autrichien confient à la mère l'exercice exclusif de l'autorité parentale lorsque les parents ne sont pas mariés⁸⁸.

À la lumière de ces différentes manières de mettre en oeuvre le principe de la responsabilité commune des parents énoncé à l'article 18 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, la spécificité de l'approche québécoise semble fondée sur deux éléments. Premièrement, le législateur québécois édicte la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale peu importe le statut matrimonial des parents. Le principe d'égalité des enfants sous-tend donc sa conception du meilleur intérêt de l'enfant. Deuxièmement, étant donné que la responsabilité commune des parents se traduit par le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la notion du meilleur intérêt de l'enfant est informée par la valeur d'égalité formelle des parents, voire des hommes et des femmes.

Parce qu'il a fait le choix de traiter également les père et mère en conférant aux deux le statut de titulaire de l'autorité parentale et en édictant la règle de l'exercice conjoint, le législateur québé-

87. Hadjira BENCHEIKH HOCINE DENNOUNI, «La garde: un attribut de la maternité en droit algérien», (1986) 38 *R.I.D.C.* 897, 899. Pour une étude plus détaillée sur la puissance paternelle en droit musulman, voir: Dina CHARIF FELLER, *La garde (Hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996.

88. En France, avant 1970, lorsque les parents n'étaient pas mariés, le premier des deux à reconnaître l'enfant exerçait seul l'autorité parentale. Depuis 1970, la chronologie des reconnaissances importe peu, la mère exerce seule l'autorité parentale. Il s'agit d'une mesure conçue pour éviter que les mères fassent l'objet de chantage de la part de compagnons temporaires. Ce principe existe encore. Cependant, différentes démarches tel qu'un recours au tribunal ou une déclaration dans l'année suivant la naissance de l'enfant peuvent donner lieu à un exercice conjoint: H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 10, p. 557-559. Précisons qu'en vertu du Code civil autrichien la règle selon laquelle la mère exerce seule l'autorité parentale lorsque les parents de l'enfant ne sont pas mariés peut être écartée lorsque le couple cohabite et qu'il est jugé dans intérêt de l'enfant que les deux parents exercent conjointement l'autorité parentale: E. BERNAT, *loc. cit.*, note 86, 67-68.

cois a dû prévoir un mécanisme de résolution des conflits⁸⁹. En effet, les parents peuvent ne pas réussir à s'entendre sur la façon d'exercer l'autorité parentale dans une situation donnée. Le désaccord peut porter sur l'enseignement religieux devant être reçu à l'école⁹⁰ ou à la maison⁹¹, le choix de l'établissement scolaire⁹², le nom de l'enfant⁹³, etc. Dans ces cas, l'article 604 C.c.Q. prévoit qu'il appartient au «super parent», c'est-à-dire le tribunal, de statuer dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation. Par conséquent, le législateur québécois a fait le choix de confier aux tribunaux l'ultime tâche de déterminer ce qui est et ce qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

2. *De certaines limites à l'exercice de l'autorité parentale*

Lorsque les parents prennent des décisions concernant leur enfant mineur, ils sont présumés agir dans son meilleur intérêt⁹⁴. Il s'agit là d'une règle découlant du principe selon lequel le statut

89. Puisque le principe de l'égalité fait en sorte que la décision du père ne peut avoir priorité sur celle de la mère, il a paru «indispensable de recourir à un arbitre en cas de conflit.» OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 50. Au moment des discussions concernant ce mécanisme, certains émettaient des doutes quant à l'opportunité, pour un tribunal, de prendre certaines décisions concernant l'enfant. Pour un aperçu des critiques énoncées à l'égard de cette possibilité d'arbitrage judiciaire, voir: R. JOYAL, *loc. cit.*, note 69, 103. Parmi ceux qui ne niaient pas la possibilité de confier ce rôle d'arbitre au tribunal, certains préconisaient le recours à un tribunal de la famille expressément doté de services spécialisés: Éthel GROFFIER-ATALA, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale», (1977) 8 *R.G.D.* 223, 226.

90. *Droit de la famille* – 2201, [1995] R.D.F. 417 (C.S.).

91. *Droit de la famille* – 2505, [1996] R.D.F. 785 (C.S.). En droit algérien, l'éducation religieuse de l'enfant n'est pas susceptible d'être source de conflit entre les parents puisque les enfants d'un musulman sont toujours musulmans. Ainsi, même si la mère a généralement la garde de l'enfant, et est à ce titre responsable de l'éducation religieuse de l'enfant, elle doit, comme le prévoit l'article 62 du Code de la famille algérien, éduquer l'enfant dans la religion de son père: H. BENCHEIKH HOCINE DENNOUNI, *loc. cit.*, note 87, 904. Pour plus de détails, voir: D. CHARIF FELLER, *op. cit.*, note 87. C'est donc ainsi que le droit algérien interprète l'article 14 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* prescrivant le droit de l'enfant à la liberté de religion tout en conférant aux parents le devoir de les guider.

92. *Droit de la famille* – 2783, [1997] R.D.F. 766 (C.S.); *Droit de la famille* – 1286, [1989] R.D.F. 657 (C.S.); *Droit de la famille* – 3055, [1998] R.D.F. 475 (C.S.); S. c. É, C.S. Montréal, 02-09-97, rapportée dans *Bulletins de droit de la famille québécois*, octobre 1997, p. 7.

93. *Droit de la famille* – 1318, [1990] R.D.F. 250 (C.S.).

94. «Il nous semble important, en effet, qu'un préjugé favorable en faveur des parents guide les juges dans les décisions qu'ils ont à prendre à l'égard des enfants, et ceci dans le but d'assurer la survie de la famille, institution de base de notre société.»: S. PILON, *loc. cit.*, note 49, 378.

de parent confère automatiquement celui de titulaire de l'autorité parentale, et donc, celui de premier responsable de l'entretien, de la surveillance et de l'éducation des enfants⁹⁵. Cela ne signifie pas que l'on ne peut jamais passer outre les décisions du titulaire de l'autorité parentale. En effet, si le principe du meilleur intérêt de l'enfant fonde l'autorité parentale⁹⁶, il constitue également une limite reconnue à l'exercice des droits parentaux⁹⁷. C'est pourquoi il est toujours possible de s'adresser au tribunal pour faire modifier une décision parentale jugée contraire à l'intérêt de l'enfant⁹⁸. Mais, en raison de la présomption favorable au parent, le tribunal fera preuve de déférence et n'interviendra que si la décision s'avère manifestement déraisonnable⁹⁹.

Si toute décision parentale peut théoriquement être révisée par le tribunal sur la base du critère du meilleur intérêt de l'enfant, cela signifie qu'il constitue la plus importante restriction à l'exercice de l'autorité parentale. Or, dans cette seconde partie consacrée aux limites de l'autorité parentale, nous souhaitons nous attarder exclusivement à cette limitation dans le contexte des relations personnelles de l'enfant avec des personnes autres que ses père et mère¹⁰⁰. Deux raisons justifient cette approche. Premièrement, le phénomène de l'éclatement et de la reconstitution des familles fait en sorte que l'enfant est appelé, plus qu'auparavant, à nouer des liens significatifs avec des personnes autres que ses parents. Une modification de sa situation familiale peut donc entraîner la fin d'une telle relation répondant pourtant à ses besoins affectifs. Et, étant donné que la détermination des personnes pouvant entretenir des relations personnelles privilégiées avec l'enfant constitue une prérogative découlant des attri-

95. *Ibid.*, 424. Les conséquences de ce principe sont importantes. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de les mettre en évidence au moment d'étudier les règles relatives à la déchéance de l'autorité parentale ainsi que les éléments présidant à la détermination de la garde d'un enfant: *Infra*, Section I, A, 3, a) et Section I, B, 1.

96. «[...] l'intérêt de l'enfant, question de fait, est le fondement premier de l'autorité parentale, question de droit [...]»: *Droit de la famille* – 425, [1988] R.J.Q. 159, 162 (C.S.). Voir également *Dugal c. Lefebvre*, précité, note 39, 510-511.

97. «[...] les prérogatives de l'autorité parentale sont nécessairement chapeautées par les prescriptions de l'article 33 C.c.Q.» *Droit de la famille* – 2104, précité, note 46.

98. Le fondement est alors, à défaut d'une disposition spécifique telle que l'article 16 C.c.Q. en matière de soins, l'article 33 C.c.Q.

99. Voir notamment *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221, 1224 (C.A.); *Protection de la jeunesse* – 332, [1988] R.J.Q. 1666, 1670 (C.S.).

100. Les limites que l'attribution judiciaire de la garde d'un enfant pose à l'exercice de l'autorité parentale seront étudiées à la Section I, B.

buts de l'autorité parentale¹⁰¹, la seule solution juridique pour le tiers consiste à s'adresser au tribunal en invoquant que le maintien de ce lien est dans l'intérêt de l'enfant. Deuxièmement, cette étude des relations entre l'enfant et les tiers nous semble particulièrement pertinente compte tenu du fait que le législateur québécois présume que la relation grand-parent/enfant est dans l'intérêt de ce dernier, orientant ainsi, au plan substantif, le critère du meilleur intérêt de l'enfant. Dans cette perspective, nous nous proposons donc d'analyser l'application du critère du meilleur intérêt de l'enfant, en tant que limite à l'exercice de l'autorité parentale, dans le cadre des relations enfant/grand-parent (a) et ensuite dans le contexte des relations enfant/tiers (b).

a) *Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents*

Depuis 1980, les grands-parents québécois bénéficient d'un droit à des relations personnelles avec leurs petits-enfants¹⁰². Il ne s'agit toutefois pas d'une simple codification de l'application du principe du meilleur intérêt de l'enfant, en tant que limite à l'exercice de l'autorité parentale, dans le contexte spécifique des relations enfant/grand-parent. L'actuel article 611 C.c.Q. (auparavant article 659 C.c.Q.) présume que les relations personnelles enfant/grand-parent sont dans l'intérêt du premier.

Le législateur québécois, par le biais de l'article 611 C.c.Q., a fait le choix de favoriser les relations enfant/grand-parent. Ainsi, aux liens de famille que le législateur privilégie entre l'enfant et le parent¹⁰³, il convient d'ajouter non pas les relations enfant/oncle ou tante ou le lien enfant/conjoint du parent, mais seulement les relations enfant/grand-parent. Comment peut-on justifier ce favoritisme du législateur québécois, qui le distingue d'ailleurs de ses

101. *Droit de la famille – 1746*, [1993] R.D.F. 85, 92 (C.S.) (J. Bénéard): «C'est un des attributs de l'autorité parentale que de pouvoir pour un parent décider quelles personnes son enfant pourra voir, fréquenter et par qui il pourra être gardé à certains moments.» Voir également: *Droit de la famille – 1123*, précité, note 54.

102. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 659, entrée en vigueur le 2 avril 1981 (proclamation), (1981) 113 G.O. II, 769, devenu en 1994, l'article 611 C.c.Q. Précisons que cette disposition constitue une copie pratiquement identique de l'article 371-4, al. 1 du Code civil français de 1970: *Droit de la famille – 596*, [1989] R.D.F. 19, 23 (C.S.), lequel représente une codification de la jurisprudence: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 560. Pour un aperçu et des références en droit français, voir aussi: H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 10, p. 552-553.

103. *Infra*, Section I, B ainsi que les articles 9 (3) et 10 (2) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra*, note 4.

homologues canadiens et américains¹⁰⁴? Pourquoi, en d'autres termes, reconnaître que les grands-parents font, plus que d'autres personnes, incluant ceux qui dans les faits agissent comme parent, partie de la famille?

Certains justifient le traitement législatif privilégié de la relation enfant/grand-parent en raison de l'obligation alimentaire réciproque qui existait entre eux au moment de l'adoption de cette disposition¹⁰⁵. Et, bien que cette obligation alimentaire ne puisse constituer le fondement juridique de ce droit à des relations personnelles¹⁰⁶, on peut affirmer qu'elle fait, tout comme les règles

104. Les dispositions législatives adoptées dans les autres provinces canadiennes et dans la majorité des États américains ne présument pas que les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents sont dans l'intérêt du premier: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 598, note 190. L'actuelle *Loi sur le divorce* ne contient pas de disposition présumant qu'il est dans l'intérêt des enfants d'entretenir une relation personnelle avec leurs grands-parents. Ces derniers sont donc dans la même situation que les tiers au moment de demander des droits de visite. Ils doivent présenter une requête pour autorisation et ensuite une requête pour droits d'accès (art. 16 (1) et (3) L.D.). Cette exigence supplémentaire ne vise toutefois pas à limiter les relations enfant/grand-parent, son objectif étant plutôt de diminuer le recours aux tribunaux pour régler de tels conflits: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, mars 1993, p. 11. Précisons également que le fardeau de prouver que les droits d'accès sont dans l'intérêt de l'enfant incombe alors aux grands-parents.

Lors des récents témoignages entendus par le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, de nombreux groupes de grands-parents ont demandé l'adoption, dans la *Loi sur le divorce*, d'une disposition reconnaissant explicitement les droits de visite des grands-parents (voir les témoignages de ce comité sur le site Internet du parlement fédéral: <http://www.parl.gc.ca>). Dans son rapport rendu public le 9 décembre 1998 (GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants*. Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, décembre 1998, aussi disponible sur le site Internet du parlement), le Comité ne recommande pas l'insertion d'une telle disposition dans la *Loi sur le divorce* en raison du partage des compétences législatives. Il propose toutefois aux législateurs des autres provinces canadiennes de s'inspirer du libellé de l'article 611 C.c.Q. et recommande que l'importance des relations enfant/grand-parent figure parmi les critères à considérer au moment de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant.

105. *Droit de la famille* – 596, précité, note 102, 24. Dans cette affaire, le tribunal réfère également au lien biologique responsable de la transmission des gènes.

106. Dans son étude exhaustive sur le droit des grands-parents à des relations personnelles avec leurs petits-enfants, Dominique Goubau analyse les différents fondements potentiels de ce droit. Il considère que l'obligation alimentaire réciproque des enfants et des grands-parents est fondée sur l'idée de solidarité familiale. Elle ne fonde donc pas le droit à des relations personnelles, lequel demeure, à son avis, fondé sur la notion de parenté: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 583-602. D'ailleurs, s'il fallait convenir d'un lien de causalité entre la présomption que les relations personnelles sont dans l'intérêt de l'enfant et l'obligation alimentaire, il faudrait aussi présumer, au moment d'appliquer la

unissant les grands-parents et les petits-enfants dans le domaine des successions, effectivement partie des motifs à l'origine de ce choix législatif¹⁰⁷. Pourtant, lors des consultations visant la disparition de l'obligation alimentaire réciproque entre les grands-parents et leurs petits-enfants, personne n'a, à notre connaissance, remis en question l'opportunité de l'article 611 C.c.Q.¹⁰⁸.

Cela ne signifie pas que ce favoritisme pour les relations enfant/grand-parent ne soit pas justifié par d'autres éléments. En effet, les psychologues ont mis l'accent sur les liens affectifs pouvant exister entre eux et qui, dans le contexte de la multiplication des séparations et des divorces des parents, prennent une importance particulière. De plus, il semble que, face au phénomène de l'augmentation du nombre des familles monoparentales, les grands-parents soient plus sollicités qu'auparavant pour jouer un rôle de soutien, notamment sous forme de gardiennage¹⁰⁹.

Si le législateur québécois a choisi de présumer que les relations enfant/grand-parent sont dans l'intérêt de l'enfant, cela ne signifie pas que tout grand-parent s'adressant au tribunal aura gain de cause. En effet, l'article 611 C.c.Q. énonce certaines conditions nécessaires à l'exercice de ce droit.

Pour pouvoir présenter une requête en vertu de l'article 611 C.c.Q., il faut tout d'abord être un grand-parent. Cela implique que le requérant ou la requérante est un parent, au sens juridique du terme, et que son enfant a lui-même une filiation biologique ou adoptive reconnue avec son enfant. Par conséquent, toute rupture du lien de filiation entre l'enfant et son parent, par exemple suite à une adoption, devrait logiquement faire perdre au grand-parent la possibilité d'invoquer l'article 611 C.c.Q.¹¹⁰. De plus, si l'on

Loi sur le divorce, que les relations personnelles avec l'ex-conjoint ayant tenu lieu de père ou de mère sont dans l'intérêt de l'enfant étant donné que le parent de fait peut être tenu au paiement d'une pension alimentaire. *Infra*, Section I, A, 2, b) et Section II, A, 2, b).

107. R. JOYAL, *loc. cit.*, note 69, 105; BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, Montréal, 1979, cité dans D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 575.

108. Sur cette récente modification de l'article 585 C.c.Q., voir *Infra*, Section II, A, 2, a).

109. Pour une étude exhaustive des facteurs expliquant l'importance accrue du rôle des grands-parents dans la vie familiale, voir D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 563-566 et les nombreuses études citées.

110. Dans *Droit de la famille – 2495*, [1996] R.D.F. 779. (C.S.), la Cour ne conclut pas à la perte du statut juridique de grand-parent en dépit du fait que le père de

fonde le droit à des relations personnelles sur la notion de parenté et que l'on s'inspire de la jurisprudence française dont l'art. 611 C.c.Q. est issu, il paraît logique d'étendre la notion de grand-parent à celle d'arrière grand-parent¹¹¹.

Le statut de grand-parent confère un droit à des relations personnelles avec son petit-enfant. On peut évidemment considérer qu'à l'instar des droits de visite de l'enfant avec ses parents, ce droit à des relations personnelles de l'article 611 C.c.Q. constitue un droit de l'enfant. C'est d'ailleurs ce que semble suggérer le libellé de l'article 611 C.c.Q.¹¹².

La disposition précitée réfère à un droit à des «relations personnelles». Elle ne confère donc ni un droit de garde ni un statut permettant de s'objecter au consentement à l'adoption donné par le parent¹¹³. Ce droit à des «relations personnelles» se distingue également des droits de visite et de sorties accordés à l'un des parents de l'enfant. En effet, les droits d'accès du parent lui permettent d'exercer son autorité parentale alors que le droit à des relations personnelles ne constitue pas une modalité d'exercice de l'autorité parentale ni un démembrement de celle-ci¹¹⁴. Quant aux modalités d'exercice du droit des grands-parents à des relations personnelles, qui peuvent être fixées par le tribunal, elles peuvent prendre diverses formes: visites, sorties, contacts téléphoniques, lettres, etc.¹¹⁵. Si elles se concrétisent souvent par un droit de sortie mensuel d'une journée, les tribunaux tendent à les rendre

l'enfant soit décédé et que l'enfant ait subséquentement été adopté. En effet, et bien qu'elle rejette la requête pour droits de visite des grands-parents, la Cour ne le fait pas en raison de la disparition du lien de filiation. Nous ne croyons toutefois pas que cette décision puisse modifier l'état du droit. Pour bénéficier du droit aux relations personnelles énoncé à l'article 611 C.c.Q., il faut posséder, juridiquement, le statut de grand-parent, lequel peut disparaître par l'effet de l'adoption de l'enfant. Les tribunaux ont d'ailleurs reconnu que l'article 611 C.c.Q. ne s'applique pas dans un contexte accessoire à l'adoption: *Droit de la famille* – 1873, [1994] R.J.Q. 1787 (C.A.); *Droit de la famille* – 2543, [1996] R.D.F. 930 (C.S.). Cela ne signifie toutefois pas que, suite à l'adoption, le grand-parent ne pourra plus avoir de contact avec l'enfant, mais seulement que ces contacts ne seront plus présumés dans l'intérêt de l'enfant. En effet, le grand-parent se trouverait alors dans la même situation que le tiers requérant des droits de visite: *Droit de la famille* – 1776, [1993] R.D.F. 243, 245 (C.S.).

111. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 605-607.

112. Comme le souligne à juste titre le juge Jean-Pierre Senécal, «le code parle des «relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents»»: *Droit de la famille* – 2216, [1995] R.J.Q. 1734, 1737 (C.S.).

113. *Droit de la famille* – 2732, [1997] R.D.F. 671, 676 (C.Q.).

114. *Droit de la famille* – 2216, précité, note 112; *Droit de la famille* – 291, [1986] R.J.Q. 1763 (C.A.); *Droit de la famille* – 1228, [1990] R.D.F. 353 (C.A.).

115. *Droit de la famille* – 2216, précité, note 112.

plus longs ou plus fréquents lorsque le parent de l'enfant est décédé¹¹⁶.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, ce droit à des relations personnelles est présumé correspondre au meilleur intérêt de l'enfant:

Le code pose que le maintien des relations personnelles enfant/grands-parents est la règle. Il n'a pas à être prouvé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il en soit ainsi. Cela est présumé, bien qu'une preuve contraire soit possible. Mais ce n'est que pour des «motifs graves» que le principe peut être écarté.¹¹⁷

Le processus décisionnel concernant la reconnaissance judiciaire d'un droit à des relations personnelles enfant/grand-parent s'effectue donc en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit reconnaître, en l'absence de motif grave, le droit du grand-parent à entretenir des relations personnelles avec son petit-enfant. Deuxièmement, en l'absence de motif grave, il aménage les modalités d'exercice de ce droit en tenant compte de l'intérêt de l'enfant¹¹⁸.

Ainsi, dès que les parents ou l'un d'eux fait obstacle aux relations personnelles enfant/grand-parent¹¹⁹, celui qui y fait obstacle doit prouver qu'un tel exercice de l'autorité parentale est justifié par l'existence de motifs graves¹²⁰. Et, il est désormais bien établi

116. Comme nous le verrons dans la partie suivante, les tribunaux sont particulièrement enclins à considérer que les droits de visite des tiers sont dans l'intérêt de l'enfant lorsque le ou les parents sont décédés. Il semble que cela se justifie par le fait que l'on souhaite permettre à l'enfant de connaître les membres de la famille paternelle et maternelle. Dans cette même perspective, les tribunaux tendent à considérer encore plus importantes les relations enfant/grand-parent lorsqu'un parent est décédé, voire à fixer des droits de visites plus larges qu'en d'autres circonstances: «La relation d'un enfant avec ses grands-parents paternels est plus importante encore lorsque le père n'est plus en vie. Lorsque les deux parents existent toujours, l'enfant peut facilement garder contact avec les deux familles dont il est le produit, même si les parents ne cohabitent plus.» *Droit de la famille* – 528, [1988] R.D.F. 355, 357 (C.S.) (j. Gomery).

117. *Droit de la famille* – 2216, précité, note 112.

118. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 635.

119. Ce n'est pas le cas lorsque la grand-mère vit avec le père de l'enfant, que ce dernier a des droits d'accès qu'il exerce et que la grand-mère souhaite voir l'enfant seul pour s'inscrire à des activités avec lui: *Droit de la famille* – 2216, précité, note 112.

120. En principe, le choix de relations entre l'enfant et les tiers fait partie des prérogatives découlant de l'exercice de l'autorité parentale. Mais dans le cas des relations entre l'enfant et ses grands-parents, cet attribut consiste, compte tenu de l'article 611 C.c.Q., à ne pouvoir faire obstacle à de telles relations que s'il existe des motifs graves: *Droit de la famille* – 2216, précité, note 112; *Droit de la famille*

que la gravité des motifs invoqués, et dont la preuve incombe au parent qui oppose son refus¹²¹, s'évalue en tenant compte des conséquences qu'ils ont sur le bien de l'enfant¹²².

Lorsque le motif grave invoqué réfère au climat de tension entre les parents et les grands-parents, les tribunaux n'adoptent pas une attitude uniforme. Parfois, pour éviter que l'enfant fasse les frais du conflit familial, ils concluent à l'existence d'un motif grave. Dans d'autres circonstances, ils écartent la gravité du motif imposant plutôt, dans l'intérêt de l'enfant, des restrictions au droit de visite¹²³.

Dans cette perspective, les tribunaux ont déjà considéré que des relations tendues entre le ou les parents et le ou les grands-parents¹²⁴ ainsi que la crainte non fondée d'une influence néfaste sur l'enfant¹²⁵ ne constituaient pas un motif grave au sens de l'article 611 C.c.Q. Ils sont cependant parvenus à la conclusion inverse lorsque la relation grand-parent/parent s'avérait profondément conflictuelle¹²⁶, teintée d'un climat de chagrin et de méfiance¹²⁷ et lorsque le grand-parent intervenait trop fréquemment dans l'éducation de l'enfant¹²⁸.

– 2493, [1996] R.D.F. 665 (C.S.). Sur les liens entre l'autorité parentale et le droit du grand-parent à des relations personnelles avec son petit-enfant, voir également: *Droit de la famille* – 2495, précité, note 110, 783. Précisons que même si l'article 611 C.c.Q. parle des père et mère, il inclut toute personne qui détient l'autorité parentale (tuteur, D.P.J., etc.): D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 633.

121. *Droit de la famille* – 2187, [1995] R.D.F. 277, 278 (C.S.); *Droit de la famille* – 2541, [1996] R.D.F. 861, 863 (C.S.).

122. *Droit de la famille* – 223, [1985] C.S. 852, 853; *Droit de la famille* – 2187, précité, note 121. Dans *Droit de la famille* – 3063, [1998] R.D.F. 500 (C.S.), le tribunal considère que, suite au décès de la mère, il n'est pas possible de distinguer les besoins du père, qui cherche à couper les liens avec la famille maternelle, et ceux des enfants. C'est pourquoi la demande de droits de visite des grands-parents maternels des enfants est rejetée.

123. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 636-639 et la jurisprudence citée.

124. *Droit de la famille* – 223, précité, note 122 (J. Galipeau): «S'il y a opposition entre les parties et si, par ricochet, elles risquent de traumatiser l'enfant, c'est aux parties de s'autodiscipliner et partant, de «maturer» et non à l'enfant d'être privé d'un droit parce que les adultes se conduisent comme des enfants ou ne savent pas se conduire du tout.» Voir également: *Droit de la famille* – 2187, précité, note 121.

125. *Droit de la famille* – 2549, [1996] R.D.F. 865 (C.S.).

126. *Droit de la famille* – 2495, précité, note 110, 782; *Droit de la famille* – 426, [1988] R.J.Q. 163 (C.S.); *Droit de la famille* – 291, précité, note 114.

127. *Droit de la famille* – 2262, [1995] R.D.F. 638 (C.S.).

128. *Droit de la famille* – 2017, [1994] R.D.F. 501 (C.S.).

Compte tenu du fait que l'article 611 C.c.Q. présume que les relations enfant/grand-parent sont dans l'intérêt de l'enfant, le grand-parent qui s'adresse au tribunal verra généralement son droit reconnu. La situation est différente pour le tiers qui, comme nous allons maintenant le constater, souhaite maintenir une relation avec un enfant à l'encontre de la volonté du titulaire de l'autorité parentale.

b) Les relations personnelles de l'enfant avec les tiers

Dans la partie précédente, nous avons montré que le législateur québécois consacre expressément le droit des grands-parents à des relations personnelles avec leurs petits-enfants, voire le principe selon lequel les contacts entre eux sont dans l'intérêt de l'enfant. Or, d'autres personnes peuvent désirer maintenir une relation avec l'enfant. Il peut s'agir d'une tante¹²⁹, de l'ex-conjoint du parent¹³⁰, d'une demi-soeur¹³¹, etc. Le phénomène de l'éclatement et de la reconstitution des familles explique en partie ces situations. En effet, le démembrement de la famille d'origine ou reconstituée peut entraîner, pour l'enfant, la perte de contact avec une personne avec laquelle il a tissé des liens affectifs significatifs¹³².

129. *Droit de la famille – 1948*, [1994] R.D.F. 238 (C.S.); *Droit de la famille – 1746*, précité, note 101; *Droit de la famille – 1761*, [1993] R.D.F. 131 (C.S.).

130. Dans *Droit de la famille – 1123*, précité, note 54, la demande de droits d'accès est formulée par celui qui fut l'époux de la mère des enfants pendant cinq ans. Ce dernier avait, suite au décès de la mère, présenté une requête pour obtenir la garde de l'enfant mais celle-ci avait alors été confiée au père de l'enfant. Dans *Droit de la famille – 771*, [1990] R.D.F. 68 (C.A.), la requête pour droits de visite est présentée par l'ex-conjoint de la mère des enfants. Il a vécu maritalement avec la mère pendant un an et demi et a, pendant les sept années subséquentes, continué à voir les enfants et à subvenir à leurs besoins. Sa demande fait suite à une décision unilatérale de la mère de mettre fin aux ententes antérieures. Voir également *Droit de la famille – 1164*, [1988] R.D.F. 158 (C.S.); *Droit de la famille – 1348*, [1990] R.D.F. 556 (C.S.); *Droit de la famille – 1517*, [1992] R.D.F. 52 (C.S.); *Droit de la famille – 3061*, [1998] R.D.F. 496 (C.S.); *Droit de la famille – 3192*, [1999] R.D.F. 50 (C.S.).

131. *Droit de la famille – 2104*, précité, note 46.

132. Ce besoin de maintenir une relation avec un enfant en dépit d'une objection parentale, les membres de la grande famille (oncle, tante) l'expriment plus particulièrement lorsque le parent de l'enfant est décédé. Par exemple, dans l'affaire *Droit de la famille – 1948*, précité, note 129, la garde des enfants est assumée par les grands-parents paternels des enfants suite au décès des deux parents et la demande de droits d'accès émane de la tante maternelle et des grands-parents maternels. Dans *Droit de la famille – 1632*, [1992] R.D.F. 524 (C.S.), la tante maternelle et son conjoint ainsi que la tante paternelle et son conjoint revendiquaient la garde des enfants suite au décès des deux parents. Ayant conclu que l'intérêt des enfants justifiait que leur garde soit confiée à la tante maternelle et à son conjoint, le tribunal accorde des droits d'accès à la

Le législateur québécois n'a pas prévu de disposition législative reconnaissant aux tiers le droit d'entretenir des relations personnelles avec un enfant avec lequel ils ont tissé des liens affectifs. Il ne s'agit cependant pas d'un oubli. En effet, en 1977, l'Office de révision du Code civil a proposé une disposition permettant au tribunal d'accorder des droits de visite à la fois aux grands-parents et aux tiers. Elle cherchait alors surtout à énoncer un droit en faveur des personnes ayant agi comme parent de fait pendant une certaine période¹³³. Toutefois, parce que le Barreau du Québec s'est opposé à la consécration de ce droit des tiers au motif qu'il convenait, même lors de circonstances exceptionnelles, de donner suite à l'objection parentale afin de favoriser la stabilité de l'enfant et de sa famille, le législateur a rejeté, sans vraiment en discuter, les alinéas concernant les tiers¹³⁴.

Cela ne signifie pas que les tiers sont, en droit québécois, dépourvus de tout recours lorsque le titulaire de l'autorité parentale s'objecte au maintien d'une relation avec l'enfant¹³⁵. En effet, la *Loi sur le divorce* permet à un tiers, à l'occasion d'une action intentée sous l'autorité de cette loi, de demander au tribunal de lui accorder des droits d'accès¹³⁶. De plus, en l'absence d'une disposi-

tante paternelle et à son conjoint afin que les enfants entretiennent des relations avec les deux familles. Quant aux ex-conjoints, leurs demandes font généralement suite à une séparation ayant pour effet de mettre fin à la cohabitation quotidienne avec l'enfant.

133. Alors que les deux premiers alinéas de l'article 358 proposé en 1977 par l'Office de révision du Code civil consacraient le droit des grands-parents à des relations personnelles avec leur petit-enfant, le troisième alinéa énonçait : « En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parent ou non. » OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec, vol. 1, projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1977.

134. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 575-576.

135. Dans *Droit de la famille – 2104*, précité, note 46, la juge Trudel rejette la requête en irrecevabilité du père et de la mère des enfants présentée suite à une demande de droits d'accès à sa demi-sœur et son demi-frère : « La grande majorité des requêtes entendues devant nos tribunaux et visant des enfants présentent une cellule familiale élargie par la présence de deux couples de parents, grands-parents et de sœurs et frères issus de multiples unions. Le Tribunal croit que le législateur n'a pas voulu ignorer cette réalité en privilégiant la relation d'un enfant avec ses grands-parents et en insérant une disposition particulière au *Code civil du Québec*. »

136. L.D., art. 16 (1) et (3). Précisons que dans son rapport rendu public le 9 décembre 1998, le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants recommande au Parlement de reconnaître l'importance des relations avec les frères et sœurs et autres membres de la famille élargie. Ainsi, il propose que l'importance de ces liens constitue un des critères permettant de déterminer l'intérêt supérieur des enfants : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants*, *op. cit.*, note 104.

tion spécifique dans le *Code civil du Québec*, les tribunaux québécois, à l'instar de ceux de la Belgique et de certains États américains¹³⁷, peuvent accéder à une telle demande sur la base du critère du meilleur intérêt de l'enfant énoncé à l'article 33 C.c.Q. Ils appliquent alors le principe selon lequel l'intérêt de l'enfant constitue une limite à l'exercice de l'autorité parentale. D'ailleurs, depuis que la Cour suprême a affirmé que la notion du meilleur intérêt de l'enfant peut justifier l'attribution de la garde à un tiers, il est difficile de prétendre que l'octroi de droits de visite à des tiers ne constitue pas également une façon d'aménager l'exercice de l'autorité parentale au nom du meilleur intérêt de l'enfant¹³⁸.

Le tiers qui demande des droits de visite et de sortie doit prouver que ceux-ci sont dans l'intérêt de l'enfant¹³⁹. En effet, le choix des relations de l'enfant constitue un attribut de l'autorité parentale, les parents sont présumés agir dans l'intérêt de l'enfant et le législateur n'a pas, comme pour les grands-parents, édicté une présomption en faveur des tiers entretenant une relation significative avec l'enfant. Par conséquent, outre l'importance symbolique que l'on peut accorder à une reconnaissance législative explicite de ce droit, les tiers québécois se trouvent, dans ce contexte, dans une situation comparable à leurs homologues français ou américains; ils ont le fardeau de prouver que le maintien d'une relation personnelle avec l'enfant est justifié par l'intérêt de ce dernier¹⁴⁰.

137. Pour la Belgique, voir: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 621-622; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 10, p. 553. Pour un aperçu de la situation américaine, voir: Bryce LEVINE, «Divorce and the Modern family: Providing *in loco parentis* stepparents standing to sue for custody of their stepchildren in a dissolution proceeding», (1996) 25 *Hofstra Law Review* 315, 320.

138. *Droit de la famille – 771*, précité, note 130, 69. Avant l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, les tiers ne se voyaient pas reconnaître un droit de visite avec l'enfant: *B. c. B.*, [1982] R.P. 363 (C.S.); *Arial c. Trudeau*, [1978] C.A. 364.

139. *Droit de la famille – 771*, précité, note 130; *Droit de la famille – 1123*, précité, note 54; *Droit de la famille – 1948*, précité, note 129. Pour des tableaux résumant les critères d'attribution de droits d'accès à des tiers ainsi que les éléments d'appréciation du meilleur intérêt de l'enfant, voir: Michel TÉTRAULT, «L'enfant et les droits d'accès du parent psychologique», dans FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents sur l'union de fait*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, p. 53, aux pages 76-78.

140. En France, ce droit de visite des tiers lors de circonstances exceptionnelles est consacré à l'art. 371-4, al. 2 du Code civil français: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 620-622; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 10, p. 553. Aux États-Unis, les dispositions législatives de certains États énoncent clairement que le tribunal peut accorder de tels droits s'ils sont dans le meilleur intérêt de l'enfant: B. LEVINE, *loc. cit.*, note 137, 320.

Étant donné qu'un nombre de plus en plus élevé d'individus s'adressent au tribunal pour qu'un enfant soit autorisé à maintenir une relation avec eux en dépit des objections parentales, il convient de se demander s'il est légitime de traiter de la même façon tous les tiers qui ne possèdent pas le statut de grand-parent. Par exemple, le critère du meilleur intérêt de l'enfant n'implique-t-il pas que les relations entre l'enfant et la personne ayant agi comme parent devraient constituer la règle?

Les droits de visite et de sortie du parent sont présumés dans l'intérêt de l'enfant¹⁴¹. N'y aurait-il pas lieu d'appliquer la même présomption en faveur de la personne qui, sans posséder le statut de parent, a agi pendant un certain temps comme parent pour l'enfant?

La présomption favorable au parent de l'enfant en matière de droit de visite se fonde, en théorie, sur le concept d'autorité parentale. Toutefois, on peut prétendre que le statut de titulaire de l'autorité parentale, découlant du titre de parent, repose en fait sur des données sociologiques: règle générale, un parent développe des liens affectifs avec son enfant et c'est pourquoi il importe de favoriser le maintien de cette relation lorsque la famille se démembre. Nous avons également vu plus tôt que des études sociologiques prouvent la grande implication des grands-parents dans l'éducation des enfants dans le contexte de la multiplication de l'éclatement de familles, situation qui peut justifier le fait que les relations enfant/grand-parent soient présumées dans l'intérêt de l'enfant. Or, des études récentes démontrent qu'un nombre de plus en plus élevé d'enfants évoluent dans des familles reconstituées¹⁴². Cela signifie qu'un nombre accru d'enfants sont appelés à développer avec un adulte qui n'est pas juridiquement un parent une relation de type parental. Lorsque tel est le cas, le législateur ou les tribunaux ne devraient-ils pas présumer que le maintien de cette relation est dans l'intérêt de l'enfant?

Si l'on s'attarde à la façon dont le législateur fédéral et le législateur provincial régissent les relations entre l'enfant et le

141. Voir Section I, B, 1, b).

142. Une étude longitudinale démontre que 20,5 % des enfants canadiens nés en 1983-84 en famille biparentale ont connu la séparation de leurs parents avant de fêter leurs 10 ans et parmi ceux-ci, 60 % ont vécu, à 10 ans, une recomposition familiale: Nicole MARCIL-GRATTON, *Grandir avec maman et papa? Les trajectoires familiales complexes des enfants canadiens*, Ottawa, Développement des ressources humaines Canada, 1998, p. 22.

conjoint du parent tenant lieu de père ou de mère, l'absence d'une telle présomption peut dénoter une certaine incohérence. En effet, la *Loi sur le divorce* énonce le principe selon lequel la personne qui a tenu lieu de père ou de mère peut, au moment du divorce, être tenue au paiement d'une pension alimentaire pour l'enfant¹⁴³. Or, même si les tribunaux affirment qu'une fois le statut d'enfant à charge reconnu il n'y a pas lieu de distinguer le parent biologique du parent de fait¹⁴⁴, ils se prononcent sur la demande de droits d'accès du parent de fait sans référer à l'existence d'une telle présomption¹⁴⁵. Pourtant, le statut de parent *in loco parentis* suppose notamment l'existence d'une relation affective entre l'enfant et l'adulte¹⁴⁶.

Quant au législateur québécois, il reconnaît le caractère privilégié de la relation entre l'enfant et le conjoint de fait ou de droit du parent en faisant bénéficier ce dernier d'un consentement spécial à l'adoption¹⁴⁷. De plus, il affirme à l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne* le droit de l'enfant à l'attention de ses parents ET des personnes qui en tiennent lieu. Pourtant, aucune disposition du Code et aucune décision judiciaire ne prévoient que le maintien de cette relation est présumée dans l'intérêt de l'enfant, voire qu'elle constitue une limite reconnue à l'exercice de l'autorité parentale. Par conséquent, en faisant le choix de ne pas énoncer une telle présomption, les législateurs et les tribunaux témoignent, comme pour la détermination du titulaire de l'autorité parentale, d'un favoritisme à l'égard de la famille juridique au détriment de la famille de fait.

3. *Le contrôle de l'autorité parentale*

L'autorité parentale est, nous l'avons mentionné, une institution visant la protection de l'enfant. Lorsque cette finalité n'est pas atteinte, les tribunaux peuvent intervenir. La *Loi sur la protection de la jeunesse* constitue, dans cette perspective, l'instrument privilégié qu'utilise le législateur pour assurer le mieux-être des enfants québécois dont le développement risque d'être compromis en raison du comportement des parents ou de

143. L.D., art. 2 (2). Pour plus de détails, voir *Infra*, Section II, A, 2, b).

144. *Droit de la famille* – 1369, [1991] R.J.Q. 2822, 2827 (C.A.). Voir également: *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242.

145. *Droit de la famille* – 2666, [1997] R.D.F. 344, 351 (C.S.); *Droit de la famille* – 299, [1986] R.D.F. 412, 415 (C.S.).

146. *Infra*, Section II, A, 2.

147. C.c.Q., art. 555.

leur mode de vie¹⁴⁸. Il ne s'agit cependant pas du seul mécanisme de contrôle de l'autorité parentale. En effet, le *Code civil du Québec* prévoit, à son article 606 C.c.Q., trois mesures de protection: le retrait de la jouissance et de l'exercice de tous les attributs de l'autorité parentale, le retrait de la jouissance et de l'exercice de certains attributs de l'autorité parentale et le retrait de l'exercice d'un ou plusieurs attributs de l'autorité parentale.

C'est à ces trois mécanismes de contrôle que nous allons maintenant nous attarder, soit la déchéance de l'autorité parentale, une mesure radicale mais nécessaire^{149(a)}, puis le retrait d'un attribut ou de son exercice, une intervention moins draconienne pouvant aussi, selon les circonstances, assurer la protection de l'enfant (b).

a) *La déchéance de l'autorité parentale*

En 1977, le législateur québécois institue l'autorité parentale et prévoit expressément la possibilité d'en déchoir son titulaire¹⁵⁰. Il s'agit alors d'une importante nouveauté. En effet, sous le régime de la puissance paternelle, aucune disposition du *Code civil du Bas Canada* ne prévoyait cette sanction¹⁵¹. Cela ne signifie pas que la puissance paternelle ne fit pas l'objet d'un contrôle judiciaire. En effet, au nom du meilleur intérêt de l'enfant,

148. Pour un aperçu des interventions législatives dans le domaine de la protection des enfants, voir: Sonia CLAPROOD, Karine DUTILLY, «La protection de l'enfant: un vaste concept en constante évolution», dans PRIX CHARLES CODERRE (1998), *La protection de l'enfant: évolution*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1998, p. 5-128.

149. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 261.

150. Art. 245e C.c.B.C, devenu art. 654 C.c.Q. (1980), puis art. 606 C.c.Q. en 1994.

151. S. PILON, *loc. cit.*, note 49, 376. Cette situation contraste avec celle de la France où la *Loi du 24 juillet 1889* réglementait la déchéance: Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 44; P. SIMLER, *loc. cit.*, note 55, 699. Précisons cependant que des lois sectorielles protégeaient l'enfant et permettaient une privation de certains des attributs de la puissance paternelle: *Loi des écoles de protection de la jeunesse* (S.R.Q., 1941, c. 38); *Loi sur les jeunes délinquants* (S.R.C. 1944, c. 15); *Loi de la garde des enfants trouvés* (S.R.Q. 1941, c. 325); *Loi des enfants immigrants* (S.R.Q. 1941, c. 326); *Loi du placement en apprentissage des enfants internés*, (S.R.Q. 1941, c. 41) et *Loi de l'adoption* (S.R.C. 1941, c. 324), citées dans A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 25, 624-625. Sur le caractère punitif de la déchéance, voir: Albert MAYRAND, «La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale et les diverses ordonnances de garde d'enfant», (1988) 33 *R.D. McGill* 257, 268; Édith DELEURY et Michèle RIVEST, «Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère», (1980) 40 *R. du B.* 483, 487.

les tribunaux sont intervenus lorsque le parent se révélait indigne ou incapable de remplir adéquatement ses devoirs parentaux¹⁵². Mais le jugement se limitait alors au retrait de l'exercice de la puissance paternelle. Jamais le droit de jouissance de la puissance paternelle, et donc la perte du statut de titulaire de la puissance paternelle, ne fut envisagé¹⁵³. Cette nouvelle forme de contrôle, qu'est la déchéance de l'autorité parentale, se révèle donc «une conséquence logique du principe fondamental suivant lequel l'intérêt de l'enfant prime toute autre considération et constitue une reconnaissance du droit de l'enfant d'être protégé»¹⁵⁴.

Tel que mentionné précédemment, le statut de titulaire de l'autorité parentale repose sur la présomption suivant laquelle les parents agissent dans l'intérêt de l'enfant et sont les personnes les mieux placées pour assurer son développement jusqu'à l'âge adulte. Or, en instituant le principe de la déchéance de l'autorité parentale, le législateur reconnaît que cette règle n'est pas infail-
lible; un parent peut, dans les faits, se révéler inapte à exercer cette fonction. Aussi, lorsque le titulaire de l'autorité parentale commet, par action ou abstention, un manquement grave et injustifié à ses devoirs parentaux¹⁵⁵, le législateur considère qu'il n'y a pas lieu de maintenir son statut de titulaire de l'autorité parentale et que la séparation de l'enfant et du parent est justifiée au sens de l'article 9 (1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁵⁶.

Parce qu'elle entraîne tant la perte du droit d'exercice que du droit de jouissance de l'autorité parentale¹⁵⁷, la déchéance de

152. S. PILON, *loc. cit.*, note 49, 379; A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 25, 626. Pour des références aux arrêts pertinents, voir: É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 854, note 247.

153. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 50. Voir également J. MERCIER, *loc. cit.*, note 28, 238-245. Les tribunaux ont parfois émancipé l'enfant parce qu'il y avait abus de l'exercice de la puissance paternelle: J. TURGEON, *loc. cit.*, note 35, 76.

154. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 52.

155. C. (G.) c. V.-F. (T.), précité, note 45, 261-262.

156. *Supra*, note 3. Précisons que la déchéance de l'autorité parentale a notamment pour effet de retirer l'enfant au parent déchu. Parce que ce dernier perd alors le droit de garde lui-même, il ne saurait être question de droit de visite. Par conséquent, la déchéance de l'autorité parentale peut être considérée comme une mesure législative ayant pour effet de séparer l'enfant de son parent contre son gré.

157. C. (G.) c. V.-F. (T.), précité, note 45, 260: «Qu'elle soit totale ou partielle, la déchéance n'entraîne pas seulement la perte de l'exercice des attributs de l'autorité parentale, mais également la perte de l'autorité elle-même dont le titulaire cesse alors d'être investi.» *Droit de la famille – 2700*, [1997] R.D.F. 524,

l'autorité parentale, que l'on appelait auparavant déchéance totale, est une mesure «extrêmement grave»¹⁵⁸, «radicale»¹⁵⁹ et «tout à fait exceptionnelle»¹⁶⁰. Elle a pour effet de dépouiller le titulaire de l'autorité parentale de tous ses droits, voire de lui faire perdre le statut de titulaire de l'autorité parentale, tout comme celui de tuteur à son enfant mineur¹⁶¹. Certes, la déchéance de l'autorité parentale n'affecte en rien le lien de filiation. Mais il faut admettre qu'elle constitue un premier pas vers la rupture de celui-ci puisque l'adoption de l'enfant peut avoir lieu sans le consentement du parent déchu¹⁶². Toutefois, et il importe d'insister, la déchéance de l'autorité parentale vise la protection de l'enfant¹⁶³. Par conséquent, elle ne libère pas le parent déchu de ses obligations envers l'enfant et ce dernier conserve d'ailleurs tous ses droits¹⁶⁴.

Étant donné l'impact de la déchéance sur le parent déchu, son prononcé ne peut jamais être implicite¹⁶⁵. Ainsi, il est impossible d'inférer une déchéance d'une autre ordonnance judiciaire concernant l'enfant, tel qu'un jugement confiant sa garde à l'autre parent ou à un tiers¹⁶⁶. Il ne s'agit pas non plus d'une déclaration judiciaire que l'on peut obtenir au motif qu'une personne autre que le parent pourrait favoriser davantage le développement de l'enfant. La preuve d'un comportement répréhensible est nécessaire¹⁶⁷. En effet, puisque l'autorité parentale est une institution,

530 (C.S.) (J. Piché): «L'article 606 C.c.Q. doit se lire en conjonction avec les autres articles du code traitant des attributs de l'autorité parentale, car une demande de déchéance, c'est en fait une demande d'enlever, pour des motifs graves et dans l'intérêt des enfants, tous les attributs de l'autorité parentale.»

158. *Droit de la famille* – 639, [1989] R.J.Q. 1082, 1083 (C.A.).

159. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 261.

160. *Droit de la famille* – 990, [1991] R.J.Q. 1215, 1220 (C.A.).

161. Art. 197 C.c.Q.

162. Art. 522 C.c.Q. La déchéance de l'autorité parentale peut également donner ouverture à la déclaration d'admissibilité à l'adoption: art. 559 C.c.Q.

163. Marie PRATTE, «Les tenants et aboutissants de la notion d'abandon en matière de déchéance de l'autorité parentale», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 1, p. 16.

164. Voir notamment: *Droit de la famille* – 325, [1987] R.D.F. 71 (C.A.). Cela signifie notamment que l'enfant peut demander et obtenir une pension alimentaire de son parent déchu (art. 599 et 585 C.c.Q.). L'enfant est toutefois, règle générale, dispensé de son obligation alimentaire envers son parent déchu: art. 609 C.c.Q.

165. Le libellé de l'article 606 C.c.Q. démontre que la déchéance doit nécessairement être prononcée par le tribunal.

166. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 266.

167. *Ibid.*, 262. Ainsi, dans *Droit de la famille* – 3335, [1999] R.D.F. 472 (C.S.), le tribunal considère que l'alcoolisme du père, parce que reconnu par ce dernier, ne constitue pas un motif grave.

il faut, dans la mesure du possible, en assurer le maintien¹⁶⁸. Par conséquent, la déchéance ne sera pas prononcée uniquement parce qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant. Selon les termes mêmes de l'art. 606 C.c.Q., il importe de prouver que des motifs graves ET l'intérêt de l'enfant le justifient.

Contrairement au législateur français¹⁶⁹ et en dépit de la recommandation de l'Office de révision du Code civil¹⁷⁰, le législateur québécois n'énumère pas la liste des motifs donnant ouverture à l'action en déchéance d'autorité parentale. Le concept de «motifs graves» énoncé à l'article 606 C.c.Q. laisse ainsi place à un important pouvoir d'appréciation permettant au tribunal de prendre en considération les réactions et attitudes de l'enfant face au geste reproché¹⁷¹.

L'abandon volontaire¹⁷² de l'enfant constitue la principale cause invoquée pour demander et obtenir la déchéance de

168. En parlant du cas spécifique du parent souffrant d'un handicap mental, la Cour suprême exprime l'idée que le pouvoir discrétionnaire de prononcer la déchéance ne devrait être exercé qu'en l'absence de mesure alternative conférant une protection équivalente à l'enfant au motif qu'une mesure respectant l'intérêt de l'enfant tout en évitant le stigmate de la déchéance au parent que l'on ne peut blâmer s'avère préférable. De ce qui précède, il nous faut conclure que la déchéance de l'autorité parentale se veut le dernier recours, le seul disponible quand les mesures de protection ou solutions alternatives s'avèrent inadéquates, compte tenu de l'intérêt de l'enfant: *Ibid.*, 263.
169. Pour la liste des motifs reconnus par le législateur français, voir: S. PILON, *loc. cit.*, note 49, 382.
170. L'Office de révision du Code civil proposait une liste de situations pouvant justifier la déchéance de l'autorité parentale, soit la condamnation pour crime sur la personne de l'enfant, la négligence grave d'exécution des devoirs envers l'enfant, l'abandon de plus de 6 mois et l'abus manifeste d'autorité: OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 50.
171. Jean-Pierre SENÉCAL, «La filiation et la déchéance de l'autorité parentale», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit de la famille: L'enfant dans le nouveau droit de la famille*, vol. 78, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, p. 81, p. 110.
172. *Droit de la famille* – 130, [1984] C.A. 184 (abandon équivaut à de l'indignité); *Droit de la famille* – 325, précité, note 164; *Droit de la famille* – 28, [1983] C.S. 83; *Droit de la famille* – 104, [1984] C.S. 93; *Droit de la famille* – 498, [1988] R.D.F. 223 (C.S.); A. c. L., [1982] C.S. 964; *Droit de la famille* – 2281, J.E. 95-1990 (C.A.); *Droit de la famille* – 1343, [1990] R.D.F. 531 (C.S.); *Droit de la famille* – 1233, [1989] R.D.F. 229 (C.S.); *Droit de la famille* – 450, [1988] R.D.F. 25 (C.A.); *Droit de la famille* – 155, J.E. 84-701 (C.S.); *Droit de la famille* – 325, précité, note 164. Notons que, pour référer au concept d'abandon, les tribunaux utilisent des expressions telles qu'abandon, désintéressement, indifférence, etc.: S. PILON, *loc. cit.*, note 49, 386. Cette même auteure explique que l'absence de comparution et le défaut de présenter une défense à l'action en déchéance d'autorité parentale font partie des éléments que le tribunal apprécie quant à la preuve de manque d'intérêt (p. 389). Voir notamment: *Droit de la famille* – 104, précité.

l'autorité parentale¹⁷³. Il faut cependant, pour qu'il puisse être qualifié de volontaire, que l'absence de contact entre l'enfant et le parent dont on demande la déchéance soit attribuable à la volonté de ce dernier¹⁷⁴. Par conséquent, sous réserve de la conduite du parent, son emprisonnement ne témoigne pas nécessairement d'une volonté d'abandonner l'enfant. Dans un tel cas, il convient d'apprécier la capacité de contact du parent en fonction des circonstances¹⁷⁵. La période de temps écoulée depuis le dernier contact avec l'enfant constitue également un facteur à prendre en considération. Lorsque l'abandon se déduit de l'absence ou du silence du parent, cette période «doit être significative» pour que l'abandon soit confirmé¹⁷⁶.

Les mauvais traitements¹⁷⁷, les abus sexuels¹⁷⁸, la violence sur la personne de l'enfant, les injures, les manquements graves aux devoirs parentaux ont également été considérés comme des motifs graves au sens de l'article 606 C.c.Q.¹⁷⁹. Quant aux actions

173. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 163, 3.

174. Pour des exemples de situations où l'abandon a été jugé involontaire, voir: S. PILON, *loc. cit.*, note 49, 389.

175. *Droit de la famille* – 2391, précité, note 46, 303; *Droit de la famille* – 1173, [1988] R.D.F. 332 (C.S.); *Droit de la famille* – 1738, [1995] R.J.Q. 2328 (C.A.); *Droit de la famille* – 2646, [1997] R.D.F. 252 (C.S.); *Droit de la famille* – 2345, [1996] R.D.F. 132 (C.S.). Voir également *Droit de la famille* – 3441, [1999] R.D.F. 740 (C.S.), où le tribunal conclut que le père de l'enfant s'est rendu indisponible en étant condamné à une peine de détention ferme de 25 ans pour avoir assassiné la mère de l'enfant.

176. *Droit de la famille* – 450, précité, note 172, 26. Voir également: *Droit de la famille* – 2200, J.E. 95-1093 (C.A.), p. 2. Dans ce dernier cas, les requêtes pour droits de visite et de sortie du père démontrent qu'il n'y a pas eu abandon. Dans *Droit de la famille* – 1757, [1993] R.D.F. 147 (C.S.), l'absence de nouvelle de la mère pendant 18 mois, après avoir confié sa fille à sa propre mère, n'a pas été jugée, en raison du court délai, comme un abandon de l'enfant justifiant le prononcé d'une déchéance d'autorité parentale.

177. *Droit de la famille* – 130, précité, note 172; *Droit de la famille* – 77, [1983] C.S. 692.

178. *Droit de la famille* – 1343, précité, note 172; *Droit de la famille* – 1669, [1992] R.D.F. 632 (C.S.); *Droit de la famille* – 1726, J.E. 93-295 (C.A.); *T.D. c. J.M.L.*, (1993) 56 Q.A.C. 292; *Droit de la famille* – 2336, [1996] R.D.F. 81 (C.S.).

179. Le même élément n'est pas toujours qualifié de la même façon par les tribunaux. Par exemple, le parent violent peut être déchu pour motif d'indignité, le parent qui abandonne l'enfant peut être considéré comme manquant à ses devoirs parentaux dont l'obligation de fournir des aliments et l'entretien, etc. Néanmoins, voici la liste énoncée par la juge Lemieux: «La jurisprudence reconnaît comme motifs graves: la violence sur la personne de l'enfant, les mauvais traitements, les abus sexuels, les injures, l'indignité et les manquements graves aux devoirs parentaux, l'abandon, la non-assumation du devoir de garde, de surveillance et d'éducation, et la négligence à lui fournir les aliments et l'entretien.» *Droit de la famille* – 1669, précité, note 178, 635. Voir également la liste de

en déchéance de l'autorité parentale intentées dans le but de faciliter l'obtention de prestations d'aide sociale¹⁸⁰ ou le changement de nom de l'enfant¹⁸¹, les tribunaux ont conclu, à juste titre d'ailleurs, qu'elles ne remplissaient pas cette condition.

Outre la preuve de l'existence de motifs graves, la personne qui intente l'action en déchéance de l'autorité parentale¹⁸² doit prouver, puisque l'article 606 C.c.Q. l'exige, que cette mesure correspond au meilleur intérêt de l'enfant¹⁸³. Généralement, cela signifie qu'il importe de démontrer quel sera l'impact éventuel de la déchéance sur l'enfant à moyen et à long terme¹⁸⁴. Au moment d'évaluer l'existence de cette condition, différents éléments seront pris en considération¹⁸⁵. Par exemple, s'il y a des chances de réconciliation entre le parent et l'enfant, la déchéance pourra ne pas être jugée dans l'intérêt de l'enfant¹⁸⁶. Il en sera de même si des liens peuvent se créer entre le parent et l'enfant¹⁸⁷ ou si le repentir du parent est sincère¹⁸⁸. Cependant, la déchéance de l'autorité parentale sera considérée dans l'intérêt de l'enfant si ce dernier a

J.-P. SENÉCAL, *loc. cit.*, note 171. Précisons que sous l'autorité de la première disposition législative consacrant la déchéance de l'autorité parentale, soit l'article 245e C.c.B.C., l'indignité et l'incapacité à exercer les fonctions parentales constituaient les seuls motifs graves reconnus par les tribunaux: *Droit de la famille* – 236, [1985] C.A. 566, 573.

180. *Droit de la famille* – 325, précité, note 164.

181. *Ibid.*; *Droit de la famille* – 130, précité, note 172.

182. Aux termes de l'article 606 C.c.Q., l'action en déchéance de l'autorité parentale peut être intentée par tout intéressé. En pratique, il s'agit d'une action généralement intentée par un des parents de l'enfant ou le Directeur de la protection de la jeunesse.

183. Ainsi, dans l'affaire *Droit de la famille* – 1706, J.E. 93-59 (C.A.), la Cour d'appel a retourné le dossier en Cour supérieure pour qu'il y ait preuve et audition sur le fait que la déchéance de l'autorité parentale était dans le meilleur intérêt de l'enfant même s'il y avait preuve d'un motif grave, en l'occurrence, un abandon d'une durée de sept ans. Voir également: *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 265 et les décisions citées quant au principe des conditions cumulatives. Il faut toutefois admettre qu'en présence d'un motif grave les tribunaux tendent à considérer que la déchéance est justifiée par l'intérêt de l'enfant parce que ce dernier n'y perd aucun droit: J.-P. SENÉCAL, *loc. cit.*, note 171, 109.

184. *Droit de la famille* – 77, précité, note 177, 697; *Droit de la famille* – 2391, précité, note 46, 303. Voir également *Droit de la famille* – 195, [1985] C.S. 349.

185. Sur l'interprétation du critère du meilleur intérêt de l'enfant lorsque l'abandon est prouvé, voir: M. PRATTE, *loc. cit.*, note 163, 14-16.

186. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 265; *Droit de la famille* – 1757, précité, note 176; *a contrario*, lorsque par l'intermédiaire de l'enfant le père cherche à maintenir son emprise sur la mère, il est dans l'intérêt de l'enfant que la déchéance soit prononcée: *Droit de la famille* – 2723, [1997] R.D.F. 572 (C.S.).

187. *Droit de la famille* – 498, précité, note 172, 225; *Droit de la famille* – 2066, [1994] R.J.Q. 2663 (C.S.); *Droit de la famille* – 2345, précité, note 175.

188. *Droit de la famille* – 77, précité, note 177; *Droit de la famille* – 498, précité, note 172.

établi ou peut développer de nouveaux liens parentaux¹⁸⁹, a acquis une stabilité¹⁹⁰, est ainsi protégé d'une influence négative¹⁹¹ ou serait pénalisé du fait de ses obligations envers le parent¹⁹².

Lorsqu'un parent est déchu de l'autorité parentale à l'égard de son enfant mineur, l'autre parent demeure titulaire de cette autorité et l'exerce seul¹⁹³. À défaut, le tribunal désigne la personne qui doit en assurer l'exercice¹⁹⁴. Cette situation peut toutefois ne pas s'avérer définitive puisque le parent déchu peut, depuis 1982, demander que l'autorité parentale lui soit restituée¹⁹⁵. La restitution de l'autorité parentale n'est toutefois possible que si des circonstances nouvelles le justifient, ce qui semble indiquer la nécessité de prouver une évolution ou une modification du comportement du parent déchu¹⁹⁶. Il faut également que l'enfant n'ait pas fait l'objet d'une adoption¹⁹⁷. Or, à notre connaissance, aucun jugement n'a, à ce jour, ordonné la restitution de l'autorité parentale¹⁹⁸.

Bien qu'en théorie la déchéance de l'autorité parentale ne constitue pas une mesure irréversible, elle n'en conserve pas moins un caractère radical qui peut ne pas convenir à la situation de l'enfant. Aussi, lorsqu'un certain contrôle de l'autorité paren-

189. *Droit de la famille* – 104, précité, note 172; *Droit de la famille* – 325, précité, note 164.

190. *Droit de la famille* – 498, précité, note 172, 225.

191. *Droit de la famille* – 1282, [1989] R.D.F. 646, 647 (C.S.).

192. *Ibid.*; *Droit de la famille* – 1669, précité, note 178.

193. Art. 600 C.c.Q.

194. Art. 607 C.c.Q.

195. Une disposition allant dans ce sens avait été proposée en 1975 par le Comité du droit des personnes et de la famille de l'Office de révision du Code civil: OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 58. L'O.R.C.C. considérait que la restitution de l'autorité parentale se justifiait par le fait qu'en droit de la famille les décisions judiciaires sont toujours révisables lorsque des faits nouveaux le justifient: OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur le Code civil du Québec*, t. 1, vol. 2, «De la famille», Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, art. 366, p. 278. Ce n'est toutefois qu'en 1982 que le législateur a donné suite à cette demande également formulée par le Barreau du Québec: R. JOYAL, *loc. cit.*, note 69, 101. Mentionnons que le texte de l'article 610 C.c.Q. semble limiter la demande de restitution aux père et mère de l'enfant.

196. Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 6, 46.

197. Art. 610 C.c.Q.

198. *Droit de la famille* – 2477, [1996] R.D.F. 569 (C.S.) est la seule cause rapportée d'action en rétablissement de l'autorité parentale. Et, considérant que rien ne prouvait que le rétablissement de l'autorité parentale, treize ans après le prononcé de la déchéance, n'était à l'avantage des enfants, l'action fut rejetée.

tale s'avère néanmoins requis pour la protection de l'enfant, le tribunal peut, selon l'article 606 C.c.Q., soit retirer un seul ou certains des attributs de l'autorité parentale, soit en retirer l'exercice.

b) *Le retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice*

Lorsque les circonstances ne justifient pas le prononcé d'une déchéance de l'autorité parentale mais qu'il importe d'intervenir, le tribunal dispose, en vertu du deuxième alinéa de l'article 606 C.c.Q., de deux solutions de rechange. Tout d'abord, il peut ordonner le retrait d'un seul ou de plusieurs attributs de l'autorité parentale. Cette mesure, que l'on désignait autrefois sous le vocable de déchéance partielle¹⁹⁹, implique la perte de la capacité de jouissance et de la capacité d'exercice de l'attribut retiré²⁰⁰. Le titulaire de l'autorité parentale visé par l'ordonnance conserve, dès lors, tous les autres attributs.

Lorsque la déchéance de l'autorité parentale n'est pas justifiée par les circonstances, notamment parce que la situation problématique s'avère temporaire²⁰¹, le tribunal peut limiter son intervention au retrait de l'exercice de l'un ou plusieurs attributs de l'autorité parentale²⁰². Cette possibilité, maintenant expressé-

199. Voir l'article 654 du *Code civil du Québec* (1980). Des auteures ont, par le passé, dénoncé le fait que la déchéance partielle de l'autorité parentale portait mal son nom au motif que l'autorité parentale est indivisible. Par conséquent, elles recommandaient, à l'instar du droit français, de parler de retrait partiel du droit: É. DELEURY et M. RIVEST, *loc. cit.*, note 151, 487.

200. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 260 (J. Beetz): «Qu'elle soit totale ou partielle, la déchéance n'entraîne pas seulement la perte de l'exercice des attributs de l'autorité parentale, mais également la perte de l'autorité elle-même dont le titulaire cesse alors d'être investi.» Pour une illustration de ce type d'ordonnance, par ailleurs peu fréquente, voir: *Droit de la famille – 2700*, précité, note 157, où le juge retire au père les attributs de surveillance, d'accès et d'éducation.

201. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 354-355.

202. Voir par exemple: *Droit de la famille – 2212*, [1995] R.D.F. 421 (C.S.). Dans *Droit de la famille – 2144*, J.E. 95-487 (C.A.), le retrait de l'exercice de l'autorité parentale au père est implicite puisque le tribunal confie l'exercice exclusif de l'autorité parentale à la mère en raison de l'éloignement physique du père. Précisons finalement que c'est de manière erronée que le tribunal prononce le retrait de l'exercice de l'autorité parentale dans *Droit de la famille – 2884*, [1998] R.D.F. 70 (C.S.) puisqu'il s'agit alors de retirer au père l'exercice de la tutelle aux biens de l'enfant. En d'autres termes, le tribunal confond autorité parentale et tutelle légale.

ment prévue par le *Code civil du Québec*, confère donc à la Cour supérieure des pouvoirs similaires à ceux dont dispose la Cour du Québec au moment d'appliquer la *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁰³.

Il faut admettre que la différence entre le retrait d'un attribut et le retrait de son exercice est, au plan pratique, plutôt mince²⁰⁴. Pour le parent, perdre le droit ou l'exercice de ce droit revient au même. Toutefois, il importe de noter cette distinction juridique et de souligner qu'elle vise à conférer au tribunal le pouvoir d'émettre des ordonnances adaptées aux circonstances particulières de chaque affaire.

B- L'exercice de l'autorité parentale suite à un jugement concernant la garde d'un enfant

Dans la section précédente, nous avons énoncé les principaux paramètres de la notion d'autorité parentale et tenté de faire ressortir les éléments distinctifs de cette institution québécoise visant le meilleur intérêt de l'enfant. Dans cette perspective, les conceptions de parent, d'enfant, de relations enfant/parent et parent/parent véhiculées par le concept d'autorité parentale ont reçu une attention particulière. Cette étude ne saurait toutefois être complète sans un examen des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale suite à un jugement concernant la garde d'un enfant et des modèles de partage des responsabilités parentales qu'elles sous-tendent²⁰⁵.

203. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, op. cit., note 201. Voir L.P.J., art. 91, al. 2 (b). Pour des illustrations d'application de cette disposition, voir notamment: *Protection de la jeunesse* – 908, J.E. 97-1433 (C.Q.) (retrait de l'exercice de l'autorité parentale en ce qui a trait aux autorisations scolaires, parascolaires et aux soins médicaux); *Protection de la jeunesse* – 851, [1997] R.J.Q. 2611 (C.Q.) (retrait de l'exercice de l'autorité parentale en ce qui a trait à l'instruction et à la pratique de la religion); *Protection de la jeunesse* – 738, [1995] R.D.F. 372 (C.Q.) (retrait de l'exercice de l'autorité parentale en ce qui a trait aux autorisations de nature médicale, sociale et scolaire); *Protection de la jeunesse* – 1110, J.E. 2000-448 (C.Q.) (retrait de l'exercice de l'autorité parentale en ce qui a trait au consentement et refus de soins).

204. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, loc. cit., note 6, 917; Monique OUELLETTE, «Livre deuxième: de la famille», dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil, Personnes, successions, biens*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 151, p. 182.

205. L'attribution de la garde d'un enfant à un seul des parents ou à un tiers est, en vertu de l'article 9 (1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, un motif justifiant que l'enfant soit séparé de ses parents ou de l'un d'eux contre leur gré. *Supra*, note 3.

Pour réaliser cet examen, nous débuterons par un rappel des éléments présidant à la détermination de la garde d'un enfant (1). Ensuite, il conviendra de s'attarder aux différentes thèses concernant l'exercice de l'autorité parentale suite à l'attribution judiciaire de la garde d'un enfant à un seul des parents (2). Finalement, étant donné qu'un certain nombre de personnes assument des responsabilités parentales sans posséder juridiquement le statut de parent, nous examinerons les règles relatives au partage du pouvoir décisionnel entre le tiers gardien et les titulaires de l'autorité parentale (3).

1. Les éléments présidant à la détermination de la garde d'un enfant

Si le meilleur intérêt de l'enfant constitue désormais le seul critère applicable en matière de garde d'enfant, certaines présomptions orientent néanmoins son contenu. En ce sens, elles font partie des règles présidant à la détermination du parent gardien. Par conséquent, il convient de rappeler brièvement l'origine et la finalité du critère du meilleur intérêt de l'enfant (a) puis d'examiner les présomptions, existantes ou revendiquées, en insistant sur le modèle de partage des responsabilités parentales qu'elles mettent de l'avant (b).

a) Le critère du meilleur intérêt de l'enfant

Le critère du meilleur intérêt de l'enfant est un principe d'équité issu de la common law²⁰⁶. Il a fait son apparition au Canada lorsque l'habeas corpus, une procédure de droit criminel d'origine anglaise visant à s'assurer qu'une personne n'est pas détenue contre sa volonté, fut utilisé par des parents pour contraindre un tiers à leur remettre la garde de leur enfant²⁰⁷. À partir du moment où la Cour suprême a admis, pour des litiges émanant des autres provinces canadiennes, que l'intérêt de l'enfant pouvait limiter le droit de garde du titulaire de la puissance

206. Sur l'origine anglaise du critère du meilleur intérêt de l'enfant en matière de garde, voir: *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, 94 et *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 35. Le juge Benjamin Nathan Cardozo est celui à qui l'on reconnaît généralement la paternité du concept du meilleur intérêt de l'enfant dans *Finlay c. Finlay*, 240 N.Y. 249, 148 N.E. 624, 626, 40 A.L.R. 937 (N.Y. 1925): «(The Chancellor) acts as *parens patriae* to do what is in the best interest of the child.» Norris WEISMAN, «On access after parental separation», (1992) 36 R.F.L. (3d) 35, note 2.

207. É. DELEURY, M. RIVEST et J.-M. NEAULT, *loc. cit.*, note 6, 841-848. Voir également: É. DEMERS et A. RUFFO, *loc. cit.*, note 6, 282-283.

paternelle, ce principe de common law, favorisé par l'organisation judiciaire canadienne, a commencé à infléchir le droit civil²⁰⁸. Ainsi, on peut prétendre que l'arrêt *Stevenson c. Florant*²⁰⁹ de 1925 marque le début de la longue évolution qui mènera à la reconnaissance jurisprudentielle puis législative de ce critère²¹⁰.

Au départ, étant donné l'importance que la société québécoise accordait aux valeurs religieuses, un rapport étroit semble s'être tissé entre la religion du parent et l'interprétation du critère du meilleur intérêt de l'enfant²¹¹. Ensuite, compte tenu des valeurs sociales concernant le rôle des hommes et des femmes dans la société, les tribunaux et les auteur-e-s reconnurent l'existence d'un lien naturel entre la mère et l'intérêt du jeune enfant²¹².

208. A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 25, 623. Sur l'évolution de la garde en common law et l'impact du critère de l'intérêt de l'enfant sur son attribution, voir: *Young c. Young*, précité, note 206, 34 et s.

209. Précité, note 39.

210. «Le droit relatif à la garde des enfants et aux droits des parents dans les affaires de garde d'enfant a évolué depuis le début du 19^e siècle, alors que l'un des parents, ordinairement le père, avait le droit à la garde de l'enfant mineur à moins d'être déchu à cause de circonstances graves, reliées au bien-être de l'enfant, qui le rendaient incapable d'en avoir la garde. La législation et la jurisprudence ont modifié cette situation. Le droit a d'abord évolué dans le sens d'une augmentation des droits de la mère, puis d'une diminution graduelle des droits des parents et enfin, dans le sens de l'augmentation consécutive de l'importance de l'intérêt ou du bien-être de l'enfant comme facteur déterminant de la garde. Ce dernier facteur a pris de plus en plus d'importance avec le temps de sorte que l'on peut maintenant dire que le bien-être de l'enfant est la considération primordiale lorsque les tribunaux se penchent sur la question.» *King c. Low*, précité, note 206, 93. Pour un aperçu des auteur-e-s et des décisions qui, avant 1925 et jusqu'à l'adoption de l'article 30 C.c.B.C. en 1981, considéraient que le critère applicable en matière de garde était celui du meilleur intérêt de l'enfant, voir: *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 39, 167 et s.

211. À l'époque où le législateur québécois exigeait de l'adoptant qu'il professe la même foi religieuse que l'adopté, on considérait que l'intérêt de l'enfant résidait notamment dans les avantages d'une éducation familiale et religieuse. (Voir par exemple: *Stevenson c. Florant*, précité, note 39). Dès lors, lorsque les parents adhéraient à des principes religieux différents, les tribunaux québécois tendaient à confier la garde de l'enfant mineur au parent professant la même foi religieuse que l'enfant: A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 25, 630-637; C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 67, p. 130-134. Pour une comparaison avec les autres provinces canadiennes, où la religion professée par le parent avait moins d'importance, voir: Marie-Josée BLONDIN, Diane DÉSY, Francine DESROCHERS, Annette LE MONNIER et Carmen LUSSIER, «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants», (1986) 46 *R. du B.* 105, 114-116.

212. La doctrine relative aux enfants en bas âge (*tender years doctrine*) est une présomption jurisprudentielle. Principalement appliquée dans les années 50 à 70, elle consistait à présumer qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de moins de 7 ans que sa garde soit confiée à sa mère: *Droit de la famille* – 52, [1983] C.A. 388, 390; *Young c. Young*, précité, note 206, 36-37. Voir notamment: *Boily c. Vallée*, [1966] B.R. 1001 et *Anderson c. Roper*, [1967] B.R. 170. Cette présomption n'était pas

Ce rapport étroit entre l'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant et les valeurs sociales ne devrait pas surprendre. En effet, non seulement le droit constitue le reflet des valeurs culturelles d'une société mais les notions à contenu variable, comme l'intérêt de l'enfant, sont instituées pour «évoluer avec les situations particulières et avec les époques»²¹³.

Parce que les institutions juridiques évoluent parallèlement aux époques, le meilleur intérêt de l'enfant ne fut pas toujours le seul critère applicable dans un litige relatif à la garde. Ainsi, à l'époque où le divorce pouvait constituer une nécessité sans pour autant être moralement acceptable, la détermination de l'époux fautif constituait pratiquement l'enjeu de l'audition et la faute conjugale faisait présumer l'inaptitude parentale²¹⁴:

une règle de droit mais «a principle of common sense» que la Cour suprême a rejeté dans *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292. Si cette présomption est révoquée en droit civil québécois, certaines décisions, bien que rarissimes, continuent de l'appliquer. Voir par exemple: *Droit de la famille – 1313*, [1990] R.D.F. 198 (C.S.). Pour un aperçu des textes de doctrine traitant de cette présomption, voir: Dominique GOUBAU, «L'objectivation des normes en droit familial: une mission possible», (1998) 1 *Revue trimestrielle de droit familial* 7, 13-14, notes 17 et 18.

Il est intéressant de noter que la conception de la garde en droit musulman présente certains traits communs avec la doctrine de l'âge tendre. En effet, si l'article 67 du Code du statut personnel tunisien prévoit que la garde peut être confiée au père, à la mère ou à un tiers en fonction du meilleur intérêt de l'enfant, l'article 58 affirme qu'une personne de sexe masculin ne se verra confier la garde d'un enfant que si elle a à sa disposition une femme qui assure les charges de la garde. En droit algérien la garde constitue encore plus explicitement une prérogative féminine et maternelle. Ainsi, le Code de la famille algérien énonce: «Le droit de garde est dévolu d'abord à la mère, puis à la mère de celle-ci, puis à la tante maternelle.» Il s'agit d'un ordre de dévolution considéré dans l'intérêt de l'enfant. Toutefois, différents éléments peuvent, selon une certaine conception du meilleur intérêt de l'enfant, faire perdre à la mère le droit de garde. Ainsi, parce que le parent gardien est responsable notamment de l'éducation morale de l'enfant, il doit lui-même avoir une conduite sans reproche. Par conséquent, l'adultère de la mère la rend indigne à exercer le droit de garde. De plus, parce qu'un enfant doit pouvoir vivre dans un milieu où l'entourage n'entretient que des sentiments affectueux à son égard, la mère perd l'exercice du droit de garde si elle se remarie à un homme qui n'est pas le parent de l'enfant à un degré où le mariage est prohibé. Finalement, il y aura perte de l'exercice du droit de garde si la mère change de domicile et que cela empêche son père d'exercer son droit de surveillance et son droit de visite: H. BENCHEIKH HOCINE DENNOUNI, *loc. cit.*, note 87, 903-915. Pour plus de détails, voir: D. CHARIF FELLER, *op. cit.*, note 87.

213. *Droit de la famille – 2495*, précité, note 110, 784; *Droit de la famille – 2104*, précité, note 46, 21; *Droit de la famille – 3061*, précité, note 130.

