



Revue 2022

Printemps et automne 2022

Tome 80

Vers un droit au logement éclairé par le droit privé ? L'exemple de la sécurité de l'occupation
Pascal FRÉCHETTE

L'application des clauses d'élection de for aux
contrats de cautionnement au Québec
Ari Y. SOREK et Benjamin DIONNE

Enseigner aux non-juristes : De destinataires à
producteurs du droit
Marie-Pier BARIL

Réforme de la *Loi sur la protection de la jeunesse*
de 2022 : de nouvelles balises pour l'intérêt de
l'enfant
Gabriel DESTREMPE ROCHETTE et
Michaël LESSARD

Aspects psychologiques et légaux liés à la garde
d'enfants en bas âge
Marie-Hélène PENNESTRI, Vincent DENAULT,
Marie-Julie BÉLIVEAU, Donia TONG et
Victoria TALWAR

Barreau

du Québec



Le Fonds d'études juridiques du Barreau du Québec a contribué à la réalisation de cette publication

Publication du Barreau du Québec sous la direction du Comité de la Revue du Barreau

M^e Michel Deschamps, Ad. E., président

M^e Pierre Giroux, Ad. E.

M^e Anne-Marie Boisvert (professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal)

M^e Geneviève Saumier (professeure titulaire, Faculté de droit de l'Université McGill)

M^e Pierre Séguin

M^e Sylvie Champagne, secrétaire

avec la collaboration de M^{me} Josianne St-Laurent et M. Emmanuel Joachin, du Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques, Barreau du Québec

Dans les études ou les articles, l'exactitude des citations, des lois, des codes et de toute autre note ou référence relève de la seule responsabilité de l'auteur. Les opinions émises doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'abonnement annuel à la version électronique est gratuit pour les membres du Barreau du Québec qui en font la demande. Le montant de l'abonnement est prélevé à même le Fonds d'études juridiques composé des intérêts des comptes en fidécommis des avocats. L'abonnement annuel à la version papier est de 168 \$. Vous pouvez vous abonner en communiquant avec le service à la clientèle des Éditions Yvon Blais au 1 800 363-3047.

Envoi de Poste-publications

Enregistrement n° 40013642

Pour nous joindre :

Revue du Barreau,

445, boulevard Saint-Laurent

Montréal (Québec) H2Y 3T8

Barreau du Québec

Service des communications

Édition : Éditions Yvon Blais

ISSN-383669-X

Dépôt légal

Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2023

Bibliothèque et Archives Canada, 2023

Imprimé aux États-Unis par Thomson Reuters.



Revue 2022
Printemps et automne 2022
Tome 80

Mat. 43018251

Vers un droit au logement éclairé par le droit privé ?
L'exemple de la sécurité de l'occupation

Pascal FRÉCHETTE1

L'application des clauses d'élection de for aux contrats
de cautionnement au Québec

Ari Y. SOREK et Benjamin DIONNE45

Enseigner aux non-juristes : De destinataires à
producteurs du droit

Marie-Pier BARIL69

Réforme de la *Loi sur la protection de la jeunesse*
de 2022 : de nouvelles balises pour l'intérêt de l'enfant

Gabriel DESTREMPE ROCHETTE et
Michaël LESSARD93

Aspects psychologiques et légaux liés à la garde
d'enfants en bas âge

Marie-Hélène PENNESTRI, Vincent DENAULT,
Marie-Julie BÉLIVEAU, Donia TONG et
Victoria TALWAR145

Liste des mémoires de maîtrise et des thèses de doctorat déposés en 2022-2023	177
Index des auteurs.	191
Index analytique	193
Table de la jurisprudence commentée.	195
Table de la législation commentée	201

Vers un droit au logement éclairé par le droit privé ? L'exemple de la sécurité de l'occupation

Pascal FRÉCHETTE

Résumé

Le droit au logement n'est pas formellement intégré au droit québécois ou canadien au sens d'un droit subjectif pour les individus. Alors que ce droit fondamental est d'abord associé au droit public et à l'intervention directe de l'État, le droit privé peut également contribuer à l'atteinte des objectifs y étant associés. Parmi ceux-ci, la sécurité de l'occupation est déjà l'objet de dispositions législatives importantes en droit québécois. Le droit au maintien dans les lieux, malgré ses faiblesses, assure une stabilité pour les locataires. Il favorise la jouissance ininterrompue du logement et limite les cas d'expulsion. Les règles pourraient toutefois être renforcées afin de s'assurer de la relocalisation du locataire en cas d'expulsion sans faute. De plus, la nature mixte des droits du locataire de logement pourrait être formellement reconnue.

Vers un droit au logement éclairé par le droit privé ? L'exemple de la sécurité de l'occupation

Pascal FRÉCHETTE*

RÉSUMÉ	1
INTRODUCTION	5
I- LE DROIT AU LOGEMENT DU POINT DE VUE PRIVATISTE	8
A- Un survol historique	8
B- L'apport du droit privé	15
II- LA SÉCURITÉ DE L'OCCUPATION	18
A- Le droit au maintien dans les lieux	19
1. La protection contre l'interruption de la jouissance	20
2. Les limites aux cas admis d'expulsion permanente	23
B- Un renforcement partiel : l'obligation de relocalisation	27

* Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, LL. D. (Laval), LL. M. (Montréal), LL. B. (Sherbrooke), avocat. La rédaction de ce texte a été rendue possible grâce à une subvention de recherche de la Fondation du Barreau du Québec.

C-	Une approche globale : l'affirmation d'un droit mixte.....	30
1.	Les rapprochements avec le droit réel.....	31
2.	Le caractère mixte du droit de jouissance...	38
	CONCLUSION.....	43

INTRODUCTION

Au Québec, l'accès à un logement adéquat est cause de préoccupation. Plusieurs facteurs expliquent cette situation, parmi lesquels : un marché immobilier en surchauffe, les conséquences d'une pandémie historique ainsi que les effets d'une période inflationniste. Le locataire, souvent celui qui n'a pas les ressources suffisantes pour accéder à la propriété, doit faire face à des défis grandissants : rareté des logements, hausse des loyers, éviction par le propriétaire. Dans ce contexte, les règles liées à la sécurité et la stabilité du logement devraient être examinées afin de s'assurer que les besoins de la population soient satisfaits.

Le logement locatif dans la province est l'objet de plusieurs dispositions législatives qui visent dans leur ensemble à protéger le locataire dans le cadre d'une relation contractuelle où il serait autrement défavorisé, en raison des intérêts en jeu¹. Ces règles ont été élaborées en plusieurs étapes, parfois à la pièce, au gré de besoins spécifiques et des injustices constatées². Parmi les mesures les plus importantes se trouvent le droit au maintien dans les lieux, le contrôle des loyers et l'interdiction de discrimination³.

Toutes ces mesures de protection ne se déclinent pas formellement à l'aune d'un « droit au logement ». Issu des textes internationaux, le concept a d'abord été élaboré afin de procurer aux populations vulnérables un abri décent. Le droit au logement vise

-
1. Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1996, n° 30 ; Suzanne GUÈVREMONT, « Nature et formation du bail de logement », dans *JurisClasser Québec*, coll. « Droit civil », *Contrats nommés I*, fasc. 26, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, n° 14, à jour au 15 septembre 2015.
 2. *Loi sur les pouvoirs transitoires résultant de circonstances critiques nationales*, S.C. 1945, c. 25 ; *Loi sur le maintien des mesures transitoires*, S.C. 1947, c. 16 ; *Loi concernant la Régie des loyers*, S.Q. 1950-51, c. 20 dont le titre deviendra par la suite *Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, L.R.Q., c. C-50 ; *Loi concernant le louage de choses*, L.Q. 1973, c. 74 ; *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres conditions législatives*, L.Q. 1979, c. 48. Leur substance a été reprise au *Code civil du Québec* : P.-G. JOBIN, préc., note 1, n° 1-5.
 3. En lien avec le droit au maintien dans les lieux et le contrôle du loyer : articles 1936 et 1950 C.c.Q. À propos de l'interdiction de discrimination : article 1899 C.c.Q. et voir *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 10, 12.

ainsi le droit de disposer d'un « lieu où l'on puisse vivre en sécurité, dans la paix et dans la dignité »⁴. À partir d'objectifs généraux liés à cette préoccupation, les États devraient graduellement mettre en marche des mécanismes législatifs et administratifs qui, idéalement, permettraient à toute la population de se loger décentement.

L'accès à un logement adéquat et abordable correspond de toute évidence à un besoin essentiel. Fréquemment identifié dans la littérature comme un droit fondamental⁵, le droit au logement n'est pas pour autant enchâssé dans les lois québécoises ou canadiennes dans le but de créer des droits individuels⁶. En 2018, une représentante onusienne réprimandait le gouvernement canadien à cet égard⁷. Comme nous le verrons, les États sont souvent réfractaires à prendre des engagements fermes à l'intérieur même de leur système juridique, que ce soit pour des motifs de souveraineté nationale ou d'opportunisme politique.

Intuitivement, l'étude du droit au logement mène au droit public et à l'étude des relations de l'État avec les citoyens. Ce droit est alors analysé dans l'optique d'un devoir d'intervention directe de l'État : logements sociaux, programmes d'assistance, règles d'urbanisme, etc. Le concept est alors pratiquement réduit aux conséquences des choix politiques et financiers de chaque gouvernement. Le droit privé, lequel s'intéresse aux règles applicables « aux rapports des particuliers entre eux »⁸, ne saurait toutefois être exclu de ce domaine d'étude. Ainsi, l'État doit aussi se préoccuper des relations entre les justiciables afin de maximiser l'accès au logement. Il impose par exemple une forme de contrôle des loyers,

4. COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Observation générale n° 4 : Le droit à un logement suffisant (article 11, paragraphe 1, du PIDESC)*, Doc. N.U. E/1992/23 (13 décembre 1991) [*Observation générale n° 4*].

5. Christophe ALBIGES, « Le droit au logement », dans Rémy CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux – Maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 963, à la p. 965.

6. Jacques L'HEUREUX, « L'accès au logement au Québec et au Canada », dans *Le droit au logement (Journées mexicaines), Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXXIII, Paris, Economica, 1984, p. 63. Voir toutefois la section IA de ce texte à propos d'une loi fédérale : *Loi sur la stratégie nationale sur le logement*, L.C. 2019, c. 29.

7. LA PRESSE CANADIENNE, « Logement : l'ONU critique la volte-face d'Ottawa », *Le Devoir*, 26 juin 2018, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/politique/canada/531125/logement-l-onu-critique-la-volte-face-d-ottawa>> (consulté le 14 juin 2023).

8. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2022, p. 1211, v° « privé (Droit) » (EPUB).

un droit au maintien dans les lieux, l'interdiction de discriminer pour certains motifs, etc. Il est ainsi possible d'étudier l'évolution vers le droit au logement à travers le prisme des relations privées et des règles nécessaires afin d'atteindre ou d'approcher les objectifs pertinents. Il s'agit de notre hypothèse de départ.

En raison de la compétence provinciale en matière de droit civil⁹, le droit québécois peut être étudié en conséquence. Ainsi, bien que non formellement intégré au droit positif, le principe d'un « droit au logement » n'y est pas complètement étranger. Il est en effet possible de voir dans les différentes dispositions législatives une volonté d'assurer un logement décent aux justiciables qui dépasse la seule régulation d'un échange économique, et ce, à l'exclusion d'une intervention plus directe de l'État.

En 2019, la rapporteuse spéciale de l'O.N.U. sur le logement écrivait que « [l]a plupart des États n'ont pas mis en œuvre de stratégie efficace afin de réaliser le droit au logement »¹⁰. Nous voulons éclaircir les principes en jeu et identifier les mécanismes de droit privé susceptibles de participer à cette mise en œuvre. À cet égard, bien qu'il existe plusieurs types de logements, les propos qui suivent s'attardent à la location immobilière aux fins d'habitation. Par exemple, nous ne discutons pas ici de l'accès au logement décent par la propriété. En effet, être propriétaire d'une habitation ne signifie pas nécessairement détenir un logement décent. L'apport du droit privé en la matière nécessiterait toutefois une réflexion distincte¹¹, compte tenu du fait qu'un propriétaire et un locataire ne disposent pas de prérogatives identiques face à un bien.

Afin d'étudier la contribution du droit privé à un « droit au logement », il faudra d'abord clarifier les concepts et identifier les

9. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.), art. 92 (13).

10. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Lignes directrices relatives à la réalisation du droit à un logement convenable : Rapport de la Rapporteuse spéciale sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard*, Doc. N.U. A/HRC/43/43 (26 décembre 2019), par. 27.

11. Le lien entre le droit de propriété et la liberté protégée par le droit public continue par ailleurs à être étudié en droit civil ; voir par exemple : Laurence GAY, « Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté (première partie) », (2003) 54-2 *Revue française de droit constitutionnel* 309, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2003-2-page-309.htm>> (consulté le 31 mars 2023).

idéaux y étant associés (I). Nous pourrions ensuite utiliser l'un de ces idéaux, la sécurité de l'occupation (II), afin de vérifier concrètement l'apport du droit privé et envisager certaines avenues de réflexion. À cet égard, nous traiterons de la vulnérabilité du locataire face aux expulsions permises dans la loi, laquelle remet en cause la stabilité de l'occupation. Il sera également question de la qualification des droits du locataire qui risque d'affecter leur interprétation. Le droit personnel associé au louage nuit en effet à la conservation du logement. Ces propos ne manqueront pas de faire ressortir les lacunes du droit québécois dans la longue marche vers une reconnaissance significative d'un droit fondamental trop longtemps négligé.

I- LE DROIT AU LOGEMENT DU POINT DE VUE PRIVATISTE

Nous le disions, il ne fait aucun doute que le droit au logement est d'abord associé aux obligations positives de l'État d'assurer un logement décent à ses citoyens. Un survol historique du recours à ce concept en droit international ainsi qu'en droit québécois permettra d'abord de nuancer cette affirmation (A). Nous pourrions ensuite nous interroger sur la place exacte du droit privé dans l'élaboration du droit au logement (B).

A- Un survol historique

Le droit au logement s'est principalement affirmé sur le plan international, sous l'égide des différents organismes associés à l'Organisation des Nations Unies (« ONU »). Ainsi, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* indique dès 1948 que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour [...] le logement »¹². Bien que le texte mentionne d'abord le droit à un niveau de vie suffisant, le logement est tout de même formellement associé à ce droit fondamental. L'accès au logement est ensuite repris au tournant des années 1960 dans certains textes relatifs

12. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. N.U. A/RES/217(III) (10 décembre 1948), art. 25.

aux droits des enfants¹³ et des travailleurs¹⁴. Il est aussi présent dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹⁵. Dans l'ensemble de ces textes, il est question des politiques sociales des États et des objectifs qu'ils désirent atteindre.

Les engagements des « États parties » deviennent plus clairs en 1966 alors que le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁶ (« PIDESC ») est adopté à New York¹⁷. L'article 11 (1) prévoit « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourri-

-
13. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration des droits de l'enfant*, Doc. N.U. A/RES/1386(XIV) (20 novembre 1959), principe n° 4 : « L'enfant a droit à une alimentation, à un logement, à des loisirs et à des soins médicaux adéquats ».
 14. CONSEIL D'ADMINISTRATION DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Recommandation N° 115 de 1961 concernant le logement des travailleurs*, Genève, Doc. Off. 45^e session (28 juin 1961), art. 2 : « La politique nationale [du logement] devrait viser à stimuler, dans le cadre de la politique générale en matière de logement, la construction de logements et d'installations collectives connexes, afin que tous les travailleurs et leur famille puissent disposer d'un logement adéquat et convenable et d'un milieu d'habitat approprié. Un certain degré de priorité devrait être accordé aux personnes dont les besoins sont les plus urgents. »
 15. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Doc. N.U. A/RES/2106A(XX) (21 décembre 1965) art. 5 (e) (III) : « les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance [...] du droit au logement ».
 16. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Doc. N.U. A/RES/2200A(XXI) (16 décembre 1966) [PIDESC].
 17. Après 1966, d'autres textes internationaux abordent le droit au logement de manière plus limitée, notamment : ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Doc. N.U. A/RES/2200A(XXI) (16 décembre 1966), art. 6, 7 et 17 ; ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social*, Doc. U.N. A/RES/2542(XXIV) (11 décembre 1969), art. 10 f) ; *Rapport d'Habitat I : Conférence des Nations Unies sur les établissements humains, Vancouver (Canada)*, Doc. N.U. A/CONF.70/15 (1976), section III (8) ; ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc. N.U. A/RES/34/180 (18 décembre 1979), art. 14 (2) (h) ; ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration sur le droit au développement*, Doc. U.N. A/RES/41/128 (4 décembre 1986), art. 8.1 ; ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Stratégie mondiale du logement jusqu'à l'an 2000*, Doc. N.U. A/RES/42/191 (11 décembre 1987) ; *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement* (CNUED), Rio de Janeiro (Brésil), Doc. N.U. A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) (1992), action 21, chapitre 7, p. 73 et s.

ture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'une amélioration constante de ses conditions d'existence ». Le Canada et le Québec ont adhéré au PIDESC en 1976¹⁸.

En 1991, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU publie l'*Observation générale n° 4*¹⁹ qui se penche sur l'interprétation à faire du PIDESC en matière de logement. Il identifie sept aspects qui devraient être considérés afin de déterminer si les impératifs du droit au logement sont respectés : 1- la sécurité légale de l'occupation, 2- l'existence de services, matériaux, équipements et infrastructures, 3- la capacité de paiement, 4- l'habitabilité, 5- la facilité d'accès, 6- l'emplacement, 7- le respect du milieu culturel. Nous reviendrons à la section suivante sur le contenu de l'*Observation générale n° 4* qui permet de lier les dynamiques du droit public et du droit privé.

En 2016, le même Comité réagissait à un rapport périodique du gouvernement du Canada, tel que requis au PIDESC. Le Comité s'inquiète notamment du nombre élevé d'expulsions ayant lieu au Canada et de l'absence d'une stratégie nationale sur le logement. Il recommande finalement, à la lumière des exigences formulées initialement dans l'*Observation générale n° 4* :

- a) D'accroître progressivement les ressources fédérales et provinciales allouées au logement, et de renforcer l'élément du logement dans les prestations d'assistance sociale afin qu'elles soient adaptées au coût de la vie ;
- b) De prendre des mesures efficaces pour accroître considérablement le nombre de logements sociaux abordables disponibles ;
- c) De réglementer les conditions de location pour que les locataires puissent exercer leur droit à un logement convenable à un prix abordable et ne soient pas vulnérables aux expulsions forcées et au sans-abrisme ;

18. Le Québec a ratifié de façon unilatérale le PIDESC par arrêté en conseil. Toutefois, l'effet d'un tel geste demeure controversé en droit international, lorsque posé par une province dans un État fédéral. Voir l'arrêté, en ligne : <http://www.mrif.gouv.qc.ca/document/spdi/fonddoc/FDOC_arret_1824_AC_1438-76.pdf> (consulté le 14 juin 2023).

19. *Observation générale n° 4*, préc., note 4.

d) De veiller à ce que sa législation sur les expulsions soit compatible avec les normes internationales, particulièrement en ce qui concerne l'obligation de faire en sorte que personne ne se retrouve sans logement ou victime d'autres violations des droits de l'homme dues aux expulsions, et que les victimes d'expulsions soient dûment indemnisées ou bénéficient d'une solution de relogement.²⁰ (Nous soulignons)

Il convient de remarquer que les recommandations exprimées sont principalement liées au caractère abordable du logement et aux conséquences de l'expulsion forcée. Dans le contexte du louage, il est évident que le droit au logement serait bien illusoire si le locataire pouvait être obligé de quitter son logement sans indemnité obligatoire et sans nouvel endroit où aller pour y vivre.

Le Canada a ratifié le PIDESC dans les années 1970 sans que les lois fédérales ne soient modifiées en matière de logement, et ce, jusqu'en 2019. Le Parlement fédéral a alors adopté la *Loi sur la stratégie nationale sur le logement* (« *Loi sur la SNL* »)²¹. Cette loi « favorisera la mise en œuvre progressive du droit à un logement convenable »²² tel que prévu au PIDESC. L'article 4 a) et b) de la *Loi sur la SNL* mentionne :

4. Le gouvernement fédéral a pour politique en matière de logement :

a) de reconnaître que le droit à un logement suffisant est un droit fondamental de la personne confirmé par le droit international ;

b) de reconnaître que le logement revêt un caractère essentiel pour la dignité inhérente à la personne humaine et pour son bien-être, ainsi que pour l'établissement de collectivités viables et ouvertes ; [...].²³

Ainsi, la législation fédérale reconnaît bel et bien le droit à la dignité inhérente associée au logement et au bien-être de la per-

20. COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Canada*, Doc. N.U. E/C.12/CAN/CO/6 (23 mars 2016), art. 40.

21. *Loi sur la stratégie nationale sur le logement*, L.C. 2019, c. 29, art. 313.

22. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Stratégie nationale sur le logement : un chez-soi d'abord*, en ligne : <<https://assets.cmhc-schl.gc.ca/sf/project/placetocallhome/pdfs/canada-national-housing-strategy-fr.pdf?rev=bd50c6b6-8cb1-4820-9bfe-b54c7bcf40d1>> (consulté le 14 juin 2023).

23. *Loi sur la stratégie nationale sur le logement*, préc., note 21, art. 313.

sonne qui en découle. Toutefois, bien qu'elle reconnaisse le droit au logement, la loi ne crée pas un droit individuel applicable pour l'accès au logement²⁴. En fait, la loi annonce un plan gouvernemental qui comprend la création d'un Conseil national du logement et d'un poste de défenseur du logement qui ont tous deux des pouvoirs de cueillette d'information et de surveillance. Sans pouvoir normatif, ces organismes spécialisés veilleront plutôt à conseiller le gouvernement canadien. Ainsi, la loi reconnaît l'existence d'un droit collectif plutôt que d'un droit individuel légalement applicable²⁵, mais elle n'y apporte aucun contenu prescriptif. Il s'agit au final d'un cadre dans lequel le pouvoir fédéral annoncera des programmes et des mesures ponctuelles afin d'améliorer l'accès au logement.

La substance du droit au logement est donc toujours absente de la législation fédérale canadienne. Craintifs à l'idée de se voir imposer quelque obligation à ce titre, plusieurs États refusent de reconnaître formellement un tel droit. Il est vrai que le droit au logement est généralement associé à un « droit-créance »²⁶ qui nécessiterait une intervention concrète de l'État afin d'assurer un logement adéquat à tous. Les gouvernements hésitent donc à s'exposer aux récriminations directes des justiciables. Cette catégorie de « droit-créance » se distingue du « droit-liberté » se rapportant aux droits civils et politiques proclamés notamment dans les textes de nature constitutionnelle. La *Loi sur la SNL* cadre mal avec le « droit-créance », puisqu'elle affirme le droit fondamental au logement, sans conférer de droits subjectifs. Elle semble se rapprocher davantage du « droit-liberté » en ce qu'elle pose le principe d'un droit applicable à la collectivité. Toutefois, rien n'indique pour le moment que les principes de cette loi seront utilisés, à l'instar des

24. ASSOCIATION CANADIENNE D'HABITATION ET DE RÉNOVATION URBAINE, « Maintenant que le droit au logement a force de loi au Canada, que fait-on ? », 2019, en ligne : <https://chra-achru.ca/fr/blog_article/maintenant-que-le-droit-au-logement-a-force-de-loi-au-canada-que-fait-on-%E2%80%89/> (consulté le 1^{er} juin 2023). Voir aussi : Christine VÉZINA et Margaux GAY, « Présentation : Culture juridique des droits de la personne et justiciabilité des droits sociaux : nouvelles perspectives », (2020) 61 *C. de D.* 277, p. 278.

25. ASSOCIATION CANADIENNE D'HABITATION ET DE RÉNOVATION URBAINE, « Maintenant que le droit au logement a force de loi au Canada, que fait-on ? », préc., note 24.

26. F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », dans G. KOUBI *et al.*, *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, 1996, p. 169.

normes de nature constitutionnelle, pour fonder d'autres textes fédéraux ou en éclairer l'application.

Le droit au logement n'est pas intégré plus formellement au droit interne québécois et ne peut donc pas influencer sur l'interprétation des règles de droit privé existantes. Le Tribunal administratif du logement a eu l'occasion de le souligner. Par exemple, dans l'affaire *Pépin c. Hicks*²⁷, les locataires demandaient au Tribunal de refuser la reprise de leur logement en raison de la pénurie sévissant à Montréal. Les locataires ont alors argumenté qu'ils craignaient de se retrouver sans logement lors de la fin de leur bail. Bien que sensible à l'argument, le Tribunal conclut :

Le Tribunal n'est pas indifférent aux inquiétudes soulevées par les locataires.

De plus, la question du droit au logement est un enjeu social important.

Par ailleurs, contrairement à la conversion en copropriété divise, le législateur n'a décrété aucun moratoire en matière de reprise de possession, malgré la rareté de logement. [...]

Cela dit, une fois [que] ces conditions [en lien avec la reprise de logement sont] remplies, le Tribunal ne peut tenir compte, dans sa décision d'accepter ou non la reprise, de considérations qui sont personnelles aux locataires et qui ne sont pas prévues par la loi, pas plus qu'il ne peut tenir compte du contexte social au moment où s'exerce la reprise.

Ce moyen de défense est donc rejeté.²⁸

Quelques décisions de tribunaux spécialisés ou de première instance renvoient bien au droit au logement, principalement dans un contexte de discrimination²⁹. Toutefois, aucune construction

27. *Pépin c. Hicks*, 2020 QCRDL 11187.

28. *Id.*, par. 47-52.

29. *Pywowarczuk c. Joseph*, B.E. 97BE-43, [1997] J.L. 92 (C.Q.), p. 3 du jugement intégral (PDF) : « Affirmer qu'une personne prestataire d'aide sociale recevant environ 500 \$ de prestation ne peut se payer un logement à 330 \$ par mois vient pratiquement à lui dénier le droit au logement. » Voir aussi : *Commission des droits de la personne du Québec (Gilbert) c. Ianiro*, [1996] AZ-50010591 (T.D.P.Q.), p. 4 du jugement intégral (PDF) (« droit à un logement adéquat ») ; *Commission*

jurisprudentielle ne peut être observée autour du concept, outre quelques références accessoires aux textes internationaux dans le but d'affirmer le bien-fondé des règles de droit positif existantes³⁰.

Dans les autres provinces canadiennes, certains auteurs ont fait un constat semblable en reconnaissant que les tribunaux s'inspirent parfois du droit international, mais sans élaborer les attributs d'un droit au logement en droit interne qui ne le reconnaît pas³¹.

Dans ce contexte, la mise en œuvre de ce droit semble laissée au bon vouloir et à la volonté d'intervention directe de l'État, ce qui relève en principe du droit public. Il faut toutefois recon-

des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Gagnon) c. Quévillon, J.E. 99-909, [1999] J.L. 193 (T.D.P.Q.), par. 16 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dufresne) c. Poirier*, J.E. 2004-1016 (T.D.P.Q.), par. 46 (« besoin essentiel ») ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Braflan) c. Gazaille*, 2007 QCTDP 4, par. 35 : « [...] tant sur le plan international que national, le droit au logement est un aspect essentiel du droit à un niveau de vie suffisant » ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Fortier) c. Blanchette*, 2014 QCTDP 9, J.E. 2014-1570, par. 70 : « Le droit au logement est un droit fondamental de la personne, reconnu tant par le droit interne que par le droit international » ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Pheneus et al.) c. Fornella*, 2018 QCTDP 3, par. 30 : « Le droit au logement est donc au cœur de la reconnaissance de la dignité de toute personne garantie par l'article 4 de la Charte » ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Pellerin) c. A. Viglione & Frère inc.*, 2018 QCTDP 20, par. 31 : « Le droit au logement est un droit social visant à combler un besoin fondamental reconnu sur le plan international, notamment par son intégration au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui énonce spécifiquement le droit de toute personne à un logement suffisant » ; *Taoussi c. Taranovskaya Tsarevsky*, 2020 QCTDP 7, par. 38 : « Or, le Tribunal a rappelé dans plusieurs décisions qu'un logement est un bien ou un service de nature spéciale en ce qu'il réfère à un besoin vital et que chacune des composantes du droit au logement doit s'exercer de manière non discriminatoire. »

30. Il a toutefois été constaté que le besoin fondamental d'un logement influence la doctrine de l'accommodement raisonnable dans les relations locateurs/locataire : *Desroches c. Commission des droits de la personne*, J.E. 97-1062, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.), p. 43-44 du jugement intégral (PDF) : « [...] I find that the following factors are pertinent in applying the "reasonable accommodation" test in the context of landlord/tenant disputes: first, housing, even more than employment, represents a basic need of every individual in our society; second, one's choice in housing, apart from corresponding to one's means, is highly personalized [...] ». Par contre, les attributs d'un droit au logement ne sont pas discutés.
31. Scott MCALPINE, « More than Wishful Thinking: Recent Developments in Recognizing the Right to Housing under S 7 of the Charter », (2017) 38 *Windsor Review of legal and Social Issues* 1, p. 18 ; Susan HAMIL, « Caught between Deference and Indifference: The Right to Housing in Canada », (2018) 7 *Canadian Journal of Human Rights* 67, p. 90.

naître que le droit privé, qui régit les relations entre les citoyens à l'exclusion de l'État, peut faire partie des outils permettant d'atteindre le but visé.

B- L'apport du droit privé

La compréhension du concept de droit au logement est évidemment importante puisqu'elle est susceptible de fonder les objectifs qui l'animent. La notion peut être comprise de diverses manières et est susceptible d'acceptions différentes³². Il a été suggéré que ce droit peut être vu comme la « manifestation d'une politique sociale » ou comme un « générateur de prérogatives individuelles »³³. L'apport du droit privé devrait être appréhendé dans ces deux sens, bien que le second soit de plus grande importance pour nos fins.

En effet, le droit au logement comme « manifestation d'une politique sociale » renvoie à une intervention étatique directe. Un gouvernement conçoit et met en œuvre une série de mesures afin d'assurer un logement adéquat au plus grand nombre. Avec la *Loi sur la SNL*, le gouvernement fédéral a annoncé en 2019 un plan³⁴ de 40 milliards de dollars sur 10 ans comprenant plusieurs cibles dont, concrètement, une réduction de l'itinérance chronique de 50 %, l'élimination des besoins en matière de logement de jusqu'à 530 000 ménages ainsi que le désir de bâtir jusqu'à 100 000 logements neufs et d'en réparer ou renouveler 300 000 autres. Ce plan montre évidemment comment l'État intervient directement sur le logement accessible.

Sinon, le droit au logement comme « générateur de prérogatives individuelles » s'attarde aux droits octroyés aux justiciables, en l'occurrence, les locataires. Évidemment, s'il s'agit de prérogatives pouvant être exercées contre l'État, le droit public est en

32. H. PAULIAT, « Droit au logement », dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et al.* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 664.

33. C. ALBIGES, « Le droit au logement », préc., note 5. Au Canada, le droit au logement serait presque exclusivement vu comme l'application facultative d'une politique étatique : voir S. HAMIL, préc., note 31, p. 72.

34. *Stratégie nationale sur le logement : un chez-soi d'abord*, préc., note 22. Parmi les autres mesures, une allocation canadienne pour le logement garantira que la Loi accorde une priorité aux Canadiens les plus vulnérables, notamment les femmes et enfants fuyant des situations de violence familiale, les Autochtones, les aînés, les personnes handicapées, les personnes aux prises avec des problèmes de santé mentale et de toxicomanie, les anciens combattants et les jeunes adultes.

cause. Toutefois, les droits et recours applicables entre justiciables renvoient au droit privé. Autrement dit, les politiques de logement social peuvent être menées par le truchement de la loi sur le bail qui détermine les droits et obligations du locateur et du locataire. Sur le terrain du droit privé, l'enjeu consiste à trouver l'équilibre entre les règles impératives protégeant les locataires et le droit de propriété du locateur³⁵.

Cet équilibre est difficile à établir étant donné la nature divergente des droits des parties. La location n'est pas le moyen le plus sûr ou le plus stable de se loger. Selon le droit positif, c'est le locateur qui permet au locataire d'avoir la jouissance du bien loué (art. 1854 C.c.Q.). Bien qu'il y ait une contrepartie monétaire, la règle laisse entendre que le mérite revient au locateur qui, généreusement, permet à autrui d'occuper son immeuble. Le locataire se trouve donc à subvenir à un besoin essentiel, celui de se loger, suivant la bonne volonté d'une autre personne qui, en principe, pourrait disposer de son bien comme elle le veut. Nous verrons évidemment que les prérogatives du propriétaire sont limitées de façon importante dans le cas du logement. Toutefois, le principe fondamental demeure. Le locataire n'est pas chez lui et il est tributaire de l'accès que le locateur consent à lui offrir.

Reste que le droit privé est une manière pour l'État de favoriser l'atteinte des idéaux associés au droit au logement. Pour définir cet apport, il faut se pencher sur les attributs de ce droit. L'*Observation générale n° 4* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels³⁶ en identifie quatre qu'il est possible d'associer plus directement³⁷ aux règles de droit privé, à savoir :

35. Celia MARTINEZ-ESCRIBANO, « Tenancy and Right to Housing: Private Law and Social Policies », (2015) 23-5 *European Review of Private Law* 777. Voir aussi Vincent CALAIS, « Le droit au logement opposable », (2007) 3 *La revue Lacanienne* 101.

36. *Observation générale n° 4*, préc., note 4. Voir aussi Maroine BENDAOU, « Le droit au logement tel que vu par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : sa mise en œuvre québécoise est-elle conforme ? », (2010) 23-2 *R.Q.D.I.* 51, p. 59-60.

37. D'autres aspects sont plus difficilement rattachables au droit privé : l'emplacement (notamment l'éloignement des sources de pollution et la proximité de ressources liées à l'éducation ou l'emploi) et le respect du milieu culturel (protection contre une modernisation excessive qui exclurait les traditions).

- 1) la sécurité de l'occupation, susceptible de renvoyer aux mécanismes de maintien dans les lieux et de continuité de l'habitation. En effet, il ne suffit pas de trouver un logement décent, il faut ensuite pouvoir y demeurer sans être exposé aux expulsions arbitraires ;
- 2) la capacité de paiement pour tous, qui renvoie notamment aux mesures de contrôle des loyers et à celles qui favorisent les loyers abordables. Il s'agit alors en droit privé de trouver un juste équilibre entre la capacité de payer du locataire et le droit du locateur de rentabiliser son bien. Cet équilibre doit viser à favoriser l'accès au logement pour les clientèles les plus vulnérables ;
- 3) l'habitabilité du logement, y compris les mesures pour assurer la salubrité, la fonctionnalité et la sécurité des lieux³⁸. Cet aspect soulève la grande difficulté à obliger le locateur à respecter ses obligations en matière de sécurité et de salubrité, particulièrement en milieu défavorisé ou face à des groupes vulnérables (immigrants, travailleurs étrangers, personnes âgées) ; et
- 4) la facilité d'accès au logement, dont feraient partie les mesures visant à empêcher la discrimination et favoriser l'accès au plus grand nombre, y compris les personnes de milieux défavorisés ou marginalisés.

Dans les pages qui suivent, nous voulons démontrer comment les règles de droit privé peuvent être analysées en fonction de ses attributs. Cette étude suggère également certains moyens de renforcer les règles de droit privé. Une analyse des règles québécoises liées à l'ensemble de ses attributs dépasserait toutefois le cadre d'un seul article. C'est pourquoi nous choisissons d'analyser le premier de ses attributs en guise d'exemple. Nous verrons ainsi que l'étude de la sécurité de l'occupation permet de reconsidérer les règles de droit privé de différentes manières.

