Document generated on 04/19/2025 7:25 a.m.

Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

RDUS

LES TRENTE PREMIÈRES ANNÉES DE LA *CHARTE CANADIENNE* EN DROIT DE LA FAMILLE

Robert Leckey and Nicholas Bala

Volume 42, Number 3, 2012

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1105994ar
DOI: https://doi.org/10.17118/11143/10278

See table of contents

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)
2561-7087 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Leckey, R. & Bala, N. (2012). LES TRENTE PREMIÈRES ANNÉES DE LA *CHARTE CANADIENNE* EN DROIT DE LA FAMILLE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, *42*(3), 409–457. https://doi.org/10.17118/11143/10278

Article abstract

This paper analyzes the case law in which the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has had a significant impact on Canadian family law. It pursues three objectives. First, it collects for the French-speaking researcher or student the principal judgments on family matters under the *Charter*, from Quebec or elsewhere in Canada, along with references to secondary literature. The judgments are presented in three categories: the definition of spouse, in the common-law provinces and in Quebec; the protection of the child and section 7; and the bonds between parents and children. Second, the text underscores the *Charter's* greater impact in the common-law provinces than in Quebec. Third, substantively, the paper highlights the contrast between the courts' treatment of claims brought by adults and those brought by children or on their behalf.

Tous droits réservés © Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2023

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

ARTICLE

LES TRENTE PREMIÈRES ANNÉES DE LA *CHARTE CANADIENNE* EN DROIT DE LA FAMILLE*

par Robert LECKEY**
Nicholas BALA***

Ce texte analyse la jurisprudence dans laquelle la Charte canadienne des droits et libertés *a eu un effet significatif sur le droit de la famille au Canada. Il a trois objectifs. En premier lieu, il rassemble pour le chercheur ou étudiant francophone les principaux arrêts basés sur la* Charte *en matière familiale, que ce soit au Québec ou ailleurs au Canada, avec des références à la doctrine. Les jugements sont considérés par l'entremise de trois catégories, soit la définition de « conjoint », dans les provinces de common law et au Québec; la protection de l'enfant et l'art. 7; et les liens entre parents et enfants. En deuxième lieu, le texte met en relief l'impact plus profond de la* Charte *dans les provinces de common law qu'au Québec. En troisième lieu, sur le fond, il met en lumière un contraste entre le traitement accordé aux contestations menées par des adultes et celui accordé aux contestations menées par ou au compte des enfants.*

This paper analyzes the case law in which the Canadian Charter of Rights and Freedoms *has had a significant impact on Canadian family law. It pursues three objectives. First, it collects for the French-speaking researcher or student the principal judgments on family matters under the* Charter, *from Quebec or elsewhere in Canada, along with references to secondary literature. The judgments are presented in three categories: the definition of spouse, in the common-law provinces and in Quebec; the protection of the child and section 7; and the bonds between parents and children. Second, the text underscores the* Charter's *greater impact in the common-law provinces than in Quebec. Third, substantively, the paper highlights the contrast between the courts' treatment of claims brought by adults and those brought by children or on their behalf.*

---

*. Ce texte est une version substantiellement remaniée d'un texte préparé pour l'Institut national de la magistrature pour distribution aux juges. Nous croyons qu'il pourrait s'avérer utile à un lectorat plus élargi. Cette recherche a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines. Les auteurs sont redevables à Jérémy Boulanger-Bonnelly pour son aide précieuse pendant la préparation de ce texte.

**. Professeur agrégé et titulaire d'une chaire William Dawson, Faculté de droit et Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Université McGill.

***. Professeur, Faculté de droit, Université Queen's.

SOMMAIRE

Introduction 411

I. La définition de « conjoint » 415
A. Les conjoints de fait 416
B. Les conjoints de même sexe 419
C. La définition de « conjoint » au Québec..... 424
D. Les efforts pour changer les obligations conjugales.. 430
E. La polygamie..... 432

II. La protection de l'enfant et l'article 7 434
A. Le droit des parents de ne pas subir une ingérence injustifiée de l'État 435
B. Les droits parentaux dans les affaires relatives à la protection de l'enfant 440
C. Les droits des enfants dans les affaires relatives à leur protection 442

III. Les liens entre parents et enfants 447
A. Les droits parentaux dans les litiges privés 448
B. L'établissement du lien de la filiation..... 450

Conclusion 453

Introduction

Au cours des années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, des auteurs canadiens se sont interrogés sur son effet éventuel en droit de la famille[1]. Plusieurs questions se posaient : comment le caractère individuel des droits protégés intégrerait-il le droit de la famille, qui traite de relations intimes entre individus? Quel poids donneraient les tribunaux canadiens à la jurisprudence constitutionnelle américaine? L'intérêt manifesté émergeait tant des auteurs québécois que des auteurs des autres provinces[2]. Vers la fin des années 1990, la *Charte* a refaçonné considérablement le droit familial, reflétant et renforçant les changements fondamentaux d'attitude à l'égard de la vie familiale au sein de la population canadienne. Cet impact a cependant été moins prononcé sur le droit familial québécois, comme en témoigne le manque relatif d'attention accordée plus récemment à la *Charte* par la doctrine québécoise. Si le rôle significatif que joue la *Charte* en droit de la famille est désormais reconnu dans les provinces de common law, c'est dans une moindre mesure que les auteurs civilistes semblent avoir considéré les jugements rendus en vertu de cet instrument comme formant un ensemble qui a eu des effets transformateurs[3].

---

1. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c.11 (R.-U.)].
2. Voir par exemple Nicholas BALA et J. Douglas REDFEARN, « Family Law and the Liberty Interest : Section 7 of the Charter of Rights », (1983) 15 *R.D. Ottawa* 274; D.A. Rollie THOMPSON, « Why Hasn't the Charter Mattered in Child Protection », (1989) 8 *Rev. Can. D. Fam.* 133; Stephen TOOPE, « Riding the Fences : Courts, Charter Rights and Family Law », (1991) 9 *Rev. Can. D. Fam.* 55; José WOEHRLING, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille au Québec », (1988) 19 *R.G.D.* 735; Jean RHÉAUME, *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990.
3. L'affirmation, dans la version du texte que nous avions soumise à cette Revue, selon laquelle la doctrine civiliste aurait intégré la *Charte canadienne* parmi les sources du droit de façon moins prononcée que celle des provinces de common law, a divisé les évaluateurs anonymes qui en ont recommandé la publication. L'un de ceux-ci l'a dénoncée comme « réductrice, voire trompeuse »; pour l'autre, l'intérêt du présent texte provenait du fait que « [p]eu d'auteurs ont écrit à propos des impacts de

Par ailleurs, les questions liées à la *Charte* sont souvent complexes sur le plan conceptuel[4]. À tout le moins en partie, ces difficultés conceptuelles découlent du fait que la *Charte* s'attache principalement, entre autres aux articles 7 à 14, à la protection des droits de la personne contre l'ingérence injustifiée de l'État. Dans le domaine familial, cependant, il peut s'agir d'une collectivité – la famille – qui fait face à l'intervention des tribunaux et de

---

la Charte canadienne en droit de la famille ». Des précisions s'imposent donc. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, se réfèrent aux principaux jugements de la Cour suprême du Canada en matière familiale, sans toutefois faire ressortir leur effet cumulatif dans ce domaine, tandis que Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 4e éd., vol.1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, pp.28-32, présente une analyse sous le titre de « L'effet de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille ». De plus, certains auteurs de doctrine, dont Benoît MOORE, ont mentionné l'impact de la *Charte* lorsqu'ils traitaient d'un sujet qui relevait du droit de la famille ou qui le touchait : voir, par cet auteur, « Le droit de la famille et les minorités », (2003-04), 34 *R.D.U.S.* 229; « La discrimination dans le droit québécois de la famille », dans Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination : aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, 265. Aussi, la *Charte* a fait partie d'un plaidoyer en faveur d'un développement du droit : *infra*, note 107. Il n'en demeure pas moins que la doctrine québécoise n'a produit aucun article scientifique consacré à l'impact de la *Charte* en droit familial depuis celui de J. WOEHRLING, « L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille au Québec », préc., note 2, de 1988. En revanche, pour plusieurs auteurs des provinces de common law, les jugements rendus en vertu de la *Charte* en matière familiale constituent un phénomène digne d'être analysé en lui-même. Voir Susan B. BOYD, « The Impact of the Charter of Rights and Freedoms on Canadian Family Law », (2000) 17 *Rev. Can. D. Fam.* 293; Alison Harvison YOUNG, « The Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada », (2001) 80 *R. du B. can.* 749; Nicholas BALA, « The Charter of Rights and Family Law in Canada : A New Era », (2001) 18 *Can. Fam. L.Q.* 373. Voir aussi Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « What a Difference a Decade Makes : The Canadian Constitution and the Family Since 1991 », (2001) 27 *Queen's L.J.* 361; quoique écrit par un juge civiliste, ce texte se concentre sur les développements dans le droit familial des provinces de common law.

4. Voir par exemple Janet DOLGIN, « The Constitution as Family Arbiter : A Moral in the Mess », (2002) 102 *Colum. L. Rev.* 337, qui s'exprime au sujet de l'analyse « confuse et hésitante » adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'examen des questions constitutionnelles relatives à la famille.

l'État. Dans certaines affaires, les juges doivent pondérer les droits constitutionnels des enfants et de leurs parents ou les droits d'un parent par rapport à ceux de l'autre. Une autre difficulté conceptuelle consiste à déterminer la façon de reconnaître et protéger les droits constitutionnels des enfants qui n'ont pas nécessairement la capacité personnelle de les exercer ou d'apprécier pleinement leur situation.

Malgré ces difficultés, les juges et avocats des tribunaux de la famille doivent connaître les questions liées à la *Charte*, tant celles qui se posent directement que celles qui sont reflétées dans ses « valeurs »[5]. Il est particulièrement important que les juges sachent comment la *Charte* peut influencer les affaires de droit de la famille, puisqu'il peut parfois être approprié pour eux de soulever d'office des questions qui s'y rapportent. Cela est particulièrement le cas lorsque les parties – ou un enfant en cause – ne sont pas représentées par un avocat[6]. Par ailleurs, la compétence *parens patriae* inhérente aux cours supérieures – à tout le moins dans les provinces de common law[7] – permet aux juges de rendre des décisions afin de promouvoir l'intérêt de l'enfant[8]. Si on demande seulement au tribunal d'invoquer les « valeurs de la *Char-*

---

5. *Infra*, note 55.
6. Si un juge soulève une question liée à la *Charte* et envisage l'octroi d'une réparation fondée sur la *Charte* en vertu de l'art. 24 ou de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour – comme lorsqu'une partie invoque la *Charte* – doit veiller à ce que le procureur général soit avisé que la question a été soulevée, pour que la question soit pleinement analysée. Voir par exemple *Paluska* c. *Cava* (2002), 59 R.J.O. (3e) 469 (C.A.).
7. Michel MORIN, « La compétence parens patriae et le droit privé québécois : un emprunt inutile, un affront à l'histoire », (1990) 50 *R. du B.* 827.
8. Voir *A.A.* c. *B.B.*, 2007 ONCA 2, 83 R.J.O. (3e) 561, demande d'autorisation d'appel rejetée (*sub nom. Alliance for Marriage and Family v AA*), 2007 CSC 40, [2007] 3 R.C.S. 124, où la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'un enfant pouvait avoir trois parents : la mère biologique, sa conjointe et le père biologique donneur de sperme. Par ailleurs, la Cour d'appel a rejeté des arguments avancés en vertu des arts. 7 et 15 de la *Charte* au motif qu'ils n'avaient pas été plaidés devant le tribunal de première instance. Nonobstant les doutes concernant l'existence du pouvoir *parens patriae* de la Cour supérieure du Québec, les arts. 32 à 34 du C.c.Q. servent de fondement pour la protection des droits de l'enfant et l'avancement de son intérêt.

te » et d'utiliser son pouvoir *parens patriae* afin de combler les « écarts législatifs », l'exigence d'aviser le procureur général de la présentation d'une question constitutionnelle ne s'applique pas. De plus, la décision pourrait alors sembler spécifique et, par conséquent, moins susceptible d'appel.

Le présent exposé analysera la jurisprudence dans laquelle la *Charte* a eu un effet significatif sur le droit de la famille au Canada. Ce texte aura trois objectifs. En premier lieu, il rassemblera pour le chercheur ou étudiant francophone les principaux arrêts basés sur la *Charte* en matière familiale, que ce soit au Québec ou ailleurs au Canada, avec des références – sans prétendre à l'exhaustivité – à la doctrine québécoise et des provinces de common law. En deuxième lieu, le texte mettra en relief l'impact de la *Charte*, plus profond dans les provinces de common law qu'au Québec. Cet impact ne peut, bien évidemment, être abstrait de la fréquence avec laquelle les avocats y recourent dans leurs juridictions respectives. Sans vouloir en limiter indûment la pertinence, il faut noter que ce texte s'adresse davantage au spécialiste en droit familial qu'au constitutionnaliste. Par exemple, nous nous pencherons plus sur l'impact de la jurisprudence en droit de la famille que sur l'effet – aussi important soit-il – sur la relation interinstitutionnelle entre les tribunaux et le législateur[9]. En troisième lieu, sur le fond, nous mettrons en lumière un contraste entre le traitement accordé aux contestations menées par des adultes et celui accordé aux contestations menées par ou au compte des enfants. D'une part, les tribunaux ont accepté des demandes formulées sous le droit à l'égalité relativement à la définition de conjoint (l'art. 15) et le droit à la sécurité de la personne (l'art. 7). D'autre part, dans les affaires concernant les enfants, le droit à l'égalité a eu peu d'effets, contrairement au droit à la protection sous l'art. 7. À ce sujet, deux interrogations pourraient orienter la lecture de ce texte. D'abord, l'usage du droit à l'égalité lorsqu'il est question des couples adultes ne vient-il pas confirmer la place centrale du mariage, l'union paradigmatique à la base de

9. Cette question a notamment été étudiée en lien avec les décisions relatives au mariage des couples de même sexe, qui seront traitées plus loin : *Infra*, notes 29 et 31.

toute comparaison? Ensuite, le rejet répété des demandes fondées sur l'art. 15 par des enfants laisse-t-il transparaître une réticence à accepter les enfants en tant que pleins titulaires de droits?

