

L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille au Québec

José Woehrling

Volume 19, numéro 4, 1988

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058495ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058495ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Woehrling, J. (1988). L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille au Québec. *Revue générale de droit*, 19(4), 735–769. <https://doi.org/10.7202/1058495ar>

Résumé de l'article

La famille constitue pour ses membres un espace de liberté et d'autonomie et, dans cette mesure, doit rester autant que possible soustraite à l'intervention de l'État. La *Charte canadienne des droits et libertés* vient constitutionnaliser cette autonomie. Cependant, la famille n'est pas une entité propre qui se verrait reconnaître des droits autonomes, mais plutôt une association intime de plusieurs individus, dont chacun possède, outre les droits qu'il partage avec les autres membres de la famille, ses propres droits. Aussi l'État doit-il traditionnellement arbitrer entre ces droits contradictoires en intervenant par ses organes législatifs et judiciaires. Avec l'entrée en vigueur de la *Charte*, le rôle des tribunaux prend plus d'importance et empiète sur celui du législateur dans l'élaboration même du droit familial. Dans la présente étude, l'auteur tente d'évaluer, en s'inspirant de la jurisprudence constitutionnelle des États-Unis, l'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille en vigueur au Québec. L'article 7 de la *Charte* garantit le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Il pourra être invoqué, à la fois par les parents et les enfants, pour revendiquer le droit de fonder une famille, de procréer ou, au contraire, de ne pas procréer, et pour garantir le maintien et l'intégrité des liens familiaux. Il peut également servir à protéger l'exercice de l'autorité parentale contre l'intervention indue de l'État; cependant, cette autorité est susceptible de rentrer en conflit avec le droit des enfants de prendre eux-mêmes, à mesure qu'ils grandissent, les décisions importantes pour leur vie et leur avenir. Quant à l'article 15 de la *Charte*, il contient les droits à l'égalité. Dans le cadre de la famille traditionnelle, les réformes législatives des dernières années ont créé une égalité juridique quasi parfaite entre époux et entre enfants. Par contre, l'égalité entre la famille légale et l'union de fait, pour autant qu'elle est considérée comme souhaitable, est loin d'être réalisée. Enfin, l'auteur évoque certains problèmes soulevés par l'union homosexuelle.

L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le droit de la famille au Québec *

JOSÉ WOEHRLING **

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Montréal

RÉSUMÉ

La famille constitue pour ses membres un espace de liberté et d'autonomie et, dans cette mesure, doit rester autant que possible soustraite à l'intervention de l'État. La Charte canadienne des droits et libertés vient constitutionnaliser cette autonomie. Cependant, la famille n'est pas une entité propre qui se verrait reconnaître des droits autonomes, mais plutôt une association intime de plusieurs individus, dont chacun possède, outre les droits qu'il partage avec les autres membres de la famille, ses propres droits. Aussi l'État doit-il traditionnellement arbitrer entre ces droits contradictoires en intervenant par ses organes législatifs et judiciaires. Avec l'entrée en vigueur de la Charte, le rôle des tribunaux prend plus d'importance et empiète sur celui du législateur dans l'élaboration même du droit familial. Dans la présente étude, l'auteur tente

ABSTRACT

To the extent that the family constitutes for its members a sphere of freedom and autonomy, it should be protected from State intervention as much as possible. The Canadian Charter of Rights and Freedoms provides constitutional recognition of this autonomy. The family is not, however, a specific entity upon which rights have been conferred, but rather an intimate association of a number of individuals, each of whom has his or her own rights as well as those shared with other family members. The State has traditionally mediated these conflicting interests through legislative and judicial intervention. With the coming into force of the Charter, the courts are assuming more importance and are taking over the role of the legislature in the very development of family law. In this study, the author attempts to assess the impact of the

* Rapport québécois de droit constitutionnel aux journées turques de l'Association Henri-Capitant (Istanbul, 16-20 mai 1988). La recherche a été close au début du mois de mai 1988.

** L'auteur remercie le professeur J. Pineau pour ses commentaires.

d'évaluer, en s'inspirant de la jurisprudence constitutionnelle des États-Unis, l'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit de la famille en vigueur au Québec. L'article 7 de la Charte garantit le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Il pourra être invoqué, à la fois par les parents et les enfants, pour revendiquer le droit de fonder une famille, de procréer ou, au contraire, de ne pas procréer, et pour garantir le maintien et l'intégrité des liens familiaux. Il peut également servir à protéger l'exercice de l'autorité parentale contre l'intervention indue de l'État; cependant, cette autorité est susceptible de rentrer en conflit avec le droit des enfants de prendre eux-mêmes, à mesure qu'ils grandissent, les décisions importantes pour leur vie et leur avenir. Quant à l'article 15 de la Charte, il contient les droits à l'égalité. Dans le cadre de la famille traditionnelle, les réformes législatives des dernières années ont créé une égalité juridique quasi parfaite entre époux et entre enfants. Par contre, l'égalité entre la famille légale et l'union de fait, pour autant qu'elle est considérée comme souhaitable, est loin d'être réalisée. Enfin, l'auteur évoque certains problèmes soulevés par l'union homosexuelle.

Canadian Charter of Rights and Freedoms on Quebec family law by drawing on the constitutional jurisprudence of the United States. Section 7 of the Charter guarantees the "right to life, liberty and the security of the person" and may be invoked by parents and children alike, in order to claim the right to establish a family and to bear children or not, and to guarantee the preservation and integrity of family ties. This section can also be used to protect the exercise of parental authority against undue State interference; however, this authority may come into conflict with the right of children, as they mature, to make important decisions about their lives and futures. Section 15 of the Charter deals with equality rights. Recent legislative reforms have created almost complete equality between spouses and between children. On the other hand, equality between the legal family and common-law marriages is far from being attained. The author also touches upon some of the questions raised by the situation of homosexual couples.

SOMMAIRE

Introduction	737
I. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (article 7)	739
A. Les droits des parents	742
1. Le droit de se marier et d'avoir ou non des enfants	742
a) <i>Le droit de se marier</i>	742
b) <i>Le droit d'avoir ou non des enfants</i>	744
(i) le droit de procréer	745
(ii) le droit de ne pas procréer	746
2. Le droit à la protection des liens familiaux	749
3. Le droit à l'exercice de l'autorité parentale	752
a) <i>Les décisions relatives à la santé des enfants</i>	753
b) <i>Les décisions relatives à la vie sexuelle et à la fécondité des enfants</i>	754
c) <i>Les décisions relatives à la religion et à l'éducation des enfants</i>	756
B. Les droits des enfants	758
1. Le droit de se marier et d'avoir ou non des enfants	758
2. Le droit à la protection des liens familiaux	759
II. Les droits à l'égalité (article 15)	761
A. Le droit à l'égalité des adultes	761
1. La famille légale	762
2. L'union de fait	764
3. L'union homosexuelle	767
B. Le droit à l'égalité des enfants	769

INTRODUCTION

Au Québec, l'importance des textes constitutionnels pour le droit de la famille est double. En établissant le partage des compétences entre l'État central et les États membres de la Fédération, la Constitution détermine la compétence du parlement québécois en matière de droit de la famille. En garantissant les droits et libertés de la personne, elle fixe les restrictions qui s'imposent au pouvoir étatique, fédéral et provincial. Nous n'aborderons que cette deuxième question, pour laquelle il faudrait en principe tenir compte, non seulement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹, qui fait partie de la Constitution fédérale, mais

1. Partie I (articles 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 (ci-après la *Charte canadienne*).

également de la *Charte des droits et libertés de la personne*² du Québec et de la *Déclaration canadienne des droits*³, respectivement contenues dans une loi provinciale et dans une loi fédérale de nature quasi constitutionnelle⁴. Cependant, à cause des restrictions quantitatives imparties à notre rapport, nous devons nous limiter à l'examen de la *Charte canadienne*.

La *Charte canadienne* est entrée en vigueur le 17 avril 1982⁵. Elle fait partie de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, à ce titre, elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit⁶. Cependant, outre une disposition limitative énonçant que les droits et libertés qu'elle garantit peuvent être restreints par une règle de droit « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁷, la *Charte* contient également une « clause de dérogation expresse » en vertu de laquelle le Parlement fédéral ou la législature d'une province peut purement et simplement écarter, à l'égard des lois que cet organe législatif adopte, l'application d'une grande partie des articles de la *Charte*⁸. Enfin, la

2. L.R.Q., c. C-12.

3. S.R.C. 1970, App. III.

4. Ces lois, parce qu'elles sont assorties d'une clause interdisant la dérogation implicite (contenue respectivement à l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et à l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*), jouissent d'une supériorité de principe sur toute loi ordinaire.

5. Sauf l'article 15, dont l'entrée en vigueur a été retardée de trois ans et s'est donc produite le 17 avril 1985.

6. *Loi constitutionnelle de 1982*, supra, note 1, paragraphe 52(1). Un deuxième mécanisme de protection des droits et libertés est prévu au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne* qui dispose : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

7. *Charte canadienne*, art. 1 : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

La Cour suprême du Canada considère que l'article 1^{er} impose deux critères fondamentaux, décrits dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, pp. 138-139. Afin qu'une règle de droit qui restreint un droit ou une liberté puisse néanmoins être considérée comme raisonnable et justifiable, il faut qu'elle poursuive un objectif social « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution »; et que les moyens choisis pour atteindre cet objectif soient raisonnables et que leur justification puisse se démontrer, c'est-à-dire qu'ils satisfassent à « une sorte de critère de proportionnalité ».

8. L'article 33 de la *Charte canadienne* permet au parlement fédéral et aux législatures provinciales de déroger aux articles 2 et 7 à 15, c'est-à-dire de les rendre inapplicables à l'égard de toute loi dans laquelle ces corps législatifs insèrent une simple formule (dite « clause nonobstant ») par laquelle ils expriment cette volonté. Dès lors tout contrôle judiciaire — autre que celui portant sur le respect des conditions formelles

Charte canadienne ne s'applique pas aux rapports purement privés entre particuliers; pour qu'elle puisse être invoquée dans le cadre d'un litige privé, celui-ci doit être régi par le droit d'origine législative ou exécutive⁹.

Le texte de la *Charte canadienne* ne fait aucune référence directe à la famille, pas davantage le Préambule que les articles du dispositif¹⁰. Cependant, deux articles de la *Charte* ont manifestement une portée sur le droit familial : l'article 7, qui garantit « le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et le paragraphe 15(1), qui contient les droits à l'égalité. D'autres dispositions de la *Charte* ont une importance moindre en la matière et sont susceptibles d'être utilisées de façon complémentaire ou accessoire; nous en traiterons à l'occasion des développements consacrés aux articles 7 et 15 paragraphe 1.

I. LE DROIT À LA VIE, À LA LIBERTÉ ET À LA SÉCURITÉ DE SA PERSONNE (ARTICLE 7)

L'article 7 dispose :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

de recours à l'article — disparaît à l'égard des lois contenant une telle clause de dérogation. L'article 33 permet donc aux législatures canadiennes de « déconstitutionnaliser » la plupart des droits garantis par la *Charte*. Seuls les droits démocratiques (articles 3, 4 et 5), la liberté de circulation et d'établissement (article 6) et les droits linguistiques (articles 16 à 20 et 23) échappent à l'application de la clause dérogatoire. Tous les autres droits et libertés, y compris le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité (article 7) et les droits à l'égalité (article 15) sont soumis à l'article 33.

9. Par contre, la *Charte canadienne* ne s'applique pas aux litiges privés dans la mesure où ceux-ci ne sont régis que par la common law : *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons section locale 580 c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Selon ce même arrêt, la *Charte* ne s'applique pas aux décisions des tribunaux, ce qui diminue évidemment beaucoup sa portée potentielle dans le domaine du droit de la famille.

10. Le préambule de la *Charte canadienne* est très bref et se lit comme suit « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ».

Le préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, *supra*, note 3, mentionne la famille dans son premier paragraphe : « Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu, la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que le rôle de la famille dans une société d'hommes libres et d'institutions libres ».