214. Avant 1967, la conduite des parties (adultère, concubinage) constituait, en vertu de l'article 214 C.c.B.C., l'ultime critère d'attribution de la garde des enfants suite à une séparation de corps ou un divorce. Cette règle ne s'appliquait pas au stade des mesures provisoires puisque les époux étaient encore mariés et que le

Il fut un temps où il y avait deux catégories d'époux séparés ou divorcés: les innocents et les coupables. À l'innocent, on donnait la garde des enfants, premier prix de bonne conduite; le coupable était privé de cette garde et c'était une de ses punitions. Cette manière de voir était conforme à l'esprit d'une époque où la faute conjugale avait un caractère de gravité que les mœurs contemporaines ont atténué.²¹⁵

Désormais, le meilleur intérêt de l'enfant constitue au Québec, comme dans les autres provinces canadiennes²¹⁶, le critère déterminant en matière de garde et de droit de visite²¹⁷. Dès lors,

père exerçait seul la puissance paternelle pendant le mariage. «La raison de la règle posée à l'article 214 du Code civil est facile à comprendre; le législateur n'a pas du tout l'intention de faire passer l'intérêt de l'enfant au second plan. Il y a simplement présomption que l'intérêt de l'enfant est d'être confié au parent innocent plutôt qu'au parent coupable.»: A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 25, 631-632. Pour un aperçu des arrêts rendus à cette époque, voir: M.-J. BLONDIN, D. DÉSY, F. DESROCHERS, A. LE MONNIER et C. LUSSIER, *loc. cit.*, note 211, 108-116. À partir de 1968, la prise en compte de la faute conjugale fut expressément reconnue par l'article 11 (1) (c) de la *Loi sur le divorce*. Pour plus de détails en ce qui a trait à la faute conjugale comme critère d'attribution de la garde ou élément d'appréciation du meilleur intérêt de l'enfant ainsi que des décisions illustrant l'application de ce critère, voir aussi: A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 25, 630 et C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 67, p. 136-138. Précisons que les articles 16 (9) et 17 (6) de la *Loi sur le divorce* de 1985 écartent clairement cet élément à moins qu'il ne soit lié à la capacité parentale du conjoint. À ce sujet, voir *infra*, Section I, B, 1, b).

215. Albert MAYRAND, «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant», (1982) 85 *R. du N.* 28, 29. Sur l'effet de l'adultère de la mère en droit algérien, voir *supra*, note 212.

216. La seule exception concerne les Territoires du Nord-Ouest où le critère du meilleur intérêt de l'enfant côtoie celui de la conduite des parents et des désirs des père et mère: N. WEISMAN, *loc. cit.*, note 206.

217. Ce principe vaut d'ailleurs tant pour l'ordonnance fondée sur la *Loi sur le divorce* que pour celle basée sur le *Code civil du Québec*: art. 16 (8) et 17 (5) L.D. et art. 33, 388, 496, 514 C.c.Q. Voir également: C. (G.) c. V.-F. (T.), précité, note 45; *Young c. Young*, précité, note 206; P. (D.) c. S. (C.), précité, note 39; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; W. (V.) c. S. (D.), [1996] 2 R.C.S. 108. Depuis que la *Loi sur le divorce* et le *Code civil du Québec* consacrent législativement le critère du meilleur intérêt de l'enfant, son interprétation a évolué. Ainsi, jusqu'à l'arrêt C. (G.) c. V.-F. (T.), le critère du meilleur intérêt de l'enfant faisait généralement l'objet d'une interprétation restrictive puisque les tribunaux n'attribuaient la garde d'un enfant à un tiers qu'en présence d'un parent indigne, voire d'une déchéance de l'autorité parentale: Voir notamment: *Taillon c. Donaldson*, précité, note 39; *Droit de la famille* – 52, précité, note 212 et *Droit de la famille* – 236, précité, note 179. *Contra: Droit de la famille* – 228, [1985] C.S. 808. Par conséquent, les tribunaux fondaient l'attribution de la garde de l'enfant à un tiers sur la faute du parent plutôt que sur le meilleur intérêt de l'enfant: Marie PRATTE, «Le droit d'un tiers à la garde d'un enfant: l'affaire *Vignault-Fines c. Chardon*, [1987] 2 R.C.S. 244», (1988) 19 *R.G.D.* 171, 173.

À l'heure actuelle, si tous les juges de la Cour suprême s'entendent pour affirmer que le meilleur intérêt de l'enfant constitue le critère déterminant, leur approche ne s'avère pas pour autant uniforme. Voir notamment: Nicholas BALA, «Developments in Family Law: The 1993-1994 Term: The Best Interests

cela signifie que l'effet de la décision sur l'enfant directement et personnellement concerné par l'ordonnance de garde constitue l'unique préoccupation.

Parce que le critère du meilleur intérêt de l'enfant consacre l'idée que l'enfant concerné par l'ordonnance de garde doit constituer le centre des préoccupations²¹⁸, aucun élément n'est en soi pertinent. En effet, le critère du meilleur intérêt de l'enfant constitue une norme délibérément floue permettant de tenir compte des particularités de chaque enfant et de chaque famille²¹⁹. Par conséquent et selon les situations, un élément retiendra l'attention du tribunal parce qu'il a soit un effet positif soit un effet négatif sur le bien-être de l'enfant. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant suppose donc un examen de l'ensemble de la situation de l'enfant et de ses besoins²²⁰ après lequel un exercice de pondération doit être réalisé²²¹.

of the Child», (1995) 6 *S.C. Law Rev.* 453, qui explique les trois interprétations différentes de la notion du meilleur intérêt de l'enfant sous-jacentes aux arrêts *Young et P. (D.) c. S. (C.)*, lesquelles définissent indirectement trois modèles de vie familiale après la rupture. Dans une perspective similaire, Dominique Goubau affirme, après avoir analysé la méthode employée par les juges majoritaires et minoritaires de la Cour suprême dans l'affaire *Gordon c. Goertz*, que: «[...] cette affaire permet de faire l'intéressant constat qu'aussi bien les juges minoritaires que majoritaires admettent (pour les uns implicitement, pour les autres explicitement) que la notion d'intérêt de l'enfant, en soi, est insuffisante, voire non opérationnelle». D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 212, 24.

218. «L'enfant doit être au centre des préoccupations des tribunaux, car ce sont ses droits qui sont en jeu, et non pas ceux des parents»: *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 39, 189 (j. L'Heureux-Dubé). «Lorsque la Cour est appelée à trancher des différends entre des parties réclamant la garde d'un enfant, elle doit avoir comme objectif de choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte.» *King c. Low*, précité, note 206, 101.

219. «Cette discrétion conférée par l'article 30 C.c.B.C. permet de mieux cerner les circonstances de chaque cas, circonstances qui peuvent varier à l'infini.» *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 39, 179 (j. L'Heureux-Dubé).

220. «Bien qu'étant un concept législatif assez large, le critère du meilleur intérêt de l'enfant, particulièrement tel que défini à l'art. 30 C.c.B.C., se rapporte à l'ensemble des considérations relatives à l'enfant et il est susceptible d'application aux circonstances de chaque cas.» *Ibid.*, 80. Voir plus particulièrement l'article 33, al. 2 C.c.Q. et l'article 16 (8) L.D. Précisons que l'actuel article 33, al. 2 C.c.Q. diffère sensiblement de la version proposée par l'Office de révision du Code civil: «On tient compte, notamment, de l'âge, du sexe, de la religion, de la langue, du caractère de l'enfant, de son milieu familial ou des autres circonstances dans lesquelles il se trouve.» Selon Claude Boisclair, ces critères proposés par les commissaires faisaient suite à des consultations réalisées auprès de travailleurs sociaux responsables du placement des enfants en famille ou en centre d'accueil. Il s'agissait donc des guides utilisés par ces derniers pour identifier la famille d'accueil appropriée pour un enfant: C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 67, p. 138-140.

221. *Young c. Young*, précité, note 206, 66.

Au moment de prendre en considération la situation particulière et chaque fois spécifique de l'enfant dont la garde est demandée, certaines présomptions trouvent application. Elles orientent l'interprétation du critère du meilleur intérêt de l'enfant et, par conséquent, font partie des éléments présidant à la détermination de la garde d'un enfant.

b) Les présomptions relatives au meilleur intérêt de l'enfant

Les présomptions relatives au meilleur intérêt de l'enfant participent directement à la définition de ce critère, voire à la détermination de son contenu²²². En effet, énoncer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, sous réserve d'une preuve contraire, permet de conférer un contenu objectif à cette norme floue²²³. Et, parce qu'elles servent à doter la notion du meilleur intérêt de l'enfant d'un certain contenu, les présomptions existantes proposent nécessairement un modèle particulier des relations enfant/parent et parent/parent. Il convient donc de s'y attarder pour subséquemment examiner les principales présomptions revendiquées, lesquelles pourraient éventuellement faire partie intégrante du droit applicable en matière de garde.

Une première présomption législative est énoncée aux articles 16 (9) et 17 (6) de la *Loi sur le divorce*. Ceux-ci prévoient qu'au moment de statuer sur la garde d'un enfant «le tribunal ne tient pas compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère». Ainsi, non seulement l'époque où l'adultère d'un conjoint constituait un élément pertinent à la détermination du parent gardien est révolue, mais le comportement et le mode de vie du parent ne sont pris en considération que dans la mesure où ils ont une incidence sur son aptitude à répondre aux besoins de l'enfant²²⁴. Avec cette «directive»²²⁵, le législateur invite donc le

222. «Il ne s'agit plus simplement d'éclairer une facette de l'intérêt de l'enfant, mais de donner à cette notion un contenu préétabli que seule une preuve contraire pourrait modifier.» D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 212, 13.

223. Sur l'utilisation des normes floues en droit de la famille, notamment celle du meilleur intérêt de l'enfant: *Ibid.*

224. Pour un aperçu de la jurisprudence en ce qui a trait à la conduite des parents, voir: Claire BERNARD, Robin WARD et Bartha Maria KNOPPERS, «Best Interests of the Child Exposed: A Portrait of Quebec Custody and Protection Law», (1992) 11 *Can. J. Fam. L.* 57, 77-87. Précisons que cette règle implique qu'il n'y a généralement pas lieu, lors d'une demande de modification de la garde initiée suite à la décision du parent gardien de déménager, d'évaluer les motifs à l'origine de cette décision: *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, 48.

225. *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, 47.

tribunal et la société à distinguer les rôles de conjoint et de parent²²⁶.

En distinguant le rôle de parent de celui de conjoint, le législateur cherchait-il à indiquer que la fin de la relation matrimoniale n'implique pas la fin de la relation parent/enfant? Qu'il s'agisse ou non d'une conséquence logique découlant de la présomption des articles 16 (9) et 17 (6) de la *Loi sur le divorce*, cette intention du législateur fédéral est explicitement consacrée aux articles 16 (10) et 17 (9). Parce que ce dernier respecte les engagements qu'il a pris aux articles 9 (3) et 10 (2) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*²²⁷, le tribunal est assujéti à l'obligation d'appliquer «le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.» En d'autres termes, «le législateur a précisé que le contact maximum avec le père et la mère est généralement dans l'intérêt de l'enfant»²²⁸ et il a choisi de porter cet objectif à l'attention des tribunaux²²⁹.

Cette présomption, communément appelée «présomption du parent amical»²³⁰, institue le droit de l'enfant d'entretenir des contacts aussi étroits que possible avec ses deux parents suite au démembrement de la famille²³¹. Il ne s'agit évidemment pas d'un objectif absolu. Par conséquent, si les contacts entre le parent et son enfant s'avèrent incompatibles avec l'intérêt de ce dernier, le tribunal peut les limiter ou les interdire²³². Mais, et c'est ce qu'il

226. Cette règle est parfois critiquée au motif que les éléments qui sont soit pertinents soit non pertinents pour déterminer l'aptitude d'une personne à agir en tant que père ou mère ne sont pas précis. Ainsi, on dénonce le fait qu'un tribunal puisse ne pas tenir compte de la violence conjugale ne visant que le conjoint, alors que celle-ci a, comme le démontrent différentes études, un effet négatif sur les enfants: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, op. cit., note 104, p. 12. Voir également: Brenda COSSMAN et Roxanne MYKITIUK, «Reforming Child Custody and Access in Canada: A Discussion Paper», (1998) 15 *Can. J. Fam. L.* 13, 55-57.

227. *Supra*, note 4.

228. *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, 49 (j. McLachlin).

229. *Young c. Young*, précité, note 206, 44 (j. L'Heureux-Dubé), 118 (j. McLachlin). Voir aussi: *Gordon c. Goertz*, précité, note 217.

230. D. GOUBAU, loc. cit., note 212, 23.

231. *Droit de la famille – 190*, [1985] C.A. 201. Précisons que cette règle n'a pas pour effet de créer une présomption de garde partagée bien que certains souhaitent une telle interprétation: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants*, op. cit., note 104, p. 57.

232. *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, 49. Bien que cette présomption ne soit pas absolue, et qu'en ce sens elle laisse un pouvoir d'appréciation au tribunal, elle

importe de retenir, en présumant que le maintien de la relation parent/enfant est dans l'intérêt de ce dernier, le législateur érige en principe une certaine conception du bien-être de l'enfant qui ne fait pas l'unanimité en sciences sociales, soit celle selon laquelle le maintien de la relation parent/enfant est bénéfique à ce dernier²³³.

Une troisième présomption relative au meilleur intérêt de l'enfant est reconnue par le droit québécois. En effet, au moment de déterminer si la garde d'un enfant doit être confiée à un parent ou à un tiers, les tribunaux présumant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant, jusqu'à preuve du contraire, que sa garde soit attribuée à son parent²³⁴. Ce favoritisme à l'égard des parents au moment

fait néanmoins l'objet de certaines critiques. D'une part, elle suppose une évaluation de la question à savoir si le parent gardien veut faciliter le contact avec l'autre parent: *Droit de la famille* – 2473, [1996] R.D.F. 580, 585 (C.S.). On affirme qu'elle peut dès lors inciter les femmes victimes de violence conjugale à taire leur situation pour éviter d'être perçues comme étant non disposées à encourager les droits d'accès du parent non gardien. D'autre part, on allègue qu'elle est inéquitable parce qu'elle impose au parent gardien l'obligation de faciliter les contacts de l'enfant et du parent non gardien sans imposer de contrepartie à ce dernier, soit l'obligation de respecter ses responsabilités: B. COSSMAN et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 226, 50-52.

233. Les chercheur-e-s des sciences sociales affirment qu'il est bénéfique pour l'enfant que sa garde soit confiée à un parent qui fonctionne bien, qu'il y ait absence de conflit entre les parents et la poursuite d'une relation positive avec les deux parents. Toutefois, il n'y a pas de consensus quant à l'élément auquel il convient de donner priorité quand ils ne sont pas réconciliables. Qui plus est, en dépit de l'importance accordée au cours des 20 dernières années au principe du maximum de contact avec les deux parents, plusieurs chercheurs continuent de prétendre que ce principe est moins important que le bon fonctionnement du parent gardien et l'absence de conflit entre les parents: Martha BAILEY, «Developments in family Law: The 1996-1997 Term», (1998) 9 *S.C. Law Rev.* 389, 401. Voir également: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, *op. cit.*, note 104, p. 10.

234. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 281: «Il va toutefois sans dire qu'il ne saurait être question de priver un parent de l'exercice de la garde de son enfant parce qu'un tiers est plus fortuné, mieux instruit ou encore parce qu'il a déjà d'autres enfants. Le tiers qui entend obtenir la garde d'un enfant doit renverser la présomption qui veut qu'un parent soit mieux en mesure d'assurer le bien-être de son enfant. Il doit établir de façon prépondérante que le développement ou l'épanouissement de l'enfant risque d'être compromis s'il demeure chez son père ou sa mère ou s'il retourne y vivre. Le tiers doit au surplus démontrer qu'il est capable, contrairement au titulaire de l'autorité parentale, de procurer les soins et l'affection qui sont nécessaires à cet enfant.»

Cette présomption n'est pas récente. Elle semble en effet être apparue avec le principe du meilleur intérêt de l'enfant: *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82, 85.

«Après avoir constaté que la puissance paternelle n'existait plus dans l'intérêt des parents, comme dans les sociétés primitives, mais dans celui des enfants, les tribunaux saisis des problèmes relatifs à la garde ont eu tendance à rechercher avant tout le meilleur intérêt de l'enfant et à sacrifier le droit naturel des parents. Certes la notion fonctionnelle de la puissance paternelle s'inspire de la

d'interpréter la notion du meilleur intérêt de l'enfant témoigne d'une certaine cohérence par rapport aux règles relatives à l'autorité parentale: les «parents juridiques» possèdent le statut de titulaire de l'autorité parentale parce que le législateur présume qu'ils sont les mieux placés pour favoriser le développement de l'enfant²³⁵. D'ailleurs, le Code impose aux parents un devoir de garde et à l'enfant l'obligation d'être gardé par eux²³⁶, une obligation à laquelle aucun tiers n'est assujéti²³⁷. Toutefois, et comme le reconnaît le droit de certains États américains, nos législateurs et/ou nos tribunaux auraient pu réfuter l'application de cette présomption lorsque le tiers a tenu lieu de père ou de mère, refusant

protection et de l'intérêt de l'enfant, mais il faut se garder de croire que les tribunaux sont chargés d'apprécier les aptitudes respectives des parties pour attribuer la garde à celui qui semble le plus en mesure de le bien éduquer et de le rendre heureux. Le procès où parents et tiers se disputent la garde n'est pas un concours éliminatoire où le meilleur pédagogue doit vaincre. Les parents, capables et dignes de s'acquitter convenablement de leur mission naturelle d'éducateurs ont droit à la garde de leurs enfants; un étranger ne peut la leur disputer pour la seule raison qu'il est en mesure d'éduquer l'enfant dans des conditions plus favorables, voire mêmes idéales. Notre refus de faire de l'enfant l'enjeu d'un concours au mérite ne fait pas passer au second rang l'intérêt de l'enfant. La puissance paternelle, selon la tradition de notre droit, est fondée sur la présomption tacite que l'intérêt de l'enfant est de rester chez ses parents où il trouve l'atmosphère propice à son développement»: A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 25, 626-627. Précisons que la préséance du milieu familial comme cadre de vie est aussi reconnue par la *Loi sur la protection de la jeunesse* et qu'une telle présomption constitue, dans les autres provinces canadiennes, une règle de common law: voir C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 60 et *King c. Low*, précité, note 206, 95-97.

- 235. Voir *supra* Section I, A, 1, c). Précisons que cette présomption paraît également conforme à l'article 18 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui fait d'abord et avant tout peser sur la personne des parents le devoir d'élever l'enfant et d'assurer son développement.
- 236. Art. 599 et 602 C.c.Q. et *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 270: «Le libellé de l'art. 30 C.c.B.C. [l'actuel art. 33 C.c.Q.] confirme lui-même que l'intérêt de l'enfant peut primer à l'occasion sur celui du titulaire de l'autorité parentale s'ils entrent en conflit. L'article 30 C.c.B.C. énonce que l'intérêt de l'enfant s'évalue en prenant en considération notamment «l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve». Malgré le poids considérable qui doit lui être accordé, le milieu familial n'est donc pas le critère déterminant: il demeure un facteur qui doit être considéré parmi d'autres. L'article 647 C.c.Q. [l'actuel art. 599 C.c.Q.] présume à juste titre que le milieu familial constitue le foyer le plus susceptible d'assurer le bien-être de l'enfant. Mais c'est une présomption qui peut être renversée.»
- 237. Cela explique notamment le fait que l'attribution de la garde à un tiers soit considérée comme une mesure temporaire: *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 281, ainsi que le fait que le tiers demandant la garde doive démontrer qu'il est disposé à favoriser les contacts entre l'enfant et le ou les parents: *Droit de la famille – 1746*, précité, note 101, 93; *Droit de la famille – 2464*, [1996] R.D.F. 537, 540 (C.S.).

dès lors, au nom du meilleur intérêt de l'enfant, de distinguer le parent de fait du parent juridique, voire de privilégier le dernier²³⁸.

Si ces trois présomptions participent à la détermination du meilleur intérêt de l'enfant depuis plusieurs années, d'autres sont préconisées par les auteur-e-s et les groupes de pression au motif que ce critère n'énonce pas les normes nécessaires à une prise de décision objective, confère un trop large pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, suscite les litiges entre les parents et les experts, etc.²³⁹. Parmi celles-ci, deux méritent plus particulièrement de retenir notre attention en raison des modèles de famille diamétralement opposés qu'elles proposent²⁴⁰ et parce que l'on retrouve la même opposition dans la controverse relative à l'interprétation de la notion d'exercice conjoint de l'autorité parentale suite à l'attribution exclusive de la garde de l'enfant à l'un des parents²⁴¹. Il s'agit de la présomption de garde partagée et de celle favorable au principal pourvoyeur de soins²⁴².

238. Certes, le préjugé favorable aux parents par rapport au tiers, souvent appelé «the parental preference standard» trouve application dans la majorité des États américains. Toutefois, la loi ou la jurisprudence de certains États admettent qu'il y a lieu d'écarter cette présomption lorsque le tiers a agi comme parent de fait: B. LEVINE, *loc. cit.*, note 137, 321-323. Sur la notion de parent psychologique, introduite dans l'affaire *Racine c. Woods*, précitée, note 38, et son application en matière de garde, voir: C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 67, p. 146-152.

239. Pour un aperçu de ces critiques relatives à la notion du meilleur intérêt de l'enfant et des références aux textes pertinents, voir: *Young c. Young*, précité, note 206, 67-68; Nicolas BALA et Susan MIKLAS, *Rethinking Decisions About Children: Is the "Bests Interests of Child" Approach Really in the Bests Interests of Children?*, Toronto, The Policy Research Centre on Children, Youth and Family, 1993, p. 48-53; B. COSSMAN et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 226, 24-25. Comme le notent ces auteures, certains préconisent le rejet pur et simple du critère alors que d'autres suggèrent différentes présomptions (garde partagée, principal pourvoyeur de soins, etc.) au motif que cela rendrait les décisions des tribunaux plus prévisibles. Précisons toutefois que si la notion du meilleur intérêt de l'enfant fait preuve d'un certain degré d'indétermination lui permettant de s'adapter à l'ensemble des situations, et qu'en ce sens elle ne contribue pas comme elle le pourrait à la certitude du droit, elle n'est cependant pas imprécise au point d'être inconstitutionnelle: *Gordon c. Goertz*, précité, note 217; *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 39.

240. D'autres motifs justifient ce choix. D'une part, ces présomptions sont celles qui ont polarisé les récents témoignages entendus par le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, et d'autre part, parce qu'elles opposent les groupes de femmes et les groupes de pères sur la notion d'égalité.

241. Voir *infra* Section I, B, 2.

242. D'autres présomptions sont revendiquées, par exemple celle défavorable au parent violent, reconnue par les lois d'une quinzaine d'États américains, celle défavorable au parent qui a fait l'objet d'une condamnation pénale pour usage

La présomption de garde partagée, parfois appelée présomption de garde conjointe, constitue surtout une revendication des groupes de défense des droits des pères. Elle constitue notamment une réponse à l'interprétation large de la notion de garde en droit civil et à la notion classique de garde de la common law²⁴³. D'ailleurs, étant donné l'ambiguïté du concept de garde²⁴⁴, cette présomption signifie parfois le partage équitable du temps de résidence de l'enfant chez chacun des parents, parfois l'égalité du pouvoir décisionnel des parents peu importe à qui le tribunal choisit d'en confier la garde, et parfois les deux.

Pour ses partisans, la présomption de garde partagée constitue une mesure qui permettrait d'assurer l'égalité des deux parents. Ils la justifient par la nécessité de contrer le favoritisme dont les tribunaux feraient preuve à l'égard des mères dans les litiges relatifs à la garde d'un enfant. Ils prétendent également qu'il serait équitable de ne pas nuire aux pères qui, pendant la vie commune, ont été moins présents pour les enfants en raison d'une entente familiale à cet effet. Dans cette perspective, ils invoquent la primauté de la qualité de la relation père/enfant par rapport au nombre d'heures passées avec l'enfant. Il s'agirait donc d'une présomption servant le meilleur intérêt de l'enfant puisqu'elle contribuerait au renforcement du rôle joué par les pères suite au démantèlement de la famille²⁴⁵.

ou trafic de stupéfiant, celle qui, conformément au Code du Montana, est défavorable au parent qui fait défaut de payer sa pension alimentaire, etc. Voir notamment les témoignages présentés au Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants (site Internet du parlement) ainsi que: N. BALA et S. MIKLAS, *op. cit.*, note 239 et D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 212.

243. N. BALA et S. MIKLAS, *op. cit.*, note 239, p. 114.

244. Nous verrons dans la prochaine section que la notion civiliste de garde fait l'objet de deux interprétations. Selon l'interprétation restrictive, le parent gardien ne détient pas le monopole décisionnel mais seulement le pouvoir de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et de prendre les décisions quotidiennes. Quant à la conception large de la garde, elle suppose que le parent gardien peut prendre seul toutes les décisions concernant l'enfant, y compris celles ayant un impact majeur sur son avenir.

245. Pour une étude exhaustive des motifs justifiant la présomption de garde partagée, voir les témoignages présentés au Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants disponibles sur le site Internet du parlement. Pour un résumé, voir le rapport du Comité: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants*, *op. cit.*, note 104, p. 46. Précisons que le Comité n'a pas retenu cette présomption, qui avait également été revendiquée puis écartée lors de l'adoption de la *Loi sur le divorce* de 1985. D'ailleurs, bon nombre d'États américains qui l'avaient consacrée législativement ont subséquemment fait marche arrière. C'est notamment le cas de la Californie, premier État à avoir adopté une telle présomption: N. BALA et S. MIKLAS, *op. cit.*, note 239, p. 114.

La présomption favorisant le principal pourvoyeur de soins (*primary caretaker* ou *primary caregiver*)²⁴⁶ constitue, en partie, la réponse des groupes de femmes au courant de pensée favorable à la garde partagée²⁴⁷. Elle consiste à présumer que le parent gardien devrait être, après la rupture, celui qui était, pendant la vie commune, le principal pourvoyeur de soins²⁴⁸. Il s'agit donc de mettre l'emphasis sur les activités quotidiennes visant le bien-être de l'enfant²⁴⁹ et, par conséquent, de valoriser socialement et juridiquement le travail de premier responsable des soins. Neutre en apparence, du moins si on la compare à la doctrine de l'âge tendre, son application aurait néanmoins pour effet de favoriser les femmes dans les litiges relatifs à la garde d'un enfant étant donné qu'elles assument généralement ces responsabilités dans les familles²⁵⁰. Cette présomption permettrait, selon ses défenseurs, de répondre plus adéquatement aux besoins des enfants²⁵¹, notamment au besoin de stabilité et de continuité particulièrement important dans un contexte de rupture²⁵². Elle assurerait

246. Il s'agit d'une présomption qui s'est principalement développée dans les juridictions de common law: C. BERNARD, R. WARD et M.B. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 224, 63. Elle est reconnue par certaines législations américaines bien que plusieurs États aient subséquemment fait marche arrière. Voir notamment D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 212, 14, note 20, qui cite en exemple la législation du Montana.
247. *Young c. Young*, précité, note 206, 69.
248. Pour un exemple d'étude fort étayée sur la nécessité de reconnaître une telle présomption, voir: N. BALA et S. MIKLAS, *op. cit.*, note 239, p. 86 et s.
249. B. COSSMAN et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 226, 26-27. Ces auteures énumèrent les facteurs à prendre en considération, soit ceux énoncés par la *West Virginia Supreme Court* en 1981, dans l'affaire *Garska c. McCoy*, 278 S.E. 2d 357, soit: «preparing and planning meals; bathing, grooming and dressing; purchasing, cleaning and care of clothes; medical care, including nursing and trip to physician; arranging for social interaction among peers after school, i.e. transporting to friends' house or, for example, to girl or boy scout meetings; arranging for alternative care, babysitting, day-care, etc.; putting child to bed at night, attending to child in the middle of the night, waking child in the morning; disciplining, including teaching general matters; educating, i.e. religious, cultural, social, etc.; teaching elementary skills, i.e. reading, writing.»
250. N. BALA et S. MIKLAS, *op. cit.*, note 239, p. 90.
251. Marlène CANO, «Reflections on Recent Trends in the Analysis of Custody and Parental Authority in Canada», (1992) 10 *C.F.L.Q.* 269, 275-276 et 281-283.
252. Selon Dominique Goubau, les lois américaines réfèrent généralement, en matière de garde, au critère du meilleur intérêt de l'enfant et les éléments d'appréciation énoncés législativement font en sorte que deux idées informent plus particulièrement ce concept, soit la stabilité et le maintien du statu quo: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 212, 11-12. Précisons que, si le besoin de stabilité de l'enfant a parfois incité les tribunaux québécois à accorder la garde d'un enfant au parent qui était, pendant la vie commune, le principal pourvoyeur de soins, jamais ils n'ont reconnu comme tel l'existence de cette présomption: C. BERNARD, R. WARD et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 224, 61-63. La juge L'Heureux-Dubé s'y est toutefois montrée favorable: *Young c. Young*, précité,

également une interprétation réaliste du critère du meilleur intérêt de l'enfant.

Ainsi, les tenants de la présomption de garde partagée et les partisans de la présomption relative au principal pourvoyeur de soins s'entendent sur un élément: la nécessité d'interpréter la notion du meilleur intérêt de l'enfant à la lumière du principe d'égalité. Mais ce sont des conceptions différentes de l'égalité qu'ils proposent puisque les premiers revendiquent l'égalité formelle (l'égalité théorique des hommes et des femmes) alors que les seconds prônent l'égalité réelle (la prise en compte de la réalité sociale). Plus encore, leur opposition est fondée sur des conceptions divergentes du rôle que le droit doit jouer dans une société. Doit-il promouvoir un idéal à atteindre peu conforme aux réalités sociales ou tendre à se calquer sur les usages et pratiques?

Il n'y a pas, et il n'y aura probablement jamais, de réponse unanime à cette question. Par conséquent, il appartient au législateur de faire un choix et, jusqu'à maintenant, il semble bien qu'il ait choisi de ne donner l'aval à aucune de ces deux présomptions, notamment au motif qu'il ne convient pas d'«occulter les différences significatives qui existent entre les familles»²⁵³. Toutefois, comme nous allons le constater dans la prochaine partie, le désaccord entre les partisans de ces deux présomptions resurgit, sous une autre forme, entre les tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et ceux favorisant l'exercice monoparental de l'autorité parentale.

2. L'exercice de l'autorité parentale entre le parent gardien et le parent non gardien

En droit québécois, le principe selon lequel le parent non gardien demeure titulaire de l'autorité parentale est bien établi²⁵⁴.

note 206, 64; *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, 92 (j. L'Heureux-Dubé et LaForest) et, selon Michel Tétrault, il s'agit d'un élément auquel les tribunaux accordent une grande importance: Michel TÉTRAULT, «La garde partagée: la contrainte par corps existe-t-elle encore?», dans *FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, Développements récents en droit familial (1999)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 87, p. 90.

253. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants*, op. cit., note 104, p. 46.

254. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 281: «Du reste, le titulaire qui perd l'exercice du droit de garde n'est pas dépouillé de tous les attributs de l'autorité parentale. Le démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne fait pas perdre au parent non gardien sa qualité de titulaire de l'autorité parentale.» Voir également l'article 605 C.c.Q.

En effet, seule la déchéance, expressément prononcée par le tribunal, fait perdre au parent son statut de titulaire de l'autorité parentale. Dès lors, lorsque le tribunal confie la garde exclusive d'un enfant à un des parents, l'autre conserve son statut de titulaire de l'autorité parentale.

Lorsque les parents font vie commune, en étant mariés ou non, ils sont assujettis à la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale²⁵⁵. Mais lorsque la garde est confiée exclusivement à un des parents, cette collégialité ne peut plus se concrétiser de la même manière. Or, la réponse à la question de savoir comment le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale trouve alors application ne fait pas l'unanimité. Pour certains, l'attribution de la garde à un seul des parents ne modifie le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale qu'en ce qui a trait aux décisions quotidiennes concernant l'enfant. Les deux parents demeurent donc, à moins d'une entente ou d'un jugement contraire, tenus de se consulter pour les décisions importantes (thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale). Pour d'autres, la garde confère l'exclusivité du pouvoir décisionnel pour toutes les décisions concernant l'enfant peu importe leur incidence sur la vie de ce dernier. Dans cette perspective, seule une ordonnance du tribunal autorisant la participation du parent non gardien aux décisions importantes justifie le maintien de la règle de la collégialité (thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale).

À cette question controversée concernant la portée du pouvoir décisionnel conféré par l'attribution de la garde exclusive, s'ajoute celle relative à l'application de la notion de garde de la *Loi sur le divorce*. Pour les uns, le principe de la complémentarité du droit civil avec le droit fédéral justifie, lorsqu'une ordonnance de garde est rendue au Québec sous l'autorité de la *Loi sur le divorce*, une interprétation respectueuse du concept civiliste de garde. Pour d'autres, le législateur a énoncé une norme uniforme applicable partout au Canada, laquelle a pour effet de conférer au parent gardien l'exclusivité du pouvoir décisionnel.

Ce débat sur la façon dont il convient de mettre en oeuvre le principe de l'article 18 (1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, conférant aux parents la responsabilité commune d'élever leur enfant, porte implicitement sur nos conceptions et nos valeurs quant au rôle respectif des père et mère lorsque la

255. Art. 600 C.c.Q.

famille est désunie²⁵⁶. Il n'est certes pas nouveau²⁵⁷. Et, si jamais il faut considérer que la Cour suprême a récemment opté pour la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale, il convient alors d'admettre qu'elle l'a fait sur la base d'une argumentation discutable, contraire à l'opinion des auteur-e-s et à l'encontre des perspectives de réforme.

Nous allons donc présenter les deux principales thèses concernant l'exercice de l'autorité parentale entre les parents suite à l'attribution d'une garde exclusive à l'un d'eux, soit la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (a) puis celle de son exercice monoparental (b). En résumant l'argumentation invoquée à l'appui de chacune de ces positions, nous tenterons de faire ressortir les valeurs et les conceptions des relations parent/parent et parent/enfant qu'elles sous-tendent. Ensuite, nous préciserons l'état actuel du droit sur cette question suite aux arrêts *Young c. Young, P. (D.) c. S. (C.)*, *Gordon c. Goertz*, et *W. (V.) c. S. (D.)* de la Cour suprême. De plus, étant donné que plusieurs pays ont récemment procédé à des réformes importantes dans ce domaine et que le Comité spécial mixte sur la garde et le droit de visite des enfants propose d'importantes modifications à la *Loi sur le divorce*, nous

256. Nous avons choisi de nous attarder exclusivement aux modèles de partage des responsabilités parentales qui sous-tendent le débat relatif aux règles applicables en matière d'exercice d'autorité parentale suite à l'attribution de la garde de l'enfant à un des parents. La primauté de l'une ou l'autre des thèses en présence a cependant, comme le souligne d'ailleurs Dominique Goubau, des incidences juridiques. Par exemple, et compte tenu de la définition de la garde énoncée dans la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., c. A-23.01, la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale implique que chacun des parents peut invoquer la protection contre le déplacement illicite de l'enfant alors que seul le parent gardien dispose de ce moyen si on applique la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale. Pour plus de détails, voir: Dominique GOUBAU, «L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*(1995), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 25, p. 31-32. Voir également: *Droit de la famille – 2683*, [1997] R.J.Q. 1752 (C.S.) où le tribunal assortit l'ordonnance de garde d'une interdiction de déplacement pour donner suite aux craintes du père demandant l'exercice conjoint de l'autorité parentale et une garde partagée afin de pouvoir bénéficier de la protection de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*. Dans les décisions *Droit de la famille – 2641*, [1997] R.D.F. 304 (C.S.) et *Droit de la famille – 3202*, [1999] R.J.Q. 248 (C.S.), les ordonnances de garde avaient été rendues sous l'autorité du Code civil français prévoyant le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Par conséquent, les deux parents pouvaient bénéficier de la protection de cette Loi.

257. En 1975, il divisait les membres du Comité des droits des personnes et de la famille de l'Office de révision du Code civil: OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 41, p. 44-45.

discuterons des perspectives d'avenir en ce qui a trait au rôle parental suite au démembrement de la famille (c).

a) *La thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale*

Les tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale fondent leur prise de position sur trois principaux arguments: le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, une interprétation restrictive de la notion de garde et une lecture correspondante du devoir de surveillance du parent non gardien²⁵⁸.

L'article 600 C.c.Q. pose le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale sous réserve de trois exceptions: le décès d'un parent, sa déchéance ou son impossibilité de manifester sa volonté. Puisque cette disposition ne fait pas de l'ordonnance de garde exclusive une exception, les tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale prétendent qu'il n'y a pas lieu d'écarter la règle de la collégialité²⁵⁹.

Certains confortent cette prétention en faisant référence à l'article 513, al. 2 C.c.Q. qui énonce que la séparation de corps «laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants»²⁶⁰. D'autres proposent de raisonner par analogie avec les règles applicables en matière de tutelle²⁶¹. Dans cette

258. Voir notamment: M. CANO, *loc. cit.*, note 251; Michelle GIROUX, «Le partage des responsabilités parentales après une rupture: une matière à débat», (1998) 77 *R. du B. can.* 354; Anne-France GOLDWATER, «Long Distance Custody Cases: Are the Child's Best Interest Kept at a Distance?», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial* (1997), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 339, p. 375; D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256; Robert LESAGE, «Garde ou autorité parentale: l'emprise de la sémantique», (1988) 91 *R. du N.* 46; Marie PRATTE, «La garde conjointe des enfants de familles désunies», (1988) 19 *R.G.D.* 525; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 217; M.D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 232-233. Si le texte d'Albert Mayrand publié en 1988 («La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», (1988) 67 *R. du B. Can.* 193) ne permet pas de classer cet auteur dans la catégorie des tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, celui de 1990 nous y autorise: Albert MAYRAND, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 19. Les tribunaux québécois se prononcent rarement sur l'effet de l'attribution exclusive de la garde d'un enfant. Lorsqu'ils le font, certains accréditent la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Voir notamment: *Droit de la famille – 1322*, [1990] R.D.F. 409, 413. (C.S.).

259. M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 357, note 8; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 564.

260. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 32-33; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 562.

261. M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 360-361.

perspective, ils font valoir le fait que l'article 195 C.c.Q. prévoit, à moins de motif grave, que la tutelle légale dévolue au père et mère continue d'être exercée par les deux suite à l'attribution d'une garde exclusive et que le ministre de la Justice justifie cette disposition par l'importance de la relation parent/enfant²⁶². Or, la tutelle et l'autorité parentale constituent les deux institutions consacrant l'ensemble des responsabilités parentales. Dès lors, si le principe général est à l'effet que l'exercice conjoint de la tutelle n'est pas affecté par l'ordonnance de garde exclusive, la même conclusion ne s'impose-t-elle pas pour l'exercice de l'autorité parentale?

Pour les tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'attribution de garde ne peut avoir pour effet de conférer l'exercice exclusif de l'autorité parentale au parent gardien car ce serait là confondre autorité parentale et garde. Or la garde n'est, selon le libellé même de l'article 599 C.c.Q., qu'un des attributs de l'autorité parentale. Il faut, par conséquent, donner à la notion de garde une portée restreinte²⁶³.

L'interprétation restrictive de la notion de garde comprend ce que les juristes québécois ont déjà désigné, et désignent parfois encore en dépit du fait que la Cour suprême a dénoncé cet emprunt à la common law impropre en droit civil, comme étant la garde physique²⁶⁴. Étant donné qu'en droit civil la garde est indissociable de la présence de l'enfant²⁶⁵, le parent gardien détermine

262. «La relation des deux parents avec l'enfant est trop importante pour que l'on puisse enlever la responsabilité de la tutelle autrement que pour un motif grave. Il semble nécessaire de permettre au tribunal de décider, à la lumière des circonstances de chaque cas, si la tutelle doit être exercée par les deux parents, l'un d'eux seulement, ou encore par une autre personne.» GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, note 201, p. 137, cité dans M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 361, note 27.

263. Bien qu'ils refusent d'assimiler garde et autorité parentale, les auteur-e-s préconisant une interprétation restrictive de la garde ne nient pas que cet attribut constitue le noyau dur de l'autorité parentale ni les liens étroits entre le devoir de garde et ceux de surveillance et d'éducation: M. PRATTE, *loc. cit.*, note 217, 182-184; D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 32; P. SIMLER, *loc. cit.*, note 55, 703-704. Pour une comparaison entre les conceptions restreinte et large de la garde, voir: A. MAYRAND, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, note 258, 194-199.

264. C. (G.) c. V.-F. (T.), précité, note 45, 285. Voir également: M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 563: «La garde physique équivalait au droit de résider avec l'enfant et de prendre à son sujet les décisions quotidiennes.» A. MAYRAND, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, note 258, 210-212.

265. C. (G.) c. V.-F. (T.), précité, note 45, 285: «Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence physique de l'enfant.»

seul de la résidence de l'enfant²⁶⁶. Il possède la même autonomie décisionnelle en ce qui a trait aux décisions quotidiennes concernant l'enfant qui sont liées à sa présence telles que le choix des repas, des sorties, etc.²⁶⁷. Évidemment, le parent non gardien possède la même latitude lorsqu'il exerce ses droits de visite et de sortie, lesquels ne sont qu'un démembrement du droit de garde. Ainsi, il n'y aurait que la détermination de la résidence de l'enfant et les décisions quotidiennes le concernant qui, compte tenu de l'ordonnance exclusive de garde, échapperait à la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. En fait, c'est l'exercice de l'attribut de garde, au sens restreint du terme, que le parent non gardien ne possède plus. Par conséquent, les tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale prétendent que le parent gardien demeure tenu, malgré l'ordonnance de garde exclusive, de consulter le parent non gardien avant de prendre une décision importante concernant l'enfant (choix d'une école, consentement aux soins, etc.)²⁶⁸.

Selon certains, c'est dans cette perspective qu'il convient d'interpréter l'article 605 C.c.Q. prévoyant que le parent non gardien conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de son enfant et demeure tenu d'y contribuer en proportion de ses facultés²⁶⁹. En d'autres termes, le législateur aurait reconnu au parent non gardien un droit de surveillance en ce qui a trait aux décisions

266. *Ibid.*; voir aussi: *Gordon c. Goertz*, précité, note 217.

267. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 282: «Le gardien exerce un contrôle évident sur le choix des sorties, des loisirs et des fréquentations de l'enfant; il est aussi amené, par sa position privilégiée, à prendre les décisions courantes qui affectent la vie de l'enfant.» Voir également: M. CANO, *loc. cit.*, note 251, 271; D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 33.

268. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 565: «Les pouvoirs que perd le parent gardien et qui sont compensés par un droit de surveillance sont donc uniquement ceux rattachés au droit de garde: c'est-à-dire la faculté de déterminer la résidence de l'enfant, la surveillance et l'entretien quotidien de celui-ci et le pouvoir de prendre les décisions courantes le concernant. Le parent non gardien, toujours titulaire de l'autorité parentale, conserve par ailleurs l'exercice de ses autres droits. Non seulement peut-il, lorsqu'il héberge l'enfant, prendre les décisions quotidiennes le concernant, mais aussi doit-il, en principe, être consulté pour toutes les décisions impliquant l'avenir de l'enfant. Il doit consentir, par exemple, aux soins médicaux ou à tout changement d'orientation religieuse ou scolaire.» Voir également: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 33; A. MAYRAND, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel», dans *Service de la formation permanente*, *op. cit.*, note 258, p. 19, p. 31.

269. Le texte intégral de l'article 605 C.c.Q. est le suivant: «Que la garde de l'enfant ait été confiée à l'un des parents ou à une tierce personne, quelles qu'en soient les raisons, les père et mère conservent le droit de surveiller son entretien et son éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.»

qui désormais lui échappent, soit les décisions quotidiennes relatives à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Dans cette perspective, la participation du parent non gardien aux décisions importantes demeurerait un principe applicable²⁷⁰.

L'article 605 C.c.Q. fonde aussi deux autres arguments. D'une part, des auteur-e-s font valoir le fait que la Cour suprême a, dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, affirmé que, lorsque la garde de l'enfant est confiée à un tiers, le parent non gardien continue de prendre les décisions importantes concernant l'enfant²⁷¹. Ce principe vaut donc aussi lorsque la garde est confiée à un seul parent et l'article 605 C.c.Q., qui vise indistinctement les situations où la garde est confiée à un parent et celles où elle est accordée à un tiers, ne fait que conférer au parent non gardien un pouvoir de surveillance sur les décisions quotidiennes du parent gardien²⁷². D'autre part, le libellé de l'article 605 C.c.Q. indique que le parent gardien ne détient pas un pouvoir décisionnel exclusif pour toutes les décisions concernant l'enfant. En effet, cette disposition impose au parent non gardien une obligation de contribuer, laquelle dispose de la prétention selon laquelle le rôle de ce dernier se limite à celui d'un surveillant qui n'a pas à être consulté pour les choix susceptibles d'avoir, à court ou à long terme, un impact sur le développement de l'enfant²⁷³. De plus, sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ne peut être réduite à un aspect financier ou matériel étant donné la présence du terme éducation et l'acception large de la notion d'entretien²⁷⁴.

270. L'extrait suivant de l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 282, peut constituer un fondement à cette affirmation puisque le pouvoir de surveillance du parent non gardien semble lié aux décisions quotidiennes qui lui échappent et qui sont liées à la présence physique de l'enfant: «Le gardien exerce un contrôle évident sur le choix des sorties, des loisirs et des fréquentations de l'enfant; il est aussi amené, par sa position privilégiée, à prendre les décisions courantes qui affectent la vie de l'enfant. Privé la majorité du temps de la présence physique de l'enfant, le parent non gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien.» Voir également: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 36.

271. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 282: «C'est aussi en sa qualité de titulaire de l'autorité parentale que revient au parent non gardien le droit de déterminer les options majeures relatives à l'orientation de la vie de son enfant. Ainsi il appartient au père ou à la mère de consentir au mariage d'un enfant mineur et au titulaire de l'autorité parentale d'être consulté sur les conventions matrimoniales projetées. Le titulaire de l'autorité parentale doit aussi consentir aux soins ou traitements requis par son enfant [...]»

272. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 36.

273. *Ibid.*, 34; M.D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 231-232.

274. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 35. Sur l'impossibilité de réduire la contribution du parent non gardien à un aspect matériel, l'auteur réfère à M.D. CASTELLI et

Les tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale considèrent donc que les décisions courantes sont prises par le parent avec qui réside l'enfant, c'est-à-dire le parent gardien quand l'enfant est avec lui et le parent non gardien lorsque celui-ci exerce ses droits de sortie. Quant aux décisions importantes, elles ne ressortissent pas de la compétence exclusive du parent gardien. Le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale signifie dès lors que le parent gardien est tenu de consulter le parent non gardien avant de faire des choix. S'ils ne parviennent pas à un accord, l'un d'eux peut saisir le tribunal en vertu de l'article 604 C.c.Q. Il en est de même si l'un d'eux juge que les décisions courantes prises par l'autre sont contraires au meilleur intérêt de l'enfant.

Si on lie maintenant cette thèse à celle des auteur-e-s qui affirment qu'au moment d'appliquer au Québec la *Loi sur le divorce* il convient de respecter la notion civiliste de garde²⁷⁵, alors l'exercice conjoint de l'autorité parentale constitue le principe premier de toute ordonnance de garde rendue au Québec, à moins d'indications contraires²⁷⁶.

É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 233 et A. MAYRAND, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, note 258, 205. Précisons que le texte de l'article 605 C.c.Q., proposé par l'Office de révision du Code civil en 1977, avait l'avantage d'être plus explicite quant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale. En effet, l'article 354, al. 1 se lisait comme suit: «Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale, à moins qu'elle n'ait été judiciairement attribuée à l'un d'eux.» OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, *op. cit.*, note 133, p. 123.

275. Pierre-André CÔTÉ, «La loi de 1985 sur le divorce et le droit civil», (1987) 47 *R. du B.* 1181; R. LESAGE, *loc. cit.*, note 258; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258; M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 358-359; A. MAYRAND, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel», dans *Service de la formation permanente*, *op. cit.*, note 258, p. 19, aux pages 29-31. Voir également: *Droit de la famille – 361*, (1987) 8 R.F.L. (3d) 272, 292, [1987] R.J.Q. 1094 (C.S.); *Droit de la famille – 2473*, précité, note 232, 588.

276. Il est possible, lorsque l'ordonnance de garde est fondée sur la *Loi sur le divorce*, de soutenir l'application de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en se fondant sur l'article 16 (5) comme l'ont fait certains tribunaux des provinces de common law. Ces derniers ont alors prétendu que le droit de recevoir des renseignements concernant la santé, l'éducation et le bien-être de l'enfant reconnu au parent détenteur de droit d'accès impliquait le droit de participer aux décisions importantes. Nous n'intégrons pas cette argumentation dans notre analyse, laquelle se limite à la notion civiliste de garde. Sur cette remise en question de la conception traditionnelle de la garde en common law, voir notamment: *Abbott c. Taylor*, (1986) 2 R.F.L. (3d) 163 (Man.C.A.); *Wingrove c. Wingrove*, (1984) 40 R.F.L. (2d) 428 (Ont. Co. Ct.); *Roberts c. Roberts*, (1992) W.D.F.L. 381 (B.C.S.C.).

Les auteur-e-s soutenant l'idée que l'ordonnance de garde rendue au Québec sous l'autorité de la *Loi sur le divorce* n'écarte pas la notion civiliste de garde partent du principe selon lequel le législateur fédéral peut, lorsqu'il a recours à des notions de droit privé, vouloir respecter les deux systèmes de droit canadiens que sont la common law et le droit civil québécois²⁷⁷. Cela signifie, dans le contexte de notre problématique, que la notion civiliste de garde trouverait application lorsque la *Loi sur le divorce* est appliquée au Québec alors que la notion de garde de common law, qui traditionnellement emporte la totalité du pouvoir décisionnel²⁷⁸, trouverait application lorsque la *Loi sur le divorce* est appliquée dans les autres provinces canadiennes. La question pertinente devient alors celle de savoir si le législateur fédéral souhaitait, dans la *Loi sur le divorce*, établir une norme uniforme ou respecter la dualité²⁷⁹.

L'article 2 (1) L.D. est libellé comme suit: ««garde» Sont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache»; «“custody” Includes care, upbringing and any other incident of custody». Selon certains auteur-e-s, l'utilisation du terme «assimilés» dans la version française prouve une connais-

277. Sur la thématique du bijuridisme et de l'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil, voir: GOUVERNEMENT DU CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien: Recueil d'études*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997.

278. L'extrait suivant de l'arrêt *Kruger c. Kruger*, (1979) 11 R.F.L. (2d) 52, 78 (Ont.C.A.) est fréquemment cité comme représentatif de la notion traditionnelle de garde de la common law: «In my view, to award one parent the exclusive custody of a child is to clothe that parent, for whatever period he or she is awarded the custody, with full parental control over, and ultimate parental responsibility for, the care, upbringing and education of a child, generally to the exclusion of the right to the other parent to interfere in the decisions that are made in exercising that control or in carrying out that responsibility.» *Young c. Young*, précité, note 206, 37-38 (j. L'Heureux-Dubé): «Suivant la règle déjà ancienne en common law, une ordonnance de garde emporte le droit à l'exercice de l'autorité parentale avec tous ses attributs. Si la garde est attribuée uniquement à l'un des parents, celui-ci est investi du droit exclusif d'exercer cette autorité.» Comme nous l'avons précisé précédemment, les tribunaux tendent à remettre en question cette conception traditionnelle de la garde en common law: *supra*, note 276. Pour une analyse des distinctions entre les notions de garde de la common law et du droit civil québécois, voir notamment: M. CANO, *loc. cit.*, note 251, 273 et s.; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 535 et s.

279. Parce qu'il a compétence en matière de divorce, en vertu de l'article 91 (26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le parlement fédéral a aussi compétence sur les questions de droit privé accessoires à cette compétence, même si la compétence en matière de propriété et de droits civils appartient aux provinces en vertu de l'article 92 (13). C'est pourquoi il peut valablement établir des normes uniformes, notamment en matière de garde et d'aliments: *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205.

sance de la conception civiliste de la garde. En effet, si le rédacteur assimile les notions de soin et d'éducation à la garde, c'est nécessairement parce qu'il reconnaît qu'ils sont, au départ, des attributs différents²⁸⁰. Quant à l'expression «includes» de la version anglaise, elle évoque la notion traditionnelle de garde de la common law conférant un pouvoir décisionnel exclusif au parent gardien²⁸¹. Or, si pour les fins de la *Loi sur le divorce* la notion de garde inclut les attributs de soins, d'éducation et de surveillance (tout autre élément qui s'y rattache), ce n'est pas nécessairement parce que le législateur fédéral entendait établir une norme uniforme, c'est-à-dire définir le concept de garde ou en préciser les effets sur l'autorité parentale. Il cherchait plutôt à simplifier la rédaction du texte législatif en employant un seul terme²⁸².

On peut également prétendre que le fait de rattacher les concepts de soins, d'éducation et de surveillance à la notion de garde ne modifie pas la conception civiliste de celle-ci:

[...] dire que le soin et l'éducation se rattachent à la garde ne contredit nullement le droit civil. Personne en effet n'oserait prétendre que le gardien n'a pas aussi la tâche de fournir les soins nécessaires et de prendre les décisions quotidiennes relatives à son éducation.

280. «Il faut souligner l'emploi de l'expression «sont assimilés à». Ces termes paraissent indiquer que le rédacteur considère que le soin et l'éducation sont des éléments distincts de la garde mais qui, aux fins de la loi, seront assimilés à celle-ci. Dire que X est assimilé à Y, c'est dire que X est distinct d'Y. Il semble que la version française de la définition est compatible avec le droit civil qui, par exemple à l'article 647 [devenu art. 599], emploie le mot garde dans un sens qui exclut le soin et l'éducation et qu'elle est par contre incompatible avec la common law, car le soin et l'éducation, dans ce système, sont des éléments de la «custody», qui y sont compris: on n'a pas besoin de les y assimiler. Cette idée est bien rendue par la version anglaise [...].»: P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 275, 1184.
281. Précisons qu'à l'époque de la rédaction de la *Loi de 1985 sur le divorce*, l'article 8.2 (c) de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. O-2 autorisait, dans les lois fédérales, la rédaction d'une version française conforme aux notions de droit civil et une rédaction de la version anglaise respectueuse des notions de droit privé de la common law. Dans un tel cas, la version française recevait application au Québec et la version anglaise dans les autres provinces canadiennes: *Ibid.*, 1183.
282. «Dans cette loi, le terme «garde» désigne donc non seulement le droit de garde, mais aussi les éléments qui s'y rattachent telle la surveillance. Cette précision a facilité la tâche du rédacteur. Dans la loi de 1968 en effet, il avait dû employer les termes: «ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration (*care*) et à l'éducation des enfants du mariage». Aujourd'hui, le paragraphe 2 (1) lui permet d'utiliser un seul mot. La forme de la rédaction s'est transformée mais non pas le sens de la disposition»: M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 568. Voir également: A. MAYRAND, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel», dans *Service de la formation permanente*, *op. cit.*, note 258, p. 19, p. 30-31.

La Loi de 1985 sur le divorce n'impose donc pas au droit civil une définition de la garde qui lui est étrangère.²⁸³

De plus, étant donné le principe selon lequel le législateur tend à rédiger un texte législatif s'harmonisant avec le droit existant²⁸⁴, rien n'indique une volonté d'écarter le pouvoir de surveillance du parent non gardien énoncé à l'article 605 C.c.Q.²⁸⁵. Ainsi, puisqu'il n'y a pas de conflit nécessaire entre l'article 2 (1) L.D. et l'article 605 C.c.Q., rendant inopérant ce dernier²⁸⁶, il est possible d'affirmer que la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale trouve également application lorsqu'une ordonnance de garde rendue au Québec est fondée sur la *Loi sur le divorce*.

Si l'on tient pour acquis que les règles de droit applicables en matière de garde influencent tant les ententes entre parents que les négociations entre procureur-e-s²⁸⁷, il importe de s'attarder au modèle de partage des responsabilités parentales mis de l'avant par les tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

La thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale suggère que «la «communauté parentale» peut exister malgré la disparition de la «communauté conjugale»»²⁸⁸, voire qu'il y a dissociation des rôles de conjoint et de parent. Ainsi, pour l'enfant, un parent demeure un parent à part entière lorsqu'il n'est plus le conjoint de l'autre parent. Et pour le parent, son conjoint continue d'être le parent de son enfant bien qu'il n'ait plus le titre de conjoint.

283. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 568-569. Sur le fait que la *Loi sur le divorce* reconnaît au parent gardien le droit d'éduquer l'enfant sans pour autant préciser qu'il détient seul ce droit, voir: A. MAYRAND, «La garde conjointe, rééquilibration de l'autorité parentale», *loc. cit.*, note 258, 201.

284. «En thèse générale, il faut supposer que le rédacteur d'un texte compose celui-ci de manière à ce qu'il s'intègre harmonieusement dans le droit existant: il n'est pas présumé avoir voulu le modifier au-delà de ce qui y est exprimé.» P.-A. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 275, 1184.

285. «Il faut noter enfin que le droit de surveillance du parent non gardien que consacre l'article 570 C.c.Q. [devenu art. 605] n'est pas expressément exclu par la rédaction française. Cela tendrait à confirmer qu'il subsiste en vertu du principe à l'encontre de dérogations au système général de droit.» *Ibid.*, 1185.

286. Dans la même perspective, des auteur-e-s font valoir l'absence de conflit entre l'article 16 (5) L.D., prévoyant pour le parent qui obtient des droits d'accès celui de recevoir des informations concernant la santé, le bien-être et l'éducation de l'enfant, et l'article 605 C.c.Q.: M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 569; Jean-Pierre SENÉCAL, *Divorce: La nouvelle loi et les nouvelles règles*, Montréal, Formation permanente du Barreau du Québec, 1986, p. 48.

287. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, *op. cit.*, note 104, p. 19-20.

288. H. FULCHIRON et J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *op. cit.*, note 10.

Selon cette thèse, le principe de la participation égalitaire des parents à l'éducation de l'enfant pendant la vie commune se perpétue après la rupture des conjoints, à moins qu'elle s'avère incompatible avec le meilleur intérêt de l'enfant et que l'ordonnance de garde énonce des modalités particulières au sujet du partage des responsabilités parentales²⁸⁹. Ainsi, ce qui est considéré être dans l'intérêt de l'enfant vivant dans une famille unie, soit l'égalité décisionnelle des parents et leur rôle de coéducateur, l'est aussi lorsque cette même famille est démembrée.

Cette conception du partage des responsabilités parentales paraît évidemment conforme au principe d'égalité consacré par notre droit. Or, comme nous allons maintenant le constater, c'est notamment cette égalité formelle que dénoncent les tenants de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale.

b) La thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale

Lorsque le jugement accorde la garde exclusive d'un enfant mineur à un des parents sans précision concernant leur rôle décisionnel respectif, certains prétendent que le parent gardien n'est plus tenu, comme pendant la vie commune, de consulter l'autre avant de prendre des décisions importantes. Cela ne signifie pas que le parent non gardien perd son statut de titulaire de l'autorité parentale. Pour certains il en perd l'exercice alors que pour d'autres son exercice se concrétise dans le cadre restreint des droits de visite et de sortie²⁹⁰. Bref, les tenants de la thèse de

289. «[...] le fait de permettre au parent non gardien de participer aux décisions importantes concernant l'enfant a une incidence directe sur l'image de ce parent auprès de l'enfant: de simple témoin, il devient, pour les questions importantes, coéducateur. De plus, cette participation pourrait bien engendrer entre les parties des opportunités de dialogue dont l'enfant sera l'ultime bénéficiaire.» D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 31.

290. «Certains, [...] vont jusqu'à dire que l'ordonnance de garde exclusive a pour effet de retirer au parent n'ayant pas la garde, le droit d'exercer l'autorité parentale. D'autres, dans la même veine mais de façon plus nuancée, soulignent que le parent non gardien continue à exercer son autorité et contribuer à l'éducation de l'enfant, mais qu'il le fait non pas en participant activement aux décisions d'éducation, mais plutôt en exerçant son droit d'accès et de surveillance.» *Ibid.*, 33-34. Pour les fins de la discussion, nous regroupons ces deux courants de pensée sous la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale étant donné qu'ils partagent globalement une conception large de la notion de garde: Claire L'HEUREUX-DUBÉ, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?», (1979) 39 *R. du B.* 835, 851-852; Mario PROVOST, «Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant: réflexion à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel», (1987) 47 *R. du B.* 199; P. (D.) c. S. (C.), précité, note 39, 164 (j. L'Heureux-Dubé). Des auteurs expliquent cette école de pensée sans nécessairement l'endosser, notamment: É. GROFFIER-ATALA, *loc. cit.*, note 89, 229.

l'exercice monoparental de l'autorité parentale interprètent largement la notion de garde si bien que celle-ci emporte l'exclusivité du pouvoir décisionnel²⁹¹. Par conséquent, le parent gardien prend seul tant les décisions quotidiennes que les décisions importantes, sous réserve du pouvoir du parent non gardien de saisir le tribunal en vertu de l'article 604 C.c.Q.²⁹².

Au plan juridique, le principal argument avancé par les partisans de cette thèse concerne l'inapplication du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale énoncé à l'article 600 C.c.Q. suite à l'attribution judiciaire de la garde de l'enfant à un seul des parents. En d'autres termes, le principe de la collégialité au moment de prendre des décisions importantes ne vaut que pendant la vie commune. Ensuite, c'est-à-dire suite à l'attribution d'une garde exclusive sans autre précision dans le jugement, notamment sans ordonnance consacrant l'exercice conjoint de l'autorité parentale²⁹³, la règle applicable devient celle énoncée à l'article 605 C.c.Q. Or, pour les tenants de la thèse de l'exercice

291. «Dans une première acception, très large, la garde engloberait tout à la fois la direction, l'éducation et la surveillance de l'enfant. [...] Il faut en effet reconnaître que si l'on donne à la notion de garde une dimension aussi vaste, elle épuise à elle seule tout le contenu de l'autorité parentale, du moins en ce qui concerne ses attributs relatifs à la personne de l'enfant [...]. Seules quelques prérogatives très secondaires telles que le droit de consentir au mariage, à l'adoption ou à l'émancipation de l'enfant relèveraient encore de l'autorité parentale après disjonction de la garde.» P. SIMLER, *loc. cit.*, note 55, 689. «Il est généralement reconnu que le droit de garde d'un parent comprend, entre autres, le droit de décider de l'éducation de son enfant.» P. (D.) c. S. (C.), précité, note 39, 160 (j. L'Heureux-Dubé). Précisons que l'interprétation large de la notion de garde a généralement pour corollaire une interprétation restrictive des droits de visite et de sortie. Ainsi, à ceux qui prétendaient que le droit d'obtenir des renseignements, consacré à l'article 16 (10) L.D., impliquait un droit de participation aux décisions importantes concernant l'enfant, la juge L'Heureux-Dubé répondait que l'article 16 (10) ne pouvait être interprété comme indicatif d'une intention d'élargir la conception traditionnelle des droits d'accès. À son avis, «le droit d'être consulté et de saisir le tribunal du désaccord ne l'est pas» et ne découle pas du droit d'obtenir des renseignements: *Young c. Young*, précité, note 206, 44-45.

292. C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 60, 302-305. Bien que les tribunaux se prononcent rarement sur la portée du pouvoir décisionnel des parents suite à l'attribution exclusive de la garde d'un enfant à l'un d'eux, certains le font et parfois accréditent la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale. Voir notamment: *Droit de la famille* – 301, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.) répertorié aussi sous *Dussault c. Ladouceur*, (1987) 14 R.F.L. (3d) 185 (C.A. Québec); *Droit de la famille* – 361, précité, note 275; *Droit de la famille* – 320, [1987] R.J.Q. 9, 12-13 (C.A.) ainsi que les jugements de la juge L'Heureux-Dubé dans: P. (D.) c. S. (C.), précité, note 39; *Young c. Young*, précité, note 206; *Gordon c. Goertz*, précité, note 217; W. (V.) c. S. (D.), précité, note 217.

293. Cette expression désigne ce que plusieurs praticiens et praticiennes qualifient erronément de garde légale conjointe, concept de common law.

monoparental de l'autorité parentale, il importe de faire une interprétation littérale de cette disposition. Ainsi, le parent non gardien ne conserve qu'un droit de surveillance²⁹⁴. Il surveille et ne fait que surveiller tant les décisions quotidiennes que prend le parent gardien au sujet de l'enfant que les décisions importantes. Il n'est pas tenu d'y participer et le parent gardien n'est pas soumis à l'obligation de le consulter. Ainsi, son rôle n'est pas celui d'un participant mais d'un surveillant. Et, lorsqu'il juge une décision contraire au meilleur intérêt de l'enfant, il peut saisir le tribunal en vertu de l'article 604 C.c.Q.²⁹⁵.

Cet argument fondé sur les dispositions du *Code civil du Québec*, les tenants de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale le justifient par la nécessité de préserver l'unité du développement. Ainsi, en se fondant sur des études psychologiques, telles que celle de Goldstein, Freud et Solnit²⁹⁶ préconisant le renforcement de la cellule familiale restante²⁹⁷, ils prétendent que la concentration du pouvoir décisionnel chez la personne du parent gardien évite l'éparpillement des directives et garde l'enfant à l'abri des éventuels déchirements²⁹⁸.

Ils confortent également leur interprétation des articles 600 et 605 C.c.Q. par le besoin d'adapter le droit à la réalité²⁹⁹. Dans cette perspective, ils font valoir le fait que de nombreuses ordonnances de garde partagée se concrétisent sous forme de garde exclusive³⁰⁰ et que, peu importe le type de garde ordonnée par le

294. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, 36.

295. Dans *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, laisse entendre que l'imposition de restrictions aux droits des parents gardiens devrait être l'exception et non la règle, ce qui signifie en fait qu'il faut présumer que les décisions du parent gardien protègent plus adéquatement l'intérêt de l'enfant. Cette présomption fut toutefois rejetée par les juges majoritaires.

296. Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et Albert J. SOLNIT, *Beyond the Best Interest of the Child*, New York, Free Press, 1979, cité dans *Young c. Young*, précité, note 206, 41. Voir également Joseph GOLDSTEIN, «In Whose Best Interest?», dans Rosalie S. ABELLA et Claire L'HEUREUX-DUBÉ (dir.), *Family Law: Dimensions of Justice*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 119-128. *Contra*: Judith S. WALLERSTEIN et Joan B. KELLY, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*, New York, Basic Books, 1980.

297. *Young c. Young*, précité, note 206, 42 (j. L'Heureux-Dubé).

298. *Dussault c. Ladouceur*, précité, note 292, cité avec approbation par la juge L'Heureux-Dubé dans *Young c. Young*, p. 39.

299. Selon la juge L'Heureux-Dubé, les tribunaux doivent «être conscients de l'écart entre l'idéal du partage des tâches parentales et la réalité sociale des décisions en matière de garde et de soin des enfants»: *Young c. Young*, précité, note 206, 49.

300. *Ibid.*, 50.

tribunal, le parent gardien se retrouve souvent seul à prendre toutes les décisions concernant l'enfant. De plus, les femmes demeurent encore les principales responsables de l'éducation des enfants³⁰¹. Alors pourquoi mettre de l'avant la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, un principe de partage des responsabilités parentales fondé sur l'égalité formelle entre les hommes et les femmes, alors que dans les faits cette égalité n'existe pas? Ils prétendent donc que le droit doit refléter «la réalité quotidienne de cette tâche»³⁰² et se doit également de reconnaître au parent gardien le pouvoir décisionnel correspondant aux responsabilités qu'il assume³⁰³.

Lorsqu'une ordonnance de garde est rendue au Québec en vertu de la *Loi sur le divorce*, la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale peut trouver application de deux façons. D'une part, on peut considérer que la *Loi sur le divorce* n'écarte pas la notion civiliste de garde mais que cette dernière doit être interprétée largement, c'est-à-dire de manière à conférer l'exclusivité du pouvoir décisionnel au parent gardien³⁰⁴. D'autre part, la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale peut prévaloir parce que la notion de garde de cette loi est considérée comme une définition impliquant l'attribution d'un pouvoir décisionnel exclusif au parent gardien. Dès lors, la *Loi sur le divorce* aurait établi une conception de la garde uniforme pour tout le Canada, une unité d'application qui aurait d'ailleurs l'avantage

301. Voir plus particulièrement les écrits de Susan BOYD, «Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work», (1989) 96 *Queen's Quarterly* 831; «W(h)ither Feminism? The Department of Justice Public Discussion Paper on Custody and Access», (1995) 12 *Can. J. Fam. L.* 331. Voir aussi: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, *op. cit.*, note 104, p. 14.

302. *Young c. Young*, précité, note 206, 51 (J. L'Heureux-Dubé). A. MAYRAND, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel», dans Service de la formation permanente, *op. cit.*, note 258, p. 19, p. 27-28: «Tout d'abord, cette théorie prend appui sur une situation de fait. Par nécessité le gardien, la plupart du temps, est obligé de prendre seul des décisions et des mesures immédiates dans l'intérêt de l'enfant; l'éloignement du non-gardien rend sa participation difficile, parfois même impossible. Ainsi habitué à agir seul, *ex parte*, le gardien a vite l'impression que même dans les cas moins urgents et plus importants, qui mériteraient réflexion et consultation, lui seul a la responsabilité et le pouvoir décisionnel.»

303. *Young c. Young*, précité, note 206, 69-70. Selon la juge L'Heureux-Dubé, si on reconnaît au parent gardien le pouvoir décisionnel sur les décisions quotidiennes, il n'y a pas de raison de ne pas reconnaître sa capacité pour d'autres décisions: *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, 101.

304. Bien que cette thèse soit théoriquement possible, nous n'avons identifié aucun auteur la soutenant.

d'éviter la confusion³⁰⁵. Par conséquent, l'attribution de la garde au moment du divorce entraînerait l'exercice exclusif de l'autorité parentale³⁰⁶.

La conception des relations parent/parent et parent/enfant véhiculée par la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale diffère de celle qui sous-tend la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. En effet, la participation égalitaire des deux parents devient ici l'exception plutôt que la règle. Le parent décideur et coéducateur devient, du fait qu'il n'a pas le statut de parent gardien, un parent surveillant par rapport aux décisions de l'autre, voire un parent moins engagé envers son enfant³⁰⁷. L'égalité décisionnelle qui prévalait pendant la vie commune cède ainsi la place à un régime d'inégalité formelle afin de respecter le vécu de la famille, voire le principe de l'égalité réelle.

Est-ce ainsi que nous voulons voir le droit québécois concrétiser le principe de la responsabilité commune des parents consacré à l'article 18 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*? Chose certaine, la Cour suprême a récemment, de manière implicite, donné l'aval à cette conception du partage des responsabilités parentales. Pourtant, et comme nous allons maintenant le constater, non seulement la justification qui sous-tend cette prise de position s'avère discutable, mais elle s'inscrit à contre-courant des grandes réformes survenues ces dernières années dans plusieurs pays occidentaux, incluant celle envisagée par le législateur fédéral.

305. M.D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 235.

306. «[...] le droit civil ne prime pas en matière de divorce et de ses accessoires. La *Loi sur le divorce* gouverne la relation entre l'enfant et ses parents lorsque le mariage se termine en vertu de ses dispositions. La notion de l'autorité parentale ne fait pas partie de la loi fédérale, au moins directement. Nous ne devons pas envisager une interprétation d'une loi fédérale au Québec qui est différente de l'interprétation à y donner dans les autres provinces. La garde d'un enfant, comme elle est comprise au Québec, doit céder à l'interprétation à y donner dans la *Loi sur le divorce* où les articles du *Code civil du Québec* n'ont plus le même effet dans la détermination des droits des parents vis-à-vis des enfants nés du mariage. Il est probable qu'en accordant la garde d'un enfant à l'un de ses parents en vertu de la loi fédérale, le tribunal québécois lui accorde aussi par la force des choses tous les attributs de l'autorité parentale [...]» *Droit de la famille* – 301, [1986] R.J.Q. 2141, 2149 (C.S.), infirmé par [1988] R.J.Q. 17 (C.A.).

307. «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.» A. MAYRAND, *loc. cit.*, note 151, 276.

c) *L'état du droit et les perspectives d'avenir face au phénomène de l'éclatement des familles*

L'article 18 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* consacre le principe selon lequel les deux parents ont la responsabilité commune d'élever leur enfant et d'assurer son développement. Dans la partie précédente, nous avons constaté que la façon dont les règles applicables au Québec concrétisent ce principe suite au démembrement de la famille ne fait pas l'unanimité. Doit-on néanmoins considérer que la jurisprudence des dernières années a tranché ce débat et établi définitivement le modèle des relations parent/enfant et parent/parent post-rupture? C'est aux deux aspects de cette question qu'il nous faut maintenant nous attarder.

Jusqu'en 1987, soit jusqu'à l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*³⁰⁸, la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale a prévalu³⁰⁹. Par conséquent, l'orientation de la vie de l'enfant constituait l'apanage pratiquement exclusif du parent gardien. Cette conception du rôle respectif des parents suite au démembrement de la famille ne faisait toutefois pas l'unanimité. Aussi, pour atteindre la finalité de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, les tribunaux, la doctrine et les juristes du Québec ont souvent repris, en droit civil, le concept de garde légale conjointe de la common law³¹⁰.

Après l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, étant donné que la Cour suprême semblait avoir donné l'aval à l'interprétation restrictive de la notion de garde, la doctrine québécoise a majoritairement défendu la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale³¹¹. Ce qui paraissait dès lors constituer l'état du droit fut néanmoins

308. Précité, note 45.

309. M. PRATTE, *loc. cit.*, note 258, 561.

310. «Entendue dans le sens d'autorité parentale, la garde conjointe – celle qui pré-suppose en particulier la garde juridique aux deux parents et la garde physique, alternative ou non, à l'un avec droits de visite et de sortie à l'autre – implique que, sauf en ce qui concerne le quotidien de l'enfant, toutes les décisions le concernant devront être prises conjointement.» C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 290, 855. Comme le mentionne Albert MAYRAND, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel», dans Service de la formation permanente, *op. cit.*, note 258, p. 19, p. 33, cette reprise inappropriée d'un concept de common law par le droit civil peut être considéré comme indicatif d'une insatisfaction à l'égard d'un élargissement «excessif de la notion traditionnelle de garde». Voir également: *Ibid.*, 525, 561 et M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 363-364.

311. Voir notamment la liste des auteur-e-s répertoriés à la note 258.

remis en question à partir de 1993 par une série d'arrêts de la Cour suprême dans lesquels la juge L'Heureux-Dubé prit position en faveur de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale.

Dans les arrêts *P. (D.) c. S. (C.)*³¹² et *Young*³¹³, la juge L'Heureux-Dubé met de l'avant l'interprétation large de la notion de garde et, par conséquent, se positionne en faveur de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale³¹⁴. Cependant, outre le fait que la justification proposée s'avère fort discutable³¹⁵, l'interprétation de la notion de garde n'est abordée qu'en obiter³¹⁶. De plus, étant donné que sa conception du partage du pouvoir décisionnel suite à l'attribution d'une garde exclusive n'est pas entérinée par la majorité de ses collègues³¹⁷, l'état du droit ne peut

312. Précité, note 39.

313. Précité, note 206.

314. Par exemple, dans *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 39, 160, elle affirme: «Il est généralement reconnu que le droit de garde d'un parent comprend, entre autres, le droit de décider de l'éducation de son enfant.»

315. Il y a des références à des arrêts antérieurs à l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T)*, une ignorance des décisions l'ayant suivi ainsi que des références incomplètes à ce dernier arrêt même si elle reconnaît que les principes énoncés dans cette décision sont applicables aux litiges entre conjoints. Par exemple, dans *Young c. Young*, précité, note 206, 38-39, elle résume la page 280 de l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T)* en disant que: «l'attribution de la garde a pour effet de retirer au parent n'ayant pas la garde le droit d'exercer l'autorité parentale», alors qu'une telle affirmation n'a jamais été faite ni à cette page ni ailleurs dans le jugement: M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 366 et s. De plus, à l'instar des auteur-e-s qui défendent la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale, la juge L'Heureux-Dubé fait référence au droit français alors que le texte de l'article 273-2, al. 1 du Code civil français, qui était en vigueur jusqu'en 1987, diffère du libellé de l'article 605 C.c.Q. puisqu'il prévoit: «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.»

316. Comme le note avec justesse Michelle Giroux, la question en litige concerne strictement le droit de visite, voire le critère applicable à de tels litiges: M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 366.

317. Dans *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 39, les juges La Forest et Gonthier entérinent le jugement de la juge L'Heureux-Dubé et, par conséquent, la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale défendue par cette dernière. Toutefois, les juges Cory et Iacobucci ne se prononcent pas sur la notion de garde; la juge McLachlin considère que pour trancher le litige il n'est pas nécessaire d'examiner les notions d'autorité parentale et de garde, et le juge LaForest donne un appui, assorti de réserves, à la juge McLachlin. Dans l'affaire *Young*, il s'agissait aussi d'un litige relatif aux activités religieuses survenant dans le cadre des droits de visite. La Cour doit alors appliquer la *Loi sur le divorce* dans une province de common law. La juge L'Heureux-Dubé, bien qu'elle reconnaisse la réalité civiliste, voire la nécessité de la prendre en considération au moment d'appliquer cette loi fédérale, reprend l'argumentation qu'elle a développée dans *P. (D.) c. S. (C.)*. Elle fait toutefois cavalier seul puisque aucun et aucune des autres juges ne se prononcent sur la notion de garde ou le partage du pouvoir

être considéré établi. Dès lors, c'est-à-dire après 1993, les deux écoles de pensée subsistent bien qu'un courant jurisprudentiel majoritaire accrédite la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale³¹⁸.

Les arrêts *Gordon c. Goertz*³¹⁹ et *W. (V.) c. S. (D.)*³²⁰ de 1996 ont-ils définitivement mis fin à cette controverse et établi le modèle des relations parent/parent et parent/enfant applicable au Québec? En d'autres termes, doit-on, suite à ces décisions, considérer qu'une ordonnance de garde exclusive fondée sur le *Code civil du Québec* ou la *Loi sur le divorce* donne lieu à l'application de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale?