Nous commencerons par passer en revue les contestations fondées sur la *Charte*, dont la plupart reposent sur le droit à l'égalité garanti par l'art. 15, concernant la définition de conjoint ou les obligations qui en découlent (I). Ensuite, nous traiterons de la protection de l'enfance, où l'application de l'art. 7 entre en jeu. Cette partie rappellera la reconnaissance du droit des parents d'être à l'abri de l'ingérence indue de l'État et circonscrira la nature des droits procéduraux (II). Enfin, plus brièvement, le texte offrira un aperçu de la jurisprudence relative aux liens entre parents et enfants. Il sera question de la conjugaison de l'exercice de l'autorité parentale avec la liberté religieuse, de l'inscription parentale sur l'acte de naissance et de la connaissance des origines (III). La conclusion comportera une brève réflexion sur l'effet apparemment moindre de la *Charte* sur le droit de la famille au Québec et signalera quelques matières aptes à stimuler d'autres demandes sous la *Charte*.

I. La définition de « conjoint »

Historiquement, « conjoint » signifiait un époux ou une épouse. Au cours du dernier demi-siècle, ce concept a considérablement évolué dans la plupart des sociétés occidentales. Reflétant et renforçant le changement des attitudes et des comportements sociaux, la *Charte* a joué un rôle important dans l'émergence au Canada de l'une des approches du concept de « conjoint » les plus larges dans le monde. L'article 15 a été invoqué pour mettre fin à la discrimination contre ceux qui cohabitent dans le cadre de relations intimes hors du mariage hétérosexuel traditionnel.

Dans les provinces de common law, la *Charte* a d'abord été invoquée afin d'assimiler les conjoints de fait aux époux, du moins dans certaines situations (A). Ensuite, le droit à l'égalité des gais et lesbiennes a été plaidé afin de les inclure dans la catégorie des conjoints de fait et de leur octroyer éventuellement le droit de se

marier (B). Nous traiterons séparément des litiges concernant la définition de conjoint au Québec, étant donné le cadre distinctif du Code civil et la chronologie différente (C). Tel que nous le montrerons, il y a cependant des limites dans ce contexte à la portée que les juges accordent aux exigences constitutionnelles d'égalité de traitement. Des efforts visant à utiliser la *Charte* afin d'altérer non pas la définition de conjoint, mais plutôt les obligations qui y sont afférentes ont échoué (D). De plus, l'hypothèse selon laquelle la *Charte* empêche le Parlement du Canada de sanctionner l'union de plus de deux conjoints a été rejetée (E). C'est dans cette partie que se pose la question à savoir si la série de jugements mettant en cause le droit à l'égalité n'aurait pas confirmé la place centrale du mariage, à partir duquel s'effectuerait dans plusieurs cas toute comparaison.

A. Les conjoints de fait

Au cours des années 1970, les législateurs des provinces de common law ont commencé à reconnaître le droit de réclamer des aliments aux conjoints de fait de sexe opposé, à la suite de la rupture de leur union[10]. Dans une série de décisions rendues à partir de 1980, la Cour suprême du Canada a conclu que les réclamations relatives aux biens entre les conjoints de fait devaient être tranchées en fonction de leurs contributions à l'union, y compris les contributions aux tâches ménagères[11]. Dans la décision qu'elle

10. Certaines provinces, comme le Manitoba, avaient des dispositions législatives, au moins depuis les années 1950, permettant aux conjoints de fait de demander une pension alimentaire pour « conjoints » lorsque des enfants étaient nés de cette union.

11. Voir *Pettkus* c. *Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, et plusieurs décisions de common law rendues au fil des ans, dont tout récemment l'arrêt *Kerr* c. *Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269 [*Kerr*]. Les anciens conjoints de fait ont obtenu un certain recours – quoique limité – en vertu des dispositions du Code civil sur les sociétés en participation (*Beaudoin-Daigneault* c. *Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2) et sur l'enrichissement injustifié (*B. (M.)* c. *L. (L.)*, [2003] R.D.F. 539 (C.A.); *Barrette* c. *Falardeau*, 2010 QCCA 989, [2010] R.D.F. 243; *C.L.* c. *J.Le.*, 2010 QCCA 2370; Brigitte LEFEBVRE, « Union de fait », dans JurisClasseur Québec, coll. «Droit civil», *Personnes et famille*, fasc. 28, Montréal, LexisNexis Canada, nos 39-45, pp.27-30). D'ailleurs, des interrogations ont été soulevées quant à

a rendue en 1995 dans *Miron* c. *Trudel*[12], la Cour a conclu qu'aux fins de la réclamation de prestations en vertu d'une police d'assurance prescrite par la loi, les législatures étaient tenues en vertu de l'art. 15 de la *Charte* d'accorder aux conjoints de fait de sexe opposé les mêmes droits que les époux. La décision rendue en 1998 par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Taylor* c. *Rossu* invoquait l'arrêt *Miron* pour conclure que l'exclusion des conjoints de fait de la définition de « conjoint » dans la loi provinciale en matière de pension alimentaire constituait une discrimination contraire à l'art. 15 de la *Charte*[13]. L'Alberta est ensuite devenue la dernière province de common law à modifier une bonne partie de sa législation pour inclure dans la définition de « conjoints » les conjoints de sexe opposé vivant dans une union « de type conjugal »[14].

En 2002, la Cour suprême a néanmoins freiné cette assimilation des conjoints de fait aux époux dans les provinces de common law. L'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général)* c. *Walsh*[15] a

---

l'effet que l'affaire *Kerr* devrait avoir en droit québécois. Voir par exemple Violaine BELZILE, « Enrichissement injustifié et action *de in rem verso* entre conjoints de fait — Comme si l'amour allait durer toujours », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec (dir.), *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p.21; Robert LECKEY, « Unjust Enrichment and *De Facto* Spouses », 114 *R. du N.* [à paraître en 2012].

12. [1995] 2 R.C.S. 418 [*Miron*].
13. 1998 ABCA 193, 216 A.R. 348.
14. *Domestic Relations Amendment Act,* S.A. 1999, c. 20, s. 2.
15. 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325 [*Walsh*]. Voir généralement M. TÉTRAULT, *Droit de la famille*, préc., note 3, pp.857-69. Ce jugement a suscité de sévères critiques : voir par exemple Hester LESSARD, « Charter Gridlock : Equality Formalism and Marriage Fundamentalism », (2006) 33 *Supreme Court L.R.* (2e) 291; Carol J. ROGERSON, « Developments in Family Law : The 2002-2003 Term », (2003) 22 *Supreme Court L.R.* (2e) 273; Heather CONWAY et Philip GIRARD, « "No Place Like Home" : The Search for a Legal Framework for Cohabitants and the Family Home in Canada and Britain », (2005) 30 *Queen's L.J.* 715. Pour des préoccupations à l'égard des enfants nés des unions de fait suite à cette décision, voir Dominique GOUBAU, Ghislain OTIS et David ROBITAILLE, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses "dommages collatéraux" », (2003) 44 *C. de D.* 3. Pour la suggestion selon laquelle il serait

circonscrit l'effet de l'arrêt *Miron*, en déclarant qu'étant donné que les conjoints de fait avaient « décidé » de ne pas se marier, il n'était pas discriminatoire de les priver du statut de « conjoint » pour l'application des dispositions législatives en matière de biens matrimoniaux. Après l'arrêt *Walsh,* la pression en faveur de mesures législatives s'est atténuée, et le traitement des conjoints de fait varie considérablement d'une juridiction à l'autre. Au Manitoba et en Saskatchewan, par exemple, les lois adoptées avant l'arrêt *Walsh* prévoient l'égalité virtuelle entre les conjoints de fait et les époux[16], tandis que dans la plupart des territoires, l'union libre est considérée comme un « mariage léger », assortie de certains des droits et obligations du mariage. Au Québec, la loi ne reconnaît pratiquement pas l'union de fait dans son droit privé de la famille, état de fait qui sera abordé plus loin sous l'angle de la *Charte*. Deux ans après *Walsh*, la Cour suprême a rejeté une autre contestation sur la base de l'état matrimonial. Elle a décidé dans *Hodge* c. *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*[17] que, pour les fins d'une prestation du survivant sous le Régime de pensions du Canada, les anciens conjoints de fait étaient comparables non pas aux époux séparés, mais plutôt aux anciens époux divorcés.

Considérés dans leur ensemble, les jugements de la Cour suprême qui traitent des conjoints de fait essaient de concilier – d'une manière qui ne convainc pas tout le monde – une sensibilité à leur vulnérabilité potentielle avec un respect de l'autonomie qui permet à chacun de façonner sa vie intime. Or, les conjoints de fait de sexes différents ne sont pas les seuls à s'être tournés vers la *Charte* afin de contester les contours d'un droit familial qui semblait les exclure de façon injustifiée. Les gais et lesbiennes ont aussi plaidé le droit à l'égalité que leur garantit la *Charte*.

approprié de restreindre sa portée au partage des biens en en soustrayant la protection de la résidence familiale, voir Robert LECKEY, « Gimme Shelter », (2011) 34 *Dal. L.J.* 197.

16. Voir plus récemment la *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25.

17. 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357.

B. Les conjoints de même sexe

Après l'introduction de la *Charte*, la plupart des législateurs étaient prêts à s'attaquer aux problèmes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans certains domaines tels que l'emploi[18]. Il y avait toutefois une réticence sur le plan politique à adopter des lois visant les distinctions découlant de l'orientation sexuelle dans le contexte familial. À la fin des années 1980, la demande de reconnaissance juridique des unions entre conjoints de même sexe s'est accentuée et les tribunaux canadiens ont commencé à reconnaître de façon limitée ces unions pour l'application du droit de la famille. En 1986, par exemple, un tribunal de la Colombie-Britannique a conclu qu'un conjoint de même sexe pouvait utiliser la fiducie par interprétation de la même façon qu'un conjoint de sexe opposé afin de présenter une réclamation à l'égard de biens acquis pendant une union libre[19].

La première affaire dans laquelle une personne faisant partie d'un couple de même sexe est parvenue à se faire reconnaître comme « conjointe » en vertu de la *Charte* concernait le droit de l'adoption. Il s'agissait d'une décision de première instance rendue par un tribunal ontarien en 1995, dans laquelle il a conclu que le fait de ne pas permettre aux conjointes de mères lesbiennes d'adopter un enfant comme « belles-mères » contrevenait à l'art. 15 de la *Charte*[20]. Il a donc remédié à cette discrimination en interprétant la loi qui régissait l'adoption de façon à accorder cette permission. Les couples lesbiens participant à cette affaire vivaient dans des « unions conjugales engagées » depuis longtemps et les enfants avaient été conçus au moyen de l'insémination artificielle, les couples respectifs décidant de la conjointe qui leur donnerait naissance. Le juge Nevins a souligné qu'en faisant en sorte que les enfants aient deux parents en droit, son approche favorisait leur intérêt[21].

---

18. Voir *Vriend* c. *Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.
19. *Anderson* c. *Luoma* (1986), 50 R.F.L. (2e) 127 (C.S.C.-B.).
20. *K. (Re)* (1995), 23 R.J.O. (3e) 679 (C. prov.).
21. Il est intéressant d'observer les approches divergentes prônées par la doctrine au sujet de ce développement. Comparer l'accent mis sur

Au début des années 1990, les politiciens et les juges n'étaient toujours pas prêts à accorder le statut de conjoint aux conjoints de même sexe. En 1993, un tribunal ontarien a rejeté une contestation fondée sur la *Charte* qu'avait présentée un couple de même sexe qui soutenait qu'on avait porté atteinte à ses droits constitutionnels en lui refusant une autorisation de mariage[22]. La Cour divisionnaire a conclu que puisque la définition de « mariage », établie en common law par la décision du XIXe siècle *Hyde* c. *Hyde*[23], était une union entre « un homme et une femme », il n'était pas discriminatoire d'interdire aux conjoints de même sexe de se marier. Selon la Cour, les [TRADUCTION] « principaux objectifs de l'institution du mariage » sont la procréation et l'éducation des enfants, qui ne peuvent pas être [TRADUCTION] « réalisés dans le cadre d'une union homosexuelle », et [TRADUCTION] « cette réalité est reconnue par la restriction du mariage aux personnes de sexe opposé »[24]. D'ailleurs, la dissidence vigoureuse de la juge Greer a laissé présager les futures approches judiciaires.

---

l'importance de cette décision pour l'évolution de la jurisprudence par Robert WINTEMUTE, « Sexual Orientation and the Charter : The Achievement of Formal Legal Equality (1985-2005) and Its Limits », (2004) 49 *R.D. McGill* 1143, avec les réticences exprimées dans la doctrine québécoise à l'idée que l'égalité s'insinue dans le domaine de la filiation. Voir par exemple Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, nº 301, p.240, nº 304, p. 244. Pour un résumé des différents discours, voir Marie-France BUREAU, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p.154. Le législateur québécois a par ailleurs confirmé que deux personnes du même sexe peuvent adopter un enfant ensemble (art. 578.1 C.c.Q.). Cette question avait été abordée avant 2002, puisque le Code prévoyait déjà à l'art. 546 que l'adoption par une personne majeure puisse se faire « avec une autre personne », sans exigence explicite qu'elles soient de sexes différents. Voir Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, nº 25, 44-47.