La *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 2, ne mentionne pas la famille dans son préambule, mais contient plusieurs dispositions qui garantissent expressément des droits ayant trait aux relations familiales : droit de l'enfant à la protection de ses parents ou des personnes qui en tiennent lieu (article 39), droit des parents à l'enseignement religieux ou moral et privé pour leurs enfants (articles 41 et 42), droit de

Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, l'un des principaux problèmes soulevés par l'application de l'article 7 a été de savoir si les tribunaux canadiens peuvent ou doivent, en l'interprétant, s'inspirer de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis qui porte sur les dispositions similaires des V^e et XIV^e amendements de la Constitution américaine.

En l'occurrence, il semble que le Constituant ait voulu écarter d'avance le recours au droit des États-Unis, en utilisant le concept de « principes de justice fondamentale » plutôt que celui d'« application régulière de la loi » (*due process of law*), que l'on trouve précisément dans les dispositions constitutionnelles américaines. Les travaux préparatoires de la *Charte* laissent penser qu'il entendait ainsi confiner les tribunaux canadiens au contrôle des formes et procédures exigibles en matière de limitation des libertés (ce qu'on appelle aux États-Unis le *procedural due process*) et faire en sorte qu'ils ne puissent s'appuyer sur l'article 7 pour censurer la substance même des décisions du législateur (*substantive due process*)¹¹. Si c'est bien là l'effet qu'il voulait obtenir, les efforts du Constituant ont été vains; en effet, après une courte période d'hésitation, la Cour suprême du Canada a décidé que l'article 7 possède un contenu non seulement procédural mais également substantif et qu'il appelle les tribunaux à aller au-delà du respect des règles de procédure afin d'examiner la substance de la législation¹².

Ainsi donc, pour interpréter l'article 7 de la *Charte canadienne* l'on pourra faire appel aux décisions de la Cour suprême des États-Unis dans lesquelles celle-ci a progressivement dégagé un ensemble de droits liés au respect de la vie privée et familiale et fondés sur le concept de « liberté » contenu dans les V^e et XIV^e amendements. Cette cour a reconnu, entre autres, le droit de se marier, de fonder un foyer et d'avoir ou de ne pas avoir d'enfants, ainsi que celui des parents d'élever librement leurs enfants comme ils l'entendent, sans intervention indue de l'État¹³.

toute personne à l'assistance financière et aux mesures sociales « pour elle et sa famille » (article 45), égalité des époux (article 47), droit de toute personne « à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu » (article 48).

11. Voir le témoignage de M. B.L. STRAYER, qui était alors sous-ministre associé au ministère de la Justice du Canada, devant le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution : Canada, *Délibérations du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (Présidents : H. Hays, S. Joyal), Première session du 32^e Parlement, 1980-81, (27 janvier 1981), p. 46:32.

12. *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 (par le juge Lamer à la p. 498); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (par le juge en chef Dickson aux pp. 52-53; par le juge Wilson à la p. 175).

13. Il existe de très nombreux articles américains portant sur la jurisprudence constitutionnelle en matière de droit de la famille. Pour le plus complet, à notre

Il est possible de justifier le recours au droit comparé américain de diverses façons. Ainsi, l'on peut souligner que le *Bill of Rights* des États-Unis a servi, à la fois positivement et négativement, de modèle aux rédacteurs de la *Charte canadienne*. D'autre part, la référence dans le premier article de celle-ci, au « cadre d'une société libre et démocratique » peut être analysée comme renvoyant les interprètes de la *Charte* à une comparaison entre les normes canadiennes dont la validité constitutionnelle est contestée et le droit des sociétés étrangères qui peuvent être considérées comme libres et démocratiques. Enfin, comme la Cour suprême du Canada elle-même le soulignait dans la toute première décision qu'elle a rendue en vertu de la *Charte canadienne*, les États-Unis possèdent depuis près de deux siècles un instrument constitutionnel destiné à garantir les droits et libertés et les tribunaux américains ont par conséquent accumulé dans ce domaine une expérience dont les juges canadiens peuvent utilement tirer profit¹⁴.

Nous examinerons donc l'impact actuel et potentiel de l'article 7 en nous basant sur la jurisprudence canadienne et sur la jurisprudence américaine. Nous verrons d'abord les droits que les parents peuvent

connaissance, voir : « Developments in the Law — The Constitution and the Family » (sans indication d'auteur), (1980) 93 *Harvard L. R.* 1156-1383. Le droit constitutionnel américain dans ce domaine est également analysé, de façon synthétique, par le juge Wilson dans *R. c. Morgentaler, supra*, note 12, pp. 167-171.

14. *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 367 (par le juge Estey) : « Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche [l'interprétation et l'application des dispositions constitutionnelles qui garantissent les droits et libertés], et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada ».

Cependant, le recours au droit américain dans l'interprétation de la *Charte canadienne* exige certaines précautions; plusieurs décisions de la Cour suprême contiennent à cet égard des avertissements à la prudence : *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 161; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 498.

Sur la problématique du recours au droit américain dans l'interprétation la *Charte canadienne*, voir : J. WOEHLING, « Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne », dans *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé* (sous la direction de A. de Mestral et autres), Cowansville, Éditions Y. Blais, 1986, 449, p. 476 s.; S. I. BUSHNELL, « The Use of American Cases », (1986) 35 *U.N.B.L.J.* 157; J. CAMERON, « The Motor Vehicle Reference and the Relevance of American Doctrine in Charter Adjudication » dans *Charter Litigation* (sous la direction de R.J. Sharpe), Toronto, Butterworths, 1987, p. 69; P. MONAHAN, *Politics and the Constitution*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 73-96 (chap. 5 : « The Use and Abuse of American Constitutional Theory in Charter Analysis »).

Sur la question plus générale de l'opportunité d'avoir recours à la jurisprudence étrangère en matière de droits fondamentaux, voir notamment : R. CASSIN, « Droits de l'homme et méthode comparative », (1968) *Revue int. de droit comparé* 449; G. MARTY, « Droits de l'homme et droit comparé » dans R. CASSIN, *Amicorum Discipulorumque Liber* (tome IV, Méthodologie des droits de l'homme), Paris, Pédone, 1972, p. 259.

invoquer sur la base de l'article 7, puis ceux qui peuvent en découler au profit des enfants. Ce faisant, nous tenterons d'identifier les conflits qui sont susceptibles de naître entre ces deux catégories de droits ainsi que les limitations que l'État peut leur faire subir au nom de l'intérêt général¹⁵.

A. LES DROITS DES PARENTS

Outre le droit à la « liberté », qui est de nature à justifier les emprunts à la jurisprudence américaine, l'article 7 garantit également le droit à la « sécurité de sa personne », que l'on ne retrouve pas dans les dispositions équivalentes de la Constitution des États-Unis. Selon la Cour suprême du Canada, ce droit à la sécurité protège les individus contre les atteintes à la vie privée et les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle venant de l'État, ainsi que contre les traumatismes psychologiques qui peuvent en résulter¹⁶.

Nous envisagerons successivement les droits reliés à la création d'une famille, à la protection des liens familiaux et à l'exercice de l'autorité parentale.

1. Le droit de se marier et d'avoir ou non des enfants

a) Le droit de se marier

Le droit de se marier n'est pas spécifiquement garanti par la *Charte canadienne* mais l'on pourrait considérer qu'ayant traditionnellement été reconnu au Canada à un niveau infra-constitutionnel, son existence est confirmée par l'article 26 en vertu duquel « [l]e fait que la [...] charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada ». En outre, même si la Cour suprême n'a pas eu l'occasion encore de se prononcer sur la question certains tribunaux ont déjà indiqué en *obiter dictum* il est vrai, qu'ils considèrent le droit de se marier comme inclus dans l'article 7¹⁷.

15. Concernant l'impact de l'article 7 de la *Charte canadienne* sur le droit familial, voir : N. BALA & J.D. REDFEARN, « Family Law and the "Liberty Interest" : Section 7 of the Canadian Charter of Rights » dans *Contemporary Trends in Family Law : A National Perspective* (sous la direction de K. Connell-Thouez et B.M. Knoppers), Toronto, Carswell, 1984, p. 243.

16. Voir l'opinion du juge en chef Dickson dans *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 12, pp. 54-55, dans laquelle celui-ci transpose à l'article 7 ce que le juge Lamer disait à propos du paragraphe 11(h) de la *Charte canadienne* dans *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863, pp. 919-920.

17. *R. c. Morgentaler*, (1986) 22 D.L.R. (4th) 641 (C. A. Ont). Cependant, il a également été décidé que le directeur d'un centre de détention peut refuser l'autorisation de mariage à un détenu, étant donné que le droit à la liberté ne comprend pas le droit de se

Pour confirmer ce point de vue, il sera possible — si nécessaire — de faire appel à la jurisprudence américaine¹⁸ et au droit international¹⁹. En vertu du droit en vigueur au Québec, le mariage est cependant interdit aux homosexuels, aux aliénés mentaux ainsi qu'entre certains parents et alliés. Nous examinerons la prohibition du mariage entre personnes du même sexe dans le cadre des développements consacrés au droit à l'égalité.

En ce qui concerne les aliénés mentaux, il faut distinguer selon qu'ils sont ou non interdits²⁰. L'aliéné non interdit peut se marier mais son mariage pourrait être annulé si la preuve est établie qu'il était incapable de donner un consentement valable. Il peut cependant contracter un mariage valide si celui-ci est célébré pendant un intervalle de lucidité. Ces règles ne semblent pas incompatibles avec la *Charte canadienne* étant donné que le maintien du caractère volontaire du mariage constitue un objectif suffisamment important pour justifier la restriction du droit de se marier des aliénés et que l'existence d'une exception en cas de lucidité suffisante fait en sorte que le critère de la proportionnalité des moyens est également satisfait.

Lorsque l'aliéné a fait l'objet d'un jugement d'interdiction, la solution est actuellement moins claire : se pose en effet la question de savoir si celle-ci constitue par elle-même un obstacle permanent au mariage. Si l'on applique l'article 334, al. 2 C.c.B.-C., l'interdit ne pourra

marier; voir *Gray c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, C.F. 6 mai 1985. Cette dernière décision pourrait cependant être également analysée comme fondée sur la limitation du droit en cause, plutôt que sur sa non-existence.

18. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), p. 12.

19. Le recours au droit international dans l'interprétation de la *Charte canadienne* se justifie par le principe de l'interprétation favorable au droit international des règles internes et par le fait que les conventions internationales sur les droits de la personne font partie du « contexte d'adoption » de la *Charte* : J. WOEHLING, *loc. cit.*, *supra*, note 14, pp. 468-471.

Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu au paragraphe 16(1) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948 (Doc. N.U.A./810, p. 71), ainsi qu'au paragraphe 23(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ([1976] R.T. Can. n° 47), entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976. Quant au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ([1976] R.T. Can. n° 46), entré en vigueur pour le Canada à la même date, il stipule à son paragraphe 10(1) : « [u]ne protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa fondation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge [...] ».

20. Sur cette question, voir : J. PINEAU, *La famille — Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1983, pp. 25-27; M. QUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Les Éditions Thémis, pp. 18-19; M. D.-CASTELLI, *Précis du droit de la famille*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1987, pp. 21-22.

jamais contracter de mariage valide²¹. Si, au contraire, l'on estime que cette disposition générale ne s'applique qu'aux actes de nature patrimoniale et non pas aux actes à caractère essentiellement personnel, l'interdit pourrait, là encore, se marier dans un intervalle de lucidité. L'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* permet d'apporter un argument en faveur de la seconde thèse, étant donné qu'une présomption irréfragable d'aliénation permanente, aboutissant à une interdiction totale du mariage pour les aliénés, serait sans doute considérée comme non justifiable, car disproportionnée par rapport à l'objectif de maintien du caractère volontaire du mariage. Or, l'on sait qu'entre deux interprétations d'un texte législatif, le juge doit choisir celle qui aboutit à maintenir la validité constitutionnelle de celui-ci. Par ailleurs, si l'on invoquait comme objectif législatif le souci d'empêcher les aliénés de procréer, se poserait alors la question de la légitimité d'un tel but et, à condition d'admettre celle-ci, de la proportionnalité des moyens utilisés pour l'atteindre. En l'occurrence, l'interdiction du mariage aux aliénés ne semble pas être le moyen le plus adéquat de les empêcher d'avoir des enfants, tant il est vrai que de nombreux mariages restent sans enfants et que bien des enfants naissent hors mariage.

