

## LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT DU PARENT GARDIEN : LES ASPECTS CONSTITUTIONNELS

*Donald Poirier\**

*Le parent gardien a-t-il le droit de changer le domicile de l'enfant sans le consentement de l'autre parent ? On pensait que oui jusqu'à la décision rendue dans l'arrêt Carter c. Brooks. Depuis, plusieurs décisions ont effectivement limité la liberté d'établissement du parent gardien dans l'intérêt supérieur de l'enfant. À la lumière de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Young c. Young, l'auteur applique les articles 6 et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés à la liberté d'établissement du parent gardien. Il conclut que quel que soit le critère utilisé par la cour, la liberté d'établissement du parent devrait être reconnue, sauf si la cour utilise hors de son contexte constitutionnel le critère du danger de préjudice pour l'enfant. L'auteur conclut que la décision dans l'arrêt Carter est ou bien mal fondée ou devrait être considérée comme un cas d'espèce.*

*Does the custodial parent have the authority to move the child to another jurisdiction without the consent of the other parent? The answer was yes until Carter v. Brooks. Since that decision, the courts have in fact limited the custodial parent's mobility rights under the guise of the best interests of the child. The author analyses the situation in the light of the Supreme Court of Canada decision in Young v. Young. Sections 6 and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms are applied to the mobility rights of the custodial parent. He comes to the conclusion that whatever test is applied by the Supreme Court, the decision should favour the custodial parent except if the real danger of harm test is taken out of its constitutional context when applied. The author concludes that Carter v. Brooks was either wrongly decided or should be limited to the facts of that case.*

---

\* B.A. (Montréal), M.A. Psy. (Moncton), LL.B. (Université du Nouveau-Brunswick), LL.M. (McGill), LL.D. (Montréal) ; est professeur titulaire à l'École de droit de l'Université de Moncton et directeur du Centre d'étude du vieillissement du même établissement.

## TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION .....	629
II. LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT DU PARENT GARDIEN .....	630
A. <i>L'intérêt supérieur de l'enfant et la liberté d'établissement         du parent gardien avant la Loi de 1985 sur le divorce</i> .....	630
B. <i>L'intérêt supérieur de l'enfant et la liberté d'établissement         du parent gardien depuis la Loi de 1985 sur le divorce</i> .....	631
III. LA CHARTE ET LA GARDE DES ENFANTS .....	633
A. <i>L'applicabilité de la Charte</i> .....	634
B. <i>Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant</i> .....	637
IV. L'APPLICATION DE LA CHARTE À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT DU PARENT GARDIEN .....	638
A. <i>L'application de la Charte à la question de la liberté         d'établissement du parent gardien</i> .....	638
B. <i>Le critère du préjudice réel dissocié du contexte de         l'application de la Charte</i> .....	639
V. CONCLUSION .....	640

## I. INTRODUCTION

Le contrôle du choix du domicile du parent gardien pour un motif autre que l'intérêt de l'enfant, soit pour limiter l'exercice du droit de visite par le parent non-gardien, contrevient-il aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> ? Cette question peut paraître hypothétique à première vue, mais elle ne l'est certainement pas pour les parents gardiens qui décident de changer de province ou de pays pour refaire leur vie et qui se trouvent confrontés à l'opposition de l'autre parent. Par ailleurs, c'est précisément sur une question semblable que la Cour suprême du Canada devra se prononcer lorsqu'elle entendra le pourvoi de l'affaire *Droit de la famille – 1826*<sup>2</sup>.

La Cour suprême du Canada a accepté d'entendre cette affaire parce que les droits garantis par la *Charte* sont en cause et aussi parce qu'elle soulève la question plus générale de l'application de la *Charte* en matière de droit de garde des enfants. Le 2 septembre 1993, la Cour suprême a refusé d'entendre une cause provenant de la Cour d'appel de l'Ontario qui portait exactement sur le même sujet mais où les dispositions de la *Charte* n'étaient pas invoquées<sup>3</sup>. On peut donc présumer que l'état du droit en la matière est relativement clair, exception faite de l'importance à donner aux articles 6 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Depuis une quinzaine d'années, les lois relatives à la garde et à la protection des enfants et l'interprétation qu'en ont faite les tribunaux judiciaires ont complètement bouleversé les relations qui existaient entre les parents, les enfants et l'État. L'autorité paternelle s'est d'abord transformée en autorité parentale, puis en autorité étatique sur la famille<sup>4</sup>. Dans ce processus, les parents ont perdu pratiquement tous leurs droits sur leurs enfants tout en continuant d'être chargés de toutes les responsabilités. Les droits naguère reconnus aux parents, comme les droits de garde et de visite, sont maintenant qualifiés de droits appartenant à l'enfant et non aux parents<sup>5</sup>. Paradoxalement, cette négation du droit des parents a eu pour effet de reconnaître au parent non-gardien un accès plus facile à l'enfant qu'il n'en avait lorsque le tribunal tenait compte des droits des parents. Certaines lois, telle la *Loi de 1985 sur le divorce*, précisent en effet que lorsque le tribunal rend une ordonnance de garde, il doit appliquer « [...] le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt [...] »<sup>6</sup>.

C'est sur ce double fond de l'absence de droit des parents d'une part, et de la reconnaissance par la *Charte canadienne des droits et libertés* de la liberté d'établissement d'autre part, que se situe le présent article. Il porte sur trois points : la situation du parent gardien, la place que les tribunaux judiciaires accordent à la *Charte canadienne des*

<sup>1</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 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 *Charte*].

<sup>2</sup> [1993] R.J.Q. 1728, 57 Q.A.C. 241 [ci-après avec renvois aux R.J.Q.].

<sup>3</sup> *M.(B.P.) c. M.(B.L.D.E.)* (1993), 48 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 232n (C.S.C.).

<sup>4</sup> Voir : D. Poirier, « Du patriarcat individuel au patriarcat d'État. Critique de la juridicisation des relations parents-enfants à l'intérieur de la famille canadienne » (1991) 10 : 1 Rev. Can. D. Fam. 115.