22. *Layland* c. *Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)* (1993), 14 R.J.O. (3e) 658 (C. div.).

23. (1866), [L.R.] 1 P. & D. 130.

24. *Layland* c. *Ontario (Minister of Consumer & Commercial Relations)*, préc., note 22, 666.

En 1999, dans *M.* c. *H.*[25], la Cour suprême a confirmé des décisions d'instances inférieures selon lesquelles le défaut par la législation familiale provinciale de permettre aux conjoints de même sexe vivant en union libre de demander des aliments de la même façon que les conjoints de fait de sexe opposé constituait de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour suprême a bien pris soin de faire remarquer qu'elle ne comparait pas les conjoints de même sexe aux époux. Toutefois, le fait que la Cour ait qualifié l'exclusion législative des couples de même sexe d'affront à leur « dignité humaine » laissait entrevoir la façon dont les affaires futures seraient abordées. En réponse à cet arrêt, les gouvernements fédéral et provinciaux ont adopté des lois accordant aux conjoints de même sexe la même reconnaissance que les conjoints de fait de sexe opposé[26]. Une autre initiative a consisté à créer un régime de partenariat enregistré afin de permettre aux conjoints de même sexe de se faire attribuer bon nombre des droits et obligations afférents au mariage[27].

Après la décision rendue dans *M.* c. *H.*, des couples de même sexe de plusieurs provinces et territoires ont déposé des de-

---

25. [1999] 2 R.C.S. 3. Voir par exemple Brenda COSSMAN, « Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2002) 40 *Osgoode Hall L.J.* 223.
26. Voir par exemple *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12; *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14.
27. La Nouvelle-Écosse et le Manitoba ont adopté des lois permettant l'inscription des unions conjugales : voir *An Act to Comply with Certain Court Decisions and to Modernize and Reform Laws in the Province*, S.N.S. 2000, c. 29, art.3; *Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, c. 48, art.23, créant un régime d'inscription en vertu de la *Loi sur les statistiques de l'état civil*. À la suite de *M. c. H.*, préc., note 25, le Québec a adopté la loi la plus exhaustive afin de créer un « substitut au mariage », reflétant non seulement les droits et obligations du mariage, mais aussi leur célébration : *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6. Voir Alain ROY, « Le partenariat civil, d'un continent à l'autre », (2002) 54 *R.I.D.C.* 759; Nicholas KASIRER, « Convoler en justes noces », dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 29.

mandes, fondées sur la *Charte*, sollicitant le droit de se marier. En 2004, les tribunaux de huit provinces et de deux territoires avaient reconnu que le fait de les priver de ce droit violait l'égalité que leur garantissait la *Charte*. Dans son jugement unanime dans l'affaire *Halpern* c. *Canada (Attorney General)*[28], la Cour d'appel de l'Ontario s'est fondée en partie sur la décision rendue par la Cour suprême dans *Walsh*, qui avait souligné l'importance du « choix » des conjoints de sexe opposé de se marier ou de vivre en union libre. Au-delà de l'analyse sur le fond, le jugement est aussi remarquable par l'effectivité immédiate de sa reformulation de la règle de common law, permettant d'emblée le mariage des couples de même sexe[29].

Plutôt que d'interjeter appel contre l'arrêt *Halpern* et les autres décisions allant dans le même sens, le gouvernement fédéral a présenté un renvoi à la Cour suprême. Dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*[30], la Cour a énoncé, à

---

28. (2003), 65 R.J.O. (3e) 201, par.104-107 (C.A.) [*Halpern*]. Cette affaire a été discutée par plusieurs auteurs. Voir par exemple Nicholas BALA, « Controversy over Couples in Canada : The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships », (2003) 29 *Queen's L.J.* 41; Monte Neil STEWART, « Judicial Redefinition of Marriage », (2004) 21 *Rev. Can. D. Fam.* 11; F.C. DECOSTE, « The Halpern Transformation : Same-Sex Marriage, Civil Society, and the Limits of Liberal Law », (2003) 41 *Alta. L. Rev.* 619; Katherine OSTERLUND, « Love, Freedom and Governance : Same-Sex Marriage in Canada », (2009) 18 *Soc. & Legal Stud.* 93.

29. Voir par exemple Alex VAN KRALINGEN, « The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage : EGALE, Halpern, and the Relationship between Suspended Declarations and Productive Political Discourse about Rights », (2004) 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149; Kent W. ROACH, « Dialogic Judicial Review and Its Critics », (2004) *Supreme Court L.R.* (2e) 49.

30. 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698. La Cour suprême a par ailleurs confirmé que la liberté de religion telle que garantie par l'alinéa 2a) de la *Charte* protège les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe, à l'encontre de leurs croyances religieuses. Par contre, la Cour d'appel de la Saskatchewan est d'avis que la liberté de religion ne permet pas aux commissaires de mariages civils de refuser de marier deux personnes du même sexe sur la base de leurs croyances religieuses : *Reference re Saskatchewan (Marriage Act, Marriage Commissioners)*, 2011 SKCA 3, 366 Sask. R. 48. Il y a aussi eu une discussion secondaire quant à l'effet de l'alinéa 2a) dans l'affaire *Halpern*, préc., note 28, par.51-58 : la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la préten-

titre consultatif, son avis selon lequel le Parlement du Canada pourrait adopter une loi permettant le mariage entre personnes du même sexe. D'ailleurs, elle a indiqué son appui au mariage entre personnes du même sexe, soulignant entre autres l'importance de la « protection » des droits acquis des conjoints de même sexe qui s'étaient déjà mariés. Du point de vue de la séparation des pouvoirs, il était utile que la Cour refuse de se prononcer sur la question de savoir si la *Charte* exigeait la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe, laissant au législateur le soin d'adopter une loi le permettant[31]. L'adoption par le législateur de la *Loi sur le mariage civil* en 2005 reflétait la reconnaissance, par la majorité des politiciens fédéraux canadiens, qu'un mariage entre personnes de même sexe constituait un aspect important de la reconnaissance des droits de la personne au pays[32]. Si la définition de « conjoint » dans les provinces de common law, question qui relève de compétence provinciale, a engendré des litiges au sujet de l'accès au mariage, question qui relève plutôt de la compétence du Parlement du Canada, il en a été tout autrement au Québec.

C. La définition de « conjoint » au Québec

L'incidence d'union libre est plus élevée au Québec que dans les autres provinces. Plus précisément, au Québec, 31,5 % des familles de recensement étaient composées de couples vivant en union libre, tandis que la moyenne observée dans les autres

---

tion selon laquelle la définition restrictive du mariage portait atteinte à la liberté de religion d'une église libérale dont la doctrine reconnaissait les couples de même sexe.

31. Pour discussion, voir John P. McEvoy, « Refusing to Answer : The Supreme Court and the Reference Power Revisited », (2005) 54 *R.D.U.N.-B.* 29; Grant Huscroft, « Political Litigation and the Role of the Court », (2006) 34 *Supreme Court L.R.* (2e) 35.

32. L.C. 2005, c. 33. Pour la décision selon laquelle un partenariat civil célébré au Royaume-Uni, où le mariage demeure restreint aux couples de sexe différent, devrait être reconnu comme un mariage pour les fins de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2e suppl.), ainsi que la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F-3, afin de ne pas attribuer au choix du Parlement britannique des effets discriminatoires au Canada, voir *Hincks* c. *Gallardo*, 2013 ONSC 129.

provinces était de 12,1 %[33]. Le Québec fut par ailleurs la première province à interdire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dans sa *Charte des droits et libertés de la personne*[34]. Toutefois, elle fut la dernière province à devenir le théâtre d'une contestation fondée sur la *Charte* concernant la discrimination contre les conjoints de fait et la seule province où un litige constitutionnel sur les droits des couples gais et lesbiens a précédé un litige relatif aux conjoints de fait.

Avant le jugement rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Halpern*, la Cour supérieure du Québec avait conclu que le défaut de permettre aux conjoints de même sexe de se marier constituait une atteinte injustifiable aux droits à l'égalité garantis par la *Charte* aux hommes gais et aux lesbiennes[35]. Or, la définition de mariage qui était contestée dans le litige québécois n'était pas celle de common law du XIXe siècle contestée dans d'autres provinces. Elle provenait plutôt d'une loi adoptée par le Parlement du Canada en 2001[36]. Cette distinction dans la source et la forme de la définition restrictive du mariage est importante dans la mesure où l'on pourrait penser que la définition de common law en cause dans *Halpern* n'avait pas de racines démocratiques et que, par conséquent, sa modification par des juges n'empiétait pas sur le domaine du législateur[37]. Les litiges au Québec portaient sans conteste sur une définition qui était le fruit d'un processus législatif du XXIe siècle, quoiqu'il ait été présenté aux députés dans le

---

33. Statistique Canada, *Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada : Familles, ménages et état matrimonial, Recensement de la population de 2011*, nº 98-312-X2011001, Ottawa, 2012, p.6. Voir aussi Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Portrait des familles québécoises à l'horizon 2020. Esquisse des grandes tendances démographiques », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, 71, aux pp. 80-86.
34. L.R.Q., c. C-12 [*Charte québécoise*].
35. *Hendricks* c. *Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506, par.155 (C.S.), modifiée par *Ligue catholique pour les droits de l'homme* c. *Hendricks*, [2004] R.J.Q. 851 (C.A.).
36. *Loi d'harmonisation nº 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art.5.
37. *Halpern*, préc., note 28, par.151.

cadre de l'initiative plutôt technique de l'harmonisation du droit fédéral au *Code civil du Québec*. Qui plus est, dans cette province, le mariage pour les couples gais et lesbiens a suivi la réforme législative de 2002, qui avait instauré non seulement l'institution de l'union civile, mais aussi de nouvelles règles en matière de filiation, afin de reconnaître les parents de même sexe[38].

Une contestation est survenue contre la distinction qu'entretient le législateur québécois entre les conjoints de droit (mariés ou unis civilement) et les conjoints de fait pour les fins du droit de la famille. Au Québec, la plupart des politiques et des lois sociales traitent les conjoints de fait de la même façon que les conjoints de droit[39]. Toutefois, contrairement à la situation qui prévaut dans le reste du Canada, les conjoints de fait n'ont aucun recours les uns contre les autres en vertu du droit commun de la famille. La contestation de la validité constitutionnelle du droit québécois relatif aux obligations conjugales a pris naissance dans un litige appelé *Éric* c. *Lola* par les médias, en raison d'une ordonnance de non-publication de l'identité des parties. Une femme qui avait vécu avec un homme pendant sept ans et avait eu avec lui trois enfants alléguait la discrimination fondée sur l'état matrimonial, puisqu'elle ne pouvait réclamer des aliments ni demander le partage des biens matrimoniaux.

La juge de première instance a rejeté l'ensemble des allégations[40]. La juge Hallée a déclaré que l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Walsh* avait déterminé que le « choix » était fondamental en ce qui avait trait aux obligations des conjoints entre eux[41]. La Cour d'appel du Québec a accueilli en partie

---

38. Voir P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE, *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, préc., note 27.
39. M. TÉTRAULT, *Droit de la famille*, préc., note 3, p. 854.
40. *Droit de la famille—091768*, 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070.
41. *Id.*, par. 276. Pour une analyse qui appuierait l'emphase de la juge de première instance sur la liberté des conjoints de fait, voir J. PINEAU et M. PRATTE, *La famille*, préc., note 3, nº 379, 548-53. Comparer la critique selon laquelle la juge de première instance n'a pas tenu suffisamment compte de la réalité des femmes : Louise LANGEVIN, « Liberté de choix et

l'appel de la requérante. Sous la plume de la juge Dutil, elle a interprété l'arrêt *Walsh* comme réglant les demandes constitutionnelles en faveur du partage des biens matrimoniaux en vertu de la loi. En revanche, elle a conclu que la non-application aux conjoints de fait du droit de réclamer des aliments constituait une discrimination injustifiable[42]. D'ailleurs, la Cour d'appel a considéré que cette exclusion consacrait le stéréotype voulant que leurs unions soient moins valables que celles des époux et des conjoints unis civilement[43].

Dans un volumineux jugement fortement divisé, une mince majorité de la Cour suprême a accueilli les pourvois du Procureur général du Québec et de l'homme, qui avaient attaqué la conclusion quant à l'inconstitutionnalité de l'article 585 du Code civil, et rejeté le pourvoi de la femme, qui s'était objectée à la conclusion selon laquelle l'application restreinte du partage des biens était valide[44]. Selon la juge Abella, l'arrêt *Walsh* n'était plus persuasif et l'exclusion des conjoints de fait des mesures protectrices du droit de la famille était discriminatoire à leur égard. À son avis, les conjoints de fait présentent les caractéristiques qui avaient motivé l'établissement des garanties accordées aux conjoints unis formel-

---

protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie », (2009) 54 *R.D. McGill* 697.

42. *Droit de la famille—102866*, 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259. Sur l'origine de cette distinction pour le droit québécois dans l'arrêt *Walsh*, voir Robert LECKEY, « Cohabitation and Comparative Method », (2009) 72 *Mod. L. Rev.* 48.

43. *Droit de la famille—102866*, préc., note 42, par.96. Qu'une seule disposition, l'art. 585 C.c.Q., énonce l'obligation alimentaire réciproque des parents et enfants ainsi que pour les conjoints de droit, affaiblit la prétention voulant que le devoir des époux et des conjoints unis civilement naît du seul consentement. En outre, selon quelques observateurs, le caractère obligatoire du régime du patrimoine familial, au cœur des effets du mariage en droit québécois, distingue ce régime des règles supplétives qui avaient été caractérisées par la majorité dans *Walsh* comme relevant du choix personnel des époux. Voir Benoît MOORE, « Variations chromatiques : l'union de fait entre noir et blanc », dans Générosa Bras MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, 101.