Selon le droit actuellement en vigueur au Québec, les mariages entre certains parents et alliés sont interdits²². La prohibition du mariage entre parents proches, en ligne directe ou collatérale, est habituellement justifiée par des motifs à la fois moraux et génétiques et ne paraît guère vulnérable à une attaque fondée sur la *Charte canadienne*. Il en va peut-être autrement de la prohibition du mariage entre alliés, surtout en ligne collatérale, fondée sur des préoccupations qui paraissent moins légitimes aujourd'hui qu'à l'époque où ces règles ont été adoptées.

b) *Le droit d'avoir ou non des enfants*

L'établissement d'un lien de filiation peut se fonder sur la procréation ou sur l'adoption. Concernant l'adoption, les problèmes constitutionnels susceptibles de se poser ont essentiellement trait aux limitations à la faculté d'adoption qui pourraient être considérées comme discriminatoires. C'est pourquoi nous traiterons de cette question en étudiant la portée de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

21. En vertu de cette disposition, tout acte fait par l'interdit, postérieurement à l'interdiction, est nul lorsque celle-ci repose sur l'imbécillité, la démence ou la fureur.

22. Articles 124-126 C.c.B.-C.; *Loi concernant le mariage*, S.R.C. 1970, c. M-5.

(i) Le droit de procréer

Le droit de procréer est probablement garanti de façon implicite par l'article 7 de la *Charte canadienne*²³. Dans une affaire récente, la Cour suprême du Canada était invitée à dire dans quelle mesure la *Charte* protège une personne contre la stérilisation sans son consentement et également, si elle donne le droit de choisir de ne pas procréer. Tout en refusant de traiter de ces questions constitutionnelles dans la mesure où elle a considéré que cela était inutile pour décider de l'affaire²⁴, la cour a jugé que la stérilisation purement *contraceptive* d'une déficiente mentale adulte, qui est incapable de donner son consentement, n'est possible que dans la mesure où elle est clairement permise par une loi provinciale. Elle a par ailleurs laissé entendre qu'une telle législation, pour être conforme à la *Charte canadienne*, doit limiter cette possibilité aux cas où l'intervention est clairement dans l'intérêt de la personne atteinte de déficience²⁵. Dans ce contexte, elle a souligné que « [l']importance du maintien de l'intégrité physique d'un être humain se situe en haut dans notre échelle de valeurs, particulièrement en ce qui a trait au privilège de procréer »²⁶.

Étant donné le statut encore incertain du droit de procréer sous l'empire de la *Charte canadienne*, il est difficile de dire s'il comprend le droit des personnes stériles ou porteuses de maladies héréditaires de recourir aux nouvelles techniques de reproduction (insémination artificielle, fécondation *in vitro*, mère porteuse, etc.). Dans l'affirmative, l'utilisation de ces techniques pourrait cependant être réglementée ou restreinte, pour

23. La Cour suprême des États-Unis a affirmé l'existence du droit de procréer dans l'arrêt *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), en invalidant la loi d'un État qui autorisait la stérilisation des individus reconnus coupables de deux ou plusieurs crimes impliquant la turpitude morale. Au Canada, le droit d'avoir des enfants a été reconnu en *obiter*, par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Morgentaler*, *supra*, note 17.

24. *É. (Mme) c. Ève*, [1986] 2 R.C.S. 388. La Cour suprême devait juger si les tribunaux de l'Île-du-Prince-Édouard ont le pouvoir d'autoriser la mère d'une déficiente mentale adulte de consentir à la stérilisation purement contraceptive de sa fille. Elle a décidé qu'un tel pouvoir n'existe pas en l'occurrence, dans la mesure où il n'est prévu par aucune loi provinciale et où il ne peut pas davantage être fondé sur la compétence *parens patriae* des tribunaux, celle-ci devant uniquement être exercée à l'avantage de la personne qui a besoin de protection. Pour des commentaires de cette décision, voir entre autres : R.P. KOURI, « L'arrêt *Ève* et le droit québécois », (1987) 18 *R.G.D.* 643; E.W. KEYSERLINGK, « The Eve Decision — A Common Law Perspective », (1987) 18 *R.G.D.* 657.

25. *É. (Mme) c. Ève*, *supra*, note 24, pp. 432-436.

26. *Id.*, p. 434. Le maintien de l'intégrité physique (art. 7 de la *Charte canadienne*) comprendrait donc le « privilège » de procréer (sans doute faut-il comprendre qu'il s'agit en réalité d'un *droit*). Voir aussi l'opinion du juge Wilson dans *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 12, p. 172 : « Ainsi les besoins et les aspirations des femmes se traduisent seulement aujourd'hui en des droits garantis. *Le droit de se reproduire* ou de ne pas se reproduire, qui est en cause en l'espèce, est l'un de ces droits [...] ». (Nos italiques)

des raisons éthiques et médicales, en vertu de la clause limitative de la *Charte* contenue dans l'article 1^{er} de celle-ci²⁷.

En admettant que la *Charte canadienne* protège le droit de recourir à la procréation artificielle, permet-elle également d'exiger de l'État qu'il prenne en charge les coûts entraînés par celle-ci²⁸? La chose est douteuse, car la *Charte* est un instrument « néo-libéral » dont la fonction est essentiellement « négative ». Si elle protège la liberté et les capacités naturelles des individus contre les restrictions susceptibles de leur être imposées, elle n'a pas pour objet, sauf exceptions²⁹, de forcer l'État à intervenir positivement afin de fournir aux individus les moyens matériels nécessaires à la mise en œuvre de leurs droits³⁰. Cependant, si l'État décide d'offrir un certain accès aux technologies reproductives en fournissant des services subventionnés, il devra le faire de façon non discriminatoire³¹.

(ii) Le droit de ne pas procréer

Les problèmes soulevés par le droit de ne pas avoir d'enfants portent sur l'accès aux moyens contraceptifs et sur le droit à l'avortement.

En ce qui concerne la *stérilisation contraceptive*, sa licéité et sa légalité ne font plus de doute au Québec depuis une décision de 1978, à condition qu'il s'agisse d'une personne majeure et apte à donner son consentement³². En outre, la Cour suprême a indiqué récemment — par voie d'*obiter* il est vrai — qu'elle ne doutait pas « qu'une personne ait le droit de décider d'être stérilisée »³³. *A fortiori* le droit de recourir aux

27. C'est l'avis d'une spécialiste de la question; voir B.M. KNOPPERS, « Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person », (1987) 32 *McGill L.J.*, 336, pp. 348-349.

28. Le droit d'accès aux moyens de reproduction artificielle pourrait également être fondé sur le droit à la santé, dans la mesure où la stérilité est une maladie; le droit à la santé n'est pas expressément garanti dans la *Charte canadienne*, mais pourrait découler de l'article 7 (droit à la sécurité).

29. Voir les articles 14 et 23 de la *Charte canadienne*.

30. M. GOLD, « A Principled Approach to Equality Rights : A Preliminary Inquiry », (1982) 4 *Sup. Ct. L.R.* 131, p. 156.

31. En fait, il semble qu'à l'heure actuelle les médecins et les hôpitaux limitent en pratique l'accès des nouvelles techniques de reproduction aux gens mariés ou vivant en union stable. Ces critères de limitation se retrouvent également dans les recommandations des diverses commissions de réforme du droit ou d'étude dont les rapports sont analysés par madame Knoppers; celle-ci est cependant d'avis que « [s]ome of these restrictions might not withstand constitutional challenge »; voir *loc. cit.*, *supra*, note 27, p. 349.

32. *Cataford c. Moreau*, [1978] C.S. 933. Il en va de même dans les provinces de common law; voir : KEYSERLINGK, *loc. cit.*, *supra*, note 24, 661-662.

33. *É. (Mme) c. Ève*, *supra*, note 24, p. 435.

moyens contraceptifs ordinaires doit-il être compris dans le droit à l'intimité qui découle de l'article 7 de la *Charte canadienne*, du moins en ce qui concerne les adultes, qu'ils soient mariés ou non. Les tribunaux canadiens n'ont pas eu l'occasion de l'affirmer jusqu'à présent mais l'on peut imaginer que, là encore, ils s'inspireront du droit américain³⁴.

L'avortement soulève des questions plus difficiles auxquelles la Cour suprême n'a apporté dans un récent arrêt que des réponses partielles. En effet, si la majorité des juges de la cour a reconnu qu'il existe un droit à l'avortement thérapeutique fondé sur le droit à la *sécurité* garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne*, elle a par contre refusé de se prononcer sur l'existence d'un droit à l'avortement pour convenances personnelles qui découlerait du droit à la *liberté* que protège cette même disposition³⁵. Cependant, le concept de menace à la « santé » de

34. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

35. *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 12. La Cour devait se prononcer sur la validité constitutionnelle de l'article 251 du *Code criminel* (S.R.C. 1970, C-34) qui interdit l'avortement, sauf si la grossesse menace la vie ou la santé de la femme, et qui prévoit une procédure à suivre pour qu'un avortement soit légal en vertu de l'exception. Cette procédure exige notamment qu'un avortement thérapeutique soit pratiqué par un médecin qualifié dans un hôpital « accrédité ou approuvé », après avoir été autorisé par le « comité de l'avortement thérapeutique » de cet hôpital; ce comité doit être composé d'au moins trois médecins qualifiés appartenant à l'hôpital, mais qui ne pratiquent pas eux-mêmes d'avortements thérapeutiques. Même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'article 251 ne l'oblige à le faire. Ainsi que certains des membres de la Cour suprême l'ont souligné, l'exigence qu'au moins quatre médecins résidents soient disponibles dans un hôpital pour autoriser et pratiquer un avortement signifie en pratique que dans beaucoup d'hôpitaux la chose est impossible. Les exigences concernant l'accréditation restreignent encore davantage le nombre des hôpitaux où l'avortement peut être légalement pratiqué. Il en résulte des délais pour obtenir un avortement thérapeutique, qui entraînent eux-mêmes un risque accru de complications médicales et, par conséquent, un danger pour la santé physique des femmes.

Sur les sept juges qui formaient le banc, les juges McIntyre et La Forest, dissidents, ont considéré que la *Charte canadienne*, y compris l'article 7, ne crée pas un droit à l'avortement et que l'article 251 du *Code criminel* ne porte atteinte à aucun autre droit ou liberté garanti (pp. 132 s.). Par contre, les cinq juges majoritaires (qui se divisent en trois groupes, le juge Lamer souscrivant aux motifs du juge en chef Dickson, le juge Estey à ceux du juge Beetz et le juge Wilson rédigeant ses propres motifs) ont conclu que la procédure imposée par l'article 251 pour obtenir un avortement thérapeutique, dans la mesure où elle accroît les risques pour la santé de la femme enceinte, constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle de celle-ci et, partant, à son droit à la sécurité. Parmi tous les juges majoritaires, seule le juge Wilson en est arrivée à la conclusion supplémentaire que l'article 7 crée, outre le droit à l'avortement thérapeutique, un droit à l'avortement pour convenances personnelles. En effet, elle considère que le droit à la « liberté » énoncé dans cette disposition garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie privée et que la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées : « [...] le droit à la liberté garanti par l'article 7 de la

la femme enceinte retenu par trois des cinq juges majoritaires pour justifier un avortement semble suffisamment large pour inclure les cas où le bien-être psychologique de celle-ci serait menacé par une grossesse non désirée³⁶.

Depuis l'arrêt de la Cour suprême, certaines provinces ont annoncé qu'elles refuseront de prendre en charge les frais entraînés par un avortement. Si cette politique s'appliquait également aux avortements thérapeutiques, elle serait très probablement jugée inconstitutionnelle comme allant à l'encontre du droit aux soins de santé³⁷, ou du moins comme contraire au principe d'égalité étant donné que les lois provinciales prévoient la prise en charge par l'État des autres soins médicaux. Par ailleurs, si dans l'avenir la Cour suprême du Canada en venait à admettre l'existence d'un droit à l'avortement pour convenances personnelles, suivant en cela l'exemple de celle des États-Unis³⁸, elle refuserait probablement, comme cette dernière, d'aller jusqu'à reconnaître que l'État doit en assumer les frais³⁹.