<sup>5</sup> Voir : *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 à la p. 125, 108 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 193, 49 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 117, M<sup>me</sup> la juge McLaughlin [ci-après *Young* avec renvois aux R.C.S.] ; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287, M. le juge Riche (Unif. Fam. Ct. Nfld.).

<sup>6</sup> *Loi de 1985 sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2<sup>e</sup> supp.), c. 3, mod. par L.C. 1986, c. 35, L.C. 1990, c. 18, L.C. 1992, c. 51, L.C. 1993, c. 8, par. 16(10).

*droits et libertés* en matière de garde d'enfants, et les arguments en faveur de la liberté d'établissement du parent gardien.

## II. LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT DU PARENT GARDIEN

Au Canada, l'état du droit dans ce domaine, peut être étudié selon que nous nous situons dans la période antérieure ou postérieure à 1985.

### A. *L'intérêt supérieur de l'enfant et la liberté d'établissement du parent gardien avant la Loi de 1985 sur le divorce*

Avant l'adoption de la *Loi de 1985 sur le divorce*, il est clair que le parent ayant la garde de l'enfant avait le droit de changer de lieu de résidence<sup>7</sup>. Ce droit est clair aussi bien au Québec que dans les provinces de common law.

Les décisions des cours d'appel de plusieurs provinces sont en effet sans équivoque à ce sujet. Ainsi, en Ontario, la Cour d'appel a reconnu à trois reprises la liberté d'établissement du parent gardien<sup>8</sup>.

Dans l'arrêt *Wright c. Wright*<sup>9</sup>, le père refusait de payer la pension alimentaire pour le motif que sa femme avait déménagé avec l'enfant dans une autre province sans son consentement, le privant ainsi de son droit de visiter l'enfant. La Cour d'appel a reconnu la liberté d'établissement en précisant qu'en l'absence de motifs déraisonnables, le parent gardien a le droit de déménager avec l'enfant sans demander la permission à l'autre parent, sauf si l'ordonnance précise que l'enfant doit demeurer dans un rayon permettant l'accès au parent non-gardien<sup>10</sup>. En 1983, la Cour d'appel de l'Ontario a invoqué l'arrêt *Wright* pour appuyer sa décision dans l'arrêt *Wickham c. Wickham*<sup>11</sup> et refuser la requête du père qui demandait que la mère soit reconnue coupable d'outrage au tribunal pour avoir déménagé avec l'enfant en Saskatchewan. La même Cour d'appel réitère la liberté d'établissement du parent gardien en 1985 dans l'arrêt *Landry c. Lavers*<sup>12</sup>. Par ailleurs, quelques mois plus tard, la Cour d'appel de l'Ontario distingue ces trois décisions et restreint la liberté d'établissement du parent gardien dans l'arrêt *Carter c. Brooks*<sup>13</sup>. Cette décision sera analysée en détail dans la prochaine partie de cet article.

Les autres provinces tenaient aussi pour acquise la liberté d'établissement du parent gardien. La plupart des cas dont étaient saisis les tribunaux portaient sur le refus du père de verser la pension alimentaire de l'enfant pour le motif qu'il avait perdu son droit de visite, la mère ayant changé le domicile de l'enfant sans son consentement préalable. Les tribunaux judiciaires des différentes provinces ont suivi la décision de la Cour d'appel

<sup>7</sup> Voir par ex. : *Droit de la famille - 7*, [1984] C.A. 350 à la p. 354 (Qué.).

<sup>8</sup> Voir : *Wright c. Wright* (1973), 1 O.R. (2<sup>e</sup>) 337, 40 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 321, 12 R.F.L. 200 (C.A.) [ci-après *Wright* avec renvois aux O.R.] ; *Wickham c. Wickham* (1983), 35 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 448 (C.A.) [ci-après *Wickham*] ; *Landry c. Lavers* (1985), 50 O.R. (2<sup>e</sup>) 415, 17 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 190, 45 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 235 (C.A.) [ci-après *Landry* avec renvois aux O.R.].

<sup>9</sup> *Wright, ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.* à la p. 340.

<sup>11</sup> *Supra* note 8.

<sup>12</sup> *Supra* note 8.

<sup>13</sup> (1990), 2 O.R. (3<sup>e</sup>) 321 aux pp. 324-27, 77 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 45, 30 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 53 (C.A.) [ci-après *Carter* avec renvois aux O.R.].

de l'Ontario dans l'arrêt *Wright c. Wright*<sup>14</sup>, notamment la Nouvelle-Écosse<sup>15</sup>, l'Île-du-Prince-Édouard<sup>16</sup> et Terre-Neuve<sup>17</sup>. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a aussi appliqué le même raisonnement dans l'arrêt *Turecki c. Turecki*<sup>18</sup>.

La Cour suprême du Canada a indirectement reconnu la liberté d'établissement du parent gardien dans l'arrêt *Frame c. Smith*<sup>19</sup>. M<sup>me</sup> la juge Wilson, citant l'arrêt *Wright* écrit que « [...] l'époux non-gardien ne peut recourir à la possibilité de refuser de verser les paiements alimentaires pour l'enfant afin de garantir le droit de visite [...] »<sup>20</sup>. Même si elle reconnaît que le transfert de la garde de l'enfant constitue un moyen approprié de punir le parent gardien qui entrave continuellement l'exercice du droit de visite, elle précise qu'à cause du lien psychologique qui s'est développé entre l'enfant et le parent gardien, un transfert de garde n'est pas un redressement approprié<sup>21</sup>.

Les différentes causes que nous avons citées suffisent pour montrer qu'avant l'adoption du paragraphe 16(10) de la *Loi de 1985 sur le divorce*, les tribunaux reconnaissaient au parent gardien la liberté de changer le domicile de l'enfant. Ce n'est que vers la fin des années 1980 que ce droit a été remplacé par celui de l'intérêt de l'enfant de maintenir des liens constants avec l'autre parent.