38. L'*Observation générale n° 4* identifie un autre attribut du droit au logement qui peut être rapproché de l'habitabilité et la salubrité : l'existence de services, matériels, équipements et infrastructures (notamment l'accès à l'eau, l'énergie et les installations sanitaires) : *Observation générale n° 4*, préc., note 4.

II- LA SÉCURITÉ DE L'OCCUPATION

La précarité de l'occupation renvoie à des inquiétudes bien réelles. Un droit au logement serait miné si le locataire se voyait privé trop facilement du logement qu'il occupe déjà. Toute personne devrait idéalement pouvoir continuer d'habiter un endroit qui répond à ses besoins.

L'Observation générale n° 4 du PIDESC prévoit ce qui suit :

a) La sécurité légale de l'occupation. Il existe diverses formes d'occupation – la location (par le secteur public ou privé), la copropriété, le bail, la propriété, l'hébergement d'urgence et l'occupation précaire, qu'il s'agisse de terres ou de locaux. Quel que soit le régime d'occupation, chaque personne a droit à un certain degré de sécurité qui garantit la protection légale contre l'expulsion, le harcèlement ou autres menaces. Les États parties doivent par conséquent prendre immédiatement des mesures en vue d'assurer la sécurité légale de l'occupation aux individus et aux familles qui ne bénéficient pas encore de cette protection, en procédant à de véritables consultations avec les personnes et les groupes concernés [...].³⁹

Ainsi, les différents modes d'occupation sont nécessairement mis en cause s'il faut réfléchir à la stabilité du logement. Force est de constater que la propriété et le louage mènent à des mesures de protection de l'occupation bien différentes. Être maître chez soi suppose que l'on peut continuer d'habiter sa propriété tant qu'on le désire. Les attributs du droit de propriété (*usus, fructus, abusus*)⁴⁰ permettent de vérifier ce constat. Ils emportent une maîtrise du bien et assurent au propriétaire l'indéniable stabilité qui en fait son attrait. Il en va de même pour les caractéristiques traditionnellement associées au droit de propriété⁴¹. Ainsi, l'exclusivité du droit de propriété assure notamment l'absence d'intervention des tiers. Puis, l'aspect perpétuel de la propriété garantit que les interruptions de l'utilisation d'un bien n'en font pas perdre la jouissance. Finalement, le caractère « absolu » du droit de propriété⁴² renforce

39. *Observation générale n° 4*, préc., note 4.

40. Voir la section II.C de ce texte pour une discussion plus détaillée sur les attributs du droit de propriété et les rapprochements possibles avec les droits du locataire.

41. Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 111-114.

42. Les commentaires du ministre de la Justice sous l'article 947 C.c.Q. rappelaient « la plénitude de ce droit dans son principe » : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU

le contrôle du propriétaire sur son bien. Nul ne peut en principe troubler le droit de propriété sans le consentement du premier intéressé. Il s'agit certainement de l'une des raisons expliquant que ce droit soit considéré comme le meilleur moyen de s'assurer un logement adéquat.

L'occupation issue de la location est nécessairement beaucoup plus fragile en raison du seul droit personnel octroyé au locataire. Ce dernier ne contrôle pas son logement comme le propriétaire. Au contraire, la loi doit intervenir pour que le locateur soit empêché d'user de son droit de propriété de manière à priver injustement le locataire de la jouissance de son logement. Il convient donc de se pencher ici sur le droit au maintien dans les lieux qui caractérise la sécurité nécessaire au locataire (A). Nous verrons que le renforcement de la sécurité du locataire passe par une reconsidération de ses droits, que ce soit de manière partielle (B) ou plus globale (C).

A- Le droit au maintien dans les lieux

Le droit québécois permet au locataire d'occuper son logement tant qu'il respecte ses obligations ou aussi longtemps qu'une situation exceptionnelle justifie de mettre fin au bail (art. 1936 C.c.Q.)⁴³. Le locateur est tenu de respecter une série d'obligations qui favorisent la stabilité de l'habitation pour le locataire. Ces règles sont d'ordre public de protection⁴⁴ et le locataire ne peut y renoncer à l'avance dans un contrat⁴⁵. Ainsi, il ne peut renoncer à son droit au maintien dans les lieux lors de la signature du bail,

QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, tome I, Québec, Publications du Québec, 1993. Il est toutefois établi que le droit de propriété a ses limites législatives ou contractuelles : S. NORMAND, préc., note 41, p. 99 ; Yaëll EMERICH, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 169-170.

43. L'éviction est l'exception : voir par exemple *Gestion RPR inc. c. Desmarais-Hubert*, 2014 QCCQ 12196, par. 57.

44. Art. 1893 C.c.Q. Par opposition à l'ordre public de direction face auquel aucune renonciation n'est possible : Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 107-108. Certaines dispositions du Code traitant du logement impropre à l'habitation sont considérées comme étant d'ordre public de direction, compte tenu notamment du pouvoir du tribunal d'intervenir d'office (art. 1913 à 1917 C.c.Q.).

45. La jurisprudence est constante à cet égard depuis : *Compagnie Trust Royal c. Garcia Transport ltée*, [1992] 2 R.C.S. 499.

c'est-à-dire accepter à l'avance de quitter son logement plus tard⁴⁶. Il ne peut accepter volontairement de quitter le logement qu'en cours de bail, une fois que son droit au maintien du bail produit ses effets. Il s'agit de s'assurer que la personne protégée par l'ordre public renonce à cette protection en toute connaissance de cause.

Ce droit au maintien dans les lieux fait partie des mesures phares en droit du logement⁴⁷ et se décline de diverses manières au sein des règles québécoises⁴⁸. Il s'agit alors essentiellement d'empêcher l'interruption de la jouissance du bien loué par le locataire (1) ou de limiter les cas prévus d'expulsion (2).

1. La protection contre l'interruption de la jouissance

Il est possible d'identifier certaines protections liées aux troubles de droit et à l'évacuation temporaire qui visent à garantir une jouissance paisible du logement.

D'abord, le locataire est notamment protégé contre les troubles de droit⁴⁹, à savoir les revendications juridiques provenant de tiers qui feraient valoir leurs droits contre le bien loué (art. 1858 C.c.Q.)⁵⁰. De plus, le locataire du logement est protégé du fait qu'un nouveau titulaire du droit de propriété doit respecter le bail (art. 1937 C.c.Q.)⁵¹. La règle couvre tous les cas d'alié-

46. Au sujet des renonciations invalides, voir par exemple : *Lévesque c. Ducharme*, 2021 QCTAL 37821 ; *Molloyres c. Quinton*, 2020 QCRDL 14451 ; *Jacinthe Viens c. Immeuble Jubinville*, [2003] J.L. 292 (R.D.L.) ; *Shacter c. Bouchelet*, [1996] J.L. 237 (R.D.L.).

47. *Rotter c. Namer*, 2017 QCCQ 1572, par. 35.

48. L'essentiel des dispositions relatives au droit au maintien dans les lieux remonte aux années 1970 : *Loi concernant le louage de choses*, L.Q. 1973, c. 74 ; *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres conditions législatives*, L.Q. 1979, c. 48. Leur substance a été reprise au *Code civil du Québec* : P.-G. JOBIN, préc., note 1, p. 7-20.

49. À l'instar de la protection existante en matière de vente qui vise aussi à garantir la jouissance d'un bien (art. 1723, 1725 C.c.Q.).

50. Cela inclut l'intervention des autorités publiques. Par exemple : *Leroux c. Jutras*, 2012 QCRDL 37803 (aménagement dérogeant à la réglementation municipale).

51. Selon Pierre-Gabriel Jobin, il ne s'agit pas d'une question d'inopposabilité, mais plutôt d'une modification à l'effet relatif du contrat : P.-G. JOBIN, préc., note 1, par. 9. Selon nous, il convient de lui donner raison. La règle n'a pas pour objectif de rendre juridiquement inexistant le titre du nouveau propriétaire en faveur du locataire. Il s'agit d'obliger un tiers au bail original, ce qui est en principe exclu (art. 1440 C.c.Q.).

nation volontaire (vente, donation)⁵² ou forcée (vente en justice, exercice de droits hypothécaires). Elle intervient également en cas d'extinction du titre, c'est-à-dire lorsque le locateur voit son titre de propriété anéanti, comme dans les cas de résolution ou d'annulation de la vente d'un immeuble. La règle de la préséance du bail est importante puisque l'anéantissement d'un titre de propriété est en principe rétroactif (art. 1422, 1606 C.c.Q.) et que le droit personnel consenti par le bail pourrait disparaître avec lui⁵³. Il ne faut toutefois pas qu'un bail soit consenti en fraude des droits d'un futur acquéreur de l'immeuble⁵⁴, par exemple avec un bail à rabais. En cette matière, il appert donc que la protection du locataire est sans faille notable. Elle a, en quelque sorte, priorité sur le transfert du droit réel.

Il existe ensuite plusieurs mesures favorisant la jouissance des lieux loués. Il est ici question des protections existantes sans défaut de la part du locataire⁵⁵. Ainsi, le changement de forme ou de destination du bien est en principe interdit (1856 C.c.Q.). Dans l'éventualité où le locateur désire modifier la forme ou la

-
52. Dans le cas de nouveaux propriétaires indivis, voir par exemple : *Deniger c. Nowlan*, [1997] J.L. 13 (R.D.L.).
 53. La protection prévue par l'article 1937 C.c.Q. est d'autant plus importante qu'il n'est pas encore acquis en jurisprudence que le locataire serait protégé par les seules règles de restitution applicables à la suite de l'anéantissement du contrat : voir l'art. 1707 al. 2 C.c.Q. Voir toutefois : Pascal FRÉCHETTE, *La restitution des prestations*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 365-367.
 54. Ce qui ouvrirait la porte à l'action en inopposabilité (art. 1631 C.c.Q.). Voir *Banque Nationale du Canada c. Cadieux*, J.E. 2005-1451 (C.Q.) ; *Caisse populaire Côte-des-Neiges c. Gantcheff*, [1997] J.L. 2 (R.D.L.) ; *Rivest c. Trudel*, 2014 QCRDL 40406. La bonne foi du locataire est alors remise en question. Par analogie, voir *9093-5115 Québec inc. (Syndic de)*, J.E. 2003-1509 (C.S.) (vente sans contrepartie ne permet pas au tiers d'être protégé par l'article 1707 al. 2 C.c.Q.).
 55. Dans l'éventualité où le locataire ne respecte pas ses obligations, on ne saurait évidemment exiger du locateur qu'il maintienne le bail au nom d'un droit au logement. Toutefois, même en cas de défaut, le locataire jouit de plusieurs avantages afin que le locataire puisse demeurer sur place. Il a d'abord la possibilité de remédier au défaut avant jugement (art. 1883 C.c.Q.). Seul un préjudice sérieux à l'endroit du locateur peut mener à l'expulsion au moyen d'un recours en résiliation (art. 1893 C.c.Q.). Ce préjudice peut notamment se traduire par un retard de plus de trois semaines dans le paiement du loyer ou par un retard fréquent dans le paiement du loyer qui cause préjudice (art. 1971 C.c.Q.). Finalement, pour les manquements autres que le seul retard de plus de trois semaines à payer le loyer, le tribunal peut ordonner au locataire de respecter ses obligations avant de procéder à l'expulsion en cas de récidive (art. 1973 C.c.Q.). L'ensemble de ces règles visent à favoriser le maintien du locataire dans les lieux. Elles rejoignent un objectif d'utilité publique puisque le locataire fautif risque d'emporter ses mauvaises habitudes dans un autre logement. Il semble approprié de lui permettre de remédier au défaut au même endroit.

destination du logement et que le départ du locataire est requis, l'éviction peut être envisagée de manière temporaire ou permanente, selon la situation. Nous verrons à la section suivante que ces règles, particulièrement celles liées à l'éviction permanente, contiennent en filigrane une faiblesse qui empêche de s'assurer du maintien dans les lieux.

Sinon, l'évacuation temporaire est envisageable en cas de réparations ou d'améliorations majeures non urgentes⁵⁶. L'article 1922 C.c.Q. prévoit que le locateur peut exiger l'évacuation en donnant un avis et une indemnité suffisante. Le Code demeure vague sur le type de travaux et d'améliorations permettant d'exiger l'évacuation⁵⁷. La règle semble présumer que le locateur n'y aura recours qu'en cas de travaux sérieux, en raison du coût y étant associé. Le critère gagnerait toutefois en clarté avec des précisions sur l'importance des travaux requis en lien avec l'habitabilité normale du logement. En cas de refus du locataire d'évacuer conformément à l'avis reçu, il revient au locateur de présenter une demande au tribunal (art. 1925 C.c.Q.). Cet aspect favorise le maintien dans les lieux, surtout que le fardeau de preuve appartient au locateur (art. 1928 C.c.Q.). Par ailleurs, le départ temporaire du locataire est également prévu en cas de réparations urgentes (art. 1865 C.c.Q.). Le locataire conserve alors le droit de réclamer une indemnité pour couvrir l'évacuation temporaire (art. 1924 C.c.Q.). Cette indemnité porterait sur les frais raisonnables engagés lors de l'évacuation⁵⁸.

Dans ces derniers cas, les règles d'ordre public forcent donc le locateur à exécuter par équivalent son obligation de procurer la jouissance du bien loué, au moyen de l'indemnité. Notons tout de même que le locataire est laissé à lui-même pour se trouver un logement temporaire, ce qui est également le cas pour une expulsion permanente.

56. Il est permis au locateur de logement d'améliorer le bien de diverses façons, ce qui pourrait sembler contraire au droit au maintien dans les lieux.

57. La jurisprudence y apporte peu de précisions, sinon que le terme « majeur » signifie important, considérable, substantiel ou significatif : *Recine c. Romanelli*, J.L.E. 2008JL23 (R.D.L.). Il semble acquis qu'une rénovation complète du logement correspond à des travaux majeurs : 9050-4267 *Québec inc. c. Loloie*, [2003] J.L. 117 (R.D.L. fixation), comme la rénovation complète d'un élément essentiel au logement : *Budziaszek c. Barile*, [2005] J.L. 26 (R.D.L.).

58. P.-G. JOBIN, préc., note 1, n° 90, p. 233.

2. *Les limites aux cas admis d'expulsion permanente*

Les différentes manières de mettre fin au bail de logement contre la volonté du locataire sont limitées et vues comme l'exception en droit québécois. Le locataire peut être expulsé en raison de la reprise du logement, de l'éviction, du caractère impropre à l'habitation du logement et de sa démolition⁵⁹.

La reprise de logement permet au locateur de récupérer un logement pour lui-même ou un proche faisant partie de la liste des personnes autorisées (art. 1957, 1958 C.c.Q.). La jurisprudence interprète strictement ces dispositions⁶⁰ afin de protéger les droits des locataires, même si cela fait échec à la jouissance du propriétaire en lien avec son propre bien⁶¹. À la suite de la réception d'un avis (art. 1960 C.c.Q.), le locataire peut refuser de quitter. Il revient au locateur de présenter une demande au tribunal, lors de laquelle une indemnité équivalente aux frais de déménagement peut être réclamée (art. 1967 C.c.Q.). Il est également prévu que le logement ne peut pas être repris lorsque le locateur possède un logement vacant et équivalent (art. 1964 C.c.Q.).

L'éviction a lieu lorsque le locateur désire subdiviser, agrandir substantiellement ou changer l'affectation d'un logement (art. 1959 C.c.Q.). Dans le dernier cas, il s'agit de modifier la fonction résidentielle d'un immeuble⁶². Il est alors permis au locateur de faire valoir son droit de propriété, à un certain prix. Une indemnité de trois mois de loyer ainsi que les frais raisonnables de déménagement sont payables de droit, sans avoir à les réclamer (art. 1965 C.c.Q.)⁶³. Il est même permis au locataire d'obtenir des dommages-

59. Nous ne traitons pas ici de l'expropriation (*Loi sur l'expropriation*, RLRQ, c. E-24, art. 45) et des évacuations ordonnées par les autorités publiques (par exemple *Règlement sur la salubrité et l'entretien des logements*, Conseil municipal de la Ville de Montréal, règlement n° 03-096, art. 19 et s.) puisque ces éventualités relèvent de l'intervention directe de l'État, donc du droit public.

60. Par exemple, l'usufruitier et le bénéficiaire d'une promesse de vente ne peuvent pas reprendre un logement pour eux-mêmes parce qu'ils ne sont pas « propriétaires » : *Di Zazzo c. Nantel*, [2004] J.L. 114 (R.D.L.) ; *Nadeau c. Jetté*, [1996] J.L. 233 (R.D.L.). Sur le principe, voir par exemple : *Fondation Sépharade Kollel Bernstein c. Avrechim*, 2013 QCRDL 16673, par. 30 ; *Désilets c. Laroche*, 2021 QCTAL 6399, par. 7.

61. *Ivanov c. Bédard*, [2006] J.L. 112 (R.D.L.).

62. La *Loi sur le Tribunal administratif du logement*, RLRQ, c. T-15.01 prévoit également le cas particulier de la conversion d'un immeuble locatif en copropriété divise pouvant mener à une reprise de possession (art. 51 et s.).

63. Un projet de loi déposé le 9 juin 2023 prévoit toutefois une modification à cet égard afin que l'indemnité soit « équivalente à un mois de loyer pour chaque année de

intérêts plus élevés s'il les justifie. La nature de cette indemnisation demeure incertaine. Le locateur est responsable d'une somme alors qu'il a exercé un droit légitime. Cela jette un doute sur l'étendue des dommages-intérêts payables au-delà de l'indemnité équivalente à trois loyers et des frais de déménagement. Si on s'entend généralement sur le fait que la situation personnelle du locataire est pertinente (âge, état de santé), la durée de l'habitation sur place n'est pas universellement reconnue comme facteur important⁶⁴. Les seuls inconvénients et le stress causé par l'éviction ne seraient pas indemnisables⁶⁵. Une position majoritaire au Tribunal administratif du logement veut que la différence entre l'ancien loyer et le nouveau ne doive pas être assumée par le locateur⁶⁶. Il en est de même pour une indemnité dite de déracinement⁶⁷. Il s'agit alors de reconnaître que le locateur n'a pas commis de faute et que l'indemnité automatique se veut déjà généreuse dans ce contexte⁶⁸. Suivant cette position majoritaire, pourraient cependant être réclamés à titre de dommages-intérêts additionnels les frais de déménagement d'articles particuliers ou l'investissement du locataire dans le logement en raison de l'espoir d'y rester longtemps⁶⁹. Il faut donc constater de la jurisprudence une volonté de limiter les indemnités, malgré la difficulté de distinguer entre les différentes réclamations possibles. En somme, un travail important reste à faire sur l'encadrement de l'indemnisation qui dépasse les trois mois de loyer et les frais de déménagement.

Il faut toutefois convenir de la volonté législative à l'origine de l'indemnité automatique. Il est logique de penser que la mesure se

location ininterrompue du logement par le locataire, laquelle ne peut toutefois excéder un montant représentant 24 mois de loyer ni être inférieure à un montant représentant 3 mois de loyer » : *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière d'habitation*, projet de loi n° 31 (présentation – 9 juin 2023), 1^{re} sess., 43^e légis. (Qc), art. 4. Si ce projet de loi est sanctionné, il s'agira d'une bonification importante de l'indemnité en faveur des locataires.

64. Jacques DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, n° 1838.

65. *Fabiello c. Sherfield Properties*, 2020 QCRDL 16716, par. 41.

66. *Charest c. Opti Plex inc.*, 2021 QCTAL 6630, par. 52. Voir aussi : *L'Écuyer c. Gestion Guy Carrière Inc.*, 2020 QCTAL 5362 ; *Gingras c. 3104-2583 Québec Inc.*, 2018 QCRDL 39069.

67. Ou de perte d'enracinement : *Fabiello c. Sherfield Properties*, 2020 QCRDL 16716, par. 44. *Contra* : *Trottier c. 9230-4047 Québec Inc.*, 2015 QCDRL 131625.

68. Il faudrait distinguer cette demande de dommages-intérêts à celle prévue à l'article 1968 en cas d'éviction obtenue de mauvaise foi : *Bonhomme c. Groupe Evoludev-Logis Force*, 2022 QCTAL 10820, par. 13.

69. Considérés dans : *Charest c. Opti Plex inc.*, 2021 QCTAL 6630.

veut plus dissuasive⁷⁰ que protectrice. Elle incite le locateur à ne pas faire valoir son droit réel, le parc locatif devant être préservé pour répondre aux besoins de la population. Cela n'empêche toutefois pas d'y voir, en parallèle, un renforcement du droit au maintien dans lieux. Comme une indemnité automatique est prévue, il revient cependant au locataire de s'adresser au tribunal en cas de désaccord (art. 1966 C.c.Q.), ce qui est plus problématique, du point de vue des droits du locataire, puisqu'on l'oblige à entreprendre des procédures⁷¹. Il s'agit d'un compromis qui se justifie du fait que l'indemnité de base n'a pas à être demandée.

En 2016, le législateur québécois a ajouté une disposition qui favorise directement la sécurité de l'occupation. La reprise de logement ou l'éviction d'un locataire de 70 ans et plus est dorénavant interdite lorsque le locataire occupe le logement depuis au moins 10 ans et qu'il dispose d'un certain revenu maximal (art. 1959.1 C.c.Q.)⁷². La loi montre alors une préoccupation pour un groupe particulièrement vulnérable. La règle n'est toutefois pas à l'abri de toute critique. Le délai d'occupation de 10 ans paraît particulièrement arbitraire puisque la vulnérabilité ressort d'abord de l'âge du locataire. La personne est-elle dans une position moins vulnérable si elle habite son logement depuis 8 ans ? Force est également de constater que plusieurs autres groupes ne sont pas protégés par cette disposition : personnes handicapées, immigrants, étudiants, familles monoparentales, etc. Il s'agit donc d'une protection minimale et partielle pour les populations vulnérables⁷³.

Outre la reprise et l'éviction, le locataire peut aussi être contraint de quitter le logement impropre à l'habitation, le bail étant alors susceptible de résiliation de plein droit, sur demande

70. P.-G. JOBIN, préc., note 1, n° 244.

71. Un projet de loi déposé le 9 juin 2023 prévoit toutefois une modification à cet égard afin qu'il revienne au locateur de présenter une demande en vue d'autoriser l'éviction : *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière d'habitation*, projet de loi n° 31, préc., note 63, art. 2, 5.

72. La disposition comprend des exceptions qui prévoient notamment que le locateur peut reprendre le logement ou évincer le locataire, s'il est lui-même âgé de plus de 70 ans. Comparer en France : Nicolas DAMAS, Pascal GAREAU, Guillaume MAROT, Yves ROUQUET et Hervé DES LYONS, *Droit et pratique des baux d'habitation*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2021, n° 436.00 et s.

73. En 2022, l'article 1959.2 C.c.Q. est adopté et entre en vigueur. La disposition ajoute une interdiction d'éviction dans le cas très particulier de la résidence pour aîné qui change d'affectation sans avoir offert au locataire de conclure un nouveau bail. Encore une fois, la protection est limitée à une clientèle très précise.

ou d'office par le tribunal (art. 1913, 1914, 1916, 1917 C.c.Q.). La sécurité de l'occupation est protégée du fait que le locateur doit aviser le locataire lorsque le logement est de nouveau habitable. Toutefois, le locataire n'a aucun moyen de vérifier cet état de fait. Effectivement, dès que le logement est impropre à l'habitation, il revient totalement au locataire de prendre des mesures pour protéger son occupation et/ou obtenir un dédommagement de la part du locateur. Cette situation est surprenante dans l'optique d'un régime voulu sévère à l'encontre du locateur qui a laissé le logement devenir impropre à l'habitation.

Enfin, la *Loi sur le Tribunal administratif du logement* (« L.T.A.L. ») prévoit que le locateur peut demander au tribunal la permission de démolir un logement et d'obtenir l'éviction d'un locataire⁷⁴. Comme pour l'éviction du Code civil, la loi prévoit une indemnité automatique incluant trois mois de loyer ainsi que les frais de déménagement, avec la possibilité de réclamer davantage (art. 39 L.T.A.L.). Les critères devant guider la décision sont prévus à l'article 35 L.T.A.L. :

35. Le Tribunal autorise le locateur à évincer le locataire et à démolir le logement s'il est convaincu de l'opportunité de la démolition compte tenu de l'intérêt public et de l'intérêt des parties.

Avant de se prononcer sur la demande, le Tribunal considère l'état du logement, le préjudice causé aux locataires, les besoins de logements dans les environs, la possibilité de relogement des locataires, les conséquences sur la qualité de vie, la trame urbaine et l'unité architecturale du voisinage, le coût de la restauration, l'utilisation projetée du terrain et tout autre critère pertinent.

L'évaluation de ces critères soulève des enjeux complexes qui vont largement au-delà de la situation particulière d'un locataire. Bien qu'il soit pertinent de considérer « les besoins de logements dans les environs, la possibilité de relogement des locataires, [et] la trame urbaine », le juge administratif et les parties sont bien mal équipés pour déterminer l'impact d'une démolition sur ces éléments. Ainsi, le tribunal refuse de permettre la démolition lorsque

74. *Loi sur le Tribunal administratif du logement*, préc., note 62, art. 32 et s. Ce tribunal perd toutefois juridiction à ce sujet lorsqu'une municipalité adopte un règlement sur les démolitions : *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ, c. A-19.1, art. 148.0.2 et s.

la preuve ne lui permet pas d'analyser les critères pertinents⁷⁵. Plusieurs d'entre eux relèvent directement du renforcement du droit au logement. Le préjudice causé aux locataires, les besoins de logements dans les environs et la possibilité de relogement des locataires relèvent tous de la difficulté du locataire à se reloger. Il s'agit là de considérations qui ne sont pas reprises dans les autres cas d'expulsion du locataire. Pourtant, une véritable politique législative de sécurité du logement devrait effectivement s'attarder aux besoins des locataires et à la possibilité de se reloger dans des conditions semblables et à proximité du logement perdu. Il faut donc regretter que des critères semblables ne soient pas repris ailleurs.

Il faut en effet constater que, dans tous les cas d'expulsion sans faute du locataire autorisés par le droit civil québécois, la difficulté de se reloger est peu prise en considération. Dans le cas de la démolition, il s'agit d'un facteur parmi plusieurs autres et il est impossible de savoir précisément ce qui serait une difficulté excessive. Dans le cas du locataire de 70 ans et plus, la difficulté de se reloger semble présumée. Pourtant, il n'est pas nécessaire d'avoir habité un logement durant 10 ans pour avoir de la difficulté à se reloger.

B- Un renforcement partiel : l'obligation de relocalisation

En droit strictement privé, le locataire semble bien protégé puisqu'un manquement de la part du locateur en lien avec une expulsion lui permet d'agir en fonction de l'une ou l'autre des sanctions autorisées : résiliation, exécution en nature ou par équivalent ainsi qu'une réduction de loyer (art. 1863 C.c.Q.). Il est toutefois dans la position où il doit faire valoir ses droits. De plus, la plupart de ces règles ne prévoient aucune obligation pour le locateur de relocaliser le locataire au besoin. Il n'existe aucune pratique établie en jurisprudence afin d'y assimiler l'exécution en nature. Pourtant, la difficulté de se reloger ne fait aucun doute dans une société où le taux d'inoccupation dans le milieu locatif est bas, et ce, de manière soutenue. Il est donc fort possible que le locataire

75. *Paradis c. Succession de Burtel*, 2017 QCRDL 20930, par. 37. Il revient en pratique au locateur à faire la preuve pertinente à ces critères. Voir par exemple : *Bonin c. Commission de la capitale nationale*, 2013 QCRDL 30653.

expulsé doit changer de quartier, de ville, voire de région afin d'obtenir un logement comparable.

En fait, une obligation de relocalisation pourrait être jointe à tous les cas d'expulsion sans faute du locataire, dont nous avons discuté. Il s'agirait d'exiger du locateur qu'il exécute en nature son obligation de procurer la jouissance des lieux autrement. Il reviendrait au locateur de proposer au locataire expulsé un logement équivalent à proximité ou, à tout le moins, d'établir que de tels logements sont disponibles. Il apparaît en effet contraire à un droit au logement qu'un locateur puisse se débarrasser de son locataire si celui-ci est incapable de trouver un logement équivalent. À défaut, le locataire se trouvera toujours en position de vulnérabilité.

L'imposition d'une obligation de reloger n'est pas inédite en droit privé. En France, l'urgence de l'après-guerre a notamment justifié d'obliger le locateur à reloger son locataire âgé avant de reprendre un logement à son bénéfice⁷⁶. Le locataire évacué durant des travaux doit aussi être relogé dans certaines circonstances⁷⁷.

Évidemment, une telle obligation peut sembler franchement onéreuse pour un propriétaire. Des aménagements demeurent possibles afin de parvenir à un certain équilibre entre les droits des parties. Plusieurs modalités d'obligation de relocalisation peuvent donc être envisagées :

- une option donnée au locateur d'assumer une obligation de relocalisation ou de payer une indemnité plus élevée que celle actuellement prévue. Il s'agirait d'une manière de minimiser les cas d'expulsion sans faute. Les règles auraient alors un effet dissuasif plus important. Pour le moment, les indemnités prévues en cas d'expulsion sont essentiellement compensatoires, à l'exception des trois mois de loyer en cas d'éviction. Sans dire qu'il faille punir les locateurs qui ont des motifs d'expulser leur locataire, il devrait s'agir de solution de dernier recours et la

76. Dominique GRILLET-PONTON, « L'obligation de relogement dans les baux civils d'habitation : de l'ordre public de protection à l'ordre public de direction ? », *Loyers et Copropriété* 2001.11.chr.12, n° 3.

77. Étienne RIGAL, « Droit à un logement décent, lorsque la collectivité s'imisce dans le contrat », *RAJS-JDJ* 2004.238.15, à la p. 18.

seule compensation des pertes garde le locataire dans une situation précaire du point de vue de son logement. À la rigueur, un incitatif pourrait être autrement donné au locateur : l'indemnité serait abaissée si le locateur offre une alternative équivalente. Cette option aurait toutefois le désavantage de créer de l'incertitude autour de la notion d'équivalence, alors que les règles actuelles sont claires et laissent peu de place à l'ambiguïté pour l'indemnité minimale ;

- l'obligation de relocalisation pourrait être limitée aux locateurs d'immeubles importants (cinq logements et plus par exemple) et/ou à ceux qui exploitent une entreprise⁷⁸. Une exception pourrait être faite pour les « petits » propriétaires qui recherchent réellement un revenu d'appoint. Cela se justifie du fait que l'expulsion liée à des immeubles importants répond plus probablement à des impératifs financiers. Il est ainsi plus douteux qu'un propriétaire veuille reprendre pour lui-même un logement dans un immeuble qui en compte dix ;
- l'obligation de relocalisation pourrait être limitée à une région, voire un quartier suivant un critère objectif (le taux d'occupation par exemple). Une fois le critère satisfait, l'obligation s'appliquerait pour une période déterminée qui peut être prolongée. Cette modalité a l'avantage d'une adaptation locale aux circonstances. Par exemple, le locateur en milieu rural serait vraisemblablement peu touché par cette mesure, ce qui se justifie par la nature généralement moins spéculative du marché immobilier en dehors des grands centres ;
- l'obligation pourrait être plus intense envers les locataires faisant partie des populations vulnérables (personnes âgées, immigrants, familles monoparentales par exemple). La règle devrait toutefois considérer le danger de discrimination additionnel contre les locataires protégés. Ceux-ci pourraient avoir davantage de difficulté à se trouver un logement s'ils bénéficient d'une plus grande protection légale⁷⁹.

78. Sur l'obligation plus onéreuse imposée aux exploitants d'une entreprise, voir C. MARTINEZ-ESCRIBANO, préc., note 35, p. 781.

79. La lutte à la discrimination en matière de logement soulève des enjeux qui s'éloignent du seul droit privé. Mentionnons toutefois que le législateur québécois favoriserait le droit au logement en adoptant des mesures plus larges afin d'éviter la discrimination. À ce sujet : Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « La

Quelles que soient les variantes envisagées, cette obligation de relocalisation devrait permettre de renforcer le droit au maintien dans les lieux. Puisqu'elle s'appliquerait de plein droit, le locateur serait tenu d'y penser à deux fois avant de déplacer ses locataires. Trouver un logement équivalent peut s'avérer une tâche quasi impossible en fonction du territoire environnant. Ainsi, permettre au locataire de réclamer la relocalisation ou d'obliger le locateur à y procéder favorise l'occupation.

On répondra que le locataire pourrait refuser indûment une relocalisation acceptable. Le tribunal pourra trancher le cas échéant, mais surtout, le fait qu'une demande en ce sens doive être présentée par le locateur favoriserait le maintien dans les lieux.

Cette obligation répondrait à une problématique moderne liée à la gentrification et à la rareté de logements abordables. Elle fait également écho aux préoccupations onusiennes liées au « relogement »⁸⁰. De ce fait, le renforcement du droit au logement en matière privée passe nécessairement par une réévaluation des conditions entourant l'expulsion. Il s'agit d'une solution concrète à un problème bien tangible quant à la sécurité de l'occupation. Il est toutefois possible d'envisager le renforcement du droit au logement de manière plus large.

C- Une approche globale : l'affirmation d'un droit mixte

Il est bien établi en droit québécois que le locataire ne dispose que d'un droit personnel à l'encontre du locateur⁸¹. Il faudrait ainsi s'incliner devant la définition du louage prévue à l'article 1854 C.c.Q. qui prévoit que le locateur s'engage personnellement à procurer la jouissance d'un bien⁸². En conséquence, le locataire

preuve des discriminations : le regard du pénaliste », *Droit social* 2020.338. Voir plus largement : I. DAUGAREILH, « La lutte contre les discriminations raciales : nouveau combat, nouvelles perspectives ? », (1999) 4 *RDSS* 697.

80. COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique du Canada*, Doc. N.U. E/C.12/CAN/CO/6 (23 mars 2016), art. 40.

81. Par exemple : Jacques DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, n° 1048 ; Bruno VERDON, « Nature et formation du bail », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Contrats nommés I*, fasc. 19, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, n° 14, à jour au 27 décembre 2016.

82. P.-G. JOBIN, préc., note 1, n° 8.

ne dispose d'aucun droit réel dans le bien loué⁸³. En France, une solution similaire s'impose⁸⁴.

Il convient toutefois de constater que la nature juridique des droits liés à la location d'un logement n'est pas aussi claire⁸⁵ qu'on pourrait le croire *a priori*. En France, une poignée d'auteurs a avancé que les prérogatives d'un locataire ont les caractéristiques du droit réel, dit de jouissance⁸⁶, tandis qu'au Québec, certains auteurs reconnaissent sommairement un caractère « mixte » au droit du locataire sur lequel nous reviendrons⁸⁷. Il faut toutefois remarquer qu'aucune étude approfondie en droit civil québécois n'a relié exclusivement le droit du locataire au droit personnel. Il convient donc, dans un premier temps, d'examiner les rapprochements possibles entre les caractéristiques et attributs du droit réel avec les droits du locataire de logement (1). Cela permet d'approfondir le concept de droit mixte (2).

1. Les rapprochements avec le droit réel

Les principaux arguments permettant de voir une certaine incongruité dans une conception purement personnelle des droits

83. L'article 1936 C.c.Q. édicte que le locataire de logement dispose d'un droit personnel au maintien dans les lieux. Mentionnons toutefois que cette disposition vise d'abord à limiter le droit au maintien dans les lieux à la personne même du locataire dans le cadre des règles spécifiques du bail de logement.