Si le droit à l'avortement est limité aux cas où celui-ci est nécessaire pour sauver la vie ou la santé de la femme enceinte, la question des droits constitutionnels du père ne se pose pas. Si au contraire, on admet l'existence d'un tel droit pour convenances personnelles, il y aurait sans doute lieu de se demander si le droit du père au respect de sa vie familiale, lequel pourrait également être considéré comme découlant de l'article 7 de la *Charte canadienne*, ne lui réserve pas un rôle quelconque dans le processus. La question n'a pas encore été jugée sur la base de la *Charte canadienne*, mais si l'on s'inspire des précédents canadiens

Charte confère à une femme le droit de décider elle-même d'interrompre ou non sa grossesse [...] » (p. 172).

Enfin, il est important de souligner que tous les juges majoritaires ont reconnu la validité de l'objectif principal de l'article 251 du *Code criminel* qui est de protéger la vie du fœtus; cependant, ils ont considéré que les moyens choisis pour atteindre cet objectif ne sont pas raisonnables et que leur justification ne peut être démontrée dans le cadre de l'article 1 de la *Charte canadienne*, étant donné que l'article 251 contient des exigences inutiles pour la protection du fœtus. Vu cette conclusion, il n'était pas nécessaire de décider si le terme « chacun » à l'article 7 de la *Charte* vise également le fœtus et lui confère un droit indépendant « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Cette question a par contre été considérée dans l'arrêt *Borowski c. P. G. Canada*, actuellement en appel devant la Cour suprême du Canada (voir *infra*, note 43).

Pour une analyse de l'arrêt *Morgentaler*, voir : M. HARTNEY, « L'arrêt *Morgentaler* et l'article 7 de la *Charte canadienne* des droits et libertés », (1988) 29 *C. de D.* 775.

36. *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 13 : voir l'opinion du juge en chef Dickson (à laquelle souscrit le juge Lamer), p. 63 et l'opinion du juge Wilson, pp. 173-174.

37. Voir *supra*, note 28.

38. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburg v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986).

39. *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

antérieurs à la *Charte*⁴⁰ et du droit américain⁴¹ ou encore, de la jurisprudence des organes d'application de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁴², il ne semble pas que le père puisse s'opposer à l'avortement, ni même qu'il doive être consulté ou prévenu. Par ailleurs, étant donné que les progrès de la médecine ont permis d'abaisser sensiblement le seuil de viabilité de l'enfant né avant terme, il faudra se demander si le père a le droit d'exiger que l'intervention soit pratiquée de façon à sauver la vie de l'enfant. Il est trop tôt pour dire quelle solution les tribunaux canadiens tireront le cas échéant de l'article 7 de la *Charte*.

Enfin, les tribunaux devant lesquels cette question a jusqu'à présent été soulevée ont refusé de reconnaître le droit à la vie de l'enfant à naître (ou fœtus), qui pourrait limiter le droit de la femme enceinte à l'avortement pour convenances personnelles. Ils sont arrivés à cette position, dans l'affaire *Borowski*⁴³, en interprétant le terme « chacun » à l'article 7 (« Chacun a droit à la vie [...] ») comme n'incluant pas l'enfant à naître, étant donné que cette même expression est utilisée dans d'autres dispositions de la *Charte* qui ne sauraient possiblement s'appliquer au fœtus et aussi parce que celui-ci ne possède pas, en droit canadien, la personnalité juridique. La cause est actuellement en appel devant la Cour suprême du Canada.

2. Le droit à la protection des liens familiaux

Dans la mesure où l'article 7 de la *Charte canadienne* garantit le droit des parents au respect de leur vie familiale, il protège le maintien des liens entre ceux-ci et leurs enfants. La rupture des liens familiaux pouvant se produire à la suite d'un processus d'adoption, d'une mesure de protection en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁴⁴ ou par déchéance de l'autorité parentale, la validité de ces procédures pourra être contestée si celles-ci n'offrent pas de garanties suffisantes⁴⁵.

40. *Dehler v. Ottawa Civic Hospital*, (1979) 25 O.R. (2d) 748.

41. *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

42. *Paton v. United Kingdom*, (1980) 3 E.H.R.R. 408 (Décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 13 mai 1980, n° 8416/79).

43. *Borowski c. P.G. Canada*, (1983) 4 D.L.R. (4th) 112 (B.R. Sask.); [1987] 4 W.W.R. 385 (C.A. Sask.). Pour un résumé de la thèse des défenseurs des droits du fœtus, voir : S.L. MARTIN, « Canada's Abortion Law and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (1986) 1 C.J.W.L. 339, pp. 352-364.

Sur la situation juridique de l'enfant à naître, en droit public et en droit privé, voir : R. JOYAL, *Précis de droit des jeunes*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1986, pp. 25 à 32.

44. L.R.Q., c. P-43.1.

45. On a déjà jugé que le droit des parents de conserver le lien avec leurs enfants se fonde également sur la liberté d'association, garantie par le paragraphe 2 (d) de la *Charte*

C'est ainsi qu'un certain nombre de lois provinciales canadiennes permettent encore l'adoption d'un enfant sans l'accord du père ou sans même que celui-ci en soit avisé, lorsqu'il n'est pas marié avec la mère, alors que le consentement de cette dernière est toujours requis⁴⁶. De telles dispositions peuvent être contestées sur la base de l'article 7 de la *Charte*, étant donné que les « principes de justice fondamentale » exigent au minimum que le père soit prévenu de l'existence de la procédure d'adoption et ait l'occasion de se faire entendre. Elles pourraient également être attaquées en vertu de l'article 15, dans la mesure où il y a distinction fondée sur le sexe, susceptible d'être considérée comme discriminatoire⁴⁷.

Au Québec, les dispositions législatives applicables prévoient qu'un enfant mineur ne peut être adopté que si ses *père et mère* ou tuteur y ont consenti ou s'il a été déclaré judiciairement adoptable⁴⁸. Une telle déclaration peut être prononcée par le Tribunal de la jeunesse à l'égard d'un enfant de plus de trois mois dont ni la filiation maternelle ni la filiation paternelle ne sont établies, d'un enfant délaissé depuis plus de six mois par ses père et mère ou son tuteur, d'un enfant orphelin ou de celui dont les père et mère sont déchus de l'autorité parentale et qui n'est pas pourvu d'un tuteur⁴⁹. La procédure doit être signifiée aux parents s'ils sont vivants et connus. Si l'un d'eux démontre son intérêt pour l'enfant et désire le reprendre en charge, le tribunal doit refuser de prononcer la déclaration d'adoptabilité⁵⁰.

Lorsque le processus d'adoption est complété, l'adopté acquiert la filiation des adoptants et l'ancienne filiation avec les parents par le sang est effacée⁵¹. La loi déclare confidentiels les dossiers relatifs à l'adoption d'un enfant. L'adopté ne peut obtenir les renseignements lui permettant de retrouver ses parents biologiques qu'une fois majeur et à condition que ceux-ci aient donné leur accord préalable; réciproquement,

canadienne : voir *Re J; Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. S.*, (1985) 48 R.F.L. (2d) 371 (C.P. Ont.).

Sur les conflits entre l'autorité parentale et les interventions de l'État en matière de protection de la jeunesse, voir : D.A.R. THOMPSON, « The Charter and Child Protection : The Need for a Strategy », (1986) 5 *Can. J. Fam. L.* 55.

46. Voir les lois citées par N. BALA & J.D. REDFEARN, *loc. cit.*, *supra*, note 15, p. 259 (note 54).

47. Cet argument peut encore être renforcé par l'article 28 de la *Charte canadienne*, qui dispose que « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux deux sexes ».

48. Art. 596 et 603 à 606 C.c.Q. En vertu de l'article 609 C.c.Q. le consentement à l'adoption peut être rétracté dans les trente jours suivant la date à laquelle il a été donné. L'enfant doit alors être rendu sans formalités ni délai à l'auteur de la rétractation.

49. Art. 611 C.c.Q. Voir également les articles 612 à 614 C.c.Q.

50. Art. 613 C.c.Q.; *Droit de la famille 231*, J.E. 85-827 (T.J.).

51. Art. 627 C.c.Q. L'article 630 C.c.Q. prévoit une exception dans le cas où l'adoption est faite par le conjoint du père ou de la mère d'un enfant.

les parents d'origine d'un adopté ne peuvent obtenir les renseignements leur permettant de retrouver leur enfant qu'une fois celui-ci majeur et s'il y consent préalablement. Les dispositions applicables prévoient en outre que « [c]es consentements ne doivent faire l'objet d'aucune sollicitation »⁵². Cette prohibition des contacts entre les parents biologiques et leur enfant donné en adoption, tant que celui-ci n'est pas majeur, pourrait être contestée sur la base de l'article 7 de la *Charte canadienne*⁵³. On tentera probablement de la justifier en invoquant l'intérêt à long terme de l'enfant et le fait qu'une solution différente, en décourageant les candidats-adoptants, mettrait en jeu l'existence même de l'institution.

Les père et mère qui manquent gravement à leurs devoirs peuvent être déchus, partiellement ou totalement, de l'autorité parentale⁵⁴ ou se voir retirer provisoirement la garde de leurs enfants⁵⁵. Les dispositions applicables doivent évidemment respecter tous les principes procéduraux de justice naturelle et les motifs de déchéance ou de placement ne doivent pas être énoncés de façon trop vague, ce qui serait contraire aux « principes de justice fondamentale » mentionnés à l'article 7 de la *Charte canadienne* ainsi qu'aux conditions de « limites raisonnables » de l'article 1^{er}. Le seul critère des « intérêts de l'enfant », sans autre indication, pourrait probablement être considéré comme trop imprécis⁵⁶.

Certaines lois provinciales canadiennes permettent qu'un enfant soit soustrait à ses parents sans autorisation judiciaire préalable, dans les cas où il y a lieu de penser que sa santé ou son bien-être sont menacés⁵⁷. La

52. Art. 631 et 632 C.c.Q.

53. On pourrait également invoquer la liberté d'association : *Re J; Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. S.*, *supra*, note 45, où l'on a jugé qu'une législation qui interdirait tout contact, postérieurement à une adoption, entre l'adopté et ses parents biologiques, serait inconstitutionnelle.

Sur ce problème de la « recherche des origines biologiques » tel qu'il se soulève dans le cadre de l'adoption (et, également, dans le contexte des nouvelles techniques de reproduction), voir : B.M. KNOPPERS, « Vérité et information de la personne », (1987) 18 *R.G.D.* 819, pp. 821-837.

54. Article 654 C.c.Q.

55. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 44, articles 46, 62 à 64 et 91.

56. Les articles 38 et 38.1 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* énumèrent de façon relativement précise et détaillée les cas où « la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis ». Par contre, l'article 654 du C.c.Q. prévoit seulement qu'il y aura déchéance de l'autorité parentale « pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant »; on peut se demander si, en n'établissant aucun critère et en laissant une aussi large discrétion au tribunal, le législateur ne contrevient pas à l'article 7 de la *Charte canadienne*. Voir THOMPSON, *loc. cit.*, *supra*, note 45, pp. 71-75. Voir également : N. BALA & D. CRUICKSHANK, « Children and the Charter of Rights », dans *Children's Rights in the Practice of Family Law* (sous la direction de Barbara Landau), Toronto, Carswell, 1986, 28, p. 69.

57. Voir les exemples donnés par D.A.R. THOMPSON, *loc. cit.*, *supra*, note 45, p. 64 (note 31).

jurisprudence indique que de telles dispositions peuvent être contestées en vertu, non seulement de l'article 7 de la *Charte canadienne*, mais également de l'article 8, lequel donne « le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives »⁵⁸. Au Québec, la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit qu'une autorisation écrite d'amener, délivrée par un juge de paix, est nécessaire pour rechercher un enfant et l'amener devant le directeur de la protection de la jeunesse; cette exigence disparaît cependant en cas d'urgence, ce qui semble justifié eu égard à l'article 1 de la *Charte*⁵⁹.