La réponse s'avère négative si l'on se fonde uniquement sur l'affaire *Gordon c. Goertz*. Certes, la juge L'Heureux-Dubé reprend la défense de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale dans le contexte d'un débat portant sur le critère applicable à une demande de changement de garde fondée sur la *Loi sur le divorce* et à l'impact du déménagement du parent gardien³²¹. Toutefois, sa position de principe, soit le fait que le parent gardien prenne seul toutes les décisions concernant l'enfant, n'est pas entérinée par la majorité de ses collègues.

décisionnel suite à l'attribution de la garde. Par conséquent, même les juges La Forest et Gonthier qui, en entérinant son jugement dans *P. (D.) c. S. (C.)*, semblaient donner leur appui à la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale ne cherchent pas à réitérer cette position.

318. Voir D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 256, et les décisions citées par l'auteur.

319. Précité, note 217.

320. Précité, note 217.

321. Encore une fois, la justification de sa prise de position s'avère discutable. Par exemple, après avoir affirmé que la notion de garde de la *Loi sur le divorce* «reflète essentiellement la common law», les juges L'Heureux-Dubé et LaForest concluent que l'attribution de la garde emporte l'exclusivité du pouvoir décisionnel. Ils réfèrent alors à une affirmation de Payne sur l'état du droit au Canada. Or, la monographie de cet auteur ne fait jamais référence au droit civil. Plus encore, la citation de Payne reproduite réfère à «tous les pouvoirs qui reviennent au tuteur de l'enfant». Il va donc de soi qu'il s'agit du concept de tutelle de common law et non de celui du droit civil. Ils ajoutent, en faisant référence p. 185 de l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T)*, que le tiers gardien ou le parent gardien «jouit d'un pouvoir décisionnel exclusif à l'égard de toutes les questions qui concernent l'enfant, notamment son lieu de résidence». Or, ce que le juge Beetz affirme, p. 185, c'est qu'«une personne à qui le tribunal confie 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». Ils parviennent ainsi à la conclusion selon laquelle c'est par ses droits d'accès que le parent non gardien exerce ses devoirs de surveillance et d'éducation et par son pouvoir de saisir le tribunal s'il y a désaccord sur l'exercice de l'autorité parentale: *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, 76.

La situation se révèle néanmoins différente dans l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*. En effet, s'il est à nouveau possible de dénoncer les lacunes de son argumentation³²² et si l'on peut également faire valoir le fait que son interprétation de la notion de garde ne constitue qu'un obiter³²³, il y a un aspect du jugement que nous ne pouvons nier, soit le fait que tous ses collègues entérinent implicitement ses motifs³²⁴.

322. Pour parvenir à la conclusion selon laquelle «tant la doctrine que la jurisprudence confirment que le *Code civil du Québec* retient une conception libérale de la notion de garde, conception dont ne fait pas partie le droit de visite, qui confère au parent gardien le pouvoir de prendre seul toutes les décisions au sujet de l'enfant, notamment quant au lieu de résidence», elle cite notamment un extrait d'un article d'Albert Mayrand à l'effet que le parent gardien «exerce son autorité directement sans avoir à recourir à celle du tribunal et sans être tenu de consulter son ex-conjoint». Or, comme le note M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 367-368, note 64 dans son analyse de l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, Albert Mayrand affirme, dans le paragraphe précédent, que la loi n'est pas expresse à ce sujet et que les opinions sont partagées. La juge L'Heureux-Dubé fonde aussi sa conclusion sur un extrait de l'article de Robert Lesage qui, comme la citation le prouve, ne réfère au pouvoir décisionnel du parent gardien qu'en ce qui a trait aux décisions courantes. Lui aussi, dans le paragraphe précédant celui cité par la juge, affirme: «En droit civil, la simple ordonnance de garde laisse subsister «un droit de surveillance» du parent non gardien auprès du gardien. Le parent non gardien conserve aussi le droit de participer aux décisions majeures, à moyen et à long terme, tel que le choix de la formation scolaire, religieuse, les traitements médicaux non urgents et possiblement l'endroit de résidence. Il n'est pas requis que la garde, dite légale ou non, soit attribuée conjointement pour atteindre ce résultat.»
323. Dans cette affaire, la Cour suprême devait déterminer si l'ordonnance de retour de l'enfant du Maryland, prononcée par la Cour d'appel en vertu de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, était bien fondée. La question en litige concernait donc strictement le pouvoir décisionnel du parent gardien relatif à la détermination du lieu de résidence de l'enfant. Toutes les autres précisions au sujet du pouvoir décisionnel du parent gardien doivent être considérées comme des obiter.
324. Les juges La Forest et Gonthier souscrivent aux motifs de la juge L'Heureux-Dubé. La juge McLachlin est d'accord avec cette dernière sous réserves des observations qu'elle a faites dans *Gordon* au sujet des droits et obligations des parents gardiens. Cependant, ses remarques concernaient l'application de la présomption en faveur du parent gardien. Plus précisément, la juge McLachlin prétendait qu'il n'existait pas de présomption favorable au parent gardien dans le cadre d'un changement de garde découlant d'un déménagement parce que cela irait à l'encontre du critère du meilleur intérêt de l'enfant. Il y a donc unanimité puisque les juges Lamer, Iacobucci et Major souscrivent aux motifs de la juge McLachlin. Doit-on, par conséquent, considérer que tel est désormais l'état du droit sur cette question? En théorie, les obiter dicta n'ont aucun effet contraignant. Cette conception est cependant actuellement remise en question. Voir notamment: Mathieu DEVINAT, «L'autorité des obiter dicta de la Cour suprême», (1998) 77 *R. du B. can.* 1. Étant donné que l'état du droit sur cette question est tributaire du débat théorique sur le caractère contraignant des obiter dicta et que cette controverse dépasse largement le cadre de la présente discussion, nous nous abstenons expressément d'émettre une conclusion. Toutefois, au-delà de cette question, nous considérons que l'impact pratique d'un tel

La jurisprudence québécoise n'a guère réagi à la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale énoncée dans *W. (V.) c. S. (D.)*. En effet, ce n'est généralement pas pour référer à la notion de garde proposée par cette affaire que les tribunaux la citent³²⁵. Parfois, le principe selon lequel le parent gardien prend seul les décisions concernant l'enfant, sans devoir consulter le parent non gardien, est repris. Toutefois, l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)* n'est jamais présenté comme l'issue d'un débat ou d'une controverse, bref comme une décision de principe du plus haut tribunal du pays sur la notion de garde³²⁶. De plus, dans une décision fort récente, le juge Jean-Pierre Senécal, un auteur prolifique, connu et réputé en droit de la famille québécois, affirme que les tribunaux et la doctrine ne s'entendent pas sur les effets de la garde exclusive sur l'autorité parentale, raison pour laquelle les avocats, les avocates et les tribunaux prévoient souvent de manière expresse que les parents continueront d'exercer conjointement l'autorité parentale. Or, il n'ignore pas l'existence de l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)* auquel il réfère d'ailleurs au moment de discuter l'impact du principe français de l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur le déplacement illicite d'un enfant³²⁷.

La doctrine québécoise a, quant à elle, surtout discuté les autres aspects de l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*. Les quelques auteur-e-s, s'étant spécifiquement attardés à la thématique du partage du pouvoir décisionnel post-rupture, ont cependant systématiquement dénoncé cette interprétation de la notion civiliste de garde³²⁸.

obiter ne doit pas être ignoré. Il est donc plus que jamais opportun de prévoir spécifiquement, dans les ententes relatives à la garde d'un enfant, que les parents continueront d'exercer conjointement l'autorité parentale, si tel est le résultat souhaité.

- 325. *Droit de la famille* – 2454, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.); *Droit de la famille* – 2790, [1997] R.D.F. 689 (C.A.); *Beylerian c. Constructions et Rénovations Willico Inc.*, [1997] R.J.Q. 1246 (C.A.); *Gerling Globale (la), Compagnie d'assurances générales c. Services d'hypothèques Canada-Vie Ltée*, [1997] R.J.Q. 2695 (C.A.); *Droit de la famille* – 2460, [1996] R.D.F. 551 (C.S.); *Droit de la famille* – 2494, [1996] R.D.F. 647 (C.S.); *Droit de la famille* – 2530, [1996] R.J.Q. 2981 (C.S.); *Droit de la famille* – 2054, [1997] R.J.Q. 1124 (C.S.); *Droit de la famille* – 2739, [1997] R.D.F. 581 (C.S.); *Droit de la famille* – 3400, [1999] R.D.F. 707 (C.S.), en appel.
- 326. *Droit de la famille* – 2683, précité, note 256.
- 327. *Droit de la famille* – 3202, précité, note 256. Voir également l'application de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans *Droit de la famille* – 2826, [1997] R.D.F. 823 (C.S.).
- 328. M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258; A.-F. GOLDWATER, *loc. cit.*, note 258, 384; Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 118-199, note 125.

Évidemment, on pourrait être tenté de conclure que l'affaire *W. (V.) c. S. (D.)* a peu de conséquences étant donné qu'il demeure possible de prévoir, dans les ententes relatives à la garde d'un enfant, que les parents continueront d'exercer conjointement l'autorité parentale. Mais peut-on vraiment ignorer le fait qu'au plan symbolique la collégialité parentale post-rupture soit devenue l'exception plutôt que la règle?

Une institution, que nous considérons caractéristique du droit civil québécois, et qui s'avère potentiellement représentative des valeurs sociales, a été mise de côté. Par la même occasion, c'est une conception du meilleur intérêt de l'enfant privilégiant l'égalité des parents, leur conférant un statut de coéducateurs et énonçant les paramètres d'une relation parent/enfant similaire pendant la vie commune et après la rupture qui se trouve écartée. Certes, les règles québécoises relatives à l'exercice de l'autorité parentale suite à l'attribution exclusive de la garde d'un enfant à l'un des parents demeurent conformes aux prescriptions de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Mais elles ont cessé de jouer un rôle éducatif, de promouvoir un idéal de coopération parent/parent et d'implication parent/enfant.

Deux éléments nous permettent néanmoins de croire que le modèle de relations parent/enfant et parent/parent véhiculé par la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale n'est pas destiné à un avenir prometteur. Premièrement, plusieurs pays tels que la France, la Belgique, l'Australie, l'Angleterre et certains États américains ont récemment modifié leur législation pour instituer un partage plus équilibré des responsabilités parentales. Souvent, ils ont remplacé les concepts de garde et de droit de visite par des notions de temps parental ou temps de résidence afin de conforter le changement philosophique des réformes³²⁹. Il se dessine donc, tant dans les pays de droit civil que de

329. En France, l'attribution de la garde a longtemps servi à désigner le titulaire de l'autorité parentale. Toutefois, ce pays est passé du principe de l'exercice monoparental en faveur du parent gardien (Loi de 1970), à celui de l'exercice biparental lors de la séparation de corps ou du divorce (Loi de 1987 et de 1993). Désormais, la règle est donc celle de l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents, à moins que le tribunal ne confie l'exercice à un seul des parents au nom du meilleur intérêt de l'enfant (C. civ. français, art. 287). De plus, lors d'un divorce ou d'une séparation, le juge fixe, non plus la garde, mais la résidence habituelle de l'enfant. Sur cette évolution, voir H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 10, p. 555-556. Voir également: François RUELLAN, «À propos de l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de divorce ou de séparation de corps: loi du 22 juillet 1987», (1990) 8 *Actualités législatives Dalloz* 32. Depuis 1995, la Belgique a

common law, un mouvement de réforme qui ne peut qu'être favorable au rétablissement de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ou des principes qui la sous-tendent³³⁰.

Deuxièmement, le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants recommandait récemment au gouvernement le remplacement des notions de garde et droits d'accès de la *Loi sur le divorce* par l'expression «partage des responsabilités parentales», défini comme l'ensemble des droits, devoirs, pouvoirs, responsabilités et autorité qu'exerce un parent à l'égard de son enfant³³¹. Avec ce nouveau concept, le Comité refuse d'ériger en principe l'égalité décisionnelle des père et mère au motif qu'il n'est pas dans l'intérêt des enfants de créer une règle juridique établissant des modalités particulières d'exercice du rôle de parent³³². Ce sont les parents qui doivent détailler dans leur entente (plan parental) comment ils se partageront les prises de décisions concernant l'enfant. Toutefois, et il importe de le souligner, le principe applicable, voire le point de départ de l'entente soumise au tribunal, est celui d'un certain partage du pouvoir décisionnel.

également codifié le principe de l'exercice collégial de l'autorité parentale après la séparation ou le divorce, sous réserve de la possibilité de l'accorder à un seul parent si l'intérêt de l'enfant justifie une exception (C.civ. belge, art. 302 et 374): Jehanne SOSSON, «L'autorité parentale conjointe – Des vœux du législateur à la réalité», (1996) 1 *Annales de droit de Louvain* 115. Sur la réforme australienne de 1995 et l'adoption du concept de responsabilités parentales ainsi que les modifications législatives introduites au Royaume-Uni, voir: B. COSSMAN et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 226, 39-41. Pour un aperçu de la grande réforme anglaise de 1989, voir: M.D.A. FREEMAN, «Angleterre: La Nouvelle Charte de l'enfance en Angleterre», dans J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *op. cit.*, note 86, p. 41, aux pages 41-55. Sur la notion de fonctions parentales de *Parenting Act of 1987* de l'État de Washington: B. COSSMAN et R. MYKITIUK, *loc. cit.*, note 226, 37-39. Les réformes survenues dans ces pays ont fait l'objet de longues présentations lors des témoignages devant le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants. On peut donc consulter ces témoignages sur le site Internet du parlement ou lire le résumé de ceux-ci dans le rapport du comité: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants*, *op. cit.*, note 104, p. 37-43.

330. L'influence que peuvent avoir les réformes survenues dans les autres pays sur l'interprétation de la notion de garde du droit civil québécois paraît particulièrement importante puisque l'on a souvent dénoncé le fait que l'interprétation large de la notion de garde, et donc la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale, prenne erronément appui sur le droit français et la common law. Voir notamment: A. MAYRAND, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, note 258, 199-200; M. GIROUX, *loc. cit.*, note 258, 363.

331. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants*, *op. cit.*, note 104.

332. De la même manière, il refuse d'ériger en principe la règle du partage égal de temps passé par l'enfant chez l'un et l'autre des parents (garde partagée).

Les recommandations du Comité visent à réfuter la notion classique de garde de la common law. Par le fait même, elles tentent d'écarter l'interprétation large de la notion de garde du droit civil québécois sur laquelle repose la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale. Si le concept de «partage des responsabilités parentales» n'équivaut pas à celui d'exercice conjoint de l'autorité parentale, il repose néanmoins sur une conception similaire des relations enfant/parent et parent/parent et pourrait sans aucun doute coexister avec la notion restrictive de garde du droit civil québécois dans une perspective de complémentarité du droit fédéral avec le droit civil.

Certes, le gouvernement n'a pas annoncé son intention d'entériner tel quel les recommandations du Comité. Toutefois, un des éléments de sa stratégie de réforme, qui fera l'objet de consultations publiques en 2001, consiste à encourager «les parents à partager la responsabilité de l'éducation des enfants d'une manière qui leur donnera à tous deux la possibilité d'élever et de guider leurs enfants»³³³.

À l'heure actuelle, nous ne savons donc pas comment le législateur fédéral concrétisera sa réforme. De la même manière, il est difficile de prévoir comment les tribunaux interpréteront les dispositions du Code civil relatives à l'exercice de l'autorité parentale suite au démembrement de la famille. Mais étant donné l'orientation philosophique des réformes, d'ici et d'ailleurs, ainsi que leur influence prévisible sur l'interprétation des règles du Code civil, il semble que le modèle des relations enfant/parent et parent/parent de demain sera, dans les deux cas, plus près de celui qui sous-tend la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale que de celui véhiculé par la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale. Par conséquent, un idéal de coopération de la part du parent gardien et un idéal d'implication du parent non gardien dans la vie de son enfant devraient constituer les valeurs régissant l'application de l'article 18 (1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur le territoire québécois.

333. COMMUNIQUÉ, *Réponse de la ministre de la Justice au rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants*, Gouvernement du Canada, 10 mai 1999, p. 3 et 5. Pour de plus amples détails, voir: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Réponse du gouvernement du Canada au Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, Stratégie de réforme*, mai 1999.

3. *L'exercice de l'autorité parentale suite à l'attribution de la garde à un tiers*

Dans la partie précédente, nous avons longuement discuté la problématique relative à l'exercice de l'autorité parentale suite à l'attribution de la garde à un seul des parents. Mais la garde d'un enfant peut aussi être confiée à un tiers. D'ailleurs, reflet de l'époque contemporaine, de certaines valeurs ou d'une adaptation au phénomène de l'éclatement et de la reconstitution des familles, ils sont de plus en plus nombreux les oncles, les tantes³³⁴, les frères³³⁵, les soeurs, les demi-frères³³⁶, les demi-soeurs, les grands-parents³³⁷, les cousins, les cousines³³⁸, les ex-conjoints³³⁹, les ex-conjointes³⁴⁰ et les ami(e)s de la famille³⁴¹ qui demandent, et parfois obtiennent, la garde d'un enfant mineur³⁴². Dès lors, la question pertinente devient celle de savoir comment le tiers gardien et le parent doivent se partager le pouvoir décisionnel.

Cette problématique, contrairement à celle relative à l'exercice de l'autorité parentale entre les parents suite à l'attribution de la garde exclusive à l'un d'eux, ne semble guère soulever de polémique. Pourtant, si les auteur-e-s et les tribunaux n'ont pas hésité à remettre en question les principes de l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*³⁴³ en ce qui a trait à l'exercice de l'autorité parentale entre les parents, il y a lieu de croire que le même phénomène pourrait survenir au sujet des règles applicables lors de l'attri-

334. *Droit de la famille – 1632*, précité, note 132; *Droit de la famille – 1746*, précité, note 101; *Droit de la famille – 1761*, précité, note 129.

335. *Droit de la famille – 2752*, [1997] R.D.F. 706 (C.S.).

336. *Droit de la famille – 2464*, précité, note 237.

337. *Droit de la famille – 1883*, [1993] R.J.Q. 2709 (C.A.); *Droit de la famille – 1061*, [1986] R.D.F. 625 (C.S.); *Droit de la famille – 1245*, [1989] R.D.F. 306 (C.S.); *Droit de la famille – 812*, [1990] R.J.Q. 1293, [1990] R.D.F. 328 (C.S.); *Droit de la famille – 964*, [1991] R.D.F. 134 (C.S.); *Droit de la famille – 1379*, [1991] R.D.F. 122 (C.S.); *Droit de la famille – 1757*, précité, note 176; *Droit de la famille – 2180*, [1995] R.D.F. 264 (C.S.); *Droit de la famille – 2262*, précité, note 127; *Droit de la famille – 2431*, [1996] R.D.F. 495 (C.S.) (garde conjointe grand-parent et père); *R. A. c. G. B.*, [1998] A.Q. n° 2227 (Quicklaw); *Droit de la famille – 3541*, J.E. 2000-507 (C.S.).

338. *Droit de la famille – 1213*, [1989] R.D.F. 2 (C.S.).

339. *Droit de la famille – 1362*, [1991] R.D.F. 7 (C.S.); *Droit de la famille – 1517*, précité, note 130.

340. *Perreault c. Demers*, [1974] C.S. 530; *Droit de la famille – 1169*, [1988] R.D.F. 176 (C.S.).

341. *Droit de la famille – 1883*, précité, note 337; *Droit de la famille – 2180*, précité, note 337.

342. Sur les critères d'attribution et les présomptions applicables, voir *supra*, Section I, B, 1.

343. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45.

bution de la garde à un tiers. Ainsi, nous allons, dans un premier temps, énoncer les principes régissant le partage du pouvoir décisionnel entre le tiers gardien et le titulaire de l'autorité parentale selon l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*³⁴⁴ (a). Dans un deuxième temps, il conviendra d'évaluer dans quelle mesure les récentes avancées de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale peuvent modifier le rôle du tiers gardien lorsque l'ordonnance de garde ne contient aucune précision à cet égard (b).

a) *Le partage du pouvoir décisionnel entre le tiers gardien et le titulaire de l'autorité parentale selon l'arrêt C. (G.) c. V.-F. (T.)*.

Lorsque le tribunal confie la garde d'un enfant mineur à un tiers, il ne confère pas à ce dernier un statut de titulaire de l'autorité parentale. Il lui confie seulement l'exercice de l'attribut de garde. De ce fait, le tiers gardien devient la personne autorisée à déterminer la résidence de l'enfant³⁴⁵.

L'exercice du droit de garde ne saurait toutefois se limiter à ce seul pouvoir décisionnel. En effet, la garde est «nécessairement éducative»³⁴⁶. Plus encore, elle constitue le principal attribut de l'autorité parentale³⁴⁷. Par conséquent, le tiers gardien se voit aussi confier l'exercice des autres attributs de l'autorité parentale, soit la surveillance et l'éducation, dans la mesure où celui-ci est lié à l'exercice du droit de garde³⁴⁸.

344. *Ibid.*

345. Il n'y a pas de controverse quant au fait que l'exercice du droit de garde confère, au moins, le privilège de détermination de la résidence de l'enfant. Ainsi, ce principe, affirmé dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, p. 285 est constamment repris: *P. (M.) c. L. (G.)*, [1995] 4 R.C.S. 592; *Gordon c. Goertz*, précité, note 217, 53 et 75; *W. (V.) c. S. (D.)*, précité, note 217, 149. Voir également les auteur-e-s cités dans la Section I, B, 2, a) et b).

346. A. MAYRAND, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, note 258, 198; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 217, 195-196.

347. *Supra*, note 263.

348. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 285 (j. Beetz): «[U]ne personne à qui le 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.» Précisons à ce sujet le fait que A. MAYRAND, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, note 258, 198, prétend que la définition de garde de l'article 2 de la *Loi sur le divorce*, qui assimile à la garde le soin et l'éducation de l'enfant ainsi que tout autre élément qui s'y rattache, vise, lorsque la garde est confiée à un tiers, à écarter tout doute quant au fait que ce dernier acquiert «non seulement le droit de garde au sens strict du mot, mais aussi celui de le surveiller et de l'éduquer».

Concrètement, le tiers gardien devient la seule personne habilitée «à prendre les décisions courantes qui affectent la vie de l'enfant»³⁴⁹. Dans cette perspective, la Cour suprême précise qu'il exerce un contrôle sur les loisirs, les fréquentations et les sorties de l'enfant³⁵⁰ et la jurisprudence illustre la portée du principe des décisions quotidiennes en faisant référence aux soins courants, aux vacances avec le tiers gardien, à la justification des absences scolaires, aux autorisations pour les activités scolaires et parascolaires³⁵¹, etc.

Quant au parent non gardien, il demeure titulaire de l'autorité parentale bien qu'une partie de son exercice lui échappe au profit du tiers gardien³⁵². S'il ne lui appartient pas de prendre les décisions quotidiennes liées à la présence de l'enfant et s'il n'est pas non plus requis qu'il soit consulté pour celles-ci, il jouit néanmoins d'un droit de surveillance. Par conséquent, si l'une d'elles lui paraît contraire au meilleur intérêt de l'enfant, il peut s'adresser au tribunal³⁵³.

Le tiers gardien détient un pouvoir décisionnel exclusif à l'égard des décisions courantes mais le titulaire de l'autorité parentale demeure la seule personne habilitée à prendre les décisions importantes, voire à «déterminer les options majeures relatives à l'orientation de la vie de son enfant»³⁵⁴. Si l'on se fonde sur l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, cela inclut notamment le consentement au mariage, la consultation au sujet des conventions matrimonia-

349. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 282. La jurisprudence québécoise reprend constamment ce principe, voir: *Protection de la jeunesse – 606*, [1993] R.D.F. 353 (C.Q.) et *Protection de la jeunesse – 753*, [1995] R.D.F. 355, 357 (C.Q.), où le juge Ouellet affirme: «Cette assumption de la garde physique comprend nécessairement l'octroi d'obligations et de pouvoirs inhérents permettant de fournir à l'enfant les soins, l'entretien et l'éducation sur une base continue pour la période pendant laquelle la garde physique est confiée. Il n'y a donc pas lieu de demander et/ou d'obtenir le consentement des parents pour l'exercice de ces obligations et pouvoirs, donc pour toutes les décisions courantes découlant nécessairement de la garde physique.»

350. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 282.

351. *Protection de la jeunesse – 753*, précité, note 349.

352. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 281 (J. Beetz): «Du reste, le titulaire qui perd l'exercice du droit de garde n'est pas dépouillé de tous les attributs de l'autorité parentale. Le démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne fait pas perdre au parent non gardien sa qualité de titulaire de l'autorité parentale.»

353. *Ibid.*, 282. Le pouvoir de surveillance du titulaire de l'autorité parentale est expressément consacré par l'article 605 C.c.Q. et son recours au tribunal est prévu à l'article 604 C.c.Q.

354. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 282.

les projetées et le consentement aux soins³⁵⁵. La jurisprudence québécoise fournit d'autres illustrations, par exemple l'incorporation de l'enfant à des groupements religieux, l'obtention d'un passeport, les voyages de l'enfant à l'étranger³⁵⁶, etc.

L'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T)* délimite donc la portée du pouvoir décisionnel du tiers gardien et du titulaire de l'autorité parentale de la façon suivante: au premier on confie la responsabilité des décisions courantes et au deuxième celle des décisions ayant un impact sur l'avenir de l'enfant. De plus, lorsque le tiers gardien et le titulaire de l'autorité parentale agissent dans leur «sphère de compétence respective», ils ne sont assujettis à aucune obligation de consultation réciproque.

Certes, la ligne de démarcation entre la décision courante et la décision portant sur des options majeures n'est pas toujours limpide. La finalité de ces balises, qui devrait à notre avis constituer le critère de discrimination, l'est probablement davantage. En effet, le tiers gardien n'est pas titulaire de l'autorité parentale et ses responsabilités envers l'enfant sont en principe temporaires³⁵⁷. Il convient donc de lui conférer un pouvoir décisionnel qui lui permettra, dans le quotidien, de pourvoir aux besoins de l'enfant, et par le fait même d'assumer les responsabilités qui lui sont confiées. Mais puisque son rôle se conçoit à court terme, il n'est pas requis de l'impliquer dans ce qui préside à la détermination de l'avenir de l'enfant. La situation est différente pour le parent non gardien, toujours titulaire de l'ensemble des attributs de l'autorité parentale, dont le devoir de garde. C'est à lui que le droit québécois confie, à moins d'une déchéance de l'autorité parentale, la responsabilité de conduire l'enfant jusqu'à l'âge adulte. Parce que ses responsabilités lui incombent à long terme et que son devoir de garde fait en sorte que l'enfant devrait éventuellement réintégrer le foyer parental, il doit conserver un pou-

355. *Ibid.*

356. *Protection de la jeunesse – 753*, précité, note 349. Précisons que la jurisprudence reprend constamment le principe selon lequel le consentement aux soins, distinct de la fourniture de soins quotidiens, requiert le consentement du titulaire de l'autorité parentale: *Protection de la jeunesse – 753*, précité, note 349 (interventions chirurgicales non urgentes); *Protection de la jeunesse – 606* précité, note 349, 354-355 (intervention chirurgicale ou soins médicaux importants et non de simple routine).

357. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, note 45, 281: «Dans la mesure du possible, la décision qui confie la garde de l'enfant à un tiers doit tendre à favoriser, par l'attribution de droits de visite et d'hébergement, le retour de l'enfant dans son milieu familial ou, à défaut, le rétablissement de relations plus harmonieuses.»

voir décisionnel lui permettant de jouer le rôle que le droit, par l'institution de l'autorité parentale, lui confie. Ainsi, le fait de ne pas prendre les décisions courantes qui sont liées à la présence physique de l'enfant tout en exerçant un pouvoir de surveillance à l'égard de ces dernières réduit aussi peu que possible les privilèges que l'autorité parentale lui accordent pour le meilleur intérêt de l'enfant.

Les balises énoncées par la Cour suprême nous paraissent respectueuses de la conception québécoise de l'autorité parentale et des valeurs qui en orientent à la fois l'interprétation et le contenu. Certes, il est possible de prétendre que l'attribution de la garde à un tiers ne constitue pas toujours une mesure temporaire³⁵⁸ et qu'il importe, par conséquent, de se détacher du modèle de l'éducateur ou l'éducatrice de la garderie (ou du professeur ou la professeure d'école) pour confier, au tiers gardien, un pouvoir décisionnel plus étendu. Mais lorsque se présentent de telles situations, il faut se rappeler que le tribunal dispose, en raison des circonstances particulières et du meilleur intérêt de l'enfant, du pouvoir de modifier les responsabilités respectives du tiers gardien et du titulaire de l'autorité parentale, notamment en retirant au second l'exercice des autres attributs de l'autorité parentale pour les confier au premier³⁵⁹. Par conséquent, étant donné que les principes de l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T)* sont dictés par les valeurs qui sous-tendent l'autorité parentale, voire les concepts de parent, d'enfant et de relation enfant/parent qu'elle véhicule, nous sommes d'avis qu'ils doivent subsister tant et aussi longtemps que cette institution demeurera ce qu'elle est actuellement.

Comme nous l'avons constaté dans la partie précédente, les principes de l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T)* ont été implicitement écartés dans le contexte du partage du pouvoir décisionnel entre les parents suite à l'attribution judiciaire de la garde à l'un d'eux par les tenants de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale. Convient-il, dès lors, de les remettre en question dans les situations où la garde de l'enfant est confiée à un tiers en raison, notamment, de l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*³⁶⁰?

358. On peut, par exemple, référer au cas de l'enfant qui fait l'objet d'un placement en famille d'accueil jusqu'à sa majorité ou à celui de l'enfant confié à un tiers alors que le parent ne donne plus de nouvelles mais qu'il est trop tôt pour conclure à un abandon justifiant une déchéance de l'autorité parentale.

359. *Protection de la jeunesse* – 851 et *Protection de la jeunesse* – 908, précitées, note 203.

360. *W. (V.) c. S. (D.)*, précité, note 217.

b) *L'impact de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale sur le rôle du tiers gardien*

La thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale qui, en obiter, a reçu implicitement l'assentiment de tous les juges de la Cour suprême dans l'arrêt *W. (V.) c. S. (D.)*, confère au parent gardien l'exclusivité du pouvoir décisionnel concernant l'enfant. Il prend seul tant les décisions courantes que les décisions importantes sans devoir consulter le parent non gardien qui lui exerce son autorité parentale dans le cadre restreint de ses droits de visite et de sortie³⁶¹. Si l'on applique tel quel cette thèse aux situations d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers, cela signifie que le tiers gardien devient l'unique détenteur du pouvoir décisionnel, sous réserve du pouvoir de surveillance du titulaire de l'autorité parentale qui, interprété restrictivement, lui confère la possibilité de saisir le tribunal pour faire modifier les décisions du tiers gardien. Peut-on ériger en règle générale cette conception des pouvoirs et responsabilités du tiers gardien et du titulaire de l'autorité parentale au motif qu'elle est fondée sur les mêmes principes que la répartition du pouvoir décisionnel entre les parents suite à l'attribution exclusive de la garde de l'enfant à l'un d'eux³⁶²?

À notre avis, et bien qu'aucun auteur-e ne se soit, à notre connaissance, explicitement prononcé sur le sujet, la réponse ne peut qu'être négative. En effet, outre les arguments que l'on peut faire valoir à l'encontre de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale, de ses fondements, de sa justification et de son avenir, il faut admettre que le fait de conférer un si grand pouvoir décisionnel au tiers gardien est incompatible avec le principe du caractère temporaire de cette garde. Plus encore, on ne peut appliquer la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale aux situations d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers parce que le droit civil québécois ne confère pas au tiers gardien et au parent gardien le même statut juridique. Si le parent gardien est titulaire de l'autorité parentale, le tiers gardien ne l'est pas. Ce dernier n'acquiert pas ce statut du fait de l'ordonnance de garde puisque l'autorité parentale est une institution liée à la filiation. De plus, la parentalité de fait n'est pas constitutive à elle seule d'un changement de filiation. Or, si jamais la portée extensive du

361. Pour de plus amples détails au sujet de la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale, voir *supra*, Section I, B, 2, b).

362. Voir art. 605 C.c.Q. et *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, note 39, 163.

pouvoir décisionnel que confère la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale au parent gardien se justifie, il nous semble que ce doit être en raison du cumul des fonctions. Aussi, puisque le tiers gardien n'est pas à la fois gardien de l'enfant et titulaire de l'autorité parentale, il ne peut, en vertu des règles générales, assumer les mêmes responsabilités que le parent gardien.

Appliquer la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale à la situation du tiers gardien, c'est-à-dire ériger en principes généraux cette répartition des pouvoirs et des responsabilités, aurait pour effet de porter atteinte aux fondements mêmes de l'institution qu'est l'autorité parentale, voire aux finalités de stabilité qu'elle poursuit³⁶³. Dans cette perspective, les principes de l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T)* concernant le pouvoir décisionnel respectif du tiers gardien et du titulaire de l'autorité parentale nous paraissent conformes à la conception juridique québécoise du meilleur intérêt de l'enfant. Certes, l'institution qu'est l'autorité parentale est appelée, comme elle l'a été par le passé, à évoluer aux rythmes des époques et des valeurs sociales. D'ailleurs, le phénomène de la reconstitution des familles et de la parentalité de fait contribuera peut-être à cette évolution. Mais si un jour la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale devenait le modèle applicable à la situation du tiers gardien et du parent non gardien, hypothèse qui nous paraît hautement improbable en raison des perspectives de réforme concernant la responsabilité des parents, nous ne serions plus en présence d'une évolution, mais d'une transformation radicale des notions d'autorité parentale, de parent, de famille et d'intérêt de l'enfant.

Section II. L'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: l'expression d'une conception du rôle des parents et du meilleur intérêt de l'enfant

L'article 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* consacre le droit des enfants à un niveau de vie suffisant pour assurer leur développement. Il prévoit aussi que ce devoir incombe principalement aux parents, ou autres personnes ayant l'enfant à charge, dans les limites de leurs possibilités et moyens

363. À ce sujet, voir la partie I, A du texte, plus particulièrement la partie I, A, 1, c).

financiers³⁶⁴. Comment ce droit des enfants doit-il être mis en oeuvre? La disposition ne le précise pas. Dès lors, si les législateurs des différents pays signataires de la Convention ont probablement tous adopté des règles législatives visant cette finalité, il y a lieu de croire que les moyens utilisés pour ce faire s'avèrent distincts.

Qu'elle soit régie par le *Code civil du Québec* ou la *Loi sur le divorce*, l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant constitue un des moyens institués pour assurer aux enfants québécois un niveau de vie suffisant. Or à l'instar de l'autorité parentale, l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant est une institution véhiculant une certaine conception du meilleur intérêt de l'enfant et du rôle des parents. Dans cette perspective, l'objectif de cette seconde section consiste à décrire certaines composantes de cette institution tout en faisant ressortir la spécificité des règles juridiques applicables au Québec et les valeurs qui les sous-tendent.

Pour atteindre cette finalité, nous débiterons par un examen du contenu et de la portée de l'obligation alimentaire (A). Nous nous attarderons ensuite aux critères d'attribution et de fixation des pensions alimentaires pour enfants (B).

A- L'obligation alimentaire: contenu et portée

L'étendue du devoir imposé aux parents de l'enfant, voire la portée de l'obligation de soutien économique qui leur incombe, se conçoit d'abord à la lumière de la notion d'obligation alimentaire. Il importe donc de débiter cette étude en décrivant brièvement les composantes de l'obligation alimentaire (1).

Le rôle de soutien économique que le droit applicable au Québec confère aux parents ressort également de l'identification des personnes qui, à l'instar des parents, sont titulaires d'une obligation alimentaire à l'égard des enfants. Dans cette perspective, la deuxième partie est consacrée à l'identification des personnes

364. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 27, plus particulièrement liés à la thématique de l'obligation alimentaire, prévoient: «1. Les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.

2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.»

possédant, en vertu du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur le divorce*, le statut de débiteur alimentaire potentiel de l'enfant (2).

1. La notion d'obligation alimentaire

La notion d'obligation alimentaire est susceptible de deux acceptions. Au sens strict, elle correspond à l'obligation de fournir des aliments (a) alors qu'au sens large, elle équivaut à la rencontre de l'obligation de fournir des aliments et du devoir d'entretien (b).

a) L'obligation de fournir des aliments

L'obligation de fournir des aliments, ou obligation alimentaire au sens strict du terme, est celle qui incombe à toutes les personnes possédant, en vertu du *Code civil du Québec*, le statut de débiteur alimentaire de l'enfant. Fondée sur l'article 585 C.c.Q., elle consiste en l'obligation de fournir «les moyens nécessaires à la satisfaction des besoins essentiels de la vie»³⁶⁵. Liée à la satisfaction des besoins primaires³⁶⁶, elle était, sous l'autorité du *Code civil du Bas Canada*, traduite par le concept de «nécessités de la vie». Ainsi, l'obligation de fournir des aliments implique la fourniture «de nourriture et des nécessités de la vie»³⁶⁷, voire des choses indispensables à la subsistance³⁶⁸.

Cette obligation de veiller à la satisfaction des besoins primaires, qui inclut le logement, la nourriture, le chauffage, et les vêtements³⁶⁹ tout en excluant les «frais d'éducation optionnels [...] [et] les dépenses qui ne sont pas essentielles au maintien d'une vie décente»³⁷⁰, est réciproque³⁷¹. De plus, contrairement à l'obliga-

365. J. PINEAU, *op. cit.*, note 55, p. 262. Voir aussi: Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1991, p. 254; *Droit de la famille – 2466*, [1996] R.D.F. 546, 548 (C.S.).

366. J.-P. SENÉCAL, *loc. cit.*, note 171, 106. Voir également BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur les pensions alimentaires versées aux petits-enfants*, mars 1996, p. 11-12.

367. M.D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 235; Philippe FERLAND, «L'obligation alimentaire dans le droit civil québécois», (1964) 1 *Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit* 61, 63: «L'objet de l'obligation consiste en des aliments, c'est-à-dire en tout ce qui est nécessaire à la vie du créancier qui est dans le besoin; nourriture, vêtements, habitation.»

368. *Fortier c. Miller*, [1943] R.C.S. 470, 481.

369. *Grenier c. Blanchet*, [1959] C.S. 272.

370. *Droit de la famille – 2466*, précité, note 365, 548.

371. Voir l'article 585 C.c.Q. qui prévoit que cette obligation existe entre les parents en ligne directe jusqu'au premier degré.

tion d'entretien, l'obligation de fournir des aliments ne prend pas fin à la majorité de l'enfant³⁷², est tributaire de la fortune personnelle de l'enfant³⁷³ et n'est pas soumise au critère du standard de vie du débiteur³⁷⁴.

Lorsque l'enfant majeur s'adresse au tribunal pour obtenir une pension alimentaire de son parent³⁷⁵, c'est l'exécution de cette obligation de fournir des aliments qui est demandée³⁷⁶. Dans le cas de l'enfant mineur, la demande de pension alimentaire présentée, pour l'enfant, par le titulaire de l'autorité parentale, le

-
372. Voir C.c.Q., art. 585 et s., qui ne prévoient pas que la majorité de l'enfant constitue une fin de non-recevoir, ainsi que la définition d'enfant à charge de l'article 2(2) de la *Loi sur le divorce* prévoyant spécifiquement le cas de l'enfant majeur.
373. M.D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 235-236; M. OUELLETTE, *op. cit.*, note 365; Dominique GOUBAU, «La pension alimentaire pour enfants», dans Jean-Pierre SENÉCAL (dir.), *Droit de la famille québécois*, Farnham, Éditions CCH/FM, 1998, p. 5,301, p. 5,304.
374. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373 et la jurisprudence citée. Pour une illustration, voir: *B. c. J.-S. et J.*, C.S.Q., n° 200-04-001181-955 (01-03-96) résumé dans *Bulletins du droit de la famille québécois*, avril 1996, p. 3.
375. Étant donné que l'article 506 C.c.Q. n'autorise la représentation que pour l'enfant mineur, on a toujours considéré que l'enfant majeur désirant obtenir une pension alimentaire en vertu du *Code civil du Québec* devait lui-même présenter sa demande. Ce principe pourrait toutefois être remis en question suite à l'adoption du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (1997) 129 G.O. II, 2117, étant donné que son article 1 institue une présomption de mandat à l'égard du parent gardien. À ce sujet, voir notamment: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373, 5,232-5,233. Précisons qu'en vertu de la *Loi sur le divorce* la situation est différente. En effet, lorsque le tribunal a déjà statué sur les besoins alimentaires de l'enfant, toute demande de modification doit être faite par le parent gardien: *Droit de la famille – 1833*, [1994] R.D.F. 9 (C.A.).
376. L'importance de la distinction entre l'obligation alimentaire au sens strict du terme et l'obligation alimentaire au sens large, c'est-à-dire incluant l'obligation d'entretien, a été surtout énoncée dans les décisions concernant les demandes de pension alimentaire adressées aux grands-parents. Voir notamment: *Droit de la famille – 211*, [1985] C.A. 332, 334; *Droit de la famille – 1244*, [1989] R.D.F. 300, 305 (C.S.); *Droit de la famille – 2308*, [1996] R.J.Q. 77, 80-81 (C.S.); *B. c. J.-S. et J.*, précité, note 374; *Droit de la famille – 2379*, [1996] R.J.Q. 686, 691 (C.S.). Pour des illustrations de cette distinction, lorsque la demande concerne un enfant majeur, voir notamment: *D.L. c. R.L. et R.T.*, C.S.Q., n° 200-04-001643-962 (01-05-96), résumé dans *Bulletins du droit de la famille québécois*, juillet 1996, p. 5. Précisons que les opinions ont longtemps été divisées sur le fondement du droit aux aliments de l'enfant majeur. Pour certains il s'agissait de l'obligation d'entretien alors que pour d'autres, considérant que l'obligation d'entretien prend fin avec la majorité, il ne pouvait s'agir que de l'obligation alimentaire de l'article 585 C.c.Q. qui équivaut à l'obligation de fournir des aliments. Mais en 1993, la Cour d'appel a mis fin au débat en affirmant qu'il s'agissait non pas de l'obligation d'entretien mais de l'obligation alimentaire entre parents en ligne directe: *Droit de la famille – 1716*, [1993] R.D.F. 523, [1994] R.J.Q. 1877 (C.A.).

tuteur ou le gardien de l'enfant³⁷⁷ implique l'exécution de l'obligation de fournir des aliments et du devoir d'entretien³⁷⁸.

b) *La rencontre de l'obligation de fournir des aliments et du devoir d'entretien*

En sus de l'obligation de fournir des aliments, les parents de l'enfant mineur sont tenus à une obligation d'entretien énoncée à l'article 599 C.c.Q. Ce devoir d'entretien réfère à l'aspect matériel des obligations parentales. Il ne se limite pas aux besoins essentiels³⁷⁹. Par conséquent, ce devoir a une portée beaucoup plus étendue que l'obligation de fournir des aliments³⁸⁰. De plus, l'obligation d'entretien s'avère tributaire du niveau de vie des parents³⁸¹, n'est pas réciproque ni dépendante de la fortune de l'enfant³⁸². Ainsi, la pension alimentaire qu'un parent peut être tenu de verser pour son enfant mineur est dictée tant par les «besoins stricts de l'enfant» que le «niveau de vie auquel il a droit en fonction des moyens du parent débiteur»³⁸³.

En établissant cette distinction entre l'obligation de fournir des aliments (obligation alimentaire au sens strict du terme) et l'obligation d'entretien (qui cumulée à l'obligation de fournir des aliments devient l'obligation alimentaire au sens large du terme),

377. L'article 586 C.c.Q. énonce la liste des personnes pouvant tenter un recours alimentaire pour un enfant mineur.

378. Art. 599 C.c.Q. Sur le fait que l'obligation d'entretien s'éteint à la majorité de l'enfant, voir notamment: *Droit de la famille – 2466*, précité, note 365, 547-548.

379. J.-P. SENÉCAL, *loc. cit.*, note 171, 106. Voir également BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 366, p. 11-12.

380. M.D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 235-236; M. OUELLETTE, *op. cit.*, note 365, p. 187; P. FERLAND, *loc. cit.*, note 367, 61. Voir également: *Droit de la famille – 2379*, précité, note 376.

381. *Droit de la famille – 2379*, précité, note 376, 690 (C.S.).

382. M.D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 235-236; M. OUELLETTE, *op. cit.*, note 365, p. 187. Voir notamment: *Coté c. Coté*, [1979] C.S. 378; *Tanguay c. Tanguay*, [1979] C.S. 382; *Droit de la famille – 469*, [1988] R.D.F. 58 (C.S.). La jurisprudence admet toutefois que les parents peuvent puiser dans le patrimoine de l'enfant si ce dernier a des besoins spécifiques et que les parents ne disposent pas des ressources financières pour en assumer le paiement: R. ST-PIERRE, *loc. cit.*, note 84, 209. Voir aussi l'article 218 C.c.Q. Cela ne modifie toutefois pas le principe suivant lequel les parents sont tenus d'entamer leur capital pour répondre aux besoins de l'enfant alors que ce dernier n'a pas à épuiser son capital pour avoir droit à une pension alimentaire. Sur cette thématique en général, voir: Dominique GOUBAU, «L'obligation alimentaire et la protection du capital», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 135.

383. M.D. CASTELLI et É.-O. DALLARD, *op. cit.*, note 55, p. 236.

le législateur québécois définit implicitement le rôle des parents. Ainsi, tant que l'enfant est mineur, le législateur lui confère le droit au même niveau de vie que ses parents³⁸⁴. La famille, composée des père, mère et enfants mineurs, est donc considérée comme une unité économique à l'intérieur de laquelle un partage des ressources disponibles s'impose. Cela ne signifie toutefois pas une égalité de contribution. La responsabilité financière des parents à l'égard de leur enfant mineur demeure beaucoup plus imposante que celle des enfants mineurs à l'égard de leurs parents puisque l'obligation alimentaire parent/enfant est réciproque mais que l'obligation d'entretien n'incombe qu'aux parents et demeure malgré la fortune de l'enfant mineur.

Pour le législateur, le rôle de soutien économique des parents doit se modifier lorsque l'enfant atteint l'âge de la majorité. C'est du moins ainsi que l'on peut interpréter le fait que la majorité mette fin à l'obligation d'entretien pour ne laisser subsister que l'obligation de fournir des aliments, laquelle équivaut à l'obligation de pourvoir aux seuls besoins essentiels. Ainsi, si la majorité n'implique pas la disparition des liens de solidarité économique, les responsabilités financières que doivent assumer les parents se voient considérablement réduites.

L'examen de la portée de l'obligation de fournir des aliments et du devoir d'entretien permet de mieux circonscrire le rôle de soutien financier que le législateur québécois entend conférer aux parents des enfants. Cette étude ne saurait toutefois être complète sans une analyse des règles relatives à l'identification des débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant.

2. Les débiteurs alimentaires de l'enfant

Les choix législatifs concernant les débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant témoignent d'une certaine conception des liens unissant l'enfant à ses parents et à d'autres personnes. En d'autres termes, le rôle de soutien financier que les règles juridiques confèrent aux parents se conçoit notamment à la lumière des responsabilités financières imposées aux autres personnes. Quelles sont donc les personnes possédant, en vertu du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur le divorce*, le statut de débiteur alimentaire potentiel de l'enfant?

384. La Cour suprême a d'ailleurs consacré ce principe dans *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670.

Pour répondre à cette question, nous jugeons opportun d'étudier l'évolution des règles des codes civils relatives à l'identification des débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant québécois (a). Cet examen nous permettra de mettre en lumière la transformation des valeurs québécoises concernant le rôle des parents, la notion de famille et leur impact sur les règles juridiques.

Cette étude historique nous permettra également de constater que l'évolution législative témoigne d'une intention de conforter et de centraliser les responsabilités financières des parents à l'égard de leur enfant. Dans cette perspective, la seconde partie porte sur l'évolution des règles concernant la succession du débiteur alimentaire de l'enfant, lesquelles ont pour effet de maintenir l'obligation alimentaire des parents après leur décès (b).

La troisième et dernière partie traite du statut de débiteur alimentaire potentiel de l'époux ou ex-époux ayant tenu lieu de père ou de mère, une obligation reconnue par le législateur fédéral mais ignorée du législateur québécois (c). L'étude de cette institution conférant des effets juridiques à la parentalité de fait révèle l'existence de deux conceptions différentes de la famille, de la notion de parent et, par conséquent, du meilleur intérêt de l'enfant. Elle présente également l'avantage de faire ressortir deux façons de mettre en oeuvre l'article 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* imposant aux parents, mais aussi aux autres personnes ayant la charge de l'enfant, la responsabilité d'assurer les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.

a) *De l'article 167 C.c.B.C à l'article 585 C.c.Q.*

À l'époque de l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas Canada*, soit en 1866, le soutien économique et social de l'État s'avère pratiquement inexistant. La famille est un regroupement de personnes vivant des mêmes ressources agricoles et ses membres comptent les uns sur les autres pour assurer leur survie. Dès lors, les règles de droit relatives à l'obligation alimentaire reflètent les liens de solidarité familiale allant de pair avec ce mode de vie³⁸⁵. Elles sont fondées sur la relation de sang ou d'alliance unis-

385. C. LOUBIER et C. PROULX, *loc. cit.*, note 43, 5; Jean-Louis BAUDOUIN, «L'intervention de l'État dans la responsabilité de l'obligation alimentaire», dans J. BOUCHER et A. MOREL (dir.), *op. cit.*, note 33, p. 91, p. 92. Voir également: Renée JOYAL, «Les obligations alimentaires familiales et les enfants:

sant les membres de la grande famille, voire «l'importance de la lignée et la valeur attachée à la solidarité intergénérationnelle»³⁸⁶.

Ces dispositions du *Code civil du Bas Canada*, demeurées sensiblement les mêmes jusqu'en 1980, font des parents, des grands-parents et des arrière-grands-parents les débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant légitime³⁸⁷. Elles imposent cependant une responsabilité financière plus importante aux parents puisqu'une obligation d'entretien leur incombe également.

Étant donné les valeurs sociales de l'époque, les enfants illégitimes, c'est-à-dire les enfants nés hors des liens sacrés du mariage, ne jouissent pas d'avantages comparables. Ne faisant pas partie intégrante de la grande famille, ils ne possèdent de droits alimentaires qu'à l'égard de leurs parents³⁸⁸. De plus, cette obligation parentale est limitée étant donné que l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever les enfants ne prévaut qu'à l'égard des enfants légitimes³⁸⁹.

Contrairement au droit suisse, le *Code civil du Bas Canada* n'assujettit pas les frères et sœurs à une obligation alimentaire réciproque³⁹⁰. Il consacre cependant l'existence d'une obligation alimentaire au sens strict entre les gendres et les belles-filles et leurs beaux-parents³⁹¹. De plus, la doctrine d'alors enseigne que

de l'exclusion horizontale à l'exclusion verticale», (1999) 33 R.J.T. 327, 336-338, ainsi que les auteur-e-s cités par D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 86, 562, note 8.

386. R. JOYAL, *loc. cit.*, note 385, 334; P. FERLAND, *loc. cit.*, note 367, 62-63.

387. Puisqu'il s'agit d'une obligation réciproque, l'enfant possède également le statut de créancier alimentaire potentiel pour ces personnes. En effet, de 1866 à 1980, l'article 166 C.c.B.C. prévoit que: «Les enfants doivent des aliments à leur père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.» Quant à l'article 168 C.c.B.C., il énonce: «Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques.»

388. Ce droit de réclamer des aliments était alors fondé sur l'article 240 C.c.B.C. Voir notamment P. FERLAND, *loc. cit.*, note 367, 62.

389. Cette différenciation concernant l'étendue des responsabilités parentales cessera en 1970 avec la mise en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62. À ce sujet, voir notamment: R. JOYAL, *loc. cit.*, note 385, 335 et 339.

390. Jacques-Michel GROSSEN, «La dette alimentaire, spécialement entre frères et sœurs, en droit privé suisse», dans Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN et John EEKELAAR, *Famille, État et sécurité économique d'existence*, vol. 1, Bruxelles, E. Story Scientia, 1988, p. 289.

391. De 1866 à 1969, l'article 167 C.c.B.C. prévoit que: «Les gendres et belles-filles doivent également et dans les mêmes circonstances des aliments à leur beau-père et belle-mère; mais cette obligation cesse: 1. Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces; 2. Lorsque celui des deux époux qui produisait

les ascendants des beaux-parents sont inclus dans cette liste à titre de beaux-parents³⁹². Par conséquent, les beaux-parents et les parents des beaux-parents constituent également, pour l'enfant marié, des débiteurs alimentaires potentiels.

Au cours du XX^e siècle, la société québécoise connaît d'importantes transformations économiques et sociales (industrialisation, spécialisation du travail, déplacement de la population vers les villes au détriment des campagnes, interventionnisme économique de l'État). Ces changements sociaux provoquent une remise en question des règles du *Code civil du Bas Canada* gouvernant l'obligation alimentaire. À vrai dire, une nouvelle conception de la famille et des liens de solidarité familiale justifie la modernisation des dispositions relatives à l'obligation alimentaire, notamment en ce qui a trait à l'identification des débiteurs et créanciers potentiels. Aussi, lors de la grande réforme du droit de la famille de 1980, le législateur québécois abroge les dispositions du *Code civil du Bas Canada* pour les remplacer par des règles juridiques visant à mieux refléter l'évolution de la société et de la famille³⁹³.

En consacrant le principe selon lequel les enfants sont tous égaux peu importe les circonstances de leur naissance, le premier *Code civil du Québec* (1980) fait disparaître la distinction entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes³⁹⁴. Ainsi, les droits alimentaires de tous les enfants québécois sont désormais régis par les mêmes principes.

Si l'obligation alimentaire, au sens strict du terme, demeure réciproque, le nombre de débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant s'avère considérablement réduit. En effet, les liens de

l'affinité et les enfants de son union avec l'autre époux sont décédés.» De 1969 à 1980, un paragraphe fut ajouté à l'article 167 C.c.B.C.: «3. Lorsque le mariage qui produisait l'alliance a été dissout par divorce.» Finalement, de 1866 à 1980, l'article 168 C.c.B.C. se lit comme suit: «Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques.»

392. Pierre-Basile MIGNEAULT, *Droit civil canadien*, Montréal, Théoret, 1896, p. 484, cité dans R. JOYAL, *loc. cit.*, note 385, 333-334.

393. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la famille: première partie*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1974, p. 440: «Une telle réforme reflète l'évolution de la société et plus particulièrement celle de la famille qui a passé de la famille au sens large à la famille nucléaire. Les lois sociales tendent également à modifier les rapports entre les individus, car l'assistance sociale assure un certain minimum aux personnes qui sont dans le besoin.»

394. Voir l'article 594 C.c.Q. (1980), devenu l'article 522 C.c.Q. en 1994.

solidarité économique juridiquement reconnus ne concernent désormais que les époux et les parents en ligne directe³⁹⁵. Par conséquent, l'enfant québécois a pour débiteur alimentaire potentiel ses parents, ses grands-parents et ses arrière-grands-parents. S'il a convolé en justes noces, il convient d'ajouter son époux à cette liste³⁹⁶. Deux catégories de personnes sont cependant assujetties à des responsabilités financières plus imposantes: les parents de l'enfant mineur, en raison du devoir d'entretien, et l'époux de l'enfant, étant donné le devoir de secours et d'assistance imposé aux conjoints.

Lorsque le nouveau *Code civil du Québec* entre en vigueur le 1^{er} janvier 1994, les règles établissant les débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant demeurent inchangées. L'obligation alimentaire est donc toujours liée au statut d'époux ou de parents en ligne directe. Cependant le 20 juin 1996, le législateur québécois intervient pour réduire à nouveau le nombre de débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant. En effet, sa modification de l'article 585 C.c.Q. a pour effet de restreindre l'obligation alimentaire aux parents en ligne directe au premier degré. Ainsi, les grands-parents et les arrière-grands-parents perdent leur statut de débiteur alimentaire potentiel de l'enfant tant pour le passé, le présent que l'avenir. Par conséquent, non seulement l'enfant québécois ne peut plus réclamer de pension alimentaire à ses grands-parents, celui qui en percevait une en vertu d'une ordonnance du tribunal perd son droit à partir du 30 septembre 1996 puisque le jugement l'ordonnant devient alors sans effet³⁹⁷.

Comment peut-on expliquer ce choix? Pourquoi le législateur québécois a-t-il mis fin à une obligation caractéristique des pays

395. Art. 633 C.c.Q. (1980).

396. Le législateur québécois a, lors de la réforme de 1980, choisi de ne pas donner suite à la proposition de l'Office de révision du Code civil concernant la consécration d'une obligation alimentaire entre les conjoints de fait: *op. cit.*, note 393, p. 445-446. Aucune modification n'a été apportée par le nouveau Code de 1994. Par conséquent, contrairement à la majorité des provinces canadiennes, l'union de fait n'a pas pour effet, au Québec, de donner ouverture à un droit de réclamer une pension alimentaire à son conjoint ou ex-conjoint de fait.

397. *Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire*, L.Q. 1996, c. 28 (entrée en vigueur le 20 juin 1996). Désormais, l'article 585 C.c.Q. se lit comme suit: «Les époux de même que les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments.» C'est l'article 2 du projet de loi qui vient préciser que l'abolition de l'obligation alimentaire des grands-parents s'applique aux instances en cours et que l'obligation résultant d'un jugement antérieur s'éteint le 30 septembre 1996.

de tradition civiliste existant depuis l'Antiquité³⁹⁸? Comment se fait-il que les grands-parents jouissent d'un droit à des relations personnelles avec leurs petits-enfants sans être, sauf sur une base volontaire, contraints à la solidarité économique³⁹⁹?

Les demandes de pension alimentaire des enfants à l'égard de leurs grands-parents n'étaient pas fréquentes. Qui plus est, les tribunaux québécois avaient consacré le principe selon lequel l'obligation alimentaire des grands-parents ne trouvait application que de façon subsidiaire, c'est-à-dire lorsque les parents faisaient défaut de remplir leur devoir d'entretien⁴⁰⁰. Bref, les paramètres de cette obligation respectaient déjà l'article 27 (2) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, selon lequel les parents sont, au premier chef, les personnes auxquelles incombe la responsabilité d'assurer les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.

Certes, le document de consultation publié par le gouvernement précisait que l'intérêt des enfants constituait un des facteurs à prendre en considération. Il est toutefois difficile de prétendre que leur sécurité économique est mieux assurée du fait qu'ils ne sont plus des créanciers alimentaires potentiels pour leurs grands-parents car ils ne l'étaient qu'en théorie⁴⁰¹. À vrai dire, si l'on se rappelle le contexte à l'origine de cette modification, soit une large médiatisation de certaines ordonnances judiciaires ayant accordé une pension alimentaire à des petits-enfants et la mobilisation des groupes de personnes du troisième âge qu'elle a suscitée⁴⁰², il semble que la protection économique des enfants et

398. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 366, p. 3-4. L'obligation alimentaire entre ascendants et descendants faisait partie de la Coutume de Paris introduite en Nouvelle-France en 1664: R. JOYAL, *loc. cit.*, note 385, 331. Dans les provinces canadiennes de common law, seules l'Alberta et les Territoires du Nord-Ouest instituent une obligation alimentaire réciproque entre parents au-delà du premier degré: Dominique GOUBAU, «Obligations et droits des grands-parents en droit de la famille québécois», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Le droit des aînés*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 21, p. 27.

399. Sur le droit aux relations personnelles enfant/grand-parent, voir *supra*, Section I, A, 2, a).

400. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 398, 28-33 et BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 366, p. 5-7, ainsi que la jurisprudence citée.

401. Selon Dominique Goubau, aucune décision ne peut être recensée concernant l'obligation alimentaire des petits-enfants à l'égard de leurs grands-parents: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 398, 27.

402. Pour une analyse des décisions visées, voir: R. JOYAL, *loc. cit.*, note 385, 341-342.

de leur meilleur intérêt ne constituait pas la finalité première de cette mesure⁴⁰³.

Depuis cette intervention législative, le *Code civil du Québec* ne reconnaît qu'aux parents et à l'époux le statut de débiteur alimentaire potentiel de l'enfant. L'évolution législative s'est donc constamment traduite par une réduction du nombre de débiteurs alimentaires potentiels. Ainsi, si les parents ont toujours assumé des responsabilités financières plus imposantes à l'égard de leur enfant mineur en raison de leur obligation d'entretien, ils sont, à l'issue de cette évolution, devenus pratiquement les seuls débiteurs alimentaires potentiels de leur enfant. Cette centralisation des responsabilités financières ne signifie toutefois pas nécessairement une diminution de la protection économique des enfants. En effet, si dans le cas de l'obligation alimentaire liant les grands-parents à leurs petits-enfants le législateur québécois n'a pas hésité à faire disparaître une tradition millénaire, c'est en passant outre une tradition centenaire qu'il est intervenu, en 1989, pour assurer la protection des enfants en cas de décès du débiteur alimentaire.

b) La succession du débiteur alimentaire de l'enfant

La liberté de tester du droit anglais caractérise le droit civil québécois depuis 1774⁴⁰⁴. Elle ne fut d'ailleurs pas remise en question au moment de l'élaboration du *Code civil du Bas Canada*⁴⁰⁵. Ce principe a donc longtemps permis aux parents de se soustraire

403. Avant la modification de l'article 585 C.c.Q., le ministre de la Justice du Québec Paul Bégin procéda à une consultation populaire sur trois options possibles: le statu quo, le retrait de l'obligation alimentaire ou l'encadrement de cette obligation par certaines balises. Le Barreau du Québec recommandait alors le maintien de cette obligation alimentaire réciproque assortie d'une affirmation législative concernant son caractère subsidiaire: BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 366, p. 1.

404. «L'apparition de cette liberté de tester dans l'Acte de Québec avait pour but premier de satisfaire les sujets britanniques et leur permettre de faire échec au système juridique français que l'on s'apprêtait à mettre en vigueur. Étant donné que les colons canadiens étaient caractérisés par leur esprit d'indépendance et leur mobilité et qu'ils ne devaient rien de leur fortune à leurs ancêtres, la notion de liberté illimitée de tester fut bien reçue par le Parlement et bien interprétée par les tribunaux parce qu'elle correspondait en fait à la mentalité prédominante de l'époque.» Luce M. DIONNE, «La survie de l'obligation alimentaire», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 25, p. 30.

405. Germain BRIÈRE, «L'obligation alimentaire survit désormais au décès du débiteur», (1989) 20 *R.G.D.* 647, 649.

à leur obligation alimentaire envers leur enfant. En effet, à partir du moment où les règles de droit évitent de porter atteinte à la liberté de tester, aucune disposition législative ne prévoit qu'une partie de la succession d'un parent échoit à son enfant, peu importe le contenu de son testament.

Jusqu'en 1989, le parent de l'enfant pouvait donc, par la rédaction d'un testament, léguer tous ses biens à des tiers et ainsi laisser son enfant sans ressources après son décès. Dans un tel cas, et peu importe la valeur de la succession, aucune pension alimentaire ne pouvait être exigée des héritiers ou légataires. Lorsque le parent versait une pension alimentaire pour son enfant au moment de son décès, la succession n'était pas davantage tenue au respect de cette obligation. En effet, parce que l'obligation alimentaire est de nature personnelle, elle s'avère intransmissible. Dès lors, elle prend fin au décès du débiteur⁴⁰⁶. Pour prévenir de telle situation, certains créanciers alimentaires ont demandé la transformation de la pension alimentaire périodique en somme forfaitaire. Toutefois, même lorsqu'il y avait lieu de croire à la mort prochaine du débiteur alimentaire et, par conséquent, à l'absence de ressources suffisantes qui en résulterait pour le créancier, les tribunaux n'ont pas systématiquement accédé à la demande⁴⁰⁷.

En 1930, 1955 et 1982, des revendications ont été faites en vue d'une certaine forme de survie de l'obligation alimentaire⁴⁰⁸. Un projet de loi fut même déposé en 1985⁴⁰⁹. Cependant, il aura

406. «Lorsqu'une personne décède, son patrimoine, actif et passif, se déverse en quelque sorte dans le patrimoine de son héritier; c'est la règle de la transmissibilité des droits et obligations du défunt. Cette règle comporte cependant certaines exceptions; c'est ainsi que le droit et l'obligation à une pension alimentaire ont été considérés traditionnellement comme intransmissibles; solution qui n'est pas dépourvue de logique, car l'obligation alimentaire en question résulte d'un lien de parenté ou du lien conjugal, liens qui sont personnels et disparaissent avec la mort des personnes entre lesquelles ils existent.» *Ibid.*, 648. Sur le principe de l'obligation alimentaire, une obligation personnelle s'éteignant avec le décès, voir notamment: *Turner c. Mulligan*, (1894) 3 B.R. 523 et *Davidson c. Winteler*, (1904) 13 B.R. 97.

407. *A.A. c. G.R.*, (1989) 21 Q.A.C. 102, cité par Jacques BEAULNE, «Commentaires sur les articles 607.4 et 607.5 C.c.B.C. ou la mutation d'une réserve héréditaire en contribution alimentaire post mortem», (1990) 92 *R. du N.* 573, 573-574.

408. G. BRIÈRE, *loc. cit.*, note 405, 650-653; L.M. DIONNE, *loc. cit.*, note 404, 27.

409. Sur les différents scénarios envisagés, à cette époque, pour assurer la sécurité économique des enfants et du conjoint: Jacques BEAULNE, «Liquidateur successoral, déclaration de transmission, conjoint de fait et succession *ab intestat*, survie de l'obligation alimentaire», (1996) 2 *Cours de perfectionnement du notariat* 92, 103-104. Précisons que le Projet de loi 20 n'est pas parvenu à instaurer le principe de la survie de l'obligation alimentaire en raison d'une controverse

fallu attendre l'année 1989 pour que le législateur québécois mène à terme un tel projet avec la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*⁴¹⁰.

Depuis 1989, le *Code civil du Québec* contient donc un chapitre sur la survie de l'obligation alimentaire conférant aux enfants québécois une plus grande sécurité économique⁴¹¹. En effet, lors du décès de son parent ou de son époux, un enfant peut, lorsque certaines conditions sont satisfaites, réclamer une pension alimentaire à la succession de ceux-ci⁴¹².

Ainsi, en vertu du droit civil québécois, l'enfant a maintenant pour débiteur alimentaire potentiel ses parents, son époux lorsqu'il est marié et la succession de ceux-ci en cas de décès. Mais compte tenu des différentes formes de famille que connaît le Québec à l'aube de l'an 2000, est-ce toujours ainsi qu'il convient de concrétiser le principe de l'article 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*?

Si le législateur québécois continue d'ignorer le fait que 8,3 % des enfants québécois vivent dans des familles reconstituées⁴¹³ dans lesquelles un adulte assume parfois un rôle de parent sans en posséder juridiquement le statut, le législateur fédéral a, quant à lui, choisi d'en tenir compte. Aussi, comme nous allons maintenant le constater, la *Loi sur le divorce* fait de l'époux ou ex-époux

relative au mode de protection approprié: L.M. DIONNE, *loc. cit.*, note 404, 32. Qui plus est, on considérerait que cette question était liée à celle plus vaste des droits économiques des conjoints: G. BRIÈRE, *loc. cit.*, note 405, 653.

410. L.Q. 1989, c. 55.

411. Au moment de leur adoption, il s'agissait des articles 607.1 à 607.11, lesquels sont devenus, sans changement significatif, les articles 684 à 694 du Code civil de 1994. Précisons que certains auteur-e-s jugent inadéquate la protection économique conférée par ces dispositions et proposent, notamment, de mieux exploiter les différentes garanties accessoires aux ordonnances alimentaires. Voir notamment: Carole DE LAGRAVE, «En matière d'aliments: la protection contre le décès du débiteur», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 127; J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 407; L.M. DIONNE, *loc. cit.*, note 404.

412. La lecture des articles 684 et s. C.c.Q. démontre que ce droit n'est pas automatique puisqu'il y a lieu de respecter le délai de prescription de six mois, de faire la preuve des besoins du créancier alimentaire et des ressources de la succession. La doctrine québécoise a longuement décrit et analysé ces dispositions sur lesquelles nous ne nous attardons pas étant donné que nous traitons strictement de l'identification des débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant. À ce sujet, voir *supra*.

413. N. MARCIL-GRATTON, *op. cit.*, note 142, p. 6.

ayant tenu lieu de père ou mère à un enfant un débiteur alimentaire potentiel de ce dernier.

c) *L'époux tenant lieu de père ou de mère*

En vertu de la *Loi sur le divorce*, l'époux ou ex-époux qui tient lieu de père ou de mère possède le statut de débiteur alimentaire potentiel de l'enfant à l'égard duquel il agit comme parent⁴¹⁴. En effet, l'article 15.1 (1) L.D. prévoit qu'un époux peut être tenu de verser une pension alimentaire au profit d'un enfant à charge et l'article 2 (2) définit «l'enfant à charge», comme étant l'enfant des deux époux ou ex-époux: «a) pour lequel ils tiennent lieu de père et mère; b) dont l'un est le père ou la mère et pour lequel l'autre en tient lieu»⁴¹⁵.

La personne tenant lieu de père ou de mère se voit reconnaître le statut de débiteur alimentaire potentiel de l'enfant lorsque trois conditions sont satisfaites. Premièrement, il importe que le parent de fait soit marié étant donné que seul le mariage confère le statut d'époux. Deuxièmement, puisque la demande alimentaire au profit de l'enfant doit être présentée au moment

414. La jurisprudence rendue sous l'autorité des dispositions de la *Loi sur le divorce* ne nous permet pas d'affirmer avec certitude que la portée de l'obligation alimentaire de l'époux ou ex-époux ayant tenu lieu de père ou de mère est identique à celle du parent. En d'autres termes, les tribunaux ne précisent pas, au moment de déterminer le montant de la pension alimentaire si celui-ci vise l'obligation alimentaire au sens large du terme (obligation de fournir des aliments et devoir d'entretien) ou l'obligation alimentaire au sens strict du terme (obligation de fournir des aliments). Cette distinction, fondée sur les principes du droit civil, n'a peut-être pas sa place dans la *Loi sur le divorce*. Quoi qu'il en soit, l'article 5 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, (1997) 131 Gaz. Can. II, 1031, applicables depuis le 1^{er} mai 1997, peut être interprété comme indiquant soit une intention de conférer une portée réduite à l'obligation alimentaire de l'époux ou ex-époux ayant tenu lieu de père ou de mère, soit une intention de conférer un caractère subsidiaire à celle-ci par rapport à l'obligation des parents. Pour ajouter à cette ambiguïté, précisons que les auteur-e-s ne s'entendent pas sur la question de savoir s'il convient, lors d'une demande de pension alimentaire visant la personne ayant tenu lieu de père ou de mère, d'appliquer les Lignes directrices fédérales ou le règlement québécois, *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, précité, note 375, étant donné que cette obligation alimentaire n'existe pas en droit civil québécois. À ce sujet, voir: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373, 5,341 et les auteures citées.

415. Une disposition similaire existait dans la *Loi sur le divorce* de 1968, sauf qu'au lieu d'utiliser l'expression «tenir lieu de père ou de mère» elle recourait à l'expression latine «*in loco parentis*». Sur l'interprétation de la notion d'*in loco parentis* sous l'autorité de la Loi de 1968 ainsi que la problématique relative à l'interaction des définitions d'enfant et d'enfant du mariage, voir: Édith DELEURY, «Les enfants du divorce sont-ils les enfants du mariage?», (1976) 17 *C. de D.* 935.

du divorce ou postérieurement, cela implique une fin d'union consacrée par une action en divorce. Troisièmement, la preuve doit démontrer que cet époux ou ex-époux a effectivement tenu lieu de père ou de mère⁴¹⁶.

Il est bien établi que l'«[o]n ne devient pas le parent de l'enfant de son conjoint instantanément, par le simple fait du mariage»⁴¹⁷. Le fait d'«être gentil, aimable [et] affectueux»⁴¹⁸ avec l'enfant de son conjoint ou de simplement subvenir à ses besoins matériels⁴¹⁹ ne confère pas le statut de parent de fait et donc de débiteur alimentaire de l'enfant.

Jusqu'à tout récemment, les tribunaux canadiens étaient pratiquement unanimes sur la nécessité de prouver l'intention d'agir à titre de parent⁴²⁰ mais divisés sur la question de savoir si la personne agissant comme parent pouvait rompre unilatéralement ce lien l'unissant à l'enfant et, par conséquent, se soustraire à son obligation alimentaire⁴²¹. Avec l'arrêt *Chartier c. Chartier*⁴²², la Cour suprême a tranché le débat et énoncé clairement les critères applicables. Ainsi, en vertu de la *Loi sur le divorce*, un époux ou ex-époux a tenu lieu de père ou de mère et devient, dès

416. Le texte est ici, pour des fins de commodité, rédigé seulement au singulier. Il ne faut toutefois pas en conclure, comme le démontre d'ailleurs la définition d'enfant à charge de l'article 2, que deux époux ou ex-époux ne peuvent pas être tous les deux parents de fait. Pour une illustration, voir *Droit de la famille* – 355, [1987] R.J.Q. 888 (C.S.) où les conjoints tenaient tous les deux lieu de père et de mère à un enfant placé chez eux en famille d'accueil.

417. *Droit de la famille* – 2116, [1995] R.D.F. 47, 51 (C.S.) (j. Rousseau).

418. *Droit de la famille* – 2463, [1996] R.D.F. 534, 535 (C.S.) (j. Bakarett).

419. *Droit de la famille* – 2116, précité, note 417; *Droit de la famille* – 2287, [1995] R.D.F. 744 (C.S.).

420. *Contra*: *Droit de la famille* – 2465, [1996] R.D.F. 541 (C.S.).

421. La décision classique sur le sujet est l'arrêt *Carignan c. Carignan*, (1989) 61 Man. R. 66, (1989) 22 R.F.L. 376 (Man.C.A.). Pour une étude plus approfondie de la problématique de la renonciation au statut de personne tenant lieu de père ou de mère, voir: Dominique GOUBAU, «Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques», (1991) 51 *R. du B.* 625, 631-641; Marie PRATTE, «Divorcer et ne plus vouloir tenir lieu de père», (1993) 24 *R.G.D.* 581. Voir: Keith B. FARQUHAR, «Termination of the *in loco parentis* obligation of child support», (1990) 9 *Can. J. Fam. L.* 99 et Danielle RICHER, «Les enfants qui ne sont pas les miens», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 153. Précisons que depuis l'arrêt *Droit de la famille* – 1369, précité, note 144, il était bien établi, au Québec, que l'article 2 (2) de la *Loi sur le divorce* ne serait d'aucune utilité s'il était permis à un époux de rompre unilatéralement sa relation parentale avec l'enfant afin d'éviter d'être tenu de lui verser des aliments. Voir par exemple: *Droit de la famille* – 1993, [1994] R.D.F. 381 (C.S.) et *Droit de la famille* – 2287, précité, note 419.

422. Précité, note 144.

lors, débiteur alimentaire potentiel de l'enfant, s'il existe entre ce dernier et l'enfant un lien de nature parentale.

Pour évaluer la nature de ce lien, au moment où ils formaient une cellule familiale, les tribunaux doivent examiner objectivement un ensemble de facteurs, notamment le degré de participation de l'enfant à la vie de la famille élargie, la contribution financière à l'entretien de l'enfant de l'époux tenant lieu de père ou de mère, sa prise en charge de la discipline, sa représentation comme personne responsable à titre de parent ainsi que les rapports entre l'enfant et son parent biologique⁴²³. Qui plus est, s'il doit y avoir, chez la personne tenant lieu de père ou de mère, «une intention éclairée et réfléchie d'assumer de façon continue les obligations parentales liées à l'entretien d'un enfant»⁴²⁴, cette dernière ne peut rompre unilatéralement les liens qui l'unissent à l'enfant et ainsi perdre sa qualité de débiteur alimentaire potentiel⁴²⁵.

La doctrine de l'*in loco parentis*, à l'origine des dispositions de la *Loi sur le divorce* imposant une obligation alimentaire aux personnes tenant lieu de père ou de mère, est une institution de common law⁴²⁶. Aussi, à l'exception de l'Alberta⁴²⁷, toutes les pro-

423. *Ibid.*, par. 39. Précisons que la liste des facteurs pertinents énoncés dans ce dernier arrêt correspond aux critères que la doctrine et la jurisprudence québécoise avaient déjà identifiés, soit le lien affectif avec l'enfant, la prise en charge, la contribution aux dépenses de l'enfant, la permanence de la relation, la nature de la relation parentale: *Droit de la famille* – 2287, précité, note 419. Pour une comparaison avec les éléments permettant, en droit américain, de conclure à l'existence d'un statut de parent de fait, voir: B. LEVINE, *loc. cit.*, note 137, 329-332 (cohabitation avec l'enfant, support émotif et financier, agir comme parent (éducation, discipline, etc.), intention). Précisons que depuis l'arrêt *Chartier*, la jurisprudence canadienne se distingue de la jurisprudence américaine qui accorde beaucoup d'importance à la présence ou à l'absence du parent biologique au moment de déterminer si une personne tient lieu de père ou de mère: Alison HARVISON YOUNG, «This Child Does Have 2 (Or More) Fathers ...: Step-parents and Support Obligations», (2000) 45 *R. de d. McGill* 107.

424. *Chartier c. Chartier*, précité, note 144, par. 23.

425. Les éléments permettant de conclure qu'une personne a tenu lieu de père ou de mère et ceux relatifs aux manquements aux devoirs parentaux justifiant une déchéance de l'autorité parentale sont similaires. Pour comparer, voir: *supra*, Section I, A, 3, a).

426. Sur l'origine de cette institution et sa reprise par la jurisprudence canadienne, voir: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 421, 626. Précisons le fait que dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*, précité, note 144, la Cour suprême a posé le principe selon lequel l'interprétation de la *Loi sur le divorce* doit faire abstraction du concept de common law de l'*in loco parentis* et se lier aux principes et valeurs de la société canadienne contemporaine.