84. À partir de l'article 1709 C.c.fr. Voir : Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « Bail d'habitation », *JCl. Bail à loyer*, fasc. 85, n° 4 (à jour en mars 2021) et en jurisprudence : Req. 6 mars 1861, *D.P.* 1861.1.417. Voir aussi : Jérôme HUET, Georges DECOCQ, Cyril GRIMALDI et Hervé LÉCUYER, avec la collab. de Juliette MOREL-MARAUGER, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2012, n° 21112.

85. La question présentait un plus grand intérêt pour la location en général avant le *Code civil du Québec*, en lien avec l'opposabilité du bail au nouvel acquéreur à la suite d'une saisie. Cette difficulté a été réglée par l'article 1885 C.c.Q. Voir P.-G. JOBIN, préc., note 1, n° 9.

86. Il s'agirait d'un droit réel de jouissance : Jean DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952, p. 177. Voir aussi : Raymond Théodore TROPLONG, *Droit civil. De l'échange et du louage*, t. 1, 3^e éd., Paris, Charles Hingray, 1960 ; Maxime CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits personnels et réels », *Rev. crit.* 1931.539 ; Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition de la notion juridique de propriété », *RTD. civ.* 1905.456. Le droit réel de jouissance inclut traditionnellement l'usage, l'usufruit, l'emphytéose et le droit d'habitation : Roderick A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *McGill Law Journal* 761, p. 787.

87. *Infra*, notes 124 et 125.

du locataire relèvent des rapprochements pouvant être constatés avec les *attributs du droit de propriété et du droit réel*. Il est bien établi que le droit de propriété, droit réel par excellence, se reconnaît à ses attributs, à savoir le droit d’user du bien (*usus*), d’en jouir (*fructus*) et d’en disposer (*abusus*) (art. 947 C.c.Q.)⁸⁸. Bien que le locataire de logement ne puisse prétendre intégralement à ceux-ci, il dispose de certaines prérogatives qui s’en rapprochent.

Usus et usage – Le droit d’user renvoie à la faculté pour un propriétaire de poser des actes matériels liés au bien et d’en fixer la destination⁸⁹. De manière générale, le locataire peut aussi user du bien puisqu’il doit en obtenir la jouissance paisible suivant l’entente entre les parties (art. 1854 C.c.Q.). Au-delà de ce constat général, la définition du droit d’usage, démembrement du droit de propriété, permet d’apprécier le rapprochement de manière plus précise (art. 1172 C.c.Q.) :

L’usage est le droit de se servir temporairement du bien d’autrui et d’en percevoir les fruits et revenus, jusqu’à concurrence des besoins de l’usager et des personnes qui habitent avec lui ou sont à sa charge. (Nous soulignons)

L’usage temporaire du bien d’autrui correspond naturellement au droit issu du louage. La distinction entre le droit du locataire et le démembrement lié à l’usage serait dans la seule intention de se défaire d’une partie du droit réel. C’est ainsi qu’on distingue louage et droit d’habitation⁹⁰.

Or, il est possible de prétendre que le bail confère pratiquement au locataire un droit d’user de la chose⁹¹. Dans les faits, le locataire use du bien pour son propre bénéfice. Cet usage est évidemment encadré de façon stricte. Par exemple, le locataire ne peut pas faire de modification à la forme ou la destination du logement (art. 1856 C.c.Q.), il ne doit pas troubler la jouissance

88. Un quatrième attribut du droit de propriété, le droit à l’accession (art. 948 C.c.Q.), n’est pas traité dans le présent texte.

89. S. NORMAND, préc., note 41, p. 101.

90. Voir *Lorrain c. St-Pierre*, 2014 QCCA 1793, par. 36-37. Dans cette affaire, la Cour d’appel détermine que l’intention des parties de laisser au défendeur un droit d’habitation permet de faire la distinction avec le bail.

91. Jean DERRUPPÉ, « Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire », dans *Mélanges dédié à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de L’université de Toulouse I – Capitole, 1996, p. 169, à la p. 170.

d'autres locataires (art. 1860 C.c.Q.), il ne peut pas y exploiter une entreprise de manière significative (art. 1893 al. 3 C.c.Q.). À l'intérieur des limites législatives applicables, le locataire peut user du bien loué comme il l'entend. Il peut par exemple y résider avec qui il veut⁹², recevoir tout invité qui ne trouble pas la jouissance d'autrui, laisser quelqu'un d'autre y habiter⁹³ ou encore, utiliser le logement comme simple pied-à-terre sans y résider à temps plein⁹⁴. De son côté, le locateur ne peut limiter l'utilisation du bien d'une manière déraisonnable⁹⁵, c'est-à-dire d'une manière qui ne trouve pas sa justification dans la protection de ses intérêts légitimes. Le titulaire du droit d'usage est, lui aussi, tenu de respecter certaines limites importantes. Il ne peut céder son droit, sauf convention contraire (art. 1173 C.c.Q.). Il est, comme le locataire, tenu de la perte qui ne résulte pas de l'usage normal (art. 1176 et 1167 C.c.Q.). Il peut être déchu de son droit s'il abuse autrement de la jouissance (art. 1176 et 1168 C.c.Q.). Ainsi, le locataire et le titulaire du droit d'usage se voient imposer de sérieuses limites à leur droit d'action sur un bien. Ils peuvent autrement faire tout usage du bien qui se justifie par le droit octroyé et ils disposent également d'outils pour s'assurer d'obtenir et conserver cet usage.

Tout comme le titulaire d'un droit réel, le locataire dispose de moyens légaux pour protéger son usage du bien. Il est vrai que les recours pétitoire et possessoire⁹⁶ sont d'abord associés au droit de propriété. L'action en revendication est aussi un outil privilégié pour le propriétaire (art. 953 C.c.Q.) qui permet de récupérer le bien détenu sans droit par un tiers⁹⁷. Or, il est acquis que le proprié-

92. Sous réserve de la grandeur suffisante du logement : art. 1900 al. 2 et 1920 C.c.Q.

93. En respectant notamment les exigences liées à la sous-location (art. 1870 et s. C.c.Q.). La cession de bail relèverait davantage de l'*abusus* (disposition) puisque le locataire cède ses droits dans le bail de manière définitive.

94. P.-G. JOBIN, préc., note 1, p. 259. Une présence régulière serait toutefois nécessaire afin d'assurer la sécurité des lieux.

95. Notamment, toute clause abusive est ainsi « nulle, ou l'obligation qui en découle, réductible » (art. 1901 al. 2 C.c.Q.) et le locateur ne peut refuser la sous-location sans un motif sérieux (art. 1871 C.c.Q.).

96. Par l'action pétitoire, le titulaire d'un droit réel peut mettre un terme à la possession d'un tiers (art. 912 et 953 C.c.Q.). Puis, l'action possessoire vise à faire cesser un trouble dans la possession légitime (art. 929 C.c.Q.). Voir S. NORMAND, préc., note 41, p. 400-401.

97. L'action en revendication est une action pétitoire qui vise la restitution d'un bien par un défendeur : Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n^o 1195, p. 500. Voir : Marie-Louis BEAULIEU, « Relations entre les actions possessoires et l'action pétitoire », (1961) 21 *R. du B.* 393.

taire et toute personne autorisée par la loi⁹⁸ peuvent revendiquer le bien⁹⁹. Les tribunaux québécois ont également eu l'occasion de rejeter l'hypothèse voulant que la revendication soit un recours purement pétitoire réservé au seul propriétaire d'un bien¹⁰⁰. En effet, elle a déjà été permise à des personnes qui se réclamaient du droit à la possession du bien, tel le locataire¹⁰¹. Le recours se baserait sur une obligation de soin ou un droit à l'accès au bien. Il n'existe aucun courant jurisprudentiel important en ce domaine qui remette en cause la nature des droits du locataire immobilier dans ce contexte. En fait, certaines hésitations ont été formulées en doctrine sur l'opportunité d'élargir le domaine de l'action en revendication, notamment par rapport au locataire¹⁰². Il suffit, pour nos fins, de prendre acte du fait que l'action en revendication n'est pas automatiquement limitée au seul titulaire de droit réel et que le locataire peut disposer de moyens semblables pour protéger son droit. Il est ainsi possible de voir comment le locataire, privé du bien loué, peut le récupérer par un moyen traditionnellement réservé en droit civil au titulaire de droit réel.

-
98. Par exemple, un droit de revendication est donné aux fédérations de producteurs agricoles dans le cadre de la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, RLRQ, c. M-35.1 : *Fédération des producteurs agricoles du Québec c. Érablière La Grande coulée 1998 inc.*, J.E. 2012-1770 (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée). Par ailleurs, le *Code de procédure civile* prévoit qu'une saisie avant jugement peut être pratiquée par toute personne en droit de revendiquer un bien (art. 734 C.p.c. (anc.), 517 C.p.c.). Il n'est donc pas question du seul propriétaire.
99. En 1986, le professeur Roderick Macdonald répertoriait les titulaires de droits personnels qui peuvent bénéficier de l'action en revendication : Roderick A. MACDONALD, « Enforcing Rights in Corporeal Moveables: Revendication and Its Surrogates – Part Two », (1986) 32 *R.D. McGill* 1. Une fois les droits personnels transposés au *Code civil du Québec*, il y aurait notamment le créancier d'un droit personnel mais titulaire d'un droit de rétention, le dépositaire, l'emprunteur à usage et l'administrateur du bien d'autrui dans la mesure où il détient lui-même un pouvoir suffisant sur le bien.
100. *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Buffet Lazio (1985) inc.*, J.E. 98-1403, p. 4 du jugement intégral (C.S.) ; *Morris c. Fournier*, (1939) 43 R.P. 331, 332 (C.S.) ; *Thérien c. Ténégal*, [1999] J.Q. n° 1308, par. 6 (C.Q.) (LN/QL).
101. *Discothèque & Golf Lafontaine Inc. c. Lussier*, [1980] C.S. 166, 167. Il s'agirait du titulaire du droit de jouissance du bien : Denys-Claude LAMONTAGNE, *Traité du domaine privé*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021, n° 699. En matière immobilière, voir : *Pérusse c. Bolduc*, [1959] R.L.(n.s.) 402, 406 (C.S.) ; *Laferrière c. Gariépy*, (1921) 62 R.C.S. 557, conf. (1921) 31 B.R. 256, p. 263 et s.
102. Pour une position voulant que le locataire ne puisse réclamer le bien loué d'un tiers : P.-G. JOBIN, préc., note 1, p. 332-333. De façon plus générale : Yaëll EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, coll. « Minerve », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, n° 715-720.

Fructus – Il existe un lien clair entre le droit du propriétaire de recueillir les fruits de son bien et la jouissance octroyée au locataire qui est l'objet central de son bail. En plus de l'usage général du logement à des fins résidentielles, le locataire perçoit certains fruits du bien par la sous-location (art. 1870 C.c.Q.), et dispose de droits sur les améliorations qu'il a faites (art. 1891 C.c.Q.), bien que ces derniers soient moins étendus que ceux du titulaire d'un droit réel¹⁰³. En fait, si le titulaire d'un droit de propriété loue un logement, c'est évidemment qu'il s'interdit de profiter autrement du bien lui-même, vu son obligation à l'égard du locataire. Le locateur restreint alors son droit de propriété de façon importante¹⁰⁴. Un parallèle entre les droits des parties est donc concevable.

Abusus – Puis, le droit de disposer du bien permet au propriétaire d'agir à sa guise sur celui-ci tant matériellement (transformer, détruire) que juridiquement (aliéner, démembrer)¹⁰⁵. Bien que le locataire du logement ne bénéficie pas du droit de déterminer l'avenir d'un immeuble de façon permanente, son droit au maintien dans les lieux lui permet de bénéficier d'un accès possiblement viager¹⁰⁶ et qui peut même s'étendre aux autres occupants¹⁰⁷. Il lui est également permis de sous-louer ou de céder son bail¹⁰⁸ ou encore de laisser les lieux au profit d'un proche¹⁰⁹. Évidemment, le droit réel connaît, en soi, un pouvoir de disposition bien plus large. Il est toutefois possible de constater que l'exercice des droits du locataire est formellement lié aux limites du droit du locateur de disposer de son bien.

103. Le propriétaire a droit aux fruits et revenus de son bien (art. 910, 949 C.c.Q.) et il fait sien, en principe, les améliorations qui y sont apportées (présomption à l'article 955 C.c.Q.).

104. D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 101, n° 214, p. 178.

105. CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 2 (v° *abusus*) ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 101, p. 179.

106. Aussi longtemps qu'il n'est pas fait échec au droit au maintien dans les lieux par une exception législative reconnue (reprise de logement, éviction, démolition, etc.). Ces exceptions sont interprétées restrictivement, la règle du maintien étant d'ordre public de protection en faveur du locataire.

107. En cas de décès du locataire : art. 1938-1939 C.c.Q.

108. Le locateur ne peut s'opposer à la sous-location ou la cession que pour un motif sérieux (art. 1871 C.c.Q.), montrant une nouvelle fois la marge de manœuvre laissée au locataire.

109. En cas de départ, au bénéfice d'un conjoint : art. 1938 C.c.Q.

Ainsi, le locataire use du bien loué, en a la jouissance et en « dispose » dans certaines situations bien limitées. Les rapprochements ne s'arrêtent pas là. Les protections légales du locataire permettent également de se rapprocher des attributs du droit réel que sont le droit de suite et la faculté d'abandon¹¹⁰.

Droit de suite – Le locataire ne dispose pas formellement d'un droit de suite. Ce dernier permet au titulaire d'un droit réel « d'opposer son droit à un acquéreur ou un possesseur du bien »¹¹¹ en respectant les limites posées par la loi. Pourtant, dans l'éventualité où un immeuble change de propriétaire, le locataire d'un logement est fort bien protégé. Le nouveau titulaire du titre doit respecter le bail en place, même si le bien a été acquis au cours d'une vente en justice ou lors de l'anéantissement du titre de propriété du locateur¹¹². La loi priorise la stabilité du bail de logement sur le droit de propriété. Il est alors difficile de prétendre que le locataire ne dispose d'aucun accès direct au bien. Le locataire obtient un droit de suite du fait de la protection légale¹¹³. Ajoutons que le nouveau propriétaire assume également les obligations de l'ancien locateur (art. 1937 al. 2 C.c.Q.), comme si ces dernières étaient rattachées davantage au bien loué qu'à une personne.

Faculté d'abandon – Le second attribut du droit réel, la faculté d'abandon, permet au titulaire de délaisser sa propriété au bénéfice d'une autre partie intéressée¹¹⁴. Cela sert à libérer le titulaire de ses obligations¹¹⁵. Il peut par exemple délaisser un fonds servant

110. Les attributs du droit réel sont le droit de préférence, le droit de suite et la faculté d'abandon : D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 101, n° 115 ; Charles AUBRY et Charles RAU, *Droit civil français*, t. 2, 7^e éd. par Paul ESMAN, Paris, Librairies techniques, 1961, n° 54 et s. Le droit de préférence étant associé au droit réel accessoire, nous n'en traitons pas ici.

111. D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 101, n° 117.

112. L'article 1937 C.c.Q. protège le locataire en cas d'aliénation volontaire ou forcée, ainsi qu'en cas d'extinction du titre de propriété du locateur. Il faut donc constater que le bail est opposable aux tiers sans formalité. Cette opposabilité aux tiers détenteurs a fait écrire à un auteur classique français qu'il ne faudrait plus nier la nature des droits du locataire. Voir R.T. TROPLONG, préc., note 86, n° 12, p. 64 : « Or, ce changement est-il si peu de chose qu'il doive passer inaperçu ? »

113. Voir à ce sujet : P.-G. JOBIN, préc., note 1, p. 27 ; *Falcorp Canada inc. c. Beauregard*, [1999] R.J.Q. 1525 (C.Q.), conf. *Beauregard c. 9029-4844 Québec inc. (Studio du parc olympique)*, [1999] J.L. 107 (R.D.L.).

114. D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 101, n° 118 ; S. NORMAND, préc., note 41, p. 46-47.

115. P.-C. LAFOND, préc., note 97, n° 462, p. 175.

au profit du fonds dominant¹¹⁶. Encore une fois, le locataire dispose d'une telle faculté dans certaines circonstances. Nous avons déjà évoqué la cession du bail qui libère le locataire (art. 1873 C.c.Q.). Il peut aussi abandonner les lieux loués s'ils sont impropres à l'habitation (art. 1915 C.c.Q.) ou en refuser la délivrance¹¹⁷. Bien que ces règles visent principalement la protection des occupants, le locataire est tout de même libéré de ses obligations à partir de ce moment¹¹⁸.

Compte tenu de ce qui précède, nul ne pourrait avancer que les droits du locataire de logement n'ont rien à voir avec plusieurs avantages associés au droit de propriété. D'ailleurs, l'évolution du droit québécois révèle d'autres avancées du droit locatif sur les effets juridiques traditionnellement réservés au droit réel¹¹⁹. Par exemple, la Cour d'appel a notamment jugé qu'un locataire commercial pouvait réclamer des dommages punitifs en raison de l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (« Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi »)¹²⁰. Selon la Cour, l'expression « ses biens » peut se rapporter aux droits d'un locataire :

Le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition protégé par l'article 6 de la Charte québécoise réfère tant aux biens dont la personne physique ou morale est propriétaire qu'à ceux dont elle peut revendiquer la possession légale ou un droit d'usage. Qu'on envisage la notion de bien sous l'angle du sens usuel du mot, soit une chose matérielle susceptible d'appropriation ou un droit faisant

116. D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 101, n° 118.

117. Par exemple : *Blanchard c. Wolfe Estate*, [1995] J.L. 297 (C.Q.).

118. *Shorter c. Beauport*, [1969] C.S. 363 ; Antoine MORNEAU-SÉNÉCHAL, *Le louage résidentiel*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, p. 99.

119. Bien qu'il s'agisse d'un courant minoritaire et qu'ils ne soient pas récents, les jugements suivants ont reconnu que le locataire disposait d'un droit réel ou de l'un de ses attributs : *Kwavnick c. Caldwell Residences/Résidences Caldwell*, J.E. 95-196 (C.Q.), p. 16 : « droit dans une chose » ; *Pérusse c. Bolduc*, [1959] R.L.(n.s.) 402 (C.S.), p. 406 : « [...] contient une portion des attributs du droit de propriété » ; *Leblanc c. Gagné*, [1948] C.S. 151, 152 : « [...] a les mêmes droits qu'un propriétaire pour se faire mettre en possession des lieux » ; *Lanthier & Lalonde Leasing Ltd. c. Mileto*, J.E. 83-927 (C.S.), p. 2 du jugement intégral : « [...] par le bail il s'est départi de cet attribut du droit de propriété » ; *Psarios c. Zakaib*, [1975] D.C.L. 27 (A.L.), conf. par [1975] D.C.L. 119 (C.L.) (dans ce cas, un bail « enregistré » associé aux mêmes effets qu'un droit réel).

120. *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, J.E. 2006-955, EYB 2006-104247 (C.A.).

partie du patrimoine, ou en ayant recours aux notions de meubles et immeubles du *Code civil du Québec* (art. 1851 C.c.Q.), la réponse est la même : la personne privée par une autre de la jouissance paisible d'un bien sur lequel elle possède un droit, à titre de propriétaire, de locataire ou à un autre titre, par une conduite qui démontre chez l'auteur de la faute une intention de nuire ou de la mauvaise foi est en droit de réclamer des dommages punitifs en invoquant l'application des articles 6 et 49 de la Charte québécoise. Tel est le cas en l'espèce.¹²¹

Bien que cette décision ait été rendue dans le contexte d'un bail commercial, le même principe s'applique au bail de logement. Le locateur peut se voir réclamer des dommages punitifs lorsqu'il prive le locataire de « ses » biens, de manière illicite et intentionnelle. Le Tribunal administratif du logement a, depuis, usé de cette justification pour imposer des dommages punitifs dans le cas d'évictions illicites¹²². La Charte ne protège donc pas seulement le droit réel, tel que traditionnellement considéré dans le cadre du rapport aux biens. Il a semblé injuste aux tribunaux de réserver la protection de la loi au seul détenteur de droit réel. En ce sens, il est possible qu'un objectif juridique soit jugé valable et suffisant pour étendre la compréhension des règles traditionnelles du louage. Le « droit à la jouissance » permet donc d'octroyer au locataire certains avantages habituellement réservés au titulaire d'un droit réel.

2. *Le caractère mixte du droit de jouissance*

Malgré ces liens, la doctrine québécoise montre peu d'intérêt pour une évolution dans l'analyse des droits du locataire¹²³. Toutefois, une porte a été entrouverte en cette matière par certains auteurs dans le cadre de la distinction entre les droits réels et les droits personnels. Le professeur Denys-Claude Lamontagne classe les droits du locataire au maintien dans les lieux dans la catégorie des droits mixtes, ceux « qui se situent à mi-chemin des

121. *Id.*, par. 24.

122. *Zouggari c. Northcrest Development Inc.*, 2022 QCTAL 12176 ; *Salamin c. Larouche*, 2022 QCTAL 341.

123. P.-G. JOBIN, préc., note 1, n° 9, p. 28 : l'aspect essentiel de la relation locateur-locataire repose sur l'obligation du locateur et non sur un lien de droit avec le bien.

droits personnels et des droits réels »¹²⁴. Puis, le professeur Pierre-Claude Lafond écrit :

Bien qu'il ne soit fondamentalement que titulaire d'un droit personnel, les nombreux attributs qui confèrent un caractère de protection à ce droit nous permettent d'établir un parallèle avec le droit du titulaire d'un droit d'usage qui a sur l'immeuble un droit réel. Ce parallèle n'est toutefois qu'apparent car si le titulaire d'un droit d'usage a un droit de jouissance direct sur le bien, en revanche le locataire ne peut jouir de son logement que par l'intermédiaire du locateur. On peut néanmoins conclure que le droit du locataire d'un logement tient à la fois du droit personnel et du droit réel. Pour cette raison, il mérite de porter l'appellation de droit mixte.¹²⁵

Puisque le Code ne le définit pas¹²⁶, il faut chercher ailleurs pour caractériser davantage le droit mixte. On comprend au départ qu'une appréciation renouvelée de la dichotomie droit personnel / droit réel est indiquée. À cet égard, le *Dictionnaire de droit privé* renvoie sous « droit mixte » à un synonyme : *jus ad rem trans personam*¹²⁷. Il s'agit du « droit à une chose », du « droit qui semble mitoyen entre le *jus in re* (droit réel) et le *jus in personam* (droit personnel). En réalité, il s'agit d'un droit personnel dont la particularité vient de ce que le titulaire du *jus ad rem* a le droit personnel d'exiger que son débiteur lui donne ou lui livre la chose »¹²⁸. Le concept serait issu d'une interprétation faite en

124. D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 101, n° 106. Voir aussi Y. EMERICH, préc., note 42, p. 295 (« [...] le bail a certaines caractéristiques du droit réel en droit civil même s'il n'est pas reconnu comme tel ») ; Denys-Claude LAMONTAGNE, « L'opposabilité des droits du locataire et du locateur », (1991) 93 *R. du N.* 306, p. 317. Selon l'expression d'un auteur, les droits mixtes seraient « mâtinés de réalité » : Frédéric ZÉNATI, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », dans *L'évolution contemporaine du droit des biens : troisièmes journées René Savatier*, Paris, P.U.F., 1991, p. 13, à la p. 18.

125. P.-C. LAFOND, préc., note 97, n° 462, p. 178.

126. Roderick A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) 39 *McGill Law Journal* 761, p. 798-799.

127. CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 130 (v° droit mixte). Le dictionnaire inclut deux autres définitions qui sont peu pertinentes pour nos fins. Il s'agirait d'abord d'un « [d]roit dont les règles proviennent de plusieurs systèmes juridiques » ou d'une « [b]ranche du droit s'inspirant à la fois des règles du droit public et du droit privé ».

128. Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et de locutions latines utilisées en droit*, 4^e éd. par Martin Mac AODHA, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 287 (v° *jus ad rem*). Voir aussi CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT

droit canonique qui reconnaît le *jus ad rem*¹²⁹. Il s'agissait alors d'un droit reconnu à un évêque ou un curé lorsqu'un bien lui est attribué pour ses fonctions¹³⁰. Ce n'est pas un droit *sur la chose*, mais bien un droit *à la chose*. Ce type de droit est utilisé en jurisprudence québécoise, laquelle reconnaît toutefois sa nature personnelle, malgré son aspect original. Ainsi, au moment de discuter un droit issu d'une fiducie, la juge Côté de la Cour suprême écrit :

Un tel droit peut s'apparenter à la notion de *jus ad rem*, qui requiert que le débiteur (ou le patrimoine de ce dernier) remette le bien au bénéficiaire [...]. Ce droit à un avantage, correspondant à un bien particulier détenu par la fiducie, demeure un droit personnel plutôt que réel. À ce titre, il est analogue, par exemple, aux droits qui découlent d'un bail, mais en reste distinct.¹³¹

Dans le contexte actuel, il semble donc que le droit mixte demeure plus proche du droit personnel que du droit réel¹³². Il nous apparaît toutefois qu'une reconnaissance formelle de la nature mixte des droits du locataire permettrait de prendre acte de ses fonctions particulières et de lui assurer une utilité qui dépasse le seul besoin de constater l'aspérité de ce droit dans les classifications connues. Pour ce faire, il faudrait d'abord identifier les éléments caractéristiques de ce type de droit.

À ce sujet, il nous semble que le droit mixte se caractérise par l'influence d'un droit subjectif¹³³ sur un autre, et ce, de deux

-
- PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, préc., note 105, p. 127 (v^o *jus ad rem trans personam*) : « 2^o Ni tout à fait droit personnel ni tout à fait droit réel, le *jus ad rem trans personam* semble échapper aux classifications, raison pour laquelle il est parfois décrit comme un droit mixte » ; P.-C. LAFOND, préc., note 97, n^o 462, p. 178.
129. Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé – Les biens*, Paris, Presses universitaires de France, 1961, p. 38 et s.
130. *Id.* Les auteurs se réfèrent aux Décrétales de Boniface VIII : *Sextus Liber Decretalium*, I, 13, 3 et III, 7, 8.
131. *Yared c. Karam*, 2019 CSC 62, par. 141 (dissidence de la juge Côté). Voir toutefois : *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Buffet Lazio (1985) inc.*, J.E. 98-1403 (C.S.), p. 8 du jugement intégral (pdf).
132. En France, sur la position voulant que le *jus ad rem* ne permette pas de se rapprocher du droit réel, voir : Louis RIGAUD, « À propos d'une renaissance du "jus ad rem" et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », (1963) 15 *RIDC* 557.
133. Nous entendons ici la notion de droit subjectif comme la prérogative que le titulaire exerce pour son propre intérêt : CENTRE PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, préc., note 105, p. 74 (v^o *droit*). Pour une discussion de la définition,

manières. D'abord, il s'agit de reconnaître clairement que le locateur, en consentant au bail, renonce de manière temporaire à divers attributs de son droit de propriété. Nous avons vu comment la location d'un logement empêche le propriétaire d'user, de jouir et de disposer pleinement de son bien, ce qu'il accepte en raison du loyer à payer. De son côté, le locataire peut exiger d'avoir accès au bien afin de l'habiter, possiblement sa vie durant. Il peut compter sur ce droit subjectif, même si l'immeuble change de propriétaire dans la majorité des cas. Tant qu'il respecte ses obligations, le locataire peut conserver son logement et empêcher que sa jouissance ne soit troublée de façon illégitime. En conséquence, l'accès au bien par le locataire est tributaire de la renonciation à l'exercice de la pleine propriété que s'impose le cocontractant par la formation du contrat de bail.

Dans un deuxième temps, le droit mixte se caractérise par la volonté législative de prioriser le bail sur l'exercice du droit réel dans plusieurs circonstances. Le droit subjectif du locataire ne provient pas que de la seule volonté du locateur. La loi, en raison d'impératifs sociaux, empêche le locateur de profiter pleinement de son droit de propriété, qui serait autrement absolu dans ses relations face aux tiers¹³⁴. Ainsi, le maintien dans les lieux et l'interdiction de changer l'affectation du bien sont autant de mesures qui atteignent la faculté du propriétaire de disposer librement de son bien. Lorsque le locateur tente d'opposer un droit de gérance associé à la propriété, le tribunal rappelle à celui-ci les limites qui lui sont imposées par le contexte législatif applicable¹³⁵. Bien que

voir Alexandra POPOVICI, *Êtres et avoirs : les droits sans sujet en droit privé actuel*, coll. « Minerve », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 101 et 113.

134. Étant entendu que l'exercice du droit de propriété est toujours sujet aux limites juridiques existantes : S. NORMAND, préc., note 41, p. 112-113.
135. *3485 Papineau Investments Ltd. c. Ouali*, 2022 QCTAL 13975, par. 172-173 : « L'article 1856 C.c.Q étant d'ordre public, l'obligation du locateur de ne pas changer la forme des logements doit primer sur son droit de propriété et son droit de gérance de son immeuble. Le droit de propriété du locateur ne lui permet pas de faire ce qu'il veut avec son immeuble, notamment dans le cadre du louage résidentiel. Son droit de propriété est balisé par le *Code civil du Québec*, la *Loi sur le Tribunal administratif du logement* et les autres dispositions réglementaires, tant provinciale que municipale. » Le droit de gérance s'applique toutefois pleinement à l'intérieur des limites favorisant le locataire. Ainsi, tant que la forme du logement n'est pas modifiée et que les exigences de la loi sont respectées, le locateur peut apporter les améliorations qu'il désire : *Discepola c. Latendresse*, 2021 QCTAL 12216, par. 23 ; *9403-3529 Québec inc. c. Abi Jaoude*, 2021 QCTAL 23590, par. 20 citant : *9120-6003 Québec Inc. c. Paradis*, 2014 CanLII 130981 (QC RDL).

le locateur donne son consentement lors de la formation du contrat, force est d'admettre que la protection du locataire serait bien illusoire si les dispositions pertinentes étaient supplétives de volonté.

Il s'ensuit que le droit mixte, dans le contexte du logement, devrait être vu comme une limite consensuelle et légale à l'exercice plein et entier d'un droit de propriété. Sans dire que le locataire obtient une partie du droit réel, on peut à tout le moins trouver dans ce principe une justification formelle au *jus ad rem*, le droit à la chose. Cette seule qualification clarifie le statut juridique du locataire et donne des assises théoriques plus solides aux prérogatives lui étant octroyées. Cela justifie ainsi que le locataire puisse parfois se voir reconnaître des avantages juridiques relevant généralement des attributs du droit de propriété, tels que l'accès au recours en revendication ou l'ouverture à des dommages-intérêts punitifs lorsqu'on prive le locataire de « ses » biens au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

L'ensemble de cette analyse permet de constater le caractère unique des droits du locataire. Il bénéficie du droit à la chose et d'un équivalent pratique à plusieurs attributs du droit de propriété. L'affirmation du droit mixte permet de s'éloigner de l'aspect purement personnel des obligations en cause. Cela se justifie par le besoin de sécurité et de stabilité du locataire. On peut ainsi concevoir que le droit privé contribue à l'édification d'un droit au logement, à chaque fois qu'une norme reconnaît une limite à l'exercice du droit réel d'un locateur. Autrement dit, lorsque le locateur est tenu de renoncer à un avantage issu du droit réel, le droit au logement s'en trouve renforcé.

Cette compréhension du droit mixte serait en accord avec une conception revue du droit de propriété. Il a été suggéré que « la reconnaissance du droit au logement signe la relativisation et la finalisation du droit de propriété »¹³⁶ qui ne peut plus être vu comme la prérogative égoïste du propriétaire. La propriété doit

136. Valérie GODFRIN, « Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété », dans Philippe PÉDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne – Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 137, à la p. 156. Il s'agirait d'une « résurgence de la théorie de la fonction sociale du droit de propriété » qui est une vision tempérée de la théorie élaborée par L. Duguit et critiquée par : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2 « Les biens – Les obligations », coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2004, p. 1641.

avoir une fonction sociale si un véritable droit au logement est reconnu. Les droits du locataire signifient nécessairement que les droits du propriétaire ne sont pas absolus. En ce sens, une reconnaissance du droit au logement pourra contribuer à l'évolution des théories de la propriété¹³⁷. Toute évolution à cet égard ne viserait pas à remettre en question l'ensemble des concepts connus en droit de la propriété¹³⁸, mais plutôt à s'assurer que le bail de logement confère un droit distinctif au locataire face au bien, même s'il est fortement encadré par la loi.

L'évolution en la matière dépendra d'une volonté législative, judiciaire et doctrinale de concevoir différemment les droits du locataire ou, à tout le moins, d'en identifier les attributs qui en marquent le caractère unique. Le défi visant à intégrer le droit au logement au système juridique québécois invite à cette approche évolutive.

CONCLUSION

Nous avons voulu montrer que le droit privé est un outil qui peut permettre à la société québécoise de se rapprocher d'un droit au logement. Il fait partie des outils à la disposition de l'État qui voudra, conformément aux principes de droit international, assurer à tous un logement décent. Les règles de droit privé, continuellement perfectibles, permettent de se rapprocher des idéaux pertinents. Parmi ceux-ci, la sécurité de l'occupation fait déjà l'objet de règles d'ordre public de grande importance pour la protection des locataires. L'analyse de celles-ci révèle toutefois des failles qui pourraient être comblées de diverses manières.

137. Pour une étude des théories de la propriété depuis l'adoption du *Code civil* en France : François TERRÉ, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », *Droits* 1985.1.33.

138. Il a d'ailleurs été remarqué que la distinction entre droit réel et droit personnel pourrait être remise en question : R. MACDONALD, préc., note 126, p. 789. Voir J. DERRUPÉ, préc., note 91, p. 170 : « Pourquoi continuer à utiliser une construction contraire au bon sens, à la logique et à la nature des choses ? » Pour la recherche d'un équilibre en droit européen, voir : Nicolas VAN AKEN, « Droit au logement et droit de propriété : convergences et divergences », dans *Le droit au logement : vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'être humain (Actes du colloque du 19 octobre 2007)*, Bruxelles, Bruylant et Nemesis, 2009, p. 57.

Le droit québécois ignore pour l'essentiel un droit à la relocalisation qui renforcerait les acquis en matière de stabilité du logement. Diverses options sont possibles afin d'empêcher, autant que faire se peut, l'expulsion d'un locataire à condition de lui assurer un autre logis. Évidemment, un tel droit ne saurait être absolu ; un équilibre avec les droits du locateur doit être recherché.

De manière plus large, la nature particulière des droits du locataire de logement pourrait être précisée. Il importe en effet de s'éloigner d'une conception où le seul droit de propriété est vu comme l'assurance d'un logement décent. Concevoir le droit du locataire comme un droit mixte permettant l'accès à un bien est digne d'intérêt. Une reconnaissance formelle, voire législative, aurait des conséquences positives, au vu de la stabilité des droits du locataire. Dans une société qui accorde une grande importance à la propriété et au droit réel, le statut du locataire s'en trouverait valorisé. À long terme, cela devrait favoriser le locataire dans l'interprétation des règles et l'importance qui est accordée à son maintien dans les lieux.

À la suite de ces premiers pas liés à la sécurité de l'occupation, il faudrait s'arrêter à tous les attributs du droit au logement et suggérer dans chaque cas les véhicules juridiques qui permettront de s'approcher de l'idéal recherché. Il semble évident que le droit privé, à lui seul, ne peut faire évoluer les règles vers le résultat attendu. Toutefois, en conjonction avec les mesures de droit public qui s'adressent particulièrement aux populations les plus vulnérables, une démarche plus claire se dessine. Il s'agit sûrement de l'utilité principale d'un grand concept juridique comme celui du droit au logement. Il sert de guide et permet l'édification d'un système juridique conforme aux attentes qu'il exprime.

