

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2021 EN DROIT DE LA FAMILLE
Intérêt de l'enfant et autorité parentale entre crise sanitaire et
déblocages législatifs

Alain Roy

Volume 123, Number 2, 2021–2022

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2021

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1091719ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1091719ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Roy, A. (2021). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2021 EN DROIT DE LA FAMILLE : intérêt de l'enfant et autorité parentale entre crise sanitaire et déblocages législatifs. *Revue du notariat*, 123(2), 353–379. <https://doi.org/10.7202/1091719ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2021 EN DROIT DE LA FAMILLE

Intérêt de l'enfant et autorité parentale entre crise sanitaire et débloques législatifs

Alain ROY*

| | |
|--|-----|
| INTRODUCTION | 355 |
| 1. Développements jurisprudentiels : l'intérêt de l'enfant mobilisé | 356 |
| 1.1 Pouvoirs décisionnels et intérêt de l'enfant | 356 |
| 1.1.1 Collégialité en contexte de rupture : principes et limites. | 356 |
| 1.1.2 Vaccination de l'enfant... dans l'intérêt de l'enfant ? | 357 |
| 1.2 Droits de garde et d'accès et intérêt de l'enfant | 365 |
| 1.2.1 Révision en contexte de crise sanitaire : principes et limites. | 366 |
| 1.2.2 Parent non vacciné... dans l'intérêt de l'enfant ? | 368 |
| 2. Développements législatifs : l'autorité parentale en question | 370 |

* LL. D. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur remercie pour leurs précieux commentaires : Pr^e Johanne Clouet, M^e Michaël Lessard, Pr^e Andréanne Malacket et M^e Sylvie Schirm. Évidemment, les opinions exprimées par l'auteur dans le présent texte n'engagent que ce dernier.

| | | |
|-----|---|-----|
| 2.1 | Projet de loi C-78 – Réforme de la <i>Loi sur le divorce</i> | 370 |
| 2.2 | Projet de loi 2 – Première phase de la réforme du droit de la famille québécois | 374 |
| | CONCLUSION | 379 |

INTRODUCTION

L'année 2021 restera à jamais gravée dans nos mémoires. En supposant que nous nous sortirons un jour de cette terrible pandémie qui a causé jusqu'à maintenant près de six millions de décès à travers le monde, nous y verrons assurément un point de bascule temporel. Peu importe le domaine d'activités dans lequel nous œuvrons, la pandémie sera source de changements durables dans nos habitudes, dans nos comportements sociaux et dans nos pratiques professionnelles.

En droit de la famille, la crise sanitaire a permis aux tribunaux de rappeler ou de recadrer certains principes fondamentaux, particulièrement en matière d'autorité parentale. Entre parents séparés, les enjeux décisionnels soulevés par la COVID-19, nombreux et épineux, ont fortement mobilisé le principe phare que constitue l'intérêt de l'enfant. Au-delà de la situation pandémique et du domaine judiciaire, les 12 derniers mois ont par ailleurs donné lieu à d'importants développements législatifs. Au fédéral, les modifications apportées à la *Loi sur le divorce*¹ par le projet de loi C-78² sont entrées en vigueur en mars 2021³. Aux termes des nouvelles dispositions, le tribunal peut désormais répartir entre différents acteurs familiaux certaines des charges et responsabilités parentales dont l'enfant est bénéficiaire. Sur la scène provinciale, le gouvernement québécois a déposé au mois d'octobre le projet de loi 2⁴ qui constitue la première phase de la réforme du droit de la famille tant attendue. Bien qu'il s'intéresse au droit de la filiation en consacrant l'enca-

1. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.).

2. *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2019, ch. 16.

3. L'entrée en vigueur de ces modifications devait initialement avoir lieu le 1^{er} juillet 2020, mais a été reportée au 1^{er} mars 2021 en raison de circonstances exceptionnelles liées à la crise sanitaire : <<https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2020/06/le-gouvernement-reporte-lentree-en-vigueur-des-modifications-a-la-loi-sur-le-divorce-a-la-suite-de-demandes-de-partenaires-de-la-justice-en-raison-.html>>.

4. *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, 42^e législature, 2^e session (adoption du principe : 1^{er} février 2022).

drement juridique des conventions de gestation pour autrui, ce projet de loi n'altère en rien les fondements sur lesquels reposent la parenté et l'autorité parentale en droit québécois. Hormis quelques avancées ou réaménagements destinés à reconnaître le rôle que peut avoir occupé le beau-parent de l'enfant avant la rupture familiale et à simplifier le retrait de certains pouvoirs décisionnels des mains d'un parent violent, le projet de loi 2 ne consacre ni la pluriparentalité ni la pluriparenté, au grand désarroi de la communauté LGBTQ2+ qui milite activement en ce sens depuis plusieurs années.

Que ce soit en raison de la situation pandémique ou de l'aboutissement de travaux législatifs entrepris bien avant son éclosion, l'année 2021 passera donc à l'histoire du droit de la famille. Ce texte s'attarde succinctement aux principaux développements juridiques qui en ont ponctué le cours. À travers la présentation des décisions judiciaires sélectionnées et des nouveautés législatives pertinentes, il sera l'occasion d'une révision générale des principes qui gouvernent l'autorité parentale et la garde de l'enfant en droit québécois et canadien.

1. Développements jurisprudentiels : l'intérêt de l'enfant mobilisé

1.1 Pouvoirs décisionnels et intérêt de l'enfant

Depuis l'abrogation de la puissance paternelle en 1977⁵, les droits et devoirs parentaux s'exercent conjointement par les parents de l'enfant⁶, et dans le seul intérêt de ce dernier⁷. Si ce principe ne soulève aucune difficulté particulière à l'égard des parents qui font vie commune dans l'harmonie, il en va différemment lorsqu'ils vivent séparément l'un de l'autre.

1.1.1 Collégialité en contexte de rupture : principes et limites

C'est dans le célèbre arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*⁸, rendu par la Cour suprême du Canada en 1987, qu'ont été dégagés les paramètres qui

5. *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72.

6. Art. 600 C.c.Q.

7. Art. 33 C.c.Q.

8. [1987] 2 R.C.S. 244. Voir aussi *D. (W.) c. A. (G.)*, [2003] R.J.Q. 1411 (C.A.). Sur le sujet, voir généralement Alain ROY, « Commentaire sous l'article 604 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021.

permettent encore aujourd'hui de bien délimiter la portée du principe de collégialité auquel sont assujettis les parents séparés. Il convient, écrit la cour, de distinguer deux catégories de décisions : d'une part, les décisions courantes qui s'attachent à la gestion du quotidien de l'enfant et, d'autre part, les décisions qui portent sur des enjeux majeurs ou fondamentaux. Si les décisions courantes demeurent en principe l'apanage du parent en présence duquel l'enfant se trouve, soit le parent gardien durant sa période de garde et le parent non gardien durant ses périodes d'accès, les décisions qui appartiennent à la seconde catégorie nécessiteront quant à elles le concours des deux parents.

Ainsi, un parent pourra-t-il décider seul du choix du repas qu'il servira à l'enfant durant ses jours de garde ou d'accès⁹, de même que des déplacements quotidiens qu'il fera en sa compagnie, mais il devra consulter l'autre parent et obtenir son consentement préalable s'il entend le changer d'école ou s'il souhaite voyager avec lui dans un pays étranger. Dans la mesure où les parents ne parviennent pas à s'entendre sur ces enjeux majeurs ou fondamentaux, ou sur toute autre question du même ordre, il reviendra au tribunal de trancher à la lumière du principe de l'intérêt de l'enfant¹⁰.

1.1.2 Vaccination de l'enfant... dans l'intérêt de l'enfant ?

Jusqu'à ce jour, le gouvernement du Québec ne s'est pas prévalu du droit que lui confère la *Loi sur la santé publique*¹¹ d'ordonner la vaccination de la totalité ou d'une partie de la population¹². Comme les adultes, les enfants ont donc pu à un moment ou à un autre recevoir un vaccin contre la COVID-19¹³, mais sans y être toutefois obligés.

Le consentement à la vaccination d'un enfant est un acte d'autorité parentale qui répond aux règles spécifiques des articles

9. Évidemment, si les repas servis à l'enfant témoignent d'une orientation ou d'une philosophie qui outrepassent ses besoins alimentaires, comme c'est le cas du véganisme, on ne pourra les concevoir sous l'angle d'une simple décision courante.