Le droit constitutionnel au maintien des liens familiaux profite en premier lieu aux parents « biologiques » mais l'on peut songer à l'invoquer également, de manière plus limitée, au profit des grands-parents⁶⁰ et des personnes qui, ayant eu pendant un temps prolongé la garde de l'enfant, ont établi avec lui des liens d'affection qui leur confèrent à son égard le rôle de parents « psychologiques »⁶¹. En droit américain, des parents nourriciers ont ainsi invoqué avec succès le Quatorzième amendement pour se faire reconnaître le droit de faire valoir leur point de vue avant que soit prise la décision de leur retirer la garde d'un enfant dont ils avaient la charge⁶². Cependant, s'il y a conflit entre les droits des parents nourriciers et ceux des parents biologiques, ces derniers l'emporteront dans la plupart des cas, à moins que l'intérêt de l'enfant n'exige de façon très évidente une solution différente.

3. Le droit à l'exercice de l'autorité parentale

Les parents exercent traditionnellement sur leurs enfants une large autorité parentale qui leur est reconnue au Québec par la loi⁶³, et dans les provinces anglaises du Canada par les règles de common law. En vertu de cette autorité, ils sont habilités à prendre de nombreuses décisions qui conditionnent la vie et l'avenir de leurs enfants et peuvent contrôler et discipliner ceux-ci. Il est permis de penser qu'avec l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, l'exercice de cette autorité parentale est

58. *Id.*, pp. 64-68; N. BALA & D. CRUICKSHANK, *loc. cit.*, *supra*, note 56, p. 77.

59. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 44, articles 45 à 48.

60. C'est ainsi que l'article 659 du *Code civil du Québec* énonce : « Les père et mère ne peuvent sans motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.

À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal ».

61. Voir : N. BALA & D. CRUICKSHANK, *loc. cit.*, *supra*, note 56, pp. 55-57; N. BALA & D. REDFEARN, *loc. cit.*, *supra*, note 15, pp. 261-263.

62. *Rivera v. Marcus*, 8 F.L.R. 2270, conf. par 9 F.L.R. 2178 (C.A. 2nd Circ., 1982).

63. Art. 645 à 653 C.c.Q.

devenu un droit constitutionnellement protégé, du moins dans ses aspects les plus importants. Ce droit peut cependant être restreint par l'État dans les limites de l'article 1^{er} de la *Charte* et il est également susceptible d'entrer en conflit avec les droits de l'enfant. Sans être exhaustifs, nous traiterons de quelques questions qui illustrent le conflit potentiel entre les droits des parents et ceux des enfants⁶⁴.

a) *Les décisions relatives à la santé des enfants*

Il revient normalement aux parents de prendre les décisions concernant la santé de leurs enfants et notamment, de consentir aux soins et aux interventions que celle-ci exige, y compris ceux qui sont nécessaires pour les maintenir en vie.

Au Québec, l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique* limite cependant sur ce point l'autorité parentale de double façon⁶⁵. Dans le cas d'un mineur âgé de quatorze ans et plus, un établissement de santé ou un médecin peut lui fournir, avec son consentement, les soins requis par sa santé, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement des titulaires de l'autorité parentale; ceux-ci doivent seulement être avertis en cas de traitements prolongés. Lorsqu'un mineur est âgé de moins de quatorze ans, le consentement des titulaires de l'autorité parentale doit être obtenu; toutefois, lorsqu'il y a refus et que celui-ci « n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant », la Cour supérieure peut autoriser les soins et traitements nécessaires⁶⁶. Cette restriction de l'autorité parentale se justifie manifestement par l'intérêt de l'État à protéger la vie et la santé de l'enfant⁶⁷. Quant aux dispositions

64. L'autorité parentale présente un caractère unique, car elle permet à ceux qui en sont les titulaires de contrôler et de diriger une autre personne; pour délimiter sa portée, il faut donc définir son fondement. Sur cette problématique, voir : « Developments in the Law — The Constitution and the Family », *loc. cit.*, *supra*, note 13, pp. 1353 s.

65. L.R.Q., c. P.-35, articles 42 à 44. Voir également l'article 30, al. 1 C.c.B.-C. : « L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet ».

66. Voir également l'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 44. Dans l'affaire *In re Enfant Maude Goyette*, [1983] C.S. 429, pp. 435-436, les « meilleurs intérêts de l'enfant » ont été interprétés par référence à ses droits fondamentaux et constitutionnels, tels qu'ils découlent de la *Charte canadienne*, de la *Déclaration canadienne des droits*, *supra*, note 3 et de la *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 2.

67. Voir : *Re McTavish and Director, Child Welfare Act*, (1987) 32 D.L.R. (4th) 394 (B.R. Alta.) où il a été décidé que le droit à la vie d'un enfant ayant besoin d'une transfusion sanguine limite la liberté des parents, témoins de Jéhovah, de choisir les traitements médicaux pour leur enfant sans intervention de l'État.

Les problèmes soulevés dans le cas où les parents demandent l'euthanasie pour un enfant sont plus complexes. C'est ainsi que les tribunaux ont dû s'interroger sur le droit des parents d'un enfant né avec une malformation ou une maladie sérieuse, qui a besoin

relatives aux mineurs de quatorze ans et plus, elles peuvent être considérées comme donnant effet au droit à l'intégrité physique des adolescents, lequel est fondé, tout comme le droit à l'autorité parentale, sur l'article 7 de la *Charte canadienne* et dont la reconnaissance a forcément pour effet de limiter cette dernière.

*b) Les décisions relatives à la vie sexuelle
et à la fécondité des enfants*

L'équilibre entre l'autorité parentale et les droits des enfants, au fur et à mesure que ceux-ci grandissent, est particulièrement difficile à établir dans le domaine de la sexualité et du contrôle de la fécondité des enfants.

Les problèmes les plus graves se posent évidemment en matière d'avortement. Les principes que nous venons d'examiner en ce qui concerne les décisions relatives à la santé des enfants devraient normalement s'appliquer si l'avortement est considéré comme thérapeutique, ce qui pourrait fréquemment être le cas étant donné les contraintes psychologiques et physiques qu'une grossesse et une maternité entraînent pour une mineure⁶⁸. Dans le cas d'un avortement non thérapeutique, la question est plus complexe. Si la Cour suprême reconnaît à l'avenir que l'article 7 de la *Charte canadienne* donne le droit à l'avortement pour convenances personnelles, il lui sera sans doute difficile de ne pas considérer que ce droit bénéficie également aux personnes mineures. Cependant, on admettra probablement que, dans leur cas, son exercice puisse être limité par une disposition législative conférant un certain droit de regard aux parents. La Cour suprême des États-Unis, dont la jurisprudence servira sans doute d'inspiration, a jugé que même si la Constitution américaine

d'une intervention chirurgicale pour rester en vie, de refuser leur consentement à celle-ci. Ce refus peut se fonder sur la liberté de conscience et de religion des parents (paragraphe 2(a) de la *Charte canadienne*), sur le droit de l'enfant à la dignité et à une certaine qualité de vie (article 7 de la *Charte canadienne*) ainsi que sur l'article 12 de la Charte qui confère à chacun « le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels ou inusités ». Étant donné que l'enfant n'est pas capable de revendiquer ces droits lui-même, les parents peuvent-ils le faire à sa place? Jusqu'à présent, parce qu'ils estimaient qu'en l'occurrence la vie de l'enfant n'avait pas perdu toute valeur, les tribunaux canadiens ont opté pour l'intervention destinée à conserver la vie. Ils ont cependant laissé entendre que si la vie devenait « inhumaine », la personne elle-même, ou des tiers agissant en son nom, seraient justifiés, en s'appuyant sur l'article 12 de la *Charte*, de refuser tout traitement destiné à la prolonger; voir : *In re Infant Maude Goyette*, *supra*, note 66, p. 436; *Re S. D. : Superintendent of Family and Child Service*, (1983) 34 R.F.L. (2nd) 34, p. 49 (C.S. C.-B.).

68. Il semble cependant qu'en pratique, les médecins et les hôpitaux hésitent souvent à intervenir sans l'autorisation des parents, même pour une adolescente de 14 ans et plus; voir : B.M. DICKENS, *Medico-Legal Aspects of Family Law*, Toronto, Butterworths, 1979, pp. 50-55.

protège le droit des parents de contrôler l'éducation de leurs enfants, elle interdit cependant de leur conférer un droit de *veto* absolu sur l'avortement de leur fille mineure⁶⁹. Si le législateur peut exiger le consentement des parents, il doit également prévoir une procédure alternative permettant à la mineure enceinte d'obtenir directement l'autorisation d'un tribunal en démontrant, soit qu'elle possède la maturité suffisante pour prendre la décision seule, soit que l'avortement est dans son meilleur intérêt. Il n'est cependant pas clair si la loi peut également exiger que les parents soient mis au courant de l'avortement, dans les cas où leur consentement n'a pas été sollicité⁷⁰.

Le recours par les mineurs aux moyens contraceptifs sans l'autorisation de leurs parents pose des problèmes analogues. Une loi qui interdirait de les prescrire ou de les vendre à des mineurs pourrait être contestée comme restreignant le droit de ceux-ci à la liberté et au respect de leur vie privée. Une telle restriction pourrait éventuellement être jugée conforme à l'article 1^{er} de la *Charte canadienne* si l'on estimait que l'État a un intérêt suffisant à maintenir le contrôle des parents dans ce domaine. Cependant, là encore, les tribunaux canadiens chercheraient sans doute une inspiration dans la jurisprudence américaine. Une pluralité des juges de la Cour suprême des États-Unis a décidé que le droit des mineurs d'avoir recours aux contraceptifs est une conséquence logique de leur droit à l'avortement⁷¹. Au Québec, il n'existe pas à notre connaissance de dispositions limitant le droit des mineurs de se procurer des contraceptifs ou celui des médecins de leur en prescrire. Il semble qu'en pratique, la question soit souvent résolue en assimilant la prescription ou l'installation de moyens anti-conceptionnels à des soins médicaux préventifs, ce qui entraîne l'application de l'article 42 de la *Loi sur la santé publique*.

Enfin, en ce qui concerne la stérilisation purement contraceptive *demandée par les parents*, nous avons vu que la Cour suprême du Canada a récemment eu l'occasion de poser les principes qui doivent être respectés dans le cas d'une handicapée mentale majeure; ils s'appliquent sans doute de la même façon dans le cas d'un enfant mineur: une telle intervention ne peut avoir lieu que si elle est autorisée par la loi et si elle est dans l'intérêt de la personne concernée⁷². S'agissant d'un enfant non handicapé, il est difficile de voir comment cette dernière condition pourrait jamais être considérée comme remplie. Par ailleurs, la cour semble avoir reconnu que la stérilisation contraceptive *volontaire* est un

69. *Bellotti v. Baird*, 428 U.S. 132 (1976); *Bellotti v. Baird II*, 443 U.S. 622 (1979).

70. *Bellotti v. Baird II*, *supra*, note 69.

71. *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977); les juges White et Stevens, tout en concourant au jugement, se sont fondés sur le fait que la prohibition des moyens anticonceptionnels est un moyen disproportionné et inadéquat de parvenir au résultat recherché, à savoir contrôler l'activité sexuelle des mineurs.

72. *É. (Mme) c. Ève*, *supra*, note 24.

droit, au moins pour les adultes⁷³; dans le cas d'enfants mineurs, étant donné le caractère irréversible de l'intervention, la question est plus délicate et l'on peut imaginer que la cour validerait, comme c'est le cas aux États-Unis, des dispositions législatives exigeant la preuve d'une maturité suffisante du mineur concerné⁷⁴.

c) *Les décisions relatives à la religion et à l'éducation des enfants*

La protection constitutionnelle de l'autorité parentale permet à ceux qui en sont les titulaires de décider de la formation religieuse et morale et du genre d'éducation que doit recevoir un enfant sans que l'État puisse intervenir dans ces décisions de façon indue. Il n'y a encore que peu de décisions fondées sur la *Charte canadienne* dans ce domaine, mais l'on peut assez facilement s'inspirer du droit américain⁷⁵ pour prévoir que la Cour suprême du Canada reconnaîtra le droit des parents d'envoyer leurs enfants dans une école privée et celui de prendre eux-mêmes en charge leur éducation, au moins au niveau primaire⁷⁶. Ces droits sont d'ailleurs actuellement reconnus au Québec par les lois scolaires⁷⁷ ainsi que par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁷⁸.