Ces quelques réflexions s'attardent à la seule contribution du droit privé. Il ne faudrait pas y voir une échappatoire pour que l'État justifie son inaction dans le cadre d'interventions directes qui sont requises par les circonstances. Il n'existera évidemment aucune solution miracle pour que le droit au logement s'accomplisse. Tant le droit public que le droit privé peuvent toutefois y contribuer. Il n'en tient qu'aux acteurs du droit de modeler les règles pertinentes en fonction des objectifs à atteindre.

L'application des clauses d'élection de for aux contrats de cautionnement au Québec

Ari Y. SOREK et Benjamin DIONNE

Résumé

Depuis l'affaire *GreCon Dimter*, la Cour suprême du Canada favorise l'application des clauses d'élection de for ou des clauses d'arbitrage en respect pour l'autonomie de la volonté des parties, et ce au possible détriment d'une multiplicité des recours. L'application des clauses d'élection de for ou des clauses d'arbitrage dans le contexte de contrats accessoires soulève néanmoins des questions en matière de cohérence juridictionnelle, de proportionnalité procédurale et d'autonomie des parties.

Malheureusement, il est rare de trouver des jugements québécois qui se penchent sur les questions juridictionnelles qui découlent de la relation entre des litiges concernant les contrats de cautionnement qui garantissent des contrats principaux, lesquels, à leur tour, contiennent des clauses d'arbitrage ou d'élection de for. Il y a déjà sept ans, dans *Air Nostrum Lineas Aereas Del Mediterraneo c DAC Aviation Internationale ltée*, la Cour supérieure du Québec a conclu que la caution avait le droit d'invoquer une clause d'élection de for contenue dans un contrat principal, alors qu'elle n'était pas une partie à ce dernier et que les termes du contrat principal n'avaient pas été intégrés au contrat de cautionnement. Plus récemment, dans *AXC Construction inc. c Bioénergie AE Côte-Nord Canada inc.*, ce raisonnement a été suivi pour conclure qu'une caution pouvait demander le renvoi à l'arbitrage en vertu d'une clause contenue au contrat principal. La Cour d'appel a entériné ce résultat.

Cette jurisprudence a ainsi laissé la porte ouverte à des développements jurisprudentiels qui pourraient avoir des effets sur des principes importants de droit international privé, dont le principe de l'autonomie des parties et celui de la stabilité juridique. La décision *Air Nostrum* a pour effet d'assimiler les clauses d'arbitrage et d'élection de for à des « défenses » qu'il est loisible à une caution d'opposer à un créancier en vertu du libellé de l'article 2353 C.c.Q. Conséquemment, les praticiens du droit doivent s'assurer de bien identifier l'intérêt de leurs clients et de rédiger le contrat de cautionnement en conséquence, par exemple en s'assurant que les références à un contrat principal dans les contrats de cautionnement excluent expressément les clauses d'arbitrage ou d'élection de for, à défaut de quoi ils risquent de se voir invoquer unilatéralement une clause à laquelle ils n'ont jamais consentie.

L'application des clauses d'élection de for aux contrats de cautionnement au Québec

Ari Y. SOREK et Benjamin DIONNE*

RÉSUMÉ	45
1. INTRODUCTION	49
2. CONTRAT DE CAUTIONNEMENT : UN CONTRAT DISTINCT ?	52
(a) Le principe de proportionnalité	53
(b) Le principe de l'autonomie des parties	54
(c) L'arrêt <i>GreCon Dimter</i> : l'autonomie aux dépens de la proportionnalité	56
3. LES INCIDENCES POST- <i>GRECON DIMTER</i>	58
4. <i>AIR NOSTRUM</i> ET L'EFFET RELATIF DU CONTRAT : À GÉOMÉTRIE VARIABLE EN DROIT DU CAUTIONNEMENT ?	60
5. CONCLUSION	67

* M^e Ari Y. Sorek est chef du groupe Faillite et insolvabilité du bureau de Montréal de Dentons Canada et associé au sein du groupe de pratique Litiges et règlement des différends. Il est spécialisé dans les domaines du litige commercial, du litige civil et du litige en droit des sociétés, ainsi que de la restructuration financière, de la faillite et de l'insolvabilité. M^e Benjamin Dionne est avocat au sein du groupe de pratique Litiges et règlement des différends. Les auteurs tiennent à remercier M^e Véronique Bélair du cabinet Dentons Canada et les membres du comité de rédaction de la *Revue du Barreau* pour leurs précieux commentaires.

1. INTRODUCTION

Exception codifiée aux facteurs de rattachement du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») en matière patrimoniale¹, la clause d'élection de for² permet aux parties de désigner³ ou d'exclure⁴ contractuellement la compétence des tribunaux québécois. Ainsi, même en l'absence desdits facteurs de rattachement⁵ énoncés à l'article 3148 C.c.Q. (et sous réserve de certains facteurs d'ordre public propres à des régimes particuliers) il est loisible pour les

1. L'article 3148 C.c.Q. se lit comme suit :

Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

- (1) Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec ;
- (2) Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec, mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec ;
- (3) Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée ;
- (4) Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ;
- (5) Le défendeur a reconnu leur compétence.

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

2. Parfois aussi appelées « clause de choix de for », ce qui nous apparaît être une mauvaise traduction ou un anglicisme de « *choice of forum clause* » ; ou aussi « accord d'élection de for », p. ex. dans la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for.

3. Article 3148 al. 1(4) C.c.Q.

4. Article 3148 al. 2 C.c.Q.

5. La Cour suprême, dans *Spar Aerospace ltée c American Mobile Satellite Corp*, 2002 CSC 78 [*Spar*], a refusé d'importer en droit québécois la notion du « lien réel et substantiel », et ce, malgré l'existence, en matière de litiges interprovinciaux, d'un « impératif constitutionnel selon lequel les tribunaux canadiens ne peuvent se déclarer compétents que s'il existe un lien réel et substantiel », suivant les arrêts *Morguard Investments Ltd c De Savoie*, 1990 CanLII 29 (CSC) et *Hunt c T&N*, 1993 CanLII 43 (CSC) : voir *Spar* au para 51. Le juge Lebel conclut que la notion du « lien réel et substantiel » appartient plutôt à la common law, mais qu'elle « se trouve déjà subsumée sous les dispositions du para. 3148(3) [C.c.Q.] » : voir *Spar* au para 56. Voir aussi *Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c D'Amours*, 2007 QCCA 418. Pour une analyse de l'opportunité d'inclure le critère du lien réel et substantiel en droit québécois, voir L. Lussier, « L'exercice de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux au Québec : une crise des valeurs ? Commentaire sur *Spar Aerospace ltée c. American Mobile Satellite Corp.* », (2005) 50 R.D. McGill 417.

parties à un contrat de soumettre les litiges à naître à la compétence des tribunaux québécois. À l'inverse, même dans l'éventualité où un tribunal québécois aurait par ailleurs compétence pour trancher un litige, une partie peut invoquer une clause d'élection de for désignant exclusivement un tribunal étranger afin que le tribunal décline sa compétence⁶.

Expression de l'autonomie de la volonté des parties, la clause d'élection de for reconnaît aux contractants la faculté de choisir le for qui devrait être compétent pour entendre leurs litiges. Ainsi, le législateur a choisi de privilégier ce choix afin d'assurer la stabilité, l'ordre et l'équité dans les rapports contractuels, ce qui favorise la sécurité et la prévisibilité dans les relations commerciales internationales⁷.

Pour exclure la compétence du tribunal québécois, le libellé de la clause d'élection de for devra répondre à certaines exigences de fond⁸. Étant donné que la clause d'élection de for demeure une dérogation à la compétence des autorités québécoises, ces critères visent à confirmer l'autonomie de la volonté des parties. Ainsi, la clause d'élection de for doit être impérative, c'est-à-dire qu'elle doit obliger clairement les contractants à saisir le for étranger choisi⁹. De même, la clause d'élection de for doit être exclusive, c'est-à-dire qu'elle doit exclure de manière non équivoque la compétence des tribunaux québécois¹⁰. En effet, la clause d'élection de for doit être claire et précise ; un manque de clarté pourra mener au prononcé de son inefficacité pour exclure la compétence des tribunaux du Québec¹¹. Finalement, et à plus forte raison étant donné sa nature contractuelle, la clause d'élection de for devra être le fruit d'une rencontre de volontés.

6. *Investia Services financiers inc c Services financiers Dundee*, 2012 QCCS 4411 aux paras 60-66.

7. *GreCon Dimter inc. c J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46 aux paras 20-24 [*GreCon Dimter*].

8. *Ibid.*, au para 27.

9. Voir par exemple *Holiday Hospitality Franchising c Hôtels Côte de Liesse Inc*, 2018 QCCA 1998 aux paras 13-21, où la Cour d'appel devait déterminer si l'utilisation du mot « shall » laissait entendre une compétence impérative.

10. *GreCon Dimter*, *supra* note 7 au para 27 ; *STMicroelectronics Inc c Matrox Graphics Inc*, 2007 QCCA 1784 aux paras 109-113 [*STMicroelectronics*].

11. *Ibid.*, aux paras 119-124 ; *Bombardier produits récréatifs Inc c PICC Property and Casualty Insurance Co Limited*, 2019 QCCS 1503 aux paras 16-19 où la mention « Policy jurisdiction : China » a été jugée insuffisante.

Si l'application des clauses d'élection de for ne fait plus généralement l'objet de grands débats juridiques, du moins conceptuellement, la situation est tout autre en ce qui concerne l'application à un contrat accessoire d'une clause d'élection de for contenue dans un contrat principal, comme un contrat de cautionnement. La relation entre les contrats de cautionnement et les clauses d'élection de for contenues dans les contrats que les cautions garantissent est complexe et a donné lieu à plusieurs développements jurisprudentiels. Par exemple, une demande concernant un contrat accessoire devrait-elle suivre les termes et obligations du contrat principal et être tranchée devant le même for que le contrat principal ? Les contrats de cautionnement intègrent-ils les clauses d'élection de for présentes dans les contrats dont ils garantissent les obligations ? L'importance de circonscrire adéquatement l'étendue et l'application d'une clause d'arbitrage ou d'élection de for est primordiale : les effets peuvent être importants, particulièrement dans les cas de figure où le poids financier ou le rapport de force des parties rend difficile le recours à un tribunal étranger¹².

Dans un premier temps, le présent article se penche sur la nature des contrats de cautionnement et sur le lien qu'ils ont avec les contrats principaux dont ils garantissent les obligations. L'accent est également porté sur l'application des clauses d'élection de for aux contrats accessoires. Ce sujet de recherche a traditionnellement donné lieu à une lutte entre deux principes juridiques : le principe de l'autonomie de la volonté des parties et le principe de la proportionnalité.

Dans un deuxième temps, nous effectuerons une revue de la jurisprudence afin de mettre en lumière le fait que les tribunaux n'ont pas encore défini adéquatement l'application aux contrats accessoires des clauses d'élection de for contenues dans un contrat principal, notamment en matière de cautionnement. Nous explorerons plus en détail les difficultés d'application des clauses d'élection de for pour une partie qui n'est pas partie au contrat principal telles qu'elles sont apparues dans l'affaire *Air Nostrum Lineas Areas Del Mediterraneo c DAC Aviation Interna-*

12. *Mofu Moko c Ebay Canada Ltd*, 2013 QCCS 856 aux paras 13, 15 (appel rejeté) ; *Otsuka Pharmaceutical Company Limited c Pohoresky*, 2022 QCCA 1230 aux paras 10-12 [*Otsuka*].

*tionale ltée*¹³. D'intérêt particulier, cette décision affirme qu'une clause d'élection de for peut constituer une défense pour la caution et que celle-ci peut par le fait même s'en servir contre le créancier en vertu de l'article 2353 C.c.Q.

2. CONTRAT DE CAUTIONNEMENT : UN CONTRAT DISTINCT ?

Dans le cadre d'un litige impliquant des contrats accessoires qui garantissent un contrat principal (tel le contrat de cautionnement), les tribunaux devront d'abord déterminer l'effet d'une clause d'élection de for dans l'un ou l'autre des contrats¹⁴. Des contrats principaux et accessoires portant la même clause d'élection de for ne causeront évidemment aucun problème. Là où le bât blesse, c'est lorsque le contrat principal et le contrat accessoire n'ont pas les mêmes modalités, soit que l'un ait une clause d'élection de for et l'autre non, ou encore qu'ils comportent des clauses d'élection de for différentes.

En droit du cautionnement, la cour doit considérer un triangle relationnel, soit (1) le lien de droit entre le créancier et le débiteur du contrat principal, (2) le lien de droit entre le débiteur du contrat principal et la caution en vertu du contrat accessoire et (3) le lien de droit entre le créancier et la caution. Les tribunaux devront trancher l'épineuse question des rapports juridiques entre les différents acteurs et déterminer dans quelle mesure le contrat accessoire importe les modalités du contrat principal (ou vice-versa).

Cette question sera foncièrement factuelle, s'inscrivant dans un exercice d'interprétation contractuelle. Toutefois, au-delà des termes mêmes des contrats, les tribunaux doivent aussi considérer comme question de droit la relation entre les contrats de cautionnement et les contrats principaux.

13. *Air Nostrum Lineas Aereas Del Mediterraneo c DAC Aviation Internationale ltée*, 2017 QCCS 5421 [*Air Nostrum*]. Sans être des plus récentes, cette décision nous apparaît toujours d'intérêt – le temps demeure une chose toute relative. Dentons Canada a agi dans la procédure d'*Air Nostrum*, ayant représenté le demandeur, *Air Nostrum Lineas Aereas de Mediterraneo*.

14. Outre la question préalable de la validité même des clauses d'élection de for, laquelle n'est pas l'objet des présentes.

Les développements jurisprudentiels sur la relation entre les contrats de cautionnement et les contrats principaux cautionnés offrent un bon aperçu de la façon dont les clauses d'élection de for doivent être appliquées. De plus, ces décisions illustrent deux principes juridiques importants qui doivent être hiérarchisés afin de déterminer l'application adéquate qui doit être faite des clauses d'élection de for, soit la proportionnalité et l'autonomie de la volonté des parties.

(a) Le principe de proportionnalité

Selon une certaine jurisprudence en matière de droit international privé et d'arbitrage, et à l'instar de la solution consacrée lorsque des recours en garantie étaient en cause, les tribunaux avaient favorisé la réunion, devant un même tribunal, de deux litiges ayant un certain degré de connexité, notamment lorsque « [fondés] sur le même rapport juridique »¹⁵. En effet, en matière de litiges domestiques, les tribunaux jugent que la demande principale et la demande en garantie doivent généralement être entendues conjointement et disposées par un seul jugement¹⁶.

Ainsi, sur la base d'un courant jurisprudentiel maintenant renversé et critiqué par la Cour suprême dans l'arrêt *Grecon Dimter* (tel que nous le verrons plus bas), on insistait alors généralement sur l'importance d'assurer une plus grande uniformité et cohérence dans la résolution du litige, notamment en vue d'éviter des « jugements opposés sur des contestations qui doivent recevoir la même solution » ou pour « épargn[er] ainsi des frais et des lenteurs »¹⁷. On semblait invoquer, à tort, « la primauté de l'article 3139 C.c.Q.

-
15. *Crestar Ltd c Canadian National Railway Company*, 1999 CanLII 11512 (QCCS) [*Crestar*], citant JA Talpis et J-G Castel, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, t 3, Sainte-Foy, PUL, 1993 aux pp 905-906. Voir aussi *Guns N'Roses Missouri Storm inc c Productions musicales Donald K Donald inc*, 1994 CanLII 5694 (QC CA) [*Guns N'Roses*], quoiqu'il s'agisse d'un cas de recours récursoires en garantie plutôt que de l'application d'un contrat de cautionnement en tant que tel. Voir aussi *Intergaz inc c Atlas Copco Canada inc*, 1997 CanLII 9248 (QC CS).
 16. *Construction Cogerex ltée c Construction St-Léonard (1996) inc*, 2006 QCCA 329 au para 18 ; *Bohbot c Weinberger*, 2015 QCCS 4829 au para 7.
 17. *Pemberton-Smith c AE Lepage & Westmount Realities inc*, [1975] C.A. 623 à la p 624.

sur l'article 3148 C.c.Q. »¹⁸ afin d'écartier des clauses d'élection de for par ailleurs suffisamment claires.

Si à l'époque il n'était pas question du principe de proportionnalité – celui-ci ne connaissant ses heures de gloire que depuis la réforme du *Code de procédure civile* de 2016 –, il s'agit essentiellement de la même idée : doit-on appliquer strictement les « simples » questions de compétence au risque de multiplier les instances ou serait-il plus « proportionné » qu'un seul tribunal entende toute l'affaire¹⁹ ?

Ainsi, suivant ce courant jurisprudentiel passé, émanant de *Guns N'Roses* et *Crestar*, il était loisible, lorsqu'en présence de deux litiges arborant une certaine identité d'objet, d'invoquer l'article 3139 C.c.Q. pour écartier une clause d'élection de for, toujours sous prétexte, notamment, que les obligations garanties par un contrat accessoire découlent généralement du contrat principal et que le fait d'instituer des procédures devant des tribunaux différents pourrait mener à d'éventuelles incohérences²⁰ et augmenter le risque de jugements contradictoires. Toujours selon cette jurisprudence, imposer aux parties de comparaître devant plus d'un forum augmenterait aussi les coûts afférents, ce qui ne favoriserait pas non plus une saine administration de la justice.

(b) Le principe de l'autonomie des parties

En pratique, les tribunaux ont dû trouver un équilibre entre le principe de la proportionnalité et le principe de l'autonomie de la volonté exprimé à travers les clauses d'élection de for.

Si l'article 3139 C.c.Q. vise à éviter que les litiges visant des contrats accessoires – tels que les contrats de cautionnement –

18. *GreCon Dimter*, *supra* note 8 au para 52. L'article 3139 C.c.Q. se lit comme suit : « L'autorité québécoise, compétente pour la demande principale, est aussi compétente pour la demande incidente ou reconventionnelle ».

19. La question s'est d'ailleurs posée avec davantage d'acuité depuis l'entrée en vigueur de l'article 491 C.p.c. qui souligne qu'un tribunal qui décide de sa compétence internationale prend en considération les principes directeurs de la procédure. La Cour d'appel a récemment interprété restrictivement la portée de cet article : *Otsuka*, *supra* note 12 aux paras 7-8.

20. Gérard Goldstein et Ethel Groffier, *Traité de droit civil : Droit international privé*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, à la p 745.

soient tranchés par une autorité distincte de celle du contrat principal, ce principe entre en conflit avec l'article 3148 al. 2 C.c.Q. En effet, cette disposition prévoit qu'un tribunal québécois est incompétent dès lors que les parties ont choisi de soumettre leurs litiges à une autorité étrangère ou à un arbitre et qu'une des parties invoque cette entente.

Que ce soit en favorisant la volonté des parties malgré la possibilité d'instances multiples ou en favorisant la cohésion d'un forum unique au détriment de la volonté des parties, l'application des clauses d'élection de for aux contrats accessoires crée une tension entre les principes de stabilité juridique, de l'autonomie de la volonté des parties et de proportionnalité.

Aujourd'hui, les tribunaux considèrent les contrats de cautionnement comme des contrats distincts à part entière. Suivant ce raisonnement, en l'absence de langage contractuel explicite à l'effet contraire, les contrats connexes, subsidiaires ou accessoires sont autonomes du contrat principal en vertu du droit québécois²¹. Les contrats de cautionnement jouissent de leurs propres conditions d'exécution²². Les cautions sont donc considérées comme des tiers au contrat principal puisqu'en général elles n'ont pas consenti aux termes et aux conditions contenus au contrat dont les obligations sont garanties par le contrat de cautionnement.

L'existence autonome du contrat principal et du contrat de cautionnement limite donc la portée des clauses d'élection de for, puisque celles-ci ne peuvent être invoquées contre une personne qui n'est pas partie au contrat contenant la clause²³.

Par conséquent, le fait de permettre aux parties de choisir le forum de leur choix respecte la libre volonté et l'autonomie des parties prenantes au contrat, nonobstant le fait que le résultat potentiel de telles clauses soit la scission des instances devant deux fors distincts pour des demandes pourtant connexes.

21. *Hydrotope ltée c La Garantie compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord*, SOQUIJ AZ-97026261 [Hydrotope] ; *Matériaux Bomat Inc c Cloutier*, 2005 CanLII 49839 (QCCS) [Matériaux Bomat] ; *Distnet inc c Andritz Hydro ltée*, 2010 QCCS 1921.

22. *Matériaux Bomat*, supra note 22 au para 10.

23. *Stormbreaker Marketing and Productions Inc c Weinstock*, 2013 QCCA 269 au para 44 (permission d'appeler à la CSC rejetée : 2013 CanLII 45853 (CSC)).

Le principe de l'autonomie des parties va toutefois dans les deux sens. Il permet aux cocontractants d'intégrer des clauses d'élection de for ou d'arbitrage contraignantes²⁴, mais il tient également les parties responsables de tous problèmes et inconvénients procéduraux qui découlent de leur choix. En effet, il est clair que le fait d'intégrer des clauses d'élection de for différentes dans un contrat principal et un contrat accessoire peut causer des difficultés à l'une ou l'autre des parties. À ce titre, le juge Chamberland de la Cour d'appel rappelait que les entrepreneurs québécois auraient avantage à bien comprendre la portée des contrats qu'ils signent, et l'effet d'une clause d'élection de for²⁵.

(c) **L'arrêt *GreCon Dimter* : l'autonomie aux dépens de la proportionnalité**

L'arrêt *GreCon Dimter c J.R. Normand inc.* est une importante décision de la Cour suprême qui est venue confirmer la prépondérance du principe de l'autonomie de la volonté des parties en cas de conflit juridictionnel²⁶.

Avant l'arrêt *GreCon Dimter*, les tribunaux avaient traditionnellement préféré éviter d'appliquer des clauses d'élection de for ou d'arbitrage dans le contexte d'un appel en garantie²⁷.

Dans l'arrêt *GreCon Dimter*, un manufacturier allemand de pièces industrielles (« GreCon ») était en défaut de livraison de ses marchandises, ce qui avait empêché un fournisseur québécois (« JR Normand ») de lui-même livrer le produit à son client (« Scierie Thomas-Louis Tremblay »). Scierie Thomas-Louis Tremblay a intenté une action contre JR Normand au Québec, et JR Normand a appelé GreCon en garantie. En réponse, GreCon a soulevé un moyen déclinatoire fondé sur une clause d'élection de for au bénéfice des tribunaux allemands contenue dans un contrat qu'elle avait signé avec JR Normand, mais auquel Scierie Thomas-Louis Tremblay n'était pas partie.

24. Article 48(2) C.c.Q.

25. *Robertson Building Systems Ltd c Constructions de la Source inc.*, 2006 QCCA 461 au para 36 (motifs concurrents).

26. *GreCon Dimter*, *supra* note 7.

27. *Ibid.*, au para 51.

En première instance, la Cour supérieure a rejeté le moyen déclinatoire, statuant qu'une clause d'élection de for ne peut pas priver une autorité québécoise d'entendre une action accessoire à l'action principale lorsque l'action principale se trouve valablement devant la Cour supérieure²⁸. Par la suite, la Cour d'appel a rejeté l'appel au motif qu'il existait un lien suffisant de connexité unissant l'action principale à l'action en garantie, rejetant au passage la prétention selon laquelle l'article 3148 al. 2 C.c.Q. a préséance sur la compétence des tribunaux québécois prévue à l'article 3139 C.c.Q.²⁹. De plus, la Cour d'appel a rejeté l'application de la doctrine du *forum non conveniens* (3135 C.c.Q.) puisque l'appelant n'avait jamais démontré qu'un forum étranger serait préférable³⁰.

Saisie du pourvoi, la Cour suprême a accueilli l'appel et invalidé les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel. Selon la Cour suprême, l'application de l'article 3139 C.c.Q. est subordonnée au principe de l'autonomie de la volonté des parties³¹. La Cour suprême note qu'avec la réforme du *Code civil du Québec* de 1994 et l'entrée en vigueur du livre dixième³², le droit québécois prend maintenant en compte le contexte propre au droit international privé dans la détermination de la compétence d'un tribunal.

La Cour suprême a par la suite déclaré que l'article 3139 C.c.Q. est d'abord et avant tout fondé sur des considérations procédurales³³. Par conséquent, le paragraphe 2 de l'article 3148 C.c.Q. donne plein effet à l'élection de for choisie par les parties, venant ainsi outrepasser l'article 3139 C.c.Q. Par le fait même, la Cour suprême conclut que la Cour supérieure n'avait pas compétence à l'égard de l'action en garantie en raison de la clause d'élection de for contenue dans le contrat, s'en remettant ainsi à la volonté des parties au détriment de la commodité procédurale d'un seul forum. Ainsi, selon *GreCon Dimter*, les clauses d'élection de for choisies par les parties ont préséance sur les considérations procédurales lorsqu'elles sont invoquées contre des appels en garantie, et ce, même si ce choix fait en sorte que deux fors différents et

28. *Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc c JR Normand Inc*, 2003 CanLII 47362 (QC CS).

29. *Grecon Dimter Inc c JR Normand Inc*, 2004 CanLII 25730 (QC CA).

30. *Grecon Dimter*, *supra* note 7 au para 12.

31. *Ibid*, au para 37.

32. Lequel n'avait pas d'équivalent sous le *Code civil du Bas-Canada*.

33. *Grecon Dimter*, *supra* note 7 au para 51.

deux instances séparées seront mobilisés pour des actions pourtant connexes.

3. LES INCIDENCES POST-GRECON DIMTER

La décision de la Cour suprême établit une tendance distincte dans la jurisprudence québécoise en déférant au choix des parties qui incluent une clause d'arbitrage ou une clause d'élection de for, nonobstant l'impact possiblement négatif d'un point de vue d'administration de la justice. Dans la décision *AOF Service alimentaire inc. c Gestion Michel Mayrand inc*, la Cour supérieure, se référant à *GreCon Dimter*, s'est penchée sur le conflit entre les questions de procédure liées à l'existence d'instances distinctes et au principe de l'autonomie des parties :

[36] Les problèmes, les inconvénients et les difficultés reliés à la tenue de deux audiences distinctes, l'une devant la Cour supérieure et l'autre devant un tribunal d'arbitrage, portant, entre autres, sur l'état physique d'un même immeuble, doivent céder le pas au principe fondamental de l'autonomie de la volonté des parties³⁴.

De façon similaire, dans la décision *ArcelorMittal Exploitation minière Canada c SNC-Lavalin inc*, la Cour supérieure a déterminé que la défenderesse Metso devait se défendre devant deux instances distinctes en raison de son choix de consentir à une clause d'arbitrage. Par conséquent, la Cour supérieure considère que les inconvénients procéduraux ne sont qu'une conséquence naturelle des propres décisions des parties ainsi que de leur volonté³⁵.

Étant donné la préséance de l'autonomie de la volonté des parties, les parties à des contrats principaux et accessoires auront tout avantage à accorder leurs violons et à s'assurer d'avoir les mêmes clauses d'élection de for ou d'arbitrage³⁶. En raison de l'effet relatif du contrat, ces clauses ne devraient pas être invoquées par

34. *AOF Service alimentaire inc c Gestion Michel Mayrand inc*, 2016 QCCS 3482 au para 36.

35. *ArcelorMittal Exploitation minière Canada c SNC-Lavalin inc*, 2017 QCCS 574 au para 71.

36. Mais si nos estimés collègues en droit corporatif ne nous laissent pas, de temps à autre, quelques flous contractuels à élucider (lesquels ne sont bien entendus que le fruit de leur générosité), il y aurait moins de travail pour nous, pauvres avocats de litige.

une personne (ou être opposables à cette personne) si elle n'était pas partie à ce contrat.

Du moins, en principe. Nous y reviendrons.

Ainsi, un créancier ne pourra pas invoquer contre une partie une clause d'arbitrage ou une clause d'élection de for que celle-ci n'a pas acceptée dans un contrat de cautionnement, la jurisprudence ayant établi le caractère autonome des contrats de cautionnement en droit québécois³⁷.

Similairement, une défenderesse qui appelle en garantie une débitrice solidaire ne peut se voir opposer une clause d'arbitrage contenue dans un contrat qui ne lie que la débitrice solidaire/défenderesse en garantie et la demanderesse/créancière³⁸.

De même, les tribunaux ont refusé d'opposer à une caution une clause d'élection de for qui se trouvait dans le contrat principal. Considérant que le contrat de cautionnement est un contrat distinct du contrat principal, et à moins que la preuve n'établisse que le contrat de cautionnement incorpore une clause identique ou « miroir »³⁹, la Cour a conclu que la caution ne pouvait pas être liée par ses termes.

On notera au passage que la question se pose différemment lorsqu'il est question d'une clause d'élection de for au bénéfice des tribunaux québécois. Ainsi, si le contrat principal désigne l'autorité du Québec comme for compétent et que le contrat de cautionnement est silencieux sur le sujet, le créancier pourra toujours invoquer l'article 3139 C.c.Q. pour justifier la compétence des tribunaux québécois sur la caution. Similairement, si le contrat de cautionnement désigne l'autorité du Québec comme for compétent, mais que le contrat principal est silencieux sur la question, le créancier pourra aussi invoquer l'article 3139 C.c.Q. pour établir la compétence sur le débiteur.

37. *Hydrotope*, supra note 22 à la p 2.

38. *Metso Minerals Canada Inc c BBA inc*, 2017 QCCA 1544 aux paras 14-19.

39. *Fishman Flanz Meland Paquin, llp c Grand Financial Management Inc*, 2012 QCCQ 1848 au para 77.

4. **AIR NOSTRUM ET L'EFFET RELATIF DU CONTRAT : À GÉOMÉTRIE VARIABLE EN DROIT DU CAUTIONNEMENT ?**

La problématique se complexifie lorsqu'il est question du droit de la caution d'invoquer contre le créancier une clause d'élection de for au bénéfice d'un tribunal étranger ou une clause d'arbitrage qui se retrouverait dans le contrat principal pour éviter la compétence du tribunal québécois. La décision *Air Nostrum*⁴⁰ porte justement sur l'opposabilité au créancier d'une telle clause d'élection de for. Suivant cette décision, une caution peut invoquer une clause attributive de juridiction contenue dans un contrat principal qu'elle garantit, mais auquel elle n'est pas partie, et cette option ne semble plus conditionnelle à son intégration implicite ou explicite des termes du contrat principal au contrat de cautionnement.

Dans *Air Nostrum*, la demanderesse réclamait des sommes qui étaient dues par la défenderesse DAC International relativement à deux contrats (un bail et un contrat de service) qu'*Air Nostrum* avait conclus avec DAC Aviation Limited (« DAC EA »). La réclamation d'*Air Nostrum* contre DAC International découlait d'un contrat de cautionnement en vertu duquel DAC International garantissait le paiement de toutes les sommes dues par DAC EA à *Air Nostrum* en vertu des contrats de bail et de service.

Air Nostrum avait institué des procédures au Québec, lieu du domicile de DAC International. Bien qu'elle ne soit pas partie au bail et au contrat de service, DAC International a invoqué une clause d'élection de for dans le contrat de service désignant les tribunaux de Valence en Espagne.

DAC International a également fait valoir que le principe de proportionnalité dictait que, même en l'absence de clause d'élection de for dans le bail, les demandes résultant du bail devraient être présentées devant le même tribunal que les demandes résultant du contrat de service ; les deux réclamations étant connexes, il serait préférable que les tribunaux de Valence traitent de l'ensemble du dossier.

40. *Air Nostrum*, supra note 13.

À la suite d'un exercice d'interprétation contractuelle, l'honorable juge Frédéric Bachand (alors à la Cour supérieure) a d'abord conclu que le contrat de cautionnement n'intégrait pas les modalités du contrat principal. En effet, le contrat de cautionnement était un contrat distinct et autonome qui garantissait les dettes découlant du bail et du contrat de service, et les parties n'avaient pas intégré explicitement ou implicitement les modalités de l'un ou l'autre dans le contrat de cautionnement.

Cette distinction est importante, car ultimement le juge Bachand, malgré certaines réserves⁴¹, s'est senti lié par trois décisions antérieures pour accueillir le moyen déclinatoire de DAC International, à savoir *Gilbert Conseil*⁴², *Guarantee Co. of North America*⁴³, et *St-Félicien*⁴⁴ :

[21] Il s'avère cependant que la jurisprudence de la Cour d'appel reconnaît depuis relativement longtemps que la caution peut invoquer, contre la créancière, une clause compromissaire insérée dans le contrat principal. Cette solution ne semble pas remise en question par la doctrine québécoise, et elle doit logiquement s'étendre aux cas où le contrat principal contient non pas une clause compromissaire, mais plutôt une clause d'élection de for.⁴⁵

Ainsi, selon le juge Bachand, une caution peut invoquer une clause d'arbitrage ou une clause d'élection de for contre un créancier sans être partie au contrat qui contient cette clause.

S'il est vrai que dans le passé, les tribunaux québécois ont reconnu qu'une caution puisse invoquer une clause d'arbitrage se trouvant dans un contrat auquel elle n'était pas partie, les décisions concernées se distinguent toutes par les modalités mêmes des contrats de cautionnement, lesquels intégraient les modalités des contrats principaux. La caution pouvait donc, à bon droit, invoquer les clauses comme faisant partie du contrat de cautionnement lui-même. La possibilité pour une caution d'invoquer une clause

41. *Air Nostrum*, supra note 13 au para 22.

42. *Gilbert Conseil Sélect inc c 9034-8111 Québec inc*, 1998 CanLII 11952 (QC CS) [*Gilbert Conseil*].

43. *Guarantee Co of North America c Foundation Co of Canada Ltd*, [1975] CA 763 à la p 3 [*Guarantee Co of North America*].

44. *Société de cogénération de St-Félicien, société en commandite / St-Félicien Cogénération Limited Partnership c Industries Falmeac Inc*, 2005 QCCA 441 [*St-Félicien*].

45. *Air Nostrum*, supra note 14 au para 21.

d'arbitrage ou d'élection de for qui n'a jamais été incluse dans un contrat de cautionnement distinct est donc incompatible avec les décisions rendues dans les affaires *Gilbert Conseil* et *Guarantee Co.*

Dans l'affaire *Gilbert Conseil*⁴⁶, la Cour supérieure a donné effet à une clause de cautionnement dans un contrat de sous-location dans lequel les cautions garantissaient « toutes et chacune des obligations ci-dessous contractées » dans le contrat de location original. Étant donné que le contrat de sous-location intégrait tous les termes et conditions du bail original, il intégrait implicitement la clause d'arbitrage contenue dans ce bail, permettant ainsi à la caution d'invoquer cette clause en vue de faire décliner la compétence du tribunal sur l'appel en garantie, et ce, même si la caution n'était pas partie au bail⁴⁷.

Dans une autre affaire, *Guarantee Co. of North America*, décision rendue en vertu du *Code civil du Bas-Canada*, la Cour a donné effet à un cautionnement (dans ce cas-ci, un *performance bond*), dans lequel les parties y avaient explicitement incorporé tous les termes et conditions du contrat principal, ce qui incluait une clause d'arbitrage⁴⁸. Ainsi, le tribunal a appliqué à la demande de la caution la clause d'arbitrage provenant du sous-contrat initial.

Nous pensons que ces deux décisions se distinguaient de l'affaire *Air Nostrum* par leur trame factuelle. Toutefois, le jugement rendu dans *Air Nostrum* soulève la question de savoir si l'article 2353 C.c.Q.⁴⁹ peut trouver application : cet article prévoit que « [l]a caution [...] peut opposer au créancier tous les moyens que pouvait opposer le débiteur principal ».

On notera au passage que la version anglaise de l'article 2353 C.c.Q. fait plutôt référence à « all the **defences** of the principal debtor ». Le principe d'interprétation des lois bilingues⁵⁰ nous

46. *Gilbert Conseil*, *supra* note 44.