#### B. *L'intérêt supérieur de l'enfant et la liberté d'établissement du parent gardien depuis la Loi de 1985 sur le divorce*

La *Loi de 1985 sur le divorce* a introduit un nouvel élément dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, il s'agit du paragraphe 16(10) qui établit :

En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

Afin de respecter les dispositions de ce paragraphe, et pour permettre à l'enfant d'avoir le plus de contact possible avec son autre parent, les tribunaux ont tendance à rendre des ordonnances qui limitent la liberté d'établissement du parent gardien. Ces ordonnances ne sont généralement pas rédigées de façon à limiter directement la liberté d'établissement du parent gardien. Habituellement, l'ordonnance interdit au parent gardien de sortir l'enfant de la province sans le consentement de l'autre parent<sup>22</sup>. Parfois,

<sup>14</sup> *Supra* note 8.

<sup>15</sup> Voir : *Doyle c. Doyle* (1982), 53 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 482, 109 A.P.R. 482, 29 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 45 (N.S. Prov. Ct. Fam. Div.) ; *Wainwright c. Wainwright* (1987), 81 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 413, 203 A.P.R. 413, 10 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 387 (N.S.S.C.).

<sup>16</sup> *Pickard (Coffin) c. Coffin* (1980), 16 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 380 (P.E.I. S.C.).

<sup>17</sup> *Gallant c. Gallant* (1984), 42 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 132 (Nfld. S.C.).

<sup>18</sup> (1989), 35 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 51, 57 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 266, 19 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 127 (B.C.C.A.).

<sup>19</sup> [1987] 2 R.C.S. 99, 42 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 81, 9 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 225 [avec renvois aux R.C.S.].

<sup>20</sup> *Ibid.* à la p. 140.

<sup>21</sup> *Ibid.* aux pp. 141-42.

<sup>22</sup> Voir : *MacFayden c. Lyon* (1992), 103 Nfld. & P.E.I.R. 172, 326 A.P.R. 172 (P.E.I.) cité par A. Gushurst, « When Private Means Anything Goes: Should Orders Granted Under the *Divorce Act* Restricting the Mobility of Custodial Parents be Subject to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ? », St-Jean (N.-B.), 1994 [non publié] à la p. 29 [ci-après A. Gushurst].

l'ordonnance restreint la mobilité de l'enfant à une certaine partie d'une province<sup>23</sup>. Dans certains cas plus rares, l'ordonnance restreint explicitement le droit d'établissement du parent gardien<sup>24</sup>. M<sup>me</sup> la juge Wilson, dans l'arrêt *Frame c. Smith*, cite de nombreuses causes dans lesquelles on a laissé entendre que le transfert de la garde constitue « [...] un moyen approprié pour punir le parent gardien qui refuse continuellement de permettre l'exercice du droit de visite [...] »<sup>25</sup>. Par ailleurs, elle cite quelques cas dans lesquels le transfert a été ordonné à cette fin<sup>26</sup>.

Cependant, dans les faits, la liberté d'établissement du parent gardien se trouve à être en cause dans tous les cas puisque, comme le précisent souvent les tribunaux<sup>27</sup>, le parent risque de devoir abdiquer ses droits sur l'enfant s'il veut déménager dans un autre ressort et continuer d'avoir l'enfant sous sa garde et sa direction.

L'interprétation du paragraphe 16(10) de la *Loi de 1985 sur le divorce* atteint son point culminant dans la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Carter c. Brooks*<sup>28</sup>. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a étudié le désir de la mère ayant la garde de l'enfant âgé de six ans, de déménager à une autre province du Canada. On confirma la décision du juge de première instance selon laquelle il n'était pas dans le meilleur intérêt de l'enfant que ce changement de résidence soit accordé. M. le juge Morden, au nom de la Cour d'appel, favorise une approche souple dans l'application du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, soit :

Dans la plupart de ces affaires, je crois qu'il y a un important facteur dont il faut tenir compte en faveur du conjoint qui a la garde, à savoir que la décision concernant la garde [...] montre que l'intérêt de l'enfant, vu dans un contexte quotidien, est de demeurer avec le conjoint qui en a la garde. De plus, il est raisonnable de croire que la décision que doit prendre le conjoint qui a la garde de l'enfant en ce qui a trait à l'endroit où lui et l'enfant doivent vivre est un élément de cette garde. De plus, s'il y a création d'une nouvelle unité familiale, par suite du remariage du conjoint qui a la garde, le bien-être de cette nouvelle unité familiale a des conséquences sur l'intérêt de l'enfant.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Voir : *Hollet c. Collins-Hollet* (1993), 102 Nfld. & P.E.I.R. 145, 323 A.P.R. 145 (Nfld.), cité par A. Gushurst, *ibid.* à la note 106.

<sup>24</sup> Voir : *Appleby c. Appleby* (1989), 21 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 307 à la p. 316 (H.C. Ont.), M. le juge Walsh précise, que jusqu'à nouvel ordre, les enfants devront avoir leur résidence permanente avec leur mère dans la ville de Mississauga, citée par A. Gushurst, *ibid.* à la p. 30. Voir aussi : *ibid.*, J.G. McLeod aux pp. 307-10.

<sup>25</sup> *Supra* note 19 aux pp. 141-42, M<sup>me</sup> la juge Wilson. Voir aussi : *Woodburn c. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 528 aux pp. 530-31, 21 R.F.L. 179 (N.S.S.C.) ; *Jones c. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295 aux pp. 295-96 (C.A. Ont.) ; *Currie c. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47 à la p. 55 (Alta. C.S.) ; *Donald c. Donald* (1973), 6 N.B.R. 665 à la p. 668 (C.A. N.-B.).

<sup>26</sup> *Supra* note 19 à la p. 141, M<sup>me</sup> la juge Wilson. Voir aussi : *Nayar c. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 400 (B.C.C.A.) ; *Fast c. Fast* (1983), 23 Sask. R. 96, 33 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 337 (C.A.).