427. Pour la liste des dispositions législatives pertinentes, voir: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 421, 626, note 9. Pour un meilleur aperçu de ces dispositions et de

vinces canadiennes de common law et un bon nombre d'États américains⁴²⁸ consacrent le principe selon lequel la parentalité de fait d'une certaine durée, à l'intérieur ou à l'extérieur des liens du mariage, est source d'obligation notamment alimentaire.

Le *Code civil du Québec* ignore volontairement cette institution⁴²⁹ dont l'objectif est de protéger l'enfant, voire de lui éviter d'être abandonné par son parent psychologique lorsque ce dernier ne fait plus partie de la vie du parent de l'enfant⁴³⁰. En effet, l'article 585 C.c.Q. énonce le principe selon lequel l'obligation alimentaire constitue un effet de la filiation ou du mariage. Le législateur québécois a donc choisi de ne pas conférer d'effets juridiques de nature alimentaire aux relations de fait, tant entre conjoints qu'entre un adulte et un enfant⁴³¹. Par conséquent, la grande majorité des enfants québécois vivant dans des familles reconstituées ne peuvent bénéficier d'un soutien alimentaire lors de la dislocation de cette famille si le parent de fait est le conjoint de fait du parent. La même règle s'applique lorsque le parent de fait est l'époux du parent et que le démembrement de la famille est juridiquement reconnu par une annulation de mariage ou une séparation de corps étant donné que la demande alimentaire est alors fondée sur le *Code civil du Québec*.

l'interprétation dont elles ont été l'objet, voir: K.B. FARQUHAR, *loc. cit.*, note 421, 115 et s.

428. Pour un aperçu de la situation américaine, voir B. LEVINE, *loc. cit.*, note 137, 318-319.

429. Dans les années 70, l'Office de révision du Code civil s'est interrogé sur l'opportunité de créer une telle obligation en droit civil québécois. En dépit du fait qu'une telle obligation existait déjà dans bon nombre de pays de common law et qu'elle représentait, selon le Comité sur le droit des personnes et de la famille, un devoir moral incontestable, son application fut jugée trop compliquée. Considérant qu'elle imposerait de trop lourdes obligations au nouvel époux et étant donné que le Comité était divisé sur le caractère équitable d'une telle obligation, l'O.R.C.C. préféra s'abstenir d'en recommander l'institution législative: OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 393, p. 441-442.

430. «L'article 2 (2) de la *Loi sur le divorce* vise en effet à empêcher les parents psychologiques d'abandonner leur enfant au moment du divorce, mais non pas d'obliger au versement d'une pension alimentaire tout mari qui s'est occupé de l'enfant de son épouse, à une époque quelconque dans le passé.» M. PRATTE, *loc. cit.*, note 421, 587. C'est pourquoi le statut de parent de fait confère, notamment dans la *Loi sur le divorce*, non seulement une obligation alimentaire mais également le droit de demander la garde ou des droits d'accès.

431. Certaines lois québécoises reconnaissent néanmoins que l'enfant peut avoir un statut de personne à charge pour le parent de fait: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 421, 628, note 18.

Parce que les enfants canadiens vivant dans des familles reconstituées ne bénéficient pas tous de la même protection⁴³², certains juristes québécois ont tenté de fonder cette obligation alimentaire sur les principes généraux du droit civil. Les tribunaux ont toutefois refusé de faire de l'article 33 C.c.Q. la source d'une obligation alimentaire pour le parent de fait. Si cette disposition consacrant le principe du meilleur intérêt de l'enfant permet l'attribution de la garde d'un enfant à des tiers, elle n'impose pas cette obligation à l'encontre de leur volonté. Par conséquent, même si l'on peut considérer que le soutien alimentaire du parent de fait est dans l'intérêt de l'enfant, on ne peut conclure que l'article 33 C.c.Q. crée cette obligation⁴³³. De la même manière, bien que les articles 32 C.c.Q. et 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne* prévoient que l'enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention des parents et des personnes qui en tiennent lieu, ils ne peuvent fonder l'obligation alimentaire du parent de fait car il faudrait pour cela omettre de prendre en considération l'article 585 C.c.Q.⁴³⁴.

Sur le même territoire, soit le Québec, la mise en oeuvre de l'article 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* revêt donc des formes différentes. Pour le législateur fédéral, l'époux ou ex-époux tenant lieu de père ou de mère est une personne ayant, au sens de cette disposition, la charge de l'enfant. Son obligation d'assurer le développement de l'enfant au plan financier est donc similaire à celle du parent car ce devoir leur incombe, en premier lieu⁴³⁵. Par conséquent, le législateur fédéral considère que l'imposition d'une obligation alimentaire au parent de fait sert le meilleur intérêt de l'enfant. Quant au législateur québécois, soit il n'admet pas que la personne tenant lieu de père ou de mère a la charge de l'enfant, parce que cette situation de fait n'est pas reconnue par le droit, soit il le reconnaît mais préfère laisser à ce devoir un statut d'obligation morale. Peut-être considère-t-il qu'il

432. Une étude longitudinale démontre que 20,5 % des enfants canadiens nés en 1983-84 en famille biparentale ont connu la séparation de leurs parents avant de fêter leurs 10 ans et parmi ceux-ci, 60 % ont vécu, à 10 ans, une recomposition familiale: N. MARCIL-GRATTON, *op. cit.*, note 142, p. 22. Aux États-Unis, 5 millions et demi de couples mariés vivaient, en 1990, avec au moins un enfant dont l'un ou l'autre n'était pas le parent. Les démographes américains prévoient que cette situation sera bientôt celle de 1 enfant sur 3: B. LEVINE, *loc. cit.*, note 137, 316.

433. *Droit de la famille* – 2347, [1996] R.D.F. 129 (C.S.).

434. *Droit de la famille* – 2534, [1996] R.D.F. 828 (C.S.).

435. Sur la portée de l'obligation alimentaire du parent et du parent de fait, voir *supra*, note 414.

est dans l'intérêt de l'enfant d'éviter de conférer des effets juridiques à cette relation de nature parentale au motif que certaines personnes pourraient, pour cette raison, s'abstenir de créer des liens positifs avec ce dernier. Si tel est le cas, il a alors choisi de favoriser la satisfaction des besoins affectifs de l'enfant plutôt que ses besoins économiques. Dans cette perspective, peut-on prétendre que le choix du législateur fédéral, au moment de mettre en oeuvre l'article 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, est le seul qui respecte le critère du meilleur intérêt de l'enfant?

B- La détermination des besoins alimentaires de l'enfant

L'étude de la notion d'obligation alimentaire et l'identification des débiteurs alimentaires potentiels de l'enfant réalisée dans la partie précédente visait à circonscrire l'étendue des responsabilités économiques que le droit applicable au Québec confère aux parents afin de pourvoir aux besoins et au bien-être de l'enfant. Pour la compléter, il faut maintenant examiner les critères d'attribution et de fixation des pensions alimentaires pour enfants.

Les règles juridiques qui président à la détermination des besoins alimentaires des enfants ont récemment fait l'objet d'une réforme visant notamment à contrer le phénomène de la pauvreté chez les enfants. Est-ce que ces nouvelles règles ont pour effet de conforter les responsabilités financières des parents à l'égard de leurs enfants et, par conséquent, de mieux assurer le droit des enfants à un niveau de vie suffisant? Pour répondre à cette question, nous allons débiter par un examen des critères d'attribution et de fixation des pensions alimentaires pour enfant qui étaient applicables avant le 1^{er} mai 1997 (1). Ensuite, nous nous attarderons à ceux qui trouvent application depuis le 1^{er} mai 1997 (2).

1. Les critères d'attribution et de fixation applicables avant le 1^{er} mai 1997

Pour circonscrire l'étendue des responsabilités économiques que les règles relatives à l'attribution et à la fixation des pensions alimentaires pour enfants conféraient aux parents avant le 1^{er} mai 1997, il importe d'examiner, d'une part, les critères d'attribution (a) et, d'autre part, les critères de fixation (b). Les motifs ayant justifié la remise en question des critères de fixation, voire la réforme législative de 1997, retiendront ensuite notre attention (c).

a) *Les critères d'attribution des pensions alimentaires pour enfant: la règle besoins / moyens et la notion d'autonomie*

Avant la réforme législative de mai 1997, les critères d'attribution étaient principalement énoncés à l'article 587 C.c.Q., lequel se lisait comme suit: «Les aliments sont accordés en tenant compte des besoins et des facultés des parties, des circonstances dans lesquelles elles se trouvent et, s'il y a lieu, du temps nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante.» L'article 15 (5) de la *Loi sur le divorce* énonçait des critères similaires en référant aux ressources, aux besoins et à la situation générale des époux et de l'enfant.

En théorie, l'enfant avait droit à une pension alimentaire s'il y avait preuve de ses besoins économiques, des moyens du parent créancier, et de l'incapacité de l'enfant à être financièrement autonome. Mais pour l'enfant mineur, l'absence d'autonomie était présumée d'autant plus que l'obligation du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant découle du devoir d'entretien qui existe indépendamment de la fortune de l'enfant⁴³⁶. En d'autres termes, l'enfant mineur a droit à une pension alimentaire⁴³⁷. Par conséquent, la preuve des besoins de l'enfant et des moyens du parent constituait davantage un élément de fixation du montant de la pension alimentaire qu'un critère présidant à la détermination du droit à une pension alimentaire.

La situation de l'enfant majeur, ou âgé de seize ans et plus lorsque la demande de pension alimentaire était fondée sur la *Loi sur le divorce*, s'avérait différente. Parvenu à cet âge, l'enfant est présumé capable de subvenir seul à ses besoins⁴³⁸. Lorsqu'il demandait une pension alimentaire, ou qu'une pension alimentaire était demandée pour lui, il fallait démontrer son incapacité à être financièrement autonome et justifier cette situation. Ainsi, la

436. La définition de l'enfant à charge de l'article 2 (2) de la *Loi sur le divorce* énonce clairement cette idée selon laquelle l'enfant mineur, c'est-à-dire âgé de 16 ans ou moins avant la modification de 1997, est considéré un enfant à la charge notamment de ses parents: «Enfant à charge: Enfant des deux époux ou ex-époux qui, à l'époque considérée, se trouve dans une des situations suivantes: a) il a moins de seize ans; b) il a au moins seize ans et est à leur charge, sans pouvoir, pour cause de maladie ou d'invalidité ou pour toute autre cause, cesser d'être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins.»

437. L'obligation alimentaire est d'ordre public. Par conséquent, un parent ne peut valablement renoncer aux droits alimentaires de son enfant mineur: *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857.

438. *Supra*, note 436 et *Droit de la famille* – 138, [1984] C.A. 420.

jurisprudence a constamment affirmé que le droit aux aliments de l'enfant majeur aux études dépendait de son âge, de ses antécédents scolaires, du sérieux dont il faisait preuve dans ses études, du niveau de scolarité de ses parents et des efforts de l'enfant pour subvenir au moins partiellement à ses besoins⁴³⁹.

Une fois le droit à une pension alimentaire établi en fonction de la règle besoins/moyens et la notion d'autonomie, il convenait de déterminer le montant de la pension alimentaire sur la base des critères de fixation.

b) La fixation des pensions alimentaires pour enfants: un modèle fondé sur la discrétion judiciaire

Comme nous l'avons précédemment mentionné, la règle besoins/moyens constituait également le critère de fixation des pensions alimentaires pour enfants. Cela signifie qu'en se fondant sur la preuve des besoins de l'enfant et des moyens des parents qui lui était présentée, le tribunal appréciait la situation des parents et de l'enfant pour fixer le montant de la pension alimentaire. Pour faciliter la présentation de cette preuve, les *Règles de pratiques de la Cour supérieure en matière familiale*⁴⁴⁰ prescrivaient l'utilisation d'un formulaire décrivant en détail la situation financière des parents et de l'enfant: actif, passif, revenu, quotité des dépenses (nourriture, chauffage, loisirs, etc.) et incidence fiscale⁴⁴¹. Mis à part le fait que l'ordonnance alimentaire devait prendre en considération l'obligation financière commune des parents de subvenir aux besoins de l'enfant et répartir cette obligation en fonction de leurs ressources⁴⁴², aucune autre directive législative n'orientait la détermination du montant de la pension

439. Voir la décision désormais classique de la Cour d'appel: *Droit de la famille* – 138, précité, note 438. Pour des illustrations de ces principes, voir notamment: *Droit de la famille* – 1716, précité, note 376; *Droit de la famille* – 1595, [1992] R.D.F. 278 (C.S.); *Droit de la famille* – 2130, [1995] R.D.F. 98 (C.S.); *Droit de la famille* – 2193, [1995] R.D.F. 330 (C.S.). Voir aussi: Suzanne-Hélène PRINGLE, «L'enfant majeur: une P.M.E subventionnée?», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial* (1991), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 17 et Suzanne PILON, «Du droit de l'enfant majeur à recevoir des aliments», (1986) *R.D.F.* 155.

440. c. C-25, r. 9, (ci-après cité: R.P.C.S.M.F.).

441. Il s'agit de l'ancien formulaire II de la règle 22.2 intitulé: État des revenus et dépenses et bilan. L'actuel formulaire III, prescrit par la règle 26 R.P.C.S.M.F. pour le conjoint qui demande pour lui-même une pension alimentaire, peut être consulté à titre d'exemple.

442. Art. 15 (8) a) et b) L.D. et art. 599 C.c.Q.

alimentaire de l'enfant⁴⁴³. Ainsi, les juges jouissaient d'un très large pouvoir discrétionnaire et rendaient des décisions au cas par cas.

Ce pouvoir discrétionnaire d'appréciation avait pour effet de créer un manque d'uniformité dans l'octroi des montants de pensions alimentaires pour enfants. Qui plus est, les montants accordés s'avéraient souvent insuffisants pour répondre adéquatement aux besoins des enfants, contribuant ainsi au phénomène de la pauvreté des enfants canadiens et québécois vivant dans des familles séparées. Compte tenu de cette situation, les tribunaux ont tenté d'élaborer des solutions. Ainsi, en 1994, la Cour d'appel de l'Alberta proposa une approche systématique pour établir le montant des pensions alimentaires pour enfants⁴⁴⁴. Cet effort pour énoncer des directives plus précises afin d'établir la quotité des pensions alimentaires pour enfant fut d'ailleurs complété par la Cour suprême qui, la même année, confirma le droit des enfants de bénéficier de l'augmentation du standard de vie d'un des parents même après la séparation⁴⁴⁵. Mais au moment de ces deux arrêts, différents groupes sociaux revendiquaient déjà depuis plu-

443. La jurisprudence avait toutefois, depuis le début des années 1990, établi qu'il fallait tenter d'assurer à l'enfant un niveau de vie comparable avec les deux parents et par rapport à son niveau de vie antérieur. Le montant de la pension alimentaire devait également prendre en considération l'incidence fiscale. Voir notamment: Suzanne PILON, «La pension alimentaire comme facteur d'appauvrissement des femmes et des enfants en droit québécois», (1993) 6 *Revue Femmes et droit* 349, 361.

444. *Levesque c. Levesque*, (1994) 4 R.F.L. (4th) 375 (Alta.C.A.). Cette approche peut être résumée comme suit: 1- calcul du revenu brut des parents pour tenir compte de leur obligation commune de subvenir aux besoins de l'enfant; 2- calcul de tous les coûts reliés à l'entretien des enfants, incluant certains coûts indirects tels que le loyer, les meubles, le téléphone afin que, dans la mesure du possible, l'enfant bénéficie d'un niveau de vie comparable à celui d'avant et chez les deux parents. D'ailleurs, à titre de test pour évaluer le caractère acceptable du montant de la pension alimentaire, la Cour d'appel propose un montant représentant 20 % du revenu brut des deux parents lorsqu'il n'y a qu'un enfant et 32 % lorsqu'il y a deux enfants. 3- répartition de ce coût entre les parents au prorata de leurs revenus. Précisons qu'à cet égard elle reprend la méthode élaborée dans l'affaire *Paras c. Paras*, [1970] 2 R.F.L. 328 (Ont.C.A.). 4- ajustement en fonction des circonstances particulières. 5- réajustement de la contribution de chacun des parents en fonction de l'impact fiscal. Elle affirme également le caractère prioritaire des besoins alimentaires des enfants, voire sa préséance sur les autres dettes du parent débiteur. Bon nombre des principes de l'arrêt *Levesque* étaient reconnus, mais de façon éparse, dans la jurisprudence québécoise. À ce sujet, voir: Suzanne PILON, «Comment plaider une pension alimentaire pour l'enfant mineur – les critères de fixation d'une telle pension», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1.

445. *Willick c. Willick*, précité, note 384.

sieurs années des changements législatifs afin de protéger plus adéquatement les enfants de la pauvreté, voire de mieux assurer leur droit à un niveau de vie suffisant et de le faire davantage correspondre aux moyens de leurs parents. Par conséquent, les gouvernements fédéral et québécois avaient déjà commencé à évaluer les solutions de rechange à ce modèle de fixation fondé sur la discrétion judiciaire.

c) *Les motifs ayant justifié la remise en question du modèle de fixation*

La fixation des pensions alimentaires pour enfants reposait, avant le 1^{er} mai 1997, sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Avec les années, les lacunes et les faiblesses de ce modèle de fixation sont apparues. Tout d'abord, il fallait constater l'absence d'uniformité concernant les montants de pensions alimentaires accordés dans des situations pourtant similaires. En présence de telles variations, il est difficile pour les parents, les avocates et les avocats de prévoir le montant de l'éventuelle ordonnance alimentaire, ce qui contribue davantage à favoriser les litiges qu'à les diminuer.

L'insuffisance des montants était également dénoncée. En l'absence de directives précises pour déterminer les besoins des enfants, il convenait de reconnaître que le coût de leur entretien était souvent sous-estimé, tant par les juges, les avocats et les avocates que les parents eux-mêmes. Ainsi, le modèle de fixation des pensions alimentaires pour enfants fondé sur la discrétion judiciaire s'avérait en partie responsable de l'état de pauvreté des enfants canadiens et québécois vivant dans des familles démembrées⁴⁴⁶. Par conséquent, le droit des enfants à un niveau de vie suffisant énoncé à l'article 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'était pas assuré aussi adéquatement qu'il était possible de le faire. Plus encore, étant donné que l'insuffisance des montants avait pour effet de faire assumer au parent gardien un plus lourd fardeau financier⁴⁴⁷, le parent non gardien n'assumait

446. COMITÉ FÉDÉRAL-PROVINCIAL-TERRITORIAL SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Pensions alimentaires pour enfants, Document de travail public*, Ottawa, 1991. De nombreuses études réalisées au cours des dernières années tant en Amérique du Nord qu'en Australie et en Angleterre étaient parvenues à la même conclusion, voir: L.J. WEITZMAN et M. MACLEAN, *Economic Consequences of Divorce: The International Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1992, cité dans D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 212, 16, note 26.

447. Des études empiriques démontraient que les montants de pension alimentaire ne respectaient pas nécessairement les exigences des coûts minimaux reliés

pas son obligation dans les limites de ses possibilités et de ses moyens financiers tel que le prescrivait cette disposition.

Conscient du problème, le gouvernement québécois a réagi en 1989 en instituant un comité ministériel sur la fixation des pensions alimentaires et, en 1991, le gouvernement fédéral confia au Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille le mandat d'élaborer un nouveau modèle de fixation des pensions alimentaires pour enfants⁴⁴⁸. Suite au dépôt du rapport de ce comité, le ministère de la Justice du Québec émet des réserves au sujet de l'opportunité d'adopter un modèle de fixation unique pour l'ensemble des provinces et territoires. Il poursuit parallèlement ses travaux, lesquels ont donné lieu à un document de consultation déposé à l'Assemblée nationale en juin 1996⁴⁴⁹.

Outre la question des barèmes de fixation, l'impact fiscal de la pension alimentaire pour enfants fut pris en considération lors des études réalisées sous l'autorité des deux ordres de gouvernement. En effet, en raison de la couverture médiatique de l'affaire *Thibodeau* et des pressions exercées sur les gouvernements pour qu'il y ait défiscalisation des pensions alimentaires pour enfants, ces derniers avaient annoncé, avant que la Cour suprême rende son jugement⁴⁵⁰, leur intention de faire en sorte que la pension alimentaire versée pour un enfant ne soit plus un revenu imposable

à l'entretien des enfants. Voir notamment Diane PASK et Marnie L. MCGALL (dir.), *Economic Implications of Marriage Breakdown: Spousal and Child Support*, Canadian Research Institute for Law and the Family, Calgary, 1989.

448. Le rapport final fut déposé en 1995: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Rapport et recommandations du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille concernant les pensions alimentaires pour enfants*, Ottawa, ministère de la Justice, 1995.

449. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Document de consultation, Modèle de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, Ottawa, ministère de la Sécurité du Revenu, 1996. Sur l'ensemble des critiques et événements ayant précédé la réforme de 1997, voir notamment: GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 448; Francine GAUVIN, «Le modèle de fixation des pensions alimentaires pour enfants», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 135, aux pages 139-144; Jocelyn VERDON, «Les nouveaux barèmes québécois de fixation des pensions alimentaires; les 100 premiers jours... (vers une stabilité qui déstabilise!)», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 223, aux pages 225-229; S. PILON, *loc. cit.*, note 443, 354-356; D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373, 5,322 à 5,327.

450. *R. c. Thibodeau*, [1995] 2 R.C.S. 627. Madame Thibodeau contestait la disposition de la loi fédérale sur le revenu l'obligeant à inclure dans son revenu les sommes reçues à titre de pension alimentaire pour son enfant au motif qu'il y avait violation de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

pour le parent gardien ni un montant déductible pour le parent débiteur⁴⁵¹.

À l'issue de ces études et discussions, le gouvernement fédéral déposa le projet de loi C-41 intitulé *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction des pensions et la Loi sur la marine marchande du Canada*⁴⁵². Il fut sanctionné le 19 février 1997 et entra en vigueur le 1^{er} mai 1997 en même temps que le régime de défiscalisation des pensions alimentaires et les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*⁴⁵³.

Étant donné que l'article 2 (5) de la *Loi sur le divorce* permet aux provinces d'adopter leurs lignes, le gouvernement du Québec a adopté le projet de loi 68, soit la *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*⁴⁵⁴ ainsi que le *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*⁴⁵⁵, lesquels sont également entrés en vigueur le 1^{er} mai 1997.

Depuis le 1^{er} mai 1997, les enfants québécois bénéficient donc d'un nouveau régime de fixation des pensions alimentaires visant à conforter les responsabilités financières des parents et à mieux répondre aux besoins économiques des enfants.

2. Les critères d'attribution et de fixation applicables depuis le 1^{er} mai 1997

Depuis le 1^{er} mai 1997, les enfants québécois bénéficient, à l'instar des enfants de la plupart des pays anglo-saxons⁴⁵⁶, d'un

451. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Le nouveau système de pensions alimentaires pour enfants*, ministère de la Justice, 1996, p. 6; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Discours sur le budget et renseignements supplémentaires*, Budget 1996-1997, Annexe A, p. 93.

452. L.C. 1997, c.1.

453. Précité, note 414.

454. L.Q. 1996, c. 68 (sanctionné le 23 décembre 1996).

455. Précité, note 375 (ci après cité aussi: Règlement).

456. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 212, 16-18. Précisons d'ailleurs qu'après dix ans d'application de ce nouveau régime, les États-Unis font un constat positif. En effet, les objectifs semblent atteints puisque l'on constate une plus grande uniformité quant aux montants des pensions alimentaires, une augmentation du montant des pensions alimentaires et une augmentation du nombre de règlements négociés.

modèle de pension alimentaire régi par des barèmes de fixation⁴⁵⁷. Qui plus est, la pension alimentaire versée pour un enfant est défiscalisée, c'est-à-dire qu'elle ne constitue plus un revenu imposable pour le parent gardien ni une dépense déductible pour le parent débiteur alimentaire de l'enfant⁴⁵⁸.

Étant donné que l'article 27 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* consacre le droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant et prévoit que ce devoir incombe principalement aux parents dans les limites de leurs possibilités et moyens financiers, nous voulons évaluer dans quelle mesure cette réforme législative conforte le droit des enfants à un niveau de vie suffisant. En d'autres termes, est-ce que le nouveau régime de fixation des pensions alimentaires contribue à l'augmentation des montants de pensions alimentaires versées pour les enfants? Est-ce que les parents, et plus particulièrement le parent non gardien, sont plus qu'avant tenus de contribuer dans les limites de leurs possibilités et moyens financiers? Plus encore, quelle image du rôle des parents et de la famille se dégage de ces nouvelles règles?

457. Précisons que l'article 3 de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, précitée, note 454, prévoit que les nouvelles dispositions ne s'appliquent pas aux instances en cours. La situation est toutefois différente lorsque la demande alimentaire est fondée sur la *Loi sur le divorce* qui est d'application immédiate. Ainsi, la Cour d'appel a considéré qu'il fallait appliquer les Lignes directrices fédérales aux instances alors en cours: *Droit de la famille* – 3034, [1998] R.J.Q. 1706 (C.A.).

458. Toutes les ordonnances alimentaires rendues à partir de 1^{er} mai 1997 et toutes les ententes conclues à partir de cette date sont assujetties à ces nouvelles règles fiscales. Les ententes et ordonnances rendues avant le 1^{er} mai 1997 ne sont toutefois pas assujetties aux règles de défiscalisation, sauf dans trois cas: 1- un accord ou une entente intervenue à partir du 1^{er} mai 1997 modifie l'ordonnance ou l'entente antérieure; 2- un accord ou une entente intervenue avant le 1^{er} mai 1997 prévoit spécifiquement l'application des nouvelles règles fiscales; 3- les deux parents consentent par écrit à l'application des nouvelles règles fiscales. Pour de plus amples détails, voir: Jean-Marie FORTIN, «La défiscalisation des pensions alimentaires pour enfants et les mesures transitoires», dans J.-P. SÉNECAL, *op. cit.*, note 373, p. 9,205, p. 9,205 et s. Sur les avantages de la défiscalisation pour Revenu Canada qui devrait percevoir 250 millions de plus qu'auparavant, voir: Diane LEBLANC, «Un système de pensions alimentaires pour enfant qui masque un appétit fiscal», (1996) 11(4) *Actualité justice* 6; Stephen M. GRANT, «Valeurs familiales», (1997) 130(7) *Camagazine* 14, 17. La défiscalisation des pensions alimentaires pour enfants peut également constituer une perte financière pour les parents puisque les anciennes dispositions permettaient un fractionnement du revenu: CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire de la Chambre des notaires du Québec portant sur le modèle de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, 1996, p. 3.

Pour atteindre cette finalité, il n'est pas nécessaire d'étudier les règles applicables en vertu de la législation et de la réglementation fédérale. Certes, les barèmes québécois ne constituent pas une copie identique des barèmes fédéraux⁴⁵⁹ mais les objectifs poursuivis et les principes qui sous-tendent ces deux régimes, notamment l'obligation financière commune des parents et la répartition en fonction de leurs ressources respectives⁴⁶⁰, sont les mêmes. De plus, la majorité des ordonnances alimentaires pour enfants rendues au Québec sont régies par les règles de fixations provinciales. Par conséquent, notre étude se restreindra à l'examen des barèmes québécois⁴⁶¹.

Aussi, pour évaluer dans quelle mesure le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants applicable depuis le 1^{er} mai 1997 conforte le droit des enfants à un niveau de vie suffisant, nous allons décrire les principales composantes du calcul en mettant l'accent sur les éléments susceptibles de contribuer ou d'y faire obstacle⁴⁶². Nous verrons donc le calcul de la contribution parentale de base (a) puis les moyens permettant de faire augmenter ou diminuer celle-ci (b).

459. Pour un aperçu des principales distinctions: J. VERDON, *loc. cit.*, note 449, 241; Tina MAISONNEUVE, «Child Support under the Federal and Quebec Guidelines: a Step Forward or Behind?», (1999) 16 *C.J.F.L.* 284, 310-314; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Pensions alimentaires pour enfants: Manuel de références concernant les lignes directrices fédérales*, Ottawa, février 1999.

460. Ce principe de l'arrêt *Paras c. Paras*, précité, note 444, est d'ailleurs expressément exprimé à l'article 26.1 (2) L.D.

461. Toutes les demandes alimentaires fondées sur le *Code civil du Québec* sont régies par les barèmes québécois. Cela inclut la demande de pension alimentaire pour enfant faite à l'occasion d'une séparation de corps, d'une annulation de mariage, lorsque les parents ont été des conjoints de fait et lorsque l'enfant majeur prend l'initiative d'un tel recours. Pour ce qui est de la pension alimentaire pour enfant demandée dans le cadre d'une action intentée en vertu de la *Loi sur le divorce*, elle est également régie par les barèmes québécois si les deux parents résident au Québec (art. 2 (1) (a), 2 (5) et 2 (6) et 26.1 L.D.). Par conséquent, les barèmes fédéraux ne seront appliqués au Québec que dans les autres circonstances, notamment lorsque l'un des parents réside dans une autre province canadienne (art. 3 (3) *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*). Sur l'application des lignes directrices fédérales, on peut consulter notamment: GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pensions alimentaires pour enfants, manuel concernant les lignes directrices fédérales*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Pensions alimentaires pour enfants, Cahier d'application détaillé*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997. Pour un résumé des différentes composantes du calcul, voir: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373, 5,415 et s.; Jocelyne JARRY, «Chapitre 4: L'obligation alimentaire», dans *Collection de droit 1999-2000, Personnes, famille et successions*, vol. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 137, p. 164-167.

462. Pour une description exhaustive des différentes étapes du calcul, voir: J. VERDON, *loc. cit.*, note 449; D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373, 5,301; J. JARRY, *loc. cit.*, note 461; F. GAUVIN, *loc. cit.*, note 449.

a) *La détermination de la contribution parentale de base*

La table de fixation de la contribution alimentaire parentale de base, que l'on retrouve à l'annexe 2 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*⁴⁶³, constitue le point de départ du calcul devant mener à la détermination du montant de la pension alimentaire de l'enfant. Les montants qui y figurent permettent d'établir, en fonction du revenu annuel disponible des parents, du nombre d'enfants à charge⁴⁶⁴ visés par l'instance⁴⁶⁵ et du temps physique que l'enfant passe avec chacun des parents, la somme d'argent que les parents devraient utiliser pour satisfaire aux besoins de leurs enfants. Ces sommes ont été déterminées à partir de données empiriques relatives aux revenus et dépenses des familles québécoises. Par conséquent, la contribution alimentaire parentale de base ne correspond pas aux stricts besoins essentiels des enfants mais aux coûts moyens assumés par les familles pour répondre à la totalité des besoins de l'enfant⁴⁶⁶.

Les choix réalisés au moment d'élaborer la table de fixation prennent donc en considération l'étendue des responsabilités financières des parents⁴⁶⁷. Plus encore, parce que la contribution alimentaire parentale de base est fondée sur des données empiriques, il y a lieu de croire que le coût réel d'entretien des enfants ne sera plus sous-estimé. Dans cette perspective, le droit des enfants à un niveau de vie suffisant paraît mieux assuré qu'auparavant.

463. Précité, note 375.

464. Les règles québécoises relatives à la fixation des pensions alimentaires pour enfants s'appliquent à tous les enfants mineurs. Pour ce qui est de l'enfant majeur, certaines précisions s'imposent. D'une part, l'enfant majeur qui présente une demande autonome se retrouve dans la même situation que le conjoint; il n'est pas assujéti aux règles de fixation. D'autre part, lorsque conformément à la *Loi sur le divorce* l'enfant majeur est un enfant à charge et que son parent demande une pension alimentaire pour lui, le tribunal peut soit appliquer les barèmes, soit fixer la pension alimentaire à une valeur différente. Voir les articles 1 et 2 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, précité, note 375. Ainsi, la fixation des pensions alimentaires des enfants majeurs paraît respectueuse des principes applicables avant la réforme. Pour une illustration d'une dérogation au barème afin de tenir compte de l'obligation de l'enfant majeur de subvenir en partie à ses besoins, voir: *Droit de la famille – 2815*, [1997] R.D.F. 885 (C.S.).

465. *Droit de la famille – 2717*, [1997] R.D.F. 542 (C.S.).

466. Pour de plus amples détails sur les méthodes de calcul utilisées, voir: Gaétan LEMAY, Direction du développement des politiques et des programmes de sécurité du revenu, ministère de la Sécurité du Revenu, cité dans F. GAUVIN, *loc. cit.*, note 449, 150-152.

467. Sur le fait que les obligations des parents incluent à la fois l'obligation de fournir des aliments et le devoir d'entretien, voir *supra*, Section II, A, 1, a) et b).

La définition de revenu annuel de l'article 9 du Règlement constitue également une composante du calcul susceptible de contribuer à une meilleure satisfaction des besoins économiques des enfants⁴⁶⁸. En effet, cette définition vaste et non limitative de la notion de revenu permet aux enfants de bénéficier de l'ensemble des ressources financières de leurs parents ainsi que de leur niveau de vie. Ce principe, qui sous-tend l'article 9, est d'ailleurs conforté par le fait que les tribunaux n'ont pas hésité à interpréter largement la notion de revenu annuel de manière à y inclure, par exemple, certains avantages d'emploi⁴⁶⁹. Plus encore, l'article 825.12 C.p.c. permet au tribunal de tenir compte de l'actif des parents lorsque les informations relatives au revenu de l'un d'eux sont incomplètes ou contestées⁴⁷⁰ et, au moment de calculer le revenu annuel disponible, à partir du revenu annuel, très peu de déductions sont autorisées⁴⁷¹.

À ce stade-ci, il conviendrait aussi de tirer une conclusion positive du fait que cette contribution parentale de base est «présumée correspondre aux besoins de l'enfant et aux facultés des parents»⁴⁷² et qu'elle est répartie entre les parents, en proportion de leur revenu annuel disponible⁴⁷³. Il y aurait également lieu, pour ajouter à ce constat optimiste, de souligner le fait que la Cour d'appel a statué que l'entrée en vigueur des barèmes québécois constituait un motif justifiant la révision des ordonnances alimentaires antérieures lesquelles, nous l'avons déjà mentionné, reposaient trop souvent sur une sous-évaluation des coûts liés à

468. L'article 9 définit le revenu annuel comme suit: «les revenus de toute provenance, incluant notamment les traitements, salaires et autres rémunérations, les pensions alimentaires versées par un tiers et reçues à titre personnel, les prestations d'assurance-emploi et autres prestations accordées en vertu d'une loi au titre d'un régime de retraite ou d'un régime d'indemnisation, les dividendes, les intérêts et autres revenus de placement, les revenus nets de location et autres revenus nets tirés de l'exploitation d'une entreprise; toutefois, ne sont pas considérés comme revenus les transferts gouvernementaux reliés à la famille, les prestations accordées en vertu d'un programme d'aide aux parents pour leurs revenus de travail et les prestations de sécurité du revenu.»

469. *Droit de la famille* – 2776, [1997] R.D.F. 878 (C.S.). Voir également: *Droit de la famille* – 3069, [1998] R.D.F. 611 (C.S.), en appel et *Droit de la famille* – 3332, [1999] R.D.F. 444 (C.S.), en appel.

470. Pour des illustrations, voir: *Droit de la famille* – 2827, [1997] R.D.F. 826 (C.S.) et *Droit de la famille* – 3000, J.E. 2000-405 (C.A.). Voir également l'article 587.2 C.c.Q. sur la prise en compte de l'actif des parents.

471. Il s'agit de la déduction de base et des déductions pour cotisations syndicales et professionnelles.

472. Art. 587.1 C.c.Q.

473. Par exemple, si la mère a un revenu annuel disponible de 40 000 \$ et le père de 60 000 \$, la mère devra assumer 40 % de la contribution parentale de base et le père 60 %.

l'entretien des enfants⁴⁷⁴. Toutefois, étant donné que la contribution parentale de base est notamment tributaire du temps que l'enfant passe chez chacun des parents, il y a lieu de croire que l'enfant ne bénéficie pas nécessairement de l'ensemble des ressources de chacun de ses parents, et donc de leur niveau de vie, et que la contribution du parent non gardien n'est pas nécessairement proportionnelle aux ressources de ce dernier.

En effet, dans la détermination de la contribution parentale de base, le «type de garde» exercé par les parents constitue un élément déterminant⁴⁷⁵. Il diffère notamment selon que l'enfant fait l'objet d'une garde exclusive (un parent assume plus de 60 % du temps de garde)⁴⁷⁶, d'une garde assortie d'un droit de visite et de sortie prolongé (le parent non gardien assume entre 20 et 40 % du temps de garde)⁴⁷⁷ ou d'une garde partagée (chacun des parents assume au moins 40 % du temps de garde)⁴⁷⁸. Cela signifie que, conformément au principe de la contribution proportionnelle, le législateur présume que plus l'enfant passe de temps avec un parent, plus ce dernier contribue directement à ses besoins financiers. Or, dans les faits, est-ce que la proportion du temps passé avec l'enfant se traduit nécessairement par une contribution proportionnelle aux dépenses? Est-ce que le parent non gardien, bénéficiant d'un droit de visite et de sortie prolongé, contribue davantage à l'achat des vêtements de l'enfant, et autres dépenses couvertes par la contribution proportionnelle de base? Nous ne le croyons pas. Pourtant sa contribution parentale s'en trouve diminuée⁴⁷⁹. Par conséquent, il y a lieu de croire qu'encore une fois le parent gardien risque d'assumer un plus lourd fardeau financier. Plus encore, il est difficile de prétendre que les sommes d'argent devant être déboursées par le parent gardien sont nécessairement réduites, de façon équivalente, par les coûts assumés par le parent non gardien. En effet, et comme l'écrit Jocelyn Verdon, «Le parent gardien ne prendra pas un appartement 30 % plus petit parce que l'autre parent a un droit de sortie de 30 %!»⁴⁸⁰.

Pour le parent débiteur, le fait d'obtenir une garde partagée plutôt qu'un droit de visite et de sortie prolongé ou un droit de

474. *Droit de la famille* – 2569, [1998] R.J.Q. 2254 (C.A.).

475. Art. 825.8 C.p.c. et art. 3 du Règlement.

476. Art. 4 et 5 du Règlement.

477. Art. 4 du Règlement.

478. Art. 6 du Règlement.

479. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373, 5, 372.

480. J. VERDON, *loc. cit.*, note 449, 248.

visite variant entre 0 et 20 % du temps peut diminuer de façon importante le montant de la pension alimentaire à verser pour l'enfant⁴⁸¹. Or, si l'on se fie aux débats judiciaires concernant le calcul du temps de garde⁴⁸², n'y a-t-il pas lieu de craindre que des parents revendiquent une garde partagée ou un droit de visite et de sortie prolongé dans le seul but de faire diminuer le montant de la pension alimentaire?⁴⁸³ Doit-on craindre une augmentation des ordonnances de garde partagée qui ne resteront partagées que sur papier?⁴⁸⁴

481. Par exemple, lorsque la contribution du parent non gardien équivalait à 7 035 \$, s'il exerce des droits de visite comptabilisant 20 % du temps de l'enfant ou moins, le fait d'exercer des droits de visite et de sortie prolongés, c'est-à-dire qui représentent 20 à 40 % du temps de garde, fait diminuer ce montant à 6 703 \$. Et, si la garde est partagée parce qu'il passe 40 à 60 % du temps avec l'enfant, ce montant équivalait alors à 3 345 \$, voir: GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, 1997, p. 11-14.
482. *Le Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, précité, note 375, ne précise pas comment il convient de calculer le temps que l'enfant passe chez chacun des parents. Certains ont fait valoir qu'il fallait ne tenir compte que des jours, ou fractions de journées d'au moins 12 heures: *Droit de la famille* – 2972, [1998] R.D.F. 247 (C.S.). D'autres ont prétendu qu'il fallait calculer toutes les heures et les transformer en nombre de jours: *Droit de la famille* – 2912, [1998] R.D.F. 285 (C.S.). Et finalement, certains ont fait valoir que seules les nuitées passées chez un des parents devaient être comptabilisées: *Droit de la famille* – 2871, [1998] R.D.F. 111 (C.S.). La Cour d'appel a finalement établi que pour atteindre les objectifs du législateur, «tout le temps pendant lequel un enfant est confié à un parent» doit être comptabilisé, «quitte à procéder ensuite aux ajustements requis par les circonstances propres de chaque affaire»: *Droit de la famille* – 3165, [1998] R.J.Q. 2950 (C.A.). Ainsi, non seulement certains litiges, que voulait éviter le législateur en instituant des barèmes, sont néanmoins survenus, ils nous rendent sceptique quant à l'opportunité d'établir des liens étroits entre le temps de garde et le montant de la pension alimentaire des enfants. Plus encore, l'approche particularisée qui prévaut suite au jugement de la Cour d'appel ouvre la porte à des litiges ayant trait aux heures ou portions de journées occasionnant ou n'occasionnant pas de dépenses: Dominique GOUBAU, «Sécurité juridique et discrétion judiciaire: un difficile équilibre dans la fixation des pensions alimentaires pour enfants», dans FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial* (1999), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 47, 73-79.
483. La Chambre des notaires partage nos inquiétudes à ce sujet: «S'il est tout à fait normal de tenir compte du temps que l'enfant passe avec chacun des parents au moment de statuer sur le montant de la pension alimentaire, il faut éviter de donner l'impression qu'il s'agit du critère le plus important. En effet, il ne faudrait pas que le montant de la pension à verser pour l'enfant devienne un outil de marchandage dans la décision d'un parent de demander soit un exercice conjoint de l'autorité parentale, soit des droits d'accès prolongés ou une alternance du lieu de résidence de l'enfant puisque cette façon de faire s'avérerait tout à fait contraire à la notion d'intérêt de l'enfant. Nous craignons que ce soit parfois le résultat auquel on risque d'en arriver en mettant une telle ampleur sur ce critère dans la grille.» CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 458, p. 13.
484. J. VERDON, *loc. cit.*, note 449, 247.

Certes, la prise en compte du temps passé par l'enfant avec chacun des parents pour fixer le montant de la pension alimentaire n'est pas un nouveau critère. La jurisprudence antérieure admettait la pertinence de cet élément lorsque les droits de sortie étaient significatifs. Cependant, son impact était minime et non proportionnel au temps passé avec l'enfant⁴⁸⁵. Aussi, et comme le précise à juste titre Dominique Goubau, «c'est le caractère mathématique et automatique de cet impact» qui constitue une nouveauté⁴⁸⁶.

Si l'on souhaite que le nouveau système de fixation des pensions alimentaires pour enfants atteigne ses objectifs, voire assurer aux enfants un niveau de vie suffisant et proportionnel aux ressources de ses deux parents, cet élément du calcul doit être mieux encadré. En effet, un retour au pouvoir discrétionnaire d'autrefois ne constitue pas la seule solution de rechange disponible ni même une avenue souhaitable. Par conséquent, il semble que la solution pourrait bien résider dans le fait d'énoncer clairement les règles applicables en matière de contributions directes aux besoins de l'enfant chaque fois que le temps de garde n'équivaut pas à une garde dite exclusive.

b) Les éléments permettant de majorer ou de diminuer la pension alimentaire de l'enfant

La contribution parentale de base peut être majorée afin de prendre en considération certains frais prévus par règlement⁴⁸⁷. Plus précisément, il s'agit des frais de garde encourus pour répondre aux besoins de l'enfant ou rendus nécessaires en raison du travail du parent gardien⁴⁸⁸, des frais d'études postsecondaires, définis de manière à inclure tant les frais de scolarité, le matériel pédagogique que le transport et le logement⁴⁸⁹, et des frais particuliers, c'est-à-dire les frais «tels les frais médicaux, les frais relatifs à des études primaires ou secondaires ou à tout autre programme éducatif et les frais relatifs aux activités parascolaires, lorsque ces frais sont liés aux besoins que dicte, à l'égard de l'enfant, la situation particulière dans laquelle il se trouve»⁴⁹⁰.

485. D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373, 5,371-5,372.

486. *Ibid.*, 5,371.

487. Art. 587.1 C.c.Q. et art. 3 du Règlement.

488. Voir la définition des frais de garde à l'article 9 du Règlement.

489. Voir la définition de frais d'études postsecondaires à l'article 9 du Règlement.

490. Art. 9 du Règlement.

La contribution alimentaire de base couvre déjà les frais universels liés à l'éducation et aux loisirs. Les frais prévus par le Règlement sont donc, par définition, liés à des dépenses non couvertes par cette contribution. Aussi, ils justifient une majoration de la contribution parentale de base seulement s'ils sont jugés raisonnables compte tenu des besoins de l'enfant et des ressources des parents⁴⁹¹. Dans le cas spécifique des frais particuliers, il faut de plus que les besoins soient dictés par la situation particulière de l'enfant⁴⁹². Par conséquent, c'est en exerçant leur pouvoir discrétionnaire que les tribunaux acceptent ou refusent des frais médicaux, des frais liés à la fréquentation d'un établissement scolaire privé, des frais relatifs à des activités sportives, etc.⁴⁹³.

La prise en compte des frais particuliers repose sur un double pouvoir d'appréciation, soit celui de déterminer les frais qui en font partie, étant donné que la définition est non limitative, et celui de leur admissibilité compte tenu des critères précédemment énoncés⁴⁹⁴. Conséquemment, c'est la façon dont les tribunaux exercent ce pouvoir d'appréciation qui contribue ou non à garantir la satisfaction des besoins économiques des enfants. S'ils n'hésitent pas à les considérer comme une modalité d'individualisation du calcul, ou encore à recourir à l'article 587.2 C.c.Q. pour les rendre admissibles en raison de l'actif des parents, le droit des enfants de bénéficier de l'ensemble des ressources de leurs parents sera mieux assuré que s'ils sont considérés comme des besoins exceptionnels, voire une dérogation aux principes généraux applicables⁴⁹⁵. Or, à l'heure actuelle, l'orientation jurisprudentielle ne nous paraît pas définitivement fixée, si bien que ces deux conceptions sous-tendent des décisions⁴⁹⁶.

Lorsque le calcul de la contribution parentale de base, majoré ou non pour tenir compte des frais prévus par règlement, est réalisé et que la proportion de contribution des parents est établie en fonction de leur revenu disponible, on obtient le mon-

491. Art. 587.1, al. 2 C.c.Q.

492. Art. 9 du Règlement. Voir également: *Droit de la famille* – 3155, [1998] R.D.F. 738 (C.S.).

493. Pour un aperçu des jugements rendus sur la question des frais particuliers, voir: D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 373, 5,375 et s. Voir également: J. JARRY, *loc. cit.*, note 461, 168.

494. *Droit de la famille* – 3228, [1999] R.J.Q. 1356 (C.A.).

495. J. VERDON, *loc. cit.*, note 449, 244.

496. Pour des illustrations, voir notamment: *Droit de la famille* – 2718, [1997] R.D.F. 654, [1997] R.J.Q. 2279 (C.S.); *Droit de la famille* – 2775, [1997] R.D.F. 877 (C.S.); *Droit de la famille* – 2827, précité, note 468.

tant de la pension alimentaire devant être versé pour l'enfant. Aussi, à moins que l'actif du parent débiteur le justifie, celle-ci ne pourra excéder la moitié de son revenu disponible⁴⁹⁷. En d'autres termes, et bien que les besoins alimentaires des enfants soient jugés prioritaires à ceux des parents⁴⁹⁸, le législateur québécois considère que même le parent peu fortuné doit contribuer aux besoins de l'enfant mais qu'il n'est pas dans l'intérêt de ce dernier de l'appauvrir indûment, voire au-delà de ses ressources.

Mais la pension alimentaire ainsi calculée pourrait bien ne pas représenter le montant qui, dans les faits, sera versé pour l'enfant. En effet, en vertu de l'article 587.2 C.c.Q., le tribunal peut intervenir pour diminuer ou augmenter la pension alimentaire au motif que celle-ci entraînerait, pour l'un ou l'autre des parents, des difficultés excessives. Puisque cette disposition permet au tribunal de déroger au système de fixation, notamment en diminuant le montant de la pension alimentaire de l'enfant, le droit des enfants à un niveau de vie suffisant devient ici particulièrement tributaire de l'interprétation judiciaire de la notion de difficultés excessives et de la liste non limitative des circonstances pouvant y donner lieu.

Jusqu'à maintenant, les tribunaux semblent interpréter restrictivement la notion de difficultés excessives et, par conséquent, peu de pensions alimentaires ont été réduites sur la base de cette disposition⁴⁹⁹. Il convient également de noter que le principe de l'égalité de traitement des enfants issus de différentes unions paraît être respecté, étant donné que les tribunaux refusent généralement de diminuer la pension alimentaire au motif que le parent débiteur assume, notamment au plan financier, d'autres responsabilités parentales⁵⁰⁰.

497. Art. 8 du Règlement.

498. Art. 825.13 C.p.c.

499. Pour des illustrations de situations où le parent débiteur invoquait des difficultés excessives attribuables à l'exercice de son droit de sortie, voir: *Droit de la famille* – 2713, [1997] R.D.F. 538 (C.S.); *Droit de la famille* – 2826, précité, note 327; *Droit de la famille* – 2902, [1998] R.D.F. 122 (C.S.); *Droit de la famille* – 2810, J.E. 99-2296 (C.S.); *Droit de la famille* – 3454, J.E. 99-2297 (C.S.); *Droit de la famille* – 3574, J.E. 2000-756 (C.S.); *Droit de la famille* – 3629, J.E. 2000-1201 (C.S.).

500. *Droit de la famille* – 2717, précité, note 465; *Droit de la famille* – 2772, [1997] R.D.F. 745 (C.S.); *Droit de la famille* – 2753, [1997] R.D.F. 703 (C.S.); *Droit de la famille* – 2784, [1997] R.D.F. 879 (C.S.); *Droit de la famille* – 2855, [1997] R.D.F. 148 (C.S.); *Droit de la famille* – 2815, précité, note 464; *Droit de la famille* – 3010, J.E. 98-1229 (C.A.); *Droit de la famille* – 2816, [1997] R.D.F. 884 (C.S.); *Droit de la famille* – 3150, [2000] R.D.F. 54 (C.S.); *Droit de la famille* – 3412, [1999]

La notion de difficultés excessives peut, comme nous l'avons déjà mentionné, justifier une majoration du montant prévu par les barèmes de fixation en raison de l'actif du parent débiteur et, de ce fait, conforter le principe de la contribution proportionnelle des parents tout en confortant le droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant⁵⁰¹. Or, bien qu'ils ne soient pas unanimes, les tribunaux exercent parfois le pouvoir discrétionnaire que leur confère l'article 587.2 C.c.Q. pour augmenter la pension alimentaire autrement fixée, parce que le parent débiteur n'exerce pas ses droits de sortie et qu'il en résulte une difficulté excessive pour le parent gardien⁵⁰². Il faut donc voir en la notion de difficultés excessives un remède partiel, à la rigueur mathématique, de la contribution parentale en fonction du temps que l'enfant passe avec chacun de ses parents.

Étant donné que la notion de difficultés excessives permettant de déroger aux barèmes ne semble pas, en raison de l'interprétation dont elle fait l'objet jusqu'à maintenant, susceptible de faire obstacle au droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant, nous croyons, contrairement à certains auteur-e-s, qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter du fait que l'article 587.3 C.c.Q. permette aux parents de convenir, par entente, d'un montant différent de celui qui serait par ailleurs exigible⁵⁰³. En effet, outre le fait que ce montant peut être plus élevé que celui fixé par les barèmes et que les parents doivent justifier avec précision les motifs de cet écart, le tribunal demeure assujéti à l'obligation de s'assurer qu'il pourvoit suffisamment aux besoins de l'enfant et doit justifier, lui aussi, les motifs de cette dérogation⁵⁰⁴. Ainsi, le législateur a précisé les paramètres de cette dérogation et, contrairement à la

R.D.F. 795 (C.S.); *Droit de la famille* – 3449, [1999] R.D.F. 773 (C.S.); *Droit de la famille* – 3026, [1998] R.D.F. 393 (C.S.); *contra*: *Droit de la famille* – 2820, [1997] R.D.F. 820 (C.S.); *Droit de la famille* – 2852, [1998] R.D.F. 92 (C.S.).

501. Par exemple, dans *Droit de la famille* – 3397, [1999] R.D.F. 683 (C.S.), les actifs du père ont permis au tribunal de considérer que ce dernier avait un revenu annuel de 35 000 \$ plutôt que de 15 000 \$. Voir également: *Droit de la famille* – 3139, J.E. 98-2132 (C.A.).

502. *Droit de la famille* – 3228, précité, note 494; *Droit de la famille* – 2943, [1998] R.D.F. 204 (C.S.); *Droit de la famille* – 3562, J.E. 2000-669 (C.S.); *Droit de la famille* – 3423, [1999] R.D.F. 717 (C.S.); *Droit de la famille* – 3383, [1999] R.D.F. 563 (C.S.); *contra*: *Droit de la famille* – 2889, [1998] R.D.F. 72 (C.S.); *Droit de la famille* – 3006, J.E. 98-1173 (C.A.).

503. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 458, p. 16.

504. Art. 587.3 C.c.Q., art. 825.12 C.p.c. et art. 8 du Règlement. Ajoutons que la Cour d'appel tend à utiliser la notion de difficulté excessive pour maintenir le montant de la pension alimentaire fixé dans une entente antérieure lorsque l'application des barèmes entraînerait sa diminution: *Droit de la famille* – 3136, J.E. 98-2093 (C.A.); *Droit de la famille* – 3151, J.E. 98-2234 (C.A.).

situation prévalant avant la réforme, les tribunaux disposent d'un barème objectivement raisonnable au moment d'exercer leur pouvoir discrétionnaire. Plus encore, l'interprétation de la notion de difficultés excessives permet de penser que les tribunaux ne donnent suite à des ententes parentales moins généreuses qu'en présence de circonstances exceptionnelles, voire du fait que l'enfant en retire par ailleurs un avantage équivalent.

À l'issue de cette description du processus de fixation des pensions alimentaires pour enfants et en dépit du fait que nous n'avons pas réalisé d'étude empirique, nous croyons pouvoir affirmer que la réforme législative de 1997 a conforté le droit des enfants à un niveau de vie suffisant. En effet, certains affirment que les arrêts *Levesque*⁵⁰⁵ et *Willick*⁵⁰⁶ ont donné lieu à un «accroissement notable des montants de pensions alimentaires» accordés aux enfants⁵⁰⁷. Nous pouvons donc présumer que cette majoration des pensions alimentaires s'est maintenue puisque la réforme est venue consacrer législativement ces principes. Plus encore, le récent rapport d'évaluation présenté à la ministre de la Justice conclut que les montants de pensions alimentaires obtenus sur la base du nouveau modèle conviennent à la majorité des justiciables⁵⁰⁸. Cela ne signifie cependant pas que le système de fixation des pensions alimentaires pour enfants ne peut être amélioré⁵⁰⁹. En effet, il importe notamment de diminuer le fardeau financier du parent gardien en minimisant l'impact du temps de garde. Mais certaines pistes de solutions sont déjà envisagées par la jurisprudence, comme la création d'une enveloppe distincte pour l'habillement des enfants⁵¹⁰ et le gouvernement donnera peut-être suite à certaines recommandations du Comité de suivi, telle que la diffusion d'information sur les incidences de la garde partagée en ce qui concerne le partage des dépenses communes⁵¹¹. Bref, pour assurer à nos enfants leur droit à un niveau de vie suffi-

505. *Levesque c. Levesque*, précité, note 444.

506. *Willick c. Willick*, précité, note 384.

507. J. VERDON, *loc. cit.*, note 449, 227.

508. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC *Rapport du Comité de suivi du modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, Québec, mars 2000. Ce rapport fait partie du processus d'évaluation prévu par l'article 4 de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la pension alimentaire pour enfants*, précitée, note 454, au terme duquel le ministre de la Justice doit, trois ans après l'entrée en vigueur du nouveau modèle, déposer son rapport d'évaluation devant l'Assemblée nationale.

509. Voir notamment les différentes recommandations du Comité de suivi: MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 508.

510. *Droit de la famille* – 3278, REJB 1999-10690 (C.S.).

511. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 508.

sant, il importe surtout de prendre pour acquis que le nouveau modèle de fixation des pensions alimentaires est et sera toujours perfectible.

CONCLUSION

Pour savoir comment les principes de la *Convention relative aux droits de l'enfant* ayant trait aux responsabilités parentales sont interprétés et appliqués au Québec, nous avons examiné deux institutions intimement liées à la thématique des responsabilités parentales, soit l'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant. Ainsi, l'étude des règles relatives à l'autorité parentale visait à rendre compte de la façon dont les législateurs québécois et fédéral ont choisi de mettre en oeuvre le principe de l'article 18 (1) de la Convention selon lequel les parents ont la responsabilité première et commune d'élever leur enfant et d'assurer son développement. Quant à l'étude des règles concernant l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant, elle cherchait à identifier les choix législatifs concernant l'opérationnalisation du principe de l'article 27 de la Convention, soit l'obligation imposée aux parents et aux autres personnes ayant à charge l'enfant de lui assurer les conditions de vie nécessaires à son développement afin de garantir son droit à un niveau de vie suffisant.

Au moment de décrire ces deux institutions, nous avons tenté de faire ressortir les valeurs, conceptions et représentations de la famille, du rôle des père et mère et des relations enfant/parent et parent/parent qui les sous-tendent. Cette dimension de notre analyse poursuivait deux objectifs: d'une part, nous voulions fonder la thèse du caractère social et culturel du droit car elle explique en partie pourquoi les principes généraux et universels de la Convention ayant trait aux responsabilités parentales sont, dans chaque pays signataire, mis en oeuvre, appliqués et interprétés différemment; d'autre part, nous cherchions à mettre en relief les véritables fondements de nos choix législatifs, notamment pour démontrer qu'ils auraient pu être autres.

À l'issue de cette étude, il ne faudrait donc pas conclure que les valeurs, conceptions et représentations identifiées n'auto-riseraient que les choix législatifs qui ont été faits. On aurait également tort de croire qu'elles constituent les seules valeurs socialement acceptables à partir desquelles des règles de droit

légitimes peuvent être élaborées. À vrai dire, l'opérationnalisation de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur le territoire québécois constitue une tâche constamment perfectible. Or, si l'on veut s'approcher toujours davantage de l'idéal du meilleur intérêt de l'enfant, il importe de commencer par identifier les valeurs fondamentales sur lesquelles nous voulons que nos règles de droit prennent appui. Ensuite, mais ensuite seulement, il devient possible de discuter les différentes manières de les concrétiser. Dans cette perspective, il ne nous reste qu'à souhaiter que notre étude suscite au moins une réflexion sur les multiples facettes qui façonnent actuellement notre conception culturelle du meilleur intérêt de l'enfant, du moins celle qui se dégage de l'examen de deux institutions juridiques fondamentales.

Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière?

Daniel PROULX

Résumé

Quelle interprétation la Cour suprême a-t-elle fait des droits à l'égalité de la Charte canadienne dans l'arrêt *Andrews*? Quelles difficultés a-t-elle éprouvées par la suite pour vouloir modifier considérablement sa jurisprudence dans l'arrêt *Law*? En quoi consiste ce changement de cap interprétatif de l'article 15 et quelles en sont les principales conséquences? Telles sont les questions essentielles abordées par l'auteur de manière critique dans cet article. Bien que la doctrine récente se soit généralement montrée très négative à l'endroit de la nouvelle approche proposée dans l'arrêt *Law*, accusant carrément la Cour de battre en retraite et de revenir à une conception purement formelle de l'égalité, l'auteur s'emploie à démontrer, après avoir brossé le tableau général de la situation en distinguant «l'ère *Andrews*» de «l'ère *Law*», que le repli appréhendé vers l'égalité formelle n'est pas inévitable. Mal interprété, l'arrêt *Law* risque en effet de constituer un net recul pour l'idéal d'un droit effectif à l'égalité réelle. Toutefois, selon l'auteur, l'arrêt *Law* a tout le potentiel voulu pour faire progresser la cause de l'égalité pour peu que la Cour resserre les objectifs de l'article 15 dans une perspective plus franchement égalitaire, que les critères d'analyse qu'elle a mis de l'avant pour identifier une discrimination soient bien campés en fonction de ces objectifs spécifiquement égalitaires et que le fardeau de preuve soit réparti de manière réaliste et cohérente.

Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière?

Daniel PROULX*

«L'amour de la démocratie est celui de l'égalité»

Charles de MONTESQUIEU
L'Esprit des lois

I- L'ÈRE ANDREWS (1989-1998)	190
A. L'arrêt <i>Andrews</i>	191
1. Les points de convergence.	191
2. Les points de divergence	197
B. La jurisprudence postérieure à <i>Andrews</i>	200
1. <i>Hess</i> et <i>Weatherall</i> : les grains de sable dans l'engrenage.	200
2. La trilogie de 1995: la fin des illusions	204
3. <i>Eaton</i> et <i>Eldridge</i> : le constat d'une jurisprudence inadaptée	209
II- L'ÈRE LAW (1999 et suivantes)	214
A. L'objet de l'article 15	215

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

B. Définition et portée de la discrimination	218
1. La différence de traitement	219
2. Le motif énuméré ou analogue	221
a) La nature du motif analogue	223
b) Les critères d'analogie	228
3. L'objet ou l'effet discriminatoire	234
a) Le concept de dignité humaine	235
b) L'analyse contextuelle	239
i) Les facteurs aggravants	240
ii) Les facteurs disculpants	244
C. Les arrimages difficiles	255
1. Les rapports entre les articles 15 et premier. . .	256
2. Les rapports entre les paragraphes 15(1) et 15(2)	260
III- SYNTHÈSE ET STRATÉGIE ANTI-DÉRAPAGE . . .	266
1. Cerner correctement l'objet spécifique de l'article 15	266
2. Lier les facteurs contextuels à l'objet spécifique de l'article 15	271
3. Répartir le fardeau de preuve de façon réaliste et cohérente	276
CONCLUSION.	277

Inquiet de l'impact des droits à l'égalité sur la législation et les politiques en vigueur, le Constituant, on s'en souviendra, a délibérément retardé l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de trois ans¹.

Ces inquiétudes s'avérèrent fondées. En effet, dès 1985 les tribunaux fédéraux et provinciaux interprétèrent l'article 15 de fort diverses façons, tant et si bien que les droits à l'égalité avaient un sens et une portée distincts selon qu'on se trouvait devant un tribunal fédéral plutôt qu'en Ontario ou en Colombie-Britannique par exemple². Puis, avec l'arrêt *Law Society of British Columbia c. Andrews*³, la Cour suprême du Canada a tranché en 1989 sa première affaire en matière d'égalité constitutionnelle d'une manière différente de tout ce qui avait été décidé par les cours d'appel jusque-là⁴. Enfin, le concept et la définition de l'égalité développés dans l'arrêt *Andrews* se sont révélés si problématiques et ont donné lieu à une jurisprudence si contradictoire par la suite que la Cour suprême a dû refaire complètement ses devoirs dix ans plus

1. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la *Loi de 1982 sur le Canada*, Annexe B, 1982 (R.-U.), c. 11. Le par. 32(2) de la Charte, maintenant désuet, se lit en effet comme suit: «Par dérogation au paragraphe (1), l'article 15 n'a d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur du présent article». La raison de ce délai est évoquée par P.W. HOGG, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswell, 1982, p. 50: «The purpose of the delay is to provide time for the federal government and each province to review its body of laws and make those amendments which are necessary to bring the laws into conformity with s. 15. This reflects the fact that s. 15 has the potential to be the most intrusive provision of the Charter [...]». Voir aussi: D. GIBSON, *The Law of the Charter: Equality Rights*, Toronto, Carswell, 1990, p. 44-45.
2. Il y avait au moins quatre courants de pensée contradictoires avant 1989 correspondant aux positions défendues par la Cour fédérale, la Cour d'appel de l'Ontario, la Cour d'appel de Colombie-Britannique et celle de Nouvelle-Écosse. En outre, il y avait dans plusieurs ressorts des dissensions marquées à l'intérieur de la même Cour, notamment à la Cour fédérale. Les tribunaux québécois n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur le sujet à cette époque, empêchés qu'ils étaient alors de le faire en raison de l'utilisation systématique par le législateur québécois de la «disposition dérogatoire» autorisée par l'art. 33 de la Charte canadienne. Voir: *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21. Pour un exposé complet de l'état du droit antérieur à *Andrews*, voir: D. PROULX, «Le défi de l'égalité et la Charte canadienne des droits et libertés», (1988) 48 *R. du B.* 633; D. GIBSON, *ibid.*, p. 57 et s.
3. *Law Society of British Columbia c. Andrews*, [1989] 1 R.C.S. 143.
4. Encore que la décision du juge McIntyre dans *Andrews* est largement inspirée de celle qu'avait rendue le juge Hugessen de la Cour d'appel dans *Smith, Klein & French Laboratories c. Canada*, [1987] 2 C.F. 359. La position du juge Hugessen ne faisait toutefois pas l'unanimité en Cour d'appel, tant s'en faut.

tard, soit en 1999, en reprenant l'interprétation de l'article 15 depuis le début dans l'arrêt *Law c. Canada (M.E.I.)*⁵.

Quelle interprétation la Cour suprême a-t-elle fait des droits à l'égalité de la Charte canadienne dans l'arrêt *Andrews*? Quelles difficultés a-t-elle éprouvées par la suite pour vouloir modifier considérablement sa jurisprudence dans l'arrêt *Law*? En quoi consiste ce changement de cap interprétatif de l'article 15 et quelles en sont les principales conséquences? Voilà les questions que je me propose d'aborder de manière critique dans ce texte. Après avoir brossé le tableau général de la situation en distinguant «l'ère *Andrews*» de «l'ère *Law*», je tenterai de démontrer qu'en définitive, contrairement à ce qu'en pense la doctrine récente⁶, l'arrêt *Law* ne propose pas et n'a pas nécessairement pour effet de battre en retraite et de revenir à une conception purement formelle de l'égalité. Mal interprété, l'arrêt *Law* risque certes de constituer un net recul par rapport à l'idéal recherché d'un droit effectif à l'égalité réelle. Toutefois, pour peu que la Cour resserre les objectifs de l'article 15 dans une perspective plus franchement égalitaire, que les critères d'analyse qu'elle a mis de l'avant pour identifier une discrimination soient bien campés en fonction de ces objectifs spécifiquement égalitaires et que le fardeau de preuve soit réparti de manière réaliste et cohérente, je suis convaincu que l'arrêt *Law* peut enrichir et clarifier la jurisprudence et que, par voie de conséquence, il a tout le potentiel voulu pour faire progresser la cause de l'égalité.

I- L'ÈRE ANDREWS (1989-1998)

Il importe de bien comprendre les principes qui se dégagent de l'arrêt *Andrews* avant d'aborder la jurisprudence qui les a interprétés et a tenté de les appliquer par la suite⁷.

5. *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

6. S. MARTIN, «Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals», (2001) 80 *R. du B. can.* 319; B. BAINES, «*Law v. Canada: Formatting Equality*», (2000) 11 *Const. Forum* 65; J. ROSS, «A Flawed Synthesis of the Law», (2000) 11 *Const. Forum* 74; C. BREDT & I. NISHISATO, «The Supreme Court's New Equality: A Critique», (2000) 8 *Canada Watch* 16; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Loose-Leaf Ed., Toronto, Carswell, 52-23 et s. Seule Donna GRESHNER semble positive quant aux orientations prises dans *Law*, dans «Does *Law* Advance the Cause of Equality? On the Wisdom of Not Laying Down Too Much Law all at once», communication présentée au Congrès de l'ABC le 20 avril 2001 et à paraître sur le site internet de l'ABC (<http://www.cba.org.Conferences/PublicLegalEducation>). Voir aussi: P. BLACHE, «Le droit à l'égalité: interface entre droits individuels et droits collectifs», (2000) 79 *R. du B. can.* 1. Celui-ci ne prend toutefois pas position sur les nouvelles orientations de la Cour.

7. Sur *Andrews* ou les décisions y ayant fait suite immédiatement, voir par ex.: D. PROULX, «L'égalité en droit comparé et en droit canadien depuis l'arrêt

A) L'arrêt *Andrews*

Cet arrêt est composé de trois jugements distincts: ceux de McIntyre, de Wilson et de La Forest. Les deux derniers disant souscrire aux motifs du juge McIntyre sur la façon d'aborder l'article 15⁸, celui-ci a donc rédigé en fait le jugement de la Cour sur l'interprétation de cette disposition, quoiqu'il inscrive sa dissidence quant au résultat (en raison de son interprétation de l'article premier). Nous prendrons donc le jugement du juge McIntyre comme point de départ afin de dégager les éléments d'analyse qui semblent faire consensus. En raison de son adhésion plus apparente que réelle à certains motifs-clés du jugement de McIntyre, la décision de la juge Wilson devra ensuite être examinée brièvement, tant elle contient les germes des dissensions à venir.

1- *Les points de convergence*

D'entrée de jeu, le juge McIntyre ne cache pas qu'il éprouve de sérieuses difficultés à cerner la notion même d'égalité: «Le concept d'égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. Enchâssé au par. 15(1) de la *Charte*, c'est un concept difficile à saisir qui, plus que tous les droits et libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise»⁹.

L'égalité apparaît pour tous les juges comme un concept abstrait ou un idéal à atteindre plutôt qu'un droit en tant que tel¹⁰. En

Andrews», dans G.-A. Beaudoin (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Éditions Yvon Blais, 1989, 145-164; M. GOLD, «Comment: *Andrews v. L.S.B.C.*», (1989) 34 *R.D. McGill* 1063; R. MOON, «A Discrete and Insular Right to Equality: Comment on *Andrews...*», (1989) 21 *R.D. Ottawa* 563; N.C. SHEPPARD, «Recognition of the Disadvantaging of Women: The Promise of *Andrews...*», (1989) 35 *R.D. McGill* 207; A.F. BAYEFSKY, «A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms...», (1990) 1 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 503; D. GIBSON, «Equality For Some», (1991) 40 *U.N.B.L.J.* 2; D. MAJORY, «Equality and Discrimination According to the Supreme Court of Canada», (1991) 4 *R.J.F.D.* 407; D. LEPOFSKY, «The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster?», (1991) 1 *N.J.C.L.* 315.

8. *Andrews*, note 3, p. 151 (j. Wilson): «J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge McIntyre et je partage entièrement son avis quant à la façon dont le par. 15(1) de la *Charte* [...] devrait être interprété et appliqué»; p. 193 (j. La Forest): «Il ne m'est pas nécessaire non plus d'entreprendre un examen en profondeur de l'état du droit concernant le sens du par. 15(1) parce que dans la mesure où cela est pertinent en l'espèce, je partage essentiellement l'opinion de mon collègue [McIntyre]».

9. *Ibid.*, p. 164. À noter les observations très similaires du juge Iacobucci dix ans plus tard dans *Law*, *infra* note 75, par. 2 et 52.

10. *Ibid.*, p. 165. Le développement du juge McIntyre sur les concepts généraux d'égalité que nous synthétisons ici se trouve aux p. 163 à 171.

ce sens, l'article 15 ne saurait constituer en soi une garantie générale d'égalité. Si cette disposition traite d'égalité sous ses diverses facettes, à savoir l'égalité devant et dans la loi ainsi que la même protection et le même bénéfice de la loi¹¹, ces termes n'ont qu'un rôle «préliminaire» comme le résume le juge La Forest¹². Ce rôle se limite à faire en sorte que tous les types de loi, y compris les lois d'avantages sociaux, soient visés par la garantie d'égalité, contrairement à ce qui avait été décidé sous l'empire de la *Déclaration canadienne des droits de 1960*¹³. À cet égard, le droit au même bénéfice de la loi a pour but d'écarter l'arrêt *Bliss*¹⁴ dans lequel la Cour suprême avait refusé de remettre en question la législation fédérale sur l'assurance-chômage au motif principal qu'il ne s'agissait pas d'une loi imposant un fardeau, mais d'un programme d'avantages sociaux.

Par ailleurs, la conception formelle de l'égalité est rejetée dans l'arrêt *Andrews*. Dans la mesure où l'on entend par là l'équivalent de la *rule of law* britannique, c'est-à-dire une notion d'égalité purement procédurale ou administrative, inopposable au législateur, et qui se limite à exiger que la loi soit appliquée à tous, sans privilège ni faveur, par l'Administration et les tribunaux, cette notion apparaît bien sûr insuffisante. C'est pourtant la seule acception de l'égalité qu'avait retenue la Cour suprême à l'époque de la *Déclaration canadienne des droits de 1960* au regard de sa garantie d'égalité devant la loi dans la fameuse affaire *Lavell*¹⁵. Quoiqu'essentielle, cette seule dimension procédurale de l'égalité ne saurait à elle seule satisfaire les obligations internationales du Canada comme l'a «constaté» le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Lovelace*¹⁶ qui, en fait, constituait l'appel de l'arrêt *Lavell* devant cette instance internationale.

L'égalité formelle ne s'arrête cependant pas à cette acception purement procédurale et administrative. Elle comporte aussi une dimension matérielle lorsqu'elle s'attaque au législateur en lui interdisant de faire des distinctions de traitement arbitraires. Voilà d'ailleurs pourquoi le Constituant a ajouté au droit à l'égalité *devant* la loi celui de l'égalité *dans* la loi («*under the law*») à

11. Ces concepts sont toutefois rendus dans la version anglaise du par. 15(1) par les expressions *equality before the law, equality under the law, equal protection of the law* et *equal benefit of the law*.

12. *Andrews*, note 3, p. 193.

13. L.R.C. 1985, App. III.

14. *Bliss c. P.G. du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

15. *P.G. du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

16. *Lovelace c. Canada*, (1984-1985) A.C.D.P. 373-377.

l'article 15. Dans la mesure où le droit à l'égalité signifie que le législateur doit traiter tous les justiciables de la même façon, à moins qu'il ne soit justifié de distinguer au nom de l'intérêt général et commun, cette conception formelle de l'égalité est tout autant rejetée par la Cour¹⁷. Deux ordres de considération distincts la conduiront à mettre de côté cette façon d'envisager l'égalité. Tout d'abord, sur le fond des choses, c'est-à-dire sur le plan du contenu même de la norme, l'égalité formelle repose sur l'idée que tout le monde doit être traité de la même façon (sauf si l'État est justifié de distinguer dans l'intérêt public). En d'autres termes, par essence, l'égalité se traduit par le droit au même traitement. Or, comme le rappelle avec raison le juge McIntyre, «l'égalité pleine et entière» ne passe pas forcément par l'identité de traitement. Il est parfois nécessaire de traiter certaines gens différemment pour pouvoir les traiter en pleine égalité puisque «le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites»¹⁸.

En second lieu, les six juges¹⁹ de l'arrêt *Andrews* rejeteront la notion formelle d'égalité qui consiste à interdire au législateur de faire des distinctions injustifiées, arbitraires ou déraisonnables, pour des raisons d'opportunité. D'une part, compte tenu du fait que toutes les lois ou presque font des distinctions, la Cour ne se sent pas la compétence institutionnelle, comme l'a affirmé clairement le juge La Forest, pour relever le défi de l'évaluation du caractère arbitraire ou irrationnel de toutes les distinctions législatives²⁰. Il est certain, en effet, que la fonction législative consiste

17. Pour un exposé général sur les notions générales d'égalité formelle et d'égalité réelle, voir: D. PROULX, «Les valeurs et intérêts protégés par l'égalité», dans G.-A. BEAUDOIN, *supra*, note 7, 61-71; pour un exposé des mêmes concepts dans la perspective de la Charte canadienne: D. PROULX, «L'objet des droits constitutionnels à l'égalité», (1988) 29 *C. de D.* 569-598; L. TRAKMAN, «Substantive Equality in Constitutional Jurisprudence: Meaning Without Meaning», (1994) 7 *Can.J.L.&Jur.* 27-42; S. MCINTYRE, «Backlash Against Equality: The "Tyranny" of the "Politically Correct"», (1993) 38 *R.D.McGill* 1, 26-35; R. MOON, «Discrimination and its Justification: Coping With Equality Rights Under the Charter», (1988) 26 *Osgoode Hall L.J.* 673-712; J. BAKAN, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, Toronto, U. of T. Press, 1997, p. 46-47.

18. *Andrews*, note 3, p. 165 et 169.

19. Exceptionnellement, le jugement de la Cour a été rendu par un nombre pair de juges dans cet important arrêt. En effet, le juge Le Dain avait siégé dans cette affaire mais n'a pu prendre part au jugement.

20. *Andrews*, note 3, p. 194: «Il convient de répéter que, pour des considérations de fonctions et de ressources institutionnelles, les tribunaux devraient hésiter au plus haut point à remettre en question les choix législatifs et gouvernementaux...»

justement à déterminer qui bénéficiera des largesses de la loi ou sera sanctionné par elle et à quelles conditions. D'autre part, comme la structure de la Charte renvoie à l'article premier toute analyse des justifications liées au caractère raisonnable d'une distinction législative, c'est-à-dire à sa rationalité et à sa proportionnalité, on estime incorrect d'envisager l'égalité sous cet angle²¹.

Faisant référence à sa propre jurisprudence rendue en vertu des diverses lois provinciales et fédérale sur les droits de la personne²², la Cour en viendra alors à la conclusion qu'à l'instar de cette législation spéciale, ce que la Charte vise avec l'article 15, c'est la discrimination²³. Elle estime donc que la façon dont le Constituant s'y prend pour tenter d'atteindre l'idéal d'égalité consiste à interdire certaines formes particulièrement odieuses de discrimination, à savoir celles qu'il a prosrites dans l'article 15 via son énumération non limitative de motifs de discrimination. Par ailleurs, puisque l'identité de traitement ne permet pas toujours d'atteindre la véritable égalité, la principale considération interprétative en matière de discrimination devra être l'effet ou l'impact de la loi sur un groupe de personnes identifiables par un motif de discrimination énuméré à l'article 15 ou analogue²⁴. Il faut donc aller au-delà des termes de la loi et de la stricte égalité de traitement qu'ils prévoient afin de vérifier si cette égalité formelle ne produit pas, en réalité, une disparité de traitement défavorable à un individu ou à un groupe d'individus caractérisés par un motif énuméré ou analogue. La pensée de la Cour sera résumée par la définition que le juge McIntyre propose en bout de ligne de la notion de discrimination prosrite par l'article 15. Cette défini-

21. *Ibid.*, p. 177-178: «L'aspect qui distingue la Charte des autres lois est que l'examen de ces facteurs limitatifs est effectué en application de l'article premier». BLACHE, *supra*, note 6 ajoute, avec raison, que la prédominance de la perspective collective (c-à-d. la protection des groupes identifiables par les motifs de discrimination) et l'absence de critère de référence pour identifier le caractère injustifié d'une distinction législative a joué à l'encontre de l'égalité formelle. Cependant, comme l'a signalé GOLD, *supra*, note 7, il est clair que McIntyre a erré lorsqu'il a prétendu que l'égalité formelle ne permet pas de remettre en question le contenu de la loi (cf.: *Andrews*, p. 166). Le savant juge a alors confondu l'aspect procédural (la *rule of law*) et l'aspect matériel (l'interdiction des distinctions législatives arbitraires) de l'égalité formelle.