47. *Ibid.*, au para 19.

48. *Guarantee Co. of North America*, *supra* note 45.

49. L'article 2353 CcQ se lit comme suit : « La caution, même qualifiée de solidaire, peut opposer au créancier tous les moyens que pouvait opposer le débiteur principal, sauf ce qui sont purement personnels à ce dernier ou qui sont exclus par les termes de son engagement. »

50. *R c Daoust*, 2004 CSC 6, au para 26 et s.

demande de retenir le sens commun, soit celui du texte ayant le sens le plus restreint :

Selon un principe d'interprétation des lois bilingues, lorsqu'une version est ambiguë tandis que l'autre est claire et sans équivoque, il faut privilégier *a priori* le sens commun aux deux versions. De plus, lorsqu'une des deux versions possède un sens plus large que l'autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité⁵¹.

À nos yeux, le terme « moyen » a clairement une portée plus large que « defence » en anglais. Il est donc nécessaire de retenir le terme défense comme étant celui ayant le sens commun.

Sur cette question, la Cour supérieure renvoie à l'arrêt *St-Félicien*⁵². Aux fins des présentes, notons simplement les faits suivants : à la suite d'un recours hypothécaire intenté par un sous-traitant, le propriétaire SCSF a intenté un recours en garantie contre à la fois le consortium de construction et leurs cautions. Parallèlement, une procédure arbitrale suit son cours entre le propriétaire et le consortium, et ce, en vertu d'une clause d'arbitrage contenue dans le contrat entre ces deux parties. Ni le sous-contractant (demandeur en l'instance) ni les cautions (défenderesses en garantie) n'étaient parties au contrat contenant la clause d'arbitrage.

En première instance⁵³, à la fois le consortium de construction et leurs cautions présentent une requête en irrecevabilité au motif qu'une clause compromissaire existait dans le contrat principal entre le propriétaire et le consortium. Lors de l'enquête en première instance, le recours en garantie contre les cautions a été reporté *sine die*. Malgré ce fait, le juge de première instance a accueilli la requête en irrecevabilité à l'encontre de toutes les actions en garantie.

En appel, la question de l'application de la clause d'arbitrage au contrat de cautionnement apparaît bien secondaire ; au plus

51. *Schreiber c Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62 au para 56 (références omises).

52. *St-Félicien*, *supra* note 46.

53. *Industries Falmec Inc c Société de cogénération de St-Félicien*, 2003 CanLII 48436 (QC CS).

cinq paragraphes sur les 154 de l'arrêt sont consacrés au recours en garantie contre la caution. De manière plutôt expéditive, la Cour d'appel conclut :

[151] La Caution, comme le prévoit l'article 2353 « peut opposer au créancier tous les moyens que pouvait opposer le débiteur principal, sauf ceux qui sont purement personnels à ce dernier ou qui sont exclus par les termes de son engagement ».

[152] La Caution, étant tenue à une obligation distincte de l'obligation principale, ne pourrait être partie à cette clause contre son gré. Elle peut toutefois s'en prévaloir ce qu'elle a fait dans sa requête en irrecevabilité. Les questions que soulèverait l'appel en garantie contre la Caution seraient donc les mêmes que celles qui font déjà l'objet de l'arbitrage. Elle pourrait plaider les mêmes moyens de droit que ceux précédemment discutés.⁵⁴

En d'autres mots, selon le raisonnement de la Cour d'appel dans *St-Félicien*, si une caution n'accepte pas implicitement ou explicitement d'inclure une clause d'arbitrage à même son contrat de cautionnement, une partie ne peut invoquer cette clause d'arbitrage contre elle⁵⁵. Toutefois, une caution pourrait invoquer contre le créancier une clause d'arbitrage dans le contrat principal comme elle le ferait pour une défense appartenant au débiteur principal, qu'elle soit partie ou non au contrat principal.

Compte tenu de l'absence de précédent en sens contraire dans la jurisprudence québécoise, il est compréhensible que la Cour supérieure dans *Air Nostrum* se soit sentie liée par l'*obiter dictum*⁵⁶ de la Cour d'appel dans *St-Félicien* et a par le fait même accepté que DAC International invoque une clause d'élection de for comme « défense ».

Cela étant dit, l'interprétation de l'article 2353 C.c.Q. par la Cour d'appel dans *St-Félicien* nous apparaît problématique à plusieurs égards et ne devrait pas servir de précédent à l'avenir. D'abord, on notera que les deux seules décisions citées au soutien de

54. *St-Félicien*, *supra* note 46 au para 151.

55. *Ibid.*, au para 152.

56. La Cour d'appel n'était pas correctement saisie de la question de l'applicabilité de l'article 2353 C.c.Q. à une clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal. Cette question n'a d'ailleurs pas semblé être adressée en première instance.

la proposition de la Cour d'appel sont les décisions *Gilbert Conseil* et *Guarantee Co. of North America*. Or, tel que nous l'avons précédemment traité, ces deux décisions sont fondées sur des conclusions de fait quant à l'intégration des clauses d'arbitrage dans le contrat de cautionnement.

Ensuite, l'article 2353 C.c.Q. n'offre pas une définition précise de ce que constitue un « moyen », ou plutôt une « defence » dans sa version anglaise. Comme le juge Bachand l'a reconnu lui-même dans *Air Nostrum*, il est incertain que l'article 2353 C.c.Q. ait été rédigé de façon à s'appliquer aux moyens procéduraux à la disposition du débiteur⁵⁷.

De manière générale, les défenses que la caution peut opposer au créancier sont la prescription, la confusion, la novation, le paiement et la nullité⁵⁸. Ces défenses sont substantiellement liées à l'obligation de la caution, à la différence d'une clause d'élection de for ou d'une clause compromissaire qui, elles, ne font que déterminer le for applicable.

S'il n'est pas non plus acquis qu'une clause d'élection de for ou d'arbitrage ne soit « que » procédurale⁵⁹, il s'agit néanmoins d'obligations distinctes (ou à tout le moins distinguables ou même « séparables »⁶⁰) de l'obligation centrale du contrat principal.

57. *Air Nostrum*, supra note 14 au para 20.

58. Voir par exemple, *Gagné c Investissements Imqua inc*, 2010 QCCA 135 aux paras 15-22 ; *Corp d'hébergement du Québec c Garantie, Cie d'assurance de l'Amérique du Nord*, 2005 CanLII 25223 (QC CQ) aux paras 82, 86 ; *Services Financiers Daimlerchrysler (Debis) Canada Inc c Hébert*, 2003 CanLII 12288 (QC CQ) aux para 59, 63.

59. Dans *Air Nostrum*, supra note 14 au para 20, le juge laisse sous-entendre que les clauses de juridiction sont des « moyens procéduraux qui concernent plutôt les modalités du droit d'action de la créancière ». Dans *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, les juges LeBel et Bastarache (dissidents) considèrent que le droit d'une partie en vertu d'une clause d'arbitrage est « manifestement plus qu'un simple droit procédural ».

60. En outre, l'article 2642 C.c.Q. prévoit qu'une « convention d'arbitrage contenue dans un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses de ce contrat ». Pour un résumé de la doctrine de la séparabilité des clauses d'arbitrage, voir Tamar Meshel, « *Petrowest v. Peace River Hydro: The Revocability and Separability of Arbitration Agreements* », (2022) 65 Rev Can D Com aux pp 343 et s.

Par exemple, si l'on prend l'angle de la qualification des obligations dites « essentielles » du contrat⁶¹, les clauses d'élection de for et d'arbitrage relèveront généralement de l'obligation accessoire. Bien que l'exercice puisse s'avérer périlleux, il ne nous paraît pas choquant de considérer que ces clauses ne sont pas des « obligation[s] qui transcendent[ent] toutes les autres et tien[nent] à l'essence même du contrat »⁶², des « obligations les plus caractéristiques du contrat en cause »⁶³ ou qu'elles « doi[vent] nécessairement s'y trouver »⁶⁴ (pour reprendre deux définitions parmi tant d'autres).

À nos yeux, une clause d'élection de for ou une clause compromissoire ne peuvent être considérées comme des « défenses ». Procéduralement parlant, ces clauses sont invoquées à travers un moyen déclinatoire, lequel vise simplement à référer l'affaire au bon tribunal. Un jugement qui décline compétence ne met pas fin à l'instance au sens large du terme : le demandeur aura toujours le loisir d'introduire sa demande à nouveau devant l'autorité compétente, ou dans le cas de l'arbitrage la Cour renverra l'instance à un arbitre.

Notons par ailleurs que la version précédente de l'article 2353 C.c.Q., soit l'article 1958 du *Code civil du Bas-Canada*, précisait que les défenses devaient être inhérentes à la dette⁶⁵. L'intention du législateur ne semble pas avoir changé, puisque rien dans les débats parlementaires⁶⁶ ni dans les commentaires du ministre⁶⁷ ne semble militer en faveur d'une reconnaissance élargie quant à l'étendue des défenses incluses⁶⁸.

61. Pour une synthèse du concept d'obligation essentielle, voir Charlotte Deslauriers-Goulet, « L'obligation essentielle dans le contrat », (2014) 55:4 C de D 923.

62. Maurice Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2009, n° 1107, p 793-795.

63. Sébastien Grammond, « La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé », (2010) 51 C de D 83, 108.

64. Paul-André Crépeau, « Le contenu obligationnel d'un contrat » (1965) 43 R du B can 1, p 24.

65. Article 1958 CcBC.

66. Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, *Étude détaillée du projet de loi n° 125, Code Civil du Québec*, 16, vol 31 (23 octobre 1991), à la p 671.

67. Ministre de la Justice du Québec, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t II, Québec, Publications du Québec, 1993, à l'art. 2353, p. 1476.

68. *Air Nostrum*, *supra* note 13 au para 20.

De même, l'arrêt *St-Félicien* crée une situation illogique et contraire à l'arrêt *GreCon Dimter* : avoir recours à l'article 2353 C.c.Q. pour invoquer une clause d'arbitrage ou une clause d'élection de for permet à une caution d'utiliser une clause d'un contrat auquel elle n'est pas partie. Cette interprétation va à l'encontre de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties, de la relativité des contrats et mène à une imprévisibilité en matière de relations contractuelles, des principes de droit international privé pourtant épousés par la Cour suprême dans *GreCon Dimter*⁶⁹.

Faut-il le rappeler, le législateur et les tribunaux reconnaissent la validité des clauses d'élection de for dans la mesure où elles sont le fruit d'un accord de volonté ; dans l'arrêt *GreCon Dimter*, la Cour suprême fait de la « rencontre des volontés » une condition *sine qua non* de validité des clauses d'élection de for⁷⁰. Dans la mesure où la caution n'est pas partie au contrat principal et que ses modalités n'ont pas été incorporées au contrat de cautionnement, permettre à la caution d'invoquer une clause d'élection de for ou d'arbitrage qui y serait contenus nous apparaît contraire au principe même du consensualisme contractuel.

5. CONCLUSION

La jurisprudence récente semble incohérente quant à l'application d'une clause d'élection de for à un tiers. D'une part, la Cour suprême, dans l'affaire *GreCon Dimter*, a finalement mis fin au débat sur la question de savoir si le principe de l'autonomie des parties a préséance sur le principe directeur de proportionnalité en vertu du droit québécois. D'autre part, les tribunaux dans *Air Nostrum* et *St-Félicien* permettent à une caution d'invoquer une clause d'élection de for ou d'arbitrage alors même qu'elle n'était pas partie au contrat.

En 2019, l'honorable juge Daniel Dumais de la Cour supérieure a suivi la décision dans *Air Nostrum* pour conclure qu'une caution pouvait demander le renvoi à l'arbitrage en fonction d'une clause compromissaire contenue au contrat principal⁷¹. La Cour

69. *GreCon Dimter*, supra note 8 au para 19.

70. *GreCon Dimter*, supra note 8 au para 27 ; voir aussi *155030 Canada inc (Family Games) c Gigamic, sarl*, 2009 QCCA 522 au para 9.

71. *AXC Construction inc c Bioénergie AE Côte-Nord Canada inc*, 2019 QCCS 3890.

d'appel a rejeté l'appel sans donner de motifs⁷². On notera dès lors qu'il s'agit d'un courant jurisprudentiel qui risque de s'implanter.

Comme toujours, les faits dicteront l'instance, en considération de leur dynamique contractuelle respective, se distinguant tantôt d'*Air Nostrum*, tantôt de *Guarantee Co* ou *Gilbert Conseil*, rendant au passage toute comparaison ténue. Cela étant dit, malgré le jugement de la Cour supérieure dans *Air Nostrum*, nous doutons du bien-fondé de l'approche permettant à une caution d'invoquer contre le créancier une clause d'élection de for contenue dans un contrat principal auquel elle n'est pas partie et dont les modalités n'ont pas été intégrées au contrat de cautionnement.

Puisque les parties n'avaient pas inclus de clause d'élection de for dans leur contrat de cautionnement, il nous semble que suivre un tel courant jurisprudentiel portera atteinte à la sécurité juridique des relations contractuelles ainsi qu'au principe de l'autonomie de la volonté des parties. Les cautions ont désormais l'avantage indu d'être en mesure d'invoquer une clause qui ne peut en revanche leur être opposée.

Il serait donc utile que la Cour d'appel se prononce sur cette question. D'ici là, les praticiens du droit québécois devront veiller à ce que les contrats de cautionnement que les parties concluent indiquent explicitement les conditions qu'ils incorporent.

72. *Envergent Technologies c Arbec, Bois d'œuvre inc*, 2020 QCCA 919.

Enseigner aux non-juristes : De destinataires à producteurs du droit

Marie-Pier BARIL

Résumé

Un illustre auteur-compositeur-interprète québécois chantait : « Tu peux pas. Il faut pas. T'as pas l'droit...¹ » Or, le droit n'est pas que restriction et ne nous est pas unilatéralement imposé. Nous contribuons plutôt tous à le créer. En ce sens, il paraît utile de réfléchir aux fondements de l'éducation au droit des non-juristes. Qu'on envisage les formations juridiques offertes dans les facultés d'administration ou celles proposées aux futurs acteurs des milieux sociaux ou de la santé, les pédagogues ne peuvent enseigner ces cours sans s'interroger sur leurs fondements.

Nous proposons d'envisager l'enseignement du droit aux non-juristes comme une occasion d'évacuer leur statut traditionnel de destinataire du droit pour reconnaître leur contribution à la production du droit. Ainsi, la pédagogie se doit de cultiver l'autonomie en tablant non seulement sur les habiletés juridiques, mais encore davantage sur la légitimation des apprentissages et l'agentivité de l'étudiant. À terme, nous proposons un enseignement du droit aux non-juristes qui mette de l'avant une perspective qui transcende les disciplines et présente une vision constructive du droit, tout en réduisant la dépendance épistémologique.

1. Claude Dubois, *Tu peux pas*, 1987 [Dubois, « Tu peux pas »].

Enseigner aux non-juristes : De destinataires à producteurs du droit

Marie-Pier BARIL*

RÉSUMÉ	69
INTRODUCTION	73
I- ÉTAT DE LA SITUATION : LES ÉTUDIANTS NON-JURISTES À TITRE DE DESTINATAIRES DU DROIT.	75
A- Un droit omniprésent et restrictif	76
B- Une transmission des connaissances assujettie à des contraintes.	78
II- REFONDATION : LES ÉTUDIANTS NON-JURISTES À TITRE DE PRODUCTEURS DU DROIT	80
A- Une éducation qui favorise l'agentivité et réduit la dépendance épistémologique.	81
B- Une éducation inspirée de la transdisciplinarité. . . .	85

* L'autrice est candidate au doctorat en droit à l'Université McGill. Elle est également avocate pour BCF S.E.N.C.R.L. Les opinions exprimées dans cet article sont siennes et n'engagent que l'autrice. L'autrice tient à remercier la professeure Shauna Van Praagh pour ses commentaires sur une version antérieure de ce texte soumise dans le cadre du cours « Legal Education » offert à la Faculté de droit de l'Université McGill. Elle tient également à remercier les évaluateurs anonymes pour leurs commentaires et suggestions.

CONCLUSION.....	88
BIBLIOGRAPHIE	89

INTRODUCTION

Marc Favreau écrivait humoristiquement pour son célèbre clown poétique :

Alors chaque matin, le prof il fait un petit effort,
Il ouvre la porte de sa classe...
Et qu'est-ce qu'il voit devant lui ?
Une trentaine d'entonnoirs qui viennent faire
le plein !
Alors il sort la disciplineline et il verse dans
les entonnoirs... il verse, il converse, il controverse,
il tergiverse toute la journée...
et quand les entonnoirs sont pleins, ils s'en vont.
Et le lendemain ils reviennent, toujours aussi vides !
et il faut encore les remplir...
C'est plus des entonnoirs, c'est des vraies passoires !
Bon, après tout, c'est pas si mal : une passoire
c'est fait pour passer... et avoir des élèves qui passent,
c'est bon pour le prof².

Il va de soi qu'on puisse aspirer à beaucoup plus pour l'éducation, qu'il s'agisse de l'éducation au droit ou même de celle qu'on destine à quelque discipline que ce soit. Qu'on l'imagine pour les étudiants qui ont, pour faire référence au titre de ce fameux monologue de Favreau, « l'appel de la carrière », ou qu'on la modélise pour les étudiants d'autres facultés que la faculté d'appartenance de la discipline, l'éducation se doit non seulement d'être *sensée*, mais également *porteuse de sens*.

Dans les dernières décennies, nombre de disciplines ont développé un intérêt nouveau pour l'enseignement du droit à leurs étudiants sans qu'une réflexion nourrie quant aux fondements de cette éducation n'émerge parallèlement. De fait, les facultés de droit étasuniennes, alors qu'elles étaient confrontées à la

2. Marc Favreau, « L'appel de la carrière », dans Marc Favreau, *Presque tout Sol*, Montréal, Stanké, 1997, aux pp. 356-357.

diminution des inscriptions dans leurs programmes traditionnels, ont mis sur pied des formations qui s'adressent aux étudiants qui n'aspirent pas à devenir avocats³. Les programmes offerts par d'autres facultés (médecine, sciences de l'administration, service social, sciences de l'information, etc.) proposent également de plus en plus de cours de droit.

Ces formations sont généralement orientées vers les habiletés naturellement associées au droit⁴ et visent à permettre aux étudiants de « respecter la loi ». Cette vision nous rappelle l'une des dichotomies auxquelles les facultés de droit sont elles-mêmes confrontées⁵ : devrait-on offrir aux futurs juristes une éducation libérale au droit ou les préparer à la pratique professionnelle ? Dans le contexte de l'enseignement aux non-juristes, nous affairons-nous à « remplir les entonnoirs » ou y a-t-il un fondement réfléchi derrière cette idée d'enseigner le droit à l'extérieur de nos facultés ?

Construit à partir des balbutiements de l'autrice dans l'enseignement du droit aux étudiants à la maîtrise en administration des affaires, cet essai propose d'aborder l'idée que nous devrions positionner les étudiants non-juristes comme créateurs de droit alors que nous avons pris l'habitude de les aborder en simples destinataires⁶. Ce faisant, nous négligeons de considérer l'éduca-

-
3. Daniel B. Rodriguez, « Legal Education and Its Innovation », (2018) 13 *FIU L Rev* 199 ; Lawrence E. Singer, « Leadership in Online Non-Traditional Legal Education: Lessons Learned & Questions Raised », (2017) 94 *U Det Mercy L Rev* 43 à la p. 47, l'auteur souligne qu'en 2017, 176 des 205 écoles de droit aux États-Unis offraient des programmes qui ne s'adressaient pas aux étudiants souhaitant devenir avocats, excluant la formation continue. Au Québec, des programmes divers voient le jour dans les facultés de droit, qu'on pense à la mineure en Droit et société offerte par l'Université Concordia ou au baccalauréat intégré en affaires publiques et relations internationales offert par la Faculté de droit de l'Université Laval.
 4. Le biais en faveur des compétences techniques est rapporté dans Suzy Braye et al., « Lost in translation? Teaching law to non-lawyer: Reviewing the evidence from social work », (2006) 40:2 *The Law Teacher* 131 à la p. 135.
 5. *Ibid* à la p. 134.
 6. Cette idée est empruntée à une réflexion portée sur le droit dans les écoles secondaires. Voir Stéphanie Demers et al., « Quel rapport au droit les codes de conduites d'écoles secondaires impliquent-ils pour les jeunes », (2018) 42:2 *Éducation et sociétés* 101 à la p. 115. À ce jour, les recherches établissent principalement deux modes d'enseignement du droit aux étudiants en administration, par exemple. Il s'agit de l'approche traditionnelle qui consiste essentiellement à présenter le droit positif et la méthode environnementale qui s'intéresse davantage au contexte entourant le droit et auquel on reproche de manquer de précision quant au contenu législatif. À ce sujet, voir Assafa Endeshaw, « Teaching Law to Business Students: An Inquiry into Curriculum and Methodology », (2002) 36:1 *The Law Teacher* 24.

tion juridique comme un moteur de l'agentivité des étudiants non-juristes tout en nous privant d'une culture du savoir qui réduirait la dépendance épistémologique.

I- ÉTAT DE LA SITUATION : LES ÉTUDIANTS NON JURISTES À TITRE DE DESTINATAIRES DU DROIT

Les non-initiés aux diverses théories du droit présentent fréquemment l'être humain comme un simple sujet de droit⁷, prenant par ailleurs pour acquis que le droit lui sera imposé⁸. Si on peut aisément reconnaître que l'être humain participe quotidiennement à la création des normes, on peut avoir tendance à exclure ces normes « non étatiques », créées par les justiciables, du paysage juridique en les qualifiant au moyen d'expressions de nature contractuelle ou en parlant de coutumes, de pratiques ou même de « gros bon sens »⁹. Dans cet esprit, tout porte à croire que l'étudiant non-juriste, tout comme le public en général (incluant, possiblement et malheureusement, une partie des étudiants qui aspirent à devenir avocat), se positionne lui-même en destinataire du droit. Il ne se demande pas comment imaginer, inventer, concevoir ou percevoir le droit¹⁰, mais plutôt comment y réagir ou s'y conformer.

Nous postulons par ailleurs que l'enseignement du droit aux non-juristes, encore davantage que celui offert dans les programmes traditionnels, prend non seulement cette posture pour acquis, mais contribue même à la conforter. Si Claude Dubois, illustre auteur-compositeur-interprète québécois, a chanté à toute une génération « Tu peux pas. Il faut pas. T'as pas l'droit¹¹ », nous soutenons que l'éclatement des frontières du droit à l'extérieur des facultés de droit est une occasion de sensibiliser les générations futures au rôle du droit dans nos sociétés, bien au-delà des restrictions qu'il impose.

7. Roderick A Macdonald et David Sandomierski, « Against Nomopolies », (2006) 57 *Nlr Leg Q* 610 à la p. 612 [Macdonald, « Nomopolies »].

8. *Ibid.*

9. *Ibid* à la p. 613.

10. *Ibid* à la p. 614.

11. Dubois, « Tu peux pas », *supra* note 1.

A- Un droit omniprésent et restrictif

Toute discipline dira qu'elle peut s'appliquer à tout cadre social. Roderick Macdonald soulignait à juste titre qu'un sociologue soutiendrait que les outils de l'analyse sociologique peuvent être déployés dans tout contexte alors qu'un économiste aurait exactement la même vision à l'égard de l'économie¹². D'ailleurs, qui n'a jamais entendu l'expression que « le droit mène à tout » ? Nous proposons que si « le droit mène à tout », c'est qu'il « est » partout¹³. Partant, on ne peut s'étonner que les développeurs de programmes divers puissent s'y intéresser. Cet intérêt se traduit de façons diverses. On constate que certaines facultés constituent les cours de manière à permettre aux étudiants d'acquérir des compétences dites « juridiques » qui soient transposables dans des situations factuelles réelles, qu'on pense à la négociation, à l'argumentation, à la prise de décision ou à la médiation. D'autres mettent l'accent sur l'apprentissage des règles professionnelles et déontologiques propres à la profession à laquelle aspirent les étudiants pour leur permettre de respecter leurs futurs devoirs et obligations. On voudra donc, par exemple, enseigner aux futurs travailleurs sociaux les limites de leurs pouvoirs d'action. D'aucuns suggèrent plutôt de permettre aux étudiants de déchiffrer les sources du droit. Ce sera le cas, par exemple, des programmes destinés aux sciences de l'information¹⁴ ou de ceux s'adressant aux étudiants en communication. En somme, nul ne peut nier que le droit trouve vaste vocation dans nos universités.

L'intérêt pour le droit des différentes facultés semble toutefois se traduire par des formations qui, lorsqu'elles ne sont pas destinées à développer des habiletés pratiques, sont principalement centrées sur le droit qui restreint¹⁵. Ainsi, les étudiants sont

12. Roderick Macdonald, « Transdisciplinarity and Trust », dans Margaret A. Somerville & David Rapport, *Transdisciplinarity: re Creating Integrated Knowledge*, Oxford, EOLSS, 2000, 61 à la p. 70 [Macdonald, « Transdisciplinarity »].

13. Macdonald, « Nomopolies », *supra* note 7 à la p. 616 : « law is everywhere in the sense that “economics” is everywhere, or “politics” is everywhere ».

14. Marie Demoulin, « L'enseignement du droit aux « non-initiés » : le cas des sciences de l'information », 61:2-3 *Documentation et bibliothèques* 68.

15. Dans Jennifer Ireland, « A New Curriculum for Business Law: The Business-Facing Model », (2012) 5:1-2 *Journal of the Australasian Law Teachers Association* 123 à la p. 129, citant Robert J. Morris, « Improving curriculum theory and design for teaching law to non-lawyers in built environment education », (2007) 25(3/4) *Structural Survey* 279 à la p. 284 : « business people “[p]revention is the quintessential rationale” – their focus should be on the conduct they need to adopt or to

amenés à comprendre les règles du jeu pour éviter de mettre les pieds dans les plats. On leur présente « une vision négative du droit, associée à la protection contre, rarement au “droit de”, selon une approche autonomisante ou émancipatrice »¹⁶. Cette idée ne prend pas naissance dans nos universités. En fait, la recherche tend à démontrer que c’est cette vision du droit qui est présentée aux étudiants dès leurs premiers pas dans les systèmes scolaires québécois. Les enseignants aux niveaux primaire et secondaire se sentent d’ailleurs peu outillés pour transmettre une vision émancipatrice du droit et de la justice à leurs élèves¹⁷.

Dans ce contexte, on ne peut s’étonner que cette réalité se poursuive au niveau postsecondaire et on peut s’inquiéter qu’elle soit imprégnée dans la pensée collective. Dans un article portant sur l’enseignement du droit aux étudiants en service social, les auteurs soulignent à quel point présenter le droit plus positivement (dans son sens commun et sans aucune référence à la théorie positiviste) aux étudiants constitue un défi : « les étudiants en service social ont besoin de réfléchir plus globalement et plus positivement à propos du droit et d’être capables de l’utiliser pour s’habilitier et pour promouvoir l’accès aux ressources »¹⁸. Cette vision du droit (qui permet et qui propulse) aurait l’avantage d’outiller les étudiants pour qu’ils puissent se positionner pour favoriser les changements sociaux et pour promouvoir la justice¹⁹.

avoid, not on identifying which part of the law is involved ». Voir aussi : « What the business person really needs to know is what to do and what not to do in order to comply with the law. » Jennifer Ireland, « A New Curriculum for Business Law: The Business-Facing Model », (2012) 5:1-2 *Journal of the Australasian Law Teachers Association* 123 à la p. 131.

16. Demers, *supra* note 6 à la p. 106.

17. Maryse Potvin et al., « Le rapport au droit et à la justice d’enseignants québécois : discours et interventions au quotidien », (2021) 2:46 *Éducation et Sociétés* 129. Les auteurs affirment que les enseignants ont du mal à agir « avec ou contre le droit » compte tenu des contraintes et des hiérarchies en place. Ils proposent une réflexion « sur la reconnaissance du rôle citoyen des jeunes, l’amélioration de la formation juridique des enseignants et l’implantation de pratiques et d’approches inclusives et plus systémiques et holistiques sur le(s) droit(s) et la justice dans les écoles » (p. 145).

18. Braye, *supra* note 4 à la p. 135 (notre traduction) : « social workers students need to think more broadly and more positively about the law, being able to use it to empower and promote access to resources ».

19. *Ibid* à la p. 134. Au sujet du droit et des mouvements sociaux, voir aussi Janet E. Mosher, « Legal Education: Nemesis or Ally of Social Movements », (1997) 35 *Osgoode Hall LJ* 613.

B- Une transmission des connaissances assujettie à des contraintes

Si le droit est présenté aux non-juristes comme restrictif, il faut dire que son enseignement est lui-même assujéti à des contraintes. D'abord, les enseignants ont l'habitude de s'adresser aux étudiants des programmes traditionnels en droit. Ainsi, les cours offerts sont parfois insuffisamment adaptés au public auquel ils sont destinés. Cette situation est dénoncée, par exemple, en ce qui a trait aux cours de droit offerts aux étudiants en sciences de l'information²⁰ :

[L]e propos [serait] plus accessible, mais s'en tien[drait]t nécessairement à une présentation généraliste de la matière, sans entrer dans les questions qui intéressent spécifiquement les professionnels de l'information et qui touchent à leur pratique courante²¹ (Nos ajustements). Les concepts sont souvent non-intuitifs et le processus d'apprentissage peut être pénible et frustrant pour les étudiants.

Cette « généralisation » du droit prend possiblement naissance non seulement du fait que les professeurs s'adressent aux étudiants non-juristes de la même façon qu'à ceux des programmes traditionnels en droit, mais également du fait que les étudiants non-juristes n'ont pour la plupart aucune notion de base en droit, chacun venant « avec son propre parcours, des niveaux d'expérience variables et des questionnements juridiques spécifiques et variés »²².

Au surplus, les différences dans les styles d'analyse propres à certaines professions ne peuvent pas être niées. Ainsi, les comptables et les avocats, par exemple, ne se comprennent pas aisément²³. Ces différences de style trouvent leur fondement dans « les structures de développement historiques, culturelles et éducatives »²⁴. Par souci d'accessibilité, « plusieurs cours desti-

20. Jennifer Anderson et al., « Insight from Snowboard Pedagogy for the legal Studies Instructor », (2020) *Depaul J Sports L* 16.

21. Demoulin, *supra* note 14 à la p. 70.

22. Demoulin, *supra* note 14 à la p. 70 ; Anne Ridley, « Legal skills for non-law students: Added values or irrelevant diversion? », 28:3 *The Law Teacher* 281 à la p. 281.

23. *Ibid.*

24. Anne Ridley, *supra* note 22 à la p. 283, citant Judith Freedman et Michael Power, « Law and Accounting: Transition and Transformation », (1991) 54 *MLR* 769 à la p. 771 (notre traduction).

nés aux non-juristes ne placeront pas d'accent sur les contextes sociaux, politiques et économiques au sein desquels le droit opère et ces étudiants ne sont généralement pas appelés à comprendre le contexte de la construction du droit »²⁵. Aussi peu sollicités à poser un regard critique, on peut craindre que les étudiants soient considérés (et finissent par se considérer eux-mêmes) comme de dociles oreilles²⁶ ou de simples réceptacles que les professeurs devraient s'affairer à remplir²⁷.

Par ailleurs, on dit que le droit paraît opaque²⁸ et complexe²⁹ aux yeux des étudiants non-juristes. Il intimide et génère des appréhensions³⁰, en plus d'être perçu comme un sujet rigide qui ne s'apprend que par les manuels et les exposés magistraux³¹. Il faut dire que la catégorisation et la classification des idées avec lesquelles les juristes sont familiers peuvent donner une impression de manque de cohérence aux étudiants non-juristes. Le fait qu'une question relève du droit des obligations, du droit de la protection du consommateur et de la responsabilité contractuelle concurremment peut laisser entendre aux non-initiés que le droit est répétitif, voire pire, incohérent³². Ce faisant, le discours doit être adapté et aborder ces questions de front pour éviter que les étudiants ne construisent leurs propres réponses et se désintéressent d'un savoir qui leur paraîtrait trop obscur.

Aussi, bien que les milieux reconnaissent l'omniprésence du droit dans les différentes sphères de la société³³ et son importance dans de multiples parcours, les étudiants n'arrivent pas en classe convaincus à l'avance du bien-fondé de l'acquisition du

25. *Ibid* à la p. 284 (notre traduction).

26. Paulo Freire, « Pedagogy of the Oppressed », dans Steven M. Cahn, *Classic and Contemporary Readings in the Philosophy of Education*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, 379 à la p. 381.

27. *Ibid* à la p. 379.

28. Demoulin, *supra* note 14 à la p. 68.

29. Pascal Philippart, « Enseigner le droit dans une formation à la création d'entreprise », (2014) 13:2 *Revue de l'Entrepreneuriat et de l'Innovation* 115 à la p. 115.

30. Braye, *supra* note 4 à la p. 136.

31. Endeshaw, *supra* note 6 à la p. 42.

32. Ireland, *supra* note 15 à la p. 128 ; Greg Cartan et Tricia Vilkinas, « Legal Literacy for Managers: the Role of the Educator », (1990) 24(3) *The Law Teacher* 246 à la p. 249.

33. Ireland, *supra* note 15 à la p. 125 ; Greg Cartan et Tricia Vilkinas, « Legal Literacy for Managers: the Role of the Educator », (1990) 24:3 *The Law Teacher* 246 ; Endeshaw, *supra* note 6 à la p. 25.

savoir juridique et, ce faisant, doivent être persuadés par l'enseignant de l'intérêt pour eux d'étudier le droit³⁴. En sciences de l'administration, par exemple, même si on peut aisément admettre que la grande majorité des étudiants seront ultimement appelés à prendre des décisions dans un environnement dans lequel les lois se multiplient, la littérature démontre que les étudiants ne perçoivent pas l'importance d'acquérir une littératie juridique³⁵ pendant leur parcours universitaire. La question se pose encore davantage chez les étudiants au premier cycle qui n'ont pas encore eu d'expérience sur le marché du travail³⁶. Pourquoi devraient-ils étudier le droit s'ils ne deviennent pas avocats³⁷ ? Devant un tel obstacle à une saine motivation³⁸ et dans l'optique où les étudiants non-juristes ne termineront pas leur parcours universitaire avec le même bagage que les étudiants des programmes de droit traditionnels et qu'ils ne seront pas appelés à réfléchir comme des juristes ni à être « leur propre avocat »³⁹, il importe de réfléchir sur les fondements et les objectifs de leur éducation juridique. C'est dans cet esprit que nous proposons une refondation de l'enseignement du droit aux non-juristes. Cette refondation doit non seulement exister et être nourrie par les différents pédagogues qui s'affairent à enseigner le droit à l'extérieur des programmes traditionnels, mais elle devrait également être communiquée aux étudiants dans un souci téléologique.

II- REFONDATION : LES ÉTUDIANTS NON-JURISTES À TITRE DE PRODUCTEURS DU DROIT

Aldous Huxley écrivait qu'« une bonne éducation peut être définie comme une éducation qui aide les [étudiants] qui y sont

34. Robert C. Elliot, « The Teaching of Law to Non-lawyers », (1973) 7:2 *The Law Teacher* 81 à la p. 81.

35. Ireland, *supra* note 15 à la p. 125.

36. Lilian Corbin, « Teaching Business Law to Non-Law Students », 9 *Elaw J (Murdock University Electronic Journal of Law)* 7, partie 8.

37. Louis O. Bergh, « The Teaching of Business Law », (1953-4) 6 *J Leg Educ* 85 à la p. 1 ; Ann Lawton, « Using a Management Driven Model to Teach Business Law », (1997) 15 *J Leg Educ* 211.