<sup>27</sup> Voir : *Blois c. Blois* (1988), 83 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 328, 210 A.P.R. 328, 13 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 225 (N.S.S.C.) ; *Appleby c. Appleby*, *supra* note 24 ; *Johnson c. Johnson* (22 juin 1989), Hamilton-Wentworth 1322/88 (Ont. Unif. Fam. Ct.) [non publié] ; *Oldfield c. Oldfield* (1991), 33 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 235 (C.P. Div. gén. Ont.) ; citées par A. Gushurst, *supra* note 22 à la note 115.

<sup>28</sup> *Supra* note 13.

<sup>29</sup> *Ibid.* à la p. 328, traduit dans l'arrêt *LeBlanc c. Holmes* (1993), 141 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 382, à la p. 391, 361 A.P.R. 382 (B.R.) [ci-après *LeBlanc*].

Ce même critère a été adopté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Levesque c. Lapointe*<sup>30</sup> et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *M.(B.P.) c. M.(B.L.D.E.)*<sup>31</sup>. Or, la Cour suprême du Canada a refusé d'entendre l'appel interjeté de cette décision, approuvant tacitement la décision de la Cour d'appel, ainsi que le critère utilisé pour rendre sa décision.

Compte tenu du critère utilisé dans l'arrêt *Carter*, on aurait pu s'attendre à ce que la cour autorise le déménagement de la mère. Pourtant, en l'espèce, la Cour a conclu que le déménagement projeté n'était pas nécessaire pour le nouveau conjoint de la mère, même s'il lui aurait permis d'améliorer sa situation financière. Or, le conjoint de la mère ayant un emploi assuré dans leur lieu de résidence actuel, ce déménagement n'était pas justifié par des raisons impérieuses. En outre, comme l'enfant avait une très bonne relation avec son père, un tel éloignement aurait certainement eu un effet négatif sur leur relation.

Même si la plupart des tribunaux dans les décisions subséquentes ont suivi le critère énoncé dans l'arrêt *Carter*<sup>32</sup>, seules la Cour d'appel du Québec<sup>33</sup> et la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard<sup>34</sup> ont effectivement limité la liberté d'établissement du parent gardien. Dans toutes les autres décisions, les tribunaux ont refusé de limiter le droit du parent gardien de déménager avec l'enfant.

Étant donné que certaines décisions judiciaires ont effectivement limité la liberté d'établissement du parent gardien, il devient important de déterminer si la liberté d'établissement incorporée aux articles 6 et 7 de la *Charte* peut faire contrepoids à cette tendance jurisprudentielle.

### III. LA CHARTE ET LA GARDE DES ENFANTS

L'application de la *Charte* au droit de la famille en général et à la garde des enfants en particulier pose un problème depuis son entrée en vigueur.

Les tribunaux judiciaires n'ont pas hésité à appliquer la *Charte* à la garde des enfants lorsque l'État était en cause dans une demande de tutelle et particulièrement lorsque la loi ou l'activité des travailleurs sociaux portaient atteinte à la liberté et à la sécurité des parents. Ainsi, si le parent se voit refuser le droit d'être entendu avant l'émission d'une ordonnance, les tribunaux judiciaires sont prêts à déclarer que les droits garantis par la *Charte* ont été violés<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> (1993), 75 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 1, 99 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 667, 44 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 316 (C.A.) [ci-après *Levesque*].

<sup>31</sup> (1992), 59 O.A.C. 19, 97 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 437, 42 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 349, autorisation de pourvoi refusée, *supra* note 3.

<sup>32</sup> Voir : *Van Goozen c. Van Goozen* (1993), 47 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 1 (C.A. Ont.) ; *M.(B.P.) c. M.(B.L.D.E.)*, *supra* note 31 ; *Levesque*, *supra* note 30 ; *LeBlanc*, *supra* note 29 ; *Droit de la famille – 1826*, *supra* note 2 ; *Scott c. Scott* (1993), 111 Nfld & P.E.I.R. 122, 348 A.P.R. 122, 49 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 405 (P.E.I.S.C.) [ci-après *Scott*].

<sup>33</sup> *Droit de la famille – 1826*, *ibid.*

<sup>34</sup> *Scott*, *supra* note 32.

<sup>35</sup> Voir : *T.(T.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1984), 46 O.R. (2<sup>e</sup>) 347, 39 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 279 et *L.(J.) c. Children's Aid Society of Halifax* (1985), 66 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 333, 152 A.P.R. 333, 44 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 437 (C.A.), cités par J. Rhéaume, *Droits et libertés de la personne et de la famille*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, aux pp. 232-330 [ci-après J. Rhéaume].

Par ailleurs, les tribunaux ont été beaucoup plus réticents à appliquer la *Charte* lorsque la garde d'un enfant était contestée par deux parents<sup>36</sup>. Les auteurs ont toutefois insisté sur l'importance d'appliquer la *Charte* à ces situations afin de ne pas emprisonner le gardien dans un territoire défini par les besoins de l'autre parent, l'empêchant ainsi de refaire sa vie<sup>37</sup>. Les tribunaux judiciaires ont aussi insisté sur ce point même s'ils n'invoquent pas la *Charte* à l'appui. Ainsi, ils estiment :

La société permet le divorce et permet, et encourage même, le remariage des conjoints divorcés. Une fois qu'une deuxième union stable a été établie, les nouveaux époux ou la nouvelle unité familiale doivent pouvoir vivre une vie familiale normale. Dans un pays aussi vaste que le nôtre, qui comporte plusieurs régions économiques, les gens peuvent devoir déménager d'une province à l'autre pour trouver un emploi ou pour progresser dans l'emploi qu'ils occupent.<sup>38</sup>

Ce n'est que récemment que la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur l'applicabilité de la *Charte* en matière de garde d'enfants. Dans les arrêts *Young c. Young*<sup>39</sup> et *P. (D.) c. S. (C.)*<sup>40</sup> dont les décisions ont été rendues simultanément, la mère voulait limiter le droit de visite du père en alléguant que ce dernier, témoin de Jéhovah, tentait d'imposer sa religion à l'enfant lorsqu'il le sortait. Dans chaque cas, le père a riposté que l'ordonnance de la cour lui interdisant d'endoctriner l'enfant contrevenait à sa liberté de religion garantie à l'article 2 de la *Charte*.