10. Art. 604 C.c.Q. Notons cependant que les parents pourraient, préalablement à tout recours judiciaire, solliciter l'aide d'un médiateur familial pour trouver une solution au conflit qui les oppose.

11. RLRQ, c. S-2.2.

12. *Ibid.*, art. 123(1).

13. Voir les informations publiées sur le site du gouvernement du Québec : <<https://www.quebec.ca/sante/problemes-de-sante/a-z/coronavirus-2019/deroulement-vaccination-contre-la-covid-19>> (page consultée le 5 mars 2022).

10 et suivants du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») regroupés au chapitre portant sur l'intégrité des personnes. En vertu du second alinéa de l'article 14 C.c.Q., l'enfant de 14 ans et plus peut consentir seul aux soins requis par son état de santé. Malgré sa finalité préventive, un vaccin peut sans aucun doute être ainsi qualifié¹⁴. La vaccination de l'enfant de moins de 14 ans exige quant à elle le consentement « du titulaire de l'autorité parentale » ou, selon le cas, du tuteur¹⁵. S'agissant d'une décision majeure qui n'a rien d'usuelle, les deux parents doivent nécessairement y concourir. L'un d'eux ne saurait donc entreprendre seul les démarches de vaccination de son enfant de moins de 14 ans, à moins d'avoir obtenu l'autorisation du tribunal¹⁶. Comme mentionné précédemment, cette autorisation ne sera accordée que s'il en va de l'intérêt de l'enfant¹⁷.

Toutes les décisions judiciaires rendues jusqu'à maintenant par les tribunaux québécois ont autorisé la vaccination de l'enfant de moins de 14 ans et, incidemment, rejeté l'opposition ou les réticences manifestées par l'autre parent sur la base de ses propres craintes ou croyances. En l'absence de contre-indication spécifique liée à la condition médicale de l'enfant, comme l'obésité ou la présence de troubles neurologiques¹⁸, les tribunaux ont tous reconnu les avantages inhérents à la vaccination en se réclamant, au moyen de la connaissance d'office¹⁹, du consensus scientifique mondial appuyé par les autorités sanitaires québécoises et canadiennes²⁰.

14. G.C. c. *H.L.*, 2022 QCCS 162 (j. St-Onge).

15. Art. 14, al. 1 C.c.Q.

16. Dans la mesure où un parent décidait de faire vacciner l'enfant sans avoir obtenu le concours de l'autre parent ou l'autorisation du tribunal, la présomption de l'article 603 C.c.Q. trouvera application pour protéger le tiers de bonne foi qu'est le vaccinateur (si tant est qu'il fut effectivement de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne fut pas avisé préalablement, directement ou indirectement, de l'opposition de l'autre parent). Son manquement pourra toutefois l'exposer à différentes conséquences juridiques. Voir Alain ROY, « Commentaire sous les articles 603 et 604 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021.

17. Art. 33 et 604 C.c.Q.

18. Voir les informations publiées sur le site de la Société canadienne de pédiatrie : <<https://cps.ca/fr/documents/position/vaccins-contre-la-covid-19-pour-les-enfants-et-les-adolescents>> (page consultée le 5 mars 2022).

19. Voir notamment *Droit de la famille – 212431*, 2021 QCCS 5343.

20. Comme l'exprime Michaël Lessard, « la jurisprudence semble prévoir une présomption en faveur de la vaccination, présomption renversable notamment par la preuve d'une condition médicale particulière » : « Chronique – Coronavirus : la vaccination des enfants contre la COVID-19 », *Repères*, novembre 2021, (à suivre...)

Selon ce consensus, la protection que procure la vaccination contre la COVID-19 l'emporte sur les inconvénients et les risques minimes qui peuvent en découler.

Dans certaines affaires, les tribunaux ont abordé l'intérêt de l'enfant à recevoir le vaccin dans une perspective plus large que celle dans laquelle on situe généralement le débat. Portant le regard au-delà du rapport risques-bénéfices de la vaccination sur la personne du mineur lui-même, le juge Samson s'en est ainsi remis, dans *Droit de la famille – 22134*²¹, aux dimensions collectives du principe interprétatif qui se répercuteront positivement sur l'enfant concerné dans un avenir plus ou moins rapproché :

(...suite)

La référence, EYB2021REP3383. Notons qu'au Manitoba, le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, Glenn D. Joyal, a émis une directive formelle en ce sens le 14 décembre 2021 : <https://www.manitobacourts.mb.ca/site/assets/files/1994/notice_-_practice_direction_-_contested_motions_respecting_the_vaccination_of_a_child_2021_dec_14.pdf> (page consultée le 6 mars 2022). Au Québec, voir *Droit de la famille – 212431*, 2021 QCCS 5343; *Droit de la famille – 212035*, 2021 QCCS 4484; *Droit de la famille – 211637*, 2021 QCCS 3582; *Droit de la famille – 211246*, 2021 QCCS 2815; *Droit de la famille – 211387*, 2021 QCCS 3055; *Droit de la famille – 20611*, 2020 QCCS 1371; *Droit de la famille – 212429*, 2021 QCCS 5338; *Droit de la famille – 212394*, 2021 QCCS 5328; *Droit de la famille – 212222*, 2021 QCCS 4862; *Droit de la famille – 212593*, 2021 QCCS 5666; *Droit de la famille – 212376*, 2021 QCCS 5258; *Droit de la famille – 2287*, 2022 QCCS 221; *Droit de la famille – 2264*, 2022 QCCS 313 et *Droit de la famille – 2268*, 2022 QCCS 157. Dans *Droit de la famille – 22283*, 2022 QCCA 276, la Cour d'appel a rejeté la demande de suspension de l'exécution provisoire de l'ordonnance de vaccination du jugement de première instance ayant appliqué le raisonnement dominant retenu par la Cour supérieure : « Quant aux conclusions du juge sur l'exercice de l'autorité parentale en lien avec la vaccination, l'appelante ne soulève aucun élément concret qui puisse démontrer la faiblesse du jugement de première instance. Essentiellement, l'appelante plaide de manière générique que la vaccination contre la COVID-19 n'est pas nécessaire pour prévenir la maladie et qu'il existe des effets secondaires sérieux à la vaccination qui n'ont pas été complètement documentés. Ces arguments ont été présentés en première instance. L'appelante a témoigné et a pu faire valoir ses prétentions, qui ont été rejetées. Il s'agit ici d'un dossier relatif à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'enfants mineurs. L'appelante soulève des questions de droit public relatives au processus d'approbation, à la sécurité des vaccins et liées aux responsabilités des autorités de santé publique au Québec et au Canada. Il s'agit de questions complexes qui dépassent très largement le cadre du débat qui est très concret et immédiat, c'est-à-dire la vaccination des deux enfants mineurs des parties. Dans ce contexte, l'appelante ne démontre pas l'existence d'une faiblesse apparente qui pourrait justifier l'octroi de la suspension. » Sur cette question, voir également *Droit de la famille – 212430*, 2021 QCCA 1927. Sur l'enjeu de droit public que soulève la vaccination, voir aussi les observations de la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 22167*, 2022 QCCA 160.

21. 2022 QCCS 299.

Monsieur a raison d'attirer l'attention du Tribunal sur le fait que les autorités de santé publique voient la question sous l'angle sociétal et non en tenant compte uniquement de l'intérêt de l'enfant. Mais ce n'est pas parce que le bien-être de la collectivité est tenu compte que celui de l'enfant ne l'est pas, car ce dernier est un maillon essentiel et au cœur de la collectivité. Le Tribunal doit tenir compte que l'enfant a un rôle à jouer afin de bénéficier d'un milieu de vie adéquat pour lui. La diminution de la transmission pourrait réduire les perturbations liées à la gestion des éclosions, dont l'isolement, et pourrait plus rapidement mettre fin aux mesures sanitaires qui freinent les contacts humains normaux. [...] Le Tribunal doit considérer l'intérêt de l'enfant dans tous ses aspects. Il va sans dire que la socialisation des enfants et leur santé mentale doivent être tenues compte dans cette équation et X n'y échappe pas.²²

Les tribunaux ont par ailleurs, et à juste titre, invoqué la volonté librement exprimée par l'enfant de moins de 14 ans pour évaluer son intérêt²³. Sans être tenu de se conformer au souhait de l'enfant, le droit québécois impose à l'instance judiciaire le devoir d'en tenir compte à la lumière des circonstances en cause²⁴. Dans *Droit de la famille – 212434*²⁵, la juge Dallaire le rappelle clairement en ces termes :

L'enfant souhaite recevoir ce vaccin malgré le désaccord de son père, et surtout il souhaite que la question ne soit pas discutée entre [les parents] afin d'éviter tout objet de désaccord [...]. Le tribunal rappelle que la volonté de l'enfant maintenant âgé de 10 ans, se veut formelle. Bien que le tribunal ne soit pas lié par cette volonté, il doit quand même la considérer.²⁶

Enfin, certains juges ont également appuyé leur décision sur un facteur apparemment externe à l'enfant, soit l'état de santé précaire d'un membre de la famille habitant sous le même toit que le

22. *Ibid.*, par. 48-50.