38. Ireland, *supra* note 15 à la p. 125 ; Marc Lampe, « A New Paradigm for the Teaching of Business Law and Legal Environment Classes », (2006) 23(1) *J Leg Educ* 1 à la p. 215.

39. Ireland, *supra* note 15 à la p. 131.

sujets à faire le meilleur de tous les mondes dans lesquels, comme êtres humains, ils doivent vivre bon gré mal gré »⁴⁰.

Une telle vision de l'éducation libérale prend tout son sens lorsqu'on pense à l'enseignement du droit aux étudiants non-juristes et fait écho au message livré par Paul W. Kahn dans son ouvrage intitulé « The Cultural Study of Law » : « Law does not happen to us; rather collectively we do it to and for ourselves ». Le droit est inévitable. Les étudiants non-juristes y contribuent et l'incarnent tout autant que ceux qui rêvent (ou font des cauchemars en pensant) aux examens des ordres professionnels. Ainsi, nous proposons que l'éducation juridique offerte aux étudiants non-juristes favorise non seulement le renversement de leur perception passive face au droit, mais également leur agentivité pourvu qu'ils puissent, de ce fait, prendre conscience que les normes sont imaginées, exprimées, réfléchies, imagées, vécues, suivies, transformées et déniées par l'ensemble des êtres humains, qu'ils aspirent au Barreau ou non⁴¹. Nous proposons également de brouiller les frontières entre les disciplines pour axer l'apprentissage sur un savoir construit par-delà les limitations traditionnelles.

A- Une éducation qui favorise l'agentivité et réduit la dépendance épistémologique

L'« agentivité n'est pas simplement à propos de la capacité de choisir et d'agir, mais elle concerne aussi la conscience de cette capacité, qui est importante dans l'identité de l'individu⁴² ». Cette conscience est d'autant plus requise des étudiants non-juristes puisque la société ne s'attendra pas naturellement d'eux qu'ils contribuent au droit. L'objectif n'est par ailleurs pas de proposer une nouvelle loupe à ces étudiants pour les amener à voir le monde comme nous le faisons à titre de juristes⁴³, mais plutôt d'enrichir le savoir de chaque étudiant dans une perspective épistémologique unique à sa situation comme producteur de droit. Positionner l'étudiant à titre d'agent du droit, c'est notamment l'amener à reconnaître qu'au-delà de la règle de droit positif, il peut porter son

40. Morris, *supra* note 15 à la p. 56, citant Aldoux Huxley, « Education in the Nonverbal Level », (1962) 91 *Daedalus* 271 à la p. 280-281 (notre traduction).

41. Macdonald, « Nomopolies », *supra* note 7 à la p. 615.

42. R. Lister, *Citizenship: Feminist Perspectives*, 2^e éd., New York, New York University Press, 2003, à la p. 39 (notre traduction).

43. Macdonald, « Transdisciplinarity », *supra* note 12 à la p. 76.

regard sur la création et l'effectivité de la norme⁴⁴ sur laquelle il a un pouvoir constitutif à titre d'agent créateur⁴⁵. L'étudiant sera ainsi appelé à prendre conscience qu'en légitimant ou en déniait les normes dans le cours de son existence et de ses relations avec les autres⁴⁶, il donne du sens au droit. Ce faisant, il crée le droit tout en développant son identité⁴⁷. Il le fera tout autant en participant à la prévention des différends⁴⁸.

Dans une perspective appliquée, nous pourrions imaginer que les étudiants inscrits dans un cours destiné en tout ou en partie au droit dans un programme de maîtrise en administration des affaires puissent aisément être sensibilisés au fait qu'ils contribuent à construire le droit dans leur quotidien et qu'ils le feront de façon encore plus flagrante dans l'exercice de leur profession. Ainsi, ils créeront le droit de façon très pragmatique en négociant un contrat avec leur principal fournisseur, en négociant une convention entre actionnaires, en mettant en place un code d'éthique dans leur entreprise ou en arbitrant les conflits entre ses différentes parties prenantes. Ils le construiront aussi plus subtilement en établissant des normes propres à assurer la réalisation de leur vision d'entreprise, par exemple, ou en incitant les employés à partager leurs meilleures pratiques en matière de production et d'opération.

En se positionnant comme des agents actifs⁴⁹ de ces normes qu'ils modèlent et refondent constamment au quotidien, les étudiants prennent conscience du pouvoir dont ils jouissent et, nous l'espérons, des responsabilités qui s'y accolent. On peut penser, par exemple, qu'une telle prise de conscience pourrait générer des réflexions et des discussions soutenues en matière de responsabi-

44. Macdonald, « Nomopolies », *supra* note 7 à la p. 618.

45. *Ibid* à la p. 620.

46. La normativité prend naissance dans les relations avec les autres. Voir notamment Macdonald, « Nomopolies », *supra* note 7 à la p. 632.

47. Dans son mémoire présenté au ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, Éducaloi présente l'éducation juridique « comme moyen durable d'autonomisation des individus. » Voir Éducaloi, « L'éducation juridique comme incontournable de l'école québécoise », mémoire présenté au ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, 27 février 2020.

48. Pour une réflexion entourant la création, la prévention et le règlement des différends sous une perspective pluraliste, voir Bonaventura de Sousa Santos, « The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasa-garda », (1977) 12:1 *Law & Society Rev* 5.

49. Macdonald, « Nomopolies », *supra* note 7 à la p. 615.

lité sociale des entreprises et des entrepreneurs dans une perspective de relations entre l'État et les entreprises. Les programmes en administration des affaires sont propices à former des acteurs dont le pouvoir sera considérable dans nos sociétés occidentales. Dans cet esprit, il importe de sensibiliser ces acteurs à leur rôle privilégié par rapport à d'autres populations plus vulnérables, de manière à ce qu'ils puissent jouer un rôle actif et réfléchi dans la construction du droit. L'apprentissage du droit devrait ainsi leur permettre de constater que l'équité entre les hommes et les femmes⁵⁰ ou le respect de la diversité culturelle ou sexuelle ne se concrétisent pas uniquement par le droit étatique et que leur position de cadre en entreprise peut leur permettre de favoriser un idéal de justice sans recourir aux règles du droit positif de façon spécifique. Si les normes les plus effectives sont celles que nous ne reconnaissons pas comme étant du « droit »⁵¹ et qui nous paraissent par ailleurs évidentes et que les règles « officielles » ou « officialisées » ne sont généralement pas celles qui ont le plus de sens dans nos vies, ceux qui ont un pouvoir accru pour influencer la construction des normes les plus ancrées dans nos sociétés doivent prendre acte de ce rôle qu'ils jouent « avec le monde »⁵² parmi un ensemble de créateurs de ce monde qui n'a heureusement jamais fini de se définir⁵³.

Par ailleurs, comme une pléiade de non-juristes (et de juristes !) associent naturellement le droit au règlement de conflits, il nous paraît inévitable d'aborder cette question avec les étudiants non-juristes. L'omettre risquerait d'induire aux étudiants que la formation qui leur est dispensée est incomplète ou insuffisamment ancrée dans la « réalité ». Dans son essai sur le pluralisme juridique et l'agentivité humaine, le professeur Jeremy Webber met l'accent sur la résolution de conflits entre les normes. Il propose un pluralisme juridique exhortatif qui non seulement soutient

50. Elaine D Ingulli propose une présentation critique de cette nature aux étudiants en administration. Voir Elaine D Ingulli, « Transforming the Curriculum: What does the Pedagogy of Inclusion mean for Business Law », (1991) 28 *Am Bus LJ* 605 à la p. 644.

51. Macdonald, « Nomopolies », *supra* note 7 à la p. 625.

52. Freire, *supra* note 26 à la p. 381 « Implicit in the banking concept is the assumption of a dichotomy between human being and the world: a person is merely in the world, not with the world or with others; the individual is spectator, not re-creator. »

53. *Ibid.*

la visibilité et la description des normes présumées existantes⁵⁴, mais aussi qui porte un regard sur la *culture juridique*, laquelle serait constituée des arguments, des ressources normatives au fondement de ces arguments, des relations entre les arguments, des intérêts des parties prenantes, de l'histoire et des mécanismes pour résoudre les désaccords sociaux⁵⁵. Construisant sur cette vision pluraliste proposée par Webber, l'enseignant reconnaît que les décideurs doivent imposer des solutions collectives à une question de droit, tout en mettant en lumière le fait que cette solution doit constamment être repensée en fonction du contexte⁵⁶. Ainsi, le droit peut être présenté aux non-juristes dans sa mouvance, espérant stimuler leur responsabilité face à leur formation qui ne cessera jamais d'être nécessaire⁵⁷. De cette façon, l'éducation favorise non seulement l'agentivité de l'étudiant dans son rapport au droit, mais permet également de « libérer [son] esprit [...] pour l'encourager à prendre en charge sa propre pensée »⁵⁸ juridique. Un professeur pourrait, par exemple, favoriser dans sa classe un dialogue avec les étudiants sur les limites du droit étatique applicable à un problème particulier non seulement pour stimuler le regard critique des étudiants, mais également pour générer des discussions sur les façons d'influencer l'évolution du droit. On pourrait facilement imaginer qu'on puisse, dans un cours destiné aux étudiants à la maîtrise en administration des affaires, favoriser l'émergence de pratiques de gouvernance adaptées et différenciées pour tenir compte du fait qu'elles doivent être appliquées dans une société dont le chiffre d'affaires s'élève à plusieurs millions de dollars ou, à l'inverse, dans une société en démarrage. Il pourrait aussi être intéressant de réfléchir à la possibilité de présenter les conventions entre actionnaires aux étudiants en administration sous la perspective du contrat relationnel⁵⁹, avec laquelle les sciences du management sont familières, qui inscrit la transaction juridique dans sa matrice sociale plus générale. Les fondements historiques des règles de droit étatiques en matière commerciale pourraient aussi être présentés aux étudiants dans le dessein de briser l'image statique avec laquelle certains pourraient aborder le droit.

54. Jeremy Webber, « Legal Pluralism and Human Agency », (2006) 44 *Osgoode Hall LJ* 167 à la p. 171.

55. *Ibid* à la p. 192.

56. *Ibid*.

57. Ridley, *supra* note 22 la p. 284.

58. Martha Nussbaum, « Cultivating Humanity in Legal Education », 70:1 *U Chicago L Rev* 265 à la p. 267.

59. Jean-Guy Belley, « Contrat relationnel », (2020) 66:1 *RD McGill* 33.

Si l'éducation au droit de l'étudiant non-juriste n'a pas pour objet de le rendre apte à fournir des conseils juridiques ou de l'habiliter à identifier l'ensemble des règles de droit positif applicables à une situation donnée, elle peut légitimement aspirer à le sensibiliser à reconnaître le droit et les questions qu'il soulève, développant ainsi chez l'étudiant le réflexe de requérir le soutien professionnel au moment opportun. L'éducation au droit du non-juriste lui permettra également de développer son autonomie, de façon à ce qu'il puisse participer à une réflexion ou une discussion en considérant ses pans juridiques. Ce faisant, l'éducation juridique s'attaque à l'exclusivité et l'unicité de la réflexion entourant le droit qu'incarnent encore trop d'avocats et de notaires et favorise le développement d'une confiance en soi qui est saine et habilitante pour l'étudiant non-juriste. Même si l'éducation des non-juristes au droit ne peut prétendre éliminer la dépendance épistémologique inhérente aux sociétés complexes, elle promeut un partage du pouvoir associé au savoir juridique en permettant une participation d'un nombre élargi d'acteurs.

Par ailleurs, sans prétendre être un expert du champ disciplinaire principal des étudiants auxquels il s'adresse, l'enseignant peut également, tout en encourageant les relations égalitaires entre juristes et non-juristes, remettre en question les frontières entre le droit et la discipline principale des étudiants auxquels il s'adresse. Dans une logique transdisciplinaire, il évitera la perméabilité à sens unique, favorisant un savoir indifférent aux disciplines.

B- Une éducation inspirée de la transdisciplinarité

Il semble étrange d'enseigner le droit dans une faculté qui n'est pas une faculté de droit sans réfléchir aux questions des relations entre les disciplines, si tant est que ces relations existent. Plus encore, certains prétendent qu'il n'est plus possible d'étudier le droit dans une perspective disciplinaire, qu'on envisage le droit sans les autres disciplines ou les autres disciplines sans le droit⁶⁰. Clifford Geertz écrivait que le droit n'est pas un miroir

60. Morris, *supra* note 15 à la p. 62 ; David N. Smith, « Imagining the Future: Training Hong Kong Lawyers for the 21st Century », (1999) *Hong Kong LJ* 51. D'autres auteurs ont soutenu cette idée sans faire appel à la transdisciplinarité : les étudiants non-juristes, à travers leur pratique et leur vision disciplinaire, contribuent à l'enrichissement du droit. Voir Demoulin, *supra* note 14 à la p. 74.

de l'humain, mais plutôt un pilier de sa construction comme les arts, les sciences, la religion ou l'histoire⁶¹. Si « le droit n'est pas l'expression de la personnalité humaine, mais que c'est plutôt la personnalité humaine qui [est] l'expression du droit »⁶², il devient difficile, voire impossible, de le cloisonner. Dans son enseignement, le droit s'exprime donc par l'espace que l'enseignant réussit à créer pour que le droit participe à la (re)construction de l'humain et du monde⁶³.

Ainsi, nous proposons au professeur qui enseigne aux non-juristes de s'imprégner de la transdisciplinarité que le professeur Roderick Macdonald présente comme l'avènement d'une nouvelle épistémologie qui transcenderait les disciplines⁶⁴. S'il est de la nature de la transdisciplinarité qu'on évite d'en faire une discipline en soi ou qu'on tente d'en définir les pourtours⁶⁵, on peut toutefois tendre à sa réalisation. Ainsi, l'enseignement viserait dans l'essence à donner une perspective critique à l'étudiant non-juriste à l'égard des formes de savoir qui lui sont disponibles⁶⁶ et à l'habiliter à exercer « un contrôle intelligent sur l'information qu'il reçoit de sources normatives »⁶⁷.

Par ailleurs, l'enseignement du droit aux étudiants d'une autre discipline (s'il en est) requerra de bien en comprendre les structures de savoir et de s'y plonger⁶⁸. Le professeur Macdonald soulignait les vertus de l'osmose entre les disciplines⁶⁹ résultant de la simple cohabitation et de l'absence d'intérêt à promouvoir une perspective disciplinaire dominante⁷⁰. Dans cette veine,

61. Clifford Geertz, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, à la p. 218.

62. Morris, *supra* note 15 à la p. 64, citant notamment Albert H.Y Chen, « Confucian Legal Culture and Its Modern Fate », dans Raymond Wacks, dir, *The new Legal Order*, Hong Kong, Hong Kong University Press, 1999, à la p. 527.

63. *Ibid* à la p. 65.

64. Macdonald, « Transdisciplinarity », *supra* note 12 à la p. 69.

65. *Ibid* à la p. 70.

66. Emily Robertson, « The Epistemic aims of Education », dans Harvey Siegel, *Philosophy of education*, Oxford, Oxford University Press, 2009, à la p. 27.

67. *Ibid* à la p. 29. Voir aussi Ireland, *supra* note 15 à la p. 131 (notre traduction) dans lequel l'autrice suggère que les étudiants en administration doivent devenir des consommateurs du droit qui aient une vision *critique* de celui-ci. Nous suggérons d'accoler le terme « producteurs » à celui de consommateurs.

68. Macdonald, « Transdisciplinarity », *supra* note 12 à la p. 73.

69. *Ibid* à la p. 73.

70. *Ibid* à la p. 74.

l'enseignant aura possiblement avantage à côtoyer les professeurs et étudiants de l'autre structure du savoir et à se plonger dans cet environnement pour mieux en saisir les principes sous-jacents, sans asservissement d'un sens comme de l'autre.

L'enseignant devrait par ailleurs être soigneusement choisi. Si on pense que « la plupart des juristes, politicologues, économistes et philosophes imaginent le droit comme un artefact de l'État alors que la plupart des anthropologues, sociologues et chercheurs en études culturelles le perçoivent comme un phénomène interactionnel »⁷¹, on peut imaginer que certains mariages seront plus naturels. « La polygamie forcée ne mène pas à de grands succès domestiques »⁷² ! Comme dans toute situation enrichie d'altérité, l'ouverture d'esprit sera de mise.

Si le droit est en lui-même une langue aux multiples accents que nous n'avons jamais fini d'apprendre et que nous ne maîtrisons jamais complètement⁷³, nous pouvons au moins dire que nous la parlons tous. Ainsi, enseigner le droit (encore davantage aux non-juristes), c'est enseigner à un étudiant à reconnaître cette langue qu'il manie, parfois bien malgré lui. Enseigner une langue seconde⁷⁴ comporte des défis. D'abord, on se questionnera sur sa secondarité puisqu'il est permis d'avancer que le droit s'impose culturellement dès le plus jeune âge, parallèlement ou concurremment à la langue maternelle. En tout état de cause, la connaissance des structures de savoir primaires des étudiants (qui correspondraient, dans notre analogie, à leur langue maternelle ou à tout le moins sa reconnaissance) pourra sans doute faciliter le travail de l'enseignant⁷⁵. Dans un objectif de motivation, on peut soutenir que l'enseignant aurait avantage à présenter le droit sous la perspective propre à l'étudiant⁷⁶. Ainsi, enseigner le droit aux futurs

71. Macdonald, « Nomopolies », *supra* note 7 à la p. 611 (note 4) (notre traduction)

72. Macdonald, « Transdisciplinarity », *supra* note 12 à la p. 75.

73. James Boyd White, « Legal Knowledge », (2002) 115 *Harv L Rev* 1396 à la p. 1397.

74. Morris, *supra* note 15 à la p. 63. Dans son texte, l'auteur suggère que l'enseignement du droit se compare à l'enseignement d'une langue.

75. Braye, *supra* note 4 à la p. 140 rapporte que Ridley en 1994 (voir Ridley, *supra* note 22) mettait la lumière sur les différences de styles d'enseignement lors de cours de droit offerts aux étudiants en comptabilité, soulignant de ce fait que les approches traditionnelles d'un enseignant peuvent avoir à être ajustées à celles qui sont plus familières pour l'étudiant.

76. La recherche rapportée dans Endeshaw (Endeshaw, *supra* note 6) met en lumière le fait que les étudiants souhaitent que les cours soient fondés sur des exemples de la « vraie vie ». Voir à cet effet la p. 42.

cadres en entreprise requiert fort probablement de l'aborder sous l'angle du monde des affaires.

Si de nombreuses façons d'enseigner le droit aux non-juristes ont fait l'objet d'analyse dans le passé⁷⁷, nous suggérons que c'est plutôt la position de l'étudiant non-juriste face au droit qu'il faille revoir. Sans aspirer à faire de l'étudiant un juriste, reconnaître son statut de producteur de droit légitime ses apprentissages, souligne son agentivité et favorise son émancipation. Les facultés de droit n'ont pas fini de s'interroger sur le juste équilibre entre programme/pédagogie, théorie/pratique, discipline/discours, faculté/école eu égard aux étudiants qui aspirent à devenir notaires ou avocats. L'enseignement du droit aux non-juristes constitue possiblement un site de réunion accessible. Il va de soi que les non-juristes n'ont pas à être préparés pour la pratique du droit. N'y a-t-il pas là une occasion en or d'enseigner le droit sous toutes ses formes et ses couleurs ?

CONCLUSION

Bien que certains puissent y percevoir bonne fortune, d'autres verront encore dans l'enseignement du droit aux non-juristes une position subordonnée. Dans son article sur le caractère hermétique de l'éducation juridique, le professeur Robert J. Morris racontait avoir été invité à faire une présentation lors d'une conférence à l'extérieur du milieu juridique académique et avoir été surpris de la stupéfaction et du désarroi avec lesquels ses collègues de la faculté de droit tentaient de comprendre pourquoi il ne présentait pas plutôt ses résultats de recherche dans une conférence organisée par une faculté de droit.

En plus d'occuper une position encore aujourd'hui moins « prestigieuse » que ses consœurs et confrères des facultés de droit⁷⁸, le professeur qui enseigne le droit aux étudiants qui n'aspirent pas à devenir avocat peut avoir à vivre avec le territorialisme propre à chacune des disciplines en plus de vivre la solitude créée

77. Pour un résumé de ces idées, voir John Tanner, Anne Keaty and Christopher Major, « A Survey of Business Alumni: Evidence of the Continuing Need for a Law Course in Business Curricula », (2004) 21(2) *J Leg Educ* 203.

78. Braye, *supra* note 4 à la p. 139, on rapporte l'isolement et le statut inférieur des professeurs qui enseignent aux non-juristes.

ironiquement par l'interdisciplinarité⁷⁹. Ces préoccupations sont toutefois bien secondaires si on les accole au développement du pouvoir d'agir d'un vaste public⁸⁰, à la démocratisation du droit et à l'essor d'un savoir qui s'élève au-dessus des disciplines. Comme l'écrivait déjà si bien Robert C. Elliot en 1973, « le droit est trop important pour être laissé aux avocats »⁸¹.

Aussi, nous terminerons comme nous avons commencé en construisant sur les idées de Favreau : les professeurs de droit doivent avoir de la « fuite dans les idées⁸² » et laisser le droit fuir partout, tout en étant tout ce qu'il est. Si le droit est plural, il peut et doit se conjuguer dans toutes les facultés.

Bibliographie

- Belley, Jean-Guy, « Contrat relationnel », 2020 66:1 *RD McGill* 33.
- Ben-Zvi, Omri et Eden Sarid, « Legal Scholarship as Spectacular Failure », (2018) 30 *Yale JL & Human* 1.
- Bergh, Louis O., « The Teaching of Business Law », (1953-4) 6 *J Leg Educ* 85.
- Boyd White, James, « Legal Knowledge », (2002) 115 *Harv L Rev* 1396.
- Braye, Suzy et. al, « Lost in translation? Teaching law to non-lawyer: Reviewing the evidence from social work », (2006) 40:2 *The Law Teacher* 131.
- Cartan, Greg et Tricia Vilkinas, « Legal Literacy for Managers: the Role of the Educator », (1990) 24(3) *The Law Teacher* 246.

79. Kim Diana Connolly, « Elucidating the Elephant: Interdisciplinary Law School Classes », 11 *Wash UJL & Pol'y* 11, à la p. 32. Dans cet article, l'auteur aborde l'interdisciplinarité sous la perspective de l'enseignement de principes émanant des autres disciplines aux étudiants en droit.

80. Singer, *supra* note 3 à la p. 58. Bien que l'auteur adopte une posture qui favorise la formation d'étudiants qui seraient prêts pour la pratique et qu'il adopte une vision de l'éducation très influencée par les lois du marché, il soutient que le fait que les facultés de droit enseignent aux étudiants qui n'ont pas l'intention de devenir notaire ou avocat peut créer un impact positif et substantiel sur les questions de justice dans les communautés.

81. Elliot, *supra* note 32 à la p. 84 (notre traduction).

82. Marc Favreau, *Faut d'la fuite dans les idées !*, Montréal, Stanké, 2008.

- Connolly, Kim Diana, « Elucidating the Elephant: Interdisciplinary Law School Classes », 11 *Wash UJL & Pol'y* 11.
- Corbin, Lilian, « Teaching Business Law to Non-Law Students », 9 *Elaw J* 7.
- Demers, Stéphanie et al., « Quel rapport au droit les codes de conduites d'écoles secondaires impliquent-ils pour les jeunes », 2018 42:2 *Éducation et sociétés* 101.
- Demoulin, Marie, « L'enseignement du droit aux « non-initiés » : le cas des sciences de l'information », 61:2-3 *Documentation et bibliothèques* 68.
- De Sousa Santos, Boaventura « The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasagarda », (1977) 12:1 *Law & Society Rev* 5.
- Éducaloi, « L'éducation juridique comme incontournable de l'école québécoise », mémoire présenté au ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, 27 février 2020.
- Elliot, Robert C., « The Teaching of Law to Non-lawyers », (1973) 7:2 *The Law Teacher* 81.
- Endeshaw, Assafa, « Teaching Law to Business Students: An Inquiry into Curriculum and Methodology », (2002) 36:1 *The Law Teacher* 24.
- Favreau, Marc, *Faut d'la fuite dans les idées !*, Montréal, Stanké, 2008.
- Favreau, Marc « L'appel de la carrière », dans Marc Favreau, *Presque tout Sol*, Montréal, Stanké, 1997.
- Freire, Paulo, « Pedagogy of the Oppressed », dans Steven M. Cahn, *Classic and Contemporary Readings in the Philosophy of Education*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, 379.
- Geertz, Clifford, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983.
- Huxley, Aldoux, « Education in the Nonverbal Level », (1962) 91 *Daedalus* 271.
- Ingulli, Elaine D., « Transforming the Curriculum: What does the Pedagogy of Inclusion mean for Business Law », (1991) 28 *Am Bus LJ* 605.

- Ireland, Jennifer, « A New Curriculum for Business Law: The Business-Facing Model », (2012) 5:1-2 *Journal of the Australian Law Teachers Association* 123.
- Lampe, Marc, « A New Paradigm for the Teaching of Business Law and Legal Environment Classes », (2006) 23(1) *J Leg Educ* 1.
- Lawton, Ann, « Using a Management Driven Model to Teach Business Law », (1997) 15 *J Leg Educ* 211.
- Lister, R., *Citizenship: Feminist Perspectives*, 2^e éd., New York, New York University Press, 2003.
- Macdonald, Roderick, « Transdisciplinarity and Trust », dans Margaret A. Somerville & David Rapport, *Transdisciplinarity: re Creating Integrated Knowledge*, Oxford, EOLSS, 2000, à la p. 61.
- Macdonald, Roderick A. et David Sandomierski, « Against Nomopolies », (2006) 57 *N. Ir Leg Q* 610.
- Morris, Robert J., « Globalizing (and) De-Hermeticising Legal Education », (2005) *BYU Educ & LJ* 53.
- Morris, Robert J., « Improving curriculum theory and design for teaching law to non-lawyers in built environment education », (2007) 25(3/4) *Structural Survey* 279.
- Mosher, Janet E., « Legal Education: Nemesis or Ally of Social Movements », (1997) 35 *Osgoode Hall LJ* 613.
- Nussbaum, Martha, « Cultivating Humanity in Legal Education », 70:1 *U Chicago L Rev* 265.
- Philippart, Pascal, « Enseigner le droit dans une formation à la création d'entreprise », (2014) 13:2 *Revue de l'Entrepreneuriat et de l'Innovation* 115.
- Potvin, Maryse et al., « Le rapport au droit et à la justice d'enseignants québécois : discours et interventions au quotidien », (2021) 2:46 *Éducation et Sociétés* 129.
- Ridley, Anne, « Legal skills for non-law students: Added values or irrelevant diversion? », 28:3 *The Law Teacher* 281.
- Robertson, Emily, « The Epistemic aims of Education », dans Harvey Siegel, *Philosophy of education*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

- Rodriguez, Daniel B. « Legal Education and Its Innovations », (2018) 13 *FIU L Rev* 199.
- Singer, Lawrence E., « Leadership in Online Non-Traditional Legal Education: Lessons Learned & Questions Raised », (2017) 94 *U Det Mercy L Rev* 43.
- Smith, David N., « Imagining the Future: Training Hong Kong Lawyers for the 21st Century », (1999) *Hong Kong LJ* 51.
- Tanner, John, Anne Keaty and Christopher Major, « A Survey of Business Alumni: Evidence of the Continuing Need for a Law Course in Business Curricula », (2004) 21(2) *J Leg Educ* 203.
- Webber, Jeremy, « Legal Pluralism and Human Agency », (2006) 44 *Osgoode Hall LJ* 167.

Réforme de la *Loi sur la protection de la jeunesse* de 2022 : de nouvelles balises pour l'intérêt de l'enfant

Gabriel DESTREMPE ROCHETTE
Michaël LESSARD

Résumé

En 2022, la réforme de la *Loi sur la protection de la jeunesse* a inscrit l'intérêt de l'enfant comme considération primordiale dans l'articulation du régime de protection de la jeunesse. Or, la notion même de l'intérêt de l'enfant n'est pas immuable. Ce concept de droit se coconstruit en continu par l'action des assemblées législatives et des tribunaux ainsi que par l'évolution des mœurs et des connaissances scientifiques. Dans cet article, nous révélons la direction que les parlementaires ont donnée à la notion de l'intérêt de l'enfant en adoptant, en 2022, des modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Nous soutenons que les parlementaires ont adhéré à une conception particulière de l'intérêt de l'enfant, affirmant ou réaffirmant ainsi huit principes devant guider l'articulation de l'intérêt de l'enfant. Ces huit principes sont (1) la continuité des soins, (2) la stabilité des liens de l'enfant, (3) la stabilité des conditions de vie appropriées aux besoins et à l'âge de l'enfant, (4) la stabilité culturelle de l'enfant, (5) le respect de la volonté de l'enfant, (6) le respect de la dignité de l'enfant, (7) la protection contre la violence conjugale et (8) l'assouplissement de la confidentialité. Cet article aborde tour à tour chacun de ces principes en détail. Au-delà de leur cristallisation dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*, ces huit principes doivent percoler dans la pratique clinique et judiciaire concernant la protection de la jeunesse, voire dans la mise en œuvre de l'intérêt de l'enfant dans tous les domaines de droit, dont le droit des familles.

Réforme de la *Loi sur la protection de la jeunesse* de 2022 : de nouvelles balises pour l'intérêt de l'enfant

Gabriel DESTREMPE ROCHETTE
Michaël LESSARD*

RÉSUMÉ	93
INTRODUCTION	97
I- LA CONTINUITÉ DES SOINS, LA STABILITÉ DES LIENS ET DES CONDITIONS DE VIE APPROPRIÉES.	100
A- La continuité des soins	103
B- La stabilité des liens	105
C- La stabilité des conditions de vie	109
II- LA STABILITÉ CULTURELLE DE L'ENFANT.	110
A- Les communautés ethnoculturelles minoritaires ..	112

* Gabriel Destrempe Rochette (gabriel.destrempe.rochette.ccsmtl@ssss.gouv.qc.ca) est avocat au contentieux du Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux du Centre-Sud-de-l'Île-de-Montréal où il représente notamment la Direction de la protection de la jeunesse devant les tribunaux. Les opinions exprimées dans le présent article n'engagent que leur auteur.

** Michaël Lessard (michael.lessard@usherbrooke.ca) est professeur de droit à l'Université de Sherbrooke et membre du Barreau du Québec. Les auteurs tiennent à remercier Ève Sasseville et Anne-Marie Boisvert pour leurs commentaires constructifs sur la version antérieure de ce texte. La recherche juridique est à jour au 1^{er} novembre 2022 et au 1^{er} août 2023 concernant l'exposition à la violence conjugale.

B-	Les enfants autochtones	114
C-	Les autres enfants	118
III-	LE RESPECT DE LA VOLONTÉ DE L'ENFANT	119
IV-	LE RESPECT DE LA DIGNITÉ DE L'ENFANT	124
V-	L'EXPOSITION À LA VIOLENCE CONJUGALE	127
VI-	L'ASSOUPLISSEMENT DE LA CONFIDENTIALITÉ	135
	CONCLUSION	142

INTRODUCTION

Le régime de protection de la jeunesse du Québec sort tranquillement d'une crise qui le bouleverse depuis quelques années. Le décès tragique d'une fillette à Granby en 2019 a été l'élément déclencheur d'un examen en profondeur du dispositif clinique et juridique qui anime la protection de la jeunesse¹. De nombreux témoignages ont circulé sur la place publique pour dénoncer les échecs de ce régime ou son manque de ressources humaines, financières et juridiques. De 2019 à 2021, la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse (« Commission Laurent »), établie par le gouvernement du Québec, a recueilli des témoignages, procédé à l'analyse du régime et proposé des recommandations pour son amélioration². Ces recommandations sont principalement animées par le désir de remettre au cœur du régime le principe de l'intérêt de l'enfant.

En réaction à ces recommandations, le Parlement du Québec a réformé la *Loi sur la protection de la jeunesse*³. L'intérêt de l'enfant a été réinscrit par les parlementaires⁴ comme la considération primordiale dans l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (« *Lpj* ») et donc dans toute décision prise à son sujet⁵.

1. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *Instaurer une société bienveillante pour nos enfants et nos jeunes : Rapport de la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse*, Québec, Gouvernement du Québec, 2021, à la p 13.

2. *Ibid.*, aux pp 15-17.

3. *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, LQ 2022, c 11.

4. Nous préférons désigner explicitement les décideurs et décideuses ayant dessiné le nouveau régime législatif en parlant des « parlementaires » ou du « ministre », le cas échéant, plutôt que de reproduire la figure du « législateur ». Ce changement de vocabulaire revêt, à notre avis, plusieurs avantages tant pour la compréhension du développement du droit que pour son interprétation. Par exemple, prendre acte que les lois sont écrites par des corps législatifs collectifs qui évoluent avec le temps et qui sont parfois guidés par le compromis, par opposition à associer la rédaction des lois à la figure unique et intemporelle du législateur nous invite à poser un regard différent sur les incohérences conceptuelles lors d'une interprétation législative. Voir à ce sujet, par exemple, Michaël Lessard, « A Dynamic Judicial Approach to Diachronic Legislative Integrity », (2020) 33:2 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 481.

5. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c P-34.1, préambule, art 3. L'expression « considération primordiale » se retrouve d'ailleurs dans la *Convention relative*

L'article 3 *Lpj* en dispose maintenant clairement : l'intérêt de l'enfant doit être la considération primordiale dans l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, plutôt qu'une considération parmi tant d'autres⁶. En plus de renforcer ainsi ce que l'article 33 du *Code civil du Québec* (« *CcQ* ») prévoyait déjà, soit que les décisions concernant les enfants doivent être prises en fonction de la notion de l'intérêt de l'enfant⁷, les parlementaires ont proposé une déclinaison des principes devant guider l'articulation de l'intérêt de l'enfant dans des dispositions subséquentes de la loi. Comprendre la nouvelle direction donnée au concept de l'intérêt de l'enfant est donc indispensable pour assurer une application de la loi en accord avec l'intention législative.

Dans cet article, nous révélons la direction que les parlementaires ont donnée à la notion de l'intérêt de l'enfant en adoptant, en 2022, des modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁸. Nous soutenons que les parlementaires ont adhéré à une conception particulière de l'intérêt de l'enfant, affirmant ou réaffirmant ainsi huit principes devant guider l'articulation de l'intérêt de l'enfant. Ces huit principes sont (1) la continuité des soins, (2) la stabilité des relations de l'enfant, (3) la stabilité des conditions de vie appropriées aux besoins et à l'âge de l'enfant, (4) la stabilité culturelle de l'enfant, (5) le respect de la volonté de l'enfant, (6) le respect de la dignité de l'enfant, (7) la protection contre la violence conjugale et (8) l'assouplissement de la confidentialité. Nous abordons tour à tour chacun de ces principes en détail.

De cette mosaïque se dégage un portrait de l'intérêt de l'enfant plus sensible à la qualité des relations que l'enfant entretient avec d'autres individus ou des collectivités. Ainsi, l'on souhaite préserver

aux droits de l'enfant des Nations unies à laquelle l'État du Québec s'est lié par le décret n° 1676-91 du 9 décembre 1991.

6. Voir les propos du ministre délégué à la Santé et aux Services sociaux : Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Étude détaillée du projet de loi n° 15, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* », *Journal des débats*, vol 46, n° 9, 2^e sess, 42^e lég, 22 février 2022, 9h50 (M. Lionel Carmant). L'affirmation de l'intérêt de l'enfant comme étant la considération primordiale fait suite aux recommandations de la Commission Laurent (Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 83) et aux commentaires de divers groupes et acteurs sociaux et communautaires ayant présenté des observations lors des consultations particulières.