#### A. L'applicabilité de la *Charte*

La Cour suprême est loin d'être claire quant à l'applicabilité de la *Charte* aux causes de garde. M. le juge Sopinka<sup>41</sup> est d'accord avec M<sup>me</sup> la juge McLachlin qui « présume que la *Charte* s'applique ». Cette dernière estime toutefois qu'il n'y a pas lieu de décider si la *Charte* s'applique puisqu'elle conclut qu'une ordonnance valide au regard du critère de l'intérêt de l'enfant ne peut violer la *Charte*<sup>42</sup>. M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé obtient quant à elle l'assentiment de MM. les juges La Forest et Gonthier pour affirmer que la *Charte* ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires rendues dans des procédures de garde ou d'accès<sup>43</sup>. MM. les juges Cory et Iacobucci s'abstiennent quant à eux de

<sup>36</sup> Voir : *Keyes c. Gordon* (1985), 67 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 216, 155 A.P.R. 216, 45 R.F.L. (2<sup>e</sup>) 177 (N.S.C.A.) ; *McFarlane c. McFarlane* (1989), W.D.F.L. 1415 (B.R. N.-B.) ; *Qually c. Qually* (1988), [1989] 2 W.W.R. 268, 18 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 69 (C.A. Sask.) ; *Kastning c. Charles* (1987), 54 Alta L.R. (2<sup>e</sup>) 260, 8 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 147 (K.B.) ; *Harden c. Harden* (1987), 54 Sask. R. 155, 6 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 147 (C.A.), cités par J. Rhéaume, *ibid.* aux pp. 295-303.

<sup>37</sup> Voir : B. Hovius, « The Changing Role of the Access Parent » (1993), 10 Can. Fam. L.Q. 123 ; W.G. How et S.E. Mott-Trille, « Re-evaluation of the Rights of Custodial and Access Parents » (1992), 8 Can. Fam. L.Q. 356 ; H. Ninan, « Custody, Access and Parental Mobility Rights » (1989), 4 Can. Fam. L.Q. 95 ; H. Ninan, « Restrictions on Mobility of Children in Custody Cases: an Update » (1991), 12 Advocates' Q. 293 ; J. Payne et E. Overend, « The Co-parental Divorce: Removing the Children from the Jurisdiction » (1984), 15 R.G.D. 645.

<sup>38</sup> *LeBlanc*, *supra* note 29 à la p. 393 (citant *Levesque*, *supra* note 29).

<sup>39</sup> *Supra* note 5.

<sup>40</sup> [1993], 4 R.C.S. 141, 108 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 287, 49 R.F.L. (3<sup>e</sup>) 317.

<sup>41</sup> *Young*, *supra* note 5 à la p. 109.

<sup>42</sup> *Ibid.* à la p. 120.

<sup>43</sup> *Ibid.* aux pp. 89-97.

formuler une opinion sur cette question<sup>44</sup>. Étant donné que les trois juges qui refusent d'appliquer la *Charte* aux cas de garde d'enfants sont dissidents, leur opinion sur la question constitutionnelle risque de ne pas être déterminante. C'est sans doute pour éclaircir ce point que la Cour suprême du Canada a accepté d'entendre l'appel dans l'affaire *Droit de la famille – 1826*<sup>45</sup>.

M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé résume ses motifs pour refuser d'appliquer la *Charte* aux cas de garde d'enfants en ces termes :

[...] la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents dans un contexte familial. La *Charte* ne peut, non plus, viser des ordonnances judiciaires émises afin de résoudre des litiges de nature privée [...]. Nous sommes en présence du pouvoir judiciaire, une branche distincte du gouvernement au sens de l'article 32 de la *Charte*. En conséquence, la *Charte* ne s'appliquera pas ici à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale.<sup>46</sup>

Le raisonnement de M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé peut être contesté sur au moins deux points : les litiges impliquant la garde sont-ils encore des litiges privés ? Et, les ordonnances judiciaires sont-elles à ce point autonomes des normes juridiques établies par l'activité judiciaire qu'il faille les soustraire à la *Charte* ?

Comment M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé peut-elle affirmer que les litiges impliquant la garde sont des litiges privés entre parents après avoir montré que les parents n'ont plus aucun droit sur l'enfant et que toutes les décisions à son égard doivent tenir compte uniquement de son intérêt supérieur ? M<sup>me</sup> la juge précise :

Il ne s'agit pas, en l'occurrence, de « droits », mais bien de devoir et d'obligation dans l'intérêt de l'enfant. [...] On ne saurait trop insister sur le fait que c'est dans l'optique de l'intérêt de l'enfant qu'il convient d'évaluer ces pouvoirs et responsabilités, car les « droits » d'un parent n'entrent pas en ligne de compte.<sup>47</sup>

M<sup>me</sup> la juge montre par ailleurs que le passage de la notion de droit des parents à celle de l'intérêt supérieur de l'enfant comme unique critère d'évaluation est une création à la fois de l'activité judiciaire et législative<sup>48</sup>. Or, M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé admet qu'il est maintenant reconnu que la *Charte* s'applique à l'activité législative :

Comme l'édicté l'article 32, la *Charte* s'applique aux gouvernements et aux législatures. Son objet est d'offrir un moyen de protection contre le pouvoir coercitif de l'État ainsi qu'un mécanisme d'examen aux personnes qui s'estiment injustement accablées ou lésées par les actes du gouvernement. Elle n'est pas censée servir à régler les affaires des particuliers. Ainsi, la présence d'une action étatique, sous forme législative ou autre, est la condition *sine qua non* de toute application de la *Charte*.<sup>49</sup>

Un litige de nature privée met en jeu deux parties, mais quand leurs droits sont presque entièrement contrôlés par la législation, comme dans le cas de l'ordonnance d'un arbitre rendue sous le régime du *Code canadien du travail*, M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé reconnaît que cette situation est à bon droit assujettie à un examen en vertu de la

<sup>44</sup> *Ibid.* à la p. 109.