De la même façon, le droit des parents de décider de l'orientation religieuse de leurs enfants, ainsi que celui de les envoyer dans une école religieuse, peuvent s'appuyer non seulement sur l'article 7, mais également sur le paragraphe 2(a) de la *Charte canadienne*, qui garantit la liberté de religion⁷⁹.

73. *Id.*, p. 435.

74. Voir : « Developments in the Law — The Constitution and the Family », *loc. cit.*, *supra*, note 13, pp. 1307-1308.

75. *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

76. Dans *Jones c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 284, l'appelant prétendait qu'une loi albertaine qui exempte un élève de la fréquentation d'une école publique s'il fréquente une école privée approuvée par le ministère de l'Éducation ou si un inspecteur de celui-ci certifie qu'il reçoit un enseignement approprié à la maison ou ailleurs, viole la liberté de religion garantie par le paragraphe 2(a) de la *Charte canadienne*, ainsi que le droit des parents d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendent qui découle du droit à la liberté garanti par l'article 7. La Cour suprême a majoritairement jugé qu'il était inutile de traiter de l'argument relatif à l'article 7 étant donné que même si l'on présume que celui-ci comprend le droit invoqué, l'appelant n'a pas été privé de cette liberté d'une manière qui viole les principes de justice fondamentale. Elle a également jugé que l'obligation, pour les parents qui ne veulent pas envoyer leurs enfants à l'école pour des motifs religieux, de faire une demande d'exemption à la commission scolaire, ne porte pas atteinte à la liberté de religion.

77. *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-14, article 257; *Loi sur l'enseignement privé*, L.R.Q., c. E-9.

78. *Supra*, note 2, articles 41 et 42.

79. Voir : N. BALA & D. CRUICKSHANK, *loc. cit.*, *supra*, note 56, pp. 40-41.

L'article 23 de la *Charte canadienne* garantit en outre aux membres de la minorité anglophone du Québec et des minorités francophones hors-Québec, là où leur nombre le justifie, le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, dans des établissements financés par les fonds publics⁸⁰.

Par ailleurs, il faudra déterminer à partir de quand et dans quelles circonstances, le droit d'un mineur de décider pour lui-même l'emporte sur les droits des parents. En effet, au fur et à mesure qu'un enfant acquiert de la maturité, il devient capable de se former sa propre opinion en matière de croyances et de religion et de définir ses préférences en matière d'éducation. Dès lors, il n'existe plus de motif légitime de lui interdire d'exercer les droits constitutionnels correspondants, ceux-ci pouvant entrer en conflit avec l'exercice de l'autorité parentale⁸¹.

80. L'article 23 de la *Charte canadienne* énonce :

(1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,
 b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

L'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 1, prévoit que l'alinéa 23(1)(a) n'entrera en vigueur pour le Québec qu'après autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec.

81. Voir : « Developments in the Law — The Constitution and the Family », *loc. cit.*, *supra*, note 13, pp. 1377-1383.

L'article 653 C.c.Q. énonce : « En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le titulaire de l'autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation des parties ». Perçu à l'origine comme un mode de solution des conflits entre père et mère, ce mécanisme peut également être utilisé pour régler les désaccords entre parents et enfants; voir : R. JOYAL, *op. cit.*, *supra*, note 43, pp. 84-85.

B. LES DROITS DES ENFANTS

Nous avons évoqué les droits des enfants dont l'État peut — ou doit — tenir compte afin de limiter l'autorité parentale. Il reste à examiner les droits que les enfants peuvent invoquer à l'encontre de l'État.

Les garanties constitutionnelles présentent autant d'importance pour les enfants que pour les adultes ; elles devraient par conséquent leur bénéficier pareillement. Cependant, les enfants n'ont pas dès la naissance les capacités nécessaires pour exercer en pratique tous les droits garantis. C'est pourquoi il faut sans doute considérer qu'en ce qui les concerne, certains de ces droits ont une portée moindre qu'à l'égard des adultes. En outre, l'État pourra invoquer divers intérêts, dont celui de protéger l'intégrité de la famille, pour restreindre les droits des enfants. Enfin, l'enfance étant un état essentiellement évolutif, le mineur acquiert progressivement la maturité nécessaire pour exercer les droits constitutionnels. Tenant compte de ces considérations générales, nous nous contenterons d'examiner certains droits des enfants dont l'exercice est susceptible d'avoir des effets sur leur vie familiale.

1. Le droit de se marier et d'avoir ou non des enfants

Le droit des enfants de se marier et de fonder leur propre famille est traditionnellement limité par des conditions d'âge et de consentement parental. Au Québec, les dispositions applicables stipulent que l'homme, avant 14 ans, la femme, avant 12 ans ne peuvent contracter mariage. Il est impossible d'obtenir une dispense d'âge⁸². En outre, une fois atteint l'âge de la puberté, les mineurs doivent obtenir le consentement d'un de leurs parents pour se marier⁸³.

La conformité de ces restrictions à la *Charte canadienne* est susceptible d'être contestée sur la base des articles 7 (droit à la liberté) et 15 (droit à l'égalité et interdiction de la discrimination fondée sur l'âge). Selon toute vraisemblance, les tribunaux considéreront que, si limite aux droits des enfants il y a, celle-ci est raisonnable, l'État pouvant l'imposer dans l'intérêt des parents et de la société : en effet, le manque de maturité des mineurs ne leur permettrait pas d'assumer de façon convenable les devoirs familiaux et parentaux, la charge en retombant dès lors sur leurs propres parents ou sur la collectivité toute entière⁸⁴.

82. Art. 115 C.c.B.-C.

83. Art. 119 C.c.B.-C.

84. En droit américain, voir : *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978), p. 392 ; *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968), p. 650.

Aux États-Unis, les tribunaux ont jugé que l'État possède un intérêt légitime à limiter la liberté sexuelle des mineurs, dans le but de les protéger contre les risques physiques et psychologiques entraînés par des rapports sexuels prématurés. Cependant, la difficulté consiste à trouver des moyens de mettre en œuvre cette limitation qui ne soient pas jugés irrationnels ou disproportionnés⁸⁵.

Si les restrictions de la liberté des mineurs de se marier et de procréer peuvent être assez aisément justifiées, il en va différemment aux États-Unis — et sans doute en sera-t-il de même au Canada — pour la liberté de *ne pas* procréer. Nous avons vu précédemment les limites de l'autorité parentale dans ce domaine; ces mêmes limites s'imposent *a fortiori* à l'État. Celui-ci ne saurait donc facilement restreindre, même au nom de l'intérêt public, le recours par les mineurs aux moyens anti-conceptionnels⁸⁶. De même pour l'avortement : si la Cour suprême du Canada reconnaît, comme celle des États-Unis, le droit d'y recourir pour des raisons de convenance personnelle, elle ne pourra pas plus que cette dernière refuser le bénéfice de ce droit aux femmes mineures. Tout au plus le législateur pourra-t-il exiger, comme c'est le cas aux États-Unis, que la mineure concernée fasse la démonstration devant un tribunal, soit qu'elle est assez mûre pour prendre la décision elle-même, soit que l'avortement est dans son meilleur intérêt⁸⁷.

2. Le droit à la protection des liens familiaux

Dans la mesure où le droit à la sécurité garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne* inclut le droit des enfants au respect de leur vie familiale, il protège le maintien des liens entre ceux-ci et leurs parents⁸⁸. On pourrait donc l'invoquer pour contester une procédure d'adoption dans laquelle l'enfant n'aurait pas suffisamment voix au chapitre. Au Québec, les dispositions relatives à l'adoption prévoient que l'enfant âgé de dix ans ou plus doit donner son accord à l'adoption⁸⁹. Cependant, s'il est âgé de moins de quatorze ans, le tribunal pourra prononcer l'adoption malgré son refus⁹⁰. Quant à l'enfant âgé de moins de dix ans, son consentement n'est jamais requis mais le tribunal peut, à sa discrétion, le consulter⁹¹.

85. Voir l'affaire *Carey*, *supra*, note 71.

86. *Ibid.*

87. *Supra*, notes 69 et 70.

88. Concernant le droit des enfants d'établir le lien avec leurs parents, en prenant connaissance de leurs origines biologiques, voir *supra*, notes 52 et 53 et les développements au texte.

89. Art. 600 à 602 C.c.Q.

90. Art. 601 C.c.Q.

91. Art. 31 C.c.B.-C.

L'article 7 peut également être invoqué pour fonder le droit de l'enfant d'avoir voix au chapitre concernant les mesures de protection susceptibles d'être prises à son égard. Au Québec, avec la *Loi sur la protection de la jeunesse*, ces mesures devraient idéalement être acceptées par les parents et l'enfant lorsque celui-ci a plus de quatorze ans⁹². Cependant, si aucune entente n'intervient, le directeur de la protection de la jeunesse et une personne désignée par le ministre de la Justice peuvent prendre une décision sur l'orientation de l'enfant qui s'imposera à ce dernier et à ses parents. L'enfant ou ses parents pourront toutefois saisir le tribunal de cette décision s'ils ne sont pas d'accord⁹³. Le directeur de la protection de la jeunesse peut également prendre des mesures d'urgence si elles lui semblent nécessaires; l'enfant doit alors être consulté, ainsi que ses parents dans toute la mesure du possible⁹⁴. Le directeur peut cependant passer outre leur opposition, mais il devra alors soumettre le cas au tribunal dans les plus brefs délais. Le directeur ne peut jamais appliquer des mesures d'urgence pendant plus de vingt-quatre heures sans obtenir une ordonnance du tribunal⁹⁵.

De la même façon, le droit de l'enfant à la liberté et son droit au maintien des liens avec ses deux parents, après la séparation ou le divorce de ceux-ci, pourraient être invoqués pour contester des dispositions qui ne lui permettraient pas d'exprimer efficacement son opinion sur les modalités de la garde. Au Québec, le juge a entière discrétion dans ce domaine et les désirs de l'enfant peuvent donc être ignorés en pratique⁹⁶. Cependant, on peut tenter de justifier les dispositions qui permettent un tel résultat en invoquant les intérêts à long terme de l'enfant lui-même et le fait qu'il n'est souvent pas en mesure de faire un choix suffisamment éclairé.

Toutes les questions que nous venons d'évoquer soulèvent également le problème de la représentation spéciale des intérêts de l'enfant, lorsque ceux-ci diffèrent ou divergent des intérêts de ses parents ou de celui de l'État⁹⁷. Quelles sont les exigences procédurales qui découlent de l'article 7 de la *Charte canadienne* pour les enfants, lorsque leur liberté ou leur sécurité est menacée? Au Québec, le *Code de procédure civile* aménage selon diverses modalités le principe de base selon lequel « [l]e tribunal peut, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt de l'enfant, donner à cet enfant l'occasion d'être entendu »⁹⁸. Ainsi, le tribunal peut nommer un procureur à l'enfant,

92. *Loi sur la protection de la jeunesse*, *supra*, note 44, articles 51 et 53.

93. *Id.*, article 74.2.

94. *Id.*, articles 46 et 47.

95. *Id.*, article 47.

96. Art. 548 C.c.Q.

97. Pour le droit américain, voir : « Developments in the Law — The Constitution and the Family », *loc. cit.*, *supra*, note 13, pp. 1345 et s. et 1368 et s.