7. *Code civil du Québec*, RLRQ, c CCQ-1991, art 33.

8. *Loi modificatrice de 2022*, *supra* note 3.

les liens de l'enfant avec des figures affectives ou des figures lui fournissant des soins, mais également avec la communauté culturelle à laquelle il pourrait appartenir. L'assouplissement de la confidentialité entre la directrice et les personnes, organismes et établissements qui gravitent autour de l'enfant reconnaît la pluralité des personnes appelées à agir auprès de l'enfant et l'importance d'intervenir de manière collective en matière de protection de la jeunesse. Dans le même sens, la considération de l'exposition à la violence conjugale comme motif de compromission invite les juristes et intervenant·es à prendre la pleine mesure du fait que la violence conjugale ne se produit pas uniquement entre les deux parents ; l'enfant n'en est pas témoin mais bien victime. Commettre de la violence conjugale constitue d'ailleurs un choix parental en ce que le parent violent brime l'enfant de ressources que pourrait lui offrir le parent victime. La relation entre l'enfant et le parent violent ne doit donc pas être maintenue à tout prix, et la réforme nous invite donc à évaluer la qualité de cette relation. Enfin, la réforme suggère aussi qu'une plus grande place doive être accordée à la volonté des enfants. Cela invite les intervenant·es et juristes à consulter l'enfant et à réfléchir le plus possible en se mettant à la place de l'enfant.

Au-delà de la cristallisation de ces principes dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*, ce portrait de l'intérêt de l'enfant doit, à notre avis, percoler dans la pratique clinique et judiciaire concernant la protection de la jeunesse, voire dans la mise en œuvre de l'intérêt de l'enfant dans tous les domaines de droit, dont le droit des familles. L'intérêt de l'enfant est un concept de droit qui se coconstruit en continu par l'action des assemblées législatives et des tribunaux ainsi que par l'évolution des mœurs et des connaissances scientifiques. Au sein de cette coconstruction, des approches contradictoires peuvent parfois se développer et certaines conceptions peuvent être regrettées après coup. L'assemblée législative est généralement conçue comme ayant la légitimité de rectifier l'articulation de concepts de droit en raison de son autorité démocratique et de son positionnement privilégié dans la hiérarchie juridique. En affirmant ou réaffirmant les huit principes que nous avons identifiés, les parlementaires font plus qu'établir des règles distinctes : ils et elles donnent une direction particulière au concept juridique de l'intérêt de l'enfant.

Cet article intéressera donc toute personne devant appliquer la *Loi sur la protection de la jeunesse*, qu'elle soit juge, avocate, directrice⁹ ou intervenante. Elle trouvera dans cet article un outil pour interpréter les nouvelles dispositions de cette loi, mais aussi, plus largement, pour comprendre les principes qui guident l'articulation de l'intérêt de l'enfant au-delà des dispositions particulières. En ce sens, l'article intéressera également toute personne œuvrant en droit des familles puisque la notion de l'intérêt de l'enfant n'évolue pas dans deux vases clos – d'un côté, la protection de la jeunesse ; de l'autre, le droit des familles – l'intérêt de l'enfant devant au contraire demeurer cohérent¹⁰.

I- LA CONTINUITÉ DES SOINS, LA STABILITÉ DES LIENS ET DES CONDITIONS DE VIE APPROPRIÉES

La nouvelle mouture de la *Loi sur la protection de la jeunesse* place trois des huit principes au cœur de son articulation : la continuité des soins, la stabilité des liens et la stabilité des conditions de vie appropriées aux besoins et à l'âge de l'enfant. Ces trois principes doivent maintenant guider toute décision prise en vertu de cette loi selon l'article 4 *Lpj*¹¹. Cependant, ces principes ne s'appliquent pas seuls : ils doivent être interprétés au travers du prisme de l'intérêt de l'enfant. En effet, l'article 3 *Lpj* dispose que les décisions prises en vertu de cette loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits¹². Ces trois principes sont d'ailleurs généralement compris comme étant des éléments de l'intérêt de l'enfant¹³. Pour bien comprendre le rôle des principes de continuité des soins, de stabilité des liens et des

9. Dans ce texte, nous employons la forme féminine afin de désigner l'ensemble des directeurs et directrices de la protection de la jeunesse afin de favoriser la visibilité des femmes en situation de pouvoir et de témoigner du fait que la majorité des personnes occupant actuellement cette fonction sont des femmes. Pour une discussion plus détaillée sur la rédaction inclusive, voir Michaël Lessard et Suzanne Zaccour, « La rédaction inclusive en droit : pourquoi les objections ratent-elles la cible ? », (2021) 99:1 *La Revue du Barreau canadien* 113.

10. Sur le plan juridique, la notion de l'intérêt de l'enfant doit demeurer cohérente puisque, en raison de l'article 33 du *Code civil du Québec*, qui s'applique tant à la protection de la jeunesse qu'au droit des familles, il s'agit, dans ces deux domaines de droit, exactement du même concept. Sur le plan moral, on peut souhaiter l'unicité du concept de l'intérêt de l'enfant afin de servir le principe de l'égalité entre les enfants.

11. *Lpj*, *supra* note 5, art 4.

12. *Ibid*, art 3 ; voir également *CcQ*, *supra* note 7, art 33.

13. Voir, par exemple, Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 183.

conditions de vie appropriées aux besoins et à l'âge de l'enfant, l'on doit considérer l'article 4 dans son ensemble.

Les modifications législatives ont principalement pour effet d'assujettir le rôle des parents aux principes de continuité des soins, de stabilité des relations et des conditions de vie appropriées. L'ancien libellé de l'article 4 *Lpj* déclarait que toute décision prise en vertu de cette loi devait tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial, puis aménageait des exceptions. Maintenant, ce sont les principes de continuité des soins, des relations et des conditions de vie appropriées qui doivent primer. En conséquence, la décision de maintenir ou retourner l'enfant dans son milieu familial ne peut être prise que si elle sert les principes de l'article 4 *Lpj* et, plus généralement, l'intérêt de l'enfant aux termes de l'article 3 *Lpj*. En somme, comme l'indique clairement l'article 4 *Lpj*, le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu familial n'est pas autonome et n'est vu comme bénéfique que lorsque sont réunis les principes de la continuité des soins, de la stabilité des liens et des conditions de vie¹⁴ :

4. Toute décision prise en vertu de la présente loi doit viser la continuité des soins ainsi que la stabilité des liens d'un enfant et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge. En conséquence, le maintien de l'enfant dans son milieu familial doit être privilégié à condition qu'il soit dans l'intérêt de cet enfant.

Lorsque le maintien de l'enfant dans son milieu familial n'est pas dans son intérêt, l'enfant doit être confié en priorité à des personnes qui lui sont les plus significatives, notamment les grands-parents et les autres membres de la famille élargie.

4. Every decision made under this Act must aim at ensuring continuity of care as well as the stability of the child's relationships and of living conditions appropriate to his needs and age. Therefore, keeping the child in his family environment should be favoured, provided it is in the child's interest.

If keeping the child in his family environment is not in his interest, priority must be given to entrusting the child to the persons most important to him, in particular the grandparents or other members of the extended family.

14. *Lpj*, *supra* note 5, art 4.

Lorsqu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant qu'il soit confié à ces personnes, l'enfant doit alors être confié à un milieu de vie se rapprochant le plus d'un milieu familial.

If it is not in the interest of the child to entrust him to such persons, the child must then be entrusted to a living environment most closely resembling a family environment.

Lorsque le retour de l'enfant dans son milieu familial n'est pas dans son intérêt, la décision doit, de façon permanente, assurer la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge.

If returning the child to his family environment is not in his interest, the decision must, on a permanent basis, ensure continuity of care and the stability of his relationships and of living conditions appropriate to his needs and age.

(Soulignements ajoutés)

L'alinéa 2 de l'article 4 *Lpj* explique que l'enfant ne peut pas être maintenu dans son milieu familial lorsque cela contreviendrait à son intérêt. Afin d'assurer une stabilité des liens, on doit se demander s'il est alors possible de le confier à des personnes significatives pour lui. Encore une fois, cette possibilité doit être évaluée en fonction de son intérêt. S'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de le confier à des personnes significatives, il faut alors le confier à un milieu de vie se rapprochant le plus d'un milieu familial en vertu de l'alinéa 3. Le modèle familial est ainsi considéré comme étant le plus à même d'assurer la continuité des soins et la stabilité des liens de l'enfant et de ses conditions de vie appropriés.

Cette reformulation de l'article 4 *Lpj* vise à résoudre une difficulté d'interprétation de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, notamment mise en relief par les travaux de la Commission Laurent. Cette dernière souligne que plusieurs praticien·nes perçoivent une tension entre l'objectif de retourner les enfants auprès de leurs parents et celui de servir l'intérêt de l'enfant. La Commission Laurent cite d'ailleurs un passage révélateur du mémoire des DPJ du Québec qui sentent qu'elles doivent « concilier l'importance des liens de sang et de la famille et l'intérêt de l'enfant »¹⁵. Le nouveau libellé de l'article 4 *Lpj*, mettant de l'avant

15. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 182.

ces trois principes constitutifs de l'intérêt de l'enfant, rend clair que l'intérêt de l'enfant doit primer sur l'intérêt des parents à se voir confier leur enfant¹⁶.

La Commission Laurent, qui recommandait la reformulation de l'article 4 *Lpj*, souligne des facteurs importants à tenir en tête dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant aux fins de l'ancien article 4 *Lpj*¹⁷ :

Le retour ou le maintien en milieu familial est une décision qui doit se prendre en ayant en tête une multitude de facteurs. Bien qu'idéalement, le premier projet de vie pour un enfant soit de grandir dans sa famille, nous sommes d'avis que le maintien ou le retour, après un retrait temporaire, ne doit pas se faire au détriment de l'intérêt de l'enfant. La décision de maintenir l'enfant dans son milieu familial ou de le retourner doit d'abord tenir compte du développement de ce dernier, de la qualité du lien d'attachement avec ses parents et d'une bonne évaluation des capacités parentales. La décision de le retourner dans sa famille doit, en plus de ces précédents critères, tenir compte des liens d'attachement que l'enfant aurait pu développer au sein de la famille où il séjourne. De plus, il est essentiel que le souhait exprimé par l'enfant soit considéré dans la prise de décision. Autrement dit, la LPJ doit affirmer clairement que l'intérêt de l'enfant prime sur l'objectif de le maintenir dans sa famille.

Remarquons que cette citation souligne que le principe de la stabilité des relations ne s'intéresse pas uniquement aux relations du milieu de vie d'origine, mais qu'il commande également de tenir compte des liens d'attachement que l'enfant forme dans son milieu de vie substitut. Nous y reviendrons sous peu. Voyons tour à tour ce qu'il faut comprendre des principes de continuité des soins, de stabilité des liens et de stabilité des conditions de vie appropriées.

A- La continuité des soins

Le principe de la continuité des soins peut être compris comme favorisant la prestation ininterrompue de soins à l'enfant, et ce, tout au long de l'intervention sociale et pour l'ensemble de son projet de vie. Le terme « soins » s'apprécie de façon large et

16. La reformulation de l'article 3 *Lpj* le confirme également.

17. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 183.

englobe non seulement les soins au sens médical, mais comporte également une dimension humaine et personnelle à l'enfant¹⁸ :

Le terme « soins » fait référence, dans le contexte de l'article 4, au fait de s'occuper des besoins de l'enfant au quotidien, de remplir ses besoins de base, ses besoins alimentaires et d'éducation, de lui offrir un milieu accueillant et encadrant, d'assumer sa surveillance. Ce terme fait également référence aux gestes concernant le maintien ou le rétablissement de la santé : les soins médicaux ou psychologiques. Les soins sont donnés généralement dans le contexte familial, mais également dans des contextes institutionnels. Les débiteurs de soins sont en général les parents ou, à défaut, les personnes à qui l'enfant est confié, mais également le directeur, qui doit voir, le cas échéant, à ce que l'enfant reçoive les soins ordonnés par le tribunal.

Ainsi, la responsabilité de s'assurer que l'enfant reçoive les soins de façon continue incombe à plusieurs intervenant·es, dont les parents, les personnes à qui l'enfant est confié·e ou la directrice. La multitude d'acteurs et d'actrices entourant l'enfant nécessite une intervention concertée afin de s'assurer que l'enfant reçoive tous les soins qui sont requis par son état. Les parlementaires ont d'ailleurs explicitement ajouté dans la loi une obligation de collaboration, de concertation et d'harmonisation qui s'impose aux établissements, organismes et personnes ayant des responsabilités envers l'enfant ou devant prendre des décisions à son sujet¹⁹. Cette obligation s'inscrit dans les objectifs des modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* de renforcer la collaboration entre les personnes qui interviennent auprès des enfants et d'éviter le travail en vase clos. Si l'intervention sociale auprès des enfants pris·es en charge dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse* est menée par la directrice, la protection de l'enfant n'est plus vue comme relevant d'une seule entité, mais comme faisant l'objet d'une responsabilité collective nécessitant plusieurs ressources communautaires et sociales²⁰. D'ailleurs, l'obligation de collaboration du nouvel article 4.5 *Lpj* incombe désormais à cette pluralité de ressources, soit les « établissements, les organismes et personne ayant des responsabilités envers l'enfant », plutôt que seulement aux « personnes à qui la présente loi confie des responsabilités

18. Marie-Claude Boutin, Myriam Des Marchais et al., *Loi sur la protection de la jeunesse annotée*, Montréal, SOQUIJ, 2019, art 4.

19. *Lpj*, supra note 5, art 4.5 ; voir également le segment du préambule à ce sujet.

20. *Lpj*, supra note 5, préambule, al 4.

envers l'enfant ainsi que celles qui sont appelées à prendre des décisions à son sujet » qu'on retrouvait à l'ancien article 2.4 *Lpj*. De plus, le nouveau rôle de directrice nationale de la protection de la jeunesse se voit confier la responsabilité d'assurer « le suivi des trajectoires de soins et de services des enfants dont la situation est prise en charge par un directeur »²¹ joutée à une obligation de reddition de compte quant à l'exercice de ses responsabilités²² afin d'assurer la mise en œuvre des soins et services dans le cadre de l'intervention sociale.

L'enfant doit évoluer dans un milieu qui lui permet de recevoir l'ensemble de ces soins. En effet, l'objectif de la *Loi sur la protection de la jeunesse* étant de mettre fin à la situation de compromission et que l'intervention étatique prenne fin, les décisions concernant l'enfant doivent tendre à ce que l'enfant reçoive les soins de manière continue dans le milieu où l'enfant se trouve sans la présence de la directrice. Cela implique que le milieu qui est pressenti pour l'enfant permette une continuité des soins et que les personnes à qui l'enfant est confié-e puissent le lui garantir de façon optimale.

B- La stabilité des liens

Le principe de la stabilité des liens favorise le maintien de l'ensemble des relations positives de l'enfant. Ce principe se cristallise d'ailleurs dans d'autres dispositions en plus de l'article 4 *Lpj*²³. L'article 4.1 *Lpj* impose de favoriser le maintien de l'enfant avec sa fratrie lorsque l'enfant est retiré-e de son milieu familial²⁴. L'article 9.1 *Lpj* prévoit que les contacts de l'enfant avec les personnes qui lui sont significatives doivent être favorisés en tenant compte de ses désirs lorsque l'enfant est confié-e à un milieu de vie substitut²⁵. Dans de telles circonstances, les parents peuvent être compris comme étant des personnes significatives avec qui l'enfant maintient des liens, si ces derniers sont dans son inté-

21. *Ibid*, art 29.

22. *Ibid*, art 30.8.

23. D'ailleurs, l'article 6 *Lpj* permet à toute personne qui veut intervenir dans l'intérêt de l'enfant l'occasion d'être entendue, ce qui pourrait permettre à des personnes significatives de s'adresser au tribunal afin d'obtenir le maintien de leur relation avec l'enfant.

24. *Lpj*, *supra* note 5, art 4.1.

25. *Ibid*, art 9.1. L'article 9 *Lpj* prévoit d'ailleurs la confidentialité des communications, tout en aménageant des exceptions.

rêt. Il y a également des situations dans lesquelles les parents ne seront pas des personnes significatives pour l'enfant, notamment en raison de leur absence dans sa vie. Le maintien des contacts et leur modulation en vertu des articles 9.1 et 91 *in fine* *Lpj* doivent donc prendre en considération la nature des relations et l'étendue de ces dernières selon l'intérêt de l'enfant.

Ces deux dispositions indiquent évidemment que l'objectif de favoriser la stabilité des liens doit être modulé en fonction de l'intérêt de l'enfant : la stabilité des liens n'a pas à être favorisée si d'autres éléments de l'intérêt de l'enfant militent contre le maintien de ces liens²⁶. La jurisprudence constante de la Chambre de la jeunesse, inspirée des enseignements de la Cour suprême du Canada, veut que les contacts de l'enfant avec ses parents doivent être dans l'intérêt de l'enfant, afin de poursuivre une relation « enrichissante et profitable », et non dans celui des parents²⁷. L'article 9.1 *Lpj* a pour effet de cristalliser cette jurisprudence en précisant que les contacts avec les personnes qui lui sont significatives doivent être dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, lorsque le tribunal prononce une ordonnance confiant un enfant jusqu'à sa majorité ou qui s'inscrit dans une vision de permanence dans un milieu de vie substitut²⁸, les contacts entre les parents et l'enfant ne seront pas nécessairement dans son intérêt, comme le soulignait le rapport de la Commission Laurent²⁹ :

Parfois, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des contacts avec ses parents pour diverses raisons. Nous estimons qu'il faut parfois prendre la décision d'interrompre les contacts avec les parents pour favoriser l'enracinement de l'enfant dans son milieu de vie substitut où il doit faire son nid à long terme.

26. *Ibid*, art 4.1, 9.1.

27. Voir, par exemple, *Protection de la Jeunesse – 073545*, 2007 QCCQ 15832, au para 273, qui cite avec approbation *Young c Young*, [1993] 4 RCS 3.

28. À l'expiration des délais prévus à l'article 91.1 *Lpj* pendant lesquels l'enfant a été confié-e à un milieu de vie substitut, le tribunal « doit rendre une ordonnance qui assure la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie de cet enfant, appropriées à ses besoins et à son âge, de façon permanente », ce qui se peut se matérialiser par un placement à majorité dans le milieu de vie substitut ou une ordonnance qui « s'inscrit dans une vision de permanence » ; voir *Protection de la jeunesse – 115308*, 2011 QCCA 2147, aux paras 7 à 11.

29. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 187.

Par ailleurs, d'autres enfants ont besoin de maintenir un lien affectif avec leur famille d'origine, même si celle-ci ne peut leur offrir un milieu de vie répondant de façon permanente à leurs besoins.

Il en est de même pour l'ensemble des personnes qui sont significatives pour l'enfant. La stabilité des liens ne doit être favorisée que si l'intérêt de l'enfant le commande plus généralement.

Le principe de la stabilité des relations ne s'intéresse pas uniquement aux relations du milieu de vie d'origine. Il commande également de tenir compte des liens d'attachement que l'enfant forme dans son milieu de vie substitut. La nouvelle mouture de la *Loi sur la protection de la jeunesse* témoigne de l'importance accordée aux relations du milieu de vie substitut en établissant pour la première fois, au nouvel article 4.2 *Lpj*, l'obligation de prévoir un « projet de vie alternatif » qui doit être planifié par la directrice afin d'assurer « sans délai la continuité des soins et la stabilité des liens de cet enfant et de ses conditions de vie de façon permanente dans l'éventualité où ce retour ne serait pas dans l'intérêt de cet enfant »³⁰. L'ajout de l'obligation expresse pour la directrice de planifier un projet de vie alternatif pour l'enfant dès lors qu'il est retiré de son milieu³¹ renforce l'idée que le projet de vie privilégié par les parlementaires n'est plus le maintien de l'enfant dans son milieu familial dans la mesure où ce dernier n'est pas dans son intérêt. La stabilité des liens avec le milieu de vie substitut devient alors une considération importante pour déterminer l'intérêt de l'enfant et pour ainsi assurer le succès de son projet de vie.

Le concept de projet de vie alternatif, c'est-à-dire le projet de vie ne prévoyant pas le retour ou le maintien dans le milieu familial, n'est certes pas nouveau³². Il a été développé par les clinicien·nes afin de permettre à l'enfant de se projeter dans l'avenir³³ et de

30. *Lpj*, *supra* note 5, art 4.2.

31. Ce qui n'a pas toujours été le cas. Dans le manuel de référence sur la protection de la jeunesse publié en 2010, il est indiqué que le projet de vie alternatif doit être élaboré « lorsque le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu familial sont incertains et qu'il y a un risque d'instabilité pour l'enfant », Gouvernement du Québec, *Manuel de référence sur la protection de la jeunesse*, Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, 2010, à la p 694.

32. Le concept de projet de vie a fait son apparition dans le rapport Jasmin en 1992, Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 41.

33. *Ibid.*

« vivre dans un milieu stable auprès d'une personne significative qui répond à ses besoins et avec qui il développe un attachement permanent »³⁴. Depuis, l'importance du projet de vie alternatif a été réaffirmée par les tribunaux et il trouve notamment son application lors de l'expiration des délais maximaux d'hébergement de l'enfant dans un milieu de vie substitut en vertu de l'article 91.1 *Lpj*. À l'expiration de ces délais, le tribunal doit rendre une ordonnance qui assure la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie de l'enfant de **façon permanente** et qui vise donc à mener le projet de vie alternatif à terme. Son apparition à l'article 4.2 *Lpj* fait suite aux recommandations de la Commission Laurent pour que le projet de vie alternatif soit prévu dès le retrait de l'enfant de son milieu de vie³⁵. En prévoyant, dès le retrait de l'enfant de son milieu familial, qu'un milieu de vie substitut pourrait devenir permanent, les parlementaires soulignent l'importance de favoriser la stabilité des relations en prévoyant, dès le départ, des relations qui pourront perdurer dans le temps.

Enfin, l'ajout dans le préambule de la loi des notions de « stabilité et sécurité affective » de l'enfant comme déterminants majeurs pour assurer son sain développement annonce l'importance qu'accordent les parlementaires à ces notions et indique que ces considérations devraient recevoir une attention particulière dans la prise de décisions concernant l'enfant. En ce qui concerne la stabilité des liens, il est important que les tribunaux considèrent la qualité des liens que l'enfant entretient avec les personnes qui lui sont significatives et procèdent à une analyse pour déterminer si la poursuite de ces derniers lui assure une sécurité affective.

La stabilité des liens requiert une analyse particulière de la situation de l'enfant qui prend en considération les différentes personnes qui lui sont significatives. Nous suggérons que l'intérêt de l'enfant commande le maintien de relations durables et positives pour l'enfant, qui doivent primer sur les considérations purement filiales qui ont pu guider les tribunaux par le passé.

34. Gouvernement du Québec, « Un projet de vie, des racines pour la vie », Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, 2016, à la p 2.

35. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 214.

C- La stabilité des conditions de vie

La stabilité des conditions de vie est une considération essentielle pour le développement de l'enfant. Les parlementaires ont d'ailleurs rappelé l'importance de la stabilité en l'incluant dans le préambule de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

Le principe de stabilité des conditions de vie s'ajoute à la continuité des soins et à la stabilité des liens comme facteur de protection majeur pour l'enfant³⁶. Ce principe reconnaît que l'enfant ne doit pas uniquement recevoir une réponse à ses besoins de base et entretenir des liens positifs et significatifs, mais également évoluer dans un milieu de vie stable selon son âge et ses besoins. Les conditions de vie font référence au milieu de vie physique de l'enfant, mais également aux sphères développementale, affective et sociale de sa vie. Une décision concernant l'enfant doit examiner l'ensemble de ces facteurs afin de correspondre à son intérêt.

La stabilité des conditions de vie commande une analyse de l'ensemble du parcours de l'enfant³⁷ afin de s'assurer de cette stabilité tout au long du suivi social en protection de la jeunesse. Dans cette optique, la nouvelle mouture de la *Loi sur la protection de la jeunesse* a ajouté une obligation pour les organismes de milieu scolaire rattachés au droit des enfants qui se retrouvent dans un milieu de vie substitut de recevoir les services d'éducation adéquats³⁸ :

8.1. L'enfant a le droit de recevoir, aux conditions prévues à l'article 8, des services d'éducation adéquats d'un organisme du milieu scolaire.

Pour l'enfant confié à un milieu de vie substitut, tout organisme du milieu scolaire doit s'assurer de la continuité de ces services.

8.1. The child is entitled to receive, on the condition prescribed in section 8, appropriate educational services from an educational body.

Every educational body must ensure the continuity of those services for a child entrusted to an alternative living environment.

(Soulignements ajoutés)

36. *Ibid.*, à la p 47.

37. *B.P. (Dans la situation de)*, SOQUIJ AZ-50218672, au para 20.

38. *Lpj*, *supra* note 5, art 8.1.

Le fait d'imposer une telle obligation à tout organisme du milieu scolaire renforce l'idée, mentionnée ci-haut, que la responsabilité de l'enfant pris-e en charge sous la *Loi de la protection de la jeunesse* en est une collective qui doit impliquer une multitude d'intervenant-es. Ce nouvel article reconnaît le droit à l'enfant de recevoir des services d'éducation sans interruption dans le cadre du suivi social et une stabilité au niveau éducatif.

Les parlementaires ont également modifié les articles 4 et 91.1 *Lpj* afin de prévoir que, lorsque le retour de l'enfant dans son milieu n'est pas dans son intérêt, la décision doit, de façon permanente, « assurer la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie » plutôt que « tendre à assurer », formulation qui se retrouvait dans l'ancienne version de ces articles. Cette nouvelle formulation plus affirmative, qui faisait partie des recommandations de la Commission Laurent, permet d'affirmer « sans équivoque »³⁹ que les décisions prises concernant l'enfant doivent assurer cette stabilité.

En somme, la stabilité des conditions de vie comme composante de l'intérêt de l'enfant permet de participer à lui garantir un « droit au développement »⁴⁰ dans l'ensemble des sphères de sa vie. En renforçant la notion de stabilité dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* et en ajoutant des obligations aux personnes gravitant autour de l'enfant, les parlementaires rappellent sa grande importance au moment de prendre les décisions concernant l'enfant.

II- LA STABILITÉ CULTURELLE DE L'ENFANT

Le principe de la stabilité culturelle de l'enfant se voit réaffirmé dans les modifications législatives de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Elles réitèrent l'importance de cette stabilité culturelle, mais également de l'implication de la communauté de l'enfant, ce qui peut inclure sa communauté culturelle. Elles établissent également un ensemble de règles particulières pour les enfants autochtones. Nous constatons que la *Loi sur la protection de la jeunesse* propose trois visions concernant les intérêts culturels des

39. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 184.

40. *Ibid.*

enfants : celle pour les enfants de communautés ethnoculturelles, celle pour les enfants autochtones et celle pour les autres enfants.

Avant d'examiner chacun de ces régimes, nous aimerions souligner que nous emploierons l'expression « communautés ethnoculturelles minoritaires » plutôt que « communautés ethnoculturelles » contenue dans la loi. L'ajout du terme « minoritaire » vise à reconnaître que les communautés majoritaires ont, elles aussi, des particularités ethniques et culturelles⁴¹. En d'autres termes, la communauté majoritaire ne constitue pas un point neutre dénué de particularités ethniques et culturelles ; plutôt, elle constitue une, voire plusieurs communautés ethnoculturelles parmi tant d'autres, mais majoritaires au Québec⁴². Chaque communauté a ses propres particularités ethnoculturelles, et chacune fait partie de la société québécoise. Or, lorsque la *Loi sur la protection de la jeunesse* utilise le terme « communautés ethnoculturelles », elle

41. D'ailleurs, le terme « ethnoculturel » semble considéré comme pouvant englober toutes les communautés ayant des traits ethniques et culturels : voir *Le grand dictionnaire terminologique*, Office québécois de la langue française, 1978, entrée « ethnoculturel » (« Envisagé du double point de vue ethnique et culturel ») ; *Dictionnaire Usito*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, entrée « ethnoculturel, ethnoculturelle », en ligne : <<https://usito.usherbrooke.ca/définitions/ethnoculturel>> (« Relatif à la fois au groupe ethnique et à la culture »).

42. Sur le plan sociologique, on pourra définir la notion de majoritaire comme renvoyant à la communauté dominante, en position d'ériger sa culture particulière en norme dans une société donnée. En ce sens, certaines communautés minoritaires sur le plan numérique pourraient ne pas l'être sur le plan sociologique, en considérant leur rapport au pouvoir et leur position dans les rapports sociaux d'ethnicité. Ainsi, il n'est pas clair que les communautés d'ethnicité britanniques, quoique numériquement minoritaires, étaient visées par les parlementaires lors de l'adoption de règles visant la protection des caractéristiques culturelles des « communautés ethnoculturelles ». Pour une définition des concepts de majoritaire et de minoritaire en termes de rapports de pouvoir et non de nombre, voir Colette Guillaumin, *L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Paris et La Haye, Mouton, 1972 ; Colette Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pouvoir. L'idée de Nature*, Paris, Côté femmes, 1992. Pour une application de cette grille d'analyse aux rapports constitutifs des communautés ethnoculturelles majoritaires et minoritaires, voir Danielle Juteau, *L'ethnicité et ses frontières. Deuxième édition revue et mise à jour*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2015. Pour une introduction à la pensée de Guillaumin sur les rapports majoritaire/minoritaires, voir Félix L Deslauriers, « Quand la domination impose les termes de la révolte. La catégorie « homosexuels » à la lumière du matérialisme de Colette Guillaumin », [2022] (2020) 69 Cahiers de recherche sociologique 111. Pour une analyse de la manière dont le groupe social majoritaire au Québec parle implicitement de lui-même à travers le discours gouvernemental sur la « gestion de la diversité », voir Geneviève Bouthillier, *Une analyse du discours de l'État portant sur l'immigration, l'intégration et la citoyenneté ou quand le majoritaire parle de lui-même*, mémoire de maîtrise en sociologie, Université de Montréal, 2003.

tente de limiter l'application de certaines règles aux communautés minoritaires et non d'assurer la stabilité culturelle des membres des communautés majoritaires⁴³.

A- Les communautés ethnoculturelles minoritaires

Le régime de la protection de la jeunesse vise à s'articuler en fonction des spécificités des enfants faisant partie de communautés ethnoculturelles minoritaires⁴⁴. L'article 4.4 *Lpj* prévoit spécifiquement que les personnes ayant des responsabilités envers les enfants ou devant prendre des décisions à leur sujet en vertu de cette loi doivent prendre en considération les « caractéristiques des communautés ethnoculturelles / *characteristics of ethnocultural communities* », notamment dans le choix du milieu de vie substitut de l'enfant⁴⁵. Cette disposition leur impose également de considérer la proximité des ressources choisies, ce qui peut les inviter à prioriser l'emploi de ressources de la communauté, notamment de la communauté culturelle⁴⁶. L'article 4.5 *Lpj* oblige également ces personnes, ainsi que tout établissement et organisme dans la même situation, à favoriser l'implication de la communauté, ce qui peut inclure la communauté culturelle.

Ces dispositions, bien que nouvelles, reprennent essentiellement l'ancien droit⁴⁷. Remanier ainsi des normes déjà existantes suggère la volonté des parlementaires de réactiver ces règles au sein d'une pratique clinique ou judiciaire qui les aurait parfois ignorées. Par ailleurs, l'ajout de la mention des communautés

43. Le lien entre la notion de « communauté ethnoculturelle » et celle de « minoritaire » est d'ailleurs inscrit dans le préambule de la loi. Celui-ci souligne « l'importance de reconnaître la spécificité des enfants faisant partie de groupes minoritaires, tels que les enfants appartenant à des communautés ethnoculturelles / *it is important to recognize the specificity of children who belong to minority groups, such as children belonging to ethnocultural communities* ». Ce passage suggère que, pour les parlementaires, l'expression « communautés ethnoculturelles » désigne des communautés qui sont des « groupes minoritaires ». Il révèle une association souvent implicite entre le statut social d'un groupe minoritaire et les notions d'ethnicité et de culture, l'usage de la notion de « communauté ethnoculturelle » étant souvent réservé aux seuls groupes ayant un statut social minoritaire.

44. *Lpj*, *supra* note 5, préambule.

45. *Ibid.*, art 4.4.

46. *Ibid.*

47. Les passages mentionnés de l'article 4.4 *Lpj* reprennent essentiellement le contenu de l'article 2.4, al. 1, au para 5, maintenant abrogé ; le passage mentionné de l'article 4.5 *Lpj* reprend essentiellement le contenu de l'article 2.3, al. 2, maintenant abrogé.

ethnoculturelles minoritaires dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* fait écho aux réalités démographiques du Québec, notamment de la grande région de Montréal, où plusieurs familles appartiennent à ces communautés. Dans le cadre des débats parlementaires ayant mené à l'adoption de l'article 4.4 *Lpj*, plusieurs parlementaires de la région de Montréal ont souligné l'importance que l'intervention sociale et judiciaire se fasse en tenant compte des caractéristiques propres aux communautés ethnoculturelles minoritaires⁴⁸. Les préoccupations des parlementaires étaient également partagées par la Commission Laurent qui a souligné la surreprésentation de certaines communautés ethnoculturelles minoritaires dans les services de protection de la jeunesse à Montréal⁴⁹ et les difficultés de certaines communautés à « bénéficier pleinement des services publics »⁵⁰.

En vertu de l'article 4.4 *Lpj*, l'ensemble de l'intervention sociale et judiciaire doit être structurée en tenant compte des caractéristiques des communautés ethnoculturelles minoritaires. En effet, cette disposition commande que ces caractéristiques doivent être prises en compte lors de l'intervention de toute personne à qui la loi confie des responsabilités envers l'enfant ou appelée à prendre des décisions à son sujet, ce qui inclut tant les intervenant·es et avocat·es de la protection de la jeunesse que les juges. Ainsi, cette spécificité doit s'apprécier autant lors de l'évaluation de la situation de compromission en vertu de l'article 38 *Lpj* (autant par les intervenantes sociales que les juges), mais également dans le choix des mesures visant à mettre fin à la compromission qui sont prévues à l'article 91 *Lpj*.

Les tribunaux prennent en considération les différences culturelles depuis longtemps, notamment quant à la « portée explicative

48. Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Étude détaillée du projet de loi n° 15, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* », Journal des débats, vol 46, n° 10, 2^e sess, 42^e lég, 23 février 2022, 9h50.

49. Selon les données fournies par les chercheuses Chantal Lavergne et Sarah Dufour, les enfants noirs représentent 15 % de la population à Montréal alors qu'ils constituent 30 % des enfants dont le signalement est retenu pour être évalué. Voir Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 301.

50. *Ibid.*, à la p 304.

du comportement des parents »⁵¹ dans l'évaluation de la situation de compromission selon l'article 38 *Lpj*.

La nouvelle mouture de la *Loi sur la protection de la jeunesse* offre l'opportunité de voir la prise en compte des caractéristiques ethnoculturelles minoritaires dans l'optique de la responsabilité collective et communautaire de la protection de l'enfant dans le cadre des mesures qui sont déterminées dans l'intervention sociale ou ordonnées par les tribunaux. Ce faisant, la prise en compte des caractéristiques propres à une communauté peut permettre d'offrir des services qui sont spécifiques à cette dernière et ainsi mieux arrimer l'intervention sociale. Au moment de choisir un milieu de vie, les intervenants sociaux et judiciaires peuvent prendre en considération le profil culturel d'un milieu de vie substitut ou d'une ressource qui est proposée par les parents afin que les repères culturels de l'enfant demeurent en place⁵². Le maintien de l'enfant avec sa fratrie prévu au nouvel article 4.1 *Lpj* peut également permettre à l'enfant de maintenir ses spécificités culturelles. Le pouvoir de recommandation des juges de la Chambre de la jeunesse⁵³ permet aux tribunaux d'être créatifs et de recommander des mesures qui peuvent maintenir un lien de l'enfant avec sa communauté culturelle. Évidemment, les services sociaux dispensés en matière de protection de la jeunesse doivent s'apprécier selon les « ressources humaines, matérielles et financières »⁵⁴ dont l'établissement dispose et les directrices ne sauraient être tenues à une obligation de résultat concernant les recommandations qui sont émises par la Chambre de la jeunesse.