44. *Québec (Procureur général)* c. *A*, 2013 CSC 5.

lement. D'ailleurs, elle a rejeté la compréhension du droit familial selon laquelle la préoccupation principale du législateur était le libre choix. Pour elle, le caractère impératif du régime de la prestation compensatoire et de celui du patrimoine familial faisait ressortir la priorité qu'a accordée le Québec aux préoccupations relatives à la protection des conjoints vulnérables par rapport à d'autres valeurs comme la liberté de choix. Sur la question de la discrimination, quatre autres juges y ont souscrit. Or, ces cinq juges qui s'accordaient quant à l'effet discriminatoire de l'application restreinte des droits et obligations conjugales étaient divisés par rapport à la justification du choix législatif sous l'article premier. Pour la juge Abella, le choix législatif était injustifié, toutes mesures contestées confondues. En particulier, d'après elle, l'exclusion totale des conjoints de fait ne portait pas atteinte à leur droit à l'égalité de façon minimale. Elle a suggéré qu'une présomption d'inclusion dans un régime, duquel des conjoints pourraient se soustraire de façon consensuelle, enfreindrait moins le droit à l'égalité et protègerait mieux les conjoints les plus vulnérables. En revanche, pour la juge en chef McLachlin, l'exclusion totale des conjoints de fait était justifiable, eu égard à l'objectif légilégislatif de promouvoir l'autonomie et le libre choix des couples québécois. Elle s'est montrée sensible à la responsabilité constitutionnelle de chaque législateur provincial de légiférer pour sa propre population. D'ailleurs, elle a souligné la nécessité de laisser au législateur une certaine latitude quant aux questions sociales difficiles. Entre ces deux positions, la juge Deschamps a repris la distinction entre l'obligation alimentaire et le partage des biens qu'avait favorisée la Cour d'appel, cette fois non pas à l'étape de la discrimination mais plutôt de sa justification. Selon son analyse, appuyée par deux autres juges, l'exclusion des conjoints de fait du partage des biens était justifiée, tandis que l'application restreinte de l'obligation alimentaire ne l'était pas. Elle a misé sur la vocation de l'obligation alimentaire d'aider à pourvoir aux besoins fondamentaux de tous les membres de l'unité familiale. Par ailleurs, le juge LeBel, avec l'accord de trois autres juges, aurait rejeté toute réclamation sous l'article 15 de la *Charte*. D'après lui, l'exclusion des conjoints de fait des droits et obligations applicables aux conjoints de droit respectait leur liberté. La distinction lourde de

sens entre les conjoints de droit et les conjoints de fait ne perpétuait pas un préjugé à l'égard des derniers et ne leur appliquait pas non plus un stéréotype. Pour résumer, la majorité de cinq des neuf juges qui a confirmé la validité du droit actuel s'est donc composée de quatre juges qui n'y voyaient aucune discrimination et d'une pour laquelle la discrimination était néanmoins justifiée.

L'analyse profonde que mérite ce jugement prendra du temps. Quelques constats peuvent toutefois être faits. Le législateur est libre de continuer de tracer sa propre voie en droit de la famille – un mélange de protection vigoureuse d'ordre public pour les conjoints de droit et de consensualisme presque illimité pour les conjoints de fait –, une voie profondément différente de celle qui a été suivie dans les autres provinces. En revanche, une confirmation de la discrimination par rapport à l'obligation alimentaire – résultat prôné par quatre juges –, aurait entraîné un changement aux règles touchant de nombreux ménages dans la province et miné le bien-fondé d'au moins quelques autres dispositions du Code civil[45]. Par ailleurs, l'impératif d'intégrer les conjoints de fait dans le livre du Code civil portant sur la famille aurait posé un défi de taille pour le législateur, car les droits et obligations familiaux découlent des états civils qui sont formellement établis[46]. Par exemple, lorsqu'il reconnaît les devoirs des époux, des conjoints unis civilement et des parents en ligne directe au premier degré, le titre portant sur l'obligation alimentaire se réfère aux titres précédents du même livre et aux états civils qui y sont définis[47]. Le législateur aurait donc pu devoir définir l'union de fait dans le Code, à moins qu'il ne se fût contenté de la définition supplétive qui se trouve depuis 2002 dans la *Loi d'interprétation*[48]. Ce sont donc les présupposés bien intentionnés

45. C.c.Q., art. 653, 684 et suiv.
46. Si en droit civil les faits jouent un rôle capital dans la possession constante d'état, notamment pour les fins de la filiation, ils ne produisent des effets juridiques que par l'intermédiaire du rapport de la parenté dont ils sont un indice. Voir Gérard CORNU, *La famille*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2006, no 205, p. 344.
47. C.c.Q., art. 585 et suiv.
48. L.R.Q., c. I-16, art.61.1. Voir B. LEFEBVRE, « Union de fait », préc., note 11, nos 4-6, 7-9.

de tout un régime que l'affaire risquait de remettre en question[49]. En contraste, le droit de la famille des provinces de common law n'est pas construit au même degré autour de concepts constants[50]. Malgré cela, une conclusion de discrimination par rapport au partage des biens familiaux aurait pu mettre en doute la validité des lois en vigueur non seulement au Québec, mais également dans plusieurs provinces de common law. De toute façon, ces débats demeurent ancrés dans la définition de la classe à laquelle s'appliquent les droits et obligations conjugaux. Si le jugement dans l'affaire des conjoints de fait québécois témoigne d'une hésitation à se servir de la *Charte* afin de s'immiscer dans le domaine du législateur par rapport à la définition de la classe qui est assujettie au droit conjugal, les juges semblent se montrer d'autant plus réticents lorsqu'il est question de l'effet de la *Charte* sur le contenu de ces droits et obligations, tel qu'illustré dans la section suivante.

---

49. Même s'il ne s'agissait pas d'une contestation de la définition de conjoint, une autre affaire intéressante illustrant l'impact de la *Charte* par rapport aux décisions législatives en matière familiale portait sur le contrôle judiciaire du refus par le Directeur de l'état civil de permettre à une épouse d'adopter le nom de son mari. L'art. 393 du *Code civil du Québec* prévoit, en tant que matière d'ordre public, que les époux conservent leurs noms respectifs en mariage. La Cour supérieure a convenu que les motifs religieux sincères de la demanderesse voulant adopter le nom de son mari justifiaient un accommodement dans son cas : *Gabriel* c. *Directeur de l'état civil*, [2005] R.J.Q. 470 (C.S.).

50. Par exemple, la *Loi sur le droit de la famille*, préc., note 32, élargit la définition de « conjoint » afin d'inclure les conjoints de fait aux fins de l'obligation alimentaire (mais non en ce qui concerne les biens familiaux) (art. 29) et élargit la définition d' « enfant » au-delà de celle qui s'applique en matière de « filiation » telle que régie par la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12. Sur les modes de règlementation formel et fonctionnel qui sont respectivement favorisés par les législateurs du Québec et des provinces de common law en matière familiale, voir Robert LECKEY, « Family Outside the Book on the Family », (2009) 88 *R. du B. can.* 545, 547-55. Voir aussi, sur l'approche fonctionnelle des législateurs de common law, Nicholas BALA et Rebecca Jaremko BROMWICH, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family », (2002) 16 *Int'l J. L. Pol'y & Fam.* 145.

D. Les efforts pour changer les obligations conjugales

Si les tribunaux sont prêts à invoquer la *Charte* pour étendre la catégorie de personnes qui peuvent invoquer le statut de conjoint, ils ont rejeté à quelques reprises les tentatives de recourir à la Constitution pour changer la nature des obligations familiales créées par la loi.

Une récente affaire québécoise souligne la réticence des juges à permettre que la *Charte* modifie les obligations imposées par la législation en matière familiale. Des femmes divorcées résidant au Québec ont présenté une demande contestant pour cause de discrimination le décret par lequel le gouvernement fédéral a reconnu les *Lignes directrices du Québec relatives aux pensions alimentaires pour enfants* pour l'application de la *Loi sur le divorce* dans cette province. Si les anciens conjoints avaient vécu dans une autre province, les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* se seraient appliquées et leur auraient octroyé une pension alimentaire beaucoup plus élevée dans leurs affaires respectives (mais non pas pour tous les groupes de parents divorcés gardiens). La juge a conclu à l'atteinte au droit des demanderesses à l'égalité, garanti par l'art. 15, mais elle a jugé en vertu de l'article premier que le fédéralisme coopératif justifiait la discrimination. La Cour d'appel a toutefois rejeté le pourvoi sur la base que le traitement différent dont il est question n'est pas fondé sur un motif analogue[51]. De même, des demandes alléguant la discrimination dans des cas où les lois imposent l'obligation de fournir des aliments aux enfants adultes des conjoints divorcés, mais non pas aux parents dans les familles intactes, ont été rejetées par les tribunaux en Ontario et au Manitoba[52].

Par ailleurs, les tribunaux ont convenu que certaines instances matrimoniales doivent être conformes à l'exigence, selon l'art. 7 de la *Charte*, de respect des « principes de justice fonda-

---

51. *Droit de la famille—139*, 2013 QCCA 15.
52. *Souliere* c. *Leclair* (1998), 38 R.F.L. (4e) 68 (C.j. Ont. (Div. gén.)); *Rebenchuk* c. *Rebenchuk*, 2005 MBQB 128, 194 Man. R. (2e) 275, conf. par 2007 MBCA 22, 212 Man. R. (2e) 261.

mentale ». Ce besoin a été reconnu en particulier dans le cas de dispositions portant sur les interdictions de contact relatives à la violence conjugale et sur les procédures d'exécution des ordonnances de pensions alimentaires, qui peuvent mener à l'emprisonnement. Il peut influencer la façon dont les règles des tribunaux et la législation sont interprétées, mais il n'a pas entraîné de déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi[53]. En outre, dans la mesure où la législation familiale porte sur des questions économiques, comme le partage des biens et la pension alimentaire, elle ne déclenche pas nécessairement l'application de l'art. 7 de la *Charte*, puisqu'aucun intérêt à l'égard de la « liberté » n'est en jeu. Reste qu'elle doit se conformer aux dispositions sur l'égalité prévues à l'art. 15 de la *Charte*[54]. Même lorsqu'une loi est apparemment neutre – pensons aux règles concernant les pensions alimentaires pour le conjoint –, les valeurs associées à la *Charte*, dont l'égalité réelle entre les sexes, peuvent influencer son application[55]. L'importance de l'égalité réelle entre les sexes a par ailleurs influencé la compréhension des limites que la *Charte* pourrait imposer à la capacité du législateur de renforcer le caractère monogame du mariage.

E. La polygamie

Le statut de la polygamie a récemment suscité plusieurs études et inquiétudes. Notamment, les procureurs de la Couronne craignaient que l'interdiction de cette pratique fût invalide à la

---

53. Voir par exemple *Baril* c. *Obelniki*, 2007 MBCA 40, 214 Man. R. (2e) 7; *Gilliland* c. *Walker* (1985), 19 C.R.R. 340 (C. prov. Ont. (Div. Fam.)); *Sen* c. *Sen* (1993), 87 Man. R. (2e) 237 (B.R. (Div. fam.)).
54. *Reference re: An Act to Amend the Family Services Act (N.B.)* (1994), 157 R.N.B. (2e) 241 (C.A.).
55. *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; Helena ORTON, « Using Constitutional Equality Principles to Shape Jurisprudence : Moge v. Moge, Spousal Support under the Divorce Act and Women's Equality », (1993) *Spec. Lect. L.S.U.C.* 61. Voir également l'affaire *Bruker* c. *Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, dans laquelle l'analyse par la majorité de l'effet juridique de l'engagement par l'époux d'obtenir un divorce juif pour son épouse — en termes stricts, une question d'exécution contractuelle sous le droit des obligations tel que régi par le Code civil —, a inclus une discussion de l'égalité, du multiculturalisme et de la liberté de religion.

lumière de la *Charte* et hésitaient donc à y recourir. Pour mettre fin à cette incertitude, le gouvernement de la Colombie-Britannique a demandé à la Cour d'appel de cette province de la conseiller quant à la constitutionnalité de cette prohibition.

Dans son *Renvoi relatif à la polygamie*, le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, Robert Bauman, a conclu que la criminalisation de la polygamie contrevient à la garantie de liberté de religion prévue à l'alinéa 2a) de la *Charte*[56]. Malgré une preuve parfois contradictoire provenant de plusieurs pays, le juge a conclu que la prépondérance de la preuve appuyait l'opinion selon laquelle la polygamie, ou plus précisément la polygynie (un homme qui a au moins deux épouses), cause un préjudice physique et psychologique aux femmes, est intrinsèquement inégale et entraîne l'expulsion de bon nombre d'adolescents et de jeunes hommes adultes de leurs familles et de leur collectivité. Appliquant les critères de l'article premier, il a déterminé que les effets salutaires de l'interdiction l'emportaient sur ses effets néfastes afin de justifier la limitation aux droits. Cette décision fait partie de plusieurs décisions canadiennes récentes où les tribunaux ont tenté de définir la portée de la liberté de religion[57].

Dans ses motifs sur la polygamie, le juge en chef Bauman a rejeté tout lien entre la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe, développement qui aurait favorisé l'égalité, et la polygynie, qui promouvrait l'inégalité. Confirmant la validité de la loi, il a tout de même conclu que la Constitution ne permet pas

---

56. *Reference re: Criminal Code of Canada (BC)*, 2011 BCSC 1588, [2012] 5 W.W.R. 477. Pour une analyse approfondie des questions constitutionnelles et de politique sociale soulevées par cette affaire, voir Nicholas BALA, « Why Canada's Prohibition of Polygamy Is Constitutionally Valid and Sound Social Policy », (2009) 25 *Rev. Can. D. Fam.* 165. Pour d'autres perspectives, voir Angela CAMPBELL, « Bountiful Voices », (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 183; Susan G. DRUMMOND, « Polygamy's Inscrutable Criminal Mischief », (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 317.