<sup>45</sup> *Supra* note 2.

<sup>46</sup> *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 40 à la p. 181.

<sup>47</sup> *Young*, *supra* note 5 à la p. 47.

<sup>48</sup> *Ibid.* aux pp. 34-52.

<sup>49</sup> *Ibid.* à la p. 90.

*Charte*<sup>50</sup>. Il n'est pas facile de faire une distinction entre le contrôle législatif exercé sur les droits des parents et celui exercé sur les droits des patrons et des employés. S'il y a lieu de comparer, on peut à juste titre prétendre que le contrôle législatif sur les parents est beaucoup plus envahissant que celui des lois relatives au travail sur les employés. En effet, ces lois n'ont pas enlevé de droits aux travailleurs, mais ont, au contraire, soumis l'employeur à des obligations envers ses employés qui étaient inconnues de la common law. De l'avis même de M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé, les parents ont perdu tout droit sur leurs enfants. Il ne leur reste plus que des devoirs et des obligations dans l'intérêt des enfants.

La logique la plus élémentaire exige que si d'une part, l'État a utilisé son pouvoir coercitif pour enlever aux parents les « droits » qu'il avaient à l'égard de l'enfant, droits qualifiés de fondamentaux par M. le juge Laskin dans l'arrêt *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. Lyttle*<sup>51</sup>, et que d'autre part, cette action étatique prend la forme législative, la *Charte* se présente comme un mécanisme d'examen pour les personnes qui s'estiment lésées par de tels actes.

Par ailleurs, la distinction que fait M<sup>me</sup> la juge entre les décisions d'un arbitre et la décision judiciaire déplace le problème. Affirmer qu'en accueillant le pourvoi, la Cour suprême ne fait que se prononcer sur une décision judiciaire fautive les données du problème. Un tel énoncé aurait pour conséquence d'affirmer que le juge crée le droit lorsqu'il se prononce sur une cause et qu'il ne tient pas compte des normes juridiques législatives et judiciaires établies. Il est reconnu qu'en vertu du principe des précédents en vigueur dans les régimes de common law, les juges doivent appliquer les normes juridiques établies par les tribunaux judiciaires supérieurs. De plus, la Cour suprême continue d'affirmer qu'elle ne se prononce que sur des questions de droit. Si tel est le cas, le juge qui rend sa décision ne doit pas aller à l'encontre des normes législatives et judiciaires. En fait, l'un et l'autre tirent « tous [leurs] pouvoirs de la loi », même si l'arbitre est nommé en vertu d'une disposition législative.

À mon avis, l'analyse de M. le juge Sopinka reconnaît la gravité des atteintes faites aux droits des parents par les différentes lois provinciales et fédérales lorsqu'il écrit :

Un texte général dans une loi qui, par sa portée, est susceptible de conférer le pouvoir de ne pas tenir compte de valeurs protégées par la *Charte* doit être interprété de manière à respecter ces valeurs [...]. Il n'est pas possible de renverser la proposition et de faire en sorte que le critère de l'intérêt dans son interprétation la plus large atténue les droits que confère la *Charte* de façon à permettre cette interprétation.<sup>52</sup>

Paradoxalement, même s'ils refusent d'appliquer la *Charte* à ce type de causes, les trois juges dissidents reconnaissent que les « tribunaux ne sauraient, toutefois, ignorer les valeurs qui sous-tendent la *Charte* dans toutes décisions qu'ils sont appelés à rendre »<sup>53</sup>. Cinq juges sur sept sont d'accord sur ce point. La question qui se pose est celle de savoir comment on peut tenir compte de la *Charte* sans l'appliquer ? S'agirait-il d'une application moins exigeante, ne nécessitant pas l'examen méticuleux de tous les aspects ?

<sup>50</sup> *Ibid.* à la p. 91.

<sup>51</sup> [1973] R.C.S. 568, à la p. 575, 34 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 127, 10 R.F.L. 131.

<sup>52</sup> *Young*, *supra* note 5 à la p. 107.

<sup>53</sup> *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 40 à la p. 181.

### B. Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant

Un autre point sur lequel cinq des sept juges sont d'accord est que même si la *Charte* s'applique, il n'y a pas de violation de la liberté d'expression et de religion lorsque les ordonnances sont émises dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Dans l'arrêt *Young*, même si la majorité ne fait pas une analyse approfondie de l'application de la *Charte*, elle décide néanmoins que la liberté de religion du père doit être garantie, sauf lorsque cette dernière n'est pas dans l'intérêt de l'enfant<sup>54</sup>.

L'intérêt de l'enfant reçoit deux interprétations différentes dans l'arrêt *Young*. L'opinion de la majorité est bien résumée par M. le juge Sopinka selon qui il faut donner

[...] une interprétation du critère de l'intérêt qui permet que le droit ne soit écarté que si son exercice est susceptible d'entraîner des conséquences qui occasionnent plus que des inconvénients, des changements et des perturbations à l'enfant et, indirectement, au parent qui en a la garde.<sup>55</sup>

Pour que ce critère s'applique « il faut démontrer que l'activité contestée exercée par le parent ayant le droit d'accès entraîne un risque important que le bien-être physique, psychologique ou moral de l'enfant subisse un effet néfaste »<sup>56</sup>. Cette analyse est conforme à la manière dont la Cour suprême analyse les causes dans lesquelles la *Charte* s'applique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*<sup>57</sup>, la Cour suprême écrit que les droits énoncés dans la *Charte* sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction<sup>58</sup>.