22. Le juge McIntyre réfère surtout à *O'Malley c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (interprétant le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53) et à *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (l'affaire dite *Action Travail des femmes* fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6).

23. *Andrews*, note 3, p. 172. Les pages 172 à 176 du jugement de McIntyre sont consacrées à la notion de discrimination.

24. *Ibid.*, p. 165 et 182.

tion, il faut le noter, est directement inspirée des décisions interprétant des normes de non-discrimination applicables surtout dans un contexte de droit privé²⁵. La voici:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur les motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.²⁶

En résumé, il ressort de la décision du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, qu'une mesure gouvernementale viole l'article 15 lorsque les trois conditions suivantes sont remplies: 1) la mesure établit, intentionnellement ou non, c'est-à-dire directement ou indirectement, une différence de traitement, celle-ci pouvant se trouver dans une loi punitive (*equality under the law*) ou dans une loi d'avantages sociaux (*equal benefit of the law*); 2) elle cause un préjudice (sous forme de fardeaux ou de privation d'avantages) à quelqu'un et ce 3) en raison de son appartenance à un groupe identifiable par un motif de discrimination énuméré à l'article 15 ou analogue.

On aura noté ici que la troisième condition, requise par l'énumération non exhaustive des motifs de discrimination, marque la perspective collective adoptée par la Cour et a pour effet de limiter la protection égalitaire de l'article 15 à certaines catégories de personnes seulement²⁷. En sorte que si un individu est vic-

25. La législation provinciale et fédérale sur les droits de la personne a été adoptée dans les années 1960 et 1970 pour s'appliquer au secteur privé (relations employeurs-employés et locataires-locataires notamment) et au gouvernement dans ses fonctions de gestionnaire (c-à-d. comme employeur ou fournisseur de services). Certaines d'entre elles, comme la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 52, contenait une disposition les faisant prévaloir sur la législation ordinaire. Ce n'est qu'au milieu des années 1980 que la Cour suprême a consacré de manière efficace et officielle le caractère «quasi constitutionnel» de ces lois, sous l'influence vraisemblablement de la Charte canadienne. Voir *infra* note 87.

26. *Ibid.*, p. 174-175.

27. *Ibid.*, p. 180-181: «L'expression «indépendamment de toute discrimination» [...] est une forme de réserve («qualifier») incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées de la disposition [...]» (soulignement ajouté).

time d'une exclusion parfaitement arbitraire et injustifiée, mais non fondée sur un motif de distinction énuméré ou analogue, il ne jouit d'aucune protection contre l'inégalité de traitement dont il fait l'objet, fut-elle injuste et dans un domaine aussi primordial que le droit criminel²⁸. Bien qu'elle soit généralement reconnue dans l'ensemble des États occidentaux au titre de l'égalité, la protection constitutionnelle contre les distinctions de traitement arbitraires de l'État se trouve donc retirée par la Cour suprême, malgré la référence directe à ce concept dans le par. 15(1): la mention expresse du droit «à la même protection de la loi», une formulation identique au XIV^e Amendement de la Constitution américaine et à l'article 26 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* consacrant cette protection, ne peut en effet être le fruit du hasard²⁹.

-
28. C'est précisément ce qui s'est produit dans les arrêts suivants: *Re Workers' Compensation Act, 1983 (Newfoundland)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701 et *Delisle c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 989.
29. Pour le droit américain, voir C. SHEPPARD, «Equality in Context: Judicial Approaches in Canada and the United States», (1990) 39 *U.N.B.L.J.* 111 et J. BOUCHARD, «Aperçu comparatif du concept d'égalité en droit constitutionnel américain et canadien», (1992) 5 *R.J.F.D.* 87. Pour le droit international, voir A. BAYEFISKY, «The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law: Implications for Equality Rights in the Charter», dans L. SMITH (dir.), *Righting the Balance: Canada's New Equality Rights*, 1986, 117 et la récente décision du Comité des droits de l'homme «constatant» le caractère discriminatoire de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* quant aux privilèges scolaires conférés à la minorité religieuse de foi catholique en Ontario: *Waldman c. Canada*, CCPR/C/67/694/1996, 4 nov. 1999. Une telle amputation de la garantie d'égalité par la Cour suprême est due aux craintes exprimées par certains que cette vision formelle finisse par l'emporter sur une acception «réelle et effective» de l'égalité qui tienne pleinement compte de l'impact des politiques gouvernementales sur les groupes visés par l'énumération des motifs de discrimination de l'article 15. Voir p. ex.: C.L. SMITH, «Judicial Interpretation of Equality Rights Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Some Clear and Present Dangers», (1988) 23 *U.B.C.L.R.* 65, 86. À l'instar de Marc GOLD, note 7, je ne suis pour ma part nullement convaincu que ces craintes justifient une approche aussi restrictive de l'article 15 et je demeure persuadé qu'une approche individuelle axée sur la dignité humaine et interdisant les distinctions arbitraires peut coexister avec une approche collective axée sur l'égalité réelle et effective assurant une protection anti-discrimination supplémentaire pour les groupes défavorisés. Voir D. PROULX, note 2. D'autres estiment par ailleurs que l'élargissement de la protection égalitaire au-delà de certains motifs de discrimination ne peut passer que par la reconnaissance jurisprudentielle de l'égalité en tant que «principe constitutionnel fondateur» implicitement enchâssé et existant indépendamment de la Charte canadienne, voir à ce sujet: P. HUGHES, «Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principle», (1999) 22 *Dal. L.J.* 5-50.

2- Les points de divergence

Là s'arrête l'unanimité de la Cour. Car à ce consensus, l'arrêt *Andrews* se double d'une très importante divergence de vues sur deux points névralgiques d'interprétation: l'objet même de l'article 15 ainsi que la portée de la protection anti-discrimination qui en découle.

En ce qui concerne l'objet de l'article 15, la Cour se divise en deux groupes égaux de trois juges. Optant pour le modèle dworkinien de la dignité humaine³⁰, les juges McIntyre, Lamer et La Forest estiment que le but général de l'article 15 est de «favoriser l'existence d'une société où *tous* ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération»³¹. S'exprimant au nom des juges Dickson et L'Heureux-Dubé, la juge Wilson s'inscrit plutôt dans la mouvance de la théorie mckinnonienne de la domination³² en affirmant que l'article 15 est «un droit conçu pour protéger les 'minorités discrètes et isolées' dans notre société»³³.

Or, cette divergence de vues quant à l'objet de l'article 15 aura des conséquences tangibles sur la portée même du droit à l'égalité. Pour le groupe McIntyre, la protection de l'article 15 bénéficie à *tout* individu («*every individual*» selon sa version anglaise), quels que soient sa race, son sexe, etc., si tant est qu'il

30. Dans *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harv. U.P., 1977 et *A Matter of Principle*, Cambridge, Harv. U.P. 1985, Ronald Dworkin établit que l'égalité doit être envisagée primordialement sous l'angle du respect dû à tout être humain. Ce qui l'amènera du reste à plaider en faveur des programmes destinés à améliorer la condition des plus défavorisés. Rawls, pour sa part, parviendra au même résultat en mettant l'accent sur la justice dans *Theory of Justice*, Cambridge, Harv. U.P. 1971. Pour une démonstration éloquent de l'étroite parenté idéologique entre l'approche de McIntyre dans *Andrews* et celle de Dworkin, voir J.D.C. GALLOWAY, «Three Models of (In) Equality», (1993) 38 *R.D.McGill* 64, 83 et s.

31. *Andrews*, note 3, p. 171.

32. C. MacKINNON, est incontestablement la leader de l'interprétation féministe de la domination. Voir p. ex.: *Sexual Harassment of Working Women: A Case Study of Sex Discrimination*, New Haven, Yale, 1979 et *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harv. U.P. 1987. Pour une excellente étude des théories de cette auteure vedette, voir J.-F. GAUDREAU-DESBIEUX, *Le sexe et le droit – Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Montréal, Liber-Éditions Yvon Blais, 2001. La théorie féministe de la domination doit par ailleurs beaucoup à la «*critical race theory*»; voir p. ex.: O. FISS, «Groups and the Equal Protection Clause», dans COHEN, NAGER & SCANLON (dir.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, P.U.P., 1977, 84.

33. *Andrews*, note 3, p. 154 et 157.

soit victime d'une différence de traitement préjudiciable fondée sur une caractéristique personnelle énumérée à l'article 15 ou analogue. Tandis que pour le groupe Wilson, nul ne peut bénéficier d'un droit constitutionnel à l'égalité à moins de pouvoir prouver, en plus des trois éléments de base indiqués par le juge McIntyre, son appartenance à un groupe historiquement défavorisé d'un point de vue social, politique, juridique ou économique. En d'autres termes, si une exclusion est fondée sur la race ou le sexe, l'article 15 ne protège contre les pratiques discriminatoires que ceux qui font partie de minorités raciales au Canada (non les Blancs) et que les femmes (non les hommes). Il s'agit, on le voit, d'une nouvelle réduction de la portée de l'article 15, au nom d'une norme d'égalité réelle et effective au profit de ceux qui sont opprimés et qui en ont véritablement besoin afin de pouvoir améliorer leur sort.

Cette réduction nouvelle de portée de la garantie d'égalité aura d'ailleurs rapidement des répercussions très concrètes. Ainsi, dans l'arrêt *Turpin* rendu à peine deux mois plus tard, la Cour fut appelée à se prononcer sur la validité de la disposition du Code criminel qui faisait une distinction entre les résidents de l'Alberta et ceux des autres provinces ou territoires lors d'une accusation de meurtre³⁴. Le Code accordait en effet aux premiers des droits quant au mode de procès qu'il refusait aux seconds. L'une des questions consistait bien entendu à se demander si le Code criminel contrevenait aux droits à l'égalité de l'article 15. Voici la réponse tranchée de la Cour exprimée par la juge Wilson:

Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta [...] et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce parce que ce qui est comparé c'est la situation de personnes qui sont accusées, ailleurs au Canada, d'une des infractions énumérées à l'art. 427, avec celle de personnes ainsi accusées en Alberta. À mon avis, faire droit aux demandes des

34. *R. c. Turpin*, note 28. Les dispositions contestées du Code criminel étaient les articles 429 et 430 qui prévoyaient qu'un prévenu inculpé d'un acte criminel comme le meurtre devait être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury partout au Canada sauf en Alberta où l'accusé avait le choix du mode de procès.

appelants en vertu de l'art. 15 de la Charte serait «aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question». ³⁵

Les nuances que la juge Wilson apporte à son appui au jugement McIntyre dans l'arrêt *Andrews* sont donc loin d'être négligeables. Toutefois, comme nous le verrons dans notre prochain développement, elles seront très vite remises en question et ce, par nulle autre que la juge Wilson elle-même.

En résumé, s'il y a divergence de vues sur l'identification de l'objet des droits à l'égalité (la dignité de tous pour les uns; la protection des groupes défavorisés contre l'exclusion pour les autres) et sur les titulaires de ces droits (toute personne pour les uns; uniquement les membres de groupes défavorisés pour les autres) dans l'arrêt *Andrews*, l'unanimité demeure cependant sur les points suivants: 1) l'article 15 n'est pas une protection générale contre les distinctions arbitraires; 2) les quatre droits à l'égalité ne sont que des termes «préliminaires» dont la fonction est de faire en sorte que le champ d'application de l'article 15 ne soit pas limité à l'administration de la loi et aux seules dispositions de nature punitive; 3) la portée de la protection de l'article 15 est limitée à la discrimination fondée sur un motif énuméré à l'article 15 ou analogue; 4) l'article 15 établit une présomption de discrimination dès lors que les trois éléments de preuve de base sont présentés par le demandeur, à savoir: une distinction de traitement, un motif énuméré ou analogue comme fondement ou effet de la distinction et un effet préjudiciable; 5) toute considération visant à faire valoir le caractère raisonnable et justifié d'un tel préjudice est irrecevable dans le cadre de l'article 15 car cela relève de l'article premier et se trouve à la charge du gouvernement.

Ainsi, dans l'arrêt *Andrews*, tous les juges ont conclu que le demandeur avait été victime d'une discrimination au sens de l'article 15 du seul fait que la loi le traitait différemment des citoyens canadiens et que cette mesure lui portait préjudice en retardant de trois ans son admission au Barreau de Colombie-Britannique. Les questions de justification ont été entièrement traitées dans le cadre de l'article premier et quatre juges sur six, appliquant avec rigueur le critère de proportionnalité, ont estimé

35. *Ibid.*, p. 1333. Il est vrai que Wilson a mis un bémol à sa position à la p. 1332 en disant que le désavantage pré-existant n'était «peut-être pas toujours nécessaire». Compte tenu de l'ensemble de son analyse dans *Turpin* et de l'objet unidimensionnel qu'elle accole à l'article 15, les réserves de Wilson apparaissent toutefois purement rhétoriques.

que l'exclusion des non-citoyens n'était pas justifiée dans les circonstances, les juges McIntyre et Lamer inscrivant leur dissidence quant à cette conclusion³⁶.

B- La jurisprudence postérieure à *Andrews*

Il est certain que le schéma analytique développé dans *Andrews* et *Turpin*, marqué par la preuve de la discrimination en trois points (distinction, motif énuméré ou analogue, effet préjudiciable), d'une part, et le report des questions de justification à l'étape de l'article premier, d'autre part, a été généralement suivi par la Cour suprême dans les années qui ont suivi immédiatement *Andrews*³⁷. Toutefois, les arrêts *Hess*³⁸ et *Weatherall*³⁹ sont venus mettre du sable dans l'engrenage et jeter les bases d'une nouvelle divergence de vues fondamentale entre les juges du haut tribunal, laquelle éclatera au grand jour dans ce qu'il est convenu d'appeler la «trilogie de 1995». Puis, avec les arrêts *Eaton*⁴⁰ et *Eldridge*⁴¹ nos magistrats ont refait la paix en revisant l'objet de l'article 15 de manière à mieux garantir l'intégration des personnes handicapées.

1. *Hess et Weatherall: les grains de sable dans l'engrenage*

Dans l'arrêt *Hess* rendu en 1990, il était question de la contestation des dispositions du Code criminel interdisant à tout homme d'avoir des relations sexuelles avec une fille de moins de quatorze ans, même avec le consentement de celle-ci⁴².

36. *Andrews*, note 3, p. 183 à 191 (j. McIntyre); p. 153 à 158 (j. Wilson); p. 197 à 204 (j. La Forest).

37. Voir notamment: *R. c. Sheldon S.*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Mckinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. University of British Columbia*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933 (j. Lamer); *Tétreault-Gadoury c. Canada (C.E.I.)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Généreux*, *supra*, note 28 (j. Lamer); *Canada (M.E.I.) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519 (j. Lamer); *R. c. Finta*, *supra*, note 28; *Symes c. Canada*, [1994] 4 R.C.S. 695. Le juge Lamer est ajouté entre parenthèses lorsqu'il est le seul à se prononcer sur l'article 15 ou lorsqu'il aborde le droit à l'égalité pour une minorité de juges.

38. *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906.

39. *Weatherall c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 872.

40. *Eaton c. Commission scolaire du district de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

41. *Eldridge c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624.

42. Il s'agissait du par. 146(1) du *Code criminel* qui se lisait comme suit: «Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe

L'argument était le suivant: ces dispositions sont discriminatoires et inconstitutionnelles en ce que, d'une part, elles ne créent une infraction qu'à l'égard des hommes (fardeau inégal) et que, d'autre part, elles ne protègent contre les relations sexuelles pédophiles que les filles (avantage inégal).

Appliquant le cadre d'analyse développé dans l'arrêt *Andrews*, la juge McLachlin décida, dans son opinion minoritaire (mais non dissidente quant au résultat), que le Code criminel était contraire à l'article 15 puisqu'il établissait 1^o une distinction de traitement 2^o ayant un effet préjudiciable 3^o envers les hommes. En effet, le Code ne punissait qu'eux, et il ne les protégeait pas en toute égalité avec les filles contre l'abus sexuel, s'ils avaient moins de quatorze ans. Elle conclura cependant que les dispositions en cause n'étaient pas contraires à la Charte parce que le gouvernement a pu démontrer que cette distinction de traitement était justifiée, en vertu du critère de proportionnalité de l'article premier de la Charte, par la nécessité d'éviter les grossesses précoces⁴³.

Toutefois, le jugement majoritaire n'a pas été rédigé par la juge McLachlin mais bien par la juge Wilson. Selon elle, les dispositions contestées du Code criminel n'étaient nullement discriminatoires; par conséquent, elles ne violaient pas l'article 15 et il devenait inutile de recourir à l'article premier. La juge Wilson était en effet d'avis que ces dispositions législatives étaient *justifiées en elles-mêmes*. Elle invoquera les mêmes justifications que la juge McLachlin, soit les différences biologiques entre hommes et femmes et le désir du législateur de prévenir les grossesses précoces chez les jeunes filles⁴⁴, même elle les appliquera directement dans le cadre de l'article 15 pour conclure à l'absence de toute discrimination⁴⁵.

Comment la juge Wilson a-t-elle pu se sentir autorisée de tenir un raisonnement *a priori* aussi opposé à la logique adoptée dans *Andrews*? En se fondant justement sur... *Andrews* ! Rappelant que le juge McIntyre avait déclaré dans la première partie de

féminin a) qui n'est pas son épouse, et b) qui a moins de quatorze ans, que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus.» L'art. 147 ajoutait que la personne de sexe masculin devait être âgée de plus de quatorze ans pour être visée par l'infraction du par. 146(1).

43. Hess, note 38, p. 941-946 (art. 15) et 956-957 (art. 1).

44. *Ibid.*, p. 928 et 931-932.

45. Pour une critique mordante de cette analyse, voir: D. BEATTY, «The Canadian Conception of Equality», (1996) 46 *U. of T.L.J.* 349 et M.D. LEPOFSKY, note 7.

son jugement consacrée aux concepts généraux en matière d'égalité que «ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement qui portent atteinte aux garanties d'égalité de l'article 15»⁴⁶, la juge Wilson affirma alors dans *Hess*: «...il ne faut pas présumer que pour la simple raison qu'une disposition vise un groupe identifié par une caractéristique énuméré au par. 15(1) de la Charte, nous nous retrouvons automatiquement en face d'une violation du par. 15(1)»⁴⁷.

Le problème ici, c'est que la partie des motifs du juge McIntyre insistant sur le caractère relatif et comparatif du concept d'égalité n'était qu'introductive. L'articulation de ces concepts et principes généraux en norme d'égalité effective par la consécration d'une protection contre la discrimination en trois points, d'une part, et l'exclusion de toute question de justification, d'autre part, est complètement ignorée par la juge Wilson. D'où la division de la Cour en deux camps (6 à 3) dans cette affaire *Hess*. D'où également la complète contradiction de la juge Wilson avec sa propre jurisprudence. N'avait-elle pas affirmé haut et fort dans les arrêts *Andrews* et *Turpin* que l'objet de l'article 15 était la protection des groupes défavorisés, que la violation de l'article 15 se présume sur présentation des trois éléments de preuve énoncés dans *Andrews* (différence de traitement, motif énuméré ou analogue, préjudice) et que toute question de justification relève du gouvernement en vertu de l'article premier?⁴⁸ Ses positions antérieures auraient donc dû l'amener à rejeter l'action pour l'une ou l'autre des raisons suivantes: soit l'article 15 ne pouvait interdire la discrimination envers les hommes puisqu'il n'a pas pour but de protéger les groupes favorisés, soit la discrimination pouvait se justifier en vertu de l'article premier par des différences biologiques dont le législateur a légitimement tenu compte.

On assistera au même genre de contradiction dans le bref mais important arrêt *Weatherall* rendu en 1993. Il s'agissait dans cette affaire de la contestation de la pratique des fouilles par palpation et des rondes de surveillance des détenus masculins dans les pénitenciers par des gardiennes de prison. On plaidait que les détenues des pénitenciers pour femmes n'étaient pas, quant à elles, soumises à des fouilles et à des rondes de surveillance par des hommes. Entre autres motifs, le juge La Forest, s'exprimant

46. *Andrews*, note 3, p. 168.

47. *Hess*, note 38, p. 928.

48. Voir: *Andrews*, note 3, p. 151 à 158; *Turpin*, note 28, p. 1325-1326 et 1330-1334.

ici pour la Cour, a affirmé que le traitement différent auquel étaient assujettis les hommes dans les pénitenciers respectait l'article 15 et qu'il n'était nullement discriminatoire (indépendamment de l'article premier) parce que «l'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique[...]» et que «compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, l'égalité n'exige pas que les pratiques qui sont interdites lorsque des gardiens du sexe masculin sont affectés à la garde de femmes détenues soient également interdites lorsque des agents du sexe féminin sont affectées à la garde d'hommes détenus»⁴⁹. Fait à noter par ailleurs, à l'instar des juges Wilson et McLachlin dans *Hess*, le juge La Forest n'a fait aucun commentaire sur le fait que le plaignant ne faisait pas partie, en tant qu'homme, d'une «minorité discrète et isolée».

Un accord tacite semble donc se dégager sur l'idée que la protection de l'article 15 n'est plus réservée aux seuls membres des groupes défavorisés. La table est toutefois mise, avec ces arrêts *Hess* et *Weatherall*, pour une franche mésentente entre les savants juges du haut tribunal sur le point crucial suivant: l'article 15 s'oppose-t-il à toute différence de traitement ayant des effets préjudiciables en raison d'un motif de discrimination énuméré ou analogue (cette différence de traitement pouvant alors survivre uniquement sur preuve, à la charge du gouvernement, de son caractère raisonnable et justifié en vertu de l'article premier) ou, au contraire, cet article tolère-t-il *en lui-même* les distinctions de traitement *justifiées* par les différences de situation des uns et des autres?

La gravité du changement de perspective proposé par la majorité dans *Hess* et *Weatherall* ne saurait être sous-estimée pour au moins deux raisons. Premièrement, on peut prétendre qu'on assiste, conceptuellement, à un retour en force de l'égalité formelle – pourtant fort décriée par la Cour – consistant en l'interdiction des seules distinctions injustifiées. Deuxièmement, l'approche retenue par Wilson est susceptible d'avoir un impact majeur sur le fardeau de preuve du demandeur et, partant, sur l'efficacité de la garantie. En effet, selon le schéma analytique retenu dans *Andrews*, le demandeur n'a pas à faire la preuve du caractère injuste ou injustifié de la différence de traitement qui lui

49. *Weatherall*, note 39, p. 877. Manifestement dubitatif par rapport à sa propre analyse, le juge La Forest terminera son très court jugement en disant que s'il y a violation de l'art. 15, celle-ci est de toute façon justifiée par l'article premier !

cause un préjudice en raison d'une caractéristique énumérée ou analogue; cela est en effet présumé. Tandis que selon l'approche favorisée dans *Hess* et *Weatherall*, le demandeur ne pourra avoir gain de cause que s'il démontre, en plus des éléments de base (distinction de traitement, préjudice et motif énuméré et analogue), que la mesure contestée se révèle arbitraire, injuste ou injustifiée. On impose par conséquent au demandeur un fardeau de preuve beaucoup plus lourd. C'est dans la trilogie de 1995 que cette divergence d'opinions éclatera au grand jour.

2. *La trilogie de 1995: la fin des illusions*

Dans les arrêts *Miron*, *Egan* et *Thibaudeau*⁵⁰, la Cour se fractionne officiellement pour la première fois et ce, en trois groupes distincts⁵¹. Selon un premier groupe de quatre juges (La Forest, Lamer, Gonthier et Major), les affaires *Hess* et *Weatherall* interprétaient correctement l'arrêt *Andrews* en rappelant que toute différence de traitement n'est pas nécessairement discriminatoire. À leur avis, cela signifie qu'en pratique la violation de l'article 15 doit dorénavant passer par la preuve, à la charge du demandeur, non seulement qu'une distinction de traitement lui cause un préjudice en raison d'un motif énuméré ou analogue, mais encore qu'elle n'est pas pertinente eu égard aux objectifs législatifs ou aux valeurs sous-tendant la loi⁵². C'est ainsi que dans l'arrêt *Egan*, l'exclusion des conjoints homosexuels du droit à une pension fut jugée non discriminatoire par le juge La Forest parce qu'une telle mesure était selon lui en harmonie avec les objectifs et les valeurs de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*⁵³, à savoir la protection et la valorisation de la famille, laquelle famille passe d'abord et avant tout par la procréation. Ce premier groupe de juges s'en défendait bien, mais il est clair qu'on faisait en sorte que l'article 15 absorbe l'article premier. Chose certaine, cette position, que ce groupe prétendait inspirée des motifs du juge

50. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 411; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627. Ces trois arrêts ont été rendus le 25 mai 1995. Comme le dernier arrêt de cette trilogie s'est appuyé sur des considérations étrangères à mon propos (soit l'évaluation de l'effet indirect d'une disposition fiscale sur les femmes), je ne référerai ci-après qu'aux deux premiers.

51. Plusieurs commentaires ont été publiés sur cette trilogie. On lira avec profit ceux-ci: D. POTHIER, «M'Aider, Mayday: Section 15 of the Charter in Distress», (1996) 6 *N.J.C.L.* 295; B. BERG, «Fumbling Towards Equality: Promise and Peril in *Egan*», (1995) 5 *N.J.C.L.* 263; D.M. McALLISTER, «*Egan*: a Crucible for Human Rights», (1995) 5 *N.J.C.L.* 95.

52. *Miron*, note 50, p. 436 et s. (j. Gonthier); *Egan*, note 50, p. 530-539 (j. La Forest).

53. L.R.C. (1985), c. O-9.

McIntyre dans *Andrews*, allait diamétralement à l'encontre de l'un des éléments-clés de cet arrêt, à savoir que toute question de justification, et donc de pertinence d'une distinction en rapport avec les objectifs d'une loi, doit être reléguée à l'étape de l'article premier parce que, d'une part, telle est la structure de la Charte et que, d'autre part, cela assure à tous une protection plus efficace contre la discrimination en faisant reposer sur le gouvernement le fardeau de preuve en matière de justification. La Cour, rappelons-le, avait jusque-là suivi fidèlement cette approche dans l'ensemble de sa jurisprudence, à l'exception des affaires *Hess* et *Weatherall*.

Pour un deuxième groupe de quatre juges (McLachlin, Cory, Iacobucci et Sopinka), la façon correcte de concilier *Hess* et *Weatherall* avec *Andrews* consiste à ajouter aux trois éléments de base de ce dernier arrêt (soit la différence de traitement, le préjudice et le motif énuméré ou analogue) un quatrième élément: l'atteinte à la dignité humaine par la preuve que la loi repose sur des stéréotypes ou encore qu'elle a pour effet de les renforcer à l'endroit des individus et des groupes visés par l'article 15⁵⁴. Ainsi, selon ces juges, si les hommes avaient perdu leur cause dans *Hess* et *Weatherall*, c'est en réalité parce qu'ils avaient omis de prouver que la distinction de traitement dont ils se plaignaient portait atteinte à leur dignité. Voici en effet un passage-clé de la décision du juge Cory dans l'arrêt *Egan*:

Cependant, des arrêts comme *Weatherall* [...] et *Hess* [...] indiquent clairement que ce n'est pas le simple fait qu'une distinction soit fondée sur un motif énuméré ou analogue qui entraîne la discrimination. L'existence d'une discrimination est plutôt établie par l'appréciation de l'effet préjudiciable de la distinction par rapport à l'objectif fondamental du par. 15(1), qui est d'empêcher toute atteinte à la dignité humaine essentielle. Le fait que le législateur ait fondé son raisonnement sur des stéréotypes peut fort bien constituer un facteur extrêmement important pour déterminer s'il y a [discrimination].⁵⁵

En d'autres termes, le préjudice (exprimé par les termes «fardeaux, obligations, désavantages ou bénéfices offerts à d'autres» dans *Andrews*) ne plus être uniquement matériel et il ne suffit

54. *Miron*, note 50, p. 484 et s. (j. McLachlin); *Egan*, note 50, p. 603-604 (j. Cory).

55. *Egan*, *ibid.*, p. 603. À noter que le mot discrimination est placé entre crochets à la fin de cet extrait en raison d'une erreur de traduction. Le mot *discrimination* de la version anglaise est malencontreusement rendu par le mot distinction en français.

plus d'être traité plus mal que les autres; le demandeur doit dorénavant prouver le préjudice moral, c'est-à-dire que le traitement préjudiciable dont il est l'objet porte atteinte à sa dignité. Dans *Egan* par exemple, le juge Cory estima qu'il y avait effectivement preuve de préjudice moral car l'exclusion des homosexuels de la définition du mot «conjoint» dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*⁵⁶ reposait sur le stéréotype suivant lequel les homosexuels ne peuvent entretenir de relations durables où l'affection, le soutien mutuel et l'interdépendance financière se manifestent de la même façon que chez les hétérosexuels. La loi renforçait donc les préjugés fondés sur des stéréotypes injustes⁵⁷.

On peut faire trois observations à propos de cette nouvelle interprétation de l'article 15 proposée par le deuxième groupe de juges de la trilogie de 1995. Tout d'abord, cette tentative de conciliation de *Hess* et *Weatherall* avec la jurisprudence de la Cour se fait au prix d'une nouvelle contradiction puisque la majorité de la Cour l'avait ouvertement rejetée dans l'arrêt *McKinney*⁵⁸. En effet, dans cette affaire qui portait sur la constitutionnalité des politiques de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans, le juge La Forest avait clairement écarté l'argument du gouvernement selon lequel la demanderesse devait démontrer que la politique reposait sur des stéréotypes ou avait pour effet de les perpétuer, en plus de faire la preuve des trois éléments objectifs de base (distinction, motif, préjudice). Pour la majorité, cet élément alourdissait inutilement le fardeau de preuve du demandeur et n'était nullement requis par la jurisprudence de la Cour⁵⁹. Dans son jugement dissident, la juge Wilson estima au contraire que cet élément de preuve était requis de la demanderesse (laquelle, en l'occurrence, avait réussi à établir qu'une politique de retraite obligatoire avait pour

56. *Supra*, note 53, art. 2.

57. *Egan*, note 50, p. 604. La Cour utilisa le même raisonnement dans *Vriend c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 493 (omission d'interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la législation sur les droits de la personne de l'Alberta) et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 (exclusion des conjoints homosexuels de la définition de «conjoint» dans la législation ontarienne sur le droit de la famille, ce qui empêchait un homosexuel de poursuivre son ex-conjoint pour aliments). Dans tous ces cas, en effet, les dispositions contestées furent jugées discriminatoires au sens de l'article 15 et injustifiées au sens de l'article premier de la Charte.

58. Voir en ce sens: J. ROSS, note 6, p. 79-80.

59. *McKinney*, *supra* note 37, p. 279: «[...] on a fait valoir que l'expression «indépendamment de toute discrimination» exige non seulement une simple constatation de distinction défavorable, mais encore la preuve d'une absurdité, de suppositions et de préjugés stéréotypés [...] Rien de tout cela n'est pertinent...»

effet de renforcer le stéréotype selon lequel les gens âgés sont moins compétents du seul fait de leur âge)⁶⁰.

Deuxième observation: chacun sait que l'objet de la proclamation en droit interne ou international de droits et libertés fondamentaux est la protection de la dignité inhérente à chaque être humain. On proclame donc solennellement dans des Chartes les droits et libertés sans le respect desquels on foule aux pieds la dignité humaine. En d'autres termes, si les pouvoirs publics violent la liberté d'expression d'un individu, s'ils portent atteinte à sa sécurité d'une façon contraire aux principes de justice fondamentale ou s'ils adoptent des mesures discriminatoires, on en conclut qu'ils enfreignent les droits fondamentaux de l'être humain et, *partant*, la dignité de ce dernier (sous réserve bien entendu de justifications raisonnables commandées par l'intérêt public ou les droits d'autrui). Par conséquent, n'est-il pas redondant d'exiger de la victime d'une violation de ses droits fondamentaux que ladite violation porte atteinte à sa dignité? Une telle atteinte à sa dignité ne résulte-t-elle pas de la violation même de ses droits dits fondamentaux? Chose certaine, la Cour suprême n'exige une preuve d'atteinte à la dignité humaine pour aucun des droits et libertés garantis par la Charte. Seul le droit à l'égalité échappe à cette règle depuis la trilogie de 1995. En sorte que l'atteinte à la dignité humaine, en matière d'égalité, ne se définit plus par l'application d'une mesure discriminatoire, mais par l'application d'une distinction contraire à la dignité ! Il y a quelque chose de tautologique ou de circulaire dans le raisonnement auquel la Cour aura intérêt à remédier comme nous le verrons avec l'analyse de l'arrêt *Law*.

Troisième et dernière observation: la réinterprétation des arrêts *Hess* et *Weatherall* en vertu de laquelle les demandeurs ont échoué en raison de l'absence de préjudice moral laisse songeur par rapport à la question-clé de l'à-propos d'introduire des éléments de justification dans le cadre de l'article 15. Si les détenus, dans *Weatherall*, ne pouvaient invoquer aucun préjudice réel, non seulement moral mais même matériel, du fait qu'ils étaient, contrairement aux femmes détenues, gardés par des personnes du sexe opposé, n'est-ce pas en réalité parce que cette distinction de traitement était *justifiée* par l'objectif législatif d'éviter les abus sexuels qui, compte tenu des réalités biologiques et sociologiques, sont à sens unique? Et que dire de l'arrêt *Hess*? En effet, il est clair

60. *McKinney*, *ibid.*, p. 279 (j. La Forest), p. 393 (j. Wilson).

que, dans cette affaire, les hommes subissaient un préjudice matériel et moral grave, soit parce qu'ils étaient les seuls à pouvoir être accusés d'avoir eu des relations sexuelles pédophiles avec des jeunes filles, soit parce qu'ils n'étaient pas protégés, comme enfant, contre l'abus sexuel. En sorte que si le second groupe de la trilogie de 1995 a pu réinterpréter cette affaire en disant que le Code criminel ne portait pas atteinte à la dignité humaine des hommes et des garçons, c'est uniquement, comme on l'a d'ailleurs dit dans cet arrêt, parce que cette distinction de traitement était *justifiée* par des objectifs législatifs importants (la protection contre les grossesses précoces notamment). Dès lors, une question fondamentale mérite d'être posée: l'élément nouveau de l'atteinte à la dignité humaine ne serait-il en définitive qu'une autre façon de faire entrer dans l'analyse de l'article 15 des éléments justificateurs, position pourtant clairement rejetée par ce même groupe déjuges dans la trilogie de 1995? Plusieurs observateurs le croient et estiment en outre que la Cour n'a pas réussi à donner le coup de barre qui s'impose à ce sujet dans l'arrêt *Law*⁶¹.

Enfin, pour le troisième et dernier groupe de la trilogie de 1995 constitué uniquement de la juge L'Heureux-Dubé, la nouvelle perspective du deuxième groupe paraît acceptable à condition que la portée de l'article 15 ne soit pas limitée aux distinctions fondées sur les motifs énumérés ou analogues. Elle estime que le but fondamental de l'article 15 est de protéger les membres de tout groupe identifiable contre la discrimination et qu'il ne faut pas limiter la portée de cette garantie aux motifs énumérés ou analogues cités uniquement à titre d'exemples dans cette disposition. Elle propose en outre une approche «à l'américaine» de l'article 15 où la discrimination repose d'une part sur le caractère plus ou moins suspect du motif de distinction et d'autre part sur l'importance relative du droit dont le demandeur est privé. Enfin, elle est d'avis que l'atteinte à la dignité doit être analysée en fonction non pas du critère de la «personne raisonnable», mais selon un nouveau critère «subjectif-objectif» qu'on pourrait appeler celui du «demandeur raisonnable»⁶².

En résumé, il ressort de la trilogie de 1995 qu'une majorité de cinq juges, soit les quatre du second groupe ainsi que la juge L'Heureux-Dubé, favorisent l'ajout de l'élément de l'atteinte à la dignité, lequel consiste en l'application (volontaire ou non) de

61. Voir la doctrine précitée, note 6.

62. *Miron*, note 50, p. 466-477; *Egan*, note 50, p. 548-558.

stéréotypes. Ce nouvel élément est créé dans le but manifeste de concilier les arrêts *Hess* et *Weatherall* avec la définition de la discrimination retenue par la Cour depuis l'arrêt *Andrews*. De plus, pour une forte majorité, il est maintenant clair que le but de l'article 15 n'est plus principalement la protection des groupes défavorisés, mais bien la reconnaissance de la dignité inhérente de chaque être humain et la protection de tous contre les stéréotypes et les discriminations injustes fondées sur des caractéristiques personnelles arbitraires comme celles qui sont énumérées à l'article 15 plutôt que sur les mérites, besoins ou capacités de chacun⁶³.

Cependant, moins de deux ans plus tard, cette approche va se heurter une fois de plus à la dure réalité: dans les arrêts *Eaton* et *Eldridge*, la Cour sera confrontée à des cas où l'argument de discrimination ne procédait en aucune façon de l'exclusion d'une catégorie de personnes par application de stéréotypes envers celle-ci et où, manifestement, cette façon d'aborder le par. 15(1) lui est apparue inadéquate.

3. *Eaton et Eldridge ou le constat d'une jurisprudence inadaptée*

Dans l'arrêt *Eaton*⁶⁴, des parents contestaient la décision des autorités scolaires de placer leur enfant gravement handicapé dans une classe spéciale pour enfants en difficulté d'apprentissage, au lieu de l'intégrer dans une classe ordinaire avec soutien pédagogique adapté à sa déficience. Le placement, prétendait le Conseil scolaire, avait été décidé en fonction des besoins réels de l'enfant après consultation de tous les intervenants du milieu et même après une période d'essai de trois ans d'intégration en classe ordinaire. Dans l'affaire *Eldridge*⁶⁵, des patients atteints de surdité attaquaient la décision des autorités médicales de les traiter comme tous les autres et de ne pas leur fournir de services d'interprétation gestuelle dans le cadre des régimes d'assurance-santé et d'assurance-hospitalisation publics de la province. Ils prétendaient que, sans ces services, il leur était impossible de communiquer efficacement avec leur médecin soignant. Bref, voilà deux affaires qui illustrent de manière éclatante le paradoxe de l'égalité: on invoque en effet ce même droit tant pour contester

63. *Miron*, p. 488-489 (J. McLachlin); *Egan*, p. 583-584 (J. Cory), *ibid.*

64. *Supra*, note 40.

65. *Supra*, note 41.

le traitement différent fait au demandeur (*Eaton*) que son contraire, soit l'application du même traitement (*Eldridge*) ! Encore que dans le premier cas, et la nuance est importante, le demandeur ne réclamait pas le droit pur et simple au même traitement (soit l'intégration scolaire), mais le droit à l'intégration avec les adaptations requises par sa déficience⁶⁶.

La Cour estime dans *Eaton* qu'en matière de discrimination fondée sur la déficience, l'atteinte à la dignité évoquée dans la trilogie de 1995 ne peut pas constituer l'élément déterminant du problème de discrimination soulevé. Pour le juge Sopinka, ce type de situation «[...] fait ressortir que le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire [...]»⁶⁷. Lorsque la déficience est en cause, l'égalité passe donc par un traitement différent et adapté aux besoins d'un individu ou d'un groupe donné plutôt que par l'application du même traitement pour tous. En sorte que «pour éviter la discrimination [...], il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée»⁶⁸. Dans ces cas, la question n'est donc pas de savoir si on a appliqué des stéréotypes contraires à la dignité humaine. Il s'agit plutôt de se demander si on a tenu compte des besoins et capacités des individus concernés, c'est-à-dire si un accommodement raisonnable a été prévu, d'une part, et si celui-ci permet de leur éviter un traitement défavorable d'autre part.

Cela dit, la Cour jugera que l'article 15 n'a pas été violé dans l'affaire *Eaton* parce que le traitement différent et adapté prévu pour l'enfant ne lui portait pas préjudice en lui refusant l'accès aux classes ordinaires. Le juge Sopinka conclut que le traitement choisi était celui qui correspondait le mieux aux besoins et à

66. Parmi les nombreux articles publiés sur *Eaton* ou *Eldridge*, voir p. ex.: W. MacKAY & V.C. KAZMIERSKI, «And on the Eighth Day, God Gave us Equality in Education: *Eaton v. Brant (County) Board of Education*», (1996-97) 7 *N.J.C.L.* 1; R. FADER, «Reemergence of the Charter Application Debate: Issues for the Supreme Court in *Eldridge* and *Vriend*», (1997) 6 *Dal.J.Leg.Stud.* 187; I. GRANT & J. MOSSOF, «Hearing Claims of Inequality: *Eldridge v. British Columbia*», (1998) 10 *R.J.F.D.* 229; M. YOUNG, «Change at the Margins: *Eldridge v. British Columbia* and *Vriend v. Alberta*», (1998) 10 *R.J.F.D.* 244.

67. *Eaton*, note 40, p. 274, par. 66.

68. *Ibid.*

l'intérêt bien compris de l'enfant, la preuve ayant démontré que c'est l'intégration en classe ordinaire qui, au contraire, conduisait à l'isolement de l'enfant et bloquait ses possibilités de progresser dans ses apprentissages scolaires. La Cour ne procédera donc pas à l'analyse des justifications en vertu de l'article premier⁶⁹.

Quant à l'affaire *Eldridge*, l'absence d'un accommodement approprié (qui aurait dû prendre la forme de la fourniture d'interprètes gestuels financés par l'État) fut considérée comme contraire à la garantie d'égalité de l'article 15 puisque cela privait les assurés atteints de surdité des mêmes bénéfices de la loi que les autres en les empêchant de communiquer efficacement avec leur médecin traitant. De plus, cette omission fut jugée contraire à la Charte et, partant, inconstitutionnelle parce que le gouvernement n'a pas réussi à démontrer, dans le cadre de l'analyse à faire en vertu de l'article premier, qu'un tel traitement uniforme était justifié par des objectifs légitimes et qu'il constituait un moyen proportionné.

En résumé, les arrêts *Eaton* et *Eldridge* ont donc donné l'occasion à la Cour d'accomplir deux choses: *primo*, élargir l'objet de l'article 15 (centré sur la seule protection de la dignité contre les stéréotypes dans la trilogie de 1995) en rappelant que le droit à l'égalité doit servir à combattre la discrimination et l'exclusion sociale et à permettre à tous et chacun de participer pleinement à la société; *secundo*, comme le respect d'un tel objet passe souvent par des adaptations selon les besoins des intéressés, intégrer la théorie de l'accommodement, déjà reçue depuis plus d'une

69. La Cour s'est toutefois montrée contradictoire en affirmant, d'une part, que le point de départ de l'analyse doit être l'intégration, mais que, d'autre part, cela ne génère pas nécessairement de présomption de discrimination lorsque l'enfant est exclu: *ibid.*, par. 69 et 77-79. Voir la critique de M.D. LEPOFSKY, «A Report Card on the Charter's Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years – What Progress? What Prospects?», (1996-1997) 7 *N.J.C.L.* 263, 414 et s., qui a tout à fait raison d'affirmer qu'un handicapé ne devrait jamais avoir à prouver qu'il fait partie à part entière de la société. Dans l'affaire *Eaton*, on est cependant forcé de reconnaître que, même avec une présomption de discrimination contre les mesures d'exclusion, le gouvernement aurait malgré tout eu gain de cause puisqu'il s'était déchargé de son fardeau de prouver que la «ségrégation» de l'enfant n'était pas discriminatoire. En effet, il a mis en preuve que l'intégration avait été essayée sans succès pendant trois ans. Ce qui est bien différent de l'arrêt *C.D.P. c. C.S.R. Chauveau*, [1994] R.J.Q. 1196, où la Cour d'appel du Québec impose carrément et, à mon avis, erronément aux parents l'obligation de démontrer que l'exclusion de leur enfant handicapé de l'enseignement régulier lui cause un préjudice alors que celui-ci devrait, jusqu'à preuve du contraire, découler du seul fait de l'exclusion.

décennie dans le cadre de la législation fédérale et provinciale sur les droits de la personne⁷⁰, à l'article 15 de la Charte canadienne:

L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société et à les accommoder en conséquence. [...] C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard.⁷¹

Cet objectif d'intégration est si important que le demandeur n'aura pas à démontrer d'atteinte à sa dignité. Cela sera présumé si ce dernier démontre que la loi (ou l'Administration) ignore ses besoins. Et cette présomption ne sera renversée que si le gouvernement peut démontrer qu'il a effectivement agi en tenant pleinement compte des besoins du demandeur afin d'éviter son isolement ou son exclusion. En pareil cas, aucune violation de l'article 15 n'aura été établie. Il est à noter toutefois que, très prudente, la Cour n'osera pas, dans ces deux arrêts, étendre ces principes au-delà des affaires de discrimination mettant en cause le motif de la déficience.

En conclusion, à la veille de l'arrêt *Law*, on peut dire que certains éléments de l'interprétation de l'article 15 de la Charte canadienne ont été clarifiés, alors que d'autres aspects-clés de cette interprétation sont au contraire devenus plus confus. Ainsi, en ce qui concerne l'**objet** des droits à l'égalité, partie d'un malentendu ayant marqué la jurisprudence dès l'affaire *Andrews* par une division des juges en deux camps égaux, la Cour semble avoir trouvé un consensus: l'article 15 sert à enrayer la discrimination et à promouvoir la dignité de tous; cela comprend la protection des membres des groupes historiquement défavorisés sans toutefois se limiter à eux; l'article 15 veut enfin protéger tous les justiciables contre la législation porteuse de préjugés ou de stéréotypes et assurer l'intégration et la participation sociales des personnes handicapées.

70. Voir par ex.: *O'Malley*, note 22; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Central Okanagan District School No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Colombie-Britannique c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3 («*Meiorin*»); *Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [1999] 3 R.C.S. 868 («*Grismer*»).

71. *Eaton*, note 40, par. 67.

Pour ce qui est de **la portée** de l'article 15, un consensus semble régner sur les éléments d'interprétation suivants: i) les quatre droits à l'égalité énoncés dans le par. 15(1) n'ont aucun impact particulier: il s'agit de «termes préliminaires» dont l'effet est de garantir que la protection de l'article 15 s'applique non seulement à l'application ou à l'administration de la loi, mais également au contenu même de la loi, d'une part, et d'autre part de faire en sorte que toutes les lois sont touchées par la norme d'égalité, qu'elles soient punitives (par l'imposition de fardeaux) ou porteuses de bénéfices (par l'octroi d'avantages sociaux); ii) la protection contre la discrimination est limitée aux motifs énumérés ou analogues; iii) le fardeau de preuve du demandeur, dans le cadre de l'article 15, comprend au minimum trois éléments: distinction de traitement, motif, préjudice; iv) en matière de déficience, l'égalité passe non pas par le même traitement, mais par un traitement adapté aux circonstances et le demandeur doit alors prouver que la mesure qu'il conteste l'exclut ou lui cause un préjudice, soit en ne prévoyant aucun accommodement, soit en prévoyant un accommodement inadéquat.

Pour le reste, la portée de l'article 15 demeure marquée au coin d'une grande incertitude. Pour pas moins de quatre des neuf juges du haut tribunal, il faut ajouter au fardeau de preuve du demandeur l'élément de la non-pertinence de la distinction de traitement dont il est l'objet. Un tel élément a alors pour effet d'introduire un élément justificateur dans le cadre de l'article 15, de diminuer considérablement l'efficacité de la garantie contre la discrimination et de rendre inutile l'article premier. Pour les autres, il faut aussi ajouter un élément au fardeau de preuve du demandeur (en trois points selon *Andrews* au départ), sans toutefois y faire entrer d'éléments de justification, ceux-ci devant continuer de relever de l'article premier et du gouvernement. Il s'agit de l'atteinte à la dignité humaine essentielle. Cet ajout a certes pour effet d'alourdir le fardeau de preuve du demandeur et il n'est pas certain que, contrairement à ce qu'affirment les juges qui l'ont proposé, il ne fasse pas entrer dans l'analyse de l'article 15 des éléments de justification qui relevaient auparavant de l'article premier. Ces autres juges ne forment toutefois qu'une mince majorité de cinq sur neuf, le cinquième (L'Heureux-Dubé) ne s'entendant pas par ailleurs avec les quatre autres sur l'idée que la protection de l'article 15 doive se limiter aux motifs énumérés ou analogues.

Voilà où nous en sommes au moment où l'arrêt *Law* est rendu le 25 mars 1999.

II- L'ÈRE LAW (1999 et s.)

Avec l'arrêt *Law c. Canada*⁷², nous assistons au triomphe de la position défendue par la mince majorité de cinq juges (elle-même divisée en deux camps) dans la trilogie de 1995: l'objet essentiel des droits à l'égalité est donc de protéger la dignité inhérente de chaque être humain contre les préjugés et les stéréotypes et cela a pour conséquence qu'il faut définir la discrimination comme étant une distinction de traitement qui, outre les conditions déjà fixées antérieurement dans *Andrews*, porte atteinte à cet objet relatif à la dignité. C'est ce que la Cour appelle dorénavant le concept de «discrimination réelle»⁷³. On peut certes parler de triomphe ici puisque l'arrêt *Law* emportera l'adhésion de tous les juges de la Cour, sans exception ni réserve: il s'agit en effet d'un jugement unanime rendu par le juge Iacobucci.

Quoi qu'on puisse penser de cette position, il faut d'abord saluer l'effort de clarification que la Cour a consenti concernant l'interprétation du par. 15(1) de la Charte canadienne. Contrairement au tableau idyllique que le juge Iacobucci a brossé de la jurisprudence antérieure marquée selon lui au coin de la continuité⁷⁴, chacun sait que la jurisprudence antérieure a été sinueuse et contradictoire sur plusieurs aspects de l'interprétation du par. 15(1). Du reste, l'aveu, deux fois plutôt qu'une, du juge Iacobucci que l'article 15 est «peut-être la disposition de la Charte la plus difficile à comprendre au niveau conceptuel»⁷⁵ dans l'arrêt *Law* est révélateur des difficultés que la Cour a connues depuis le début sur ce thème.

On assiste donc ici à une consolidation des positions de la Cour, ce qui est un grand progrès en soi. Des zones d'ombre

72. *Supra*, note 5.

73. «De la même façon, la jurisprudence de notre Cour a confirmé et clarifié l'importance que le juge McIntyre avait accordée, dans *Andrews*, à la nécessité de démontrer l'existence de discrimination réelle ou en fonction de l'objet visé (*«discrimination in a substantive or purposive sense»*), en présentant une preuve qui va au-delà de la simple preuve de distinction fondée sur des motifs énumérés ou des motifs analogues. *Ibid.*, par. 38 et par. 30, 39 et 88 (point 2).

74. Le juge Binnie ne peut, lui non plus, résister à la tentation de réitérer le mythe de la «très grande continuité» dans l'interprétation de l'article 15 et de son objet depuis *Andrews* dans *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 53.

75. *Law*, note 5, par. 2 et 52.

demeurent, notamment en ce qui concerne la question des justifications qui marque le rapport à établir entre les articles 1 et 15 mais, dans l'ensemble, l'ère *Law* est un vent d'air frais pour tous, même si elle consacre un affaiblissement certain de la norme d'égalité par un élément, l'atteinte à la dignité, susceptible d'alourdir considérablement, voire fatalement dans certains cas, le fardeau de preuve du demandeur. J'aborderai les principaux éléments de l'approche adoptée par la Cour en trois temps: l'objet assigné à l'article 15, dont l'impact ne saurait être exagéré, sera d'abord examiné; puis il faudra évaluer la portée de la norme anti-discrimination suivant la démarche consolidée en trois points proposée par le juge Iacobucci; enfin, j'aborderai les questions aussi délicates que cruciales d'arrimage entre les articles 15 et premier, d'une part, et entre les deux paragraphes de l'article 15, d'autre part. Chemin faisant, j'intégrerai, en les commentant de manière critique, les raffinements et corrections que la Cour a apportés depuis *Law* à certains aspects de cette démarche dans ses arrêts subséquents⁷⁶.

A- L'objet de l'article 15

Revenant sur un principe d'interprétation de base énoncé dans les célèbres arrêts *Hunter c. Southam*⁷⁷ et *R. c. Big M Drug Mart*⁷⁸, le juge Iacobucci rappelle que la définition du sens et de la portée d'un droit ou d'une liberté doit passer par la recherche de l'objet visé par ce droit ou cette liberté. Cela l'amènera à réitérer l'objet déjà accepté par pratiquement tous les juges de la Cour dans la trilogie de 1995. Cet objet multiforme se résume selon lui à la notion de dignité humaine et consiste avant tout à protéger chaque individu contre la discrimination lorsqu'elle s'exprime par l'imposition de désavantages ou de stéréotypes comme le révèle ce passage-clé:

Tous ces énoncés ont plusieurs éléments en commun. On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la

76. *M. c. H.*, note 57; *Corbiere c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Winko c. Colombie-Britannique*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Delisle c. Canada*, note 28; *Granovsky c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 703; *Lovelace c. Ontario*, note 74; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 1120; *(Re) Therrien*, 2001 CSC 35. Nous ne référerons pas séparément aux arrêts jumeaux de *Winko* dont les principes ont tous été énoncés dans cet arrêt, soit *Bese c. Colombie-Britannique*, [1999] 2 R.C.S. 722; *Orlowski c. Colombie-Britannique*, [1999] 2 R.C.S. 733; *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744.

77. [1984] 2 R.C.S. 145.

78. [1985] 1 R.C.S. 295.

dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération. [...] [u]ne différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité humaine ou la liberté d'une personne ou d'un groupe [...].⁷⁹

Selon le juge Iacobucci, il découle nécessairement de l'approche préconisée dans *Hunter* et *Big M Drug Mart*, que le conflit avec l'objet d'un droit garanti, en l'espèce le respect de la dignité humaine, doit devenir un élément-clé du concept de discrimination. Toute analyse d'une mesure gouvernementale doit alors passer par la question de savoir si elle brime ou non la dignité humaine essentielle, c'est-à-dire si elle est conforme ou contraire à l'objet de l'article 15. La Cour est très claire à cet égard: «Il doit absolument y avoir un conflit entre l'objet ou les effets de la loi contestée et l'objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination»⁸⁰.

Compte tenu du fait que cette exigence additionnelle ne peut jouer qu'à l'encontre du demandeur en augmentant son fardeau de preuve, une question se pose: un conflit avec l'objet d'un droit garanti par la Charte découle-t-il aussi clairement de la jurisprudence que le prétend le juge Iacobucci? S'il est indéniable que l'existence d'un tel conflit a constitué un élément-clé de l'interprétation en matière de liberté de religion ou de protection contre les perquisitions ou saisies abusives, on ne peut pas en dire autant par exemple du droit à la liberté d'expression. Bien que l'objet de l'al. 2b) soit de protéger la recherche de la vérité, la participation à la prise de décision d'intérêt social et politique et l'épanouissement personnel⁸¹, la Cour suprême n'a jamais exigé, à part le cas de l'arrêt *Ford*⁸², qu'un mode d'expression soit en conflit avec l'objectif ou l'une des valeurs protégées par la liberté d'expression pour conclure à une violation *prima facie* de l'al. 2b). Voilà pourquoi la propagande haineuse et le matériel obscène furent tous les deux considérés comme étant *a priori* protégés par la Charte, même s'ils ne concordaient pas avec l'objectif visé par l'al. 2b). Évidemment, cette interprétation généreuse de la liberté d'ex-

79. *Law*, note 5, par. 51.

80. *Ibid.*, par. 88, point (4).

81. *Irwin Toy c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, 968-979.

82. *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

pression a eu pour conséquence d'amener la Cour à procéder à une analyse extensive du caractère raisonnable des mesures législatives interdisant ce type de matériel expressif dans le cadre de l'article premier⁸³.

Il faut ajouter par ailleurs que, dans sa jurisprudence portant sur la législation fédérale et provinciale sur les droits de la personne, laquelle a également pour objet d'enrayer la discrimination et de protéger la dignité humaine, la Cour suprême n'a jamais exigé que la différence de traitement contestée soit en conflit avec l'objet de ce droit. Ceci est d'autant plus remarquable que dans deux arrêts postérieurs à *Law* portant sur des allégations de discrimination en vertu de la législation anti-discrimination de Colombie-Britannique, soit les affaires *Meiorin*⁸⁴ et *Grismer*⁸⁵, la Cour n'a aucunement requis du demandeur la preuve que le traitement préjudiciable dont il se plaignait porte atteinte à sa dignité ou entre en conflit avec l'objet du droit à la non-discrimination. Il n'en a même pas été question. La Cour s'en est tenue, suivant sa jurisprudence constante, aux trois éléments de base habituels: une distinction de traitement, un motif de discrimination énuméré dans la loi comme fondement ou effet de la distinction et un préjudice (sous forme de fardeaux ou de privation d'avantages consentis aux autres).

Il est clair qu'avec l'élément de l'atteinte à la dignité, la Cour cherche à diminuer l'efficacité de l'article 15 et à protéger les législateurs contre les plaintes tous azimuts plus ou moins sérieuses⁸⁶. Cela est-il conciliable avec l'interprétation large et libérale des droits et libertés préconisée dans *Hunter* et *Big M Drug Mart*? Il faut bien avouer que la prudence de la Cour n'est pas totalement dénuée de fondement ici. D'une part, il y a peu en commun entre la liberté d'expression et le droit à l'égalité. En effet, relativement peu de mesures législatives restreignent la liberté d'expression,

83. Les mesures législatives prohibant ces types de matériel expressif ont du reste été considérées comme constituant des restrictions raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 (propagande haineuse); *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 (matériel obscène).

84. *Supra*, note 70.

85. *Supra*, note 70.

86. La juge McLachlin qui, dans *Miron*, note 50, a formulé pour la première fois l'exigence procédurale de l'atteinte à la dignité, affirmait que celle-ci servait à éviter que l'art. 15 soit «banalisé»: «...l'analyse préconisée ne banalise pas le par. 15(1) en qualifiant de discriminatoires toutes les distinctions» (par. 131). Dans le même ordre d'idées, le juge Binnie affirme ceci dans *Little Sisters*, note 76: «L'aspect «dignité» du critère vise à écarter les plaintes futiles ou autres qui ne mettent pas en cause l'objet de la disposition relative à l'égalité» (par. 110).

alors que presque toutes les lois font des distinctions en conférant des avantages aux uns et en restreignant les droits des autres. En ce sens, l'interprétation large et libérale de l'article 15 caractérisée par l'analyse en trois points d'*Andrews* et tirée de la jurisprudence sur la législation provinciale ou fédérale sur les droits de la personne n'est pas nécessairement la mieux adaptée à la problématique constitutionnelle complexe du contrôle de l'action législative. La législation provinciale et fédérale sur les droits de la personne a été conçue d'abord et avant tout pour régir des décisions et politiques du secteur privé et la jurisprudence portant sur ces lois a été élaborée principalement à partir d'un contexte de droit privé, notamment dans les domaines de l'emploi et du louage de biens et de services. Certes, ces lois ont un statut «quasi constitutionnel» et s'appliquent aux législateurs qui les ont adoptées⁸⁷. Mais comme la Cour suprême l'a noté dans *Andrews*⁸⁸ et *Dickason*⁸⁹, leur portée (quant aux motifs de discrimination, quant aux domaines visés et quant aux moyens de défense) est beaucoup plus circonscrite que celle de l'article 15 de la Charte. En revanche, l'article 15 est un droit proprement constitutionnel conçu pour attaquer d'abord et avant tout l'action législative, c'est-à-dire l'ensemble de l'action législative, dans quelque domaine que ce soit, dans la mesure où elle opère ou a pour effet d'opérer une distinction de traitement. Compte tenu de la complexité de la problématique constitutionnelle, on ne saurait blâmer la Cour suprême de chercher une solution plus réaliste pour l'interprétation de l'article 15 de la Charte. D'autant plus qu'une telle solution paraît de toute façon requise afin de résoudre les contradictions jurisprudentielles provoquées, comme nous l'avons vu, par les arrêts *Hess* et *Weatherall*.

B- Définition et portée de la discrimination

Consciente que l'analyse du caractère discriminatoire d'une distinction législative, en plus de présenter une complexité cer-

87. Depuis l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, la Cour suprême n'a jamais remis en question ce principe. Au Québec, le statut quasi constitutionnel de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 a été consacré dans *Ford c. Québec*, note 82 et réaffirmé plus récemment dans *Ville de Montréal c. Québec*, [2000] 1 R.C.S. 665, malgré la distinction établie dans *Béliveau St-Jacques c. F.E.E.S.P.*, [1996] 2 R.C.S. 345 entre dispositions de fond (possédant ce statut) et dispositions procédurales (non protégées par ce statut) de la Charte.

88. *Supra*, note 3, p. 175-176.

89. *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, p. 1122-1124 (j. Cory); p. 1160-1166 (j. L'Heureux-Dubé); p. 1195-1197 (j. Sopinka).

taine, n'a pas été marquée par la clarté jusque-là, la Cour présente au paragraphe 88⁹⁰ de l'arrêt *Law* une démarche synthétisée en trois points, laquelle correspond aux éléments de preuve que le demandeur doit relever dans le cadre de l'article 15. Il s'agit 1^o de la différence de traitement (formelle ou réelle), 2^o du motif énuméré ou analogue et 3^o du préjudice moral (l'objet ou l'effet discriminatoire). Dans tous les cas, et pour *chacun* des éléments de preuve, le juge Iacobucci précise que l'analyse doit être contextuelle, tant il est vrai, comme le rappelle le juge Binnie dans *Granovsky*, que l'avertissement «réservé aux hommes» ne saurait avoir le même sens selon qu'il apparaît sur la porte d'une salle de bains plutôt que sur la porte d'un palais de justice⁹¹. Bien que, comme nous le verrons, la majorité a changé son fusil d'épaule au sujet de l'analyse contextuelle au stade de l'identification du motif de discrimination dans l'affaire *Corbiere*, le recours au contexte constitue dorénavant la pierre angulaire de toute analyse en vertu de l'article 15. Il importe donc de procéder à un examen approfondi de chacun des trois éléments de la démarche «revue et corrigée» de la Cour en matière de discrimination.

1. La différence de traitement

Ce qui distingue le droit à l'égalité des autres droits fondamentaux, c'est son aspect essentiellement *comparatif*⁹². On ne peut dire si ce droit a été violé sans comparer le traitement fait aux uns et aux autres afin de déterminer si certains sont mieux ou plus mal traités que d'autres. Par exemple, si l'État interdit la liberté de culte, cela peut constituer une violation de la liberté de religion, mais il ne s'agira pas nécessairement d'une mesure inégalitaire si l'interdiction de pratiquer un culte affecte tous les résidents du pays de la même façon. En sorte que pour faire jouer la garantie d'égalité, il faut d'abord démontrer l'existence d'une différence de traitement. Il faut par exemple que les adeptes de certaines religions soient mieux ou plus mal traités que ceux d'autres confessions ou que ceux qui n'ont aucune croyance religieuse.

90. Ce fameux par. 88 est du reste plutôt inusité: outre le fait qu'il couvre à lui seul cinq pages de rapport judiciaire (p. 547 à 552) et qu'il est divisé en dix points numérotés, eux-mêmes souvent sous-divisés formellement au moyen de lettres, il constitue une section autonome du jugement coiffé de son propre titre: «E. Résumé de lignes directrices» !

91. *Granovsky*, note 76, par. 59. Cette observation du juge Binnie est elle-même tirée de la dissidence du juge Marshall dans *Cleburne c. Cleburne Living Centre*, 473 U.S. 432 (1985), p. 468-469.

92. *Law*, note 5, par. 56 à 58. Voir aussi *Andrews*, note 3, p. 164.

À cet égard, le juge McIntyre avait déjà indiqué dans l'arrêt *Andrews* que la discrimination peut résulter d'une différence de traitement *intentionnelle ou non*⁹³. La Cour n'a pas eu à expliciter ce qu'elle entendait par cela avant les arrêts *Eaton* et *Eldridge*. Elle a alors eu l'occasion de préciser que la différence de traitement en question peut passer par une mesure qui traite formellement tout le monde de la même façon. Ainsi, la politique selon laquelle tous les patients doivent communiquer de la même façon avec leur médecin, c'est-à-dire oralement, traite tout le monde exactement de la même façon. La Cour en a pourtant conclu que, bien que tel n'était pas le but de cette politique (aspect non intentionnel), les personnes atteintes de surdité se trouvaient à être traitées différemment – et de façon désavantageuse – par l'application d'un traitement aussi uniforme. Elles n'avaient pas accès à une consultation médicale gratuite comme tous les autres patients puisqu'elles devaient assumer elles-mêmes les coûts des services d'interprétation gestuelle requis pour pouvoir communiquer efficacement avec leur médecin⁹⁴.

Voilà pourquoi le juge Iacobucci s'applique plus que jamais à bien distinguer dans l'arrêt *Law* entre différence de traitement *formelle* et *réelle*⁹⁵. En fait, cela équivaut en tout point à ce que la Cour elle-même qualifie dans un autre contexte, celui de la législation fédérale et provinciale sur les droits de la personne, de discrimination directe (à savoir volontaire ou intentionnelle) et indirecte (c'est-à-dire involontaire ou par suite d'un effet préjudiciable)⁹⁶. Le vocabulaire change, mais on réfère manifestement aux mêmes concepts ici.

Cela dit, un élément crucial de l'analyse, avant de se demander si la différence de traitement est fondée sur un motif analogue ou énuméré, consiste à déterminer *avec qui* un individu doit être comparé. En somme, il faut prouver qu'il y a différence de traitement, mais entre qui et qui? Il revient au demandeur de choisir avec qui il veut se comparer en tenant compte de l'ensemble du contexte, y compris l'objet et l'effet des dispositions contestées,

93. *Ibid.*, p. 174.

94. *Eldridge*, note 41, par. 60 à 66. Le juge La Forest conclura en outre que le régime d'assurance-santé était discriminatoire parce qu'il privait de façon injuste un groupe spécifique de personnes identifiables par une déficience (par. 80); voir au même effet: *Eaton*, note 40, par. 66-67.

95. *Law*, note 5, par 80 et 88, point (3).

96. Voir p. ex.: *O'Malley*, note 22, p. 551 et plus récemment *Meiorin*, note 70. Cette terminologie a été adoptée pour l'art. 15 de la Charte canadienne dans *Egan*, note 50, p. 138 (j. Cory) et *Eldridge*, note 41, p. 671 et s.

affirme le juge Iacobucci. Il s'empressera toutefois d'ajouter que si le choix du demandeur est erroné ou insuffisant, un tribunal peut intervenir lorsqu'il «estime justifié de le faire»⁹⁷. Le demandeur a donc le pouvoir d'initiative, mais ce pouvoir demeure supervisé par le tribunal. Cette supervision s'est d'ailleurs avérée nécessaire dans au moins deux cas depuis l'arrêt *Law*.

Ainsi, dans l'arrêt *Granovsky*, le juge Binnie a estimé que le demandeur, un homme qui avait été atteint de déficiences temporaires l'empêchant de cotiser suffisamment longtemps pour pouvoir retirer des prestations d'invalidité, errait lorsqu'il voulait se comparer, dans le cadre du *Régime de pensions du Canada*⁹⁸, à tout autre bénéficiaire du Régime. Estimant que sa cause allait échouer rapidement s'il persistait à vouloir se comparer à toute autre personne, le juge Binnie corrigea le tir en statuant que le groupe de comparaison approprié était en fait les personnes atteintes de déficience permanente puisque le demandeur exigeait d'être traité comme elles, avec les mêmes bénéfices et exemptions, et non comme les autres travailleurs⁹⁹. Monsieur Granovsky a tout de même été débouté sur la base du troisième élément de la démarche relatif à l'atteinte à sa dignité.

Le juge Iacobucci a fait de même dans l'arrêt *Lovelace* puisqu'il était d'avis que les demandeurs ne se comparaient pas aux bons groupes d'Autochtones aux fins de déterminer s'ils étaient défavorisés par la loi provinciale redistribuant les recettes d'un casino indien uniquement aux Premières nations inscrites comme bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il a tranché la question en statuant que, contrairement à la prétention des demandeurs, il s'agissait en l'espèce de comparer les communautés indiennes constituées en bande avec celles qui ne l'étaient pas¹⁰⁰. Comme dans l'arrêt précédent, cela n'a pas été d'un grand secours pour les demandeurs qui ont, eux aussi, échoué sur le récif du nouvel élément de preuve de l'atteinte à la dignité (à savoir l'objet ou l'effet discriminatoire ou encore le préjudice moral).

2. Le motif énuméré ou analogue

Il faut noter en premier lieu que la Cour confirme unanimement dans l'arrêt *Law* que la portée de la protection contre la

97. *Law*, note 5, par. 58.

98. L.R.C. (1985), c. C-8.

99. *Granovsky*, note 76, par. 45 à 52.

100. *Lovelace*, note 74, par. 62 à 64.

discrimination de l'article 15 ne s'étend pas à toutes les distinctions arbitraires de l'État, mais uniquement à celles qui prennent appui ou ont un effet sur les motifs énumérés dans cette disposition ou analogues à ceux-ci¹⁰¹. La suggestion de la juge L'Heureux-Dubé, dans la trilogie de 1995, d'étendre la portée de l'article 15 à la discrimination en général, fondée sur toute caractéristique personnelle, quelle qu'elle soit, n'a donc pas trouvé preneur.

En effet, reprenant pour l'essentiel les raisons fournies par le juge La Forest dans l'affaire *Andrews*, savoir le danger de «banalisation» de la norme d'égalité et la nécessité de «l'utilisation efficiente des ressources des tribunaux», les juges McLachlin et Bastarache réaffirment dans l'arrêt *Corbiere* le rôle réducteur de balise ou de «réserve»¹⁰² que joue l'énumération des motifs de discrimination en ce qui concerne l'étendue de la protection garantie par la norme constitutionnelle d'égalité. Pour eux, les motifs énumérés et analogues sont des «indicateurs de l'existence de distinctions suspectes» et, comme tels, ils «permettent d'identifier, sur le plan conceptuel, le genre de demandes visées par l'art. 15»¹⁰³.

Heureusement, il importe de souligner que la Cour confirme en revanche dans l'arrêt *Law* que les motifs énumérés et analogues ne servent pas à limiter la portée de l'article 15 aux seuls groupes défavorisés en raison d'un de ces motifs¹⁰⁴. Puisque le but général de l'égalité est la protection de la dignité inhérente à *tout* être humain contre les préjugés et les stéréotypes, les hommes, par exemple, sont tout autant titulaires des droits à l'égalité que les femmes par la mention du motif du sexe. Il en est donc de même

101. *Law*, note 5, par. 88, points (2) et (3).

102. *Andrews*, note 3, p. 181.

103. *Corbiere*, note 76, par. 11. Comme je l'ai dit précédemment, voir note 29, une telle position fait fi du droit international et isole le Canada du reste des États du Monde occidental dont la norme constitutionnelle d'égalité est vue et interprétée comme étant une protection générale contre les distinctions arbitraires de l'État sans que cela ne soit perçu comme ayant pour effet de banaliser la notion d'égalité ou de taxer de façon excessive les ressources judiciaires. Il eût pourtant été possible et nécessaire de conserver cette protection formelle pour l'ensemble des justiciables puisque, d'une part, elle est commandée par le droit à l'égalité devant la loi et le droit à la même protection de la loi clairement enchâssés au par. 15(1) et que, d'autre part, cela n'interdirait en aucune façon aux tribunaux de renforcer cette protection générale de base par l'ajout d'un droit à l'égalité *réelle et effective* à l'égard des groupes défavorisés, droit commandé par l'énumération des motifs de discrimination.

104. *Law*, note 5, par. 65 à 67: «Un membre de n'importe quel groupe social plus favorisé a clairement le droit de formuler une allégation fondée sur le par. 15(1) et, dans les cas appropriés, il aura gain de cause» (par. 65).

pour la race (qui vise toute race), la religion (qui signifie toute religion), etc.

Il est indéniable que la position de la Cour suprême en ce qui a trait aux motifs de discrimination a pour effet de donner une importance considérable à la seconde étape de la démarche visant à déterminer si l'article 15 a été violé. L'identification du motif de discrimination devient un élément-clé de l'analyse. Si la chose semble relativement aisée en ce qui concerne les motifs déjà expressément énumérés, comment conclure qu'une caractéristique donnée est assimilable aux motifs énumérés et, partant, analogues à ceux-ci pour les fins de la garantie d'égalité? Les caractéristiques suivantes, par exemple, tirées de la jurisprudence, sont-elles des motifs analogues: le type d'emploi ou de profession, le lieu de résidence, la maladie, le statut d'étudiant, le statut de salarié (vs travailleur autonome), l'état civil, le lieu de travail, le statut de femme au foyer (vs femme au travail), la langue d'usage (vs langue maternelle), les opinions politiques, le niveau de revenu ou la pauvreté?

La Cour suprême a eu assez peu l'occasion de se prononcer sur les critères d'analogie appropriés. Outre les opinions isolées des juges La Forest dans *Andrews*¹⁰⁵ ou L'Heureux-Dubé dans *Egan*¹⁰⁶, on ne trouvait presque rien jusqu'à l'arrêt *Corbiere* où la majorité a jeté un éclairage nouveau sur la question. Deux aspects importants du processus d'identification des motifs visés par l'article 15 ont été abordés de front dans cet arrêt et ont d'ailleurs donné lieu, en partie du moins, à une division en deux camps presque égaux (cinq à quatre) des juges, soit: la nature variable ou, au contraire, fixe et invariable des motifs analogues, d'une part, et, d'autre part, les critères d'analogie à appliquer. Au cœur de la divergence de vues entre les juges, la pertinence de l'analyse contextuelle à ce stade précis de l'analyse.

a) La nature du motif analogue

Une caractéristique personnelle peut-elle être considérée comme étant parfois analogue et parfois non analogue aux motifs énumérés, en fonction du contexte d'une affaire donnée? La Cour avait déjà répondu à cette question par l'affirmative dans l'arrêt *Turpin*. On y avait dit clairement que le lieu de résidence pouvait

105. *Andrews*, note 3, p. 195 à 197.

106. *Egan*, note 50, p. 548 à 551.

dans certaines circonstances constituer un motif analogue, mais que dans le contexte du choix d'un mode de procès prévu au Code criminel, la province de résidence ne constituait pas un motif analogue¹⁰⁷. Tant et si bien que le législateur fédéral pouvait librement conférer des droits différents aux accusés selon la province où ils habitaient, même si ces distinctions étaient totalement dénuées de justification objective et rationnelle. La Cour a ensuite réitéré dans l'arrêt *Law* que «c'est en fonction de l'objet et du contexte qu'il faut déterminer [...] si un demandeur peut se réclamer de l'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues [...]»¹⁰⁸. Or, à ce sujet, il importe de noter que la majorité opère un changement de cap majeur dans l'arrêt *Corbiere*. Voici en effet comment les juges McLachlin et Bastarache s'expriment dans leur décision conjointe:

Les motifs énumérés sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes. Ils sont l'expression dans la loi, d'une caractéristique générale, *et non une conclusion, fondée sur le contexte et les faits pertinents*, relativement à l'existence ou à l'absence de discrimination *dans une affaire donnée*. En tant que tels, les motifs énumérés doivent être distingués d'une conclusion portant qu'il y a discrimination dans une affaire donnée.¹⁰⁹

Les deux juges affirment ensuite que la situation est exactement la même pour les motifs analogues. Tout comme pour les motifs énumérés, ce sont des «indicateurs *permanents* de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle»¹¹⁰ et cela exclut par conséquent qu'un motif donné puisse être tantôt analogue et tantôt non analogue selon le contexte factuel de chaque affaire.

Pour quelles raisons faut-il opérer un tel revirement jurisprudentiel? C'est qu'il s'avère impératif, selon les juges McLachlin et Bastarache, de ne pas confondre les deuxième et troisième

107. *Turpin*, note 28, p. 1331-1333. Après avoir conclu qu'en l'espèce le motif de résidence ne constituait pas un motif analogue parce que les résidents hors-Alberta ne formaient pas un groupe défavorisé (par rapport aux résidents de l'Alberta privilégiés par le Code criminel), la juge Wilson a affirmé: «Je ne veux pas dire que la province de résidence d'une personne ou le lieu du procès ne pourraient pas, dans des circonstances particulières, être une caractéristique personnelle d'un individu ou d'un groupe d'individus susceptible de constituer un motif de discrimination» (p. 1333).

108. *Law*, note 5, par. 41.

109. *Corbiere*, note 76, par. 7 (italiques ajoutés).

110. *Ibid.*, par. 8 (italiques ajoutés).

étapes de l'analyse à effectuer en vertu de l'article 15. L'évaluation, dans un contexte factuel donné, du caractère discriminatoire d'une mesure relève de la troisième étape de l'analyse et il s'agit d'une question distincte de celle de savoir si ladite mesure repose ou non sur un motif visé par l'article 15. Ainsi, dans certaines circonstances particulières, une politique pourrait faire des distinctions fondées sur la race ou le sexe (deuxième étape) sans pour autant constituer de la «discrimination réelle» (troisième étape).