23. Dans *Droit de la famille – 212222*, 2021 QCCS 4862, le tribunal écarte le souhait d'une mineure de 13 ans et 8 mois de bénéficier d'une période de réflexion avant de recevoir ou non une deuxième dose, considérant qu'elle subit l'influence de son père opposé aux vaccins. Le tribunal prend soin d'ajouter : « Il est vrai que X aura bientôt 14 ans, âge fixé par le législateur pour consentir aux soins. Cependant, le variant Delta et [la] quatrième vague d'infection, qui ont cours actuellement, alors que X fréquente l'école, justifient que la deuxième dose soit administrée rapidement, d'autant plus que la protection accordée par le vaccin ne serait pas immédiate. »

24. Art. 23, al. 2 C.c.Q. Voir également l'article 34 C.c.Q.

25. 2021 QCCS 5379.

26. *Ibid.*, par. 7, 14-15. Voir également *Droit de la famille – 211637*, 2021 QCCS 3582.

parent favorable à la vaccination. Ainsi, dans *Droit de la famille – 2258*²⁷, la juge Duplessis a souligné les problèmes d'insuffisance rénale et d'hypertension du grand-père paternel des enfants, en attente d'une transplantation rénale. Compte tenu des risques auxquels la COVID-19 expose les jeunes enfants, la juge a autorisé leur double vaccination, mais en prenant soin de souligner la vulnérabilité du grand-père :

Considérant que X fréquente l'école et que Y est en garderie, considérant l'état de santé du père du défendeur ainsi que les recommandations de la santé publique, le tribunal considère qu'il est urgent que les enfants X et Y reçoivent leurs deux doses du vaccin contre la COVID-19.²⁸

Malgré ce que l'on peut en croire à première vue, l'état de santé du proche qui cohabite en tout ou en partie avec l'enfant ou qui occupe auprès de lui un rôle prépondérant n'est certainement pas étranger à son intérêt. Dans *Droit de la famille – 201077*²⁹, la juge Dallaire le conçoit clairement lorsqu'elle confirme la décision de la mère de ne pas envoyer l'enfant dans une colonie de vacances pour préserver la santé de ses grands-parents :

Étant donné que les grands-parents maternels de l'enfant font partie de la garde rapprochée de celle-ci, et qu'ils en prennent soin au quotidien, lorsqu'elle est chez sa mère, nous ne pouvons davantage faire abstraction de ce fait ni de l'existence des directives en vigueur pour les personnes de 70 ans et plus, en ce qui a trait à la manière dont les choses doivent se passer, en lien avec le virus de la COVID-19. Madame a donc raison de s'inquiéter des conséquences possibles de la fréquentation d'un camp de jour par X, cet été, étant donné la vulnérabilité associée à l'âge de ses parents.³⁰

Bien que la juge Dallaire n'en fasse pas expressément mention, son raisonnement trouve appui dans l'article 32 C.c.Q. qui consacre le droit de l'enfant « à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner »³¹. Dans le contexte pandémique où la socialisation des enfants

27. 2022 QCCS 135.

28. *Ibid.*, par. 17. Voir également *Droit de la famille – 20682*, 2020 QCCS 1547 (école à distance autorisée; référence à l'état de santé de la conjointe du père).

29. 2020 QCCS 2433. Notons que cette décision a été rendue avant le commencement des campagnes de vaccination des enfants.

30. *Ibid.*, par. 116-117. Voir également *Droit de la famille – 211637*, 2021 QCCS 3582 et *Droit de la famille – 22134*, 2022 QCCS 299.

31. Au même effet, voir *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 49.

est fortement compromise, on se doit d'assurer le maintien des relations de l'enfant non seulement avec chacun de ses parents – ce qui est depuis toujours acquis³² –, mais également avec celles et ceux qui, en raison de leur contribution familiale, permettent de sauvegarder sa santé mentale.

Sous différentes facettes, l'intérêt de l'enfant à recevoir le vaccin semble donc acquis aux tribunaux québécois qui n'hésitent pas à permettre au parent favorable à la vaccination de prendre les arrangements qui s'imposent sans l'accord du parent réfractaire. Certains juges vont même jusqu'à se projeter dans l'avenir en anticipant les doses additionnelles que les autorités sanitaires pourraient éventuellement recommander. Tel est le cas du juge Vincent dans *Droit de la famille – 22188*³³ :

La recommandation actuelle est l'administration de deux doses. Vu la situation fluctuante de ce virus et la présence de variants, il est possible que la Santé publique du Canada recommande des doses additionnelles du vaccin contre la Covid-19. Par conséquent, le Tribunal accueille la demande du père dans le meilleur intérêt de leurs enfants afin d'éviter un autre débat judiciaire, engendrant des coûts aux parents et à la société, pour une conclusion similaire, soit de suivre les recommandations de la Santé publique du Canada.³⁴

D'autres magistrats sont allés encore plus loin en retirant au parent opposé à la vaccination l'attribut parental correspondant au pouvoir de consentir à l'ensemble des soins de santé destinés à l'enfant³⁵. C'est à cette dernière conclusion qu'en vient le juge Reimnitz dans l'affaire *Droit de la famille – 2229*³⁶, après avoir discrédité le point de vue du parent réfractaire :

[...] madame produit une longue plaidoirie écrite, qu'il n'est pas nécessaire de reproduire ici et qui reprend les thèses complotistes, antivac-

32. Voir notamment *Droit de la famille – 20722*, 2020 QCCS 1670 (école à distance autorisée; référence à l'état de grossesse de la mère).

33. 2022 QCCS 457.

34. *Ibid.*, par. 14-15. Voir aussi *Droit de la famille – 212593*, 2021 QCCS 5666.

35. Art. 606, al. 2 C.c.Q.

36. 2022 QCCS 75 (enfants de 14 ans et de 9 ans; père gardien des enfants, mère bénéficiant de contacts supervisés; l'enfant de 14 ans ne voit plus sa mère depuis plusieurs mois, sauf pour quelques exceptions pour voir ses grands-parents, lesquels supervisent les contacts de la mère). Voir également *Droit de la famille – 212424*, 2021 QCCS 5336, où le juge réfère aux soins « psychologiques » (non-opposition du père – réfractaire à la vaccination – à la demande de retrait des attributs d'autorité parentale présentée par la mère – favorable à la vaccination; consentement de l'enfant de 13 ans).

cin, que l'on retrouve sur divers sites internet. La simple lecture des documents transmis par madame démontre et fait preuve du caractère abusif et sans fondement du contenu de ces documents. [...] À l'audition, elle affirme que le vaccin proposé est une « injection expérimentale » qui peut rendre stérile sa fille. Comme appui à cette position elle plaide qu'elle-même a reçu le vaccin en lien avec le virus de la grippe H1N1. Elle plaide que depuis, elle n'a pu avoir d'enfant, c'est donc, la démonstration par l'évidence, que le vaccin rend stérile. La faiblesse de cet argument est à l'avenant des autres arguments proposés par madame. Madame peut bien croire ce qu'elle veut, le tribunal préfère suivre les recommandations de la santé publique.³⁷

On perçoit ici l'exaspération du tribunal qui déduit visiblement des prétentions de la mère un manque de jugement suffisamment généralisé pour soutenir la conclusion qu'il retient. Le pas suivant consisterait à déchoir globalement le parent réfractaire en se réclamant également de l'intérêt de l'enfant. Il suffirait alors d'assimiler le complotisme à un « motif grave » au sens du premier alinéa de l'article 606 C.c.Q. Cette éventualité, à laquelle la rhétorique de la « pente glissante » pourrait bien mener, n'est pas à exclure, le même juge Reimnitz ayant laissé entendre dans un jugement intérimaire rendu dans une autre affaire que l'enfant exposé aux thèses complotistes de sa mère pourrait y être carrément entraîné :

Le tribunal soutient toujours que madame adopte une approche complotiste, anti vaccin, anti mesures sanitaires et de ce fait, elle intègre ses enfants dans cette mouvance et leur parle directement de ces sujets de santé publique. Ce point de vue de madame et la manière dont elle répand ses idées « anti autorités » nuit à l'intérêt de ses enfants. Par son comportement, madame incite les enfants à ne pas respecter les règles sanitaires recommandées par la santé publique. En refusant de reconnaître l'autorité de la Santé publique et en refusant de respecter leurs recommandations, elle agit de manière à nuire à l'intérêt de ses enfants.³⁸

Rien n'est toutefois plus relatif que l'intérêt de l'enfant, ce principe à texture ouverte auquel on peut faire dire une foule de choses, et peut-être même *tout et son contraire*...³⁹ Dans une affaire rendue au début de l'année 2022, le juge ontarien Alex Pazaratz a refusé, au

37. *Ibid.*, par. 13-15 et 27-31.