57. Les motifs du juge en chef Bauman dans le *Renvoi relatif à la polygamie* étaient fondés en grande partie sur l'analyse de la portée de la liberté religieuse dans l'arrêt rendu en 2009 par la Cour suprême dans *Alberta* c. *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

de poursuivre une personne (inévitablement une femme) qui est devenue partie à un mariage polygame pendant qu'elle était mineure. D'ailleurs, il a précisé que l'interdiction criminelle s'applique seulement à ceux qui participent à une certaine forme de cérémonie polygame ou prennent un engagement conjugal. Cette précision empêche la poursuite des polyamoureux qui vivent uniquement ensemble dans des unions adultes intimes de trois personnes ou plus.

Les motifs du juge en chef Bauman ne font pas l'objet d'un appel et préparent donc le terrain à des poursuites criminelles éventuelles sur la base d'inculpations de polygamie. Toutefois, ils n'empêchent pas une personne accusée en vertu de l'art. 293 du *Code criminel* d'en contester la constitutionnalité. Par conséquent, des inculpations criminelles découlant d'unions polygames peuvent être fondées sur des infractions d'ordre sexuel, plutôt que sur la polygamie elle-même. Ayant terminé notre présentation des jugements sous la *Charte* qui ont traité de la reconnaissance de la conjugalité adulte ou des effets qui en découlent, nous nous pencherons dans la prochaine partie sur l'impact de cet instrument constitutionnel en matière de protection de l'enfant.

II. La protection de l'enfant et l'article 7

Il n'y a aucun domaine où l'État a des pouvoirs plus envahissants à l'égard des familles que dans le processus de protection de l'enfant. Dans ce contexte, un puissant organisme étatique traite avec des personnes qui, souvent, n'ont des ressources que très limitées et sont socialement marginalisées. Il est donc compréhensible que les tribunaux canadiens reconnaissent que les instances relatives à la protection de l'enfant touchent au droit protégé à « la sécurité de sa personne » et qu'elles doivent se conformer « aux principes de justice fondamentale ». La *Charte* a été invoquée le plus fréquemment pour protéger les droits procéduraux des parents, mais les enfants peuvent parfois s'en servir.

Une distinction importante s'impose. Dans le contexte criminel, les tribunaux peuvent protéger des droits constitutionnels

même si les faits sont loin de susciter la sympathie, permettant même l'acquittement d'une personne qui peut être coupable de meurtre en cas de violation grave de la *Charte*[58]. Par opposition, dans le contexte de la protection de l'enfant, les juges canadiens se préoccupent de l'effet sur les enfants de la reconnaissance des droits constitutionnels. Les tribunaux sont plus susceptibles de recourir à la *Charte* si cela contribue à de meilleurs résultats pour les enfants, notamment si cela garantit des audiences équitables et complètes.

Bien que les distinctions ne soient pas claires et que les principes pertinents varient dans ce domaine, nous diviserons cette partie en trois. Le contraste entre les droits négatifs et positifs, bien qu'il soit sujet à de multiples critiques, sert à séparer deux catégories d'affaires dans lesquelles le parent est titulaire d'un droit constitutionnel. Il s'agit d'abord des cas où les tribunaux ont reconnu le droit négatif des parents contre l'ingérence injustifiée de l'État dans la relation qu'ils entretiennent avec leurs enfants (A), et ensuite de celles où il a été question de leur droit positif à participer aux affaires relatives à la protection de leur enfant (B). Enfin, nous discuterons des jugements qui ont traité des droits de l'enfant dans les affaires relatives à sa protection (C). Cette partie affirme l'importance des régimes qui protègent l'enfant à l'ère de la *Charte*; or, l'échec des réclamations en vertu de l'art. 15 à l'égard des enfants suggère-t-il une réticence à reconnaître à ceux-ci la pleine capacité d'être titulaire de droits? Les tribunaux sont-ils davantage prompts à reconnaître une action qui vise à protéger le bien-être de l'enfant, plutôt que sa pleine égalité en droit?

A. Le droit des parents de ne pas subir une ingérence injustifiée de l'État

Dès les débuts de la *Charte*, il a été clair que l'art. 7 assure une certaine protection à l'individu lorsqu'il est impliqué dans le système de justice criminelle[59]. Des doutes ont cependant plané

58. Voir par exemple *R.* c. *Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.
59. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (Colombie-Britannique) s. 94(2)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

beaucoup plus longtemps sur l'impact qu'auraient les garanties à la liberté et à la sécurité de la personne dans les affaires civiles, notamment celles relatives à la protection de l'enfant. Or, dans la décision qu'elle a rendue en 1999 dans l'affaire *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé)* c. *G. (J.)*, la Cour suprême a conclu qu'en vertu de l'art. 7, une mère monoparentale bénéficiaire de l'aide sociale et dont les enfants ont été appréhendés par un organisme de protection de l'enfance avait le droit constitutionnel d'être représentée par un avocat rémunéré par le gouvernement afin de s'assurer que l'instance de placement temporaire se conformât aux « principes de justice fondamentale ». La Cour a signalé que les parents ont un intérêt envers leur relation avec leurs enfants, qui mérite la protection conférée par l'art. 7 de la *Charte* en tant qu'aspect de la « sécurité de [leur] personne » [60]. Dans *G. (J.)*, la Cour a invoqué les droits constitutionnels des parents à l'encontre de « l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État »[61]. D'ailleurs, le juge en chef Lamer a caractérisé cette procédure comme étant « une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime »[62]. Or, la Cour était aussi manifestement influencée par une préoccupation pour le bien-être des enfants, qui pourrait être compromis par une ingérence dans le lien filial[63].

---

60. [1999] 3 R.C.S. 46, par.61 et 68 [*G. (J.)*]. Le juge en chef Lamer, qui a rédigé les motifs majoritaires, a tenu à préciser au par.67 que sa conclusion relative à la sécurité de la personne n'était pas incompatible avec le point de vue qu'il avait adopté dans l'affaire *R.B.* c. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, où il s'était limité à la question de la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7. Reste que l'accent dans *G. (J.)* demeure sur la sécurité de la personne. Dans ses motifs concurrents, auxquels ont souscrit les juges Gonthier et McLachlin, la juge L'Heureux-Dubé a renchéri en affirmant que la liberté de l'appelante était également en jeu. Elle a en outre dit que les principes d'égalité qui découlent de l'art. 15 doivent influencer l'interprétation de l'étendue de la protection qu'offre l'art. 7.
61. *Id.*, par.61.
62. *Id.*
63. *Id.*, par.70 et 76.

La décision rendue dans *G. (J.)* revêt une importance considérable. La Cour n'a pas établi de distinction entre les droits constitutionnels des parents et ceux des enfants, mais cela a permis à la formation complète de la Cour de s'entendre sur la résolution de l'affaire. Toutefois, des arrêts postérieurs ont fait ressortir des divisions marquées au sein de la Cour au sujet de l'application de la *Charte* dans les affaires relatives à la protection de l'enfant.

Si le défaut, au niveau administratif, de fournir de l'aide juridique au parent n'a pas survécu à l'application de l'art. 7 dans l'affaire *G. (J.)*, une contestation de la validité d'une procédure préconisée par la législation a échoué peu de temps après. Dans la décision qu'elle a rendue en l'an 2000 dans *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg* c. *K.L.W.*[64], la Cour suprême a examiné une affaire où une mère contestait la constitutionnalité de la législation manitobaine sur la protection de l'enfant. Celle-ci permettait l'appréhension sans mandat d'un enfant qu'on croyait avoir besoin de protection dans des situations non urgentes. Par une marge de cinq contre deux, la Cour en a confirmé la constitutionnalité. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que la législation portait atteinte au droit d'un parent à la « sécurité de sa personne », mais que la loi était conforme aux principes de justice fondamentale grâce à l'exigence d'un contrôle judiciaire postérieur à l'appréhension. Dans le cadre de la pondération des divers intérêts en jeu dans le contexte de la protection de l'enfance, les juges majoritaires de la Cour ont accordé une importance dominante à l'intérêt social envers la protection des enfants contre la possibilité de violence ou de négligence. Ils ont souligné la difficulté de distinguer les situations urgentes des non urgentes dans de telles affaires.

Dans son analyse constitutionnelle, la juge L'Heureux-Dubé a été influencée par une préoccupation relative à la protection des enfants contre la simple possibilité de violence ou de négligence de la part des parents[65]. Toutefois, elle a aussi reconnu la nécessité

64. 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519 [*K.L.W.*].
65. *Id.*, par.98.

d'équité procédurale dans le contexte de la protection de l'enfant. Elle a souligné que le retrait de l'enfant de la garde de ses parents constitue une menace pour son bien-être, tout comme pour les droits des parents. Selon elle, on ne pourrait justifier le retrait d'un enfant de la garde de ses parents que lorsqu'il y a « préjudice ou risque de préjudice grave pour l'enfant »[66]. La juge Arbour (avec l'accord de la juge en chef McLachlin) était dissidente, s'attachant à l'effet perturbateur sur le plan psychologique de l'appréhension pour les enfants et les parents. Elle a soutenu que lorsqu'il n'y a pas d'urgence, il serait préférable pour les enfants que le pouvoir de l'État soit limité et qu'il faille un mandat avant l'appréhension.

Quelques années plus tard, la Cour suprême a entendu une autre affaire qui soulevait tant le droit des parents à l'égard de l'ingérence de l'État que celui des enfants. Cette fois, il ne s'agissait pas de l'interaction entre les parents et l'appareil administratif de protection de l'enfant, mais plutôt de l'exemption de sanctions pénales que le droit criminel accordait aux parents et aux enseignants afin d'« employer la force pour corriger » l'enfant, « pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances »[67]. Dans la décision qu'elle a rendue en 2004 dans l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* c. *Canada (Procureur général)*[68], la Cour suprême en a confirmé la constitutionnalité : selon la majorité, cette disposition ne portait pas atteinte aux droits garantis aux enfants par la *Charte*. Les juges l'ont toutefois interprétée de façon restrictive, concluant que l'utilisation d'objets est « déraisonnable », tout comme l'usage de la force qui cause une blessure à un enfant. En outre, il ne faut pas appliquer de châtiment corporel aux enfants âgés de moins de deux ans ou de plus de douze ans, et les enseignants ne peuvent appliquer aucun châtiment corporel, quoiqu'ils puissent recourir à la force raisonnable pour maîtriser un enfant. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, la juge en chef McLachlin a convenu que l'art. 43 portait atteinte à la « sécurité de [la] personne » de l'enfant aux termes de l'art. 7, mais a

66. *Id.*, par.122.
67. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. 46, art.43.
68. 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76 [*Canadian Foundation for Children*].

conclu que cela était fait d'une manière conforme aux « principes de justice fondamentale ». La Cour a conclu que le ministère public est en mesure de représenter les intérêts de l'enfant dans une poursuite criminelle pour voies de fait, de sorte que la sécurité de sa personne soit adéquatement protégée. Fait potentiellement important pour les instances relatives au bien-être de l'enfant, elle a rejeté l'argument selon lequel « l'intérêt supérieur de l'enfant » figure parmi les « principes de justice fondamentale ».

L'argument selon lequel l'art. 43 était inconstitutionnel comportait aussi un volet axé sur le droit à l'égalité, vu l'impact différencié de cette disposition sur la base de l'âge. Convenant que les enfants constituent manifestement « un groupe très vulnérable » qui a donc droit à la protection de l'art. 15 de la *Charte*, les juges majoritaires de la Cour ont cependant aussi conclu que l'art. 43 du *Code criminel* s'harmonise avec « les besoins et la situation véritables des enfants », de sorte qu'il « n'est pas discriminatoire » à leur égard[69]. Ce faisant, la Cour a souligné l'importance de respecter le rôle des parents et leur droit de prendre des décisions sur la façon d'élever leurs enfants[70]. Bien que l'arrêt *Canadian Foundation for Children* ne porte pas sur la protection de l'enfant, il pourrait indiquer le respect de la Cour suprême à l'égard du droit constitutionnel des parents d'élever leurs enfants sans ingérence injustifiée de l'État.

La décision rendue dans *Canadian Foundation* était controversée, les juges Arbour, Deschamps et Binnie (en partie) étant dissidents. D'aucuns ont reproché au jugement de ne pas protéger suffisamment les droits et le bien-être des enfants et des adolescents[71]. Le rejet de la notion selon laquelle « l'intérêt supérieur de

---

69. *Id.*, par.56.
70. *Id.*, par.58-62.
71. Pour voir des observations sur la décision, consulter Marianne HARDY-DUSSAULT, « Un facteur contextuel sous influence ou les pièges de la pertinence : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* », (2006) 36 *R.D.U.S.* 327; Sanjeev ANAND, « Reasonable Chastisement : A Critique of the Supreme Court's Decision in the "Spanking" Case », (2004) 41 *Alta. L. Rev.* 879; Katie SYKES, « Bambi Meets Godzilla : Children's and Parents' Rights in Canadian Foundation for Children,

l'enfant » constitue l'un des « principes de justice fondamentale » pourrait être décevant. Il est ironique que même si l'arrêt *Canadian Foundation for Children* est généralement « pro-parent », cette conclusion pourrait dans certains cas aider les organismes de protection de l'enfance à s'opposer aux demandes présentées par les parents (ou les enfants) sur la base de la *Charte*. Le fait que les juges majoritaires de la Cour aient clairement reconnu que l'enfance et l'adolescence diffèrent de l'âge adulte revêt aussi une grande importance. Cela signifiait dans ce contexte qu'il y avait une diminution des protections par ailleurs accordées par le droit criminel, mais cette distinction a été établie parce que la Cour estimait qu'elle favoriserait l'intérêt des enfants et des adolescents au sein de leurs familles et de leurs écoles, de sorte que d'autres contextes juridiques pourraient se prêter à la citation de cette décision comme fondement d'un argument à l'effet que les droits des parents et des enfants devraient être protégés. Quoi qu'il en soit, les jugements abordés dans cette section traitaient principalement du droit des parents à l'encontre de l'ingérence de l'État dans la relation avec leur enfant. La *Charte* a aussi servi de fondement dans d'autres circonstances afin de soutenir la prétention selon laquelle les parents auraient le droit de participer aux procédures relatives à la protection de l'enfant.