Par conséquent, la majorité estime dans *Corbiere* que, contrairement à ce qui avait été dit dans *Turpin* et réitéré dans *Law*¹¹¹ à peine deux mois plus tôt, il y a lieu de rajuster le tir et de considérer qu'un motif analogue est, tout comme un motif énuméré, permanent ou invariable, c'est-à-dire tout à fait indépendant des circonstances factuelles d'une affaire donnée. L'objet de la loi contestée ou son effet sur un groupe donné est sans importance à la seconde étape de l'analyse. Car si le lieu de résidence est un motif analogue, il sera toujours un motif analogue même si, à la troisième étape de l'analyse, on pourra considérer que, dans un contexte donné, une distinction de traitement fondée sur ce motif n'entraîne pas de discrimination réelle. Ainsi dans l'affaire *Turpin*, la Cour avait conclu que le lieu de résidence n'était pas un motif analogue *dans les circonstances factuelles de l'espèce* parce que les Canadiens résidant hors de l'Alberta que le Code criminel privait du même choix que ceux de l'Alberta en matière de procès par jury ne constituaient pas une «minorité discrète et isolée» ou un groupe historiquement défavorisé par les préjugés sociaux. La majorité estime donc dans *Corbiere* que cette approche fondée sur la situation factuelle du demandeur est erronée car elle souligne que, suivant l'interprétation nouvelle qu'il convient de faire de la jurisprudence de l'ère *Andrews*, la Cour aurait dû conclure dans *Turpin* «soit à l'absence de motif analogue (deuxième étape), soit à l'absence de discrimination portant atteinte dans les faits à la dignité humaine essentielle (troisième étape)»¹¹². Elle ne pouvait pas dire que le lieu de résidence constitue un motif analogue lorsqu'il porte préjudice à un groupe défavorisé mais qu'il n'est plus analogue lorsque l'individu qui l'invoque n'est pas membre d'un tel groupe.

111. *Law*, note 5, par. 23, 30, 41 et 93: «C'est en fonction de l'objet et du contexte qu'il faut déterminer si les dispositions législatives omettent de tenir compte d'un désavantage existant, si un demandeur peut se réclamer de l'un ou de plusieurs motifs énumérés ou des motifs analogues [...]» (par. 41). (italiques ajoutées).

112. *Corbiere*, note 76, par. 9.

Cette position est parfaitement logique et conforme à l'idée dorénavant acceptée par tous les juges de la Cour que la protection de l'article 15 ne se limite aucunement à certains groupes défavorisés en particulier¹¹³. Par ailleurs, puisque la race est toujours un motif énuméré visé par l'article 15 quelles que soient les circonstances, il va de soi, pour demeurer cohérent, qu'un motif analogue doit subir le même sort: s'il est analogue, il doit l'être «à temps plein» pour ainsi dire, non «à temps partiel», tout comme un motif énuméré¹¹⁴.

La position de la majorité dans *Corbiere* se trouve cependant fragilisée par deux facteurs. En premier lieu, elle repose sur une très faible majorité de cinq juges sur neuf. Les quatre autres insistent au contraire, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, pour réitérer la position prise dans *Law*, à savoir que la détermination de l'analogie doit se faire en fonction de l'objet du par. 15(1) et du contexte; il faut par conséquent, selon elle, tenir compte «de la situation de la personne ou du groupe en cause et des antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne»¹¹⁵. En second lieu, la décision de la majorité souffre d'un manque sérieux de crédibilité puisqu'elle n'applique pas rigoureusement le principe qu'elle avance dans l'affaire *Corbiere*. En effet, après avoir insisté sur l'idée que le contexte particulier d'une affaire donnée est non pertinent dans la détermination de l'analogie d'un motif non énuméré, la majorité affirme néanmoins, concernant le motif de distinction invoqué de «qualité de membre hors-réserve», ce qui suit: «Les décisions que sont appelés à prendre les Canadiens en général relativement à leur «lieu de résidence» ne sauraient être comparées aux décisions lourdes de conséquences que prennent les membres des bandes autochtones lorsqu'ils choisissent de vivre dans les réserves ou à l'extérieur de celles-ci, à supposer que ce choix soit possible»¹¹⁶. Autrement dit, le lieu de résidence est un motif analogue *dans le contexte des autochtones*, mais pas nécessairement dans un autre contexte ! Ce raisonnement est exactement celui que la Cour avait adopté dans *Turpin* et que la majorité a pourtant rejeté cinq para-

113. *Supra*, note 104.

114. Cela ne veut toutefois pas dire que l'appartenance d'un demandeur à un groupe désavantagé est sans intérêt puisque, comme nous le verrons plus loin et comme la Cour le mentionne clairement, il s'agit d'un élément d'analyse important de la troisième étape de la démarche consacrée à l'évaluation du caractère discriminatoire d'une mesure donnée.

115. *Law*, note 5, par. 93, cité par L'Heureux-Dubé dans *Corbiere*, note 76, par. 60.

116. *Corbiere*, *ibid.*, par. 15.

graphes plus tôt dans *Corbiere* ! Il y a donc un problème évident de manque de rigueur dans le jugement de la majorité et cela porte sérieusement atteinte à sa position. En fait, le motif de discrimination invoqué par les appelants, à savoir «l'autochtonité-lieu de résidence» ou encore la «qualité de membre (d'une bande indienne) hors-réserve» impliquait par définition que le lieu de résidence, une caractéristique présentée comme étant intrinsèquement liée à ce motif composite, constituait un motif analogue en raison de son association avec le statut d'Indien, donc en fonction de ce contexte précis. La majorité ne pouvait donc pas tenir sa position et conclure à la nécessité de «reconnaître des motifs analogues 'inclus'»¹¹⁷ afin de combattre la discrimination à l'endroit de sous-groupes sans se contredire.

Pourtant, le raisonnement de la majorité est inattaquable: si un motif énuméré est toujours un motif visé par l'article 15 quel que soit le contexte particulier d'une espèce donnée, un motif non énuméré ne peut pas être analogue aux motifs énumérés s'il ne partage pas les mêmes attributs et s'il s'avère, contrairement à ces derniers, variable en fonction des circonstances. En ce sens, la majorité aurait pu rester cohérente jusqu'au bout si elle avait abordé la question de l'une ou l'autre de ces deux façons: soit le véritable motif de distinction en l'espèce était en fait celui du lieu de résidence et il s'agit d'un motif analogue parce que le lieu de résidence, une caractéristique personnelle donnant souvent lieu à des préjugés ou distinctions arbitraires, comme l'a montré l'affaire *Godbout c. Ville de Longueuil*¹¹⁸, constitue un indicateur permanent de discrimination potentielle; soit le véritable motif de distinction était celui de la race (l'autochtonité), un motif énuméré, puisqu'en prévoyant un régime distinct pour certains Indiens et non pour d'autres en matière de démocratie locale, la loi ne pouvait affecter que des Indiens (quelle que soit leur situation ou le contexte). En effet, comme seuls les Indiens étaient visés par cette distinction, seuls des Indiens pouvaient en être victimes. Il s'ensuit logiquement que la loi avait un impact sur un groupe d'individus en fonction de sa race¹¹⁹.

117. *Ibid.*

118. [1997] 3 R.C.S. 844. Une politique municipale exigeant des employés de la ville qu'ils habitent sur le territoire de leur employeur a été jugée contraire à l'art. 7 de la Charte canadienne (par trois juges) et à l'art. 5 de la Charte québécoise (par six juges) au motif principal qu'il s'agit d'une politique arbitraire s'attaquant au choix du lieu de résidence d'un particulier, lequel choix est fondamental et relève du domaine de l'autonomie personnelle ou de la vie privée.

119. Le raisonnement proposé ici n'est pas nouveau. En effet, la Cour est déjà parvenue à la conclusion dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway*, [1989] 1 R.C.S.

b) *Les critères d'analogie*

Compte tenu des contradictions de la courte majorité de la Cour dans *Corbiere*, il faut s'attendre à ce que sa position sur la non-pertinence de l'analyse contextuelle à la deuxième étape de la démarche fasse l'objet d'une jurisprudence ambivalente et instable. En revanche, en ce qui concerne les critères applicables pour établir l'analogie avec un motif énuméré, un consensus semble se dégager chez les neuf juges de la Cour de cette affaire en ce qui concerne au moins deux critères-clés, soit la nature «fondamentale» d'une caractéristique donnée pour une personne, c'est-à-dire l'importance de cette caractéristique pour l'identité personnelle, d'une part, et, d'autre part, le caractère «immuable dans les faits» (comme la race) ou «considéré immuable» d'une caractéristique parce qu'elle est hors du contrôle d'un individu ou parce que cela ne peut être changé qu'à un prix personnel inacceptable (comme la religion)¹²⁰. Ainsi, dans *M. c. H.*, l'orientation sexuelle sera confirmée comme motif analogue au motif principal qu'il s'agit d'une «caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix inacceptable»¹²¹, alors que dans *Granovsky*, on a jugé qu'une déficience temporaire constitue un motif analogue parce que, malgré sa nature passagère, une telle caractéristique peut être considérée immuable puisque sa «durée ne peut être changée et [...] est totalement indépendante de la volonté de la personne qui en souffre»¹²². Par ailleurs, on semble s'entendre assez spontanément

1219 qu'une politique fondée sur la grossesse constituait de la discrimination fondée sur le sexe au sens de la Loi provinciale sur les droits de la personne, même si une telle politique distinguait non pas entre hommes et femmes, mais entre femmes (enceintes et non enceintes), voire entre femmes enceintes et «personnes non enceintes» (cette dernière catégorie incluant des hommes et femmes). Or, si on est arrivé à établir cette association entre sexe et grossesse, c'est parce que seules les femmes peuvent devenir enceintes; il s'ensuit alors logiquement qu'une politique privant des individus de certains avantages en raison d'une grossesse ne peut avoir un effet préjudiciable que sur l'un des deux sexes. La même conclusion a été tirée dans *Janzen c. Platy Enterprises*, [1989] 1 R.C.S. 1252 où le demandeur prétendait que le harcèlement sexuel ne constituait pas de la discrimination fondée sur le sexe puisque le harceleur ne distinguait pas entre hommes et femmes, mais entre les femmes (harcelées et non harcelées). Ces raisonnements obtus sont maintenant choses du passé depuis la réception en droit canadien de la théorie de l'effet préjudiciable. Voir *O'Malley*, note 22.

120. *Corbiere*, note 76, par. 13 (J. McLachlin et Bastarache); par. 60 (J. L'Heureux-Dubé). Les termes «considérés immuables» veulent traduire l'expression «*constructively immutable*» qui fait appel à la notion sociologique de «construction sociale».

121. *M. c. H.*, note 57, par. 64.

122. *Granovsky*, note 76, par. 53.

ment sur l'idée générale que ce qui ressort des motifs énumérés, ce qu'ils ont en commun en somme, c'est leur potentiel discriminatoire. En d'autres termes, il s'agit de caractéristiques personnelles qui sont «souvent à la base de décisions stéréotypées»¹²³.

La juge L'Heureux-Dubé ajoute pour sa part deux éléments d'analogie: l'appartenance du demandeur à un groupe défavorisé ainsi que l'inclusion généralisée d'un motif donné de discrimination dans la législation fédérale et provinciale sur les droits de la personne. Ce dernier indice paraît aller de soi puisque l'insertion d'un certain motif dans la plupart des lois sur les droits de la personne révèle forcément un certain consensus sur le fait que ce motif est générateur de discriminations. Le cas de l'orientation sexuelle illustre parfaitement cette situation: d'abord interdit dans la législation provinciale, il fut reconnu comme motif analogue dans les arrêts *Egan*, *Vriend* et *M. c. H.*¹²⁴.

En revanche, la question de l'appartenance à un groupe défavorisé (ou de la «minorité discrète et isolée») demeure problématique, compte tenu de la position de la majorité sur la nature invariable et non contextuelle des motifs de discrimination. Pourtant, cela ne devrait pas faire problème en soi. En effet, le cœur de la position de la majorité exprimée par les juges McLachlin et Bastarache dans *Corbiere*, c'est qu'un motif de discrimination, qu'il soit énuméré ou analogue, ne peut pas varier selon le contexte d'une affaire donnée¹²⁵. Il en est ainsi parce que les motifs de discrimination établissent des «types» ou des «genres» de discriminations prohibées, ce qui n'a rien à voir avec l'évaluation, en troisième étape du caractère discriminatoire d'une mesure dans une affaire donnée. Voyons en effet comment les deux juges s'expriment à ce sujet:

Les motifs analogues servent d'indicateurs jurisprudentiels de l'existence de distinctions suspectes. Ils permettent d'identifier le genre de demandes visées par l'art. 15. [...] Ils permettent aussi l'élaboration, au fil du temps, d'une jurisprudence qui conceptua-

123. *Corbiere*, note 76, par. 13 et 60. Lancé par Wilson dans *Andrews*, note 3, p. 152 et *Turpin*, note 28, p. 1331-1332 afin de limiter la portée de l'art. 15 aux seuls membres des groupes défavorisés, ce critère d'analogie a été repris par le groupe Cory, Iacobucci, McLachlin et Sopinka dans *Egan*, note 50, p. 599-600 et *Miron*, note 50, p. 496-497 à titre «d'indice» permettant d'établir le caractère analogue d'une caractéristique donnée, indépendamment du fait que le demandeur est membre d'un groupe défavorisé ou non.

124. *Supra*, note 57.

125. *Corbiere*, note 76, par. 10 à 12.

lise *les types* de discrimination relevant de la garantie de l'art. 15, sans faire obstacle à la reconnaissance de nouveaux cas de discrimination. Une fois établie la présence d'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le tribunal amorce l'examen du contexte et des faits propres à l'affaire dont il est saisi pour déterminer si la distinction constitue de la discrimination dans ce cas particulier.¹²⁶

Cela signifie qu'à l'étape de l'identification du motif, la situation particulière d'un demandeur donné n'est pas pertinente en soi ou que, en d'autres termes, un motif n'est pas «particularisable». Mais la majorité n'écarte pas, puisqu'il ne s'agit pas du tout de la même chose, la prise en compte du contexte *général*, c'est-à-dire des faits sociaux généraux, comme élément pertinent à cette étape de l'analyse. Il va de soi, en effet, qu'il serait impossible de déterminer si une caractéristique personnelle est «souvent à la base de décisions stéréotypées» ou encore si elle est «considérée immuable», pour reprendre les critères de la majorité, sans se référer aux faits sociaux généraux.

Ainsi, il paraît évident que si l'on peut associer une caractéristique personnelle à une histoire d'ostracisme social à l'endroit d'un groupe, que le demandeur fasse partie de ce groupe ou non¹²⁷, un tel élément contextuel ne saurait être écarté de l'analyse pour les fins de l'établissement d'une analogie. Il est en effet probable que les motifs énumérés (race, couleur, origine ethnique, sexe, déficience, etc.) se retrouvent à l'article 15 en raison même du fait qu'ils pointent des caractéristiques ayant souvent servi de base dans le passé à des décisions stéréotypées qui ont eu pour effet de maintenir des groupes dans une position d'infériorité sociale, politique ou économique¹²⁸. Voilà pourquoi la Cour n'a pas hésité dans *M. c H.* à rappeler que si le motif de l'orientation sexuelle était un motif analogue visé par l'article 15, c'était non seulement en raison du fait qu'il s'agit d'une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée

126. *Ibid.*, par. 11 (italiques ajoutées).

127. En effet, même si le sexe est une caractéristique associée à l'oppression des femmes, un homme peut invoquer ce motif pour contester une mesure gouvernementale ou législative discriminatoire à l'endroit des hommes puisque la protection de l'art. 15 n'est pas limitée aux membres des groupes défavorisés (cf. *Law*, note 104). Logiquement, il ne peut en aller autrement dans le cas d'un motif analogue.

128. Il est clair, à cet égard, que plusieurs instruments juridiques nationaux (fédéral et provinciaux) et internationaux ont eu une influence à cet égard. Voir à ce sujet l'intéressant rappel du déroulement des événements qui ont conduit à la formulation de l'art. 15 dans D. GIBSON, note 1, p. 36 à 45.

qu'à un prix personnel inacceptable», mais également parce que ce motif est associé aux homosexuels qui, «à titre individuel ou comme couples, forment une minorité identifiable, victime encore aujourd'hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves»¹²⁹. Ces motifs de jugement ne sont certainement pas erronés.

Il en est de même de l'évaluation contextuelle que, dans *Corbiere*, la juge L'Heureux-Dubé fait du premier critère évoqué plus haut, savoir celui de l'importance d'une caractéristique pour l'identité personnelle. Dans la mesure où l'analyse contextuelle est liée non pas à la situation personnelle du demandeur comme telle, mais à celle de la «personne raisonnable [placée] dans la situation du demandeur»¹³⁰, un tribunal doit alors procéder à l'examen de l'importance d'une telle caractéristique pour une personne humaine et on ne voit pas comment cela pourrait se faire sans avoir recours au contexte général, à savoir celui qui fait appel aux faits sociaux généraux.

La problématique de la discrimination fondée sur la déficience illustre à merveille la nécessité du recours au contexte général. Certes, la déficience est un motif énuméré à l'article 15, mais que doit-on entendre par ce terme? Inclut-il les anomalies asymptomatiques qui n'entraînent aucune limitation fonctionnelle (comme une scoliose inconnue d'un candidat à l'embauche mais révélée lors de l'examen médical requis par l'employeur) ou encore les déficiences temporaires dues à un accident par exemple? L'œuvre d'interprétation du sens et de la portée de ce motif énuméré ne devrait-elle pas porter sur les mêmes éléments d'analyse que lorsqu'il s'agit de savoir si un motif donné est analogue aux motifs énumérés?

La Cour a répondu aux deux questions posées ci-dessus dans deux arrêts rendus au cours du même mois de mai 2000: *Ville de Montréal c. Québec*¹³¹ et *Granovsky c. Canada*¹³². Le premier portait sur la norme d'égalité de la Charte québécoise, le deuxième sur celle de la Charte canadienne. Dans les deux cas, la Cour a choisi à l'unanimité d'interpréter largement les termes handicap et déficience de manière à y inclure les anomalies asymptomati-

129. *M. c. H.*, note 57, par. 64. Les juges Cory et Iacobucci citent en fait un extrait du jugement du juge Cory dans *Egan*, note 50.

130. *Corbiere*, note 76, par. 60.

131. [2000] 1 R.C.S. 665.

132. *Supra*, note 76.

ques et les incapacités temporaires au motif principal que, ce qui compte pour que l'interdiction de discrimination soit réelle et effective, c'est moins la condition médicale objective d'un individu que la réaction d'autrui par rapport à cette condition. Or, que révèle le contexte social général à cet égard? Il nous apprend que les employeurs, tant publics que privés, ont tendance à associer à tort des limitations aux affections physiques ou psychologiques dont sont atteintes certaines personnes et, de ce fait même, à créer ou à «construire» eux-mêmes les handicaps ou déficiences qu'ils invoquent pour exclure arbitrairement et injustement des individus¹³³. Le contexte social général a donc permis d'appréhender la déficience sous un angle plus réaliste et plus prometteur, celui de sa perception ou de sa «construction» sociale, et à étendre la portée de l'article 15 au-delà du sens ordinaire et étroit du terme déficience.

En sorte que la majorité a raison dans *Corbiere* d'insister sur la nature permanente et invariable d'un motif analogue, une fois qu'on a déterminé qu'une caractéristique (ou une combinaison de caractéristiques) constitue un motif semblable aux motifs énumérés. Position sur laquelle la juge L'Heureux-Dubé ne se dit pas en désaccord du reste. Toutefois, il n'empêche que l'interprétation adéquate des motifs énumérés et analogues exige la prise en considération du contexte social général, ce que ne rejette pas la majorité (et encore moins la minorité évidemment).

Les arrêts subséquents font cependant voir l'ambivalence de la Cour sur l'à-propos de l'analyse contextuelle à l'étape de l'identification du motif. Ainsi, dans *Winko*¹³⁴, où l'on contestait le traitement spécial réservé par le Code criminel aux accusés qui reçoivent un verdict de «non-responsabilité criminelle» pour cause de troubles mentaux au terme d'un procès, la majorité n'a procédé à aucune analyse contextuelle à l'étape du motif. Bien que le motif invoqué était celui, énuméré, de la déficience, il est remarquable que la question du désavantage pré-existant subi par ce groupe dans la société n'ait été abordé qu'à la troisième étape de l'analyse. Il en fut de même dans les arrêts *Granovsky*¹³⁵ et *Lovelace*¹³⁶ qui mettaient en cause une distinction législative fondée sur la déficience temporaire dans le premier cas et une distinction fondée

133. *Ville de Montréal*, note 130, par. 38 et s.; *Granovsky*, *ibid.*, par. 31 à 40.

134. *Supra*, note 76.

135. *Supra*, note 76.

136. *Supra*, note 74.

sur l'origine ethnique et sur la race dans le second. Dans *M. c. H.*¹³⁷, la Cour n'a soulevé le fait que les homosexuels forment une minorité victime de préjugés sociaux qu'après avoir mentionné, en motif principal, que l'orientation sexuelle est une caractéristique personnelle immuable. En revanche, dans l'arrêt *Delisle*, ce fut une tout autre histoire. On attaquait dans cette affaire la loi interdisant aux membres de la GRC de se syndiquer sur la double base de la liberté d'association et de l'égalité¹³⁸. Voici comment la majorité a rejeté la prétention que l'emploi ou le statut professionnel est un motif analogue au sens de l'article 15:

Dans la présente affaire, l'appelant n'a pas établi que le statut professionnel ou l'emploi des membres de la GRC sont des motifs analogues. Il ne s'agit pas de caractéristiques fonctionnellement immuables *dans un contexte de fluidité du marché du travail*. La distinction fondée sur l'emploi n'indique pas, ici, «qu'un certain processus décisionnel est suspect parce qu'il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle» (*Corbiere*, par. 8), *compte tenu notamment du statut de policier dans la société*.¹³⁹

Ici, contrairement aux affaires précédentes, le motif invoqué dans *Delisle* n'est pas expressément énuméré à l'article 15 d'une part et, d'autre part, la majorité ne peut s'empêcher de recourir directement au contexte pour justifier sa décision de ne pas accepter le statut professionnel comme motif analogue. On mentionne d'abord le contexte social général («la fluidité du marché du travail») pour conclure au caractère non immuable de ce motif, puis on fait directement référence au contexte social relatif à la situation particulière du groupe des policiers dans la société («compte tenu du statut de policier dans la société») pour statuer que ce motif n'est pas «suspect», c'est-à-dire qu'il n'est pas porteur de discrimination potentielle. Si le contexte général du marché de l'emploi peut être concilié avec la décision de la majorité dans *Corbiere*, c'est beaucoup moins évident pour le contexte particulier de la situation des policiers dans la société. À moins que le motif analogue invoqué ne soit le statut de policier. Cependant, cela demeure obscur puisque le juge Bastarache pose comme étant équivalents le statut professionnel et le statut de policier. Pourtant voilà deux choses bien différentes. En effet, si c'est le statut de policier qu'on invoque, le sort réservé généralement à ce groupe en particulier devient crucial pour déterminer si ce type d'emploi

137. *Supra*, note 57, par. 64.

138. *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), c. P-35, art. 2 (définition du terme «fonctionnaire»).

139. *Delisle*, note 28, par. 44 (italiques ajoutées).

particulier génère des distinctions arbitraires à l'endroit de ceux qui l'exercent. Si, en revanche, le motif invoqué est celui du statut professionnel, on a tort de se pencher sur la situation particulière des policiers. Ce n'est pas parce que les policiers forment un groupe moins souvent exposé à des politiques discriminatoires que le statut professionnel ne donne pas lieu en lui-même à des politiques arbitraires à l'égard d'autres groupes professionnels. La question n'est pas de savoir si le statut de policier est un motif analogue, mais bien si le type d'emploi ou le statut professionnel, en soi, peut en être un. Dès lors, s'il est possible de prouver que de nombreuses discriminations existent à l'égard de certains types d'emplois et que, par conséquent, cette caractéristique donne souvent prise à la discrimination, le type d'emploi ou le statut professionnel doit devenir, selon la majorité dans *Corbiere*, un motif analogue de discrimination de façon *permanente et invariable*, c'est donc dire tant pour les groupes favorisés (comme les policiers peut-être) que pour les groupes défavorisés (comme les travailleurs domestiques).

Dans cette affaire *Delisle*, la Cour démontre par l'absurde à quel point la majorité avait raison de dire dans *Corbiere* qu'il faut se garder d'avoir recours au contexte particulier lié aux faits d'une espèce donnée pour trancher la question du motif analogue. Cela ne peut mener qu'à la relativisation d'un motif qui se trouverait à être analogue «à temps partiel», c'est-à-dire au gré des circonstances particulières de chaque espèce. Or, une telle relativisation nous entraînerait dans un cul-de-sac logique puisqu'il est impossible d'affirmer, sans sombrer dans l'incohérence, qu'un motif non énuméré à l'article 15 est analogue aux motifs énumérés s'il ne partage pas les deux qualités fondamentales de ces derniers, à savoir la permanence et l'invariabilité.

3. L'objet ou l'effet discriminatoire

Dans la perspective nouvelle et consolidée adoptée par la Cour suprême en matière d'égalité, il importe dorénavant de distinguer entre les notions de discrimination formelle et réelle ou, ce qui revient au même, d'égalité formelle et réelle. L'idée est assez simple: une mesure qui ne répond qu'aux deux premiers éléments de la démarche, soit la différence de traitement et le fait qu'elle soit fondée sur un motif énuméré ou analogue, ne peut constituer qu'une discrimination formelle. Pour que celle-ci soit *réellement* discriminatoire, il faut un élément de plus: le conflit avec l'objet de

l'article 15 par une atteinte à la dignité humaine essentielle. En sorte que l'arrêt *Law* consacre qu'il n'est plus suffisant, pour un demandeur, de faire la preuve qu'il est victime d'une exclusion, d'un fardeau ou d'un déni d'avantage en raison d'un motif énuméré ou analogue pour démontrer une violation de son droit à l'égalité, il lui faut, en plus, démontrer que ce préjudice matériel entraîne un préjudice moral en portant atteinte à sa dignité¹⁴⁰.

Pour les raisons que nous avons déjà expliquées¹⁴¹, un élément est donc clairement ajouté à la définition initiale du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, puisque, comme on le sait, celui-ci n'a jamais exigé la preuve d'un préjudice moral. L'atteinte à la dignité découlait, comme cela ressort de la législation «quasi constitutionnelle» sur les droits de la personne sur laquelle *Andrews* s'est appuyée, de l'existence d'un traitement défavorable fondé sur un motif énuméré ou analogue¹⁴². Or, puisqu'il alourdit le fardeau de preuve du demandeur, cet élément définitionnel supplémentaire ne pourra certainement pas améliorer ses chances de succès qui, du reste, sont relativement faibles jusqu'à présent¹⁴³.

Pour mieux prendre la mesure de ce nouvel élément de preuve, il importe d'abord de s'arrêter sur le concept même de dignité avancé par la Cour avant d'examiner comment le recours au contexte permet d'éclairer l'analyse à cet égard.

a) *Le concept de dignité humaine*

Puisque la troisième étape de la démarche relative à l'article 15 est axée sur la conformité à l'objet de ce droit, la question primordiale devient la suivante: comment déterminer que la dignité humaine est violée dans une espèce particulière? N'y a-t-il pas

140. *Law*, note 5, par. 88, point (5): «Il doit absolument y avoir un conflit entre l'objet ou les effets de la loi contestée et l'objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination». Voir aussi: par. 39, 62, 64, 67, 81, 83, 84.

141. Voir p. 217-218.

142. Voir p. 195 et 217.

143. La Cour suprême n'a donné gain de cause au demandeur que dans 10 des 46 arrêts où l'art. 15 a été invoqué et abordé depuis *Andrews*. Si on soustrait de ce nombre les sept affaires où la décision de la majorité ne s'est pas appuyée sur le droit à l'égalité, le taux de succès réel des demandes fondées sur l'art. 15 s'élève à 25,6 % (soit 10 sur 39). Si on isole les douze arrêts rendus depuis *Law*, la situation n'est guère plus reluisante avec un taux de succès de 25 %. En effet, le demandeur n'a pu démontrer une violation de l'art. 15 que dans trois cas, soit: *M. c. H.*, note 57, *Corbiere* et *Little Sisters*, note 76. Pour un relevé détaillé de la situation d'*Andrews* à *Lovelace*, avec tableaux à l'appui, voir: S. MARTIN, note 6, p. 305-307 et 370-373.

danger, pour les magistrats, de sombrer dans une évaluation purement personnelle et subjective? Le risque n'est-il pas évident de revenir, par ce moyen détourné, à la conception purement formelle de l'égalité selon laquelle une distinction n'est contraire à la dignité que dans la mesure où elle est injustifiée ou déraisonnable comme cela semble avoir été le cas dans *Hess* et *Weatherall*?¹⁴⁴

Pour contourner cette difficulté, le juge Iacobucci essaie d'élaborer des paramètres suffisamment précis dans l'arrêt *Law*. Tout d'abord, il indique que cette analyse passe par l'examen de l'objet et de l'effet de la loi ou de la mesure contestée, donc par l'étude du contexte factuel particulier dans lequel s'inscrit une différence de traitement donnée¹⁴⁵. Dans un second temps, il précise les types de situation où il faut conclure à la violation de la dignité humaine. Il en distingue deux: soit une mesure a pour objet ou pour effet de perpétuer des stéréotypes, de dévaloriser ou de marginaliser une personne (ou un groupe) en raison du fait qu'elle possède une caractéristique personnelle visée par l'article 15; soit encore la mesure contestée traite une personne (ou un groupe) de façon *injuste*, c'est-à-dire sans tenir compte de sa situation réelle, de ses besoins, de ses capacités ou de ses mérites¹⁴⁶. En sorte qu'une distinction législative ou administrative qui n'a aucun effet dévalorisant ou qui n'est pas injuste (c'est-à-dire qui ne tient pas compte de la situation d'une personne) ne violera pas l'article 15. Une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue peut sans doute s'avérer formellement discriminatoire, mais non *réellement* discriminatoire si le demandeur n'est pas en mesure de démontrer qu'elle a un effet négatif sur sa dignité. Il en sera de même d'une mesure qui prévoit un traitement différent et adapté

144. C'est l'avis de la plupart des auteurs. Voir les textes de MARTIN, HOGG, ROSS et BAINES, note 6. Comme le dit avec sagacité S. MARTIN: «While it may be easier to determine when human dignity is demeaned, it will be more difficult to articulate why it is not». (p. 329). Reflétant l'opinion des autres, Hogg ajoute pour sa part ceci: «[...] in the *Law* case, which was decided in 1999, all nine judges imported into s. 15 a requirement that the rights claimant establish that the legislative distinction be an impairment of human dignity. That is close to saying that the legislative distinction must be invidious [...]» (p. 52-27).

145. *Law*, note 5, par. 41.

146. *Ibid.*, par. 51-53, 64. On reconnaît ici la proposition aristotélicienne selon laquelle il n'y a pas de plus grande injustice que l'égalité de traitement entre des gens «inégaux», c-à-d. entre des gens qui sont dans des situations différentes ou qui ont des besoins différents. Citée avec approbation par le juge McIntyre dans *Andrews*, note 3, p. 164, cette proposition fondamentale a été rejetée par lui pour cause de «formalisme» (cf. p. 166). Elle est maintenant récupérée dans *Law* pour cause de «réalisme». Ce pauvre Aristote doit sans doute se retourner dans sa tombe !

aux besoins particuliers d'une personne ou d'un groupe défavorisé ou encore qui met sur pied des mesures permettant d'améliorer la situation d'un tel groupe¹⁴⁷.

Il faut noter cependant que la Cour ne se conformera pas systématiquement à sa propre définition de la dignité. En effet, alors qu'elle indiquait clairement dans *Law* que celle-ci pouvait découler de l'application d'un traitement injuste, à savoir d'une mesure qui ne tient pas compte des besoins réels d'une personne ou d'un groupe défavorisé donné, elle a modifié son approche pour faire échouer le recours dans l'arrêt *Lovelace*. Elle y a décidé en effet que le critère ultime et décisif en matière d'atteinte à la dignité réside dans l'effet dévalorisant par la perpétuation de préjugés ou de stéréotypes¹⁴⁸. Un individu peut donc démontrer qu'une loi est injuste à son égard du fait qu'elle exclut le groupe dont il fait partie d'un avantage social alors que ses besoins et sa situation ne se distinguent pas fondamentalement de ceux que la loi privilégie, cela ne sera pas encore suffisant pour démontrer que l'article 15 a été violé. Le demandeur doit finalement établir que cette injustice a un effet dévalorisant sur lui parce qu'elle favorise l'idée qu'il fait partie d'un groupe moins digne de respect que les autres dans la société¹⁴⁹.

Par ailleurs, afin d'éviter de sombrer dans une évaluation trop subjective du conflit d'une mesure avec la dignité humaine, le juge Iacobucci précise dans *Law* que cette analyse doit se faire selon la méthode suggérée par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Egan* et que l'on pourrait appeler la perspective du «demandeur raisonnable»¹⁵⁰. Cette approche comporte un volet subjectif

147. C'est essentiellement pour ce motif que la Cour a rejeté l'allégation de discrimination dans *Law*, *Winko* (et ses causes jumelles *Bese*, *Orlowski* et *LePage*), *Granovsky* et *Lovelace*, notes 5, 74 et 76.

148. *Lovelace*, note 74, par. 71, 73, 75, 86 et 90.

149. Du reste, le critère du traitement injuste n'est pas rappelé dans le sommaire du par. 88 de *Law*. La Cour aurait pourtant dû en traiter aux points (4) et (5) pour synthétiser correctement les par. 51 à 53 de l'arrêt. On peut aussi se demander si le critère de l'effet dévalorisant sur un individu ou le groupe dont il fait partie est cohérent avec la position de la Cour selon laquelle l'art. 15 protège tous les justiciables, qu'ils fassent ou non partie d'un groupe désavantagé. En effet, comment un homme pourra-t-il jamais démontrer qu'une mesure gouvernementale ayant pour effet d'exclure les hommes (ex.: une politique d'embauche créant un ghetto d'emplois féminin) peut dévaloriser les hommes ou favoriser l'idée qu'ils sont moins dignes de respect que les femmes? Le critère des stéréotypes sociaux paraît nettement plus adéquat.

150. *Law*, note 5, par. 59 à 61: «Comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, au par. 56, le point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective

et un volet objectif. Côté subjectif, le tribunal doit essayer de se placer du point de vue du demandeur. Ainsi, s'il s'agit d'une allégation de discrimination fondée sur le sexe déposée par une femme, la question de l'atteinte à sa dignité doit être examinée dans une perspective féminine. Côté objectif, le tribunal ne doit pas considérer le point de vue de la demanderesse elle-même, dont la sensibilité peut être exacerbée dans un cas donné, mais celui de la «femme raisonnable», c'est-à-dire «objective et bien informée des circonstances». Ainsi, l'optique retenue n'est pas celle de la «personne raisonnable», être abstrait qui pourrait correspondre au point de vue de l'homme raisonnable ou de la majorité raisonnable, mais bien celle du «demandeur raisonnable», être abstrait également, mais qui ferait partie du groupe exclu en tant que femme (ou sidéen, autochtone, musulman, etc. selon le cas) et qui examinerait l'impact d'une mesure dotée de cette caractéristique.

Le concept est certes séduisant et parfaitement convenable en matière d'égalité. Il reste à voir si, comme dans l'affaire *Law*, le «demandeur raisonnable» ne sera pas celui qui pense comme... le «juge raisonnable» ! En effet, aucun demandeur raisonnable ne peut tenir le raisonnement très complexe que la Cour suprême propose afin de déterminer si une mesure donnée est ou non *réellement* discriminatoire à son endroit. En outre, comme les questions de Charte interpellent toujours les juges dans leurs valeurs ou leur vision profonde du monde, l'approche du «demandeur raisonnable» risque fort d'être un procédé rhétorique pour justifier des choix et points de vue purement judiciaires. La dissidence du juge Gonthier dans l'affaire *M. c. H.*¹⁵¹ ainsi que le jugement de la Cour dans l'arrêt *Lovelace*¹⁵² sont révélateurs à ce sujet. Il est franchement difficile de concevoir que le plus raisonnable des homosexuels vivant en couple puisse ne pas se sentir bafoué dans sa dignité par une loi qui lui refuse les mêmes droits qu'un hétérosexuel vivant en union libre, comme il est peu concevable qu'un «Indien raisonnable» membre d'une bande qui n'est pas inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens* puisse vivre sereinement et dignement le fait qu'une loi provinciale perpétue la situation d'infériorité qu'il vit par rapport aux Indiens membres d'une bande inscrite. Dans cette affaire *Lovelace*, il est bon de rappeler que le projet de casino indien avait été mis sur pied au profit de toutes les

et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur».

151. *Supra*, note 57, p. 124 et s.

152. *Supra*, note 74, par. 71 et s.

bandes indiennes au départ et que les recettes devaient être partagées entre toutes les Premières nations de l'Ontario. Ce n'est qu'après négociation avec les représentants des Chefs de l'Ontario qu'il a été convenu d'ignorer les bandes non inscrites et de ne distribuer les recettes du casino qu'aux Premières nations inscrites¹⁵³. Selon l'opinion du juge Iacobucci, l'Indien raisonnable ne se formaliserait pas de cette discrimination purement formelle et, comprenant que cela sert les intérêts de ses frères indiens inscrits dont la situation est, dit-on, différente de la sienne, il conclurait, comme la Cour, que cela n'est pas *réellement* discriminatoire puisque cette différence de traitement le laissant pour compte ne porte pas atteinte à sa dignité...

b) *L'analyse contextuelle*

Si des doutes ont été soulevés par une courte majorité dans l'arrêt *Corbiere* sur la pertinence de l'analyse contextuelle dans le cadre de la deuxième étape de la démarche consacrée à l'identification du motif énuméré ou analogue, il n'en subsiste aucun lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère moralement préjudiciable – ou réellement discriminatoire – d'une distinction de traitement. À ce stade, toutes les circonstances, qu'il s'agisse des faits sociaux généraux ou encore des faits particuliers de l'espèce, y compris l'objet de la loi contestée comme son effet sur le demandeur, sont pertinents et nécessaires à l'analyse¹⁵⁴. À ce sujet, la Cour a identifié à titre indicatif quatre facteurs susceptibles d'aider un tribunal à décider si une différence de traitement constitue de la discrimination réelle. D'entrée de jeu, il importe de noter qu'aucun de ces facteurs n'est décisif en soi¹⁵⁵. Il s'agit d'éléments factuels qui, selon les circonstances, permettent d'éclairer l'évaluation, suivant la perspective «subjective-objective» du «demandeur raisonnable», de l'atteinte à la dignité humaine alléguée par le demandeur ou du groupe dont il fait partie.

Afin de mieux saisir leur impact, on regroupera ces quatre facteurs en deux types distincts, selon qu'ils renforcent la position du demandeur (les facteurs aggravants) ou, au contraire, qu'ils l'affaiblissent en offrant au gouvernement un moyen de défense (les facteurs disculpants)¹⁵⁶.

153. *Ibid.*, par. 1.

154. Law, note 5, par. 56 et s.

155. *Ibid.*, par. 62, 75 et 88, point (8).

156. B. BAINES, note 6, p. 72 estime pour sa part que les trois facteurs contextuels nouveaux de *Law* (c-à-d. ceux que la Cour ajoute à celui du désavantage

i) Les facteurs aggravants

Parmi les facteurs contextuels mentionnés par la Cour dans l'arrêt *Law*, le premier et le dernier favoriseront la cause du demandeur, si tant est que celui-ci peut en faire la preuve puisque, comme on le sait, le fardeau de preuve de la violation d'un droit garanti par la Charte canadienne relève toujours du demandeur¹⁵⁷. Il s'agit du désavantage pré-existant et de la nature du droit touché.

Le désavantage pré-existant. Le juge Iacobucci mentionne dans l'arrêt *Law* que ce premier facteur contextuel, qui consiste en l'appartenance du demandeur à un groupe défavorisé par la vulnérabilité aux préjugés et stéréotypes sociaux, sera «probablement le plus concluant» pour démontrer le caractère réellement discriminatoire d'une différence de traitement¹⁵⁸. Cela lui paraît relever de l'évidence compte tenu du fait que si une personne souffre déjà d'injustice en raison de ses liens avec un tel groupe, «il s'ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste...»¹⁵⁹. Le juge Iacobucci ajoutera par ailleurs que, bien que la preuve d'un désavantage pré-existant n'établisse en soi aucune présomption d'atteinte à la dignité, le fardeau de preuve du demandeur devrait, pour les motifs mentionnés ci-dessus, s'avérer plus léger dans un tel contexte¹⁶⁰.

La brève expérience de la Cour suprême depuis *Law* démentira rapidement cette prédiction du juge Iacobucci et confirme que le demandeur ne peut pas prendre pour acquis que la preuve d'appartenance à une «minorité discrète et isolée» allège automatiquement son fardeau de preuve quant à l'objet ou à l'effet discriminatoire d'une mesure donnée. Ainsi, dans les six décisions principales rendues par la Cour suprême après *Law* et qui mettaient en cause un demandeur pouvant justifier de son appartenance à un groupe défavorisé, la Cour a conclu dans la moitié des

pré-existant) jouent tous en faveur du gouvernement et concluent que «the result is that neither approach burdens the government». On verra dans cette section que je ne partage pas ce point de vue.

157. *Law*, note 5, par. 81: «Il n'y a rien de neuf dans l'exigence que la personne qui invoque la Charte soit tenue de démontrer qu'il y a eu une atteinte à un droit d'une façon qui touche l'objet du droit en question».

158. *Ibid.*, par. 63.

159. *Ibid.*

160. *Ibid.*, par. 68 et 83.

cas que le demandeur n'avait pas réussi à démontrer que le traitement différent dont il faisait l'objet lui causait un préjudice *réel*, c'est-à-dire une atteinte à sa dignité¹⁶¹.

Les trois arrêts ayant rejeté la prétention de discrimination réelle à l'endroit d'un groupe défavorisé ont toutefois un point révélateur en commun: on y contestait des mesures sociales destinées soit à améliorer la situation d'un autre groupe défavorisé, soit à répondre aux besoins spécifiques d'un autre groupe victime de préjugés sociaux. En pareilles circonstances, comme nous le verrons avec l'examen des facteurs disculpants, le désavantage pré-existant ne risque pas d'être un indice déterminant.

La nature du droit ou de l'intérêt touché¹⁶². Tiré de l'opinion minoritaire de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Egan*, ce facteur contextuel consiste à jauger deux éléments: la gravité du préjudice subi par le demandeur et l'importance du droit ou de l'intérêt dont il est privé. On se souvient que, dans cet arrêt, la juge L'Heureux-Dubé avait exprimé l'avis que la portée de l'article 15 ne devait pas être limitée aux motifs énumérés ou analogues. L'article 15, affirmait-elle, avait pour objet de s'attaquer à *toute* discrimination, qu'elle soit fondée sur une caractéristique personnelle énumérée ou analogue ou encore qu'elle repose sur un autre attribut personnel non analogue¹⁶³. D'où le besoin de définir des critères pour identifier le caractère discriminatoire d'une distinction de traitement. Le premier consistait en la nature du groupe touché (qui correspond au facteur du désavantage pré-existant) et le second en la nature du droit ou de l'intérêt touché. En sorte que si le demandeur faisait partie d'un groupe défavorisé, une mesure pouvait être déclarée discriminatoire même si le droit touché était d'importance secondaire. En revanche, s'il ne faisait pas partie d'un groupe désavantagé, il devait, pour avoir gain de cause, démontrer que le droit dont on le privait était fondamental.

161. Il s'agit des arrêts *M. c. H.* et *Little Sisters* (groupe des homosexuels); *Corbiere* et *Lovelace* (groupe racial: les Indiens); *Winko* et *Granovsky* (déficience mentale et physique). Le demandeur, quoique membre d'un groupe désavantagé, a échoué dans sa tentative de démontrer une atteinte à sa dignité dans *Winko*, *Granovsky* et *Lovelace*. *Supra*, notes 57, 74 et 76. Si on ajoutait à cette liste l'affaire *Therrien*, note 76, puisque ceux qui possèdent un casier judiciaire forment certainement, eu égard à cette caractéristique, un groupe défavorisé, notamment dans le domaine de l'emploi, on serait alors forcé de conclure que c'est même dans la majorité des cas (soit 4 sur 7) que le préjudice *réel* n'a pas été démontré à la satisfaction de la Cour en pareil contexte.

162. *Law*, note 5, par. 74-75.

163. *Egan*, note 50, p. 542-543 et 548 et s.

Comme la position de base de la juge L'Heureux-Dubé a été rejetée par tous ses collègues et que la portée de l'interdiction de la discrimination de l'article 15 demeure limitée aux distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue, la nécessité de baliser le caractère discriminatoire d'une mesure donnée par ce critère de «la nature du droit touché» ne peut plus s'imposer. Il n'y a aucune raison, dans le cadre d'une norme d'égalité déjà circonscrite par une énumération de motifs de discrimination, non exhaustive certes mais néanmoins limitée aux distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles immuables ou «considérées immuables», de faire du facteur de l'importance du droit touché un élément-clé d'une violation de l'article 15. Sans compter qu'exiger du demandeur la preuve que le droit dont on le prive est d'importance fondamentale aurait deux conséquences regrettables: d'une part, cela nuirait au demandeur en augmentant considérablement son fardeau de preuve; d'autre part, cela obligerait les tribunaux à développer une théorie des droits afin de déterminer lesquels sont suffisamment importants pour être visés par l'article 15 et lesquels y échappent. Quant aux gouvernements, ils ne seraient que rarement en mesure de pouvoir déterminer à l'avance et avec un minimum de certitude, lorsqu'ils élaborent leurs politiques, si les distinctions qui s'y trouvent pourront résister à une contestation judiciaire avant que les tribunaux aient tranché sur la nature ou l'importance des droits que visent leurs politiques.

Par ailleurs, une question mérite d'être posée: dans le cadre d'une garantie constitutionnelle d'égalité dont l'un des objets est d'enrayer l'exclusion et la privation arbitraire de droits, pourquoi faudrait-il hiérarchiser les droits? Quelle différence, dans la perspective inclusive et égalitaire de l'article 15, peut-il bien y avoir pour un «demandeur raisonnable» entre, par exemple, se voir interdire le droit de conduire une voiture, être privé d'une prestation d'aide sociale ou se trouver pénalisé par une mesure fiscale? Dès lors que ces différences de traitement préjudiciables sont opérées en fonction d'un motif prohibé de discrimination, ne devraient-elles pas (en l'absence de facteurs disculpants) être présumées incompatibles avec la dignité du demandeur?

Bien entendu, tout comme l'appartenance à un groupe désavantagé constitue un facteur aggravant en matière de discrimination, le demandeur pourra toujours faire valoir que la discrimination dont il se plaint s'avère d'autant plus grave que le droit en cause est important. Ainsi, dans l'arrêt *Corbiere*, les deman-

deurs, des Autochtones habitant à l'extérieur de leur réserve en raison de la pénurie de logements sévissant à l'intérieur de celle-ci, se voyaient privés du droit de voter aux élections de leur Conseil de bande. Comme le droit en question était lié à l'expression politique et, partant, aux valeurs démocratiques hautement protégées par la Constitution canadienne, la privation d'un tel droit a conforté la Cour dans la conclusion qu'il s'agissait d'une privation de droit discriminatoire. Cependant, l'importance relative du droit, comme facteur contextuel, a surtout joué dans cette affaire, et comme il se doit du reste, dans l'analyse des justifications effectuée dans le cadre de l'article premier¹⁶⁴.

Dès lors, pour éviter que le facteur contextuel de «la nature du droit» entraîne une confusion entre le processus de justification d'une mesure discriminatoire commandée par l'article premier et l'examen du caractère discriminatoire de ladite mesure en vertu de l'article 15, ce facteur pourrait tout simplement être considéré comme confirmant le critère du préjudice matériel (imposition d'obligations ou de fardeaux, privation d'un avantage) qu'avait énoncé la Cour suprême dans *Andrews*. Il devrait suffire, comme en matière de liberté de religion par exemple¹⁶⁵, de conclure que le préjudice matériel est sérieux pour décider, en l'absence de facteurs contextuels disculpants intimement liés à la notion d'égalité réelle de l'article 15, du caractère discriminatoire du préjudice (si tant est, bien entendu, qu'il y a exclusion ou désavantage lié directement ou indirectement à l'un des motifs de discrimination énumérés non exhaustivement à l'article 15).

D'ailleurs, la Cour a bien précisé dans l'arrêt *Law* que l'atteinte à la dignité, jugée essentielle à la violation de l'article 15, pouvait découler uniquement du raisonnement logique, c'est-à-dire, prenant *Andrews* en exemple, de l'inadmissibilité d'un groupe à un avantage donné¹⁶⁶. Elle a également pris soin de noter, et deux fois plutôt qu'une, que l'objet de l'article 15 était d'empêcher toute atteinte à la dignité «par l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés»¹⁶⁷. À notre avis, la conjonction «ou» est absolument capitale ici. D'une part, elle montre clairement que l'atteinte à la dignité, élément jugé obligatoire pour la violation de l'article 15, peut résulter de la seule

164. *Corbiere*, note 76, par. 17 et 21.

165. *R. c. Edwards Books and Art*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759.

166. *Law*, note 5, par. 77-78 et 88 point (10).

167. *Ibid.*, par. 51 et 88 point (4). À noter que la version française n'est pas conforme à la version anglaise avec l'emploi erroné de la conjonction «et».

imposition d'un désavantage, c'est-à-dire du seul préjudice matériel lorsqu'il est lié à un motif énuméré ou analogue de discrimination. D'autre part, la conjonction «ou» nous indique que si le demandeur subit uniquement un préjudice moral, le préjudice matériel (ou le «désavantage») n'est nullement requis. Par exemple, si un conseil scolaire mettait sur pied un réseau d'écoles séparées en fonction de la race ou de l'origine ethnique des élèves, une telle ségrégation ne pourrait pas échapper à la conclusion qu'elle viole l'article 15 même si ces écoles étaient par ailleurs en tout point d'égale qualité par rapport au réseau commun. Une telle politique s'avérerait en effet discriminatoire pour l'une ou l'autre de ces raisons: soit elle serait fondée sur des préjugés à l'égard des minorités raciales et ethniques, soit elle aurait pour effet de perpétuer de tels préjugés à leur égard.

Néanmoins si, à chaque fois qu'un demandeur invoque l'article 15, la Cour suprême devait exiger de lui la preuve que la mesure contestée repose sur des préjugés ou des stéréotypes ou qu'elle renforce ces derniers afin d'établir qu'il est victime d'une atteinte à sa dignité (ou d'un «préjudice réel»), elle se rapprocherait grandement de la notion de discrimination intentionnelle qu'elle a pourtant rejetée dès l'arrêt *Andrews*¹⁶⁸. Malheureusement, par son insistance à exiger du demandeur une telle preuve de préjugés et stéréotypes depuis l'arrêt *Law* et ce, même dans les affaires de discrimination fondée sur la déficience¹⁶⁹, la Cour s'oriente dans cette direction. Ce qui tend à démontrer, comme nous le verrons plus loin¹⁷⁰, que le respect de la dignité humaine ne peut, à lui seul, représenter pleinement l'objet du droit constitutionnel à l'égalité.

ii) Les facteurs disculpants

Des quatre facteurs contextuels mentionnés par la Cour dans l'arrêt *Law*, deux favoriseront plutôt la cause du gouvernement en lui procurant autant de moyens de défense. Il s'agit de la correspondance du traitement différent avec la situation du demandeur ou d'autres personnes d'une part, et, d'autre part, de l'objet ou de l'effet améliorateur de la mesure contestée.

168. La Cour rejette aussi explicitement l'exigence d'une preuve d'intention discriminatoire dans *Law, ibid.*, au par. 80: «[...] la personne qui invoque le par. 15(1) n'a pas à établir que, lors de l'adoption des dispositions législatives contestées, l'intention du législateur était discriminatoire [...]».

169. C'est le cas de *Granovsky* et de *Lovelace* en l'occurrence (notes 74 et 76).

170. Voir *infra*, notre Section III – Synthèse et stratégie antidérapage.

La correspondance aux besoins, aux capacités ou à la situation personnelle du demandeur ou d'autres personnes¹⁷¹. Directement inspiré des arrêts *Eaton* et *Eldridge*, ce facteur contextuel relève de la problématique de l'accommodement raisonnable comme la Cour l'a bien compris et appliqué dans l'arrêt *Winko* où elle a statué que, pour éviter que des accusés ayant reçu un verdict de non-responsabilité criminelle en raison de leur état mental ne soient pénalisés par la loi, ils devaient recevoir un traitement pénal adapté à leur situation. Ainsi, lorsqu'elle est abordée sous l'angle de l'égalité réelle, une mesure législative non seulement peut, mais encore *doit* parfois faire des distinctions en fonction des motifs énumérés ou analogues dans le but précis d'éviter l'exclusion discriminatoire¹⁷². La Cour établissait en effet ce principe dans les termes suivants dans *Eaton*:

Pour éviter la discrimination fondée sur ce motif, il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée. [...]

L'autre objectif [de l'art. 15], tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société et à les *accommoder* en conséquence.[...]

C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables [*reasonable accommodation*] et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que les structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. [...]

C'est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l'adaptation raisonnable [*reasonable accommodation*] à celles-ci, qui constitue l'objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.¹⁷³

Ce facteur crucial rappelle donc que l'égalité réelle passe par l'application d'un traitement différent lorsque des individus ont, en raison d'une caractéristique personnelle énumérée ou analogue qui les défavorise généralement, des besoins différents et qu'ils se trouvent, par le fait même, dans une situation différente des autres. Voilà pourquoi dans l'arrêt *Eldridge*, l'insistance du gouvernement à traiter les malades atteints de surdité de la même façon que les autres bénéficiaires dans le contexte de la fourniture des services médicaux assurés par l'État a été jugée

171. *Law*, note 5, par. 69 à 71.

172. *Winko*, note 76, par. 84. Voir aussi *Lovelace*, note 74, par. 60.

173. *Eaton*, note 40, par. 66-67 (italiques ajoutés).

contraire à l'article 15. Cette conclusion s'imposait parce qu'en traitant de la même façon des personnes qui, en raison de leur déficience auditive, avaient des besoins différents des autres, le gouvernement se trouvait en réalité à les pénaliser ou à les traiter plus mal que les autres.

Ainsi, qu'une loi traite tout le monde de la même façon ou qu'elle traite une catégorie de personnes différemment, la question que soulève ce second facteur contextuel demeure la même: cette loi correspond-elle ou répond-elle adéquatement aux besoins, aux capacités ou à la situation du demandeur ou d'un autre groupe de personnes? Du point de vue de l'administration de la preuve, cela signifie pour la Cour que le demandeur qui invoque une violation de l'article 15 devra démontrer que la loi ou le gouvernement lui porte préjudice de l'une ou l'autre des trois façons suivantes: soit le traitement appliqué uniformément à tous a pour effet de l'exclure en ignorant ses besoins¹⁷⁴, soit le traitement distinct et adapté prévu pour lui ne correspond pas à ses besoins vérifiables et est mal adapté à sa situation¹⁷⁵, soit encore il est exclu du traitement distinct et adapté prévu pour un autre groupe alors qu'il fait partie d'un groupe qui a les mêmes besoins¹⁷⁶.

En matière de fardeau de preuve la Cour annonce toutefois ses couleurs dans l'arrêt *Law*: lorsque le législateur essaie de tenir compte des besoins d'un groupe donné, par exemple lorsque la loi a pour objet spécifique d'accommoder au mieux un groupe d'individus dont les besoins et les capacités diffèrent des autres, le fardeau de preuve du demandeur qui prétend que cet accommodement est inadéquat et, partant, discriminatoire, sera plus lourd que dans les cas où le législateur ne prévoit aucun accommodement et que, appliquant un traitement identique pour tous, il omet totalement de tenir compte des besoins particuliers d'un groupe visé par l'article 15¹⁷⁷. En ce sens, l'effort d'accommodement consenti par le gouvernement devient un moyen de défense ou un facteur contextuel disculpant de première impor-

174. Comme dans l'arrêt *Eldridge*, note 41.

175. C'est ce qu'ont plaidé sans succès les parents d'un élève handicapé dans l'arrêt *Eaton*, note 40.

176. Comme ont tenté de le démontrer sans succès les demandeurs dans les arrêts *Weatherall*, note 39 (détenus féminins traités différemment des détenus masculins) et *Hess*, note 38 (garçons privés de la même protection que les filles contre les abus sexuels; femmes non inculpables alors qu'elles peuvent, comme les hommes, abuser sexuellement des enfants).

177. *Law*, note 5 par. 70 *in fine*.

tance pour ce dernier et un obstacle sérieux à surmonter pour le demandeur. La jurisprudence antérieure comme postérieure à *Law* confirme cette approche marquée au coin du désir des tribunaux de ne pas interférer indûment dans les efforts et les choix délicats de l'État en matière de politique sociale. Toutes les actions fondées sur le caractère inadéquat d'un accommodement existant ont été rejetées. Avant *Law*, le rejet fut fondé sur l'absence de preuve de préjudice¹⁷⁸; après *Law*, on a conclu que ledit accommodement ne portait pas atteinte à la dignité du demandeur¹⁷⁹. On a au contraire jugé que l'accommodement était dans chacun des cas conforme aux besoins spécifiques du groupe visé.

L'objet ou l'effet améliorateur¹⁸⁰. Également tiré de l'arrêt *Eaton*, ce facteur contextuel énoncé dans *Law* peut être facilement confondu avec le précédent. De fait, on observe une telle confusion tant dans l'arrêt *Law* lui-même que dans les arrêts *Granovsky* et *Lovelace*¹⁸¹. La cause de ce malentendu tient à ce que l'affirmation du juge Sopinka qui a servi à la création de ce facteur dans l'arrêt *Eaton* avait été faite en réalité non pas dans le contexte de l'évaluation de programmes sociaux «améliorateurs», mais dans celui des mesures d'accommodement. Cette affirmation était la suivante:

[...] le par. 15(1) de la Charte a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'*améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage* [...]¹⁸²

Or, il y a une différence énorme entre ces deux types de mesures. En effet, si la législation sociale visant à améliorer le sort de certaines catégories de personnes, le plus souvent par l'octroi de prestations en argent ou par la fourniture de services, demeure un choix politique parfaitement discrétionnaire, les mesures d'accommodement, pour leur part, ne sont nullement optionnelles. Elles constituent au contraire, comme nous l'avons vu, une *obligation juridique* requise par la notion même d'égalité réelle. En effet,

178. *Eaton*, note 40, par. 72 à 80.

179. *Winko*, note 76, par. 97.

180. *Law*, note 5, par. 72-73.

181. En effet, la Cour a analysé le facteur contextuel de la correspondance à la situation et aux besoins dans ces trois affaires alors qu'il ne s'y posait aucune problématique d'accommodement. Voir *Law*, note 5, par. 102 et 103; *Granovsky*, note 76, par. 62 et 65-66; *Lovelace*, note 74, par. 74 à 83.

182. *Eaton*, note 40, par. 66 cité au par. 72 de *Law* (italiques ajoutés).

une obligation d'accommodement naît lorsqu'en l'absence d'un traitement adapté, ceux qui font partie des groupes sociaux visés par la garantie d'égalité subissent les effets discriminatoires de la loi ou de l'action administrative comme ce fut le cas des personnes atteintes de surdité dans *Eldridge*¹⁸³.

Or, en faisant de «l'objet ou l'effet améliorateur» un facteur contextuel séparé de celui de la «correspondance aux besoins et à la situation» (c'est-à-dire de l'accommodement), il semble bien que le juge Iacobucci ait voulu attirer l'attention dans *Law* sur le caractère distinct de ces deux types de législation. Il ressort en effet des arrêts *Law*, *Granovsky* et *Lovelace* que la création de ce troisième facteur contextuel vise non pas les lois et programmes gouvernementaux dont le but consiste à éviter la discrimination et à assurer l'intégration de tous dans la société par des mesures d'adaptation, mais bien les lois et programmes dont l'objectif est de promouvoir la dignité de ceux qui font partie de groupes défavorisés par la mise en place de mesures sociales destinées à améliorer leur sort ou à réduire les inégalités socio-économiques dont ils sont l'objet. C'est ainsi que, dans *Law* et *Granovsky*, le facteur de l'objet améliorateur a joué un rôle déterminant dans l'évaluation du caractère non discriminatoire du *Régime de pensions du Canada*¹⁸⁴, une loi qui accorde des prestations à des groupes jugés en difficulté par le législateur en raison de leur âge, de leur situation familiale, de leur déficience, etc.¹⁸⁵. De même, dans *Lovelace*, le troisième facteur contextuel a été un élément-clé dans la décision de la Cour qu'une loi provinciale prévoyant la redistribution des recettes d'une entreprise commerciale entre diverses bandes indiennes à des fins sociales n'avait pas pour effet de porter atteinte à la dignité des Indiens qui contestaient la constitutionnalité de cette loi en vertu de l'article 15 de la Charte¹⁸⁶.

Ainsi donc, dans chacun des trois cas où la Cour a fait appel au troisième facteur contextuel pour évaluer le caractère discriminatoire de la loi, elle en est venue à la conclusion que la loi

183. *Supra*, note 41. Sur la question de l'accommodement raisonnable dans le contexte de l'emploi, on lira avec profit l'ouvrage très fouillé de C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 236 à 346. Dans le contexte des politiques publiques, voir l'excellent article de J. WOEHRLING, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse», (1998) 43 *R.D. McGill* 325 à 401.

184. *Supra*, note 98.

185. *Law*, note 5, par. 103 à 108; *Granovsky*, note 76, par. 65-67 et 79.

186. *Lovelace*, note 74, par. 84 à 87.

contestée n'avait pas pour effet de porter atteinte à la dignité de ceux qui étaient exclus de ses bénéfices. Par conséquent, on peut d'ores et déjà prévoir que ce facteur contextuel aura un rôle largement disculpatoire et jouera très lourdement en faveur des gouvernements. À l'évidence, il a été formulé de manière à permettre aux législateurs élus d'assumer eux-mêmes et avec un minimum d'ingérence judiciaire le difficile arbitrage des politiques sociales, notamment celles qui ont une incidence financière ou qui impliquent une redistribution des revenus de l'État en faveur de groupes «ciblés» en fonction de besoins identifiés par les représentants élus. Le critère applicable, en pareil cas, se présente comme suit:

Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la Charte ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine des personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives.¹⁸⁷

Cela signifie, en pratique, que, lorsqu'un individu conteste une loi ou un programme social ayant un objet ou un effet améliorateur en faveur d'un groupe défavorisé particulier, la Cour lui impose le fardeau de démontrer l'absence de correspondance entre le(s) groupe(s) visé(s) par la mesure contestée et l'objet du programme. En d'autres termes, il devra faire la preuve que le critère qui l'exclut des bénéfices sociaux qu'il réclame au nom de l'égalité de traitement n'est pas rationnel ou pertinent compte tenu des objectifs sociaux visés par le programme. Ce pourrait être le cas si, par exemple, de par sa situation, le demandeur exclu avait essentiellement les mêmes besoins que ceux qui sont visés par le programme social ciblé et en bénéficient.

C'est là un fardeau de preuve très lourd qu'un demandeur ne réussira que rarement à relever. En effet, la Cour a indiqué clairement dans *Law* que la correspondance entre les besoins de certains groupes et les objectifs d'un programme n'avait pas du tout à être parfaite et que, par conséquent, «le législateur peut légitimement s'appuyer sur des généralisations documentées pour édicter des dispositions réparatrices sans contrevenir au par. 15(1) et sans avoir à les justifier au sens de l'article premier»¹⁸⁸. Ainsi, dans cette affaire *Law*, la demanderesse faisait valoir que l'exclusion des jeunes veuves établie par le *Régime de pensions du*

187. *Law*, note 5, par. 72.

188. *Ibid.*, par. 106.

Canada reposait sur la généralisation que les jeunes de moins de 35 ans ont moins de difficulté à se trouver un emploi et à subvenir à leurs besoins que ceux de plus de 35 ans; or comme cette généralisation avait un effet discriminatoire puisqu'elle-même, malgré ses 30 ans, se trouvait dans une situation précaire analogue aux conjoints survivants plus âgés, elle prétendait en conséquence qu'elle devait bénéficier en toute égalité des prestations de conjoint survivant prévues par le Régime.

La Cour a rejeté la prétention de madame Law pour deux raisons: d'une part, le Régime avait pour but d'améliorer le sort des conjoints survivants âgés, un objectif social légitime compte tenu que des études ont démontré que ces derniers en général sont plus vulnérables aux effets à long terme du décès de leur conjoint; d'autre part, le Régime est parfaitement rationnel puisque le choix des bénéficiaires, savoir ceux dont la capacité de subvenir à leurs besoins est la plus faible en raison de leur âge, correspond aux objectifs à long terme de la loi. Bien que certains conjoints nécessaires dans l'immédiat, comme la demanderesse, soient exclus du *Régime de pensions* du conjoint survivant, la généralisation établie par la loi n'est pas discriminatoire parce qu'elle n'est pas fondée sur des stéréotypes ni ne renforce ces derniers et parce qu'elle fait partie d'une «loi ayant un objet et des fonctions égalitaires et dont les dispositions correspondent dans une très large mesure aux besoins et à la situation des personnes ciblées»¹⁸⁹.

La Cour avait à considérer dans *Law* la plainte de quelqu'un qui, du point de vue de son âge, faisait partie d'un groupe relativement plus favorisé. Le juge Iacobucci y a alors même fait la «prédiction» que le facteur contextuel de l'objet améliorateur ne serait «probablement pertinent que dans la mesure où la personne ou le groupe exclu de l'application de dispositions ou d'une autre mesure étatique apportant une amélioration est relativement plus favorisé»¹⁹⁰. Il ajoutera plus loin et de façon quelque peu contradictoire avec sa prédiction que, «dans les cas où la personne ou le groupe exclu de la loi est déjà défavorisé ou vulnérable dans la société canadienne», le fardeau de preuve du demandeur sera moins lourd puisque la correspondance entre l'objectif législatif et les besoins ou la situation des bénéficiaires devrait être «plus précise»¹⁹¹. La jurisprudence ultérieure démentira le juge Iacobucci

189. *Ibid.*, par. 105.

190. *Ibid.*, par. 72.

191. *Ibid.*, par. 106.

sur les deux fronts. En effet, les arrêts *Granovsky* et *Lovelace* démontrent d'une part que le troisième facteur contextuel est jugé pertinent même lorsque le demandeur fait lui-même partie d'un groupe défavorisé et que, d'autre part, la Cour n'est pas disposée à élever ses standards quant au rapport de concordance entre les besoins et les objectifs de la loi contestée en pareil contexte.

Ainsi, dans *Granovsky*, un homme se plaignait du fait qu'on lui refusait le droit à une prestation d'invalidité parce qu'il avait été incapable, en raison d'une invalidité temporaire due à une blessure au dos, de cotiser pendant au moins cinq ans au cours des dix années précédant sa demande, condition générale posée par le *Régime de pensions du Canada*. Pourtant, les requérants qui, au cours de cette même période de dix ans, avaient été atteints d'une invalidité permanente bénéficiaient d'une exemption de ces conditions générales de manière à ne pas être pénalisés pendant les mois que durait leur incapacité de travailler. La question était donc de savoir si le Régime était discriminatoire à l'endroit des requérants ayant été empêchés de cotiser en fonction d'une invalidité temporaire. En tant qu'individu atteint d'une déficience, on peut certes affirmer que le demandeur faisait partie d'une catégorie de personnes défavorisées. Cela n'a toutefois nullement joué en sa faveur. Au contraire, le juge Binnie a constaté que l'objet du régime était de venir en aide aux travailleurs empêchés de travailler en raison d'une invalidité grave et permanente et qu'il y avait concordance parfaite avec la disposition contestée qui exemptait des conditions de cotisation uniquement les travailleurs qui avaient été empêchés de travailler au cours de la période ouvrable de dix ans en raison d'une déficience permanente¹⁹². Conclusion: «...le groupe dont le législateur a voulu améliorer la situation est celui, plus défavorisé, des personnes atteintes d'une déficience permanente»¹⁹³ et cela, en soi, est un objet conforme à l'article 15. L'exclusion des personnes ayant eu une déficience temporaire n'a donc pas pour effet de jeter un doute sur leur valeur en tant qu'être humain ni de porter atteinte à leur dignité¹⁹⁴. Bref, il ne suffit pas de faire partie d'un groupe défavorisé pour provoquer un contrôle judiciaire plus rigoureux, il faut être dans un groupe *encore plus défavorisé* faisant face à des besoins plus grands que le groupe

192. *Granovsky*, note 76, par. 61: «Le droit à la pension et la disposition d'exclusion visent tous les deux un groupe particulier de cotisants au RPC dont les besoins et la situation correspondent exactement à l'objet de la mesure législative».

193. *Ibid.*, par. 67.

194. *Ibid.*, par. 70 et 79.

inclus dans le programme améliorateur. Encore que, quand on examine les faits et l'analyse du juge Iacobucci dans *Lovelace*, cela ne paraît même pas suffisant.

Dans cet arrêt *Lovelace*, il faut d'abord noter que, tout comme dans *Granovsky*, la Cour va confondre complètement les deux facteurs contextuels disculpants énoncés dans *Law*. Elle aborde le régime législatif favorisant les bandes indiennes inscrites dans le cadre du second facteur contextuel de la «correspondance aux besoins», c'est-à-dire de l'accommodement requis pour éviter une exclusion discriminatoire, alors qu'il s'agissait à l'évidence dans cette affaire de la contestation d'une exclusion d'un régime législatif d'avantages sociaux à but «améliorateur» ou «réparateur»¹⁹⁵. La confusion vient de ce que la correspondance aux besoins et à la situation fait également partie de l'analyse en vertu du facteur contextuel de l'objet améliorateur, bien que ce ne soit pas en fonction du même objectif. Cela dit, après avoir rappelé ses propos dans *Law*, selon lesquels «lorsque le groupe demandeur est défavorisé, l'exigence de correspondance est plus rigoureuse»¹⁹⁶, le juge Iacobucci n'en tiendra aucun compte en pratique. Dans cette affaire, les demandeurs étaient des membres de Premières nations non constituées en bandes et ils se trouvaient exclus des bénéfices économiques du casino érigé dans une réserve indienne puisque ceux-ci revenaient uniquement, en vertu de la loi, aux bandes «inscrites». Les demandeurs plaidaient qu'ils avaient les mêmes besoins que les bandes inscrites du point de vue de leur développement communautaire et de leurs problèmes de santé, d'éducation ou de développement économique et culturel. Le juge Iacobucci a reconnu cette similarité de besoins mais a affirmé sans ambages qu'«il faut prouver davantage que l'existence d'un besoin commun» pour satisfaire au critère de la correspondance¹⁹⁷. Il faut examiner l'ensemble de la situation. Il semble toutefois que son raisonnement, des plus simples, ait été le suivant: puisque les objectifs de la loi contestée étaient d'améliorer le sort d'un *groupe défavorisé précis* et que, dès lors, il s'agissait d'un «programme améliorateur ciblé», la loi était cohérente en n'accordant ses bénéfices qu'au groupe ciblé en question: les Premières nations constituées en bandes¹⁹⁸. Les demandeurs ont eu beau soulever la similitude de leur situation globale avec certains des bénéficiaires

195. *Lovelace*, note 74, par. 74 et s.

196. *Ibid.*, par. 83.

197. *Ibid.*, par. 75.

198. *Ibid.*, par. 82 à 87.

inclus, comme le fait que certains d'entre eux ne sont pas des bandes inscrites et n'ont pas de terres de réserve, cela n'a pas impressionné la Cour nullement disposée à remettre en cause un programme jugé compatible avec l'objet de l'article 15 puisqu'il consiste à améliorer la condition d'un groupe défavorisé donné.

Il ressort de ce raisonnement qu'en matière de mesures sociales, le critère de la correspondance aux besoins et à la situation apparaît purement formel. Après avoir constaté l'objectif d'amélioration d'un groupe ou sous-groupe défavorisé précis poursuivi par le législateur dans une loi donnée, il sera extrêmement difficile de prouver le caractère discriminatoire d'une telle loi si tant est qu'elle accorde ses bénéfices au groupe ciblé et exclut ceux qui ne font pas partie de ce groupe ou de ce sous-groupe. Les gouvernements n'ont pas à inclure, dans l'élaboration de leurs mesures sociales discrétionnaires, tous ceux qui, même dans un groupe donné (comme les Autochtones) ont les mêmes besoins parce que, affirme la Cour, ils «seraient placés dans une situation insoutenable»¹⁹⁹. En d'autres termes, en matière d'avantages sociaux destinés à des groupes défavorisés particuliers, les gouvernements jouissent d'une très grande latitude. La Cour suprême nous indique en effet on ne peut plus clairement qu'elle se montre très peu disposée à intervenir dans l'arbitrage des dépenses de l'État liées aux politiques sociales au nom du droit à l'égalité²⁰⁰. Comment, du reste, pourrait-on la blâmer?

En sorte qu'il serait des plus intéressants de voir comment un arrêt comme *Schachter*²⁰¹ serait traité aujourd'hui. Un père biologique contestait dans cette affaire son exclusion du régime de prestations d'assurance-chômage, lequel était réservé aux mères biologiques et aux deux parents adoptifs. À l'époque, le gouvernement fédéral avait admis la violation de l'article 15, ce qui avait d'ailleurs fait sourciller le juge La Forest. Il semble clair, avec le facteur de l'objet améliorateur tel qu'il est interprété actuellement par la Cour suprême, que le père biologique exclu aurait eu du mal à convaincre cette dernière que son exclusion du régime de prestations portait atteinte à sa dignité de père naturel et constituait de la discrimination réelle. Cela aurait été d'autant plus difficile d'ailleurs que le père naturel ne peut être classé dans un groupe

199. *Ibid.*, par. 75.

200. Ce qui ne veut pas dire que le contrôle judiciaire est inexistant comme nous le verrons dans la section portant sur les rapports entre les par. 15(1) et 15(2).

201. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

défavorisé ni par rapport aux mères naturelles, ni par rapport aux parents adoptifs.

En revanche, en ce qui concerne les programmes d'avantages sociaux *universels* ou la législation sociale destinée à l'ensemble de la population, le caractère discriminatoire d'une exclusion de ces avantages sera plus facile à établir, tout particulièrement si le groupe exclu est un groupe défavorisé et que la loi n'a aucune incidence financière. L'arrêt *Vriend*²⁰², où les homosexuels furent volontairement exclus de la protection générale contre la discrimination dans la loi albertaine sur les droits de la personne, illustre cette situation. Contrairement aux programmes améliorateurs ciblés, où le législateur poursuit nécessairement un but égalitaire en apportant son soutien financier à un groupe donné, le programme améliorateur général ou universel ne peut exclure ou pénaliser un groupe défavorisé sans qu'il n'en résulte une atteinte à la dignité de ce dernier. On peut d'ailleurs se demander comment il pourrait exclure un groupe favorisé identifiable par un motif énuméré à l'article 15 ou analogue sans porter atteinte à la dignité de ceux qui le composent puisque la protection contre la discrimination de la Charte canadienne n'est pas limitée aux seuls membres des «minorités discrètes et isolées»²⁰³. Bref, l'élément-clé de ce facteur contextuel réside dans la distinction entre «programme améliorateur ciblé» et «programme améliorateur universel». Le juge Iacobucci ne laisse planer aucun doute à ce sujet dans *Lovelace* lorsqu'il dit:

[...] l'aspect central de l'analyse n'est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme en question vise à améliorer la situation d'un groupe défavorisé précis plutôt qu'à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. En d'autres mots, nous sommes en présence d'un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif, et non d'un programme améliorateur plus complet auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif.²⁰⁴

Dès lors qu'il s'agit d'un programme améliorateur ciblé, il apparaît évident que le contrôle judiciaire va se résumer à sa plus simple expression, à savoir la vérification de la rationalité du programme par rapport aux objectifs égalitaires de celui-ci. Beau-

202. *Supra*, note 57.

203. Comme on le sait, la Cour a été claire sur ce point depuis la trilogie de 1995. Voir notes 63 et 104 et texte correspondant.

204. *Lovelace*, note 74, par. 85.

coup moins rigoureux que celui de la proportionnalité de la mesure exercé dans le cadre de l'article premier²⁰⁵, ce type de contrôle judiciaire empreint de réserve semble inévitable puisque les tribunaux se doivent de tenir compte du caractère éminemment politique de l'arbitrage des mesures sociales de l'État. Un tel arbitrage, qui met en cause la redistribution de la richesse collective au profit des moins bien nantis, ne peut en effet que relever des élus dans une démocratie libérale²⁰⁶.

C. Les arrimages difficiles

La création des facteurs contextuels disculpants pose un double défi à l'interprète du droit à l'égalité. Tout d'abord, il lui faut arriver à éviter de confondre la question de la correspondance aux besoins et à la situation qui, en tant que facteur contextuel d'identification d'une discrimination, doit être traitée dans le cadre de l'article 15, avec celle des justifications qui relèvent de l'article premier de la Charte. La distinction n'est pas que théorique ni, pour ainsi dire, esthétique; elle est au contraire d'un intérêt pratique majeur en raison de ses conséquences directes sur la répartition du fardeau de preuve et, partant, sur les chances relatives de succès des victimes de discrimination. Le second défi consiste à cerner correctement le rôle du second paragraphe de l'article 15 et ses rapports avec le premier paragraphe. Comme le paragraphe 15(2) concerne spécifiquement les programmes destinés à améliorer la situation des groupes défavorisés, ne fait-il pas double emploi avec le facteur contextuel de l'objet ou de l'effet améliorateur? Ce second paragraphe a-t-il pour rôle, au contraire, de donner carte blanche aux gouvernements en les mettant à l'abri de tout contrôle judiciaire lorsqu'ils mettent en œuvre des programmes d'accès à l'égalité? Il convient d'aborder ces deux délicats problèmes d'arrimage successivement même si, comme on le verra, on ne peut traiter du paragraphe 15(2) sans aborder ses rapports avec l'article premier.