38. *Droit de la famille – 212528*, 2021 QCCS 5522, par. 34-36.

39. Alain ROY, « L'intérêt de l'enfant », dans Benoît MOORE (dir.), *Les grands classiques du droit civil – Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015. Voir également Andréanne MALACKET, « Des contours de l'intérêt de l'enfant à son instrumentalisation : exemple d'une réforme annoncée en matière d'adoption », (2014) 44 *R.D.U.S.* 569.

nom du même principe, d'autoriser la vaccination des enfants souhaitée par le père, mais contestée par la mère, dont les profondes suspicions à l'égard du gouvernement étaient affichées sur les réseaux sociaux⁴⁰. Contrairement à ses homologues québécois, le juge Pazaratz a refusé de s'en remettre à l'avis des autorités sanitaires pour évaluer l'intérêt de l'enfant. À ses yeux, la faillibilité dont les instances gouvernementales ont fait preuve par le passé est de nature à justifier les objections de la mère, qu'il s'abstiendra conséquemment de qualifier de complotiste⁴¹ :

Why should we be so reluctant to take judicial notice that the government is always right ?

- a. Did the Motherisk inquiry teach us nothing about blind deference to « experts » ? Thousands of child protection cases were tainted – and lives potentially ruined – because year after year courts routinely accepted and acted upon substance abuse testing which turned out to be incompetent.
- b. What about the Residential School system ? For decades the government assured us that taking Indigenous children away – and being wilfully blind to their abuse – was the right thing to do. We're still finding children's bodies.
- c. How about sterilizing Eskimo [*sic*] women ? The same thing. The government knew best.
- d. Japanese and Chinese internment camps during World War Two ? The government told us it was an emergency and had to be done. Emergencies can be used by governments to justify a lot of things that later turn out to be wrong.
- e. Few people remember Thalidomide. It was an experimental drug approved by Canada and countries throughout the world in the late 1950's. It was supposed to treat cancer and some skin conditions. Instead it caused thousands of birth defects and dead babies before it was withdrawn from the market. But for a period of time government experts said it was perfectly safe.
- f. On social issues the government has fared no better. For more than a century, courts took judicial notice of the fact that it was ridiculous to think two people of the same sex could get married.

40. *J.N. v. C.G.*, 2022 ONSC 1198.

41. Selon les prétentions du père, la mère était membre du Parti populaire du Canada et appuyait sur sa page Facebook des théories complotistes, ce que la mère n'a pas contesté.

At any given moment, how many active complaints are before the courts across the Country, alleging government breaches of Charter Rights ? These are vitally important debates which need to be fully canvassed.

- g. The list of grievous government mistakes and miscalculations is both endless and notorious. Catching and correcting those mistakes is one of the most important functions of an independent judiciary.
- h. And throughout history, the people who held government to account have always been regarded as heroes – not subversives.
- i. When our government serially pays out billions of dollars to apologize for unthinkable historic violations of human rights and security – how can we possibly presume that today’s government « experts » are infallible ?
- j. Nobody is infallible.
- k. And nobody who controls other people’s lives – *children’s lives* – should be beyond scrutiny, or impervious to review.⁴²

Pavé dans la mare ou diatribe irresponsable ? Si certains qualifieront le magistrat lui-même de complotiste, d’autres l’élèveront sans doute au rang de valeureux combattant ! Quoiqu’il en soit, les juges ne sont pas des êtres désincarnés. Comme pour le reste de la population, ils sont imprégnés de leur vécu et de leur expérience personnelle. Comment s’étonner que les décisions qu’ils sont appelés à rendre sur la base d’un principe interprétatif à géométrie variable puissent osciller d’un extrême à l’autre ? Si l’enjeu délicat et hautement polarisé que constitue la vaccination nous amène à en prendre conscience de manière éclatante, le phénomène n’en est pas moins présent dans d’autres sphères d’activités jurisprudentielles⁴³.

1.2 Droits de garde et d’accès et intérêt de l’enfant

Toutes les décisions relatives aux enfants peuvent être révisées, notamment celles qui portent sur les droits de garde et

42. *J.N. v. C.G.*, 2022 ONSC 1198, par. 67. Notons que les enfants âgés de 10 et 12 ans ne souhaitaient pas être vaccinés.

43. Voir Johanne CLOUET, *Décisions judiciaires en matière de garde d’enfants : contribution à l’étude des marqueurs identitaires du juge*, Montréal, Éditions Thémis, 2017.

d'accès⁴⁴. Sur preuve d'un changement de circonstances important et significatif⁴⁵, il reviendra au tribunal de procéder à une réévaluation globale des modalités établies, à la lumière du principe de l'intérêt de l'enfant⁴⁶.

1.2.1 Révision en contexte de crise sanitaire : principes et limites

Le début de la pandémie durant l'hiver 2020 a donné lieu à plusieurs conflits parentaux de garde d'enfant et d'accès. Disant craindre les risques de contagion et de transmission du virus alors émergent, certains parents se sont rapidement opposés au maintien de la garde partagée de l'enfant ou aux droits d'accès du parent non gardien. Fort heureusement, les tribunaux ont établi prestement les paramètres à l'intérieur desquels cette problématique devait être solutionnée⁴⁷.

Pour autant que les parties respectent les consignes d'hygiène et de sécurité dans leur milieu respectif, explique la juge April dans *Droit de la famille – 20474*⁴⁸, « la présence de la COVID-19 considérée comme une urgence sanitaire n'est pas en soi, en l'absence de symptômes pour les individus concernés, un motif suffisant nécessitant une modification du *statu quo*, de la garde et des accès pour les enfants »⁴⁹. Ce principe, ajoute la juge Bédard dans *Droit de la*

44. Voir Alain ROY, « Commentaire sous l'article 612 », dans Benoit MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021.

45. *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27. Voir également *Droit de la famille – 172569*, 2017 QCCA 1674.

46. *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27. Voir également *Droit de la famille – 20473*, 2020 QCCA 482.

47. Lorsque le gouvernement a autorisé le retour à l'école en présentiel des élèves de niveau préscolaire et primaire, sans toutefois l'obliger, les tribunaux ont également été appelés à trancher le différend entre le parent y étant favorable et le parent s'y opposant. Comme l'écrit Michaël Lessard, « [l]a jurisprudence s'est stabilisée autour d'une présomption que le retour en classe sert l'intérêt de l'enfant, présomption renversable notamment par la preuve d'une condition médicale particulière. Les tribunaux sont également intervenus à quelques reprises pour clarifier ou préciser la portée des différents arrêtés ministériels pris par le gouvernement en ce qui a trait à l'exercice des contacts supervisés ou des gardes et accès mettant en cause un parent résidant en maison d'hébergement pour victimes de violence conjugale; voir « Chronique – Coronavirus : développements récents en droit de la famille durant la pandémie de la COVID-19 (14 avril au 1^{er} juin 2020) », *Repères*, juin 2020, *La référence*, EYB2020REP3068.

48. 2020 QCCS 1051.

49. *Ibid.*, par. 20-21. Pour les jugements suivant ce principe, voir *Droit de la famille – 20653*, 2020 QCCS 1496; *Droit de la famille – 20609*, 2020 QCCS 1369; *Droit de la famille – 20660*, 2020 QCCS 1369; *Droit de la famille – 20660*, 2020 QCCS 1369; *Droit de la famille – 20660*, 2020 QCCS 1369; *Droit de la famille – 20660*, 2020 QCCS 1369 (à suivre...)