B. Les droits parentaux dans les affaires relatives à la protection de l'enfant

Les décisions rendues par la Cour suprême dans *G. (J.)* et *K.L.W.*, discutées précédemment, exigent que les instances de protection de l'enfance soient menées conformément aux « principes de justice fondamentale ». Lorsqu'il s'agit de la protection de l'enfant, l'avocat d'un parent (ou d'un enfant) pourrait juger utile d'aborder sous l'angle constitutionnel des arguments relatifs à un

---

Youth and the Law v. Canada », (2006) 51 *R.D. McGill* 131; Marvin M. BERNSTEIN, « The Decision of the Supreme Court of Canada Upholding the Constitutionality of Section 43 of the *Criminal Code of Canada* : What this Decision Means to the Child Welfare Sector », (2006) 44 *Fam. Ct. Rev.* 104; Judith MOSOFF et Isabel GRANT, « Upholding Corporal Punishment : For Whose Benefit? », (2005) 31 *R.D. Man.* 177.

éventail de questions de procédure et de preuve, quoique, compte tenu des exigences d'avis lors de la présentation de questions constitutionnelles et de la complexité des arguments, il soit généralement préférable d'épuiser d'abord les recours prévus par la loi, les règles des tribunaux, ou la common law, le cas échéant, et les « valeurs de la *Charte* ».

L'effet le plus évident et marquant de l'arrêt *G. (J.)* a été de fournir aux parents nécessiteux impliqués dans des audiences de protection de l'enfance un solide motif de demande d'aide juridique[72]. La divulgation de la part des organismes de protection de l'enfance constitue une autre illustration importante du recours à la *Charte*. Plusieurs provinces prévoient des règles des tribunaux qui régissent la divulgation dans les affaires de protection de l'enfance, mais dans certaines provinces, les règles de divulgation dans ces mêmes affaires sont floues ou très restrictives. Par exemple, l'avocat d'un parent peut se fonder sur la *Charte* pour invoquer un important droit à la communication avant le procès des éléments de preuve obtenus par l'organisme pendant son enquête. La communication d'informations contribue à un procès équitable, en permettant une préparation adéquate, de même qu'à faire en sorte que la cour entende une contestation complète de la preuve présentée par l'organisme, ce qui l'aide à rendre la meilleure décision possible pour l'enfant. Dans *K. (S.D.)* c. *Alberta (Director of Child Welfare)*[73], le juge Bielby a conclu que l'art. 7 de la *Charte* exige que les règles de procédure civile soient interprétées conformément aux « principes de justice fondamentale » afin de garantir une communication équitable dans les instances relatives à la protection de l'enfant.

Selon un autre principe de justice fondamentale, la personne qui jouit de droits constitutionnels doit être avisée de toute audience susceptible d'avoir une incidence sur ceux-ci, de manière à ce que cette personne ait l'occasion de participer. L'avis sert à la

---

72. Comparer le rejet de l'affirmation d'un droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat dans *Colombie-Britannique (Procureur général)* c. *Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873.
73. 2002 ABQB 61, 309 A.R. 219.

protection des droits et fait en sorte que la Cour soit plus susceptible d'obtenir la participation de ceux qui peuvent fournir des éléments de preuve au sujet de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le juge peut invoquer la *Charte*, si nécessaire, pour exiger d'un organisme de protection de l'enfance qu'il veille à ce que tous les efforts raisonnables soient déployés pour aviser les parents[74].

La portée des « principes de justice fondamentale » est souple et contextuelle, et l'art. 7 de la *Charte* a été invoqué directement ou comme outil d'interprétation dans un éventail de cas de protection de l'enfant. Par exemple, dans *B. (F.)* c. *G. (S.)*[75], la juge Himel de la Cour supérieure de l'Ontario a convenu qu'un jugement sommaire dans une instance relative à la protection de l'enfant est compatible avec la *Charte.* Cependant, elle a aussi conclu que l'art. 7 de la *Charte* exige de l'organisme qu'il donne un avis écrit clair indiquant la présentation d'une requête pour jugement sommaire et que le parent doit avoir l'occasion de faire appel aux services d'un avocat pour y répondre. Un juge de première instance pourrait soulever la possibilité que l'organisme présente une requête pour jugement sommaire, mais cette procédure peut entraîner la fin définitive de la relation entre les enfants et leurs parents biologiques sans audience complète, de sorte que le processus sommaire doive être suivi minutieusement pour garantir le respect de l'application régulière de la loi et éviter l'apparence de partialité. La question des droits parentaux sous la *Charte* mène naturellement à s'interroger sur les droits dont jouissent les enfants lorsque leur protection est en cause.

---

74. *N.P. (Re)* (2001), 15 R.F.L. (5e) 151 (C.S.J. Ont.).
75. (2001), 199 D.L.R. (4e) 554 (C.S.J. Ont.). Pour une approche différente dans un contexte factuel quelque peu différent, voir *Alberta (Director of Child Welfare)* c. *W.J.*, 2001 ABPC 195, 301 A.R. 86. La Cour a rejeté la demande d'ajournement qu'avait présentée le père le jour d'un procès pour tutelle permanente afin d'avoir du temps pour solliciter les services d'un avocat. L'avocat des parents s'est retiré juste avant le procès en raison du défaut répété des parents de se présenter à des rendez-vous ou de donner des instructions. Le procès a eu lieu, le père se représentant lui-même; les enfants ont été mis sous tutelle permanente.

C. Les droits des enfants dans les affaires relatives à leur protection

Comme l'a reconnu le juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)*, les instances de protection de l'enfant font intervenir non seulement les droits constitutionnels des parents, mais aussi ceux des enfants. Elles peuvent entraîner leur placement auprès d'un organisme étatique jusqu'à l'âge adulte, ainsi que leur retrait de leur famille, ce qui peut en soi être considéré comme une privation de la « liberté et sécurité de [leur] personne»; les relations familiales sont alors menacées.

Bien que le droit de bénéficier d'une relation avec un parent constitue un aspect fondamental de la sécurité de sa personne pour un enfant, il y a controverse sur le moment et la façon de donner application à ce droit. Les parties à une instance de protection sont généralement les parents et l'organisme de protection de l'enfance, mais les enfants plus âgés peuvent se voir accorder par la loi le droit de participer à l'instance[76]. Dans la mesure où la loi n'accorde pas clairement un tel droit, l'art. 7 de la *Charte* permet d'avancer un argument solide selon lequel l'enfant qui exprime le désir de participer à une instance de protection devrait bénéficier de ce droit. Même si dans certains cas les parents peuvent être considérés comme les « tuteurs naturels » des enfants, protégeant les droits de ceux-ci contre l'État, les parents peuvent dans de nombreuses instances ne pas avoir la volonté ou la capacité nécessaire pour ce faire, puisque leurs opinions ou leurs intérêts peuvent s'opposer à ceux de leur enfant. Les enfants qui ont

---

76. Voir par exemple la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. C.11, art.38 et 39 – les enfants âgés de 12 ans et plus jouissent par présomption de droits d'avis et de participation; s'ils sont âgés de moins de 12 ans, la décision revient à la Cour. Voir aussi le par.60(4) de la même loi, qui accorde aux enfants âgés de 12 ans et plus certains droits de participation. Voir également l'art. 34 C.c.Q. Il est cependant manifeste que les jeunes enfants qui sont incapables de donner des instructions à un avocat ne bénéficient pas du droit constitutionnel de participer aux instances relatives à leur bien-être : *P.W.S.* c. *British Columbia (Director of Child Family & Community Services)*, 2000 BCSC 1754, 102 A.C.W.S. (3e) 131.

la capacité requise devraient pouvoir participer à l'instance en leur propre nom[77]. Les arguments en ce sens fondés sur l'art. 7 de la *Charte* peuvent être renforcés par une référence à l'art. 15 de la *Charte*.

Une décision de première instance rendue peu après l'entrée en vigueur de la *Charte* mérite d'être étudiée pour sa perspective sur les effets possibles de l'article 7 à l'égard des enfants qui sont sujets aux instances protectrices. Dans la décision qu'il a rendue en 1983 dans *Re R.A.M.*; *Children's Aid Society of Winnipeg* c. *A.M.*[78], le juge Matas de la Cour d'appel du Manitoba a accueilli la demande fondée sur la *Charte* et présentée par l'enfant afin de participer à une instance relative à sa protection. Dans cette affaire, un garçon âgé de 13 ans a été placé sous la tutelle permanente de l'organisme de protection de l'enfance. Le garçon a reconnu qu'il ne serait pas approprié pour lui de retourner à la maison vivre avec ses parents, mais il voulait vivre avec une tante. Apparemment, on ne lui avait pas dit qu'il pouvait faire part de ses désirs à la cour ou être représenté par un avocat. Dans le cadre d'une requête préliminaire à l'égard de l'appel, on a présenté une demande d'ordonnance de nomination d'un avocat à l'enfant et d'ajout de l'enfant comme partie à l'instance de protection. En rendant l'ordonnance selon laquelle le garçon devrait être représenté, le juge Matas a cité l'art. 7 de la *Charte*, sans se prononcer sur son application à la catégorie des enfants de façon générale. Il a conclu que compte tenu de l'âge et du niveau de compréhension de ce garçon, sa liberté et sa sécurité étaient en cause. Une formation complète de la Cour d'appel du Manitoba a infirmé la décision du juge Matas pour des motifs procéduraux, puisque le garçon n'avait pas présenté sa demande par l'entremise d'un tuteur à l'instance[79]. La brève décision de la Cour ne traitait pas de l'application de la *Charte* à cette situation. Vraisemblablement,

---

77. La question de la capacité de l'enfant de présenter une contestation constitutionnelle de son propre chef doit être déterminée au cas par cas, compte tenu de la nature de la question et du développement intellectuel et social de l'enfant.
78. (1983), 25 Man. R. (2e) 143 (C.A.).
79. (1984), 26 Man. R. (2e) 312 (C.A.).

l'approche adoptée par le juge Matas dans *Re R.A.M.* est bien fondée et n'a pas été écartée.

Les tribunaux ont reconnu que les adolescents plus âgés qui ont été appréhendés en vertu de la législation en matière de protection de l'enfant comme la *Protection of Children Involved in Prostitution Act* de l'Alberta font face à une menace contre la « liberté et sécurité de [leur] personne » et ont le droit d'être traités conformément aux principes de justice fondamentale. Une crainte au sujet du bien-être de l'enfant peut justifier qu'on accorde à un adolescent appréhendé en vertu de ce type de loi moins de droits qu'à un adolescent arrêté en vertu de la législation en matière de justice applicable aux jeunes, par exemple en retardant une audience postérieure à l'appréhension. Toutefois, les craintes relatives à la protection d'un enfant ne peuvent justifier de priver l'adolescent détenu du droit à une audience équitable pour déterminer la validité de sa détention[80]. Si les décisions discutées jusqu'ici ont soulevé des questions plutôt procédurales, la Cour suprême a aussi été appelée à se pencher sur l'effet de la reconnaissance accordée par la *Charte* tant à la liberté religieuse qu'au droit à l'égalité des enfants dans le contexte d'un régime mis en place pour leur protection.

La décision rendue en 2009 par la Cour suprême dans *A.C.* c. *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*[81] reconnaissait clairement que les « mineurs matures » ont des droits constitutionnels distincts de ceux de leurs parents, qui doivent être pris en considération lorsque des décisions sont prises au sujet de leurs soins. Cependant, la Cour a aussi reconnu qu'il fallait pondérer le droit du mineur mature à la prise autonome de décisions par rapport à la responsabilité de l'État de protéger les enfants vulnérables. L'affaire portait sur une témoin de Jéhovah âgé de 14 ans souffrant de la maladie de Crohn, qui avait été admise à l'hôpital après avoir signé une directive médicale préalable

80. *Alberta* c. *K.B.*, 2000 ABQB 976, 279 A.R. 328.
81. 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181 [*A.C.*]. Voir David C. DAY, « Getting Respect : The Mature Minor's Medical Treatment Decisions », (2010) 88 *R. du B. can.* 667.

interdisant qu'on lui fasse une transfusion de sang en raison de ses croyances religieuses. Elle avait une hémorragie interne et son médecin était d'avis que sans transfusion, elle courrait un important risque de subir des lésions au cerveau et aux organes vitaux. Les autorités de la protection de l'enfance ont sollicité une ordonnance judiciaire autorisant son traitement en vertu de la législation manitobaine, qui s'appliquait aux enfants âgés de moins de 16 ans. Le juge de première instance a tenu une audience suivant une procédure accélérée et a présumé qu'elle avait la capacité de prendre une telle décision, concluant néanmoins qu'il était dans son « intérêt supérieur » de suivre le traitement et il a rendu l'ordonnance sollicitée. La fille a reçu une transfusion de sang et s'est rétablie, mais elle risquait d'avoir des saignements dans l'avenir. Par conséquent, la fille et ses parents ont interjeté appel de la décision, contestant l'ordonnance au motif qu'elle avait été victime de discrimination fondée sur l'âge, puisque la loi permettait aux personnes âgées de 16 ans et plus de refuser des traitements médicaux même si cela mettait en péril leur vie.