Les juges dissidents, par la plume de M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé, affirment plutôt que le « [...] critère du préjudice caractérisé ne saurait être le critère déterminant, même s'il s'inscrit à l'intérieur de l'analyse de tous les facteurs constituant le meilleur intérêt de l'enfant [...] »<sup>59</sup>. Selon cette analyse, lorsque le tribunal doit décider du bien-fondé du refus du parent gardien de retirer son droit d'accès à l'autre parent, il faut :

[... appuyer] les décisions du parent chargé de la garde qui assume ses responsabilités [...]. Attribuer le pouvoir décisionnel au parent gardien, c'est reconnaître et refléter la réalité quotidienne de cette tâche. [...] Étant donné les tâches et les obligations

<sup>54</sup> *Young*, *supra* note 5 à la p. 121.

<sup>55</sup> *Ibid.* à la p. 107.

<sup>56</sup> *Ibid.* à la p. 108.

<sup>57</sup> [1986] 1 R.C.S. 103, 14 O.A.C. 335, 26 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 200 [avec renvois aux R.C.S.].

<sup>58</sup> *Ibid.* à la p. 105, le résumé précise que :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable [...], il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que doivent servir les mesures qui apportent une restriction à un droit garanti par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. [...] En deuxième lieu, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité qui comporte trois éléments importants. D'abord, les mesures doivent être équitables et non arbitraires [...]. De plus, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif poursuivi – plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important.

<sup>59</sup> *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 40 à la p. 177.

persistantes du parent gardien, les tribunaux doivent beaucoup hésiter à étendre les droits traditionnels du parent qui n'a pas la garde.<sup>60</sup>

Cette approche se comprend à la lumière du fait que les juges dissidents refusent d'appliquer la *Charte* à l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce qui est plus difficile à saisir, c'est comment ces juges ont pu tenir compte des principes sous-tendant la *Charte* dans l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant. À mon avis, ils n'ont pas montré qu'ils en avaient tenu compte.

#### IV. L'APPLICATION DE LA *CHARTÉ* À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT DU PARENT GARDIEN

Le cadre juridique de l'application de la *Charte* aux questions de garde et de droit de visite a été établi dans l'arrêt *Young*. Il faudra donc suivre le même raisonnement pour l'analyse de la liberté d'établissement du parent gardien. Notre démarche comprend deux volets : l'analyse de l'application de la *Charte* à la liberté d'établissement du parent gardien (les articles 6 et 7 de la *Charte*) et l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant compte tenu des deux critères énoncés dans l'arrêt *Young*.

L'application de la *Charte* au problème de la liberté d'établissement du parent gardien peut donner lieu à des résultats différents, tout comme c'est le cas avec le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant étudié dans la section précédente. Ce résultat dépend de la réponse à cette question : l'interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant énoncé par la majorité dans l'affaire *Young* peut-elle être dissociée de l'application de la *Charte* ?

##### A. *L'application de la Charte à la question de la liberté d'établissement du parent gardien*

Les droits et libertés reconnus par la *Charte* n'ont pas tous reçu la même protection de la part des tribunaux judiciaires. Il est reconnu que les libertés de religion et d'expression sont beaucoup moins bien protégées que certains autres droits, notamment les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cette réalité est principalement dûe au fait que « [...] la liberté de religion est intrinsèquement limitée par un certain nombre de considérations, dont les droits et les libertés d'autrui »<sup>61</sup>. Il en est de même pour la liberté d'expression<sup>62</sup>.

Les juges québécois ont mentionné l'importance de la liberté d'établissement protégée par l'article 6 de la *Charte* dans des décisions opposant le droit d'accès du parent non-gardien à la liberté du parent gardien d'aller vivre sous des cieux qui lui semblent plus cléments. M. le juge Mayrand écrit, dans l'arrêt *Droit de la famille – 7*, que le droit affirme « [...] qu'on ne peut valablement renoncer au droit inaliénable qu'a toute personne d'aller vivre sous des cieux qui lui semblent plus cléments »<sup>63</sup>. Même si la Cour d'appel du Québec n'applique pas la *Charte* dans l'affaire *Droit de la famille – 1826*, elle cite néanmoins avec approbation les propos de M. le juge Mayrand<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> *Young*, *supra* note 5 à la p. 51.

<sup>61</sup> *Ibid.* à la p. 94, M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé.

<sup>62</sup> *Ibid.* aux pp. 97-98.

<sup>63</sup> *Supra* note 7 à la p. 354 (citant l'article 6 de la *Charte*).

<sup>64</sup> *Supra* note 2 à la p. 1734.

Pour reprendre les termes de M. le juge Sopinka, l'application de la *Charte* exige le critère suivant :

[...] ce qui est dans l'intérêt de l'enfant est généralement le critère applicable, mais lorsqu'on l'applique pour restreindre [un droit garanti par la *Charte*], le risque de préjudice grave est non seulement un facteur important, mais il faut aussi démontrer qu'il existe. [...] Il faut démontrer que l'activité contestée exercée par le parent [...] entraîne un risque important que le bien-être physique, psychologique ou moral de l'enfant subisse un effet néfaste.<sup>65</sup>

En matière de liberté d'établissement du parent gardien, il incomberait donc au parent qui veut restreindre ce droit de démontrer qu'il existe un risque important que le bien-être de l'enfant subisse un effet néfaste.

Le fardeau de la preuve dans une cause dans laquelle la *Charte* est invoquée serait donc à l'avantage du parent gardien, alors que dans l'arrêt *Carter*, la Cour d'appel de l'Ontario rejette toute règle attribuant à l'une ou l'autre des parties un fardeau de preuve quant à l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon elle, le juge de fond doit rendre une décision qui s'accorde le mieux avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Si une telle décision ne peut être rendue, le *statu quo* doit être maintenu<sup>66</sup>.

Dans l'arrêt *Young*, en *obiter*, M<sup>me</sup> la juge McLachlin laisse entendre qu'elle ne limiterait pas la liberté d'établissement du parent gardien :

Il [le juge] pourrait aussi conclure qu'il est dans son intérêt qu'il ou elle déménage avec le parent qui en a la garde dans un endroit éloigné, même si cela doit limiter l'accès de l'autre parent. Suivant les circonstances, il se peut donc que l'accès optimal ne soit tout simplement pas dans l'intérêt de l'enfant.<sup>67</sup>

Compte tenu du renversement du fardeau de la preuve lorsque la *Charte* est invoquée, il est prévisible que la cour optera pour le maintien de la liberté d'établissement à moins que l'autre parent ne puisse démontrer que le déménagement risque de causer un préjudice réel à l'enfant.