*famille – 20506*⁵⁰, s'applique à tous et en toutes circonstances, y compris au parent exposé à un risque de contagion accru en raison du type d'emploi qu'il occupe dans le réseau de la santé. S'il se soumet avec prudence aux mesures sanitaires prescrites par les autorités, ce parent ne pourra donc être privé de la garde de l'enfant ou des droits d'accès préalablement établis⁵¹.

Quelques semaines plus tard, dans *Droit de la famille – 20554*⁵², la juge Bédard prend soin de résumer en quelques lignes le cadre de référence auquel les parents doivent s'en remettre. Ses propos permettent de bien recentrer le débat autour des droits de l'enfant. Car la garde et les accès, faut-il le rappeler, ne sont pas des droits parentaux, mais bien des droits de l'enfant établis dans son intérêt⁵³. Et malgré la situation pandémique, l'enfant a le droit de maintenir sa relation avec chacun de ses parents, pour autant que ceux-ci ne l'exposent pas à des risques inutiles qu'ils sont en mesure de prévenir :

La situation de chaque enfant doit être appréciée en regard de sa situation et de celle de ses parents. Dans plusieurs situations, lorsque les parents ne sont pas porteurs du coronavirus, qu'ils ne présentent pas de symptômes caractéristiques du virus, qu'ils ne sont pas soumis à des restrictions spécifiques (par exemple une quarantaine imposée en raison de risques spécifiques auxquels ils ont été exposés) et qu'ils respectent les consignes sanitaires qui s'imposent dans le mode de vie et dans leur milieu de vie, il n'y a pas lieu de priver un enfant de la présence de ses deux parents et de modifier les modalités de garde et d'accès qui sont en place. Évidemment, tout est question de circonstances selon la situation spécifique de l'enfant et celle de ses parents et des risques auxquels un enfant est susceptible d'être exposé dans l'un ou l'autre des milieux familiaux.⁵⁴

(...suite)

la famille – 20606, 2020 QCCS 1366; *Droit de la famille – 20554*, 2020 QCCS 1239; *Droit de la famille – 20543*, 2020 QCCS 1215; *Droit de la famille – 20531*, 2020 QCCS 1191; *Droit de la famille – 20554*, 2020 QCCS 1239.

50. 2020 QCCS 1125.

51. Notons que les déplacements entre régions administratives effectués par les parents aux fins de se conformer à une ordonnance contenue dans un jugement rendu par un tribunal ou pour permettre l'exercice des droits de garde ou d'accès contenus dans une entente ont été autorisés par le gouvernement à compter du 1^{er} avril 2020. Voir Michaël LESSARD, « Chronique – Coronavirus : développements récents en droit de la famille durant la pandémie de la COVID-19 (14 avril au 1^{er} juin 2020) », *Repères*, juin 2020, *La référence*, EYB2020REP3068.

52. 2020 QCCS 1239.

53. Voir *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561, par. 30-36.

54. *Ibid.*, par. 14-15.

L'avènement des campagnes de vaccination au cours de l'année 2021 suscitera de nouveaux questionnements. La vaccination constitue-t-elle une « consigne sanitaire » au sens des décisions judiciaires rendues au début de la pandémie, au même titre que la distanciation physique, le lavage des mains et le port du masque ? Autrement dit, le parent qui refuse le vaccin sans justification médicale s'expose-t-il à perdre la garde partagée ou les droits d'accès dont il bénéficie ?

1.2.2 Parent non vacciné... dans l'intérêt de l'enfant ?

Le 23 décembre 2021, alors que le variant Omicron force le Québec à se confiner de nouveau, le juge Vaillancourt répond à ces questions sans détour dans *Droit de la famille - 212444*⁵⁵ :

Le meilleur intérêt de l'enfant doit guider le Tribunal dans toute décision qu'il prend à son égard. En l'espèce, la véritable question est la suivante : est-il dans l'intérêt de l'enfant [âgé de 12 ans] que son père y ait accès alors qu'il n'est pas vacciné contre la Covid-19 ? [...] les extraits de la page Facebook de Monsieur portent à croire qu'il est effectivement ce qu'on appelle communément un « complotiste » de sorte que le Tribunal a de fortes raisons de douter qu'il respecte les mesures sanitaires comme il affirme le faire dans sa déclaration écrite. Toutefois, l'enfant est vacciné de sorte qu'il bénéficie d'une certaine protection à l'égard du virus. Est-ce suffisant pour lui permettre de côtoyer son père ? Le Tribunal estime que ce n'est pas le cas. En effet, il est de connaissance judiciaire que la protection n'est pas totale, et qu'elle semble même être réduite face au variant Omicron qui se propage actuellement au Québec. Il est également de connaissance judiciaire que ce variant est hautement contagieux. [...] Il aurait normalement été dans le meilleur intérêt de l'enfant d'avoir des contacts avec son père, mais il n'est pas dans son meilleur intérêt d'avoir des contacts avec lui si celui-ci n'est pas vacciné et est opposé aux mesures sanitaires dans le contexte épidémiologique actuel.⁵⁶

Sur la base de ces considérations, le juge Vaillancourt suspend donc les droits d'accès du père⁵⁷, mais pour une courte durée, soit

55. 2021 QCCS 5387.

56. *Ibid.*, par. 9, 10-15. Aux paragraphes 16-17, le tribunal ajoute : « Il doit également être noté que Madame réside avec son conjoint et leurs deux enfants âgés de sept mois et de tout juste quatre ans. Le Tribunal doit aussi considérer le meilleur intérêt de ces enfants. Or, ceux-ci ne sont pas vaccinés contre la Covid-19 puisque la vaccination n'est actuellement pas offerte aux enfants de moins de cinq ans.

Dans ces circonstances, il n'est dans l'intérêt d'aucun des trois enfants que Monsieur puisse exercer des accès à X à l'heure actuelle. »

57. La décision du juge Vaillancourt a été citée et suivie par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans *V.L.M. c. B.S.F.*, 2022 NBBR 23.

un mois et demi, « [...] la situation reliée à la pandémie évolu[ant] rapidement, plus encore en ce qui concerne le variant Omicron »⁵⁸.

Le 8 février, le père, toujours non vacciné, s'adresse comme convenu à la Cour supérieure pour obtenir le rétablissement de ses droits d'accès. Sous la plume de la juge Paquette, la cour ne s'arrête pas aux opinions exprimées par le père sur les réseaux sociaux, s'abstenant incidemment d'en tirer une présomption défavorable comme l'avait fait le juge Vaillancourt⁵⁹. Malgré ses croyances personnelles, le père se dit toujours respectueux des consignes sanitaires; au surplus, il s'engage formellement devant le tribunal à s'y conformer. Après avoir souligné la stabilisation de la situation épidémiologique, la juge Paquette fait droit à sa demande dans les termes suivants :

Le Tribunal estime, dans les circonstances actuelles, notamment la situation épidémiologique qui prévaut présentement, qu'il n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant d'être coupé de tout contact en personne avec son père. L'effet préjudiciable d'une telle coupure sur le maintien et le développement de la relation père-enfant serait, dans le contexte actuel, plus important que les risques que la mère expose et qui demeurent néanmoins réels.⁶⁰

Certes, le délai de six semaines qui s'est écoulé entre les deux décisions a permis de ralentir la progression du variant Omicron. Bien que la juge Paquette s'y réfère clairement pour justifier le rétablissement des droits d'accès du père, sa lecture du meilleur intérêt de l'enfant, qu'elle qualifie elle-même de « globale »⁶¹, a sans doute fait la différence. Dans le contexte d'isolement prolongé que vivent les enfants depuis trop longtemps, on peut facilement comprendre l'importance qu'elle attribue à la dimension socio-affective du principe par rapport aux autres considérations. C'est d'ailleurs cette même dimension socio-affective qui, rappelons-le, a amené la Cour supérieure à privilégier au tout début de la pandémie le maintien de la garde ou des accès préalablement établis, y compris à l'endroit

58. *Ibid.*, par. 18. Le juge ajoute au paragraphe 19 : « Évidemment, la situation pourrait aussi être réévaluée si Monsieur se rendait aux recommandations des autorités sanitaires et se faisait vacciner contre la Covid-19. »

59. C.S. Montréal, n° 500-04-0671178-153, 8 février 2022. La juge Paquette écrit au paragraphe 9 : « Le père adhère-t-il ou non aux théories du complot ? Respecte-t-il ou non les recommandations de la santé publique ? Cela fait l'objet d'une preuve qui est contestée et que le Tribunal n'est pas en mesure de trancher à ce stade, en se fondant sur la preuve parcellaire disponible. »

60. *Ibid.*, par. 15.