Même si, au moment où l'affaire s'est retrouvée devant la Cour suprême, l'appel était caduc, la juge Abella, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, a rédigé des motifs confirmant la constitutionnalité de la législation sur la protection de l'enfant et en limitant les effets. Elle a conclu que la *Charte* exige qu'une telle législation et le concept de l'intérêt de l'enfant soient interprétés d'une manière qui respecte suffisamment la maturité de l'enfant à l'égard de la prise d'une décision médicale donnée. La juge Abella a indiqué que « pour respecter le droit en constante évolution de l'adolescent de prendre par lui-même des décisions médicales, le tribunal doit évaluer de façon approfondie sa maturité, aussi difficile que soit cette tâche, pour déterminer son intérêt supérieur »[82]. Il doit y avoir une « échelle variable » d'examen judiciaire de la décision de l'enfant, les opinions de l'enfant revêtant de plus en plus d'importance au fur et à mesure qu'il acquiert

82. *A.C.*, préc., note 81, par.4. La Cour suprême a aussi conclu que les jeunes âgés de moins de 18 ans au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ont droit à une « présomption de culpabilité morale moins élevée » : *R.* c. *D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3.

l'intelligence et les connaissances requises pour comprendre pleinement les intérêts en cause. En outre, plus les conséquences de la décision seront graves, plus le niveau de maturité requis sera élevé[83].

Comme la plupart des autres décisions récentes de la Cour suprême sur les questions litigieuses de pondération des droits et intérêts des parents et des enfants, l'arrêt *A.C.* a fait ressortir une Cour divisée. La juge en chef McLachlin (avec l'accord du juge Rothstein) a convenu que le régime législatif pondère bien l'intérêt de la société à veiller à ce que les enfants reçoivent les soins médicaux nécessaires, d'une part, et la protection de leur intérêt à l'autonomie, dans la mesure où cela est réalisable, d'autre part. La juge Abella et la juge en chef ont chacune élaboré une approche distincte quant à la pertinence de la common law. Pour la juge Abella, la jurisprudence en matière de « mature minor » était pertinente pour l'évaluation de la capacité décisionnelle de l'adolescent; pour la juge en chef, la loi manitobaine constituait un « code complet » et donc supplantait les principes de common law[84]. Dans ses motifs dissidents, le juge Binnie (qui a aussi accordé davantage d'importance aux droits des enfants dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children*) a conclu que la loi était inconstitutionnelle, car elle ne respectait pas adéquatement l'intégrité psychologique et physique des mineurs « matures ». Il a soutenu que si on juge qu'un enfant a la maturité nécessaire pour prendre une décision médicale, son autonomie doit être respectée, même lorsqu'il s'agit d'une question vitale[85].

---

83. Le fait que le législateur québécois ait choisi de reconnaître une certaine autonomie décisionnelle à l'enfant âgé de 14 ans fait en sorte que l'affaire *A.C.* soit moins pertinente pour le droit québécois. Voir Robert P. KOURI, « Le mineur et les soins médicaux, *A.C.* c. *Manitoba* : De l'autonomie au meilleur intérêt, une limite bien floue », (2010) 4 *R.D. & santé McGill* 65, 76. Or, pour une analyse de la constitutionnalité des dispositions québécoises dont l'art. 23 C.c.Q. à la lumière de ce jugement, voir *id.*, pp.79-80.
84. *A.C.*, préc., note 81, par.126.
85. Pour l'opinion selon laquelle la dissidence du juge Binnie est celle qui s'adresse de la façon la plus convaincante aux prétentions de l'adolescente, voir Carissima R. MATHEN, « Developments in Constitutio-

Les décisions traitées dans cette partie du texte ont donc illustré la portée des droits positifs et négatifs des parents ainsi que des droits positifs des enfants lorsque les mécanismes étatiques sont déclenchés. Or, certaines des questions les plus difficiles à résoudre sur le plan conceptuel en ce qui a trait à la *Charte* et à la famille visent à savoir si, et dans quelle mesure, les droits constitutionnels des parents s'appliquent dans les affaires où l'État intervient moins directement.

III. Les liens entre parents et enfants

Cette partie traite des affaires dans lesquelles les mécanismes étatiques de protection de l'enfant n'ont pas été enclenchés. L'État y demeure présent, bien entendu, mais soit l'instance gouvernementale n'est pas partie au litige, soit l'affaire concerne la définition même des parents par rapport aux enfants. Par contre, l'identité parentale n'était pas en cause dans les jugements discutés dans la partie précédente du texte.

Plus brève que les précédentes, cette partie traitera d'abord de l'effet de la *Charte* dans les litiges dits privés entre les parents en matière d'autorité parentale (A), pour ensuite surveiller quelques développements relatifs à l'impact de la *Charte* lorsqu'il est question d'identité filiale ou de questions s'y rattachant (B).

A. Les droits parentaux dans les litiges privés

La nature épineuse et litigieuse de l'application et de l'effet de la *Charte* dans les litiges entre les parents d'un enfant est mise en relief par deux décisions rendues en 1993 par la Cour suprême. *Young* c. *Young*[86] et *P. (D.)* c. *S. (C.)*[87] portaient sur la même question, à savoir si on peut imposer des restrictions au droit des pères non-gardiens qui sont des témoins de Jéhovah de partager leurs croyances et pratiques religieuses avec leurs enfants pen-

---

nal Law : The 2008-2009 Term », (2009) 48 *Supreme Court L.R.* (2e) 71, 119-20.

86. [1993] 4 R.C.S. 3.

87. [1993] 4 R.C.S. 141.

dant leurs visites. Les pères ont soutenu que leurs droits constitutionnels à la liberté de religion et à l'égalité seraient atteints s'ils ne pouvaient partager leurs croyances avec leurs enfants. Ils ont également allégué que le critère de « l'intérêt supérieur » était trop flou et trop large pour justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, une atteinte à leurs droits.

Il est difficile de tirer de ces deux arrêts des conclusions d'application générale, car chacun a fait l'objet de plusieurs ensembles de motifs et ne contenait aucune opinion majoritaire claire sur les questions soulevées[88]. La Cour n'est parvenue à aucun consensus sur la question de savoir si la *Charte* s'applique à des litiges privés entre des parents relativement à la garde et à l'accès. Toutefois, les juges majoritaires des deux arrêts ont convenu que, dans la mesure où les droits garantis par la *Charte* s'appliquent, le critère de « l'intérêt supérieur » y est conforme puisque la discrétion judiciaire permet de tenir compte des droits religieux d'un parent[89].

Bien que la jurisprudence de la Cour suprême reconnaisse que les litiges impliquant la relation parentale puissent toucher aux droits parentaux, plusieurs décisions des cours d'appel ont rejeté l'argument selon lequel le parent impliqué dans un litige

---

88. Voir par exemple Shauna VAN PRAAGH, « Religion, Custody, and a Child's Identities », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 309; Nicholas BALA, « Developments in Family Law : The 1993-94 Term : The Best Interests of the Child », (1995) 6 *Supreme Court L.R.* (2e) 453; Martha J. BAILEY, « Custody, Access, and Religion : A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.* », (1994) 11 *Can. Fam. L.Q.* 317; W. Glen HOW, « Custody and Access : The Supreme Court Compounds Confusion », (1994) 11 *Can. Fam. L.Q.* 109. Ces deux affaires ont par ailleurs mis en lumière les distinctions entre les conceptions de la « garde » dans la common law et le droit civil québécois. Voir Dominique GOUBAU, « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », (1996) 13 *Rev. Can. D. Fam.* 11.

89. Il est possible que le droit, garanti par l'art. 23 de la *Charte*, à l'éducation primaire et secondaire dans la langue de la minorité officielle peut aussi conditionner la détermination de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est question de l'exercice de l'autorité parentale. Voir *Perron* c. *Perron*, 2012 ONCA 811.

contre un autre parent sur la garde ou l'accès pouvait avoir des droits garantis par la *Charte*. Sans faire référence à ces décisions de la Cour suprême, les cours d'appel ont suivi le raisonnement voulant que ces procédures ne comportent pas de « mesures étatiques », de sorte que la *Charte* ne s'applique pas[90]. Malgré le fait que cette analyse de la part des cours d'appel n'examine pas les questions que la jurisprudence de la Cour suprême considère importantes, il est manifeste que les tribunaux ne veulent pas permettre aux parents nécessiteux d'invoquer la *Charte* dans le cadre de procédures entre parties privées afin d'obtenir les services d'un avocat financés par l'État. Il eut peut-être été préférable que les tribunaux reconnaissent dans ces affaires que des droits garantis par la *Charte* sont en jeu et effectuent une analyse des « principes de justice fondamentale » ou de l'article premier de la *Charte*. Les décisions peuvent néanmoins se défendre à la lumière des ressources limitées de l'aide juridique et du fait qu'un parent, dans le cadre d'une instance privée, ne risquera pas de rompre définitivement le lien de filiation. Ces questions partent cependant de la présomption qu'un lien de filiation est établi, sujet que nous abordons à la lumière de la *Charte* dans la section suivante.

B. L'établissement du lien de la filiation

À une époque où les législateurs ont aboli les distinctions entre la filiation légitime et illégitime, quel rôle demeure pour les droits garantis par la *Charte* en matière de la filiation?

Dans la décision qu'elle a rendue en juin 2003 dans *Trociuk* c. *Colombie-Britannique*[91], la Cour suprême a une fois de plus reconnu l'importance des droits parentaux. Cette affaire découlait d'une contestation de la législation britanno-colombienne sur la déclaration de naissance présentée par le père biologique de tri-

---

90. *Mills* c. *Hardy*, 2000 NSCA 140, 13 R.F.L. (5e) 150; *S.A.K.* c. *A.C.*, 2001 ABCA 205, 19 R.F.L. (5e) 1; *Miltenberger* c. *Braaten*, 2000 SKQB 443, 100 A.C.W.S. (3e) 842; *Dirk* c. *Dirk*, 2002 SKQB 292, 115 A.C.W.S. (3e) 833; *New Brunswick (Minister of Family and Community Services)* c. *R.W.*, 2004 NBCA 13, 268 R.N.B. (2e) 314.

91. 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835 [*Trociuk*].

plets qui vivait avec leur mère au moment de la naissance pour ensuite se séparer. Un test de paternité a démontré qu'il était le père biologique et un tribunal lui avait accordé des droits d'accès et lui avait imposé l'obligation de verser une pension alimentaire pour enfants. À l'époque, la législation de la Colombie-Britannique ne prévoyait pas qu'un homme dans cette situation soit inscrit à la déclaration de naissance comme père de l'enfant. La Cour a conclu que le fait que la loi accorde uniquement à la mère le pouvoir de décider si le nom du père figure à la déclaration de naissance, sans lui offrir l'occasion de s'y inscrire, constituait une atteinte aux droits du père d'un enfant né d'une union libre garantis par l'art. 15 de la *Charte*. La juge Deschamps a indiqué, au nom de la Cour, que l'inscription de l'identité d'un parent dans la déclaration de naissance constituait « un important moyen de participer à la vie de son enfant ». Un demandeur raisonnable se trouvant dans la situation du père constaterait que le législateur valorise moins le lien entre un père et ses enfants que celui entre une mère et ses enfants[92]. Cette décision soutient l'opinion selon laquelle le droit d'un parent de profiter d'un lien avec son enfant revêt une importance fondamentale et qu'il est digne de reconnaissance constitutionnelle. D'aucuns ont cependant reproché à cette décision de privilégier l'égalité formelle entre pères et mères par rapport à la sensibilité à l'égard de la situation des femmes qui portent les enfants et leur donnent naissance[93].

Par ailleurs, dans la quasi-totalité des provinces et territoires du Canada, les lois sur les statistiques de l'état civil comportent des dispositions permettant au conjoint de sexe opposé d'un parent biologique dont l'enfant est né d'une procréation assistée d'être inscrit comme parent sur la déclaration de naissance de l'enfant. Toutefois, selon leur version originale, ces lois présumaient généralement que les parents formaient des couples de

---

92. *Id.*, par.15-21.
93. Voir par exemple Hester LESSARD, « Mothers, Fathers, and Naming : Reflections on the *Law* Equality Framework and *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)* », (2004) 16 *R.D.F.* 165.

sexe opposé et que l'enfant aurait « une mère et un père »[94]. Dans l'affaire *Rutherford* c. *Ontario (Deputy Registrar General)*, quatre couples lesbiens ont contesté ce régime pour cause d'inconstitutionnalité[95]. Le juge Rivard a conclu que ce régime législatif était discriminatoire envers les « co-mères lesbiennes » – dont le nom ne pouvait être inscrit sur la déclaration de naissance de leurs enfants – en raison du sexe et de l'orientation sexuelle, à l'encontre de l'art 15 de la *Charte*[96]. Le juge a comparé la situation d'un couple de même sexe et celle d'un père non biologique dont la conjointe était tombée enceinte au moyen de l'insémination artificielle : la loi permettait à ce dernier de s'inscrire sur la déclaration de naissance[97]. En réponse à cette décision, l'Ontario et plusieurs autres provinces ont modifié leurs régimes de déclaration de naissance pour permettre l'inscription des conjoints de même sexe en tant que parents. Rappelons que le législateur québécois est allé plus loin en 2002 — instituant notamment la présomption de maternité de la conjointe de droit de la mère d'un enfant né de la procréation assistée —, sans qu'il n'y ait contestation constitutionnelle[98].