Si le critère énoncé par M. le juge Sopinka dans l'arrêt *Young* avait été utilisé dans les affaires décidées jusqu'à ce jour, la plupart des décisions pourraient être maintenues, puisqu'en fait la liberté d'établissement a été reconnue dans presque tous les cas. C'est seulement dans quelques arrêts, notamment *Carter c. Brooks*<sup>68</sup>, *Scott c. Scott*<sup>69</sup> et *Droit de la famille – 1826*<sup>70</sup> que les tribunaux judiciaires ont accepté de limiter la liberté d'établissement du parent gardien.

#### B. Le critère du préjudice réel dissocié du contexte de l'application de la *Charte*

Si la Cour accepte d'appliquer le critère du danger de préjudice réel énoncé par la majorité dans l'arrêt *Young*, sans par ailleurs appliquer la *Charte*, dissociant ainsi le

<sup>65</sup> *Young*, *supra* note 5 à la p. 108.

<sup>66</sup> *Carter*, *supra* note 13 aux pp. 329-30 tel qu'interprété par la Cour d'appel du Québec dans *Droit de la famille – 1826*, *supra* note 2 à la p. 1740, J.G. McLeod.

<sup>67</sup> *Young*, *supra* note 5 à la p. 119.

<sup>68</sup> *Supra* note 13.

<sup>69</sup> *Supra* note 32.

<sup>70</sup> *Supra* note 2.

critère de son contexte constitutionnel, la décision pourrait être différente. Ainsi, selon ce critère, le risque de préjudice à l'enfant est un facteur important pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>71</sup>.

Déménager l'enfant et le soustraire aux visites fréquentes de son père pourrait être considéré comme étant susceptible de causer un risque de préjudice à l'enfant et, en conséquence, la Cour pourrait décider de limiter la liberté d'établissement du parent gardien. Une telle décision se rapprocherait davantage de celle rendue dans les arrêts *Carter*<sup>72</sup>, *Droit de la famille – 1826*<sup>73</sup> et *Scott*<sup>74</sup>.

À mon avis, le critère énoncé par la majorité dans l'arrêt *Young* ne devrait pas être dissocié de son contexte constitutionnel, contrairement à ce que semblent avoir fait les juges de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Carter*.

L'introduction du facteur de risque de préjudice réel ne se comprend en effet que dans le cadre d'une évaluation du poids à donner à une norme juridique (l'intérêt de l'enfant, en l'occurrence) face à un droit garanti par la *Charte*. Sortir ce critère de son contexte et en faire un critère général semble contraire à la véritable *ratio decidendi* de l'arrêt *Young*.

Par ailleurs, une telle démarche semble contraire à l'ensemble des décisions subséquentes à l'arrêt *Carter*, lesquelles, nous l'avons montré, utilisent le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant à la façon de M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé.

## V. CONCLUSION

L'étude de la liberté d'établissement du parent gardien face au droit de visite de l'autre parent pose non seulement la question de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais aussi celle de l'application de la *Charte*.

L'application du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait prendre deux formes, selon qu'on utilise le critère incorporant la *Charte* ou celui énoncé par M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Young*.

Est-il nécessaire d'insister sur la similarité du critère utilisé par M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Young* et du critère utilisé dans la majorité des décisions. Tous les jugements accordent au parent gardien une certaine latitude quant aux décisions relatives à l'enfant, dont la décision de changer de lieu de résidence pour des motifs jugés raisonnables.

Si la Cour refuse d'appliquer la *Charte*, compte tenu d'une part, de la similarité du critère utilisé par M<sup>me</sup> la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Young*, et de celui utilisé dans l'arrêt *Carter* et des décisions qui ont suivi, et d'autre part, de la majorité des décisions ? canadiennes sur le sujet qui refusent de limiter le droit du parent gardien, on peut s'attendre à ce que la Cour suprême interprète l'intérêt supérieur de l'enfant de façon à ne pas restreindre la liberté d'établissement du parent gardien.

L'analyse que nous avons faite à la lumière des décisions récentes de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Young* et *P.(D.) c. S.(C.)* nous permet d'affirmer que quel que soit le critère utilisé par la cour, la liberté d'établissement du parent gardien devrait être reconnue. On peut aussi affirmer que l'application de la *Charte* en

---

<sup>71</sup> Voir : *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 40 à la p. 196, M<sup>me</sup> la juge McLachlin.

<sup>72</sup> *Supra* note 13.

<sup>73</sup> *Supra* note 2.

<sup>74</sup> *Supra* note 32.

l'occurrence aurait pour conséquence de placer le fardeau de la preuve du préjudice sur le parent qui veut restreindre la liberté d'établissement, renforçant ainsi la liberté d'établissement du parent gardien.

Il semble hasardeux d'utiliser, hors de son contexte constitutionnel, le critère du danger de préjudice. À notre avis, c'est ce qu'ont fait en pratique les juges de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Carter*. Cette décision a été peu suivie dans les faits, même si les juges en ont retenu les principes. À toutes fins pratiques, cette décision devrait être soit écartée, soit considérée comme un cas d'espèce. L'affaire *Droit de la famille – 1826* devrait aussi être considérée comme un cas d'espèce.

Qu'on nous permette enfin de souligner que les arrêts *Young et P.(D.) c. S.(C.)* viennent confirmer le sentiment qu'ont les parents d'avoir pratiquement perdu tous leurs droits sur leurs enfants, tout en continuant d'être chargés de toutes les responsabilités. Les droits naguère reconnus aux parents, comme les droits de garde et de visite, sont maintenant qualifiés de droits appartenant à l'enfant et non aux parents. Ces décisions semblent avoir mis les derniers clous au cercueil des droits des parents.