61. *Ibid.*, par. 14.

des parents œuvrant dans le réseau de la santé⁶². Si le virus d'origine et les premiers variants étaient moins contagieux que ne l'est le variant Omicron, ils étaient apparemment plus virulents, et personne n'avait encore reçu le vaccin. Et pourtant, les tribunaux n'ont pas hésité à maintenir les liens de l'enfant avec les parents plus à risque, mais néanmoins respectueux des consignes sanitaires. Ici encore, le principe de l'intérêt de l'enfant pourrait bien avoir exhalé son caractère profondément malléable... Si la juge Paquette avait été saisie de l'affaire le 23 décembre en lieu et place du juge Vaillancourt, les accès du père n'auraient donc peut-être jamais été suspendus...

2. Développements législatifs : l'autorité parentale en question

Que ce soit sur le plan fédéral ou provincial, d'importants chantiers législatifs en droit de la famille ont progressé au cours des derniers mois. Compte tenu de l'évolution des réalités familiales, l'autorité parentale a fait l'objet de réaménagements, propositions ou discussions qui, directement ou indirectement, permettent de cerner les différentes conceptions que l'on peut entretenir de la parenté et de la parentalité.

2.1 Projet de loi C-78 – Réforme de la Loi sur le divorce

Plusieurs des modifications apportées par le projet de loi C-78⁶³ à la *Loi sur le divorce*⁶⁴ sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2021. Certaines d'entre elles transforment profondément les principes applicables à l'exercice de l'autorité parentale et à la garde de l'enfant en contexte de divorce. Ces transformations viendront inévitablement accentuer les différences de traitements qui existaient déjà entre les enfants du mariage et les autres⁶⁵, ces derniers restant en toutes circonstances régis par le *Code civil du Québec*, et plus

62. *Droit de la famille – 20506*, préc., note 50.

63. *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2019, ch.16.

64. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.) (ci-après « *Loi sur le divorce* » ou « la Loi »).

65. Voir Alain ROY, « Commentaire sous l'article 605 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021.

précisément, par les articles 597 C.c.Q. et suivants situés au chapitre de l'autorité parentale.

Avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, la *Loi sur le divorce* ne traitait pas d'autorité parentale, que ce soit directement ou indirectement. Il fallait donc s'en remettre au droit privé de chaque province pour départager les pouvoirs décisionnels entre les parents divorcés. En droit civil québécois, à moins que l'un d'eux ne se soit vu retirer un attribut de l'autorité parentale, ou son exercice⁶⁶, ou qu'il n'ait été déchu globalement de son autorité parentale sur la base des dispositions du premier alinéa de l'article 606 C.c.Q., la répartition des pouvoirs parentaux ne répondait qu'à la distinction dont il a été précédemment question entre « décisions courantes » et « décisions majeures ou fondamentales »⁶⁷.

Depuis le 1^{er} mars 2021, la *Loi sur le divorce* investit lourdement le champ de l'autorité parentale au moyen d'un nouveau concept, celui des « responsabilités décisionnelles » que le tribunal appelé à prononcer le divorce a désormais le pouvoir de départager ou de répartir entre les deux parents, en amont de toute difficulté ou de tout conflit pouvant les opposer⁶⁸. Selon l'article 2(1) de la Loi, ce concept renvoie aux décisions majeures ou fondamentales, notamment à celles qui concernent « [...] la santé, l'éducation, la culture, la langue, la religion et la spiritualité et les activités parascolaires majeures »⁶⁹. Si le tribunal se prévaut de la discrétion que lui reconnaît maintenant la Loi d'attribuer une ou plusieurs responsabilités décisionnelles à l'un des parents, celui-ci restera maître des décisions qui s'y rattachent, sans que l'autre ait à y concourir⁷⁰.

66. Art. 606, al. 2 C.c.Q.

67. Voir *supra*, section 1.1.1.

68. Ce départage doit évidemment se faire à la lumière de l'intérêt de l'enfant.

69. Notons que les nouveaux articles 16.9 et s. de la Loi, que nous n'étudierons pas ici, introduisent un mécanisme de préavis lorsqu'un parent (ou autre personne qui s'est vue octroyer des responsabilités aux termes de la *Loi sur le divorce*) entend procéder à un « déménagement important ».

70. *Ibid.*, art. 16.3. Selon Pierre J. Dalphond et Anushua Nag, « dans le respect du bijuridisme, l'application des nouvelles dispositions relatives aux responsabilités parentales devra respecter la jurisprudence québécoise interprétant les articles 600 et suivants du Code civil en matière d'autorité parentale, incluant difficultés, déchéance et retrait de ses attributs ». Une telle lecture nous semble étonnante puisqu'elle revient d'une certaine manière à nier l'objectif même de la nouvelle loi qui est de prévenir les difficultés par anticipation et non pas y réagir, comme c'est le cas de l'orientation civiliste québécoise. Voir Pierre J. DALPHOND et Anushua NAG, « Enfin une réforme de la Loi sur le divorce », (2019) 78 R. du B. (à suivre...)

La *Loi sur le divorce* remplace par ailleurs les notions de garde et d'accès par le concept de « temps parental »⁷¹ qui, affirme-t-on, serait « davantage axée sur l'enfant »⁷² et ne comporterait pas l'idée d'un gagnant et d'un perdant⁷³.

Cela étant dit, du temps parental et des responsabilités décisionnelles pourront être attribués, en tout ou en partie, à une ou plusieurs autres personnes que les parents de l'enfant⁷⁴. Selon le paragraphe 16.1(1) de la Loi :

Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance prévoyant l'exercice du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de tout enfant à charge, sur demande :

- a) des époux ou de l'un d'eux;
- b) d'une personne – autre qu'un époux – qui est l'un des parents de l'enfant, lui en tient lieu ou a l'intention d'en tenir lieu.⁷⁵

Si le mariage dont le divorce est demandé n'unissait pas les deux parents de l'enfant, mais l'un d'eux à une autre personne, cette

(...suite)

261, 264. Notons qu'aux termes de l'article 16.2(2) de la Loi, il revient toujours au parent en présence duquel se trouve l'enfant de prendre seul les décisions courantes qui relèvent de la gestion du quotidien.

- 71. *Ibid.*, art. 16.1 et 16.2. Comme c'était le cas pour la garde et les accès, le tribunal doit attribuer le temps parental à la lumière du principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque époux le plus de temps compatible avec son propre intérêt : art. 16(6).
- 72. Pierre J. DALPHOND et Anushua NAG, « Enfin une réforme de la Loi sur le divorce », (2019) 78 R. du B. 261, 264.
- 73. Notons que l'article 16(5) de la Loi réfère toutefois encore à la notion de « contacts », mais la réserve aux personnes autres que les époux : « The amendments have also introduced "contact orders" for situations in which, after a relationship breaks down, the relationship between the former spouses and the children's extended family becomes strained. Individuals who are not eligible to apply for a parenting order may apply for a contact order under section 16.5(1) » : James C. MACDONALD et Lee K. FERRIER, *Canadian Divorce Law and Practice*, 2^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 1988, 5 :201.
- 74. L'attribution pourra se faire par ordonnance du tribunal (art. 16.1(1)) ou par la reconnaissance d'un plan parental contenant « les éléments sur lesquels les parties s'entendent relativement au temps parental, aux responsabilités décisionnelles ou aux contacts à l'égard de l'enfant » : art. 16.6(1).
- 75. Une autorisation judiciaire est requise lorsqu'une demande en ce sens est présentée par une personne autre qu'un époux. Cette autorisation pourrait être assortie de conditions ou restrictions : *Loi sur le divorce*, art.16.1(3).

dernière pourra, comme c'était le cas avant mars 2021⁷⁶, obtenir du temps parental en sa qualité d'époux ayant tenu lieu de parent à l'enfant (*in loco parentis*)⁷⁷. Tout autre tiers qui a tenu lieu de parent à l'enfant, voire qui a l'intention de lui en tenir lieu, se qualifiera également à cette fin⁷⁸. Pensons au grand-parent de l'enfant ou au conjoint de fait⁷⁹ avec lequel le parent ou son époux se serait uni à la suite de leur séparation, voire au conjoint de fait⁸⁰ ou à l'époux de l'autre parent de l'enfant, c'est-à-dire celui qui n'est pas partie à l'instance en divorce⁸¹.