98. Art. 31 C.c.B.-C.

lorsqu'il estime que cela est nécessaire à la sauvegarde de ses droits⁹⁹. Il peut également lui désigner un tuteur *ad hoc* dans les cas où l'enfant ne peut déterminer son propre intérêt, ou lorsque cet intérêt est opposé aux intérêts du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur¹⁰⁰. Enfin, l'enfant a le droit de se faire accompagner « d'une personne apte à l'assister ou à le rassurer » lorsqu'il témoigne devant le tribunal¹⁰¹. Sauf pour ce qui est de ce dernier point, le tribunal dispose pour l'application de ces dispositions d'une importante discrétion ; il n'est cependant pas possible, dans ce domaine comme ailleurs, de contester la conformité à la *Charte canadienne* des décisions judiciaires¹⁰².

II. LES DROITS À L'ÉGALITÉ (ARTICLE 15)

Le paragraphe 15(1) dispose :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Nous verrons successivement le droit à l'égalité des adultes et celui des enfants. Étant donné que le paragraphe 15(1) est entré en vigueur avec trois ans de retard sur le reste de la *Charte*¹⁰³, il n'a pas encore été interprété par la Cour suprême et sa signification reste donc en grande partie à déterminer ; c'est pourquoi les développements qui suivent seront réduits.

A. LE DROIT À L'ÉGALITÉ DES ADULTES

Il faudra d'abord examiner les problèmes soulevés dans le cadre de la famille légale, pour voir ensuite les questions que pose l'union de fait. Enfin, nous évoquerons certains problèmes soulevés par l'union homosexuelle.

99. Art. 816 C.p.c.

100. Art. 816.1 C.p.c.

101. Art. 816.2 C.p.c.

102. Voir *supra*, note 9.

103. Voir *supra*, note 5.

1. La famille légale

Par « famille légale », nous entendons le couple marié, avec ou sans enfants. Les questions qui se posent dans ce cadre portent essentiellement sur l'égalité du mari et de la femme. À cet égard, les dispositions du *Code civil du Québec* entrées en vigueur en 1980 corrigent la situation antérieure de prédominance du mari et établissent l'égalité entre l'homme et la femme¹⁰⁴. Le principe général est posé à l'article 441 C.c.Q. qui proclame notamment que « Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations. [...] »¹⁰⁵. On ne peut, par convention, déroger à cette disposition, pas plus qu'aux articles suivants qui précisent expressément les conséquences de l'égalité des époux dans un certain nombre de domaines.

C'est ainsi que l'article 442 C.c.Q. précise que « [c]hacun des époux conserve, en mariage, ses nom et prénom; il exerce ses droits civils sous ces nom et prénom ». Rien n'empêche la femme d'utiliser le nom de son mari dans la vie sociale, mais il lui est interdit de le faire dans sa vie juridique. Les règles régissant l'attribution du nom des enfants ont également été modifiées. La préséance du père est disparue et les deux parents sont à présent sur un pied d'égalité, puisque la loi prévoit qu'« [o]n attribue à l'enfant, au choix de ses père et mère, un ou plusieurs prénoms, ainsi que le nom de l'un d'eux ou un nom composé d'au plus deux parties provenant des noms des père et mère »¹⁰⁶. Si les parents ne s'entendent pas, ils pourront faire appel à l'arbitrage judiciaire des différends relatifs à l'exercice de l'autorité parentale que prévoit le *Code civil du Québec*¹⁰⁷.

Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille; ils exercent pareillement l'autorité parentale et assument les charges qui en découlent¹⁰⁸. Ils choisissent de concert la résidence familiale¹⁰⁹. Ils contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives, chaque époux pouvant s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer¹¹⁰.

104. Sur ce point, voir : A. MAYRAND, « Égalité en droit familial québécois », (1985) *R.J.T.* 250, pp. 251-273.

105. Le même principe est proclamé à l'article 47 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra*, note 2 :

« Les époux ont, dans le mariage, les mêmes droits, obligations et responsabilités.

Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs. »

106. Art. 56.1 C.c.B.-C.

107. Art. 448 et 653 C.c.Q.

108. Art. 443 C.c.Q.; voir aussi les articles 646 et 648.

109. Art. 444 C.c.Q.

110. Art. 445 C.c.Q.

Les époux ont une égale responsabilité envers les tiers pour les besoins courants de la famille, celui qui contracte engageant aussi pour le tout son conjoint non séparé de corps¹¹¹. De la même façon, ils sont solidairement responsables des dommages causés par leurs enfants mineurs¹¹².

Cette égalité entre les époux peut créer des difficultés pratiques. Aussi la loi prévoit-elle qu'en cas de mésentente, ceux-ci ou l'un d'entre eux peuvent saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de la famille après avoir favorisé la conciliation entre les parties¹¹³.

En outre, le *Code civil du Québec* contient des dispositions qui permettent d'apporter, dans un souci d'égalité véritable, certains correctifs aux inégalités de fortune qui peuvent exister entre les époux. Ainsi, s'il y a eu enregistrement d'une déclaration de résidence, les articles 452 et 453 C.c.Q. interdisent à l'époux qui est propriétaire de l'immeuble abritant la résidence familiale de l'aliéner sans l'assentiment de son conjoint. Quant aux articles 457 et 458 C.c.Q., ils permettent au tribunal, en cas de séparation de corps, de divorce ou d'annulation du mariage, d'attribuer au conjoint du locataire le bail de la résidence principale de la famille, ou bien, à un époux, la propriété ou l'usage des meubles du conjoint, affectés à l'usage du ménage. Ces dispositions visent à assurer la continuité du cadre physique auquel la famille était habituée et elles peuvent également servir à protéger l'époux financièrement plus faible dans l'hypothèse d'une rupture¹¹⁴. Par ailleurs, lorsque l'un des conjoints est propriétaire de l'immeuble, l'article 459 C.c.Q. permet d'accorder à l'autre conjoint un droit d'habitation ou de propriété, mais seulement à titre de prestation compensatoire¹¹⁵. Ce même concept de prestation compensatoire figure également dans l'article 559 C.c.Q., qui permet au tribunal, au moment où il prononce le divorce, d'ordonner à un époux de payer à son conjoint une prestation en compensation des biens ou services qu'il en a reçus et qui ont contribué à son enrichissement¹¹⁶.

111. Art. 446 C.c.Q.

112. Art. 1054.2 C.c.B.-C.

113. Art. 448 C.c.Q.

114. Voir : G. BRIÈRE, « Le régime matrimonial primaire dans le nouveau Code civil du Québec » dans *Contemporary Trends in Family Law : A National Perspective* (sous la direction de K. Connell-Thouez et B.M. Knoppers), Toronto, Carswell, 1984, 11, p. 19 s ; E. CAPARROS, « Le logement et la famille », (1982) 13 *R.G.D.* 313 ; A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 104, pp. 268-269.

115. « Art. 459. En cas de dissolution ou d'annulation du mariage, le tribunal peut attribuer, à l'un des époux ou au survivant, en compensation de son apport à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, un droit de propriété ou d'habitation de l'immeuble qui servait de résidence principale de la famille et sur lequel son conjoint a un droit de propriété.

En cas de séparation de corps, seul un droit d'habitation peut être attribué. »

116. Voir également les articles 459 et 533 C.c.Q. et les articles 735.1 et 2261.2 C.c.B.-C. Concernant les difficultés que soulève l'interprétation de ces dispositions,

Enfin, lors de la séparation de corps ou du divorce, les parents ont juridiquement des droits semblables en matière de garde des enfants¹¹⁷, mais en pratique la garde est confiée à la mère dans la très grande majorité des cas.

Traditionnellement, la protection juridique accordée aux relations familiales ne s'étend qu'à la structure familiale fondée sur le mariage entre deux personnes de sexe différent. L'évolution des valeurs morales et des habitudes de vie a cependant entraîné l'apparition et la multiplication d'autres modèles de relations interpersonnelles, de type « quasi familial ». Dans quelle mesure ces structures « alternatives » doivent-elles être assimilées à la famille légale? Pour répondre à cette question, la doctrine aux États-Unis a tenté d'identifier les caractéristiques du lien familial qui font que les tribunaux considèrent celui-ci comme digne d'être protégé; il semble que les plus importantes sont la cohabitation stable, accompagnée de relations sexuelles et d'une coopération économique véritable, ainsi que le soutien moral et psychologique, la stabilité et l'intimité, qu'offre cette relation à l'individu¹¹⁸. Il ne serait donc pas conforme à l'égalité de refuser une protection analogue à des structures relationnelles qui, pour certaines personnes, présentent la même importance et remplissent les mêmes fonctions. En pratique, le problème a été soulevé en ce qui concerne les unions de fait et les unions homosexuelles.

2. L'union de fait

Dans la période récente, la situation juridique des conjoints de fait s'est quelque peu rapprochée de celle des gens mariés¹¹⁹. Il reste cependant de nombreuses différences de traitement, susceptibles d'être contestées comme étant discriminatoires. Le « statut marital » n'est pas au nombre des motifs de discrimination expressément prohibés par l'article 15 de la *Charte canadienne*, mais la doctrine et la jurisprudence sont clairement à l'effet que cette liste n'est pas exhaustive : toute

voir : A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 104, pp. 269-271; J. PINEAU, *op. cit.*, *supra*, note 20, pp. 335-340; M. D.-CASTELLI, *loc. cit.*, *supra*, note 20, pp. 96-109.

117. *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, S.C. 1986, c. 4, articles 16 et 17; voir également : M. OUELLETTE, *op. cit.*, *supra*, note 20, pp. 447-465.

118. « Developments in the Law — The Constitution and the Family », *loc. cit.*, *supra*, note 13, pp. 1280-1283.

119. Voir : F. HÉLEINE, « Les conflits entre mariage et concubinage ou la rencontre du fait et du droit », (1978) 38 *R. du B.* 679; F. HÉLEINE, « Le concubinage, institution à la merci des politiques législatives des différents départements ministériels », (1980) 40 *R. du B.* 624; pour les provinces de common law voir : W. HOLLAND, *Unmarried Couples : Legal Aspects of Cohabitation*, Toronto, Carswell, 1982.

distinction injustifiée, quel que soit le critère sur lequel elle est fondée, est interdite par l'article 15¹²⁰.

Pour justifier les dispositions défavorables aux conjoints de fait, l'État pourrait entre autre invoquer la nécessité de promouvoir le mariage pour favoriser la stabilité des relations familiales et réduire ainsi les désordres tant moraux que sociaux. Cependant, une union de fait durable produit à cet égard les mêmes résultats qu'une relation sanctionnée par les liens du mariage. Une autre justification pourrait être la commodité administrative, la preuve du mariage formel étant facile à faire alors que celle de l'union de fait exige une enquête parfois complexe. Cependant, la Cour suprême du Canada a déjà indiqué son peu de sympathie pour une telle excuse à la restriction des droits constitutionnels¹²¹. Enfin, certains soutiendront que les conjoints de fait n'ont qu'à se marier s'ils veulent bénéficier des droits et des avantages reconnus aux gens mariés et d'autres qu'on doit les laisser libres de se soustraire aux effets du mariage s'ils le veulent. C'est oublier qu'il y a beaucoup de concubins qui négligent tout simplement de se marier ou qui croient qu'après quelques années de vie commune, ils sont reconnus comme mari et femme. D'autres encore ne peuvent se marier à cause d'empêchements légaux. Il est vrai qu'une assimilation trop poussée des deux situations ferait disparaître la possibilité pour certains de choisir un mode de vie différent mais il en va de même si l'union libre entraîne des inconvénients trop onéreux pour ceux qui l'adoptent.

En outre, si les tribunaux reconnaissent la légitimité des objectifs invoqués par le législateur pour défavoriser les conjoints de fait par rapport aux gens mariés, il faudra encore qu'ils considèrent les moyens utilisés comme ne restreignant pas le droit à l'égalité de ces derniers plus que nécessaire. Ce « test » étant assez sévère¹²², il est possible que certaines différences de traitement soient invalidées. Nous ne mentionnerons que quelques exemples parmi celles qui existent au Québec.