---

94. *Loi sur les statistiques de l'état civil*, L.R.O. 1990, c. V.4. Pour une analyse de certains des problèmes juridiques et sociaux auxquels font actuellement face ces parents de même sexe, particulièrement les co-mères lesbiennes, voir par exemple Fiona J. KELLY, *Transforming Law's Family : The Legal Recognition of Planned Lesbian Motherhood*, Vancouver, UBC Press, 2011.

95. (2006), 81 R.J.O. (3e) 81, par.123 (C.S.J.) [*Rutherford*]; voir en sens contraire, par exemple *C.(P.)* c. *L.(S.)*, 2005 SKQB 502, 273 Sask. R. 127, mais cette décision a dans les faits été écartée par des arrêts comme *Fraess* c. *Alberta*, 2005 ABQB 889, 390 A.R. 280; *H.(D.W.)* c. *R.(D.J.)*, 2011 ABQB 791, 528 A.R. 160; *W.J.Q.M.* c. *A.M.A.*, 2011 SKQB 317, 382 Sask. R. 119.

96. *Rutherford*, préc., note 95, par.104. Il est utile de comparer cette décision basée directement sur la *Charte* avec l'exercice du pouvoir *parens patriae* dans *A.A.* c. *B.B.*, préc., note 8.

97. *Rutherford*, préc., note 95, par.113.

98. Voir C.c.Q., art. 538 et suiv. Le rejet des arguments avancés sous la *Charte* met en évidence un autre élément distinctif du régime québécois de la filiation des enfants nés de la procréation assistée. Dans *Doe* c. *Alberta*, 2007 ABCA 50, 404 A.R. 153, permission d'appeler à la C.S.C. rejetée (*sub nom. Doe v. The Queen*), [2007] 2 R.C.S. vi, la Cour d'appel a refusé de reconnaître l'opposabilité d'un acte fait par un homme afin de

À l'instar de ces décisions concernant la détermination du statut des parents peu après la naissance, les tribunaux canadiens ont aussi appliqué la *Charte* à l'égard de régimes législatifs portant sur les liens qui existaient entre un parent et son enfant dans le passé. Dans *Cheskes* c. *Ontario (Attorney General)*[99], la Cour supérieure de l'Ontario a conclu qu'une nouvelle loi permettant la divulgation de renseignements personnels une fois que la personne adoptée a atteint l'âge adulte, sans le consentement de cette personne ou du parent biologique, contrevenait à l'attente raisonnable des parties en matière de vie privée. Elle portait ainsi atteinte au droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Plus récemment, dans *Pratten* c. *British Columbia (Attorney General)*[100], la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est prononcée sur une contestation du défaut de la province de prendre des mesures pour garantir la collecte et la disponibilité de renseignements concernant les enfants conçus au moyen de dons anonymes de sperme. La juge Adair a rejeté l'allégation selon laquelle il existerait un droit – qu'il soit relié à la liberté ou la sécurité de leur personne – pour les enfants conçus au moyen de dons de sperme de connaître leurs origines biologiques. Elle a néanmoins accepté que la portée de la législation visant à aider les enfants adoptés à obtenir des renseignements au sujet de leurs origines biologiques et leurs antécédents familiaux était trop restreinte sur le plan consti-

---

n'être jamais reconnu à titre de père de l'enfant né de sa conjointe de fait suite à une insémination par don de sperme anonyme. Il était impossible d'empêcher un tribunal postérieur de conclure qu'il aurait agi de façon paternelle à l'égard de l'enfant aux fins des lois provinciales qui reconnaissaient les obligations des parents de fait. De l'avis des juges, l'art. 7 de la *Charte* ne garantissait pas à la femme la liberté de déterminer les contours de la famille de son enfant : voir Brenda COSSMAN, « Parenting beyond the Nuclear Family : *Doe v. Alberta* », (2007) 45 *Alta. L. Rev.* 501. En revanche, l'art. 538 C.c.Q. prévoit que l'intention parentale d'une personne puisse donner lieu à un projet parental avec assistance à la procréation afin qu'elle devienne par la suite le seul parent de l'enfant qui en naîtra. Bien entendu, celui qui plaide l'existence d'un projet parental doit s'acquitter du fardeau de la preuve : *Droit de la famille—111729*, 2011 QCCA 1180, permission d'appeler à la C.S.C. rejetée (*sub nom. L.B.* c. *G.N.*), 1er mars 2012, Dossier no 34441.

99. (2007) R.J.O. (3e) 581 (C.S. Ont.).

100. 2011 BCSC 656, 99 R.F.L. (6e) 290.

tutionnel, contrairement à l'art. 15, car elle ne prévoyait pas de mesures semblables pour les enfants conçus au moyen de dons de sperme. Si la Cour d'appel a renversé cette décision sur la base que l'art. 15(2) protégeait le régime concernant les adoptés[101], l'affaire témoigne néanmoins de l'ampleur des attentes à l'égard des droits constitutionnels dans certains domaines des plus intimes.

Conclusion

Pendant la décennie qui a suivi l'entrée en vigueur de la *Charte*, celle-ci a eu un effet minime sur le droit de la famille au Canada. À compter du milieu des années 1990, la *Charte* a toutefois commencé à refaçonner considérablement la législation familiale et la pratique dans certains types d'affaires familiales. Les changements les plus marquants sur le plan législatif ont porté sur les définitions de « conjoint » et de « parent », où l'accent que met la *Charte* sur l'égalité a favorisé la reconnaissance des unions libres et des unions entre personnes de même sexe, tout en élargissant la portée des droits des pères biologiques. Il faut reconnaître qu'avant l'avènement des litiges fondés sur la *Charte*, les lois et la jurisprudence dans plusieurs provinces et territoires au Canada avaient franchi les premières étapes de la reconnaissance des droits des conjoints de fait, des pères et des conjoints de même sexe.

La *Charte* a aussi eu un effet profond sur la pratique dans les instances relatives à la protection de l'enfant au Canada, particulièrement dans les provinces et territoires où la législation ou les politiques ne respectaient pas adéquatement les droits procéduraux des parents et des enfants. Bien que la *Charte* – qu'elle soit appliquée directement ou en faisant référence à ses valeurs – ait dans certains cas renforcé ou stimulé des tendances déjà en cours, il faut se rappeler que dans d'autres cas, les juges ont déve-

101. *Pratten* c. *British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480.

loppé le droit sans s'y référer, se basant sur des valeurs telles que l'équité[102].

Quant au Québec, la *Charte* y a eu un effet sur le droit familial, mais cet effet s'est fait sentir plus tard que dans les autres provinces. On ne peut expliquer avec certitude ce délai, mais on peut émettre quelques hypothèses. Certains milieux dans la province demeurent-ils hésitants à l'égard de la *Charte*, considérant celle-ci comme imposée par Ottawa sous le régime fédéraliste de Trudeau? Le fait que l'on conçoive le droit de la famille comme faisant partie du droit commun énoncé par le Code civil, et donc moins apte à subir un examen constitutionnel, a peut-être aussi découragé les contestations constitutionnelles. Quels qu'en soient les fondements, l'affaire *Éric* c. *Lola* – et l'idée que la Cour suprême puisse invalider des choix structurant le régime familial du Code civil – suscite de vives réactions[103]. Il peut être suggéré que la notion de consensualisme est plus importante dans le droit de la famille au Québec qu'ailleurs, mais cette hypothèse devrait être aussitôt nuancée par une reconnaissance du courant protectionniste et du rôle important de l'ordre public. Fait qu'on peut considérer plus important, le Québec a été plus proactif que les autres provinces lorsqu'est venu le temps d'adopter une loi reconnaissant les droits des conjoints de même sexe et d'accorder aux enfants des droits relativement larges de participation aux procédures qui les touchent. Ces modifications reflètent l'adoption par le législa-

---

102. Robert LECKEY, « Family Law as Fundamental Private Law », (2007) 86 *R. du B. can.* 69, 85-91. Notamment, dans les litiges entre personnes vivant en union libre, la Cour suprême du Canada est en tête de file dans le Commonwealth pour ce qui est de l'élaboration du droit de l'enrichissement injustifié et de la fiducie par interprétation, mais même si les précédents sur ces questions favorisent vraisemblablement l'égalité des femmes par rapport aux hommes et des unions de fait par rapport aux époux, ils ne font pas référence à la *Charte*. Voir par exemple *Kerr*, préc., note 11.

103. Sans attendre la décision de la Cour suprême du Canada, le président de la Chambre des notaires du Québec a réclamé le recours à la clause nonobstant afin de soustraire le droit de la famille à l'application de la *Charte* : Jean LAMBERT, « Droits des conjoints de fait – L'inévitable recours à la clause nonobstant », Lettre ouverte, *Le Devoir* (17 octobre 2012).

teur des valeurs d'égalité équivalentes à celles qu'on retrouve dans la *Charte canadienne* – comme les valeurs qui sous-tendent la *Charte québécoise*[104] – et pourraient avoir prévenu certains types de contestations. Il n'en demeure pas moins remarquable qu'il se soit écoulé près de quinze ans entre la reconnaissance par la Cour suprême du Canada de l'état matrimonial comme motif analogue de discrimination et la contestation du traitement austère que réserve le Code civil aux conjoints de fait.

La décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans *Éric* c. *Lola* suggère que la *Charte* ne touchera pas aux décisions législatives relatives aux droits et obligations des conjoints de fait. C'est peut-être en matière de protection de l'enfance que la *Charte* risque d'avoir l'effet le plus direct, car on pourrait imaginer des demandes visant une réparation relative aux obligations de divulgation ainsi qu'aux droits à la représentation et à la participation des enfants et des parents. Certains cas où d'autres liens familiaux fondamentaux sont menacés par un organisme de protection de l'enfance pourraient aussi donner lieu à l'application limitée de la *Charte*. Il en est notamment le cas lorsqu'un enfant est retiré d'un foyer d'accueil dans lequel il a été placé à long terme[105]. Les

---

104. Le Code civil s'applique « en harmonie » avec la *Charte québécoise* : disposition préliminaire, C.c.Q.; Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd. par Dominique GOUBAU, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, nº 78, p.77. Voir aussi France ALLARD, « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d' "harmonie ambiguë" », (2006) *R. du B.* (Numéro thématique) 33.

105. Dans certaines provinces, comme l'Ontario, la loi accorde aux parents d'accueil à long terme des droits de participation assez étendus; dans ces provinces, la *Charte* a peut-être peu d'effets concrets, voire aucun, sur les droits des parents d'accueil. Toutefois, dans les provinces canadiennes où la loi ne reconnaît pas les droits des parents d'accueil à long terme ou d'autres aidants à long terme qui ont joué un rôle « parental », la *Charte* peut constituer une source de protection des relations avec l'enfant et d'obtention du droit de participer aux instances le touchant. Voir par exemple *Peters* c. *Regional Children's Guardian* (1988), 88 A.R. 114 (C.A.) et *R.M.S. (Re)*, 2001 SKQB 492, 212 Sask. R. 276, pour des décisions qui invoquaient la *Charte* pour garantir une audience équitable avant que des enfants ne soient retirés de la famille d'accueil à long terme.

jugements portant sur la divulgation d'informations relatives à l'adoption et aux enfants conçus au moyen de gamètes donnés, résumés dans la partie III, laissent présager un rôle actif pour la *Charte* – et pour la législation provinciale – dans un domaine où les opinions sociales sur l'importance de connaître ses origines génétiques semblent changer[106]. Il reste à voir si les tribunaux canadiens interpréteront la *Charte* comme comportant un droit pour la personne de connaître ses origines génétiques[107].

En terminant, après une analyse approfondie des façons dont la *Charte* a été plaidée et appliquée, il peut être intéressant de relever les façons dont elle ne l'a pas été ou les raisonnements que les juges n'ont pas semblé trouver convaincants. Parmi les libertés fondamentales garanties par l'art. 2 de la *Charte*, la liberté de religion est la seule qui est appliquée dans le contexte familial, souvent dans les cas où des mesures de protection de l'enfant ou des procédures judiciaires visent à écarter une décision prise par un parent ou par un enfant. Une bonne connaissance de la jurisprudence canadienne peut faire paraître ce cheminement manifeste ou nécessaire. Mais rien dans le texte de la *Charte* n'aurait empêché la liberté de conscience, la liberté de religion ou la liberté d'association de s'appliquer en matière familiale. Nous avons soulevé au début des interrogations à savoir si l'usage du droit à l'égalité dans les cas des couples adultes n'a pas confirmé la place centrale du mariage et si le rejet des demandes fondées sur le

---

106. Voir par exemple Dave SNOW, « The Judicialization of Assisted Reproductive Technology Policy in Canada : Decentralization, Medicalization, and Mandatory Regulation », (2012) 27 *R.C.D.S.* 169. Il faut toutefois noter que cet auteur se penche longuement sur la décision de première instance dans l'affaire *Pratten*, préc., note 100, qui a été par la suite infirmée (voir note 101).

107. Pour une analyse critique de l'état actuel du droit, y compris l'opinion selon laquelle « le droit aux origines devrait être un droit fondamental indirectement protégé par les chartes canadienne et québécoise par les dispositions en matière de liberté, sécurité, vie privée et égalité », voir Michelle GIROUX, « Le droit fondamental de connaître ses origines biologiques », dans Tara COLLINS *et al.* (dir.), *Droits de l'enfant : actes de la Conférence internationale, Ottawa 2007/Rights of the Child: Proceedings of the International Conference, Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, 353, à la page 384 [note omise].

droit à l'égalité des enfants n'a pas confirmé leur statut inférieur. Certes, la jurisprudence en matière familiale pendant les trente premières années de la *Charte canadienne des droits et libertés* décevra quelques observateurs. Elle peut cependant nous rappeler que les juges doivent s'en tenir à leur rôle institutionnel, au texte constitutionnel, aux précédents et aux affaires qui leur sont soumises et nous montrer les limites de la capacité du droit de régler tous les problèmes.