Outre l'octroi de temps parental, le tribunal appelé à prononcer le divorce peut par ailleurs conférer des responsabilités décisionnelles à l'époux *in loco parentis* ou à tout autre tiers ayant tenu lieu de parent à l'enfant ou ayant l'intention de lui en tenir lieu⁸². Une telle attribution était autrefois impossible en raison des dispositions du Code civil auxquelles le tribunal devait nécessairement s'en remettre. En droit privé québécois, rappelons-le, l'autorité parentale constitue un effet de la filiation et ne peut en être dissociée qu'au moyen de la tutelle⁸³, d'une ordonnance judiciaire prononçant la déchéance de l'autorité parentale ou le retrait d'un ou de plusieurs de ses attributs⁸⁴ ou d'une mesure de protection prononcée conformément à la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁸⁵.

76. *Loi sur le divorce*, art. 2(1).

77. *Loi sur le divorce*, art. 16.1(1)a) et 2(2). La Cour suprême a eu l'occasion de préciser la portée de cette exigence, et des autres conditions applicables, dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242. Voir Alain ROY, « Commentaire sous l'article 605 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021. Notons que l'époux *in loco parentis* pourra également se voir imposer une obligation alimentaire : *Loi sur le divorce*, art. 2(1) et 15.1(1).

78. *Ibid.*, art. 16.1(1)b). Notons qu'aux termes de l'ancien article 16(3), un tiers pouvait être autorisé à présenter une demande de garde ou d'accès à l'enfant. De telles demandes étaient toutefois envisagées de manière très exceptionnelle.

79. Ou encore au conjoint uni civilement : art. 521.1 et s. C.c.Q.

80. *Ibid.*

81. Certains pourraient s'interroger sur la validité constitutionnelle d'un tel élargissement, qui pourrait s'apparenter à un véritable empiétement dans le champ de compétence provinciale que constitue l'autorité parentale.

82. *Loi sur le divorce*, art. 16.3.

83. Art. 186 et 199.1 et s. C.c.Q.

84. Art. 606-607 C.c.Q.

85. Voir sur le sujet Alain ROY, « Revue de la jurisprudence 2020 en droit de la famille : les limites du droit de la filiation et du droit matrimonial une fois de plus mises à l'épreuve », (2021-2022) 123 *R. du N.* 1.

2.2 *Projet de loi 2 – Première phase de la réforme du droit de la famille québécois*⁸⁶

Plus de six ans après le dépôt du rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille⁸⁷, le gouvernement du Québec a procédé, le 21 octobre 2021, à la présentation du projet de loi 2 – *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*⁸⁸. Cette importante pièce législative constitue la première phase de la réforme tant attendue du droit de la famille québécois.

Comme son titre l'indique, le PL 2 vise à adapter le droit de la filiation aux nouvelles réalités sociales et conjugales. Outre plusieurs réaménagements d'importance en matière de filiation par le sang (renommée « De la filiation des enfants issus d'une procréation n'impliquant pas la contribution d'un tiers ») et de procréation assistée dite classique (renommée « Du projet parental impliquant l'utilisation du matériel reproductif d'un tiers »), le PL 2 consacre la reconnaissance des conventions de gestation pour autrui en leur procurant un encadrement juridique détaillé. C'est là d'ailleurs le changement le plus significatif qui y figure.

Nulle question, dans cette sous-section, de commenter l'ensemble des nouveautés suggérées par le PL 2. Tel n'est pas l'objectif d'une synthèse des principaux développements juridiques qui ont marqué le droit de la famille au cours d'une année. S'agissant du thème qui permet de relier les différentes parties de notre exposé, il nous semble toutefois opportun de présenter succinctement les quelques dispositions qui portent sur l'autorité parentale.

Le PL 2 modifie d'abord l'article 599 C.c.Q. pour exclure expressément les actes et comportements violents du cadre de l'autorité parentale. Les attributs qui en découlent, soit la garde,

86. Par souci de transparence, l'auteur tient à mentionner qu'il agit à titre de conseiller spécial du ministre de la Justice du Québec dans le cadre des travaux entourant ce projet de loi.

87. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY, prés., *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

88. *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, 42^e législature, 2^e session (adoption du principe : 1^{er} février 2022) (ci-après « PL 2 »).

la surveillance, l'éducation et l'entretien de l'enfant, devront être exercés « sans violence aucune »⁸⁹. Si, en raison du partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales, cette précision n'altérera pas la défense d'immunité dont les parents fautifs pourront toujours bénéficier en vertu de l'article 43 du *Code criminel*⁹⁰, elle aura au moins le mérite d'envoyer un puissant message social : au Québec, l'enfant doit être conçu comme un véritable sujet de droit dont la sécurité, l'intégrité et la dignité méritent d'être considérées au même titre que les adultes, y compris en contexte familial⁹¹.

La violence familiale dont un milieu pourrait être affecté explique en outre l'introduction d'une mesure destinée à contrecarrer le refus qu'opposerait le parent violent aux soins que l'enfant pourrait requérir et à l'empêcher de maintenir un contrôle sur l'autre parent, au détriment des besoins de l'enfant. Aux termes du nouvel article 603.1 C.c.Q. :

Le père ou la mère ou le parent peut, sans l'accord de l'autre parent, en raison d'une situation de violence familiale ou sexuelle causée par ce dernier, requérir pour son enfant des services de santé ou des services sociaux, incluant des services de soutien psychosocial, reconnus par le ministre de la Justice.

À cette fin, le père ou la mère ou le parent doit avoir obtenu une attestation d'un fonctionnaire ou d'un officier public désigné par le ministre de la Justice qui, sur le vu de sa déclaration sous serment selon laquelle il existe une telle situation de violence familiale ou sexuelle et sur le vu d'autres éléments de faits ou de documents provenant de personnes en contact avec les personnes victimes et appuyant cette déclaration, considère que la demande est une mesure de nature à assurer la santé et la sécurité de l'enfant. Le fonctionnaire ou l'officier public doit agir avec célérité.⁹²

89. *Ibid.*, art. 123.

90. L.R.C. (1985), ch. C-46. En 2004, la Cour suprême du Canada a établi un certain nombre de critères pour baliser l'usage de la force physique dite raisonnable : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4.

91. Voir en ce sens la Recommandation n° 4.7 du Comité consultatif sur le droit de la famille : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY, prés., *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 325.

92. PL 2, art. 126.

Recommandée par le rapport Corte-Desrosiers⁹³, cette mesure permettra de court-circuiter le principe de collégialité parentale autrement applicable. Le parent qui souhaite consentir aux soins dont l'enfant pourrait avoir besoin n'aura donc pas à saisir le tribunal pour lui demander de trancher le différend qui l'oppose au parent violent ou, plus généralement, pour qu'on lui retire l'attribut décisionnel (ou son exercice) se rapportant aux enjeux de santé⁹⁴. À ces recours judiciaires usuels se substituera une simple procédure administrative présidée par un fonctionnaire ou officier public, hors la présence du parent violent⁹⁵.

Enfin, le PL 2 propose le remplacement de l'actuel texte de l'article 611 C.c.Q. par le suivant :

Des relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents ou entre l'enfant et l'ex-conjoint de son père ou de sa mère ou de son parent peuvent être maintenues dans la mesure où ces personnes sont significatives pour l'enfant, que le maintien de telles relations est dans son intérêt et que, s'il est âgé de 10 ans et plus, il y consent, à moins qu'il soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Ces relations peuvent être maintenues par tout moyen approprié à la situation et il n'est pas requis que les personnes soient en présence physique l'une de l'autre. Les modalités de leur maintien peuvent être convenues par écrit entre le père ou la mère ou le parent de l'enfant, à titre de tuteur, son tuteur, le cas échéant, ou l'enfant de 14 ans et plus et ses grands-parents ou l'ex-conjoint de son père ou de sa mère ou de son parent, selon le cas.

Si l'enfant de 10 ans et plus mais de moins de 14 ans n'y consent pas ou en cas de désaccord entre les parties, le maintien des relations est déterminé par le tribunal.

93. COMITÉ D'EXPERTS SUR L'ACCOMPAGNEMENT DES VICTIMES D'AGRESSIONS SEXUELLES ET DE VIOLENCES CONJUGALES, Élisabeth CORTE et Julie DESROSIERS (prés.), *Rebâtir la confiance*, Secrétariat à la condition féminine, Québec, 2020 (Recommandation 7 : « Adopter une directive voulant que les besoins d'accompagnement d'une personne mineure puissent être offerts avec le consentement d'un seul des deux parents », p. 49-50).