205. Sur les 12 arrêts où la Cour suprême a conclu à une violation de l'art. 15, elle a appliqué le critère de la proportionnalité stricte marquée au coin de l'exigence de l'atteinte minimale dans pas moins de 9 arrêts. Voir: *Andrews*, note 3; *Tetreault-Gadoury*, note 37; *Miron c. Trudel*, note 50; *Benner c. Canada*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Vriend*, note 57; *Eldridge*, note 41; *M. c. H.*, note 57; *Corbiere*, note 76; *Little Sisters*, note 76. Seule a échappé à ce contrôle rigoureux la trilogie relative à l'âge de la retraite obligatoire: *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman*, note 37. Pour une bonne analyse de l'application de l'article premier en matière d'égalité par la Cour suprême, voir S. MARTIN, note 6, p. 333 et s.

206. Pour un fort plaidoyer en ce sens: R. MOON, note 17.

1. *Les rapports entre l'article 15 et l'article premier*

Le risque de confusion avec l'article premier se présente surtout avec le facteur contextuel dit de «la correspondance aux besoins et à la situation du demandeur ou d'un autre groupe»²⁰⁷. La solution à ce problème d'arrimage avec l'article premier réside, me semble-t-il, dans le recours aux décisions qui sont à l'origine de la création de ce facteur contextuel, à savoir *Eaton* et *Eldridge*. Ces arrêts ont énoncé le critère de la correspondance aux besoins et aux capacités d'un groupe visé par l'article 15 retenu par la Cour dans *Law* dans un contexte factuel bien précis: celui qui consiste à se demander quelles mesures le législateur se voit juridiquement obligé de prendre pour éviter qu'un individu ou un groupe soit victime de discrimination. Bien compris, ce facteur ne peut alors jouer que dans le contexte où la problématique du nécessaire accommodement se pose pour éviter l'exclusion ou la marginalisation des personnes faisant partie de groupes défavorisés en raison d'une caractéristique personnelle énumérée ou analogue. Par conséquent, lorsque le gouvernement prétend qu'une loi n'est pas discriminatoire, seules les considérations de nature égalitaire liées à l'objet de l'article 15 peuvent être invoquées, à savoir: d'une part, que la différence de traitement contestée est requise pour éviter l'exclusion, la marginalisation ou un effet préjudiciable envers le demandeur ou un autre groupe et, d'autre part, qu'elle correspond aux besoins des personnes visées. Toute autre justification, qu'elle soit liée aux droits et libertés d'autrui ou à des considérations d'intérêt public, doit être exclue de l'analyse à effectuer dans le cadre de l'article 15 et reportée à l'étape de l'article premier. La Cour a en effet été claire à ce sujet dans *Law* en maintenant le cap fixé dès l'arrêt *Andrews*: les questions générales de justification doivent continuer de relever exclusivement de l'article premier de la Charte²⁰⁸. Or, cette position de

207. Le risque de confusion avec l'article premier se présente aussi avec le facteur disculpant de «l'objet ou l'effet améliorateur» dans la mesure où la Cour y a également inclus un critère de correspondance aux besoins: S. MARTIN, note 6, p. 331-332. Ce risque m'apparaît toutefois moins grand à l'égard de ce dernier facteur compte tenu qu'il s'inscrit plus explicitement dans le cadre de mesures sociales à but égalitaire, c'est-à-dire «améliorateur», comme on le verra dans la Section III de cet article.

208. *Law*, note 5, par. 81: «Dans *Andrews*, le juge McIntyre [...] a également rejeté une démarche selon laquelle les questions relatives au caractère raisonnable et à la justification auraient été tranchées en application de l'art. 15 plutôt que de l'article premier. [...] [Il] a mis l'accent sur le fait que cette démarche atteignait l'équilibre approprié entre le demandeur et l'État en disant, p. 178: «Il faut reconnaître au départ que le rapport entre ces deux articles [15 et 1] pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante. Il est

base n'a en aucune façon été directement remise en cause par la Cour dans les arrêts postérieurs à *Law*.

Cependant, il semble bien que la Cour suprême ait «péché», c'est-à-dire qu'elle ait fait complètement fi de son propre schéma analytique, dans au moins quatre arrêts, soit *Delisle*, *Lovelace*, *Little Sisters* et *Therrien*. Dans le premier, le juge Bastarache a en effet conclu que le traitement distinct que la loi prévoyait pour les membres de la GRC, en leur refusant le droit à la syndicalisation, ne violait pas l'article 15 et n'était nullement discriminatoire «[...] parce que les membres de la GRC exercent une fonction cruciale dans le maintien de l'ordre lors des conflits qui peuvent survenir dans la société[...]»²⁰⁹. Avec égard, le juge Bastarache a erré en invoquant des considérations d'intérêt public, à savoir le maintien de l'ordre. Celles-ci n'ont en effet absolument rien à voir avec des préoccupations égalitaires ou avec l'objet de l'article 15, à savoir la prise en compte des besoins véritables d'un groupe et le nécessaire accommodement que le législateur doit éventuellement lui consentir afin d'éviter son exclusion ou sa marginalisation. À la décharge du savant juge, on pourra dire que ses motifs trop brefs sont clairement *obiter*, ce dernier ayant d'abord disposé de l'affaire en statuant que le motif de distinction, le statut professionnel, n'avait rien d'analogue aux motifs énumérés²¹⁰.

En effet, à moins de vouloir éliminer l'application de l'article premier en matière d'égalité, ce qui serait d'une extrême gravité pour la portée effective de l'article 15, rendant celui-ci exsangue en vérité, une justification mise de l'avant dans le cadre de l'article 15 ne peut être qu'*interne au droit à l'égalité*, c'est-à-dire qu'elle doit être intimement liée à l'objet égalitaire que poursuit cette garantie dans le but ultime que tout être humain soit traité avec respect, justice et dignité. Toute justification *externe au droit à l'égalité* et liée à l'intérêt public et général ne peut relever que de l'article premier et ce, après seulement que le tribunal ait conclu au caractère discriminatoire de la mesure législative contestée. Autrement, comme le démontre l'arrêt *Delisle*, la question qui risque souvent d'être amenée subrepticement sous le couvert du facteur de la correspondance à la situation revient à celle de la

toutefois important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la Charte, et à l'État de justifier cette violation».

209. *Delisle*, note 28, par. 45.

210. *Ibid.*, par. 43-44.

pertinence d'une distinction de traitement eu égard à l'objet de la loi contestée, élément que quatre juges voulaient inclure à l'article 15 dans la trilogie de 1995 et que la Cour a ignoré dans *Law*²¹¹. De fait, formulée dans les termes propres à cette approche, l'exclusion des policiers de la GRC du régime de syndicalisation ne violait pas la dignité de ces derniers, nous dit le juge Bastarache, parce que cette mesure était pertinente à l'objet de sécurité publique visé par la loi.

L'affaire *Lovelace* nous fournit un autre exemple du danger de confusion qui risque de miner la garantie d'égalité au point d'en faire un droit aussi formel qu'illusoire. Sous le couvert à nouveau du facteur contextuel de la correspondance aux besoins et à la situation, la Cour a en fait statué dans cet arrêt que la non-appartenance des bandes non inscrites à un territoire réservé constituait une considération pertinente dans le cadre d'une loi qui décide de ne distribuer les recettes d'un casino qu'aux Autochtones inscrits habitant pour la plupart dans une réserve. La Cour a également considéré comme étant pertinents les faits suivants: la non-participation des bandes non inscrites à l'exploitation du casino indien, les avancées des bandes inscrites en matière d'autonomie gouvernementale et la négociation du projet de casino en partenariat avec les chefs des Premières nations constituées en bandes²¹².

Or, il saute aux yeux que prendre en considération ces éléments factuels dans le cadre de l'article 15 revient à appliquer le critère aristotélicien de «la situation analogue» dans une perspective purement formelle, à savoir que le traitement doit être différent parce que certains individus sont, d'une manière ou d'une autre, dans une situation différente. Comme nous sommes tous, à certains égards, dans une situation différente des autres, comment une distinction de traitement peut-elle être jugée contraire au principe d'égalité? C'est précisément cette façon formelle, mécanique et, oserai-je ajouter, insipide d'appliquer le critère de la situation analogue qui a été décriée avec raison par la Cour

211. Il est en effet remarquable que le juge Iacobucci ait choisi d'ignorer complètement la position que le groupe La Forest, Gonthier, Major et Lamer avait défendue sur le critère de la pertinence dans la trilogie de 1995. Dans la section de son jugement intitulée «La jurisprudence subséquente à l'arrêt *Andrews*» (*Law*, note 5, par. 31 à 39), le juge Iacobucci se contente en effet de référer à la position défendue par le groupe Cory, Iacobucci, McLachlin et Sopinka sans souffler mot de l'importante controverse soulevée par l'autre groupe de quatre juges.

212. *Lovelace*, note 74, par. 74 à 83.

dans *Andrews*²¹³. Pour appliquer le critère de la situation analogue dans une perspective d'égalité réelle, et cela la Cour l'a bien réalisé dans la jurisprudence postérieure à *Andrews*, on aurait plutôt dû se poser la question suivante dans *Lovelace*: le traitement différent fondé sur le fait que les membres de certaines bandes n'habitent pas sur un territoire réservé est-il requis afin d'éviter l'exclusion, la marginalisation et la discrimination de ce groupe? En d'autres termes, s'agit-il d'un accommodement destiné à leur garantir une plus grande égalité? En effet, dès que l'on sort de la problématique de l'accommodement qui caractérise véritablement le second facteur contextuel, on court le risque de revenir à une conception formaliste et circulaire de l'égalité qui serait proprement désastreuse. Il eût mieux valu que la Cour reconnaisse l'inapplication de ce second facteur contextuel dans *Lovelace*, puisque la problématique de l'accommodement ne s'y posait pas, et qu'elle aborde la législation contestée, comme elle l'a fait ensuite, sous l'angle de l'objet améliorateur de la loi.

Quant à l'affaire *Little Sisters*, la Cour a conclu que l'action répressive du gouvernement dirigée contre les librairies gaies et lesbiennes portait atteinte à la dignité des homosexuels parce que la preuve ne justifiait pas que l'on prenne pour cibles les librairies gaies et lesbiennes. Il n'y avait pas «correspondance entre le motif de discrimination (l'orientation sexuelle) et la situation concrète des appelants (leur qualité d'importateurs de matériel gai et lesbien)»²¹⁴. En d'autres termes et *a contrario*, si la preuve avait indiqué que le matériel érotique homosexuel contenait davantage de produits obscènes illégaux que le matériel érotique hétérosexuel, la Cour laisse entendre que la dignité des gais et lesbiennes n'aurait pas été violée par l'acharnement gouvernemental à l'endroit des libraires gaies faisant l'importation de matériel érotique destiné à leur clientèle. En sorte qu'il est clair, encore une fois, que le critère de dignité a en fait servi à intégrer des considérations de pertinence et d'intérêt public dans l'analyse même du caractère discriminatoire de l'action gouvernementale et à faire en sorte que l'article premier soit absorbé par l'article 15.

Enfin, l'arrêt *Therrien* rendu le 7 juin 2001 et le dernier à ce jour où l'article 15 a été invoqué et traité n'est pas plus édifiant. Un juge de la Cour du Québec contestait la constitutionnalité de sa destitution au motif, entre autres, qu'elle portait atteinte à

213. Voir p. 192 à 194.

214. *Little Sisters*, note 76, par. 121.

l'article 15 de la Charte canadienne. Il plaidait que sa destitution (différence de traitement) reposait sur ses antécédents judiciaires (motif analogue) et qu'elle avait pour effet de le priver d'un avantage de façon contraire à sa dignité (le préjudice matériel et moral). La Cour a rejeté les prétentions de l'appelant parce que la décision de l'exclure ne portait pas atteinte à sa dignité. L'analyse des facteurs contextuels relatifs à l'atteinte à la dignité faite par le juge Gonthier tient en quelques mots. Les voici:

Je prends également pour acquis, à nos fins, mais sans toutefois en décider, que les antécédents judiciaires constituent un motif de discrimination analogue au sens du par. 15(1) de la Charte canadienne. Cependant, la décision du ministre ne peut être considérée discriminatoire à la lumière des facteurs contextuels pertinents. En effet, la décision du ministre a pris en considération l'ensemble de la situation de l'appelant ainsi que celle des justiciables qui sont en droit d'obtenir la plus grande intégrité, impartialité et indépendance de la part des membres de la magistrature envers lesquels ils accordent leur confiance.

Avec égards, il est clair à nouveau que la Cour ne parvient pas à distinguer correctement les facteurs contextuels utiles à la détermination de la discrimination dans le cadre de l'article 15 des éléments justificatifs propres à l'article premier. Elle ne semble pas avoir compris que le facteur contextuel de la correspondance entre le motif de discrimination et la situation du demandeur ne peut, dans la perspective d'un droit à l'égalité réelle et effective, renvoyer qu'à la problématique de l'accommodement raisonnable requis par la Constitution lorsqu'un traitement uniforme provoquerait l'exclusion ou la marginalisation d'un groupe d'individus visé par l'article 15. En faisant reposer sa décision sur l'argument que «le ministre a pris en considération l'ensemble de la situation de l'appelant ainsi que celles des justiciables», la Cour revient forcément au critère formel de la situation analogue qu'elle ne cesse pourtant avec raison de conspuer et, tout comme dans *Little Sisters*, elle utilise l'atteinte à la dignité humaine pour faire entrer des considérations de pertinence et d'intérêt public dans le cadre de l'analyse 15 alors que cela ne peut relever que d'une analyse distincte faite sous l'égide de l'article premier.

2. Les rapports entre les paragraphes 15(1) et 15(2)

Contrairement à la corrélation entre les articles 15 et premier où règne une certaine confusion, la position de la Cour se révèle très claire et, à mon avis, très cohérente dans l'arrêt *Love-*

lace concernant les rapports à établir entre les deux paragraphes de l'article 15. Elle peut se résumer comme suit: le facteur contextuel de l'objet améliorateur dans l'arrêt *Law*, conçu pour mettre en œuvre une notion d'égalité réelle et effective, a eu pour effet d'intégrer les deux paragraphes de l'article 15 de la Charte canadienne et d'en faire une seule et même norme d'égalité, en sorte qu'il n'y a pas de distinction nette à faire entre ces deux paragraphes²¹⁵.

En conséquence, le paragraphe (2) ne doit pas être considéré comme une exception pure et simple au principe d'égalité énoncé au paragraphe (1) comme certains auteurs et tribunaux le pensaient²¹⁶. Au contraire, le second paragraphe a «pour effet de confirmer l'approche relative à l'égalité réelle du par. 15(1)»²¹⁷. Cette interprétation est du reste confortée par le libellé du paragraphe (2) qui débute par les mots «le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire...». Ainsi, en référant au paragraphe (1), le second paragraphe révèle bien son objet: il s'agit de lever toute ambiguïté sur le sens à donner aux droits à l'égalité énoncés au premier paragraphe. Le paragraphe (2) n'est donc rien d'autre qu'une règle d'interprétation large et libérale du paragraphe (1), laquelle visait en 1982 à éliminer les doutes provoqués tant en jurisprudence américaine que canadienne sur la possibilité qu'une norme d'égalité inclue dans ses sens et objet le traitement préférentiel des groupes défavorisés²¹⁸. En précisant le sens large à donner au

215. *Lovelace*, note 74, par. 93 à 108.

216. Voir p. ex. l'excellent texte de M.A. DRUMBL & J.D.R. CRAIG, «Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for s. 15(2)», (1997-1998) 4 *Rev. d'études const.* 80-123. Les auteurs répertorient et analysent la jurisprudence ayant porté tant sur le par. 15(2) de la Charte canadienne que sur les dispositions du même type dans la législation provinciale, en droit américain et en droit communautaire européen.

217. *Lovelace*, note 74, par. 100 et 105.

218. Au tournant des années 1980, la jurisprudence canadienne était effectivement ambiguë sur cette question. Comme la plupart des lois provinciales sur les droits de la personne étaient formulées de manière à interdire tant les exclusions que les *préférences* fondées sur certains motifs de discrimination, on doutait fortement qu'un programme de traitement préférentiel du type «*affirmative action*» puisse être valide sans disposition législative expresse. Voir p. ex. *Bloedel c. University of Calgary*, [1980] 1 C.H.R.R. D/25 où un programme d'accès à l'égalité préférentiel pour les autochtones conçu par l'Université de Calgary a été jugé contraire à l'*Individual Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2 de l'Alberta. Par ailleurs, la question de la légalité des programmes d'accès à l'égalité, qui avait été soumise à l'attention de la Cour suprême dans *Athabasca Tribal Council c. Amoco Canada*, [1981] 1 R.C.S. 699, n'avait alors été abordée avec approbation que par quatre des neuf juges participant à la décision (voir j. Ritchie), les cinq autres réservant expressément leur opinion sur le sujet (voir j. Lamer). Cette ambivalence judiciaire était alors causée par le retentissant

paragraphe (1), j'ajouterai pour ma part que le second paragraphe aide aussi à mieux comprendre l'objet propre à l'énumération des motifs de discrimination du premier paragraphe, à savoir protéger efficacement les individus et les groupes défavorisés contre l'exclusion et la marginalisation, leur donner accès à plus d'égalité à l'avenir²¹⁹, cette protection ne devant pas exclure la possibilité de lois ou programmes sociaux améliorateurs de type «*affirmative action*» destinés à favoriser la réalisation d'une société plus inclusive et à réduire les inégalités sociales²²⁰. On notera enfin que cette interprétation du paragraphe 15(2) a l'avantage d'assurer la conformité de la jurisprudence canadienne avec les obligations internationales du Canada telles qu'elles ressortent notamment de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²²¹.

La validité d'une loi ou d'un programme améliorateur ne saurait toutefois être automatique. Elle dépend, nous rappelle l'arrêt *Law*, de la correspondance de la mesure choisie aux besoins du groupe défavorisé visé²²². Or, dans *Lovelace*, le juge Iacobucci estime que ce critère de correspondance coïncide tout à fait avec le critère du lien rationnel, lequel n'oblige pas le gouvernement à démontrer que son programme est efficace ou nécessaire, mais simplement rationnellement lié à son objectif. S'appuyant sur une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, il affirme en effet ceci:

arrêt *Bakke* de la Cour suprême des États-Unis rendue quelques années plus tôt. Cette décision déclarait inconstitutionnelle, sur la base du XIV^e Amendement, un programme accordant un traitement préférentiel aux candidats noirs pour l'admission aux études de médecine à l'Université de Californie: *Regents of University of California c. Bakke*, 98 S.Ct. 2733, (1978). C'est dire à quel point le par. 15(2) s'imposait pour clarifier la portée du par. 15(1). Voir à ce sujet: D. GIBSON, note 1, p. 287-288.

219. Cet objet a été reconnu explicitement dès l'affaire *Andrews* et surtout dans *Turpin*, comme l'a signalé la Cour dans *Law*, note 5, par. 42. J'y reviendrai dans la Section III.

220. Voir en ce sens: D. PROULX, «L'objet des droits...», note 17, p. 591; C. SHEPPARD, *Litigating the Relationship Between Equity and Equality*, Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1993; E.M. IACOBUCCI, «Anti-discrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution», (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 292, p. 322 à 330.

221. Voir l'art. 1.4 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et l'art. 4 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*. À noter que la première a été adoptée par les Nations-Unies le 21 décembre 1965 et est entrée en vigueur pour le Canada le 13 nov. 1970 alors que la seconde a été adoptée le 18 déc. 1979 pour entrer en vigueur au Canada le 10 janvier 1982. Voir A. MOREL, *Code des droits et libertés*, 6^e éd., Montréal, Thémis, 1998, p. 373-388.

222. *Law*, note 5, par. 72.

Le critère du «lien rationnel» énoncé dans *Roberts*, précité, correspond en tous points à la méthode d'examen du «facteur de la correspondance» qui fait partie intégrante de l'analyse relative au par. 15(1) exposée précédemment.²²³

Notons tout de go que la rationalité dont il est question ici ne devrait être qu'en rapport avec des objectifs *égalitaires* puisque l'analyse se situe dans le cadre des droits à l'égalité de l'article 15. Puisque le juge Iacobucci insiste pour dire que l'article premier continue de s'appliquer et qu'il faut respecter la «cohérence de la Charte»²²⁴, cette rationalité doit en effet être distinguée de celle dont il est question à l'étape de l'article premier. Dans ce dernier cas, la rationalité en question devra être jaugée non pas à l'aune de considérations égalitaires, mais au regard d'objectifs d'intérêt public (sécurité ou ordre public, coûts exorbitants, difficultés de gestion, etc.).

Prenons par exemple le cas d'un programme destiné à venir en aide aux malvoyants en vertu duquel le gouvernement choisit de rembourser à ces derniers le coût d'un appareil permettant de surdimensionner un écran de TV ou d'ordinateur. On se situe alors dans le cadre d'un programme améliorateur ciblé dont la conformité à l'article 15 est assurée dans la mesure où ce programme est rationnel, c'est-à-dire qu'il correspond aux besoins des malvoyants. Toutefois, si, comme dans l'arrêt ontarien *Roberts*²²⁵ cité par le juge Iacobucci, cette aide financière n'est accordée qu'aux malvoyants de moins de 22 ans, la question de la rationalité du programme se pose. Mais de quelle rationalité parlons-nous? Une interprétation cohérente avec la structure de la Charte ne peut conduire qu'à une conclusion: la seule rationalité qui peut compter dans le cadre de l'article 15 est celle de la correspondance aux besoins du groupe ciblé par le programme social, soit la rationalité avec l'objectif de permettre aux handicapés visuels de faire usage, en pleine égalité avec les autres utilisateurs, des écrans de TV et d'ordinateur. Or, par rapport à cet objectif égalitaire, il est tout à fait irrationnel d'exclure les malvoyants en fonction de leur âge. On n'est pas moins malvoyants parce qu'on a 23 ans plutôt que 22. En fait, ce serait plutôt le contraire, le vieillissement étant un facteur de détérioration de l'acuité visuelle. Dans une perspective d'égalité réelle, il n'est pas plus

223. *Lovelace*, note 74, par. 100.

224. *Ibid.*, par. 106-107.

225. *OHRC c. Ontario*, (1994) 19 O.R. (3d) 387 (C.A. Ont.).

rationnel pour le gouvernement d'exclure les malvoyants sur la base de l'âge qu'il ne le serait de le faire en fonction du sexe ou de la religion des bénéficiaires. En sorte qu'eu égard à l'objectif égalitaire de permettre aux malvoyants d'accéder aux mêmes services visuels que les voyants, l'exclusion fondée sur l'âge n'a aucun fondement rationnel et, par conséquent, même si le paragraphe 15(2) a pour objet de reconnaître la validité des programmes «destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés», un tel programme devrait être considéré comme discriminatoire et en violation du paragraphe 15(1)²²⁶.

Évidemment, un gouvernement pourra peut-être justifier sa politique de n'accorder son aide financière qu'à une partie de ceux qui en ont besoin en raison des coûts élevés du programme mis en place. Cependant, un tel argument ne saurait en aucune façon être traité dans le cadre égalitaire de l'article 15. Il ne peut être analysé qu'à l'étape de l'article premier puisqu'il présente des justifications liées non pas à des considérations égalitaires, mais à des objectifs généraux d'intérêt public (le contrôle des coûts). Or, en vertu de l'article premier, on sait que la mesure restrictive doit être non seulement rationnelle, mais en outre raisonnablement nécessaire par rapport aux objectifs mis de l'avant par les pouvoirs publics²²⁷. Ce qui est tout à fait normal puisque l'analyse effectuée à l'étape de l'article premier présuppose qu'on a d'abord conclu qu'un droit ou une liberté garanti par la Charte canadienne a été violé. Le juge Iacobucci a affirmé dans *Lovelace* que l'intégration des deux paragraphes de l'article 15 avait l'avantage de ne pas rendre superflu l'article premier²²⁸. Il a tout à fait raison à la condition de bien comprendre et de bien opérer cette distinction cruciale entre la rationalité interne et égalitaire de l'article 15, d'une part, et la rationalité externe d'intérêt public de l'article premier, d'autre part.

226. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour d'appel dans *Roberts, ibid.*, mais eu égard au par. 14(1) du *Code ontarien des droits de la personne*. En vertu du même raisonnement, la Cour suprême de Colombie-Britannique a jugé discriminatoire le programme d'aide sociale de la province relevant du par. 15(2) de la Charte canadienne dans *Silano c. British Columbia*, (1987) 42 D.L.R. (4th) 407. La loi pénalisait les jeunes en octroyant des prestations d'aide sociale plus élevées pour les bénéficiaires âgés de plus de 26 ans. La Cour fut d'avis que la différence de traitement fondée sur l'âge était totalement irrationnelle par rapport aux objectifs socio-économiques de nature égalitaire de la loi puisque rien ne prouvait que les gens âgés de plus de 26 ans avaient des besoins financiers plus grands que ceux âgés de moins de 26 ans.

227. *Supra*, note 205.

228. *Lovelace*, note 74, par. 107.

Cela dit, comme il est peu fréquent qu'une mesure législative soit aussi irrationnelle avec son objet égalitaire que celle qui fut contestée dans l'affaire *Roberts*, il faut souhaiter que les tribunaux développeront un critère de contrôle plus sérieux de manière à ne pas laisser passer n'importe quelle mesure parce qu'elle a une justification égalitaire. Un programme améliorateur du type «accès à l'égalité» (ou «*affirmative action*»), tout en étant rationnel, peut en effet se révéler excessif et injuste. Il pourrait en être ainsi d'une politique réservant tous les nouveaux postes aux femmes dans un secteur traditionnellement occupé par les hommes jusqu'à ce qu'il y ait parité d'effectifs entre hommes et femmes. Si, par exemple, en raison du faible rythme de renouvellement du personnel dans le secteur en question, cela signifiait en pratique que les hommes en étaient totalement exclus pendant une génération, le programme améliorateur, rationnel par rapport à l'objectif de l'accès à l'égalité pour les femmes, serait néanmoins manifestement injuste à l'égard des hommes, voire à l'égard des membres des minorités raciales ou ethniques, puisqu'il forcerait en pratique le rejet de candidatures provenant de ces groupes défavorisés en raison du fait qu'elles ont été soumises par des hommes.

Aussi, le critère de l'«injustice flagrante» énoncé par le juge Watt dans l'arrêt ontarien *Willocks*²²⁹ paraît-il indiqué ici²³⁰. Il s'agit en effet d'un compromis intéressant entre, d'une part, la nécessaire marge de manœuvre qu'il convient de laisser aux gouvernements dans l'élaboration des politiques sociales et, d'autre part, le contrôle judiciaire tout aussi nécessaire des mesures disproportionnées et excessives qui seraient axées davantage sur l'exclusion d'un groupe que sur l'inclusion de tous et qui, par le fait même, déborderait de l'objet véritable de l'article 15 qui, rappe-

229. *R. c. Willocks*, (1995) 22 O.R. (3d) 552 (C. O. Div. Gén.): «What must be avoided is gross unfairness. [...] There must be some room left to establish and give effect to priorities amongst disadvantaged groups, provided there is no gross unfairness.» (p. 571) Il s'agissait dans cette affaire de la contestation par un groupe de Jamaïcains d'un programme de justice «alternative» destiné aux Autochtones. La Cour a jugé que le législateur avait le droit de choisir de venir en aide à un groupe défavorisé particulier dans un domaine donné en vertu du par. 15(2) dans la mesure où un tel programme n'était pas entaché par une injustice flagrante. En l'espèce, il ne l'était pas.

230. *Contra*: DRUMBL & CRAIG, note 216, pour qui ce critère «exceeds the proper scope of s. 15(2)» (p. 91); à noter toutefois que les auteurs adoptent le point de vue selon lequel le par. 15(2) fait exception au par. 15(1) et que cette exception doit recevoir la même interprétation que l'article premier avec son critère de proportionnalité en trois volets. Si cette approche avait été acceptée par la Cour suprême, il va sans dire que le par. 15(2) restreindrait considérablement la marge de manœuvre du législateur en matière de politique sociale.

lons-le, consiste en l'égalité réelle *des chances pour tous*²³¹. Il est heureux que le juge Iacobucci ait fait référence à ce critère dans *Lovelace*²³² même s'il ne l'a pas adopté formellement²³³. Il pourrait en effet s'avérer salulaire.

III- SYNTHÈSE ET STRATÉGIE ANTI-DÉRAPAGE

Deux grands dangers ne sont pas entièrement écartés par l'arrêt *Law* et nous guettent toujours en matière d'égalité: d'une part, l'incohérence ou la confusion conceptuelle et, d'autre part, ce qui est pire encore, l'adoption d'une notion d'égalité creuse qui ne remplit pas ses promesses en nous ramenant à la seule égalité formelle. Afin d'éviter les dérapages, une stratégie en trois points résume l'ensemble de l'analyse-critique que j'ai exposée jusqu'ici. À mon avis, les tribunaux peuvent réussir à garantir aux justiciables un droit à l'égalité des chances réelle et effective, ce que la Cour suprême du Canada elle-même semble désirer ardemment du reste, s'ils parviennent 1^o à bien cerner l'objet spécifique de l'article 15; 2^o à «connecter» directement les facteurs contextuels de discrimination sur cet objet spécifique; et 3^o à départager de façon réaliste le fardeau de preuve respectif de chacune des parties.

1. Cerner correctement l'objet spécifique de l'article 15

La Cour suprême a eu raison de reprendre le débat sur cet aspect fondamental des choses dans l'arrêt *Law*. Après avoir passé en revue sa jurisprudence depuis *Andrews*, elle en est toutefois venue à la conclusion que l'objet essentiel des droits à l'égalité consiste en la protection de la dignité humaine contre les préjugés, les stéréotypes et les désavantages et qu'aucune distinction de traitement ne peut en conséquence être jugée discriminatoire à

231. Que l'article 15 ait pour objet l'égalité des chances ne saurait faire de doute dans une démocratie libérale. À moins d'opter pour un régime marxiste ou d'économie planifiée par l'État, on imagine mal comment la loi, voire la Constitution, pourrait imposer l'égalisation des conditions et des biens ou services sans égard au mérite ou à la compétence. Voir P.G. POLYVIOU, *The Equal Protection of the Laws*, Londres, Duckworth, 1980, p. 11; E. GRIFFIN-COLLART, «L'évolution de la notion d'égalité: de l'utilitarisme classique à l'État-providence» dans L. INGBER (dir.), *L'égalité* (Travaux du Centre de philosophie du droit de l'ULB), vol. IV, Bruxelles, Bruylant, 1975, 352, p. 368; D. PROULX, «L'objet des droits...», note 17, p. 569 et s.

232. *Lovelace*, note 74, par. 98.

233. Le juge Iacobucci semble s'être abstenu d'adopter ce critère parce qu'il a été proposé dans le cadre d'une décision ayant adopté l'approche suivant laquelle le par. 15(2) constitue une exception pure et simple au par. 15(1).

moins d'entrer en conflit avec cet objet²³⁴. Comme Sheilah Martin a eu l'occasion de le souligner²³⁵, l'une des principales difficultés de cet objet, c'est son manque de spécificité. Si la dignité humaine fait indéniablement partie des objets visés par le droit à l'égalité, cette valeur ne caractérise pas le droit à l'égalité de manière à bien le distinguer des autres. Le respect de la dignité humaine constitue forcément l'objectif et le fondement de l'ensemble de la Charte canadienne comme de toute déclaration de droits fondamentaux. Voilà pourquoi la dignité, en soi, ne permet pas d'articuler une notion d'égalité réelle qui soit à la fois précise, effective et réaliste.

En faisant référence aux notions d'«égalité réelle» et de «discrimination réelle» depuis l'arrêt *Law*, la Cour suprême nous indique qu'elle partage la position de l'ensemble de la doctrine canadienne selon laquelle l'article 15 ne peut pas se résumer à la seule protection de l'égalité formelle²³⁶. Selon cette vision, on le sait, l'égalité consiste essentiellement dans le droit au même traitement pour tous à moins que, pour des motifs légitimes, il soit justifié de traiter une catégorie de gens différemment. La notion d'égalité formelle se traduit donc généralement par la protection contre les distinctions arbitraires ou injustifiées. Bien qu'essentielle en soi, cette notion d'égalité, qui se limite à l'examen des distinctions formelles que contient la loi et qui ne cherche pas au-delà des termes utilisés par le législateur l'effet ultime de la loi sur les groupes sociaux²³⁷, paraît toutefois nettement insuffisante. Elle ne fournit pas une arme constitutionnelle efficace contre la discri-

234. Voir p. 215-216 et 235 et s.

235. Voir: MARTIN, note 6, p. 328 à 330, qui expose de façon convaincante les maux liés à l'identification de la dignité comme objet de l'article 15, à savoir: l'imprécision, la malléabilité, l'absence de spécificité et le fait que cet objet appartient surtout à la tradition libérale axée sur les droits individuels et l'égalité formelle. J'ajouterais pour ma part la «circularité» ou la tautologie puisque, comme je l'ai signalé en p. 207, la position de la Cour suprême se trouve à définir la protection de la dignité humaine en matière d'égalité comme étant l'interdiction des distinctions contraires à la dignité humaine, l'objet de toute Charte des droits étant, il va sans dire, la protection de la dignité inhérente à chaque être humain.

236. Il existe bien sûr des auteurs qui continuent de favoriser une approche plus classique ou formelle de l'égalité. Pour un excellent texte récent à la défense de cette approche, voir D. M. BEATTY, note 45.

237. D. GRESHNER, note 6, p. 2: «But what does substantive equality mean? We know that formal equality means looking only at the words of the law itself to see if people are treated equally. By contrast, substantive equality is about the actual distribution of resources, opportunities and choices within a society. As Ronald Dworkin [*Sovereign Virtue* (2000)] has said, equality is about outcomes, not welfare or words»; J. BAKAN, note 17, p. 45 à 47.

mination car elle ne permet pas de lever les obstacles qui désavantagent injustement certains individus ou groupe d'individus et qui les empêchent de jouir concrètement des mêmes droits, services et avantages offerts à tous dans la société. Pire, l'égalité formelle peut même conduire à accentuer davantage les inégalités de fait, comme le rappelle le grand juriste français Jean Rivero dans ces passages marqués au coin de la lucidité:

D'ailleurs le jeu de la liberté qui permet à chacun, à partir des mêmes droits, de parvenir à des situations de fait différentes, pros- crit toute aspiration à une égalité concrète. [...] Aussi se dessine une société libérale, individualiste et concurrentielle, où chacun joue sa chance, à partir de la base des mêmes droits.²³⁸

Or, et c'est là où le bât blesse, l'égalité juridique purement formelle se justifie tout autant par le respect dû à chacun en raison de sa dignité intrinsèque et sa valeur inhérente que l'égalité réelle. La dignité humaine ne peut donc, à elle seule, constituer l'objet spécifique d'un droit à l'égalité réelle que la Cour suprême appelle de ses vœux. Cet objet se révèle par conséquent insuffisant, tout comme la notion d'égalité formelle. On sait que Dworkin s'est fait l'ardent promoteur de cette idée de dignité humaine afin de conceptualiser la notion d'égalité de manière à ce que les programmes d'accès à l'égalité (*affirmative action*) ne soient plus considérés comme des exceptions au principe d'égalité, mais comme des mesures elles-mêmes égalitaires, ce qui l'a amené à établir sa fameuse distinction entre le droit d'être traité également (l'égalité formelle) et le droit d'être traité en égal (l'égalité réelle)²³⁹. Bien qu'intéressante sur le plan philosophique, l'objet ou la valeur de la dignité n'aide cependant pas, en raison de son manque de spécificité, à cerner et à construire un droit à l'égalité réelle qui soit cohérent et surtout effectif dans le cadre de l'instrument juridique qui nous concerne, à savoir la *Charte canadienne des droits et libertés*.

238. J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., 1973, p. 60 et 61.

239. R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, note 30, p. 190: «We must distinguish between two different principles that take equality to be a political ideal. The first requires that the government treat all those in its charge *as equals*, that is, as entitled to its equal concern and respect [...] The second principle requires that the government treat all those in its charge *equally* [...] The first principle is more fundamental because [...] the first is constitutive and the second derivative. Sometimes treating people equally is the only way to treat them as equals; but sometimes not». Voir aussi du même auteur *Taking Rights Seriously*, note 30, p. 227 sur la correspondance aux besoins comme facteur d'égalité fondé sur la dignité, facteur repris par la Cour suprême du Canada, comme on le sait, dans l'arrêt *Law*.

Or, il appert que dans cette Charte, après avoir d'abord reconnu à tous et chacun quatre droits individuels à l'égalité, le Constituant a renchéri en y juxtaposant une interdiction de discrimination reliée à des caractéristiques personnelles énumérées non exhaustivement. Comme ces dernières permettent d'identifier autant de groupes sociaux, il semble raisonnable de postuler qu'il a voulu favoriser une notion d'égalité qui soit réelle et effective en ce sens qu'elle prend pleinement compte des inégalités sociales associées à l'appartenance à ces groupes. D'où l'insistance parfaitement justifiée de la Cour suprême dans l'arrêt *Law* sur l'impératif d'avoir recours à l'analyse contextuelle en matière d'égalité. Ainsi, en plus de servir à protéger toute personne, sur un plan individuel, contre les distinctions arbitraires, injustes, liées à des stéréotypes ou autrement contraires à sa dignité, la garantie d'égalité peut et doit avoir pour objet de garantir une plus grande justice sociale pour les groupes désavantagés. Cet objet spécifique permet à l'article 15 de combattre les exclusions et les inégalités sociales dont les groupes défavorisés font l'objet en encourageant les mesures destinées à mettre fin à leur mise à l'écart et à assurer leur intégration pleine et entière dans la société. Une telle notion d'égalité, qui tient compte de l'impact de la loi non seulement sur des individus, mais sur les groupes dont ils font partie, paraît nettement plus prometteuse que l'égalité juridique purement formelle qui a montré son incapacité à garantir une véritable égalité des chances comme l'a si justement exprimé Rivero.

Cette façon d'aborder l'égalité, axée sur les valeurs de justice sociale et d'équité pour les groupes plus particulièrement exposés à la discrimination, n'efface évidemment pas le fondement traditionnel de ce droit comme de tout droit fondamental, à savoir le respect dû à chaque personne en raison de l'existence d'une dignité inhérente à sa nature humaine. Toutefois, tout en embrassant l'idée de dignité, cette conception d'égalité réelle et effective de l'égalité la complète par un objectif plus précis et plus concret. En sorte que si l'article 15 vise certes à protéger la dignité de tous contre la discrimination, il cherche aussi à promouvoir plus de justice sociale, elle-même indispensable à la dignité humaine, par l'intégration dans la société des défavorisés et des exclus ou par l'amélioration de leurs conditions de vie. L'article 15 a donc une double fonction: protectrice (par l'interdiction des exclusions arbitraires et injustes) et réparatrice (par des mesures positives d'accommodement ou par la mise sur pied de programmes sociaux ciblés destinés à améliorer le sort des moins bien nantis).

Loin de faire violence à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada²⁴⁰, l'objectif réparateur de redressement des inégalités sociales ressort au contraire de ses arrêts sur l'article 15 depuis le début, avec l'arrêt *Andrews*²⁴¹ d'abord, puis dans les affaires récentes *Eaton* et *Eldridge*²⁴² où elle a insisté sur les valeurs d'intégration et de participation à part entière à la société pour les personnes handicapées. Enfin, cet objectif se conjugue tant avec les facteurs contextuels «disculpants» (l'adaptation aux besoins via l'accommodement et l'objet améliorateur des politiques sociales) élaborés dans *Law* qu'avec l'intégration du paragraphe 15(2) dans la norme générale du paragraphe 15(1) décidée avec raison dans l'arrêt *Lovelace* où la Cour suprême est venue consacrer cette perspective plus spécifiquement égalitaire de l'article 15.

À partir de cet objet plus précis qui consiste à tenir compte non seulement de la protection de la dignité abstraite contre les préjugés et stéréotypes, mais aussi des inégalités sociales concrètes afin de les redresser, de manière à garantir à tous l'égalité réelle des chances, il m'apparaît possible d'interpréter l'article 15 sans le confondre avec les autres droits et libertés ou avec l'article premier et ainsi d'éviter les dérapages que risque inévitablement d'entraîner l'analyse ambiguë que nous propose l'arrêt *Law*. Le principal risque d'accident étant, comme la doctrine récente l'a fait voir²⁴³, le retour en force du critère de la pertinence dans le cadre de l'article 15 ou, ce qui revient au même, de l'égalité juridique purement formelle (c'est-à-dire de l'interdiction des seules distinctions arbitraires ou injustifiées).

240. Voir: J.D.C. GALLOWAY, note 30 qui dégage, dès les premières années suivant *Andrews*, l'existence de trois modèles distincts d'égalité qu'il a appelés *the equal membership model*, le *social disadvantage model* et le *human dignity model*, à la Cour suprême. Voir aussi A. LAJOIE, M.-C. GÉRAIS, E. GÉLINEAU et R. JANDA, «La majorité marginalisée: le trajet des valeurs des femmes vers le forum judiciaire et leur intégration dans le discours de la Cour suprême», (2000) 34 *R.J.T.* 563-605, qui retracent les décisions où la Cour suprême entérine les valeurs d'égalité, de liberté, de justice, de dignité, de démocratie, entre autres.

241. C'est dans *Andrews*, note 3, p. 171 que la Cour a d'abord parlé de «l'aspect réparateur important» de l'article 15. Dans l'arrêt *Law*, note 5, par. 42, le juge Iacobucci interprète d'ailleurs *Andrews* comme suit: «[Le juge McIntyre] a expliqué [...] que cette disposition était une garantie contre le fléau de l'oppression et qu'elle était conçue pour remédier à la restriction inéquitable des possibilités, particulièrement en ce qui concerne les personnes et les groupes qui ont fait l'objet, au cours de l'histoire, de désavantages, de préjugés et de stéréotypes».

242. *Eaton*, note 40, par. 66 et *Eldridge*, note 41, par. 65 qui reprennent la même idée avec «l'objet d'amélioration» de l'article 15.

243. Voir les auteurs cités en note 6.

2. *Lier les facteurs contextuels à l'objet spécifique de l'article 15*

On sait que l'égalité passe parfois par un traitement différent, mais parfois aussi par l'application d'un même traitement pour tous²⁴⁴. La question à résoudre est donc toujours la même: comment savoir quand il faut traiter tout le monde de la même façon et quand il convient au contraire de traiter certaines personnes différemment pour respecter le droit à l'égalité? Pour faire face à ce dilemme éternel, la Cour suprême a indiqué avec raison dans l'arrêt *Law* qu'il faut recourir à l'analyse contextuelle dans chaque cas et elle a développé en conséquence un certain nombre de facteurs dont les tribunaux peuvent tenir compte. À mon avis, ce recours au contexte ne sera cependant efficace et cohérent que s'il est effectué en gardant constamment en tête l'objet égalitaire spécifique de l'article 15. Abordons la solution à notre problématique en commençant par l'hypothèse du droit à un traitement différent.

a) *L'égalité par l'application d'un traitement différent*

Dans la perspective de l'égalité réelle des chances dont l'objet spécifique est non pas simplement la protection générale de la dignité humaine, mais la lutte contre l'exclusion, la marginalisation et les inégalités sociales, une réponse claire au dilemme de l'égalité s'impose par elle-même: le droit à l'égalité est assuré par l'application d'un traitement *différent* si et seulement si une telle mesure contribue à combattre les inégalités et à réduire les exclusions et préjudices liés à un motif de discrimination énuméré ou analogue. Le traitement différent est donc non discriminatoire s'il est fondé sur des considérations *égalitaires*. Ainsi en est-il lorsque la différence de traitement consiste en un accommodement commandé par la nécessité d'éviter l'exclusion d'un groupe que provoquerait un traitement uniforme pour tous²⁴⁵ ou encore lorsqu'un programme social est mis sur pied dans le but de réduire les inégalités ou d'alléger le fardeau porté par un ou plusieurs groupes défavorisés dans la société²⁴⁶.

244. DWORKIN, note 239.

245. Comme dans *Eaton*, note 40, où le Conseil scolaire avait mis sur pied une classe spéciale pour que certains élèves handicapés puissent bénéficier pleinement de l'enseignement.

246. Comme dans *Law*, note 5 (programme d'aide financière tenant compte des difficultés vécues par les veufs et veuves âgés) ou dans *Granovsky*, note 76 (programme d'aide financière destiné à assurer un niveau de vie décent aux handicapés atteints d'une incapacité grave et permanente).

À l'opposé, si la loi traite un groupe visé par l'article 15 (favorisé ou non) différemment, soit en privant ceux qui en font partie d'un avantage consenti aux autres²⁴⁷, soit en leur imposant des obligations particulières²⁴⁸, parce que ce groupe est considéré à certains égards comme étant dans une situation différente des autres, cela constitue alors une mesure discriminatoire. Il en est ainsi parce que ce traitement distinct n'a rien à voir avec l'objectif spécifiquement égalitaire de l'article 15 dans la mesure où il n'est aucunement commandé par l'impératif de redresser des inégalités, d'éviter des préjudices ou des exclusions et d'intégrer les défavorisés dans la société. Si la loi porte préjudice directement ou indirectement à un individu ou à un groupe d'individus en fonction d'un motif de discrimination énuméré ou analogue, un droit effectif à l'égalité réelle ne peut que s'opposer à un tel traitement et celui-ci doit par conséquent être considéré comme discriminatoire.

Certes, le législateur peut avoir des raisons valides pour *justifier* une telle discrimination. L'article 15 n'est, pas davantage qu'un autre, un droit absolu. Toutefois, il devra à ce stade s'agir de considérations liées soit à des impératifs d'intérêt public (sécurité ou santé publique, gestion des coûts, efficacité administrative, etc.), soit au respect des droits et libertés des autres (vie privée, liberté de religion, etc.), toute considération qui, *n'étant pas proprement égalitaire*, devient une justification *externe aux objectifs spécifiques* de l'article 15 et doit impérativement être traitée dans le cadre de l'article premier de la Charte. Compte tenu des conséquences majeures des choix arrêtés en matière d'égalité sur le fardeau de preuve des parties, on ne saurait exagérer l'importance de la distinction à établir entre *justifications égalitaires internes* et *justifications externes d'intérêt public*. Cette distinction conceptuelle est absolument capitale parce qu'elle permet 1^o de clarifier la portée de la protection égalitaire de l'article 15 en la renforçant au profit des groupes défavorisés, 2^o de laisser au législateur une marge de manœuvre réaliste dans l'accomplissement de sa mission sociale et 3^o d'éviter la confusion entre les rôles respectifs des

247. Comme dans *Corbiere*, note 76 (exclusion des Indiens habitant à l'extérieur d'une réserve quant au droit de vote pour le Conseil de bande), dans *M. c. H.*, note 57 (exclusion des homosexuels de la protection générale contre la discrimination) et dans *Tétreault-Gadoury*, note 37 (exclusion des retraités des bénéfices de l'assurance- chômage).

248. Comme dans *Andrews*, note 3 (obligation faite aux résidents permanents d'obtenir la citoyenneté et d'attendre pendant trois ans pour devenir membres du Barreau d'une province).

articles 15 et premier qu'entraîne déjà le critère trop flou et trop général de l'atteinte à la dignité (une telle confusion, on le sait, risquant sérieusement de réintroduire le critère de la pertinence aux objectifs législatifs et, par là même, le concept formel de la distinction déraisonnable ou injustifiée pourtant clairement rejeté par la Cour suprême).

Les facteurs contextuels doivent donc être interprétés à la lumière de l'objet spécifique de l'article 15 plutôt qu'en fonction du critère impressionniste et non distinctif de l'atteinte à la dignité. Ainsi, si on reprend les facteurs «disculpants» énoncés par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law* en fonction de l'objet spécifique au droit à l'égalité réelle des chances, il est alors possible de les différencier clairement des questions de justifications d'intérêt public réservées à l'étape de l'analyse à effectuer en vertu de l'article premier. Comme le font voir les sources jurisprudentielles sur lesquelles le juge Iacobucci s'est appuyé pour développer ce facteur contextuel²⁴⁹, «la correspondance aux besoins» coïncide alors parfaitement avec l'obligation d'accommodement raisonnable et, en fait, gagnerait grandement à être reformulée en conséquence. Ce facteur vise donc à offrir un moyen de défense au gouvernement dans le cadre même de l'article 15 parce que l'application d'un traitement distinct ne peut pas être discriminatoire si, d'une part, il se révèle juridiquement requis pour éviter l'exclusion ou le préjudice qu'entraînerait l'uniformité de traitement à l'endroit d'un groupe défavorisé visé par l'article 15 et si, d'autre part, il «correspond aux besoins» des membres de ce groupe en étant rationnellement lié à la situation particulière de ces derniers.

Quant au facteur contextuel de «l'objet ou l'effet améliorateur», il devient, comme nous l'avons vu, un autre facteur «disculpant», c'est-à-dire une défense de non-discrimination interne à l'article 15 dans la mesure où la législation contestée met de l'avant des programmes sociaux ciblés destinés à réduire les inégalités sociales ou à améliorer l'égalité des chances de groupes défavorisés. Ici encore, le gouvernement n'a qu'à démontrer que la mesure sociale en question «correspond aux besoins particuliers» du ou des groupe(s) défavorisé(s) ciblé(s), critère de rationalité qui, pour favoriser l'accomplissement de la mission sociale de l'État, est certes moins rigoureux que celui de la proportionnalité

249. Soit les arrêts *Eaton*, note 40 et *Eldridge*, note 41.

de l'article premier, surtout lorsque celui-ci est appliqué de façon stricte²⁵⁰.

En l'absence de ces deux facteurs disculpants, il reste à vérifier le caractère discriminatoire d'une mesure à l'aide des facteurs contextuels «aggravants», soit l'appartenance à un groupe défavorisé et la nature du droit touché (c'est-à-dire l'effet préjudiciable). Si l'appartenance à un groupe défavorisé ne saurait être obligatoire dans la perspective d'un droit à l'égalité des chances reconnu à tous, l'effet préjudiciable, que ce soit sur le plan matériel (fardeaux, obligations, désavantages) ou sur le plan moral (loi fondée sur des stéréotypes ou renforçant ceux-ci), est certainement une condition *sine qua non* de la preuve exigée du demandeur. Par conséquent, dès lors qu'une mesure a pour effet, directement ou indirectement, de pénaliser ou d'exclure un individu ou un groupe en fonction d'un motif de discrimination énuméré ou analogue, elle ne peut, en l'absence d'objectifs proprement égalitaires, qu'être *présumée contraire à la dignité humaine* et en violation de l'article 15. Dès lors, toute justification reliée à l'intérêt public ou aux droits des autres devrait, sous peine de nous ramener au critère de la pertinence rejetée par la Cour suprême, être examinée dans le cadre de l'article premier qui conserve un rôle constitutionnel crucial.

En sorte que si la Cour avait respecté ce schéma analytique qu'elle a elle-même construit en vérité, elle aurait évité d'appliquer le critère de la «correspondance aux besoins» dans les affaires *Law*, *Granovsky* et *Lovelace*²⁵¹ puisqu'il n'y était aucunement question de la nécessité d'accommoder un groupe défavorisé dans le but d'éviter la discrimination provoquée par un traitement uniforme. Dans ces trois cas, il s'agissait de mesures sociales ciblées destinées spécifiquement à réduire les inégalités qui affligent des groupes défavorisés en raison de leur âge, de leur déficience ou de leur race. C'est donc le critère de «l'objet ou de l'effet améliorateur» lié au paragraphe 15(2) qui s'appliquait et qui exigeait la vérification, dans le cadre de l'article 15, de la rationalité du programme législatif en question eu égard à ses objectifs égalitaires.

Le respect du schéma analytique proposé par la Cour dans *Law* aurait en outre permis à cette dernière de s'abstenir de faire

250. L'application rigoureuse du critère de proportionnalité étant la norme en matière de discrimination comme nous l'avons vu, voir note 205.

251. Voir p. 252.

valoir des considérations d'intérêt public (réservées à l'article premier) pour évaluer la question de l'atteinte à la dignité (liée à l'article 15) dans les arrêts *Delisle*, *Lovelace*, *Little Sisters* et *Therrien*²⁵². Dans ces quatre derniers cas, les critères de dignité et de correspondance aux besoins d'un groupe n'ont servi en réalité, comme nous l'avons vu, que de succédanés au critère de pertinence à des objectifs *externes* d'intérêt public, lequel critère détourne complètement de son sens la protection contre la discrimination réelle et confond les rôles constitutionnels attribués à l'article premier et à l'article 15 en transformant celui-ci en disposition servant à établir l'équilibre approprié entre les intérêts individuels et les intérêts collectifs. Or, on le sait, une telle approche nous ramène en définitive à la conception formelle de l'égalité qui consiste en l'interdiction des seules distinctions déraisonnables, non pertinentes ou injustifiées.

Enfin, lorsque l'égalité réelle des chances se traduit par le droit à un traitement différent, il va de soi que la discrimination résulte d'abord et avant tout de l'application d'un traitement uniforme pour tous²⁵³. C'est l'application d'un même traitement qui cause de la discrimination parce que l'égalité réelle des chances suppose qu'il faut aller au-delà du texte de loi afin d'en vérifier les conséquences tangibles sur des groupes de personnes identifiables par les motifs énumérés ou analogues de l'article 15, notamment les groupes sociaux défavorisés.

b) L'égalité par l'application du même traitement

Quand, alors, le droit à l'égalité se traduit-il par le droit au même traitement pour tous? Si on interprète l'article 15 en fonction de son objectif spécifique, la réponse à cette question s'impose par elle-même: l'égalité réelle des chances consiste en l'application d'un *même traitement* pour tous lorsqu'un traitement différent n'est nullement requis pour éviter les exclusions et préjudices ni pour réduire les inégalités sociales²⁵⁴. En pareil cas, le droit à l'égalité, fondé tant sur la dignité que sur la justice, passe forcément par l'uniformité de traitement et la discrimination consiste alors simplement en l'imposition, de manière directe ou indirecte, d'un préjudice matériel ou moral envers un groupe identifiable de

252. Voir p. 257 à 260.

253. Comme dans *Eldridge*, note 41 (mêmes services assurés pour tous, sans considérer les besoins spéciaux des handicapés de l'ouïe).

254. Comme dans les arrêts suivants: *Andrews*, note 3; *Miron c. Trudel*, note 50; *Egan*, note 50; *Corbiere*, note 76; *Benner*, note 206; *Little Sisters*, note 76.

personnes sous les formes déjà décrites précédemment (exclusion, fardeaux, désavantages ou stéréotypes). Toute dérogation à l'égalité de traitement doit alors forcément être justifiée par l'État dans le cadre de l'article premier dont le rôle constitutionnel demeure irremplaçable.

3. Répartir le fardeau de preuve de façon réaliste et cohérente

D'un point de vue procédural, la charge de la preuve du demandeur devrait toujours se limiter, dans le cadre d'un droit réel et effectif à l'égalité, à l'établissement d'un préjudice matériel ou moral subi directement ou indirectement en raison d'une caractéristique énumérée à l'article 15 ou analogue. La preuve de l'appartenance à un groupe défavorisé (ou le facteur dit du désavantage pré-existant), non strictement nécessaire, doit également revenir au demandeur²⁵⁵. Exiger plus de celui-ci, comme le fait systématiquement la Cour suprême depuis l'arrêt *Law*, par l'imposition d'une preuve de préjugés ou de stéréotypes sous-jacents à la loi ou générés par celle-ci, ne peut avoir qu'un seul effet: réduire de façon indue l'effectivité de l'article 15. Dès lors que le demandeur a démontré qu'il est victime d'un préjudice matériel ou moral sérieux en fonction d'un motif énuméré ou analogue, les seules autres dimensions pertinentes ne peuvent avoir trait qu'à des justifications gouvernementales. Celles-ci seront d'ordre égalitaire et interne à l'article 15 ou elles seront d'intérêt public et externes à l'article 15, mais on ne peut demander à un demandeur de démontrer le caractère injustifié du préjudice ou de l'exclusion dont il est victime sans donner un coup fatal à la protection anti-discrimination de l'article 15 et sans sombrer dans la conception formelle de l'égalité par l'interdiction des distinctions injustifiées ou déraisonnables²⁵⁶.

255. Encore que, paradoxalement, il appartiendra au gouvernement d'établir que le demandeur ou que d'autres personnes font partie d'un groupe désavantagé lorsqu'il voudra faire valoir des objectifs égalitaires (p. ex. en matière de mesures d'accommodement et de programmes sociaux «améliorateurs»).

256. L'égalité formelle pourrait toutefois – et devrait selon moi – être reconnue, au moins à titre résiduel, pour garantir une protection générale contre les distinctions déraisonnables ou arbitraires de l'État. Une telle protection s'appliquerait lorsque la distinction de traitement n'est pas fondée sur un motif énuméré ou analogue, mais qu'elle est néanmoins injustifiée. Il reviendrait alors au demandeur de faire une telle preuve. Il appert toutefois que les droits à l'égalité, notamment le droit à l'égale protection de la loi, ont été absorbés par le droit à la non-discrimination et strictement limités aux motifs énumérés et analogues depuis l'arrêt *Andrews*. Voir p. 213 et J.D.C. GALLOWAY, note 30, p. 70.

Par ailleurs, on remarquera que le fardeau de preuve du gouvernement ne peut pas être le même selon qu'il invoque des justifications égalitaires internes à l'article 15 ou des justifications externes d'intérêt public. Dans le premier cas, il plaide qu'il agit dans le sens de l'égalité réelle et qu'il n'y a pas discrimination. Si tel est l'objet de la loi, il importe, dans le but de laisser au législateur la marge de manœuvre dont il a besoin pour exercer sa fonction sociale de redistribution des richesses et d'égalisation des chances, de ne pas lui imposer davantage, d'une manière générale, qu'une exigence de rationalité par rapport à ses objectifs égalitaires dans l'établissement des inclusions et exclusions prévues dans sa loi ou son programme «améliorateur». Cependant, comme nous l'avons vu, ce critère de rationalité pourrait exceptionnellement s'avérer insuffisant si, dans le cas d'un programme d'équité ou d'accès à l'égalité (de type «*affirmative action*»), une politique annihilait complètement toute égalité des chances pour ceux qui en sont exclus et constituait une injustice flagrante²⁵⁷.

En revanche, si le législateur n'a aucune visée égalitaire, il devra justifier sa distinction discriminatoire au sens de l'article 15 en vertu du critère de proportionnalité de l'article premier, lequel est nettement plus complexe et appliqué généralement de façon assez stricte en matière d'égalité. Ce sera notamment le cas lorsqu'une mesure gouvernementale porte préjudice à un groupe défavorisé. Le contrôle judiciaire effectué en vertu de l'article premier s'avérera alors des plus rigoureux par application sans compromis du critère de l'atteinte minimale²⁵⁸.

CONCLUSION

Outre qu'elle donne un contenu spécifique à l'article 15 et qu'elle permette d'en arriver à une conception réelle et effective du droit à l'égalité, l'interprétation proposée ici de l'arrêt *Law* présente l'avantage supplémentaire de concilier l'ensemble de la jurisprudence de la Cour suprême qui, depuis 1989, apparaît contradictoire. Par exemple si, dans l'arrêt *Andrews*, la Cour a jugé que la discrimination résultait de la seule exclusion fondée sur le motif analogue de la (non)-citoyenneté, c'est parce qu'en l'absence de justifications proprement égalitaires, l'égalité réelle et ses objectifs de dignité et de justice sociale passaient par l'application d'un même traitement pour tous les résidents permanents vou-

257. Voir p. 265-266.

258. Voir note 205.

lant accéder à la profession d'avocat en Colombie-Britannique. Toute justification d'intérêt public devait être jugée à l'aune de l'exigeant critère de proportionnalité de l'article premier. Il en fut ainsi dans l'ensemble de la jurisprudence qui a suivi, y compris dans les arrêts *Corbiere* et *M. c. H.* rendus après *Law*.

Par contre, si la Cour a conclu qu'un traitement différent fondé sur le sexe n'était pas contraire à l'article 15 dans les affaires *Hess* et *Weatherall*, c'est parce que dans ces deux cas l'application d'un traitement différent était requise pour éviter le préjudice qu'auraient subi les femmes si un traitement uniforme avait été appliqué aux deux sexes. En ne traitant pas les femmes différemment des hommes, celles-ci auraient subi un préjudice lié à leur sexe en n'étant pas protégées contre les grossesses précoces (*Hess*) ou contre les abus sexuels (*Weatherall*). Ces deux lois étaient conformes à l'article 15 parce qu'elles avaient pour but *égalitaire* d'éviter que les femmes soient injustement préjudiciées en raison de leur réalité tant biologique que sociologique. Dans l'arrêt *Eaton*, le traitement différent pour une élève handicapée fut jugé conforme à l'article 15 parce qu'il était requis pour assurer que cette élève puisse bénéficier en pleine égalité de l'enseignement offert, la preuve ayant été faite par le gouvernement que son intégration dans une classe ordinaire lui aurait nui dans ses apprentissages. De la même façon, les affaires *Law*, *Granovsky* et *Lovelace* ont pu être jugées conformes au droit à l'égalité réelle parce qu'elles concernaient des mesures législatives qui avaient pour objectif égalitaire d'améliorer les conditions sociales de groupes défavorisés et qui correspondaient aux besoins de ces derniers. Il en fut de même dans l'affaire *Winko* qui portait sur une disposition du Code criminel prévoyant une sanction différente pour les accusés ayant reçu un verdict de «non-responsabilité criminelle» en raison de leur état de santé mentale. Comme le législateur poursuivait un objectif égalitaire, à savoir éviter qu'un traitement uniforme ne porte préjudice à un groupe défavorisé par la déficience mentale, et comme le traitement prévu par la loi correspondait aux besoins du groupe visé, la Cour suprême a jugé à bon droit que le Code ne portait pas atteinte à l'article 15 de la Charte.

On peut commettre plusieurs erreurs dans le labyrinthe complexe de l'égalité. Souhaitons toutefois que soit évité le pire, c'est-à-dire le retour à l'égalité juridique purement formelle par l'intégration du critère de la pertinence dans l'analyse d'une viola-

tion de l'article 15 via l'élément flou de l'atteinte à la dignité. Il appartient au plus haut tribunal, dont la majorité des membres est certainement désireuse d'éviter un tel désastre appréhendé par la doctrine récente, de faire en sorte que le droit à l'égalité réelle et effective des chances pour tous garanti par l'article 15 ne s'avère pas, en définitive, un leurre.

CHRONIQUES

DROIT FAMILIAL

Renée JOYAL¹ et Anne QUÉNIART²

La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question

Le présent texte fait état des résultats d'une recherche menée auprès de la Cour supérieure du Québec et de ses juges afin de mieux connaître les perceptions et les pratiques relatives à l'usage de l'expertise, du témoignage de l'enfant et de la représentation de celui-ci par un avocat en matière de garde contestée. D'autres aspects reliés à la garde d'enfants de parents séparés ou divorcés ont également été abordés. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient d'abord d'en présenter le contexte.

L'essor de la notion de droits de l'enfant aura marqué le XX^e siècle. Qu'il suffise de rappeler les *Déclaration(s) des droits de l'enfant* de 1924, de 1948 et de 1959, instruments à portée morale exclusivement, mais qui n'en témoignent pas moins d'une volonté universelle de donner de

nouvelles bases aux rapports des enfants non seulement avec leurs parents, mais avec la société et l'État. L'évolution qu'a connue le Québec à cet égard ressemble, dans ses grandes lignes, à celle qui a eu cours dans l'ensemble des pays occidentaux.

C'est à la fin du XIX^e siècle qu'apparaissent les premières lois visant spécifiquement les enfants: d'abord lois destinées à contrer certains problèmes de vagabondage et de petite délinquance perçus comme menaçants pour l'ordre public dans les agglomérations urbaines importantes que sont devenues Montréal et Québec³; puis, lois visant à atténuer les abus les plus criants suscités par le développement du machinisme industriel et à tenir si possible les très jeunes enfants éloignés des manufactures⁴.

1. Avocate, professeure à la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM.
2. Sociologue, professeure au Département de Sociologie de l'UQAM.
3. *Acte pour accélérer le procès et la punition des jeunes délinquants*, S.C. 1857, c. 29; *Acte pour établir des prisons pour les jeunes délinquants*, S.C. 1857, c. 28; S.C. 1859, c. 88; *Acte concernant les écoles d'industrie*, S.Q. 1869, c. 17; *Acte concernant les écoles de réforme*, S.Q. 1869, c. 18.
4. *Acte des manufactures*, S.Q. 1885, c. 32; *Loi des établissements industriels et commerciaux*, S.Q. 1934, c. 55.

Cette préoccupation se manifeste et s'affine au fil d'une certaine jurisprudence relative à la garde d'enfants. Plutôt que de s'appuyer sur des critères d'application quasi automatique, comme cela se faisait à l'origine⁵, les juges du XX^e siècle se penchent progressivement sur la situation de l'enfant lui-même dont ils recherchent l'«avantage», le «bien-être», l'«intérêt»⁶. Cette dernière notion fera florès et deviendra la référence obligée de toute intervention publique dans le domaine de l'enfance, qu'il s'agisse de législation ou d'arbitrage judiciaire.

Toutefois, à partir des années soixante, le concept d'intérêt de l'enfant fera l'objet de vives critiques en raison de son caractère potentiellement arbitraire et ses détracteurs voudront y substituer la notion supposément plus objective de droits⁷, illustrée par les instruments internationaux mentionnés plus haut et par l'adoption de la *Déclaration*

universelle des droits de l'homme en 1948.

Quoi qu'il en soit, les deux notions d'intérêt et de droits de l'enfant devront cohabiter, à la fois dans le *Code civil*⁸ et dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁹. Il est également un concept qui a connu un développement rapide au Québec, et c'est celui du droit de l'enfant d'être entendu dans le cadre de la prise de décisions le concernant. Le législateur québécois n'a pas attendu l'adoption de la *Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁰ des Nations-Unies (1989) pour insérer, tant dans le *Code civil* (1980) que dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* (1977), des dispositions favorisant l'exercice de ce droit. Cette convention prévoit, à son article 12, que «les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en

5. Renée JOYAL, «La garde partagée», *Le droit de la famille au Canada: nouvelles orientations* (Elisabeth Sloss, dir.), Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1985, p. 116-117.
6. Voir, à ce sujet, Renée JOYAL, «La notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Sa place dans la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant», (1991) 62 *Revue internationale de droit pénal* 785.
7. On se rappellera à cet égard, que, dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* de 1977, la notion d'intérêt de l'enfant, sans disparaître totalement, perd sa position dominante au profit de celle de droits de l'enfant: Renée JOYAL et Mario PROVOST, «La Loi sur la protection de la jeunesse de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur», *Entre surveillance et compassion. L'évolution de la protection de la jeunesse au Québec. Des origines à nos jours* (Renée Joyal, dir.), Québec, Presses de l'Université du Québec, 2000, p. 191.
8. Depuis la réforme de 1980, celui-ci prévoit que l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.
9. Les droits de l'enfant occupent toujours une place prépondérante dans le texte législatif, mais on y a réintroduit la notion d'intérêt de l'enfant comme principe général en 1984.
10. Cette convention est reproduite dans Jean-François Boulais, *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*, 4^e éd., Montréal, SOQUIJ, 1999, p. 489.

considération eu égard à son âge et à son degré de maturité (et qu') à cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale».

En matière de garde contestée notamment, la recherche de l'intérêt de l'enfant et du respect de ses droits a suscité le développement de trois dispositifs destinés à faire valoir le point de vue de l'enfant: ce sont l'expertise psychologique ou psychosociale, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat. L'usage de ces divers dispositifs pose des questions qui vont bien au-delà de la formulation de règles juridiques. Comme plus de 85 % des décisions prises en matière familiale le sont, semble-t-il, de consentement¹¹, on peut formuler l'hypothèse qu'on utilise ces dispositifs surtout dans des cas complexes, lorsque le conflit père-mère est aigu ou la situation familiale particulièrement difficile. C'est pour éclairer cette problématique

tant des points de vue de la psychologie et de la sociologie que de celui du droit que nous avons entrepris une vaste recherche¹² qui nous a amenés à étudier un certain nombre de dossiers judiciaires et à recueillir le point de vue des principaux acteurs (avocats, experts, juges) concernés par le sujet. C'est le point de vue d'un certain nombre de juges que nous présentons dans le cadre de cet article. Ceux-ci expriment leurs opinions et perceptions tant sur l'usage des dispositifs mentionnés plus haut que sur d'autres aspects intéressants de l'arbitrage judiciaire en matière de garde contestée.

1. Méthodologie

Peu de recherches ont tenté d'analyser la place qu'occupent dans le processus judiciaire¹³ l'expertise psychologique ou psychosociale, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat, d'en évaluer les avantages et les inconvénients et de suggérer des balises susceptibles d'éviter les écueils et de faire en sorte que le recours à ces dispositifs favorise réellement le respect des droits et de l'intérêt de l'enfant qui est leur objectif commun. D'où l'intérêt de l'étude globale et inter-

11. Voir, à ce sujet, Barreau du Québec, *Mémoire sur la médiation préalable obligatoire* (P.L. 65), Montréal, 1997, p. 17 et 24.

12. Cette recherche est subventionnée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Les chercheurs sont: Renée Joyal (dir.), Anne Quéniart et Hubert VanGijseghem (Psychoéducation, Université de Montréal). Les assistantes sont: M^e Myriam Desmarchais et Me Suzanne Jobin.

13. Plusieurs travaux ont soulevé des questions importantes ou fait état d'observations de première main quant à l'un ou à l'autre des dispositifs, mais aucune étude n'a porté sur l'ensemble de la question. Mentionnons, entre autres: Hubert Van GIJSEGHEM (dir.), *Us et abus de la mise en mots en matière d'abus sexuels*, Montréal, Éditions du Méridien, 1999; Nicole ROY, Louis GÉLINAS et Bartha M. KNOPPERS, «Étude empirique du processus d'expertise en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection de la jeunesse», (1994) 26 *Revue de droit d'Ottawa* 579.

disciplinaire que nous avons entreprise.

Après avoir étudié un échantillon de dossiers judiciaires de divorce afin notamment d'évaluer la fréquence d'utilisation des dispositifs visés, nous avons commencé à recueillir les perceptions et les opinions de groupes de personnes¹⁴ que leurs fonctions amènent à intervenir activement dans le processus de décision en matière de garde contestée. Les points de vue des juges, que nous sommes en mesure de présenter à cette étape, ont été recueillis à l'aide d'un questionnaire et d'interviews.

Nous avons d'abord élaboré un questionnaire semi-ouvert comportant trente-quatre questions, auquel quarante-six juges de la Cour supérieure (sur une possibilité de cent quatre-vingts) ont accepté de répondre, soit trente-sept hommes et neuf femmes, dont l'âge moyen était de cinquante-neuf ans et qui provenaient de divers districts judiciaires du Québec. Ce questionnaire a été administré à l'hiver 1998. Par la suite, nous avons mené des entrevues auprès de dix juges du district judiciaire de Montréal, dont trois femmes et sept hommes, qui avaient répondu au questionnaire et s'étaient déclarés disponibles pour une entrevue¹⁵. Les entrevues ont eu lieu à l'hiver 2000. Plusieurs thèmes ont été abordés, dont les

perceptions des juges concernant la place de l'enfant dans les dispositifs visés, les forces et les faiblesses de chacun de ceux-ci, l'importance à donner à diverses variables dans le processus de décision, l'opportunité d'activités ou de programmes de formation particuliers, le rôle des juges dans ce type de litiges.

2. Les dispositifs de prise en compte du point de vue de l'enfant

Tant dans le cadre du questionnaire que lors des entrevues, chaque dispositif a fait l'objet de nombreuses questions. Les réponses obtenues laissent voir des convergences assez fortes sur certains points, alors que, sur d'autres, les points de vue sont nettement plus partagés. Enfin, il arrive qu'il y ait des nuances, voire des différences importantes, entre les réponses obtenues dans le cadre du questionnaire et celles qui ressortent des entrevues.

2.1 L'expertise psychologique ou psychosociale

De l'avis de tous les acteurs concernés, l'expertise est, parmi les trois dispositifs étudiés, celui qui est le plus fréquemment utilisé dans les litiges de garde. Nos recherches confirment cette perception, puisque, dans le cadre de notre étude de trois cents dossiers

14. Au moment d'écrire ce texte, nous avons rencontré des juges et des avocats. Les données concernant les avocats sont en voie de compilation et d'analyse. Nous interviewerons des experts sous peu.

15. Nous remercions vivement tous les juges qui ont répondu au questionnaire et nous ont accordé des entrevues. Nous sommes particulièrement redevables à Mesdames les juges Ginette Piché et Nicole Bénard, responsables de la Chambre de la famille pour le district judiciaire de Montréal, qui ont grandement facilité nos démarches auprès des juges.

judiciaires de divorce (impliquant des enfants) ouverts entre 1995 et 1998 dans le district judiciaire de Montréal, nous avons retracé trente-huit dossiers faisant état d'au moins une expertise. Le pourcentage obtenu (12,5 %)¹⁶ est supérieur à ceux obtenus pour le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat, comme nous le verrons plus loin.

En réponse à notre questionnaire, une large majorité (87 %) de juges affirme que les expertises leur permettent de rendre une décision plus éclairée, alors que 9 % seulement sont en désaccord avec cette affirmation. Lors des entrevues, neuf juges sur dix ont affirmé que celles-ci leur apportent un éclairage, des informations sur la vie de l'enfant, sur son contexte familial et social qu'autrement ils n'auraient pas.

Un très fort pourcentage de juges (87 %) considère que les expertises sont d'une qualité scientifique suffisante. Par ailleurs, lors des entrevues, la moitié seulement des juges interviewés se sont dits d'accord avec cette affirmation, l'autre moitié affirmant que la qualité des expertises dépend beaucoup de la personne qui les effectue, et qu'en général les expertises émanant d'une personne à l'emploi du Service d'expertise de

la Cour sont de meilleure qualité que celles provenant d'une personne du secteur privé. Un des juges interviewés exprime des réserves sur le caractère scientifique des expertises, en raison du rattachement de celles-ci aux sciences sociales. Trois juges mettent en doute la fiabilité des expertises lorsque l'expert ne fait que rapporter ce que le parent qui a retenu ses services lui a dit. Trois juges évoquent la faiblesse scientifique de certaines expertises, deux expertises pouvant, par exemple, être contradictoires quant à leur interprétation des faits. Deux juges déplorent plutôt les coûts et les problèmes d'accessibilité reliés à l'expertise, de même que la longueur des débats qu'elles entraînent.

À la question de savoir s'il est souhaitable de limiter le nombre d'expertises en matière de garde et de droits d'accès, 67 % des juges répondent par l'affirmative, alors que 31 % ne sont pas de cet avis. Ces dernières années, plusieurs auteurs ont soulevé la question des effets de l'expertise sur l'enfant, particulièrement lorsque celui-ci est soumis à de multiples expertises dans un court laps de temps. Ils se sont demandé s'il n'y a pas là une forme d'abus contraire aux objectifs poursuivis¹⁷. La plupart des juges interviewés dans le cadre

16. Une recherche effectuée il y a huit ans, sur un échantillon plus vaste que le nôtre, a retracé des expertises dans environ 3 % des dossiers: Roy, Gélinas et Knoppers, *loc. cit.*, note 13, p. 579.

17. Voir, à ce sujet: H. Van GIJSEGHEM, «Les causes de divorce ou de droits d'accès comme contexte de la fausse allégation d'abus sexuel», *L'enfant mis à nu. L'allégation d'abus sexuels. La recherche de la vérité* (H. Van Gijseghem, dir.), Montréal, Éditions du Méridien, 1992, p. 123; J.C. YUILLE, «L'entrevue de l'enfant dans un contexte d'investigation et l'évaluation systématique de sa déclaration», *L'enfant mis à nu* (H. Van Gijseghem, dir.), *op. cit.*, p. 87; P. LAMONTAGNE, «La théorie des interactions circulaires intrafamiliales

de notre recherche disent avoir eu connaissance de cas d'expertises multiples. Deux d'entre eux expriment une opinion positive à ce sujet, estimant que des expertises nombreuses donnent un éclairage plus complet sur une situation. Tous les autres expriment leur désaccord ou leur inquiétude à ce propos. Selon eux, les expertises multiples sont traumatisantes pour les enfants et cachent souvent un problème entre les parents ou entre ceux-ci et leurs avocats.

Plusieurs auteurs ou responsables judiciaires ont souhaité ces dernières années qu'il n'y ait qu'une seule expertise en matière de garde d'enfants, à la condition que les parties puissent en contester les conclusions et contre-interroger l'expert. D'autres seraient plutôt partisans d'une seule expertise et d'une seule contre-expertise. Enfin, d'autres estiment que les expertises en matière de garde devraient idéalement être faites de consentement, à défaut de quoi il n'y aurait qu'une expertise par partie¹⁸.

Parmi les juges que nous avons interviewés, sept juges sont favorables à l'expertise unique, mais à certaines conditions: par exemple, que le juge puisse ordonner une seconde expertise si la première présente des failles, s'il en est insatisfait, ou encore s'il y a des problèmes particuliers dans ce dossier – violence, abus sexuels,

problèmes de santé mentale... Deux juges se prononcent contre l'expertise unique, sauf si les parties s'entendent sur le choix de l'expert, mais, même dans ce cas, ils ne seraient pas prêts à en faire une règle contraignante. On constate donc la volonté très nette des juges d'éviter les abus en matière d'expertise tout comme leurs réticences à appuyer l'idée de l'expertise unique non assortie de certaines garanties. Il est à noter que 91 % des juges ayant répondu au questionnaire tiennent à ce que la demande d'expertise puisse émaner tant des parties que du tribunal.

Devrait-il y avoir un cadre de référence uniforme pour les expertises en matière de garde et de droits d'accès? En réponse à notre questionnaire, seulement 31 % des juges répondent par l'affirmative, alors que 65 % croient que non. Chez les juges interviewés, ces pourcentages sont inversés, mais des nuances sont apportées aux divers points de vue: six répondent par l'affirmative, mais ne veulent pas que ce cadre devienne un carcan. Ils trouveraient plus opportun de mieux préciser l'information souhaitée par le juge ou de donner une certaine uniformité de structure au rapport d'expertise; par contre, quatre juges répondent carrément par la négative et considèrent que les juges n'ont pas la compétence nécessaire pour dicter aux experts ce qu'ils doivent faire.

comme schéma de compréhension de la fausse allégation d'abus sexuel», *L'enfant mis à nu* (H. Van Gijsegheem, dir.), *op. cit.*, p. 159.