Ainsi, les dispositions applicables prévoient que si une personne meurt sans être mariée mais qu'un conjoint de fait lui survit, ce conjoint n'est pas appelé à la succession *ab intestat*, tous les biens de la succession étant dévolus aux enfants à parts égales; par contre, si le défunt ou la défunte était marié et que son conjoint lui survit, la part dévolue aux

120. Voir, par exemple, *Re Andrews and Law Society of British Columbia*, (1986) 22 D.L.R. (4th) (C.S.C.-B.), conf. sur ce point à (1986) 27 D.L.R. (4th) 600 (C.A.C.-B.); en appel devant la Cour suprême du Canada. Voir également : J. WOEHLING, « L'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la langue », (1985) 30 *R. de D. McGill* 266.

121. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, pp. 218-9 (par le juge Wilson).

122. *Supra*, note 7.

enfants équivaut aux deux tiers de la succession et le conjoint survivant recueille un tiers de celle-ci¹²³. De même, un concubin n'a aucun recours sur la base de l'article 1056 du *Code civil du Bas-Canada*, à la suite du décès accidentel de son partenaire. Il ne bénéficie d'aucune protection de la résidence familiale, contrairement au conjoint marié¹²⁴. Ces différences de traitement semblent peu justifiables dans le cas des unions de fait stables et de longue durée.

Le législateur québécois a refusé de suivre la suggestion de l'Office de révision du Code civil de créer une obligation alimentaire entre « époux de fait »¹²⁵. Il a, par contre, abrogé en 1980 la disposition qui limitait aux aliments les donations entre vifs faites entre concubins¹²⁶. Par ailleurs, étant donné le principe de la liberté absolue de tester, un concubin peut transmettre à l'autre toute sa fortune¹²⁷. En outre, les concubins peuvent signer une convention entre eux devant notaire afin d'assurer un partage équitable des biens familiaux lors d'une séparation.

Si la reconnaissance de l'union de fait par le droit civil est par conséquent limitée, elle a par contre été élargie dans certaines lois sociales. Ainsi, par exemple, la *Loi sur le régime des rentes du Québec* assimile au conjoint survivant d'un cotisant celle qui a résidé avec lui, si certaines conditions sont remplies¹²⁸. Par contre, le droit fiscal, tant fédéral que provincial, désavantage encore globalement les conjoints de fait par rapport aux couples mariés.

Enfin, on peut souligner que même si l'article 598 du *Code civil du Québec* prévoit que « [t]oute personne majeure peut, seule ou conjointement avec une autre personne, adopter un enfant », les demandes d'adoption sont évaluées par des organismes administratifs qui ajoutent

123. Art. 624b) et 625 C.c.B.-C.

124. Cependant, l'article 1657.2 du *Code civil du Bas-Canada* prévoit que « [l]e conjoint d'un locataire ou, s'il habite avec lui depuis au moins six mois, un parent, un allié ou un concubin a envers le propriétaire les droits et les obligations résultant du bail s'il continue d'occuper le logement et s'il en avise le locateur dans les deux mois de la cessation de la cohabitation ».

125. En Ontario, le *Family Law Act 1986*, S. O. 1986, c. 4, reconnaît au concubin le droit de réclamer des aliments à son ex-conjoint de fait s'ils ont cohabité pendant au moins trois ans ou si un enfant est né de leur union.

126. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L. Q. 1980, c. 39, article 35.

127. Art. 831 C.c.B.-C.

128. L.R.Q., c. R-9, article 91. La *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., c. A-16, paragraphe 1(d), la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, article 1 par. 7 incluent également le conjoint de fait dans la notion de conjoint, à condition que l'union de fait ait eu un certain caractère de permanence que l'on établira à partir de critères qui varient d'une loi à l'autre. Voir également les textes législatifs mentionnés par le professeur Héleine, *supra* note 119 (« Le concubinage, institution à la merci... »), pp. 640 à 650. Pour les provinces de common law, voir : A. McLELLAN, « Marital Status and Equality Rights », dans *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (sous la direction de A.F. Bayefsky et M. Eberts), Toronto, Carswell, 1985, 411, pp. 437 et s.

aux critères prévus par le *Code civil* leurs propres critères de sélection des adoptants, ceux-ci devenant plus restrictifs au fur et à mesure que les listes d'attente s'allongent¹²⁹. Si ces critères défavorisent les concubins, l'on tentera probablement de justifier la pratique au nom de l'intérêt de l'enfant à un milieu stable, ce qui ne serait guère pertinent dans les cas où les intéressés maintiennent une union de longue durée.

3. L'union homosexuelle

Il s'agit de savoir si une relation homosexuelle stable, en offrant à ceux qui s'y engagent les avantages de la coopération économique ainsi qu'un soutien moral et psychologique est susceptible de jouer le même rôle dans la vie d'un individu qu'une union hétérosexuelle réussie. On pourrait alors prétendre que les rapports homosexuels, dans la mesure où ils présentent les caractères d'une relation « familiale », doivent être reconnus et protégés, tant au titre du droit au respect de la vie privée (article 7 de la *Charte canadienne*) qu'en vertu du principe d'égalité et de non-discrimination¹³⁰.

Le premier problème qui se pose est celui du droit des homosexuels de se marier. Aucune disposition applicable au Québec n'exige expressément que deux personnes soient de sexe différent pour pouvoir se marier mais cette condition est considérée comme allant de soi par les auteurs et les tribunaux¹³¹. Par conséquent, un mariage entre personnes du même sexe est inexistant. Si l'on considère que l'interdiction pour les homosexuels de se marier constitue une restriction d'un droit constitutionnel, l'État peut tenter de la justifier en invoquant diverses considérations, dont la promotion de la famille traditionnelle, la santé publique ou des objectifs démographiques. Cependant, il faudrait encore démontrer un lien nécessaire entre la poursuite de tels objectifs et la prohibition du

129. En outre, selon la jurisprudence interprétant l'article 607 du *Code civil du Québec*, un parent ne peut donner un consentement spécial à l'adoption (en faveur d'une personne précise) en faveur de son conjoint de fait; de même alors que l'article 630 prévoit que « [l']adoption, par un époux, de l'enfant de son conjoint ne rompt pas le lien de filiation établi entre ce conjoint et son enfant », cette disposition ne s'étend pas au conjoint de fait.

130. Sur cette question, voir notamment : A. BRUNER, « Sexual Orientation and Equality Rights », *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra*, note 128, pp. 457 et s.; E. DELEURY, « L'union homosexuelle et le droit de la famille », (1984) 25 *C. de D.* 751; N. DUPLÉ, « Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise », (1984) 25 *C. de D.* 801; R.A. GOREHAM, « Le droit à la vie privée des personnes homosexuelles », (1984) 25 *C. de D.* 843; M. LEOPOLD et W. KING, « Compulsory Heterosexuality, Lesbians, and the Law: The Case for Constitutional Protection », (1985) 1 *C.J.W.L.* 163.

131. En outre, elle semble être exigée de façon implicite par l'article 115 C.c.B.-C.

mariage homosexuel ce qui ne semble pas toujours devoir être aisé¹³². L'État pourrait enfin invoquer son intérêt à promouvoir certains standards de moralité, mais une telle justification pourrait être considérée comme difficile à concilier avec les valeurs générales d'autonomie individuelle et de pluralisme que la *Charte canadienne* est censée promouvoir.

Jusqu'à présent, les tribunaux canadiens, comme ceux des États-Unis, ont refusé de considérer que les homosexuels ont un droit constitutionnel de se marier¹³³. Même s'ils maintiennent cette attitude à l'avenir, l'on pourra cependant contester les dispositions qui confèrent certains bénéfices aux gens mariés sans les étendre à ceux qui vivent une union de fait homosexuelle, dans la mesure où il est possible de démontrer que ces deux situations sont comparables du point de vue pertinent; il pourrait en être ainsi, par exemple, des exemptions fiscales et des bénéfices sociaux pour gens mariés, de l'obligation alimentaire entre époux et des dispositions relatives aux successions *ab intestat*¹³⁴. Cela est plus vrai encore pour les dispositions qui étendent certains bénéfices aux conjoints de fait hétérosexuels sans en faire autant pour les homosexuels qui sont dans la même situation¹³⁵. Une telle différence de traitement, uniquement fondée sur l'orientation sexuelle, pourrait être difficile à justifier au regard des critères de limitation très rigoureux que la Cour suprême a tirés de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*¹³⁶.

La garde par les parents homosexuels de leurs enfants soulève également des problèmes importants sur le plan humain et social. Du point de vue juridique, les dispositions applicables en la matière, autant au Québec que dans le reste du Canada, donnent beaucoup de discrétion aux tribunaux et leur enjoignent de décider dans l'intérêt des enfants¹³⁷. Il est difficile, par conséquent, de prouver qu'une décision judiciaire refusant la garde à un parent homosexuel est fondée uniquement, ou même principalement, sur l'orientation sexuelle de celui-ci; en outre, rappelons que la Cour suprême a jugé que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas opposable aux décisions des tribunaux¹³⁸.

132. Voir « Developments in the Law — The Constitution and the Family », *loc. cit.*, *supra*, note 13, pp. 1286-1289.

133. *Re North and Matheson*, (1974) 52 D.L.R. (3d) 280 (Co. Ct. Man.). Il semble que la même solution vait pour les transsexuels; voir : M. RIVET, « La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois », (1987) 18 R.G.D. 843, pp. 855-860.

134. Voir : A. BRUDER, *loc. cit.*, *supra*, note 130, pp. 474 et s.; M. LEOPOLD & W. KING, *loc. cit.*, *supra*, note 130, pp. 166-167 (note 14).

135. Voir *supra*, note 128.

136. *Supra*, note 7.

137. *Supra*, note 96.

138. *Supra*, note 9. Sur la question du droit de garde des parents homosexuels, voir : A. BRUNER, *loc. cit.*, *supra*, note 130, pp. 476-477; W.L. GROSS, « Judging the Best Interests of the Child: Child Custody and the Homosexual Parent », (1986) 2C.J.W.L. 505.

Enfin, l'adoption d'un enfant par des homosexuels soulève, de façon plus aiguë, les mêmes problèmes que ceux qui ont été mentionnés pour les conjoints de fait.

B. LE DROIT À L'ÉGALITÉ DES ENFANTS

Concernant l'égalité des enfants ¹³⁹ dans le cadre des relations familiales, se posait traditionnellement le problème du statut juridique des enfants illégitimes. Au Québec, le *Code civil du Québec* dispose depuis 1980 que « [t]ous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance » ¹⁴⁰.

Cependant, malgré ce principe, il subsiste des inégalités résiduelles entre les enfants légitimes et ceux qui sont nés hors mariage. Ainsi, ces derniers ne seront appelés à la succession de leurs parents que si ceux-ci sont décédés après le 2 avril 1981. En effet, si les nouvelles dispositions du *Code* sont d'application immédiate, elles n'ont cependant pas d'effet rétroactif et l'égalité des enfants en droit successoral ne vaut donc que pour les successions ouvertes depuis leur entrée en vigueur ¹⁴¹. Pour la même raison, les enfants nés hors mariage ne seront appelés à la succession de leurs grands-parents que si ces derniers sont décédés après le 2 avril 1981 ¹⁴². Ces différences de traitement ne seront probablement pas déclarées contraires à l'égalité, les tribunaux canadiens semblant vouloir considérer que celle-ci doit s'apprécier de façon « synchronique » c'est-à-dire à un moment fixe dans le temps, ce qui permet de justifier les inégalités naissant de la modification des règles applicables ¹⁴³.

139. Sur les droits à l'égalité des enfants en général, voir : N. BALA & D. CRUICKSHANK, *loc. cit.*, *supra*, note 56, pp. 82-89; J. WILSON, *Children and the Law* (2^e éd.), Toronto, Butterworths, 1986, pp. 447-461; J. WILSON, « Children and Equality Rights », dans *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, *supra*, note 128, pp. 293 s.

140. Art. 594 C.c.Q. Sur ce point, voir : A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 104, pp. 273-279.

141. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, article 72. Selon A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 104, p. 275, l'article 594 du *Code civil du Bas-Canada* laisse subsister la liberté de tester; par conséquent, il reste possible d'exhérer un enfant, légitime ou naturel.

142. *Ibid.*

143. Voir, par exemple : *Headley c. Public Service Commission Appeal Board*, [1987] 35 D.L.R. (4th) 568 (C.F.A.).