94. Art. 606 C.c.Q. Notons que l'article 128(2) du PL 2 modifie le premier alinéa de l'article 606 C.c.Q. en précisant que la présence de violence familiale peut notamment constituer un motif grave justifiant, dans l'intérêt de l'enfant, une ordonnance de déchéance de l'autorité parentale.

95. Cette procédure est inspirée de celle prévue à l'article 1974.1 C.c.Q. qui permet au locataire victime de violence (notamment en contexte familial) de résilier son bail au moyen d'un simple avis au locateur accompagné d'une attestation signée par un fonctionnaire ou un officier public.

Dans tous les cas, le consentement de l'enfant de 14 ans et plus au maintien des relations est requis et ce dernier peut, dès cet âge, y mettre fin, sans autre formalité, qu'une ordonnance ait été rendue par un tribunal ou non.⁹⁶

Tout en codifiant certains éléments dégagés par la jurisprudence⁹⁷, le nouveau texte propose trois changements substantiels au texte actuel. *Primo*, on ajoute le beau-parent de l'enfant au champ d'application de l'article, dont la portée est présentement limitée aux seuls grands-parents. *Secundo*, on retire la présomption favorable à l'intérêt de l'enfant dont ces derniers bénéficient depuis 1994 du seul fait de leur statut filial. Non seulement la preuve d'une relation préexistante et significative sera-t-elle désormais requise, mais il leur faudra en outre en justifier le maintien par l'intérêt de l'enfant *in concreto*. Le nouveau sujet visé par l'article, soit le beau-parent, sera soumis à ces mêmes exigences. *Tertio*, on ajoute une formalité des plus fondamentales, le consentement de l'enfant de dix ans et plus, en prenant soin d'en moduler la portée comme on le fait depuis toujours en matière d'adoption⁹⁸. À compter de 14 ans, le refus exprimé par l'enfant fera obstacle au maintien des relations avec ses grands-parents ou, selon le cas, avec l'ex-conjoint de son parent.

Le PL 2 ne suggère aucune autre modification aux règles régissant l'autorité parentale. Contrairement à la *Loi sur le divorce*, il n'y est pas question de scission ou de départage des responsabilités décisionnelles entre les parents. Sauf dans les cas d'exception déjà prévus au second alinéa de l'article 606 C.c.Q., chacun d'eux conservera l'intégralité des droits et pouvoirs découlant du statut parental. Tout en maintenant le principe suivant lequel l'enfant ne peut se voir juridiquement attribuer plus de deux parents, le PL 2 se refuse également d'envisager la pluriparentalité, c'est-à-dire

96. PL 2, art. 130.

97. Voir Alain ROY, « Commentaire sous l'article 611 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021.

98. Art. 549-550 C.c.Q. Notons que les tribunaux tiennent déjà compte de la volonté de l'enfant en fonction des critères dégagés par la jurisprudence en matière de garde et d'accès. Ainsi, le désir d'un enfant de 12 ans est-il considéré comme « largement déterminant », alors qu'entre 8 et 11 ans, son opinion est « à considérer fortement ». Voir *Droit de la famille – 153196*, 2015 QCCS 5889.

l'exercice concurrent de l'autorité parentale par plusieurs personnes, généralement trois ou quatre⁹⁹.

Lors des consultations publiques qui ont eu lieu en décembre 2021, les représentants de la communauté LGBTQ2+ ont vivement dénoncé cette dernière perspective¹⁰⁰. À leurs yeux, le législateur québécois devrait, à l'instar de ses homologues ontarien¹⁰¹, bri-tanno-colombien¹⁰² et saskatchewanais¹⁰³, reconnaître le droit de trois ou quatre personnes, voire davantage, de convenir d'un projet parental aux termes duquel naîtra un enfant dont elles se partageront l'autorité parentale à titre de parents à part entière¹⁰⁴. L'intérêt de l'enfant, avance-t-on, doit amener le législateur à attribuer un statut parental complet à toutes celles et tous ceux qui en ont planifié la venue et qui, dans les faits, se chargeront de son bien-être et de son éducation. D'autres intervenants, en revanche, ont incité le législateur à maintenir le *statu quo*, la multiplication des titulaires de l'autorité parentale autour de l'enfant étant porteuse d'un potentiel d'accroissement de conflits tout à fait contraire à son intérêt¹⁰⁵.

-
99. Dans le PL 2, l'autorité parentale demeure donc étroitement liée à la filiation; sous réserve des exceptions statutaires que constituent déjà la tutelle (art. 186 et 199.1 et s. C.c.Q.), la déchéance de l'autorité parentale ou le retrait d'attributs (art. 606-607 C.c.Q.) et la compromission du développement et de la sécurité de l'enfant constatée conformément aux dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (RLRQ, c. P-34.1), seuls les parents de l'enfant en demeureront titulaires. Sur la distinction entre parenté et parentalité (néologisme qui correspond ni plus ni moins qu'à l'autorité parentale), voir l'arrêt de la Cour d'appel rendu dans *Droit de la famille – 191677*, 2019 QCCA 1386, commenté par Alain ROY, « Revue de la jurisprudence 2020 en droit de la famille : les limites du droit de la filiation et du droit matrimonial une fois de plus mises à l'épreuve », (2021-2022) 123 R. du N. 1.
100. Voir notamment Mona GREENBAUM, « Les familles LGBT+ et la réforme du droit familial », *Bulletin de liaison de la Fédération des Associations de familles monoparentales et recomposées du Québec*, vol. 46, n° 2, mars 2022, p. 5-6.
101. *Loi modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance, la Loi sur les statistiques de l'état civil et diverses autres lois en ce qui concerne la filiation et les enregistrements connexes*, L.O. 2016, ch. 23, art. 9.
102. *Family Law Act*, SBC 2011, ch. 25, art. 20(1).
103. *Loi de 2020 sur le droit de l'enfance*, L.S. 2020, ch. 2, art. 61.1 et s.
104. Voir notamment Sylvie SCHIRM et Marie-Élaine TREMBLAY, *Dans le meilleur intérêt de nos enfants*, mémoire présenté à la Commission des institutions dans le cadre des consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 2 – *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, Laval, 2021.
105. À cet argument, les représentants de la communauté LGBTQ2+ répondent que les familles pluriparentales, étant « très réfléchies d'emblée » pour avoir planifié (à suivre...)

L'étape de l'étude détaillée du PL 2 restant à venir, il se pourrait bien que cet enjeu des plus actuels soit de nouveau abordé par les parlementaires, notamment ceux des partis d'opposition. Le cas échéant, on pourra sans doute assister à des échanges instructifs sur les différentes conceptions et représentations de la parenté et de l'autorité parentale qui sont véhiculées dans l'espace public. Il sera tout aussi intéressant de constater les lectures de l'intérêt de l'enfant diamétralement opposées que l'on soumettra au soutien d'une proposition... et de son contraire.

CONCLUSION

L'année 2021 a été riche en rebondissements de toutes sortes. À travers les soubresauts parentaux qu'a provoqués la crise sanitaire devant les tribunaux, les importantes modifications apportées à *la Loi sur le divorce* par le projet de loi C-78 sont finalement entrées en vigueur au printemps. Sur la scène provinciale, le dépôt du Projet de loi 2 durant l'automne a marqué le coup d'envoi de la grande réforme du droit de la famille que la population québécoise attend depuis trop longtemps.

Les mois qui viennent promettent d'être tout aussi fertiles, du moins sur le plan législatif. Si l'on s'en tient aux annonces gouvernementales, les travaux relatifs à la seconde phase de la réforme du droit de la famille devraient s'intensifier après les élections provinciales de l'automne. Portant sur la conjugalité, cette seconde phase promet d'alimenter de vives discussions dans les chaumières. Près d'une décennie après le célèbre jugement rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Éric c. Lola*¹⁰⁶, nous pourrions bien assister à une reprise des « hostilités » entre les autonomistes, fervents défenseurs du libre choix, et les interventionnistes, aux yeux desquels l'assujettissement des conjoints de fait au cadre juridique du mariage demeure la seule option satisfaisante. À suivre...

(...suite)

leur projet parental en amont de la conception de l'enfant, seront en mesure de prévenir les situations conflictuelles : Mona GREENBAUM, « Les familles LGBT+ et la réforme du droit familial », *Bulletin de liaison de la Fédération des Associations de familles monoparentales et recomposées du Québec*, vol. 46, n° 2, mars 2022, p. 6.

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