18. Voir, à ce sujet, les auteurs et textes cités dans: Renée JOYAL, «L'enfant dont la garde est contestée: sa place dans le processus de décision», (1996) 37 *Les Cahiers de Droit* 51.

Aucun des juges interviewés ne semble donc en faveur d'un cadre strict.

Quelques juges mentionnent les circonstances dans lesquelles ils estiment qu'une expertise doit être faite. Celles qui reviennent le plus souvent sont: déménagement d'un parent, conflit aigu entre les parents ou entre le-s parent-s et l'enfant, preuve insatisfaisante, abus sexuels, violence, alcoolisme, toxicomanie, incompétence parentale, problèmes psychologiques importants chez les parents ou l'un d'eux.

2.2 *Le témoignage de l'enfant*

Le *Code civil du Québec* prévoit que «le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent» (art. 34). L'enfant peut témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle ou il peut être admis à témoigner sans ces formalités si le tribunal estime qu'il peut rapporter les faits dont il a eu connaissance et qu'il comprend le devoir de dire la vérité (art. 2844). La *Loi sur la preuve au Canada*¹⁹ contient des dispositions analogues. Par ailleurs, le *Code de procédure civile* favorise le témoignage de l'enfant en permettant que celui-ci soit reçu en chambre ou même exceptionnellement à l'endroit où l'enfant réside (art. 394.4 et 394.5).

Ces dispositions traduisent le droit de l'enfant d'être entendu, droit reconnu à l'article 12 de la

Convention relative aux droits de l'enfant des Nations-Unies, dont nous avons fait mention plus haut. Ce droit est toutefois assorti d'une contre-partie: l'enfant apte à témoigner pourra être contraint de le faire. De l'avis des juges et des avocats rencontrés, un nombre relativement important d'enfants témoignent dans le cadre de litiges de garde. Sur les trois cents dossiers judiciaires examinés, nous en avons trouvé dix-huit comportant au moins un témoignage d'enfant.

Est-il toujours souhaitable, voire conforme à son intérêt et à ses droits, que l'enfant soit entendu comme témoin dans un litige opposant son père et sa mère? C'est la question que nous avons voulu explorer avec les juges.

En réponse à notre questionnaire, 77 % des juges estiment que les règles juridiques entourant le témoignage de l'enfant sont appropriées, alors que 19 % affirment le contraire. Accessoirement, 76 % des juges sont d'avis que les règles actuelles leur permettent d'intervenir pour interdire des questions ou des techniques d'interrogatoire possiblement préjudiciables à l'enfant, alors que 24 % sont en désaccord avec cette affirmation.

Toutefois, plus de quatre juges sur cinq (83 %) sont d'avis que l'enfant apte à témoigner devrait parfois être dispensé de le faire. Quelques juges ont mentionné les circonstances dans lesquelles une telle dispense devrait être accordée: il devrait en être ainsi notamment lorsque l'enfant est déjà traumatisé par la situation,

19. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5.

qu'il refuse de témoigner ou qu'il est manipulé par ses parents ou l'un d'eux. De plus, certains considèrent que le témoignage de l'enfant n'est pas nécessaire ni même utile lorsqu'une expertise a été faite ou que l'enfant est représenté par un avocat, à moins que lui-même ou elle-même n'insiste pour témoigner.

Il est à noter que 70 % des juges estiment que les modalités d'audition des enfants sont satisfaisantes. Ce pourcentage demeure stable lorsque la même question leur est posée dans l'optique du développement et du bien-être de l'enfant; toutefois, ce pourcentage baisse à 59 % quand cette question leur est posée dans la perspective des droits des parties. Quelques juges soulèvent explicitement la difficulté de concilier l'intérêt de l'enfant et les droits des parties, lorsque l'enfant est entendu en chambre hors la présence de celles-ci.

Constatant la complexité de la question, nous avons voulu l'approfondir dans le cadre de nos entrevues. Pour six juges sur dix, le fait de recevoir le témoignage de l'enfant en chambre pose problème. Ils s'inquiètent de la transparence de l'audition, vu l'absence fréquente d'enregistrement, et regrettent la renonciation à leurs droits d'appel que les parties se trouvent à faire. Un juge souligne que cette pratique véhicule «une

vision patriarcale, archaïque du juge comme super père, pater familias». Pour les quatre autres juges, toutefois, le fait d'entendre l'enfant en chambre n'est pas problématique puisque, disent-ils, l'on ne force personne à procéder ainsi, que les parties renoncent elles-mêmes à être présentes et que l'enfant s'exprime plus facilement dans ce contexte. La question n'est donc pas close.

Quant à l'opportunité que le juge intervienne dans le débat en salle d'audience, tous les juges interviewés y sont favorables, plusieurs précisant même que ce sont eux qui prennent charge de l'interrogatoire lorsque des enfants sont entendus comme témoins. D'autres mentionnent qu'ils interviennent si les avocats sont trop familiers avec l'enfant ou s'ils posent des questions sur les conduites des parents ou sur les sentiments de l'enfant à l'égard de ceux-ci.

2.3 La représentation de l'enfant par un avocat

Toute personne, y compris l'enfant, a le droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal, énonce l'article 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁰ du Québec. Ce droit est souvent présenté, dans le cas des enfants, comme un corollaire du droit d'être entendu²¹. Les enfants pouvant

20. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

21. Voir, à ce sujet: Barreau du Québec, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, Barreau du Québec, 1995, p. 13. Ce document relie le droit de l'enfant à la représentation par un avocat au droit d'être entendu de l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations-Unies. Toutefois, cet article ne définit pas ce droit comme comportant nécessairement celui d'être représenté par un avocat, mais indique qu'il peut se traduire, entre autres, par une telle représentation.

rarement, en raison de leur âge et de leur situation sociale, retenir par leurs propres moyens les services d'un avocat, la mise en œuvre de ce droit doit être favorisée par des dispositions et des mesures particulières. À cet égard, l'article 394.1 du *Code de procédure civile* prévoit que le tribunal qui constate que l'intérêt d'une personne mineure est en jeu et qu'il faut pour en assurer la sauvegarde que celle-ci soit représentée, peut, même d'office, prendre diverses mesures afin d'assurer cette représentation, notamment ajourner l'instruction afin qu'un procureur puisse être constitué, statuer sur la fixation des honoraires payables à ce procureur et déterminer à qui en incombera le paiement²².

On sait que la grande majorité des enfants sont représentés par un avocat en matière de protection de la jeunesse et de jeunes contrevenants: la nature de ces litiges et certaines pratiques qui se sont développées dans ces domaines y favorisent en effet cette représentation; il n'en va toutefois pas de même en matière de garde con-

testée, bien qu'on y observe une présence accrue de procureurs de l'enfant au cours des dernières années. Parmi les trois cents dossiers judiciaires de garde que nous avons examinés, nous en avons trouvé neuf où au moins un enfant était représenté par un avocat.

Quant à l'opportunité pour l'enfant d'être représenté par un avocat, les auteurs sont loin d'être unanimes. Ceux qui y sont favorables se fondent sur le droit de l'enfant d'être entendu et de faire valoir son propre point de vue, ou encore y voient un moyen de protection de l'enfant contre des tentatives de manipulation parentale ou des décisions judiciaires arbitraires²³. Par ailleurs, bon nombre d'auteurs y associent divers inconvénients, tels délais et frais accrus, coûts émotifs parfois élevés, atteintes possibles à la dynamique familiale déjà mise à mal par la séparation ou le divorce, et estiment donc qu'avant de désigner un procureur à l'enfant, il faut voir si celui-ci est susceptible d'en retirer un avantage tangible²⁴.

22. En vertu de la *Loi sur l'aide juridique* (L.R.Q., c. A-14), la Commission des services juridiques applique à l'égard des personnes mineures des critères assez larges d'accessibilité en matière de protection de la jeunesse et de jeunes contrevenants. Toutefois, en matière de garde, les critères utilisés sont plus restrictifs: ainsi, sauf si l'intérêt supérieur de la Justice le commande ou si l'enfant, de sa propre initiative, requiert les services d'un procureur, l'enfant n'est admissible à l'aide juridique que si ses parents le sont eux-mêmes.

23. C. BERNARD, R. WARD et B.M. KNOPPERS, «Best Interest of the Child Explored: A Portrait of Quebec Custody and Protection Law», (1992) 11 *Can. J. Fam. Law* 127, p. 48-49.

24. Voir, à ce sujet: les propos de H. Van Gijseghem, rapportés dans Barreau du Québec, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, 1995, p. 8, note 31; L. GAUTHIER, «Considérations à l'usage exclusif des penseurs du rôle de l'avocat de l'enfant», document inédit présenté en décembre 1992 devant le Comité du Barreau du Québec sur la représentation des enfants par un avocat; M.M. BERNSETEIN, «Towards a New Approach to Child Representation: How Less is More in Child Welfare Proceedings», (1994) 10 *Canadian Family Law Quarterly* 187, p. 188-189.

En réponse à notre questionnaire, la très grande majorité des juges ont exprimé un point de vue nuancé à cet égard: seulement 9 % des juges ont estimé que les enfants dont la garde est contestée devraient toujours être représentés par un avocat, alors que 87 % ont émis l'opinion qu'ils ne devraient l'être que dans certains cas. Parmi ces cas, ceux qui reviennent le plus souvent sont les suivants: la sécurité de l'enfant est en jeu, l'enfant est manipulé ou victime d'abus physiques ou sexuels, l'enfant est sous la protection de la Cour ou du DPJ, l'enfant est pris en otage, la capacité parentale est faible ou nulle, le conflit parental est aigu, l'enfant demande à être représenté. Les dix juges rencontrés en entrevue s'expriment à peu de chose près dans le même sens. Certains sont un peu plus favorables que d'autres à la représentation de l'enfant par un avocat dans les situations de garde litigieuse et avancent l'idée que cette pratique est souhaitable dans tous les cas où l'enfant peut s'exprimer et a quelque chose à dire; cependant, tous sont réticents à en faire un automatisme. Aux situations mentionnées plus haut justifiant la représentation de l'enfant par un avocat, certains ajoutent les cas de déménagement du parent gardien ou d'usage de drogues par les parents.

Dans le cadre de notre questionnaire, nous avons voulu connaître les perceptions des juges quant au rôle de l'avocat, selon que celui-ci représente un enfant capable ou incapable de lui donner un mandat précis. Dans ce dernier cas, une majorité de juges consi-

dère que le rôle de l'avocat consiste à s'assurer que toutes les règles de droit soient respectées (65 %), voir à ce que le tribunal dispose d'expertises suffisantes (65 %), donner son point de vue sur ce qu'il pense être l'intérêt de l'enfant (87 %), faire valoir l'intérêt de l'enfant sur la base de la preuve présentée (74 %), communiquer avec l'expert ou les experts au dossier et collaborer à l'exécution de leur mandat (74 %).

Sur la question précise de savoir si l'avocat qui représente un enfant incapable de lui donner un mandat doit donner son point de vue sur l'intérêt de l'enfant, les réponses obtenues en entrevue diffèrent très nettement des résultats provenant du questionnaire. La plupart des dix juges rencontrés considèrent qu'il n'appartient pas à l'avocat de déterminer l'intérêt de l'enfant et que c'est au tribunal que revient cette responsabilité, l'avocat devant s'en tenir à faire ressortir les faits. Quelques juges sont toutefois d'un avis différent: tout en faisant remarquer que l'avocat qui se prononce sur l'intérêt de l'enfant devient en quelque sorte un témoin, ils estiment qu'il est difficile pour l'avocat d'agir autrement en l'absence d'instructions de l'enfant. Certains vont même jusqu'à dire qu'il est utile d'avoir le point de vue de l'avocat et se demandent pourquoi l'enfant incapable de donner un mandat serait représenté par un avocat si celui-ci ne peut exprimer son point de vue devant le tribunal.

Finalement, lorsque l'enfant qu'il représente est capable de lui donner un mandat précis, 26 % des

juges qui ont répondu à notre questionnaire considèrent qu'il doit représenter celui-ci comme tout autre client, alors que 67 % estiment qu'il doit le représenter d'une manière particulière, par exemple, en tentant de faire la part des choses entre l'intérêt et les désirs de l'enfant. Le rôle de conseiller de l'avocat qui représente un enfant leur semble primordial. Les juges rencontrés en entrevue se prononcent très majoritairement dans ce sens. Quelques-uns soulignent à quel point la question est délicate et nuancent leur point de vue en fonction de l'âge des enfants.

3. Autres aspects des décisions en matière de garde contestée

Parmi les autres aspects explorés dans le cadre de notre questionnaire et de nos entrevues, ceux portant sur les critères d'attribution de la garde, l'opportunité d'ordonner la garde partagée et le rôle des juges en matière de litiges de garde nous sont apparus particulièrement intéressants. Voici un aperçu de nos résultats à cet égard.

3.1 Les critères généraux de décision

Sur quels critères les juges s'appuient-ils pour rendre une décision en matière de garde? Les balises fixées par le législateur sont, à cet égard, particulièrement larges, le grand principe étant, autant dans le *Code civil* que dans la *Loi sur le divorce*, le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant. L'article 33 du *Code civil* précise que doivent être pris en considération, «outre les besoins moraux,

intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation». Quant à la *Loi sur le divorce* (art. 16, par. 8, 9 et 10), elle ajoute que la conduite antérieure d'un parent ne doit pas influencer la décision, sauf si elle est liée à l'aptitude de cette personne à agir comme père ou mère; elle énonce également le principe «selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt» et, à cette fin, elle invite le tribunal à tenir compte du fait «que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact».

Au-delà de ces normes générales, qui assurent une marge de manœuvre considérable aux tribunaux, quelles questions les juges se posent-ils, à quels facteurs attachent-ils de l'importance dans l'exercice de leur discrétion judiciaire? La réponse à cette question est forcément nuancée. Presque tous les juges rencontrés en entrevue font état de la diversité des situations qui leur sont soumises et, par conséquent, de la multiplicité des variables prises en compte. Toutefois, les facteurs énoncés peuvent être regroupés autour de deux pôles: l'intérêt de l'enfant et la capacité parentale. Cinq juges associent d'ailleurs si étroitement ces deux aspects qu'il est difficile d'affirmer que l'un prime l'autre: par exemple, après avoir évoqué le bonheur de l'enfant et l'importance qu'il ou elle vive le mieux possible sa vie d'enfant, un juge mentionne comme critères la capacité du parent de communi-

quer, de donner du temps à l'enfant, de l'éduquer, de même que l'environnement familial (fratrie, animal domestique...); un autre s'appuie sur le meilleur intérêt de l'enfant et précise qu'à aptitudes égales, il privilégiera, par exemple, le parent le plus disponible, celui dont la situation géographique est la meilleure, compte tenu de l'ensemble des activités de l'enfant; un troisième mentionne en premier lieu la capacité parentale, mais indique que plusieurs facteurs sont à considérer, tels que voisinage, ambiance familiale... Ce juge considère qu'il y a égalité de principe entre les deux parents, mais aurait tendance à confier le très jeune enfant à sa mère (plus apte selon lui à donner les soins primaires) plutôt qu'à son père; pour un autre juge, l'intérêt de l'enfant est primordial et l'attitude des deux parents doit être bien examinée: lequel est le plus apte à lui donner amour, affection, éducation, encadrement, pas en théorie, mais à partir d'un engagement sincère? Enfin, un cinquième juge attache aussi beaucoup d'importance à l'attitude des parents, mais tient également compte de certains facteurs environnementaux, tels école, amis, situation géographique...

Pour trois des juges rencontrés, l'accent est nettement mis sur la capacité parentale; pour l'un d'entre eux, il faut examiner la relation de l'enfant avec chaque parent, puis déterminer le parent le plus apte, ou le parent le moins inapte, à en prendre la responsabilité; pour un autre, il faut identifier le «parent-solution», celui qui est

le mieux en mesure de créer une ambiance familiale saine et sereine, un autre objectif étant d'établir un nouveau régime de relations entre les personnes en cause, à partir des caractéristiques positives de chacune; pour un troisième, il faut examiner et soupeser diverses variables afin de déterminer le parent le plus apte à prendre charge de l'enfant.

Enfin, deux juges insistent particulièrement sur l'intérêt de l'enfant et recherchent la décision la plus susceptible d'assurer la stabilité et le développement de celui-ci ou de celle-ci. À cette fin, de nombreux facteurs sont examinés: situation des parents, environnement familial, circonstances particulières.

À travers ces différences de regard, ou ces façons particulières d'exprimer leurs «modus operandi», les juges rendent d'abord compte de l'extrême diversité des litiges de garde qu'ils doivent trancher. Pour les juges qui placent l'enfant au centre de leur analyse, les variables prises en compte sont les nombreux facteurs liés à l'environnement de cet enfant: famille, garderie, école, amis, environnement familial et social, etc., tandis que, pour ceux qui se concentrent surtout sur les parents, les variables considérées ont plutôt trait à la capacité parentale de surmonter le conflit, d'assurer la stabilité et l'éducation de l'enfant, de lui offrir un milieu de vie serein. Enfin, il convient de noter que la moitié des juges rencontrés font référence aussi bien à des facteurs reliés à l'environnement de l'enfant qu'à la capacité parentale.

En définitive, et cela tombe sous le sens, l'intérêt de l'enfant est indissociable de la capacité parentale et il semble évident que, quelles que soient les priorités énoncées par les juges, chacun, chacune est amené à examiner la question globalement. La différence de regard réside peut-être, somme toute, dans le poids relatif accordé à d'autres variables environnementales que la stricte capacité parentale dans la prise de décision.

3.2 *L'opportunité d'ordonner la garde partagée*

Chose assez étonnante à première vue, la majorité des juges que nous avons rencontrés en entrevue sont favorables à la garde partagée, même lorsqu'il n'y a pas d'accord entre les parents à ce sujet. Pour trois d'entre eux, il y aurait même une présomption de garde partagée, les enfants ayant droit à leurs deux parents et les parents ayant un droit d'accès égal à leurs enfants. En l'absence de preuve que la garde partagée serait incompatible avec l'intérêt de l'enfant, ces juges estiment qu'il s'agit de la meilleure formule de garde. Quatre autres juges, sans parler explicitement de présomption de garde partagée, se montrent très enclins à opter pour cette formule. Celle-ci devrait être appliquée, selon eux, chaque fois que les deux parents sont aptes à s'occuper de l'enfant et qu'il n'y a pas d'obstacle majeur, par exemple l'éloignement géographique, à ce

que la garde soit partagée. Trois juges seulement estiment que cette formule ne doit être appliquée que lorsqu'il y a communication entre les parents et que les enfants ne s'y opposent pas. Les cas litigieux ne se prêtent pas, disent-ils, à la garde partagée.

Donc, sept juges se montrent favorables à la garde partagée, que les parents s'entendent ou non à ce sujet. Ce point de vue majoritaire est compatible avec l'augmentation, perçue par certains observateurs, du nombre d'ordonnances de garde partagée prononcées en l'absence d'un consentement au dossier²⁵. La vision qui se dégage de cette tendance est celle de la rupture «comme une transition entre l'organisation familiale initiale et la réorganisation de ce qui demeure une entité, désormais bi-polaire»²⁶. Ce faisant, les juges cherchent à minimiser les effets du divorce, notamment quant au lien de filiation. Dans cette logique, ce qui importe, c'est de préserver l'unicité de la famille initiale de l'enfant et la continuité de son histoire familiale, notamment en essayant de maintenir le lien père-enfant, très souvent affaibli à la suite d'une rupture. Cette attitude, qui semble majoritaire chez les juges, réussira-t-elle à infléchir de façon tangible la réalité observée depuis longtemps, à savoir le fait que la garde des enfants est encore très majoritairement confiée à la mère, la garde partagée demeurant un phénomène quasi marginal?²⁷

25. Des juges, des avocats et des experts nous ont fait part de cette observation.

26. Irène THÉRY, *Le Démariage*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1993, p. 155.

27. Les dossiers que nous avons étudiés font état de moins de 15 % de décisions (par arbitrage ou sur consentement) de garde partagée et ce, dans le cadre d'un

3.3 Le juge et l'entité familiale

Dans le cadre de notre questionnaire, nous avons voulu savoir comment les juges perçoivent leur rôle lorsqu'ils ont à prendre une décision en matière de garde. Nous leur avons proposé les cinq choix de réponses suivants : «gardien de l'autorité de la loi», «dépositaire de la norme sociale», «garant des droits et de l'intérêt de l'enfant», «arbitre des droits des parties» et «protecteur de l'entité familiale». Au premier rang des réponses, on retrouve, très majoritairement (85 %), le rôle de garant des droits et de l'intérêt de l'enfant, alors qu'aux deuxième et troisième rangs, le rôle d'arbitre des droits des parties réunit le plus grand nombre de suffrages (66 %). Vient ensuite, par ordre d'importance, les rôles de protecteur de l'entité familiale, de gardien de l'autorité de la loi et de dépositaire de la norme sociale. À 49 %, les juges ont indiqué le rôle de protecteur de l'entité familiale comme leur deuxième choix. Étant donné l'ambiguïté de la notion d'entité familiale, nous avons voulu approfondir cette perception auprès des juges rencontrés en entrevue.

À la question de savoir s'ils se considèrent comme des protecteurs de l'entité familiale, un juge seulement répond par la négative et s'en tient au rôle de protecteur de l'enfant, tandis qu'un autre ne se prononce pas; par contre, huit juges sur dix répondent par l'affirmative, mais en nuancant le sens à donner à l'expression «entité familiale». Certains précisent qu'il ne s'agit pas d'éviter la dislocation de la famille «nucléaire», mais de voir à ce que la rupture nuise le moins possible à l'enfant, par exemple, en protégeant les liens entre frères et sœurs, ou les relations avec la famille élargie, grands-parents, oncles, tantes et cousins; d'autres visent à ce que l'enfant puisse bénéficier du meilleur encadrement familial possible dans les circonstances, qu'il puisse bénéficier d'un milieu familial serein, ils insistent sur la recherche d'une harmonie familiale minimale entre les parents, sur l'aplanissement des conflits opposant ceux-ci; d'autres soulignent l'importance de sauvegarder les relations qui existent entre l'enfant et ses deux parents, particulièrement le père, dont les liens avec l'enfant se relâchent parfois après la rupture.

premier jugement portant sur la garde. Une étude menée en 1999 et portant sur des données relevées par Statistiques Canada en 1994-1995 révèle qu'au Québec, seulement 5,5 % des enfants faisaient alors l'objet d'un jugement ordonnant ou entérinant la garde partagée: Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LEBOURDAIS, *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire: Résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, Ottawa, Gouvernement du Canada, Ministère de la Justice, 1999, p. 20. L'écart entre ces résultats et les nôtres peut s'expliquer de multiples façons: d'abord, notre échantillon est modeste; de plus, nous n'avons étudié que des dossiers de divorce, alors que les situations étudiées par l'ELNEJ incluaient également des séparations consécutives à des unions de fait; or, cette enquête a révélé que c'est à l'occasion de ces séparations que les enfants sont le plus souvent confiés à la garde exclusive de leur mère.

Les juges que nous avons interviewés manifestent une ouverture d'esprit certaine à l'égard des «nouvelles réalités familiales». Pour la moitié d'entre eux, la réalité la plus frappante est celle des couples homosexuels. Ils n'y voient toutefois pas un motif²⁸ pour refuser la garde ou l'accès à un parent. L'un souligne que ce sont de bons parents, mais qu'il est inquiet de l'image de la famille qui est donnée à l'enfant vivant au sein d'une telle unité familiale, tout comme il est inquiet de l'image donnée par les familles monoparentales, le plus souvent dirigées par des femmes, au sein desquelles la figure masculine est absente²⁹. L'autre motif des juges est surtout interpellé par les familles recomposées, familles qui, selon l'expression de l'un d'eux, «deviennent de plus en plus la règle». Le principal problème réside alors dans la «gestion des nouveaux conjoints» et des droits de garde ou d'accès de ceux-ci advenant une rupture, question délicate qu'aucune règle juridique précise ne vient baliser. Les décisions doivent être rendues au cas par cas, toujours dans le meilleur intérêt de l'enfant, ce qui peut vouloir dire, par exemple, que l'enfant partage ses fins de semaine entre son père biologique, l'ex-conjoint de sa mère, sa mère et le conjoint actuel de celle-ci! Il est à noter que quelques juges ont également mentionné comme «nouvel-

les réalités» l'éloignement géographique entre les deux parents et les divergences religieuses entre conjoints.

Face à ces changements, les juges se voient bien davantage comme des conciliateurs, des «facilitateurs» plutôt que comme des arbitres. La plupart préfèrent une décision consensuelle en matière de garde, mais ils tiennent surtout à ce que l'aménagement trouvé permette à l'enfant de garder des liens significatifs avec ses deux parents, chaque fois que la chose est possible compte tenu de son intérêt. Plusieurs ont souligné l'importance de la formation qu'ils reçoivent dans des domaines comme la psychologie de l'enfant ou la sociologie de la famille, sous forme de séminaires, de conférences, etc. Ils ont besoin plus que jamais, disent-ils en majorité, de «se tenir au courant de l'évolution des théories sur le développement de l'enfant, ou sur l'évolution de la famille moderne».

Conclusion

En définitive, les points de vue des juges sur les divers thèmes abordés se rejoignent plus qu'ils ne se contredisent. Très majoritairement, ils voient l'expertise psychologique ou psychosociale, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat

28. Ce point de vue rejoint la jurisprudence majoritaire au Québec sur la question. Voir, à ce sujet, les décisions citées dans Renée JOYAL, *Précis de droit des jeunes*, tome 1, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 115 et s.

29. Voir, à ce sujet, la revue de littérature de Monique DUBÉ et de Danielle JULIEN, «Le développement des enfants de parents homosexuels. État des recherches et prospective», *Comprendre la famille*, Actes du 5^e symposium québécois de recherche sur la famille (Marie Simard et Jacques Alary, dir.), Québec, Presses de l'Université du Québec, 2000, p. 163.

comme des dispositifs utiles dans des situations particulièrement délicates ou problématiques. Rappelons, à cet égard, que plus de 85 % des demandes en matière familiale semblent se régler de consentement. On peut donc considérer qu'on a recours à ces dispositifs dans les cas particulièrement difficiles³⁰.

L'expertise psychologique ou psychosociale semble plus fréquemment utilisée qu'il y a quelques années si l'on considère les recherches antérieures et les observations effectuées par les juges, les avocats et les experts. En général, l'expertise est vue comme très éclairante par les juges, quoique certains d'entre eux fassent remarquer que les rapports d'expertise sont de qualité variable. La très grande majorité des juges est en faveur de l'imposition de limites au nombre d'expertises auxquelles un enfant peut être soumis, mais est réticente à appuyer sans réserve l'idée d'une expertise unique en matière de garde.

Les règles entourant le témoignage de l'enfant semblent satisfaisantes dans l'ensemble; certains juges estiment toutefois que les droits des parties sont plus difficiles à assurer dans le contexte de l'audition de l'enfant en chambre. Enfin, la très grande majorité des juges est d'avis que l'enfant devrait être dispensé de témoigner dans certaines situations particulièrement pénibles.

C'est probablement à l'égard de la représentation de l'enfant par un avocat que les divergences de vue sont le plus présentes. Appartient-il ou non à celui-ci de faire valoir son propre point de vue sur l'intérêt de l'enfant, lorsque celui-ci n'est pas en mesure de lui donner d'instructions précises? Les réponses sont loin d'être concordantes et on constate un certain «flou» sur cette question. Par ailleurs, la très grande majorité des juges considère que l'avocat qui représente un enfant a un rôle différent, largement axé sur les fonctions d'écoute et de conseil, de celui de l'avocat qui représente un adulte.

Quant aux critères de décision en matière de garde, ils apparaissent multiples et reflètent la diversité des situations que les juges ont à trancher: on peut toutefois distinguer, à travers les variables mentionnées, deux «regards»: l'un qui met l'accent sur les capacités parentales et l'autre qui s'attache aux multiples facteurs sociaux et environnementaux de la vie de l'enfant, dont celui, fort important, des capacités parentales. La très grande majorité des juges rencontrés en entrevue favorise la garde partagée, indépendamment de l'accord des parents sur cette formule.

Les juges manifestent une ouverture d'esprit certaine au regard des diverses modalités de la prise en charge des enfants ces dernières années. Ils se voient assez

30. C'est également ce que notre recherche semble confirmer. Un examen plus approfondi des dossiers judiciaires où ces dispositifs ont été repérés nous permettra de savoir dans quelle proportion ils sont utilisés selon que les décisions sont prises par arbitrage, de consentement ou par défaut.

largement comme les protecteurs de l'entité familiale, cette expression ne désignant toutefois plus la famille nucléaire, mais étant entendue dans un sens large et multiforme de préservation des liens familiaux de l'enfant.

DROIT DU TRAVAIL

Maurice DRAPEAU*

L'évolution de l'obligation d'accommodement à la lumière de l'arrêt *Meiorin*

L'auteur définit d'abord les concepts fondamentaux qui se rattachent au droit à l'égalité dans l'emploi. Il examine ainsi successivement la notion de discrimination, ses manifestations directes et indirectes, le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi et l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive. Il démontre en second lieu comment l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour suprême confirme que l'obligation d'accommodement s'impose désormais dans tous les cas de discrimination tant directe qu'indirecte, ce qui constitue une avancée majeure en matière de protection contre la discrimination sous toutes ses formes.

INTRODUCTION: L'obligation d'accommodement s'impose désormais comme moyen d'instaurer l'égalité dans l'emploi

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹ garantit le droit à l'égalité, notamment dans l'emploi, en prohibant la discrimi-

nation fondée sur plusieurs motifs, dont la race, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion et le handicap. Ce droit à la non-discrimination protège les personnes contre les traitements qui ont pour objet ou pour effet de les défavoriser en raison de caractéristiques individuelles ou inhérentes à leur groupe d'appartenance.

Pour éradiquer la discrimination, il faut s'attaquer à toutes ses formes. Il ne suffit pas d'éviter d'imposer des traitements différents et désavantageux à certains groupes, ce qui constitue de la discrimination directe. Il importe en outre d'éliminer l'effet discriminatoire de certaines règles d'emploi apparemment neutres, mais qui ont un impact disproportionné sur les membres de ces groupes, ce qui cause une discrimination indirecte.

Dans cet article, nous posons la prémisse, longtemps refusée par la Cour suprême du Canada, selon laquelle les employeurs ont l'obligation d'adopter des mesures

* Conseiller juridique à la Direction du contentieux de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. Je remercie M^e André Morel, professeur émérite de l'Université de Montréal, ainsi que mes collègues M^e Pierre-Yves Bourdeau, M^e Christian Baillargeon et M^e Michel Coutu de leurs lectures commentées.

1. L.R.Q., c. C-12 [ci-après désignée «la Charte»].

d'accommodement non seulement lorsque la discrimination est indirecte, mais aussi lorsqu'elle est directe. Ces mesures permettent d'adapter les conditions de travail pour tenir compte des besoins particuliers des personnes ou des groupes afin de ne pas leur imposer les diverses formes d'exclusions. Depuis peu, ce postulat ne fait plus aucun doute. En effet, dans un revirement spectaculaire d'une grande portée réformatrice sur les relations du travail, l'arrêt *Meiorin*², la Cour a révisé son point de vue en matière de droit à l'égalité. Elle a tranché de façon décisive que les employeurs ont un devoir légal d'accommodement dans toutes les situations de discrimination.

Dorénavant donc, l'accommodement s'applique tant à la discrimination directe qu'indirecte.

I. Les concepts fondamentaux en droit de l'égalité

L'analyse des diverses manifestations de discrimination nécessite que l'on comprenne les notions de base qui s'appliquent à ce sujet. Notre étude des arrêts clés de la Cour suprême sur la théorie générale de l'interdiction de la discrimi-

nation vient combler ce prérequis essentiel en présentant un lexique des concepts fondamentaux constituant le régime juridique de protection du droit à l'égalité dans l'emploi: 1) le droit à l'égalité; 2) la discrimination; 3) la discrimination directe et indirecte; 4) le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi; 5) l'obligation d'accommodement; 6) la contrainte excessive.

A. La définition du droit à l'égalité

En droit, les concepts d'égalité et de discrimination sont les deux revers d'une médaille: du côté de l'égalité «l'absence de discrimination; du côté de la discrimination» la négation de l'égalité.

En nous référant à l'objet du droit qui est de régler les rapports entre les citoyens, le droit à l'égalité se définit comme le droit de vivre en société dans le respect de la valeur, du mérite, des caractéristiques et des besoins des personnes. Dans ce sens, le préambule de la Charte déclare que «tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité». Le respect du droit à l'égalité est donc une responsabilité sociale.

2. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (décision unanime, j. McLachlin) (ci-après désigné l'arrêt *Meiorin*). Comme présentation synthèse de l'arrêt, voir: Linda BERNIER, Lukasz GRANOZIK et Jean François PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relations du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, mise à jour de juin 2000, la partie intitulée «La méthode unifiée», 6-102. En outre, jusqu'à ce jour, nous avons relevé deux commentaires d'arrêt: Chantal MASSE, «Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise: la non application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur», Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 65; Jean-Yves BRIERE et Jean-Pierre VILLAGI, «L'obligation d'accommodement de l'employeur: un nouveau paradigme», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 219.

Le juge McIntyre déclare, dans l'arrêt *Andrews*³, que l'objet du droit à l'égalité est de «favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude [d'être reconnus] comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération». Cette définition judiciaire conserve toute son actualité. Dix ans plus tard, le juge Iacobucci dresse, dans l'arrêt *Law*⁴, un véritable bilan de l'interprétation du droit à l'égalité par la Cour, en reprenant presque textuellement cette définition:

On pourrait affirmer que le [droit à l'égalité] a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus [...] comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

En un mot, le droit à l'égalité est le droit à un mode de vie en société où toutes les personnes sont traitées sur un pied d'égalité avec le même respect de leur dignité.

Comme le précise par ailleurs le juge McIntyre, l'égalité ne

résulte pas toujours d'un traitement identique⁵. Abondant dans le même sens, le juge Iacobucci insiste sur le fait qu'il est, en effet, des circonstances où la véritable égalité exige que des personnes ou des groupes soient traités différemment, afin de respecter les différences entre les individus et de répondre à leurs besoins spécifiques⁶. On trouve là le fondement de l'obligation d'accommodement en tant que moyen de prendre en considération les différences entre les personnes pour assurer un véritable traitement égal.

Pour que l'égalité ne soit pas un vain mot mais constitue un véritable contrat social, il faut que les citoyens la réalisent dans la vie quotidienne. Nous sommes tous égaux, semblables et différents à la fois: semblables comme êtres humains et différents comme individus.

B. La définition de la discrimination

Qu'est-ce que la discrimination? D'expérience, la meilleure compréhension que l'on puisse en avoir se trouve dans l'observation de ses manifestations. Dans son expression par paroles et gestes, la discrimination est la manifestation du racisme, du sexisme et d'autres préjugés sociaux. Dans ses expressions plus indirectes et souvent inconscientes, la discrimi-

3. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 171 (j. McIntyre, dissident mais non contredit sur cette question) (ci-après l'arrêt «*Andrews*»).

4. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 529 (décision unanime, j. Iacobucci) (ci-après l'arrêt «*Law*»).

5. Arrêt *Andrews*, précité, note 3, 164: «le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites».

6. Arrêt *Law*, précité, note 4, 517.

nation révèle plutôt une attitude d'incompréhension des personnes qui ne sont pas reconnues comme semblables, ce qui entraîne la non-reconnaissance de leurs besoins particuliers et le refus de composer avec leurs différences.

Parmi les définitions judiciaires, citons celle de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Andrews*⁷:

[...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Trois éléments essentiels ressortent de cette définition de l'atteinte au droit à l'égalité: 1) une distinction ou exclusion qui a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement, 2) qui est fondée sur un motif illicite, et 3) qui compromet l'exercice des droits et libertés de la personne, dont le droit à l'égalité dans l'emploi.

C. La reconnaissance que la prohibition de la discrimination s'étend autant à la discrimination indirecte que directe

La Cour suprême du Canada reconnaît que la discrimination peut prendre deux formes: directe ou indirecte.

La discrimination est directe lorsque l'exclusion a un lien exprès et manifeste avec le motif discriminatoire prohibé, par exemple, «Je n'embauche pas de femmes enceintes ou qui veulent le devenir». Elle est indirecte lorsque l'exclusion résulte de règles apparemment neutres, mais qui, lorsqu'elles sont soumises à un examen critique de leurs conséquences, s'avèrent présenter un effet discriminatoire sur certains groupes. Par exemple, la règle de disponibilité au travail qui ne tient pas compte du besoin des travailleuses enceintes de s'absenter du travail pour des raisons de maternité.

Dans l'arrêt *O'Malley*⁸, la Cour suprême définit la discrimination directe de la façon suivante:

À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun noir». En l'espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la loi.⁹

7. Arrêt *Andrews*, précité, note 3, 174.

8. *O'Malley c. Simpson's-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 547 à 552 (décision unanime, j. McIntyre) (ci-après cité: arrêt «*O'Malley*»).

9. *Ibid.*, 551.

En un mot, la discrimination directe se reconnaît à sa face même, puisque la norme est fondée précisément sur la caractéristique d'un groupe donné pour l'exclure. Elle impose donc directement un traitement différent à certains groupes. Dans le cas de la grossesse, il est évident que l'invocation par un employeur de la sécurité du fœtus pour congédier une travailleuse enceinte renvoie directement à son état de grossesse et crée donc une discrimination directe à son endroit¹⁰.

Le grand mérite de l'arrêt *O'Malley* est que le juge McIntyre, au nom de la Cour, y reconnaît la discrimination indirecte. Rappelons qu'il s'agit d'une cause dans laquelle il était question d'un horaire de travail qui ne tenait pas compte du besoin d'une employée de s'absenter pour célébrer sa journée hebdomadaire de fête religieuse. Le juge reconnaît que bien que l'horaire soit apparemment neutre, il n'en crée pas moins une discrimination indirecte qu'il définit comme une «discrimination par suite d'un effet préjudiciable».

Comme cette définition demeure encore souvent méconnue des employeurs, il convient de la citer dans son contexte:

D'autre part, il y a le concept de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est

neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.¹¹

C'est d'abord son effet disproportionné ou préjudiciable qui rend discriminatoire la règle d'emploi en apparence neutre. Le juge McIntyre insiste sur ce point:

Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.¹²

On comprend que la discrimination indirecte est celle qui résulte de l'application générale à tout le monde, sans aucune distinction nuancée en fonction des besoins spécifiques de certains groupes ou personnes, de normes apparemment neutres, mais qui entraînent un effet préjudiciable à l'encontre de ces groupes ou personnes.

Examinons l'application d'une règle de disponibilité au travail pendant toute la durée du con-

10. Maurice DRAPEAU, «La discrimination fondée sur la grossesse mettant en cause la sécurité au travail», (1997) *R. du B.* 1047.

11. Arrêt *O'Malley*, précité, note 8, 551.

12. *Ibid.*

trat au regard de la discrimination indirecte fondée sur la grossesse. Une telle exigence, qui s'applique également à tous les employés, est apparemment neutre. Toutefois, son application de manière indistincte et sans nuance peut défavoriser celles qui ont besoin de prendre un congé de maternité¹³. On voit ainsi que c'est l'impact défavorable à un groupe qui partage une même caractéristique qui rend la règle discriminatoire, bien que ce ne soit que de manière indirecte.

Dans l'arrêt unanime *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*¹⁴, où il est question d'une règle sur les horaires de travail défavorisant les membres de certaines religions, la Cour suprême conclut à nouveau que la prohibition de la discrimination vise autant la discrimination indirecte que directe, en s'appuyant littéralement sur l'énoncé même de l'article 10 de la Charte québécoise. La portée de cette disposition s'étend en effet à toute exclusion qui «*a pour effet*» de compromettre le droit à l'égalité.

L'interdiction de la discrimination telle qu'énoncée à l'article 10 est universelle dans le sens où elle en prohibe toutes les formes,

directes ou indirectes, puisqu'elles ont en commun d'avoir «*pour effet de détruire ou de compromettre [le droit à l'égalité]*»¹⁵. Quelles qu'en soient les manifestations, le propre de la discrimination est d'exclure; par conséquent, peu importe sa forme, c'est à ses effets d'exclusion qu'il importe de s'attarder, et ce, non seulement du point de vue de la victime qui en subit les conséquences, mais aussi dans la perspective de la société qui doit en réprover les manifestations au point de la prohiber. Le respect de la portée de l'article 10 implique donc que les effets de toute discrimination soient corrigés.

D. Le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi

L'article 20 de la Charte prévoit qu'une exclusion qui est fondée sur les aptitudes ou qualités requises par l'emploi, est réputée non discriminatoire. Il s'agit alors d'une exigence professionnelle justifiée – que l'on désigne par l'abréviation EPJ.

L'EPJ, c'est la capacité d'accomplir les tâches, la compétence à exercer les fonctions de l'emploi. Bref, la personne est-elle capable de bien faire le travail? Par exem-

13. Maurice DRAPEAU, «La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail», (1997-98) *R.D.U.S.* 215.

14. [1994] 2 R.C.S. 525, 540 (ci-après cité: arrêt «*Commission Scolaire de Chambly*») (rédigé par le juge Cory avec des motifs concourants de la juge L'Heureux-Dubé).

15. Les auteurs sont unanimes sur cette question: Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense*, Éditions Yvon Blais, 1993; André MOREL, «L'originalité de la Charte québécoise en péril», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65, p. 81-82; Pierre BOSSET, *La discrimination indirecte dans le domaine de l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 102-103.

ple, l'aptitude physique à exécuter le travail, ou la formation et l'expérience effectivement requises, sont généralement considérées comme des exigences professionnelles justifiées.

Sans entrer dans les détails, on peut dire qu'une exigence ne sera justifiée comme qualité requise par l'emploi que si elle est rationnelle et nécessaire. L'objet de la norme d'emploi en cause doit avoir un lien rationnel avec l'exécution du travail. Cette norme doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'elle vise. En pratique, la majorité des normes et conditions d'emploi visent à assurer l'exécution efficace et économique du travail ainsi que la sécurité des employés et du public. La rationalité et la nécessité de la norme doivent donc être examinées à la lumière des objectifs d'efficacité et de sécurité dans le contexte de l'emploi en cause.

Quant à ces deux critères objectifs de rationalité et de nécessité, la Cour suprême, dans l'arrêt *Etobicoke*¹⁶, les formule comme suit:

[l'exigence professionnelle (...)] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compa-

gnons de travail et le public en général.¹⁷

Une norme d'emploi qui s'avère discriminatoire ne saurait donc être justifiée par la seule préférence de l'employeur pour une méthode de gestion donnée. Encore faut-il qu'elle soit nécessaire pour assurer l'exécution sûre et efficace du travail en question.

E. La reconnaissance de l'obligation d'accommodement comme moyen de répondre aux besoins spécifiques des groupes et des personnes

La notion d'accommodement est fondamentale en matière de droit à l'égalité. Cette «obligation de prendre des mesures raisonnables pour respecter et protéger le droit à l'égalité» se trouve pour la première fois exprimée dans la déclaration du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley*: «une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger»¹⁸. En outre, dans le récent arrêt *Commission scolaire de Chambly*¹⁹, la Cour suprême rattache plus étroitement encore cette notion de mesure raisonnable au droit à l'égalité lui-même, en affirmant expressément que «l'obligation d'accommodement est

16. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke (Municipalité d')*, [1982] 1 R.C.S. 202 (décision unanime, j. McIntyre) (ci-après l'arrêt «*Etobicoke*») (un cas de discrimination directe portant sur la retraite obligatoire de pompiers où la Cour a jugé que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il s'agissait d'une exigence professionnelle justifiée).

17. *Ibid.*, 208.

18. *O'Malley*, précité, note 8, 554.

19. *Commission scolaire de Chambly*, précité, note 14, 544.

une partie intégrante du droit à l'égalité».

Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre décrit ainsi l'obligation d'accommodement:

L'obligation [d'accommodement] consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entraîne indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs.²⁰

En d'autres termes, nous pouvons définir l'obligation d'accommodement comme l'obligation d'adapter une règle conçue pour une majorité donnée, dans le but de répondre aux besoins spécifiques de certaines personnes ou d'un groupe, afin que ceux-ci ne soient pas victimes de discrimination liée aux caractéristiques qui les différencient de la majorité. Cela implique de faire des exceptions aux règles générales ou de les modifier de manière à composer avec les besoins propres à certains groupes ou personnes, afin de respecter leur droit à l'égalité.

F. La contrainte excessive comme limite de l'obligation d'accommodement

Il existe une limite à l'obligation d'accommodement, celle de

la contrainte excessive. Or qui dit excessif implique d'emblée un niveau de contrainte, comme le fait pertinemment remarquer le juge Sopinka dans l'arrêt *Renaud*.

Il faut plus que de simples efforts négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif «excessive» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable; seule la contrainte «excessive» répond à ce critère.²¹

L'effort d'accommodement doit donc être réel et suffisant. Dans l'arrêt *O'Malley*²², le juge McIntyre mentionne les deux principaux éléments pouvant constituer une contrainte excessive, soit l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise et les coûts excessifs. Pour sa part, la juge Wilson, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*²³, définit un certain nombre de facteurs qui doivent être appréciés dans l'évaluation du degré de contrainte:

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de définir de façon exhaustive ce qu'il faut entendre par contrainte excessive mais j'estime qu'il peut être utile d'énumérer certains facteurs permettant de l'apprécier. J'adopte d'abord à cette fin les facteurs identifiés par la commission d'enquête en l'espèce – le coût financier, l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel et l'interchangeabilité des effectifs et des installations. L'importance de l'explo-

20. *O'Malley*, précité, note 8, 555.

21. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 984 (ci-après l'arrêt «*Renaud*») (discrimination indirecte attribuable aux conséquences de l'horaire de travail sur les obligations religieuses des employés).

22. Précité, note 8, 555.

23. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, 520 (ci-après l'arrêt «*Central Alberta Dairy Pool*»).

tation de l'employeur peut jouer sur l'évaluation de ce qui représente un coût excessif ou sur la facilité avec laquelle les effectifs et les installations peuvent s'adapter aux circonstances.²⁴

Pour que les coûts de l'accommodement soient considérés excessifs, ils doivent être réellement trop élevés pour l'entreprise dans les circonstances²⁵. Quant à l'effet sur les autres employés, il doit constituer une atteinte réelle à leurs droits ou une dérogation importante à la convention collective²⁶.

Dans l'arrêt *Meiorin*²⁷, la Cour suprême utilise à plusieurs reprises le qualificatif «possible» en parlant des mesures d'accommodement qu'un employeur a le devoir d'incorporer à ses normes d'emploi. Le terme est évocateur: si un accommodement est possible, il doit être adopté. La Cour énumère trois critères représentant une contrainte excessive: l'impossibilité, le risque grave et le coût exorbitant.

Afin de prouver que sa norme est «raisonnablement nécessaire», le défendeur doit toujours démontrer qu'elle inclut toute possibilité d'accommodement sans qu'il en résulte une contrainte excessive, que cette contrainte revête la forme d'une impossibilité, d'un risque grave ou d'un coût exorbitant.²⁸

À l'impossible nul n'est tenu, certes, mais encore faut-il démontrer que des efforts sérieux ont été consentis avant d'invoquer la contrainte excessive.

II. L'évolution jurisprudentielle récente confirme l'application de l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination

Nous sommes maintenant en mesure d'exposer l'évolution historique qui a conduit à la reconnaissance judiciaire de l'application de l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination. Cette interprétation cadre parfaitement bien avec l'esprit de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, qui crée un régime de prohibition de la discrimination comportant l'obligation universelle d'adopter des mesures pour protéger le droit à l'égalité.

A. L'analyse dualiste antérieure «discrimination directe/discrimination indirecte» avait le désavantage d'écarter l'accommodement en cas de discrimination directe

Pendant longtemps la Cour suprême a refusé de prendre en compte l'obligation d'accommode-

24. *Ibid.*, 520-521.

25. Arrêt *O'Malley*, précité, note 8, 556-559.

26. Arrêt *Renaud*, précité, note 21, 984-987. Sur la portée de l'obligation syndicale d'accommodement, il faut lire l'excellent ouvrage fortement documenté et clairement exposé de Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

27. Précité, note 2.

28. *Ibid.*, par. 32.

ment dans les cas de discrimination directe.

Ainsi dans l'arrêt *Stratford*²⁹, la Cour, qui avait à connaître d'un cas de discrimination fondée sur l'âge de la retraite obligatoire, avait péremptoirement confirmé sa décision d'écarter toute considération d'accommodement visant à éliminer la discrimination «directe» (il était question en l'espèce du réaménagement des fonctions d'un policier pour lui permettre d'exécuter à l'avenir un travail de bureau).

Cet arrêt-butoir n'était pas tombé en isolé; il était venu former une trilogie avec deux autres jugements fortement controversés qui avaient limité le rôle de l'accommodement dans l'instauration de l'égalité. En 1985, l'arrêt *Bhinder*³⁰ l'avait exclu dans tous les cas de discrimination où une exigence professionnelle justifiée était démontrée. Et, en 1990, l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*³¹ s'était satisfait d'une timide demi-mesure en admettant au moins son application à la discrimination «indirecte», tout en rejetant complète-

29. *Corporation municipale de Stratford c. Large*, [1995] 3 R.C.S. 733 (ci-après cité: arrêt «*Stratford*») (les motifs de la majorité sont présentés par le juge Sopinka; ceux de la minorité, par la juge L'Heureux-Dubé).
30. *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561 (ci-après cité: arrêt *Bhinder*) (motifs de la majorité par le juge McIntyre; motifs de la minorité par le juge en chef Dickson). Cet arrêt devait juger d'un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion et mettant en cause la règle du port obligatoire du casque de sécurité; la Cour y avait exclu la prise en considération d'un accommodement face à toute situation de discrimination, tant indirecte que directe, dès lors que la défense d'exigence professionnelle justifiée était établie. L'arrêt *Bhinder* peut être vu comme un exemple patent de «un-pas-en-avant, deux-pas-en-arrière» de la part de la Cour suprême. Elle a rendu en effet cet arrêt décidant que l'exigence professionnelle justifiée écartait l'obligation d'accommodement, alors qu'elle venait à peine de reconnaître le même jour dans l'arrêt *O'Malley c. Simpson's Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 554 (ci-après cité: arrêt *O'Malley*) (décision unanime, j. McIntyre) que l'accommodement était «une conséquence naturelle de la reconnaissance du droit à l'égalité». La différence de résultat entre l'arrêt *Bhinder* et l'arrêt *O'Malley* s'explique essentiellement par la présence, dans la loi canadienne, d'une disposition sur le moyen de défense relatif à l'exigence professionnelle justifiée, qui a été interprétée dans l'arrêt *Bhinder*, comme devant exclure l'obligation d'accommodement. Dans l'arrêt *O'Malley*, le Code des droits de la personne de l'Ontario ne comportait aucune défense d'exigence professionnelle justifiée.
31. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta human Rights Commission*, [1990] 2 R.C.S. 489 (ci-après cité: arrêt *Central Alberta Dairy Pool*) (motifs de la majorité par la juge Wilson; motifs de la minorité par le juge Sopinka). Cet arrêt avait à décider d'un cas de discrimination indirecte fondée sur la religion mettant en cause le refus d'aménager l'horaire de travail pour tenir compte des fêtes religieuses. La Cour a pu, avec le recul, corriger en partie l'erreur de l'arrêt *Bhinder*, en décidant que l'obligation d'accommodement s'appliquait tout au moins dans les cas de discrimination indirecte. En infirmant partiellement la conclusion de l'arrêt *Bhinder*, la Cour traite de l'accommodement en matière de discrimination indirecte comme un moyen de défense distinct de celui relatif à l'exigence professionnelle justifiée. Cette distinction entre les moyens de défense a eu pour effet de confiner l'accommodement aux seuls cas de discrimination indirecte. L'arrêt *Central Okanagan School District c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 980 (j. Sopinka) est par la suite revenu sur la distinction entre les moyens de défense en intégrant implicitement la défense d'accommodement à

ment sa pertinence lorsque celle-ci était directe.

En somme, en traitant du rapport entre l'obligation d'accommodement et la défense d'EPJ, la Cour avait établi une distinction. Dans le cas de la discrimination directe, la Cour appliquait la défense d'exigence professionnelle justifiée (sans obligation d'accommodement). Quant à la discrimination indirecte, la Cour considérait que le moyen de défense distinct consistait à déterminer si l'obligation d'accommodement avait été remplie.

Après les arrêts *Bhinder*³², *Central Alberta Dairy Pool*³³ et *Stratford*³⁴, l'état du droit relativement à la question se résumait ainsi: l'obligation d'accommode-

ment ne pouvait être prise en compte que dans les situations où la discrimination était qualifiée d'indirecte. La Cour suprême avait en effet décidé que l'obligation d'accommoder les besoins individuels ne s'appliquait pas dans les cas de discrimination directe. Une lacune résultait de cette position, car les victimes de discrimination directe étaient privées d'une mesure de redressement, soit l'accommodement, qui aurait pu leur permettre, dans certains cas, d'éviter de subir l'exclusion.

Comme l'avait, à cette époque, souligné le professeur Daniel Proulx³⁵, ce point de vue de la Cour suprême a eu pour effet d'imposer un double cadre d'analyse extrêmement complexe et aléatoire, qu'il identifie de manière évoca-

l'intérieur de la défense d'exigence professionnelle justifiée, mais seulement dans le cas de la discrimination indirecte.

32. Précité, note 30. Pour souligner la forte opposition à l'arrêt *Bhinder*, qu'il suffise de mentionner le document qui aura alerté le public, les législateurs et les tribunaux, celui de la COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Les effets de la décision Bhinder sur la Commission canadienne des droits de la personne: rapport spécial au parlement*, Ottawa, 1986.
33. Précité, note 31. Pour une bibliographie sélective des critiques de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, nous renvoyons aux auteurs suivants: Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993. À partir de la critique de l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool* (p. 69 à 71), l'auteur entreprend «La remise en cause du régime dualiste de défense et de sanction» (chap. 3, p. 109 et s.). Dans le premier numéro de la revue *Canadian Labour Law Journal*, qui est entièrement consacré à l'accommodement, plusieurs auteurs formulent la même critique et soutiennent la nécessité d'accommodement sans distinction entre les formes de discrimination. M.D.-LEPOFSKY, «The Duty to Accommodate: A Purposive Approach», (1992) *C.L.L.J.* 1, 16 à 18. A.M. MOLLOY, «Disability and the Duty to Accommodate», (1992) *1 C.L.L.J.* 23, 37. B. ETHERINGTON, «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate», (1992) *1 C.L.L.J.* 311, 325-326. Également, D. BAKER, «Alberta Human Rights Commission v. Central Alberta Dairy Pool», (1991) *36 R.D. McGill* 1450.
34. Précité, note 29. Voir la critique de Daniel PROULX, «L'accommodement, cet incompris: un commentaire de l'arrêt *Stratford*», (1996) *41 R.D. McGill* 669.
35. Daniel PROULX, *La discrimination dans l'emploi: les moyens de défense*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993: l'ensemble de l'ouvrage est une démonstration qu'un seul moyen de défense et de sanction devrait être indistinctement appliqué à toute discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte.

trice en parlant du régime dualiste de défense et de sanction. Selon ce régime dualiste, on devait en effet d'abord distinguer si l'on faisait face à une discrimination directe ou indirecte pour déterminer quel moyen de défense et de sanction s'appliquait selon le cas.

À la discrimination directe correspondait la défense relative aux qualités requises par l'emploi, et la sanction de la norme injustifiée quant à sa rationalité ou sa nécessité était son annulation. Comme nous l'avons déjà vu, la faiblesse de cette approche de la discrimination directe était l'absence de toute considération.

En matière de discrimination indirecte la défense était plutôt celle de savoir si l'obligation d'accommodement avait été respectée. Dans la mesure où la règle était rationnelle avec l'objet qu'elle visait, elle n'avait pas besoin d'autre justification, de sorte que sa seule sanction était le maintien de son application générale à l'ensemble des employés plutôt que son annulation, à condition toutefois d'accorder des exceptions individuelles en faveur des personnes qui en subissaient l'effet discriminatoire. La faiblesse de cette approche de la discrimination indirecte tenait à l'impossibilité d'appliquer le critère de nécessité de la norme, dont l'absence aurait dû conduire à l'annulation.

B. La méthode unifiée d'analyse de la discrimination offre l'avantage que l'obligation d'accommodement doit être intégrée aux normes d'emploi dans tous les cas de discrimination

Un revirement jurisprudentiel capital vient de changer complètement l'état du droit en ce qui a trait à l'accommodement. Dans un véritable jugement bilan, l'arrêt *Meiorin*³⁶, un jugement unanime rédigé par la juge McLachlin, devenue depuis juge en chef, la plus haute cour du pays revient sur ses positions. Elle délaisse la méthode d'analyse conventionnelle antérieure, pour adopter une nouvelle méthode qu'elle qualifie d'unifiée. Le qualificatif «unifiée» est bien mérité puisque selon cette méthode il n'y a plus lieu de faire de distinction entre les formes de discrimination: la défense relative aux qualités requises par l'emploi, l'obligation d'accommodement et la sanction par l'annulation de la norme s'appliquent maintenant dans tous les cas.

On peut d'ores et déjà affirmer qu'il s'agit d'un arrêt phare en droit de l'égalité qui constitue une véritable réforme juridique dans l'articulation entre les droits de la personne et les relations du travail. Concrètement, les suites à donner à cet arrêt commandent

36. Précité, note 2.

une transformation du monde du travail, qui devra revoir ses normes d'emploi de manière à y intégrer dans leur formulation même, des adaptations permettant de composer avec les besoins de certains groupes et personnes.

1. Les faits relatifs à la norme d'emploi en cause

Rappelons les faits. Madame Meiorin travaillait de façon satisfaisante depuis trois ans comme pompière forestière pour le gouvernement de la Colombie-Britannique. Elle perdit son emploi après que le gouvernement eut adopté une nouvelle série de tests d'évaluation de la condition physique. Elle fut congédiée parce qu'elle avait échoué le test destiné à vérifier si elle respectait la norme aérobique fixée (elle avait excédé de 49,4 secondes le délai maximal prescrit de 11 minutes pour franchir à la course une distance de 2,5 kilomètres).

La preuve démontrait qu'en raison de différences physiologiques, la plupart des femmes ont une capacité aérobique moindre que celle de la plupart des hommes. Par ailleurs, il n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que soit les hommes, soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de manière sûre et efficace.

La question de droit générale à laquelle la Cour suprême devait répondre était de savoir si la norme aérobique excluait de manière discriminatoire les femmes des emplois de pompier forestier.

La Cour n'hésita aucunement à conclure à l'existence d'une discrimination contre les femmes et à dire que le gouvernement n'avait pas démontré que cette norme aérobique particulière était raisonnablement nécessaire pour évaluer les personnes en mesure d'exécuter de façon sûre et efficace les tâches de pompier forestier. L'employeur n'a pas prouvé qu'il avait composé avec les caractéristiques physiologiques des femmes tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui de contrainte excessive.

Mais, au-delà du cas d'espèce, nous sommes devant un arrêt de principe en ce qu'il modifie profondément la méthode d'analyse de la discrimination en appliquant un critère unique à trois volets, quelle que soit la forme de la discrimination.

2. L'exposé de la nouvelle méthode

La Cour suprême présente ainsi les trois éléments que l'employeur doit prouver dans le cadre devenu unique de la défense relative aux qualités requises pour un emploi, qui s'applique maintenant dans tous les cas de discrimination, et dont l'obligation d'accommodement fait désormais partie:

Après avoir examiné les diverses possibilités qui s'offrent, je propose d'adopter la méthode en trois étapes qui suit pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une [exigence professionnelle justifiée]. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités:

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- (2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.³⁷

Cette nouvelle méthode d'analyse de la Cour en trois étapes contraint les employeurs à «établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive»³⁸.

À la première étape de l'analyse, qui consiste à voir si l'employeur a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause, il s'agit non pas de décider de la validité de la norme particulière, mais plutôt de la validité de son objectif plus général, ce qui dans nombre de cas pose peu de problèmes. La capacité de travailler de manière efficace et celle de travailler de manière sécuritaire sont les deux objectifs les

plus fréquemment mentionnés. L'employeur doit donc démontrer l'existence d'un lien rationnel entre l'objet général que la norme contestée vise, et les exigences objectives du travail. À défaut d'avoir un objet général légitime, la règle n'est pas une qualité requise et elle doit donc être annulée.

À notre avis, la deuxième étape de l'analyse, où l'employeur doit établir qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail, sera de très peu d'utilité, sauf lorsque l'employeur a refusé de négocier une règle non discriminatoire. Et dans les cas où la discrimination est manifestement fondée sur un préjugé à l'égard d'un groupe, on ne pourrait de toute façon admettre l'invocation d'une croyance sincère. Autrement, il est difficile de voir en quoi ce test subjectif pourrait apporter une preuve utile pour déterminer si la norme est une exigence professionnelle justifiée. Peu importe la croyance de l'employeur, c'est surtout le test objectif imposant le double critère de rationalité et de nécessité qui permet d'évaluer de façon objective si la norme est justifiée.

Dans ce sens, on peut présumer qu'en pratique c'est surtout à la troisième étape de l'analyse, où l'employeur doit prouver la nécessité de la règle, que les normes discriminatoires sont susceptibles d'échouer au test de justification. La norme contestée est-elle raison-

37. Précité, note 2, 32.

38. *Ibid.*, 33.

nablement nécessaire pour que l'employeur puisse atteindre l'objectif qu'il vise? Pour déterminer si elle l'est, plusieurs sous-questions doivent être posées, dont principalement les trois suivantes: 1) La norme est-elle trop générale compte tenu de son objectif? Ne devrait-elle pas se limiter à un groupe plus restreint, comme dans le cas des règles «antinépotisme» qui ne doivent être imposées qu'aux employés qui pourraient se retrouver dans des situations de conflit d'intérêts?³⁹ 2) L'employeur n'aurait-il pas dû procéder à une évaluation individuelle de la personne, comme dans le cas des évaluations médicales pour déterminer l'aptitude à exécuter les tâches de l'emploi⁴⁰? 3) L'employeur a-t-il cherché à composer avec les besoins des personnes concrètement lésées par la norme, sans subir une contrainte excessive?

Si la norme discriminatoire n'est pas raisonnablement nécessaire pour que l'employeur réalise son objectif légitime, ou s'il est possible de composer avec des différences individuelles sans que l'employeur n'en subisse une con-

trainte excessive, la norme n'est donc pas une qualité requise par l'emploi. Elle mérite alors d'être annulée et l'employeur sera contraint d'intégrer à la norme elle-même des mesures d'accommodement qui établiront l'égalité.

3. *Une avancée majeure en matière de protection contre la discrimination sous toutes ses formes*

Dans son jugement, la Cour suprême a grandement tenu compte des critiques pour ainsi dire unanimes de la doctrine qui recommandaient de considérer l'obligation d'accommodement tant dans le cas de la discrimination directe qu'indirecte⁴¹.

À notre avis, la méthode «unifiée» d'analyse représente un pas en avant considérable en matière de protection du droit à l'égalité par la prohibition de la discrimination. Non seulement la Cour en est-elle venue à reconnaître que l'accommodement s'applique dans tous les cas d'exclusion, mais elle fait également preuve d'une grande origina-

39. Voir *Ville de Brossard c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 279 (rédigé par le juge Beetz avec des motifs concourants de la juge Wilson) (ci-après cité: «*Ville de Brossard*»). Il s'agit d'une application du test de proportionnalité qui découle du critère de «fardeau excessif» imposé à un groupe. En effet, pour le juge Beetz, la «nécessité raisonnable» implique non seulement «le lien rationnel» avec l'emploi, mais aussi que la règle n'impose pas de fardeau excessif aux personnes qui y sont assujetties.

40. *Ville de Saskatoon c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1989] 2 R.C.S. 1297 (ci-après cité: «*Saskatoon*») (discrimination directe en raison de la retraite obligatoire). En appliquant le critère de proportionnalité, la Cour fournit un exemple de solution individuelle pouvant constituer une solution de rechange à l'exclusion en affirmant que, lorsque cela est possible, il faut «traiter les employés individuellement, notamment en administrant des tests à chacun d'eux» (en l'occurrence, une évaluation médicale personnelle).

41. Elle cite notamment et plus particulièrement le texte de Shelag DAY et Gwen BRODSKY, «The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?», (1996) 1 *Can. Lab. L.J.* 311.

lité en imposant en plus d'inclure à l'avenir celui-ci dès le départ dans l'élaboration même des normes d'emploi. Cette dernière exigence apportera de profonds changements dans les conditions de travail puisqu'elles devront être révisées afin de prévoir des traitements adaptés aux besoins des groupes et personnes.

La méthode d'analyse unifiée est d'autant plus la bienvenue que nous pouvons en dresser un bilan nettement positif dans lequel nous relevons cinq avantages par rapport à la position antérieure de la Cour.

- a) La distinction discrimination directe/discrimination indirecte n'a plus à être établie

Il n'est plus nécessaire de déterminer préalablement si la discrimination est directe ou indirecte, avant de savoir comme auparavant quel moyen de défense et de sanction devrait s'appliquer, ce qui met fin à des exercices complexes de qualification juridique où tout le monde se perdait.

- b) Un seul moyen de défense s'applique dans tous les cas de discrimination, celui relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi

Le moyen de défense relatif aux aptitudes ou qualités requises par l'emploi, qui, en plus de sa rationalité, impose le critère strict de nécessité de la norme sous peine d'annulation, n'est plus réservé aux seuls cas de discrimination directe. Ce même moyen de défense s'applique désormais aussi

lorsque l'exclusion est indirecte. Le changement est des plus appréciables puisque le test devient ainsi beaucoup plus exigeant. Même en cas de discrimination indirecte, il ne suffit plus que la règle soit rationnelle pour être justifiée et éviter ainsi son annulation, accordant seulement et exceptionnellement, des accommodements individuels. Dans tous les cas la norme devra être nécessaire sinon elle sera annulée. Cette unification en un seul moyen de défense rappelle qu'il doit être interprété de manière restrictive comme exception au droit à l'égalité.

- c) L'accommodement doit maintenant être pris en considération dans tous les cas de discrimination

Dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, l'accommodement ne s'applique plus seulement à la discrimination indirecte, mais il devra aussi être considéré dans les cas où elle est directe, ce qui met l'accent sur la recherche de moyens préventifs pour éliminer les deux formes d'exclusion.

- d) L'annulation comme sanction de toutes les normes discriminatoires non justifiées

La règle d'emploi qui crée une discrimination indirecte peut maintenant être annulée au même titre que celle qui constitue une discrimination directe, ce qui permet dans les deux cas d'obtenir leur remplacement par des normes adaptées.

- e) L'inclusion de l'accommodement dans les normes d'emploi

Les employeurs doivent incorporer des mesures d'accommodement dans les normes d'emploi elles-mêmes, et non seulement consentir des exceptions en réponse à des demandes individuelles, ce qui incite à envisager des adaptations aux besoins des groupes et personnes dès la conception de ces normes.

Outre l'intérêt de simplifier le droit par le recours à une méthode unique d'analyse, cet arrêt a le mérite de considérer l'accommodement dans le cadre de l'examen de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, à l'étape où il faut examiner le caractère raisonnablement nécessaire de la règle d'emploi. Le fait est maintenant acquis: une règle d'emploi qui a pour effet de créer une situation discriminatoire ne saurait en aucune façon être justifiée comme étant nécessaire s'il est possible de prendre des mesures d'accommodement.

À titre d'illustration, le test de l'arrêt *Meiorin* sera particulièrement utile dans le cas de la discrimination fondée sur la grossesse. Dans tous les cas, les employeurs devront faire des efforts réels et sérieux pour prendre des mesures d'accommodement afin de répondre aux trois principaux besoins des travailleuses enceintes: celui d'assurer la sécurité de leur grossesse, celui de leur per-

mettre de s'absenter du travail et celui de conserver les avantages liés à leur emploi.

Sur le point tout à fait nouveau de l'adaptation de la norme elle-même aux différences entre les personnes et les groupes, en y intégrant des accommodements, nous citons la Cour:

Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent être conscients des différences entre les personnes et des différences qui caractérisent des groupes de personnel. **Ils doivent intégrer des notions d'égalité dans les normes du milieu de travail.** En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé **que les normes régissant l'exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société**, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. [...] La norme qui fait abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnablement possible de le faire.⁴²

On le voit, il ne suffit plus de prévoir des exceptions individuelles au cas par cas, mais il faut incorporer les possibilités d'accommodement dans la règle elle-même, comme l'a réaffirmé et pré-

42. Arrêt *Meiorin*, précité, note 2, 45 (nos caractères gras font ressortir le souligné de la Cour).

cisé la Cour suprême dans l'arrêt *Grismer*⁴³.

L'arrêt Meiorin annonçait une méthode unifiée en matière d'examen des demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a été supprimée. Les employeurs [...] sont maintenant requis, dans tous les cas, **de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire**.⁴⁴

En conclusion, on peut dire que le nouveau test élaboré par la Cour suprême va beaucoup plus loin que celui qui était appliqué antérieurement: désormais, la norme elle-même doit tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques ainsi que de la valeur et la dignité de chaque personne, dans la mesure où cela n'impose aucune contrainte excessive à l'employeur. Il ne s'agit pas seulement d'accorder à une personne des exceptions à la règle en guise d'accommodement individuel; il est plutôt question de formuler la

norme de façon telle qu'elle réponde aux besoins d'un groupe dont les membres partagent la caractéristique qui les différencie de la majorité. En effet, l'établissement de la défense relative aux qualités requises par l'emploi impose à l'employeur de tenir compte, dans l'élaboration de la norme elle-même, des caractéristiques des groupes que la Charte protège.

Bref, toute norme invoquée comme qualité requise par l'emploi est assujettie au test de l'accommodement raisonnable – qui devrait être intégré à celle-ci.

C. Le régime de prohibition de la discrimination créé par les articles 10, 20 et 49 de la Charte québécoise comporte l'obligation universelle d'accommodement

Invoquant le cas de la discrimination fondée sur le handicap, plusieurs commentateurs, critiques de la jurisprudence négative passée de la Cour suprême sur la question, avaient déjà suggéré, dans le cadre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et des *Human Rights Codes* des provinces de common law, que l'on applique l'obligation d'accommodement à toute forme de discrimination⁴⁵.

43. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (J. McLachlin) (ci-après cité arrêt «Grismer»).

44. *Ibid.*, par. 19 (au souligné de la Cour sur le fait que l'accommodement s'applique maintenant à toutes les formes de discrimination, nous ajoutons nos caractères gras faisant ressortir la nouvelle exigence que celui-ci soit déjà prévu dans des normes qui doivent tenir compte des besoins spécifiques des personnes et des groupes).

45. Voir les auteurs cités aux notes 32, 33, 34 et 41. Au Québec, le professeur Daniel PROULX, cité aux notes 15, 33, 34 et 35, a été le chef de file de cette critique

Dans deux articles que nous avons nous-même publiés à cette époque, outre d'ajouter la nouveauté qu'offrait le cas spécifique de la discrimination fondée sur la grossesse comme exemple à l'appui de cette idée, nous avons assis le fondement de l'obligation d'accommodement sur le texte propre de la Charte québécoise des droits et libertés⁴⁶. Nous avons ainsi montré que ce texte crée un régime de responsabilité pour discrimination qui s'applique indistinctement à ses deux formes, et fait en sorte que l'accommodement doit être considéré en tout temps, quelle que soit la qualification de celle-ci.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Meiorin*⁴⁷, entérine à sa manière cette interprétation en faveur d'un régime de prohibition de la discrimination que nous avons à ce moment qualifié d'unitaire, en optant pour une méthode d'analyse unifiée. En effet, le critère unique de la Cour suprême s'applique d'autant mieux dans le contexte de la *Charte des droits et libertés de la personne* qu'il s'accorde bien avec la logique des articles 10, 20 et 49, qui créent un régime de responsabilité pour discrimination où l'on doit considérer l'obligation d'accommodement dans tous les cas. De fait, on peut rattacher celle-ci à chacun des trois articles: son existence comme corollaire du droit à l'égalité garanti par l'article 10,

son exécution dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi en vertu de l'article 20, ainsi que les moyens de sanction et de réparation prescrits par l'article 49.

D'une part, le régime de prohibition de la discrimination prévu à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* possède un caractère unitaire, dans le sens où il s'applique de la même façon quelle que soit la forme de l'exclusion. Cet article interdit en effet toute discrimination, directe et indirecte, et impose, implicitement, l'obligation de prendre toute mesure susceptible de protéger le droit à l'égalité. Il s'ensuit logiquement que l'obligation d'accommodement doit toujours être considérée.

D'autre part, en vertu de ce principe d'unité, il n'y a pas lieu de distinguer les moyens de défense et de sanction, selon la forme directe ou indirecte de l'exclusion. L'obligation d'accommodement doit être prise en considération dans toutes les situations discriminatoires, et cela, dans le cadre du seul moyen de défense prévu par l'article 20, soit la défense relative aux qualités requises par l'emploi :

Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [...] est réputée non discriminatoire.

proposant l'unification des moyens de défense et de sanction incluant l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination.

46. Maurice DRAPEAU, «De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes», (1998) 32-3 *R.J.T.* 929 et Maurice DRAPEAU «La considération de l'accommodement même en cas de discrimination directe», (1998) 39 *C. de D.* 823.

47. Précité, note 2.

Il est logique de prendre en considération l'obligation d'accommodement dans le cadre de l'examen de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, puisque la finalité du moyen de défense est précisément d'exiger une justification. Or cette défense n'a pas à être acceptée comme ayant été établie avant que l'employeur ait démontré qu'il a fait des efforts pour prendre des mesures raisonnables d'accommodement. L'article 20 est subordonné à l'article 10: si l'obligation d'accommodement est partie constitutive du droit à l'égalité prévu à cet article, elle devient par le fait même un des éléments à considérer pour établir la défense relative aux qualités requises par l'emploi prévue à l'article 20. Indépendamment de la forme que prend la discrimination, la défense sur les qualités requises ne peut être établie sans que soit présentée la preuve de l'existence de contraintes excessives empêchant de prendre des mesures d'accommodement afin de respecter le droit à l'égalité.

Enfin, l'article 49 de la Charte québécoise vient compléter le régime de responsabilité pour discrimination par un régime de sanction centré sur la cessation de l'atteinte et le droit à la réparation.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.

Le propre d'un tel régime étant de sanctionner le manquement à une obligation, l'article 49 de la Charte québécoise confère donc aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la cessation de l'atteinte illicite. Cela se traduit par l'annulation de la norme d'emploi et l'ordonnance que l'employeur la remplace par une autre qui intègre des mesures raisonnables prenant en compte les besoins spécifiques du groupe qui serait autrement victime de discrimination.

L'article 49 sur le droit à la réparation est complété par deux articles que l'on ne cite pas assez souvent. Il faut en effet rappeler que le pouvoir d'annulation de la norme d'emploi discriminatoire est expressément prévu à l'article 13, lequel énonce qu'une clause comportant discrimination dans un acte juridique est sans effet⁴⁸. Quant au pouvoir dévolu au Tribunal des droits de la personne d'émettre l'ordonnance de prendre des mesures d'accommodement, il le détient de l'article 80 qui lui confère la compétence pour ordonner «toute mesure appropriée» et «toute mesure de redressement» jugées adéquates.

L'interprétation contextuelle des articles 10, 20 et 49 de la Charte québécoise, et à plus forte raison lorsqu'on en fait une lecture en lien avec les articles 13 et 80,

48. Voir Maurice DRAPEAU, «Le régime de responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne», (1994) 28 *Thémis* 33, 83.

nous a permis d'y voir la base d'un régime de responsabilité pour discrimination qui s'applique sans distinction à toutes ses formes. Il s'ensuit une exigence commune: à l'étape de l'examen du moyen de défense fondé sur les qualités requises par l'emploi, on doit toujours prendre en considération les mesures qui permettraient d'exécuter l'obligation.

Par conséquent, une norme d'emploi discriminatoire ne saurait être considérée justifiée lorsqu'il apparaît que des mesures d'accommodement favorisant l'égalité en emploi des personnes ou des groupes peuvent être effectivement prises.

CONCLUSION: Proposition d'entériner législativement la reconnaissance jurisprudentielle de l'obligation d'accommodement

Fort du précédent majeur que constitue l'arrêt *Meiorin*⁴⁹, nous pouvons dire que l'obligation d'accommodement s'impose désormais comme moyen d'instaurer l'égalité dans l'emploi dans tous les cas de discrimination.

Pour faire écho à ce développement jurisprudentiel récent, il serait opportun de prévoir expressément l'obligation d'accommodement dans la *Charte des droits et libertés de la personne* en précisant

que cette obligation s'applique à toute forme de discrimination, directe ou indirecte. Même si tel est maintenant l'état du droit, l'inscription d'une telle obligation dans la Charte québécoise aurait une valeur éducative comme déclaration dans un texte fondamental jouissant d'une diffusion de plus en plus large. Nous croyons qu'un article spécifique sur l'accommodement aurait pour effet bénéfique de sensibiliser les employeurs à leur responsabilité de répondre aux besoins particuliers des personnes ou des groupes.

Nous proposons en conséquence de modifier l'article 20 de la Charte québécoise afin d'y inscrire que l'obligation d'accommodement constitue un droit inhérent au droit à l'égalité qui impose, notamment aux employeurs, de mettre en place des mesures s'adaptant aux besoins d'accommodement des personnes bénéficiant de la protection de ce texte fondamental. Il faut aussi préciser qu'une règle ou une pratique discriminatoire ne peut être justifiée comme qualité requise par l'emploi s'il est possible pour l'employeur de prendre des mesures d'accommodement sans que cela n'impose de contrainte excessive à l'entreprise. En outre, comme la preuve de cette dernière constitue une exception au devoir d'accommodement, des exigences strictes doivent être imposées.

49. Précité, note 2.