B- Les enfants autochtones

Le régime concernant les enfants autochtones se superpose à celui concernant les enfants de communautés ethnoculturelles minoritaires, sauf dans la mesure où il y déroge explicitement⁵⁵. Ce chapitre particulier vise à mettre en place des mesures favorisant leur continuité culturelle, voire leur sécurité culturelle, tout en respectant les circonstances et caractéristiques des commu-

51. *Protection de la jeunesse – 1179*, (C.Q., 2000-06-27), SOQUIJ AZ-50078402, J.E. 2000-1924, au para 13.

52. *Lpj*, *supra* note 5, art 4.4, al 1, au para d).

53. *Ibid*, art 91, al 2.

54. *Ibid*, art 8.

55. *Lpj*, *supra* note 5, art 2, al 3.

nautés autochtones et en leur donnant des pouvoirs particuliers⁵⁶. L'article 131.1 *Lpj* trace les grands principes qui doivent guider la mise en œuvre de ce régime⁵⁷ :

131.1. Les dispositions du présent chapitre visent l'adaptation des autres dispositions de la présente loi aux autochtones, en tenant compte des facteurs historiques, sociaux et culturels qui leur sont propres. Elles visent également à favoriser :

- a) une approche holistique ;
- b) la continuité culturelle ;
- c) la responsabilité de chaque communauté à l'égard de ses enfants et de ses familles ;
- d) l'intervention prioritaire des prestataires de services de santé et de services sociaux offerts à la communauté afin de prévenir la prise en charge de la situation d'un enfant autochtone par le directeur ;
- e) les liens de l'enfant avec de multiples personnes significatives.

131.1. The provisions of this chapter are aimed at adapting the other provisions of this Act to the Indigenous people, taking into account historical, social and cultural factors that are specific to them. They also aim to foster

- (a) a holistic approach;
- (b) cultural continuity;
- (c) the responsibility of each community in respect of its children and families;
- (d) the priority intervention of providers offering health services and social services to the community to prevent the situation of an Indigenous child from being taken in charge by the director; and
- (e) the relationships of the child with multiple persons who are important to him.

Cette disposition souligne donc l'importance de favoriser la prise en charge des enfants autochtones par leur propre communauté. Cela fait écho au préambule qui indique que « les autochtones sont les mieux placés pour répondre aux besoins de leurs enfants de la manière la plus appropriée / *Indigenous persons are best suited to meet the needs of their children in the manner that is the most appropriate* »⁵⁸. L'intention de favoriser la continuité culturelle reçoit de plus une force obligatoire à l'article 131.3 *Lpj* qui dispose que toute décision prise au sujet d'un enfant autoch-

56. *Lpj*, *supra* note 5, préambule.

57. *Ibid*, art 131.1.

58. *Lpj*, *supra* note 5, préambule.

tone et toute intervention le concernant, faites en vertu de cette loi, doivent favoriser sa continuité culturelle⁵⁹.

Le principe de la continuité culturelle des enfants autochtones existe déjà dans notre droit. Le Parlement du Canada propose d'ailleurs des éléments le composant dans la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*. Bien que cette loi ne s'applique pas au régime provincial de protection de la jeunesse, elle peut servir d'inspiration⁶⁰. Le paragraphe 9(2) de cette loi détaille ainsi les éléments qui constituent le principe de la continuité culturelle⁶¹ :

9(2) La présente loi doit être interprétée et administrée en conformité avec le principe de la continuité culturelle, et ce, selon les concepts voulant que :

a) la continuité culturelle est essentielle au bien-être des enfants, des familles et des groupes, collectivités ou peuples autochtones ;

b) la transmission de la langue, de la culture, des pratiques, des coutumes, des traditions, des cérémonies et des connaissances des peuples autochtones fait partie intégrante de la continuité culturelle ;

9(2) This Act is to be interpreted and administered in accordance with the principle of cultural continuity as reflected in the following concepts:

(a) cultural continuity is essential to the well-being of a child, a family and an Indigenous group, community or people;

(b) the transmission of the languages, cultures, practices, customs, traditions, ceremonies and knowledge of Indigenous peoples is integral to cultural continuity;

59. *Ibid*, art 131.3.

60. Le ministre Carmant reprend notamment les éléments du paragraphe 9(2)(b), dans les débats parlementaires, lorsqu'il explique que « le principe de continuité culturelle vise notamment, à l'égard d'un enfant autochtone, la transmission de la langue, de la culture, des pratiques, des coutumes, des traditions, des cérémonies et des connaissances de sa communauté et de sa nation », Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Étude détaillée du projet de loi n° 15, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* », Journal des débats, vol 46, n° 19, 2^e sess, 42^e lég, 30 mars 2022, 12h à 12h03 (M. Lionel Carmant).

61. *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, LC 2019, c 24, art 9(2).

- | | |
|---|--|
| <p>c) le fait que l'enfant réside avec des membres de sa famille et le fait de respecter la culture du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie favorisent souvent l'intérêt de l'enfant ;</p> <p>d) les services à l'enfance et à la famille sont fournis à l'égard d'un enfant autochtone de manière à ne pas contribuer à l'assimilation du groupe, de la collectivité ou du peuple autochtones dont il fait partie ou à la destruction de la culture de ce groupe, de cette collectivité ou de ce peuple ;</p> <p>e) les caractéristiques et les défis propres à la région où se trouvent les enfants, les familles et les groupes, collectivités ou peuples autochtones doivent être pris en considération.</p> | <p>(c) a child's best interests are often promoted when the child resides with members of his or her family and the culture of the Indigenous group, community or people to which he or she belongs is respected;</p> <p>(d) child and family services provided in relation to an Indigenous child are to be provided in a manner that does not contribute to the assimilation of the Indigenous group, community or people to which the child belongs or to the destruction of the culture of that Indigenous group, community or people; and</p> <p>(e) the characteristics and challenges of the region in which a child, a family or an Indigenous group, community or people is located are to be considered.</p> |
|---|--|

Pour assurer la continuité culturelle, la nouvelle mouture de la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit maintenant un ordre de priorité lorsqu'il s'agit de confier un enfant autochtone à un milieu de vie substitut qui, sous réserve de l'intérêt de l'enfant, accorde la priorité à la famille élargie de l'enfant, puis aux membres de sa communauté, puis aux membres d'une autre communauté de la même nation que la sienne, puis aux membres d'une autre nation que la sienne, puis à tout autre milieu⁶².

En plus de cette organisation particulière, le nouveau régime contient des facteurs spécifiques aux enfants autochtones à considérer lors de l'évaluation de leur intérêt⁶³ :

62. *Lpj*, *supra* note 5, art 131.5.

63. *Ibid*, art 131.4.

131.4. Dans la détermination de l'intérêt de l'enfant autochtone, outre les facteurs énumérés au deuxième alinéa de l'article 3, les suivants doivent notamment être pris en considération :

a) la culture de la communauté autochtone de l'enfant, y compris la langue, la coutume, les traditions et la spiritualité ;

b) les liens de l'enfant avec sa famille élargie et les personnes de cette communauté ;

c) l'accès de l'enfant au territoire environnant cette communauté et aux autres lieux que fréquentent ses membres ;

d) les traumatismes socio-historiques des autochtones et leurs conditions socioéconomiques.

131.4. In determining the interest of an Indigenous child, in addition to the factors listed in the second paragraph of section 3, the following factors must be taken into consideration:

(a) the culture of the child's Indigenous community, including the language, customs, traditions and spirituality;

(b) the child's relationships with his extended family and members of that community;

(c) the child's access to the territory surrounding that community and other places that its members frequent; and

(d) the sociohistorical traumas of Indigenous people and their socioeconomic conditions.

Nous considérons que ces facteurs peuvent s'appliquer à l'extérieur de la *Loi sur la protection de la jeunesse* lorsqu'il s'agit, notamment aux termes de l'article 33 *CcQ*, d'évaluer l'intérêt d'un·e enfant autochtone.

C- Les autres enfants

En ce qui concerne les enfants qui ne sont ni autochtones ni membres d'une communauté ethnoculturelle minoritaire, nous considérons que peut s'appliquer le principe de la stabilité culturelle même si la loi n'en dispose pas directement. En effet, dans la mesure où l'on considère que les enfants ont besoin d'une stabilité culturelle, il est difficile de prétendre que ce besoin n'existe que chez les enfants appartenant à d'autres groupes. Au moment de choisir un milieu de vie substitut pour l'enfant, la directrice pourrait par exemple prendre en considération la langue maternelle de ce dernier afin de lui offrir une stabilité culturelle, dans

la mesure où les ressources de l'établissement le permettent, tel que le prévoit l'article 8 *Lpj*. Cependant, l'on comprend que l'accent mis sur la stabilité culturelle vise aussi à rectifier une construction de services sociaux orientés vers les besoins des groupes majoritaires, un projet de correction qui rend donc plus pressant le respect des besoins des communautés autochtones et ethnoculturelles minoritaires.

Finalement, la notion de stabilité culturelle permet d'adapter les services sociaux aux communautés culturelles et de leur garantir un meilleur accès à ces services. L'appartenance d'un enfant à une communauté ethnoculturelle ayant une incidence sur son identité et sur sa situation, sa prise en compte permet de mieux contextualiser la situation de compromission et d'ordonner des mesures qui répondent à l'intérêt de l'enfant.

III- LE RESPECT DE LA VOLONTÉ DE L'ENFANT

Le respect de la volonté de l'enfant est un principe clé du droit québécois. Les nouvelles modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse* réaffirment clairement que l'enfant ne doit pas être perçu comme un être passif que l'on tente de protéger, mais comme un sujet pouvant faire preuve de libre arbitre, notamment dans la planification et la mise en œuvre du plan d'intervention. La volonté de l'enfant se voit donc placée au cœur du processus de prise de décision et d'intervention⁶⁴.

Cependant, cette volonté n'emporte pas de pouvoir décisif, mais seulement un pouvoir consultatif selon l'âge de l'enfant et la décision à prendre. On doit donner à l'enfant l'opportunité d'être entendu et, mieux, on doit l'écouter, mais sa volonté vient rarement lier les personnes ayant une responsabilité envers l'enfant ou devant prendre une décision à son égard. Cette absence de pouvoir décisif se comprend dans la mesure où il est dans la nature du régime de protection de la jeunesse de souvent intervenir à l'encontre de la volonté des enfants dans des circonstances où l'on croit que leur volonté impliquerait de perpétuer une situation de

64. Pour une discussion du droit des enfants à la participation devant les tribunaux et des possibilités de sa mise en œuvre, voir Mona Paré, « L'accès des enfants à la justice et leur droit de participation devant les tribunaux : quelques réflexions », (2014) 44:1 *Revue générale de droit* 81.

compromission jugée inacceptable. La résorption de la situation de compromission demeure la priorité du régime, même au détriment de la volonté de l'enfant.

Cette dernière observation nous mène à mettre en exergue la complexité du principe du respect de la volonté de l'enfant dans la pratique clinique et judiciaire. Si la volonté de l'enfant ne peut pas recevoir de force décisive puisque la résorption de la situation de compromission doit demeurer une priorité, la volonté de l'enfant pourrait exiger un plus grand respect dès lors que sa mise en œuvre ne met pas en péril le projet d'éliminer la situation de compromission. Par exemple, la pandémie de COVID-19 et les enjeux liés à la vaccination ont permis d'observer plusieurs situations où la volonté de l'enfant a été un facteur déterminant pour ordonner la vaccination d'enfants âgés de 14 ans et moins⁶⁵ dans une série de jugements de la Chambre de la jeunesse. Depuis l'avènement de la pandémie de COVID-19, les tribunaux n'hésitent pas à ordonner la vaccination des enfants à l'encontre du désir de certains parents dans le respect des recommandations en matière de santé publique⁶⁶. Les juges considèrent alors que l'intérêt de l'enfant commande que les recommandations de santé publique soient suivies concernant la vaccination⁶⁷. La Chambre de la jeunesse a même poussé la réflexion en considérant, par exemple, le souhait et le désir d'un enfant d'être vaccinée pour ne pas être isolée et pour pouvoir socialiser, voyager et participer à des activités parascolaires⁶⁸ :

[7] La jeune fille souffre d'attendre en vain sa mère. D'autres décisions de madame A nuisent à sa fille. La Cour ici réfère aux décisions de la mère quant à la vaccination contre le virus de la Covid-19 et la prise de médication pour le TDAH. L'enfant éprouve un réel besoin des deux. En ce qui a trait au vaccin contre la Covid-19, X du haut de ses 9 ans, le réclame. L'enfant souhaite être comme les autres et ne pas vivre de problèmes quant à ses activités scolaires

65. Le mineur de 14 ans et plus pouvant consentir seul aux soins requis par son état de santé, art 14 *CcQ*.

66. Michaël Lessard, « Coronavirus : la vaccination des enfants contre la COVID-19 », (2021) Novembre *Repères* 3383. Voir notamment *Droit de la famille* – 212444, 2021 QCCS 5387 et *Droit de la famille* – 212035, 2021 QCCS 4484.

67. *Protection de la Jeunesse* – 221201, 2022 QCCQ 2180, au para 24.

68. *Protection de la jeunesse* – 229267, 2022 QCCQ 14317, au para 7. Voir également *Protection de la jeunesse* – 215978, 2021 QCCQ 10172 ; *Protection de la jeunesse* – 217646, 2021 QCCQ 13366 ; *Protection de la jeunesse* – 219136, 2021 QCCQ 15646.

et parascolaires, ses sorties et voyages avec la famille d'accueil. La mère ne motive pas vraiment ce refus.

Dans ces décisions, l'intérêt de l'enfant s'apprécie donc non seulement par rapport à sa santé et aux directives de la santé publique, mais également selon sa volonté et en fonction de l'impact de la décision sur les différentes sphères de sa vie : sociale, personnelle et scolaire.

Le respect de la volonté de l'enfant, en tant que principe général, fait l'objet de nouvelles dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. L'article 4.3 *Lpj* prévoit que toute intervention doit permettre à l'enfant de participer activement à la prise de décision et au choix des mesures qui le concernent lorsque les circonstances sont appropriées⁶⁹. L'article 4.4 dispose que toute personne à qui cette loi confie des responsabilités envers l'enfant ou devant prendre des décisions à son égard en raison de cette loi doit traiter l'enfant avec compréhension et dans le respect de son autonomie⁷⁰. L'article 6.1 *Lpj* confie à ces mêmes personnes la responsabilité de permettre à l'enfant de faire entendre son point de vue, d'exprimer ses préoccupations et d'être écouté⁷¹. L'article 4.5 *Lpj* impose aux établissements, organismes et personnes à qui cette loi confie des responsabilités envers l'enfant ou devant prendre des décisions à son égard de favoriser sa participation⁷². Bref, le respect de la volonté de l'enfant commande de lui donner l'opportunité de s'exprimer et de l'écouter avec sérieux.

Ces nouvelles dispositions reprennent essentiellement le droit antérieur⁷³. Le remaniement de ces dispositions suggère

69. *Lpj*, *supra* note 5, art 4.3. Voir également l'article 9.1 *Lpj* qui prévoit que les contacts d'un·e enfant confié·e à un milieu de vie substitut avec les personnes qui lui sont significatives doivent être favorisés en tenant compte de ses désirs. Voir également l'article 57.2.2 *Lpj* qui prévoit que la directrice doit, en vue du passage d'un·e enfant à la vie adulte, convenir avec cet·te enfant d'un plan pour assurer sa transition.

70. *Ibid*, art 4.4.

71. *Ibid*, art 6.1.

72. *Ibid*, art 4.5.

73. L'article 4.3 *Lpj* reprend l'article 2.3, al 1, au para b), maintenant abrogé ; le passage souligné de l'article 4.4 *Lpj* reprend l'article 2.4, al 1, au para 1, maintenant abrogé ; le passage souligné de l'article 4.5 *Lpj* reprend l'article 2.3, al 2, maintenant abrogé ; le passage souligné de l'article 6.1 *Lpj* reprend l'article 2.4, al 1, au para 4, maintenant abrogé. D'ailleurs, l'article 6 *Lpj*, qui demeure inchangé, prévoit également que les personnes et les tribunaux appelés à prendre des décisions au sujet d'un·e enfant doivent donner à cet·te enfant l'occasion d'être entendu·e.

une intention de souligner l'existence du principe du respect de la volonté de l'enfant alors que celui-ci semblait parfois oublié dans la pratique. En effet, la Commission Laurent, en soulignant l'importance d'impliquer l'enfant dans la prise de décision le concernant afin d'assurer une intervention réussie, révèle que les enfants ont déjà le droit d'être consultés selon la loi, mais que ce droit n'est pas mis en œuvre correctement⁷⁴ :

Les études démontrent que les enfants sont en mesure de participer aux décisions qui les concernent. De plus, l'implication des enfants donne de meilleurs résultats au plan clinique et permet d'améliorer les interventions. En effet, il est impossible de prétendre qu'une décision est prise dans l'intérêt de l'enfant si celui-ci ne peut y participer. Occulter l'opinion de l'enfant peut mener à une perte de confiance et à un sentiment de trahison, à des instabilités, à des traumatismes ou encore à des troubles d'attachement, pour n'en nommer que quelques-uns. En revanche, écouter les enfants les valorise et renforce leur pouvoir d'agir. [...]

Malgré l'affirmation [du droit des enfants d'être informés, entendus et consultés] dans la LPJ, la preuve révèle que la participation des enfants aux décisions qui concernent le milieu de vie envisagé pour eux reste un enjeu majeur. En effet, un nombre important de témoins expriment que les enfants sont peu entendus. Ces derniers sont parfois exclus des rencontres où des décisions sont prises à leur sujet. Notre analyse qualitative de dossiers d'enfants suivis en protection de la jeunesse est également éloquente à ce sujet. Ces dossiers mettent en lumière le fait que l'opinion de l'enfant en lien avec son projet de vie est rarement recueillie. (Soulignements ajoutés ; références omises)

Ce principe n'est donc pas nouveau, la Cour suprême ayant affirmé depuis longtemps, dans une décision de principe, que « la volonté de l'enfant, lorsqu'il est en mesure de l'exprimer, est un facteur important » à considérer⁷⁵.

La restructuration du principe du respect de la volonté de l'enfant aux articles 4.3 à 4.5 et 6.1 – à laquelle s'ajoute un segment

L'article 7 *Lpj*, aussi inchangé, dispose qu'un-e enfant doit être consulté-e avant d'être transféré-e d'un milieu de vie substitut à un autre.

74. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 aux pp 186-187.

75. *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c L. (M.)*, [1998] 2 RCS 534, au para 49.

du préambule déclarant que l'enfant a le droit de faire entendre sa voix⁷⁶ – pourrait réactiver dans la pratique l'application de droits déjà existants, mais oubliés par les personnes à qui la *Loi sur la protection de la jeunesse* confie des responsabilités envers l'enfant ou permet de prendre des décisions à son égard.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* contient également des dispositions qui permettent de mettre en œuvre le principe du respect de la volonté de l'enfant en s'assurant que les enfants reçoivent l'information nécessaire pour développer une volonté éclairée et agir en conséquence⁷⁷. Le nouvel article 6.1 *Lpj* dispose que toute personne à qui cette loi confie des responsabilités envers l'enfant ou qui doit prendre une décision à son sujet en vertu de cette loi doit s'assurer que les informations et explications devant être données à l'enfant le sont en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension⁷⁸. Encore une fois, reprendre ainsi l'ancien droit⁷⁹ dans une nouvelle disposition suggère que les parlementaires tentent de réactiver une règle de droit oubliée dans la pratique.

Cette obligation visant à ce que l'enfant comprenne la situation dans laquelle il se trouve est complétée par des obligations déjà existantes visant l'autonomisation de l'enfant sur le plan juridique. En effet, l'article 5 *Lpj* impose à ces mêmes personnes d'informer l'enfant aussi complètement que possible de ses droits prévus par cette loi⁸⁰. L'article 9 *Lpj* protège également son droit de communiquer en toute confidentialité avec son avocat ou son avocate lorsque l'enfant est confié-e à un milieu de vie substitut⁸¹. L'article 78 *Lpj* oblige le tribunal à informer l'enfant de son droit d'être représenté-e par un-e avocat-e⁸². Cette disposition a même été modifiée afin d'imposer également au tribunal l'obligation de s'assurer qu'un-e avocat-e soit responsable de représenter et de conseiller l'enfant.

76. *Lpj*, *supra* note 5, préambule.

77. Voir également l'article 57.2.2 *Lpj* qui prévoit que la directrice doit, en vue du passage d'un-e enfant à la vie adulte, l'informer des services de soutien qui lui sont offerts ainsi que de la possibilité de rester dans son milieu de vie substitut.

78. *Lpj*, *supra* note 5, art 6.1.

79. L'article 6.1 reprend essentiellement l'article 2.4, al 1, au para 2.

80. *Lpj*, *supra* note 5, art 5.

81. *Ibid*, art 9.

82. *Ibid*, art 78.

En somme, le respect de la volonté de l'enfant ne se limite pas à lui donner une voix dans la prise de décision à son égard, mais il commande également de s'assurer que l'enfant comprend sa situation et ses droits, de sorte qu'il puisse développer une opinion éclairée et exercer ses droits personnellement au besoin. Le principe du respect de la volonté de l'enfant commande donc l'autonomisation de ce dernier.

IV- LE RESPECT DE LA DIGNITÉ DE L'ENFANT

Le respect de la dignité de l'enfant est un principe réaffirmé par les récents changements législatifs. Ce principe se voit maintenant inscrit à l'article 4.4 qui dispose que les personnes ayant une responsabilité envers l'enfant ou devant prendre des décisions à son égard en vertu de cette loi doivent traiter l'enfant dans le respect de sa dignité⁸³. En reproduisant dans un nouvel article une règle déjà existante, les parlementaires suggèrent l'intention de réactiver, dans la pratique clinique et judiciaire, une règle de droit existante qui pourrait être malmenée.

La notion de dignité contenue dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* peut sembler difficile à appréhender à première vue puisqu'il s'agit d'un concept aux applications multiples pouvant donner lieu à plusieurs interprétations. Aussi, est-il possible de s'inspirer de la jurisprudence relative à la *Charte des droits et libertés de la personne* afin de mieux saisir comment opérationnaliser le concept de dignité dans le régime de la protection de la jeunesse. En effet, l'article 4 de cette Charte assurant à toute personne le droit à la sauvegarde de sa dignité, les tribunaux ont eu au fil des décennies à tracer les balises de ce concept de dignité⁸⁴. La notion juridique de la dignité a été définie comme « le respect auquel a droit la personne pour elle-même, en tant qu'être humain et sujet de droit » par la Cour d'appel du Québec⁸⁵. Afin de savoir si la dignité d'une personne est atteinte, la Cour d'appel enseigne

83. *Ibid*, art 4.4 (reprenant l'article 2.4, al 1, au para 1, maintenant abrogé).

84. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c C-12, art 4.

85. *Calego International inc. c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, au para 101. La Cour suprême du Canada avait défini la dignité comme « [le] respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et [le] respect qu'elle se doit à elle-même », *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211, au para 105.

que l'on doit employer un critère objectif plutôt que subjectif : « [il faut donc se demander si une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances considérerait que les gestes posés [...] portent atteinte à la dignité] »⁸⁶. La dignité, en tant que concept juridique, dépend du regard de la « personne raisonnable », ce qui en fait un concept situé temporellement et culturellement.

Dans le contexte du régime de protection de la jeunesse, réaffirmer le principe du respect de la dignité nous invite à apprécier les réalités auxquelles sont confrontés les enfants et qui mettent en jeu leur dignité dans le cadre des interventions sociale et judiciaire en protection de la jeunesse.

Par exemple, la reconnaissance expresse⁸⁷ de la dignité de l'enfant comme principe directeur de son intérêt dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* peut être lue de concert avec le nouveau préambule de la loi qui énonce « l'importance de reconnaître la spécificité des enfants faisant partie de groupes minoritaires ». L'intégration de l'expression « groupes minoritaires » dans le préambule comprend selon nous autant les enfants appartenant à des communautés ethnoculturelles minoritaires que les enfants appartenant à d'autres groupes minoritaires que sont notamment les enfants trans, non binaires et homosexuel·les.

En matière de protection de la jeunesse, les enfants trans et non binaires sont d'ailleurs confronté·es à des difficultés que les autres enfants ne vivent pas en raison de cette caractéristique qui leur est personnelle et qui peuvent avoir pour conséquence d'affecter leur dignité. Cela peut se refléter autant dans le processus clinique, par exemple le choix d'une ressource adaptée à la réalité de l'enfant et à son identité de genre⁸⁸, que dans le processus judi-

86. *Tardif c Succession de Dubé*, 2018 QCCA 1639, au para 19.

87. Il est reconnu que les droits de l'enfant ne sont pas seulement ceux qui sont énumérés dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*, mais également ceux contenus dans tout autre texte de loi : voir notamment *Protection de la jeunesse – 2023*, 2020 QCCQ 62, au para 276. Le nouveau préambule de la *Loi sur la protection de la jeunesse* fait d'ailleurs également référence aux droits de l'enfant en vertu du *Code civil du Québec* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*. À ce titre, l'élément de nouveauté dans l'article 4.4 est la reconnaissance expresse dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* de ce principe existant déjà ailleurs.

88. Voir par exemple *Protection de la jeunesse – 151417*, 2015 QCCQ 10011, aux paras 11 et 35 dans lequel l'adolescent qui souhaitait effectuer une transition sociale et médicale du sexe féminin au sexe masculin a été confié à une unité pour garçon d'un centre de réadaptation pour correspondre à sa réalité.

ciaire, par exemple dans le choix des pronoms par lesquels l'enfant est désigné devant le tribunal. Dans *Centre for Gender Advocacy c Attorney General of Québec*, la Cour supérieure du Québec a statué qu'une « législation qui ne reconnaît pas l'identité des personnes transgenres ou non binaires les empêche d'avoir une existence légale et leur nie le droit à la dignité »⁸⁹. Nous sommes d'avis que cette reconnaissance doit trouver également une application en protection de la jeunesse.

L'utilisation du pronom choisi par une personne est fondamentale à son identité et lui permet de se sentir libre d'exister⁹⁰. La jurisprudence récente de tribunaux canadiens des droits de la personne sur le sujet permet de constater la reconnaissance de l'importance du choix du nom et du pronom pour une personne trans ou non binaire et de leur utilisation dans l'espace public pour permettre à la personne de participer avec dignité à la vie économique, sociale, politique et culturelle de sa province⁹¹. Dans cette optique, nous suggérons de respecter le choix de l'enfant concernant sa désignation dans les rapports psychosociaux, les procédures judiciaires et les jugements des tribunaux. Dans le passé, des enfants ont demandé d'être désigné par un pronom ou un autre nom à des juges de la Chambre de la jeunesse qui l'ont refusé, comme dans l'extrait suivant⁹² :

[L'adolescente] dit savoir qu'elle est un garçon. Cette façon de faire engendre de nombreuses répercussions pour elle et son entourage. Elle a même demandé que le Tribunal l'interpelle comme un garçon. C'est avec beaucoup de respect que le Tribunal lui a expliqué que le sexe est aussi une réalité juridique. Il n'appartient pas au Tribunal d'ajouter à la confusion, le Tribunal traitera donc une réalité juridique comme elle l'est...

Avec égards, l'obligation pour toute personne d'exercer ses droits civils sous le nom qui lui est attribué et qui est énoncé dans

89. *Centre for Gender Advocacy c Attorney General of Québec*, 2021 QCCS 191, au para 140 et Laurence Beaudoin et Gabriel Destrempe Rochette, conférence au *Congrès québécois sur la maltraitance envers les enfants et les adolescents*, Montréal, Centre Mont-Royal, 18 octobre 2021.

90. *Nelson v Goodberry Restaurant Group Ltd dba Buono Osteria and others*, 2021 BCHRT 137, au para 82.

91. Voir notamment *EN v Gallagher's Bar and Lounge*, 2021 HRTO 240, au para 31 et *Oger v Whatcott (No. 3)*, 2018 BCHRT 183, au para 39.

92. *Protection de la jeunesse – 0968*, 2009 QCCQ 3146.

son acte de naissance⁹³ ne fait pas obstacle au respect du choix de l'enfant de son nom et de ses pronoms dans le jugement dont il fait l'objet. Par exemple, certain-es juges, après avoir identifié l'enfant dans l'intitulé du jugement selon son acte de naissance, ajoutent une note selon laquelle l'enfant sera désigné sous les noms et pronoms qu'il a choisis dans le reste du jugement⁹⁴. Dans un arrêt d'août 2022, la Cour d'appel a désigné une partie par le pronom « iel » dans ses motifs puisque cela était son souhait et que le juge de première instance avait accepté sa demande à cet effet⁹⁵. Cela nous semble être une bonne pratique à adopter afin de respecter le choix de l'enfant et plus largement de respecter les obligations de la *Loi sur la protection de la jeunesse* relativement à la dignité et au respect des enfants appartenant à des groupes minoritaires.

La situation des enfants trans et non binaires permet d'illustrer la manière dont le principe de dignité de l'enfant peut être articulé, particulièrement en contexte de protection de la jeunesse. Nous sommes d'avis que ce principe doit être interprété de manière large et libérale tout au long de l'intervention sociale et judiciaire afin d'assurer un respect concret de la dignité des jeunes.

V- L'EXPOSITION À LA VIOLENCE CONJUGALE

L'introduction de nouvelles dispositions concernant l'exposition à la violence conjugale, entrées en vigueur le 26 avril 2023, marque l'intention des parlementaires d'adopter une nouvelle approche concernant ce problème sociétal qui demeure d'actualité⁹⁶. Cette dernière se manifeste par la création d'un nouveau motif de compromission⁹⁷, concernant uniquement l'exposition à la violence conjugale, et par l'insertion d'une disposition interprétative sur ce motif de compromission. L'ajout de ces dispositions souligne que l'intérêt de l'enfant est de ne pas être exposé·e à la violence conjugale, sous toutes ses formes, alors que certains juges

93. *CcQ*, *supra* note 7, art 5.

94. Voir, par exemple, *Protection de la jeunesse – 218241*, 2021 QCCQ 14658, au para 2 ; *Protection de la jeunesse – 208818*, 2020 QCCQ 12531, note de bas de page 1.

95. *J.C. c Douville*, 2022 QCCA 958, au para 8.

96. Secrétariat à la condition féminine, « Plan d'action gouvernemental en matière de violence conjugale 2018-2023 – Contre la violence conjugale agissons », Québec, Gouvernement du Québec, 2018, à la p 3-4.

97. La nouvelle disposition constitue le premier ajout d'un motif de compromission depuis les modifications de la *Loi sur la protection de la jeunesse* en 2006.

ont pu considérer que l'exposition indirecte à la violence conjugale n'allait pas à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Ces nouvelles dispositions permettront également de particulariser le processus décisionnel pour prendre en compte les effets de la violence conjugale sur l'enfant.

Les parlementaires ont d'abord créé un motif de compromission distinct concernant l'exposition à la violence conjugale, en le séparant des mauvais traitements psychologiques⁹⁸ :

38. [...] c.1) exposition à la violence conjugale : lorsque l'enfant est exposé, directement ou indirectement, à de la violence entre ses parents ou entre l'un de ses parents et une personne avec qui il a une relation intime, incluant en contexte post-séparation, notamment lorsque l'enfant en est témoin ou lorsqu'il évolue dans un climat de peur ou de tension, et que cette exposition est de nature à lui causer un préjudice ;

38. [...] (c.1) "exposure to domestic violence" refers to a situation in which a child is directly or indirectly exposed to violence between the child's parents or between one of his parents and a person with whom the parent has an intimate relationship, including in a post-separation context, among other things if the child witnesses such violence or develops in an atmosphere of fear or tension, and where such exposure could cause harm to the child;

Distinguer l'exposition à la violence conjugale des mauvais traitements psychologiques vise, dans les mots du ministre, à donner la « juste prépondérance et la reconnaissance de cette problématique »⁹⁹ qu'est l'exposition à la violence conjugale et souligne ainsi une intention de changer l'approche majoritaire alors en cours qui considérerait cette exposition parmi d'autres mauvais traitements psychologiques. Les parlementaires soulignent par le fait même l'attention particulière que doit recevoir ce phénomène qui « fait partie des catégories les plus fréquentes d'incidents fondés en protection de la jeunesse »¹⁰⁰. Ainsi, l'intention législative

98. *Lpj*, *supra* note 5 art 38, al 2, au para c.1.

99. Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Étude détaillée du projet de loi n° 15, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* », Journal des débats, vol 46, n° 21, 2^e sess, 42^e lég, 4 avril 2022, 15h21 (M. Lionel Carmant).

100. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse,

semble être de considérer les enfants exposés à la violence conjugale non pas simplement comme des témoins, mais bien comme des co-victimes de la violence conjugale.

Comme l'exposition à la violence conjugale est désormais un motif de compromission distinct, il importe de distinguer la violence conjugale des autres types de violences auxquelles l'enfant peut être exposé, comme l'a récemment fait la juge Luce Kennedy de la Cour du Québec dans une décision concernant l'article 38, al 2, au para c.1) *Lpj*¹⁰¹ :

Violence conjugale

[15] La violence conjugale s'exerce dans le cadre d'une relation amoureuse, qu'elle soit actuelle ou passée. Elle peut survenir dans tout type de relation intime, peu importe sa durée. Ce type de violence peut se manifester à n'importe quel âge et entraîne souvent un déséquilibre de pouvoir au sein de la relation. Pour contrôler la victime, la personne violente utilise de multiples stratégies comme les insultes, les menaces ou encore l'intimidation.

[16] La violence conjugale comprend également les actes violents commis envers les proches, les biens ou même les animaux de compagnie de la victime. Elle peut aussi viser le nouveau conjoint ou la nouvelle conjointe de cette dernière. La violence conjugale ne se limite pas aux coups et aux blessures. Elle couvre un large éventail de comportements et peut se manifester sous différentes formes, entre autres :

- Violence verbale : Ordres, hurlements, propos dégradants ou humiliants, etc.
- Violence psychologique : Isolement social, dévalorisation de l'autre, bris d'objets de valeur, contrôle coercitif, etc.
- Violence physique : Coups, brûlures, morsures, etc.
- Violence sexuelle : Agressions sexuelles, harcèlement ou intimidation pour avoir une relation sexuelle, etc.
- Violence économique : Contrôle des revenus et des dépenses, interdiction de travailler, etc.

supra note 1 à la p 327.

101. *Protection de la jeunesse – 233545*, 2023 QCCQ 5505, au para 15.

[17] Bien qu'elle soit de plus en plus évoquée dans les médias, la violence conjugale demeure extrêmement difficile à voir. Même pour les victimes, la violence est difficile à cerner, puisqu'elle s'installe en douce, de manière plutôt hypocrite et progresse tranquillement en intensité. L'agresseur utilise généralement plusieurs moyens différents pour maintenir son emprise sur la victime.

Violence familiale

[18] La violence familiale est un terme plus large qui englobe toutes les violences exercées par un membre de la famille sur un autre. Il peut s'agir, entre autres, de violence envers les aînés commise par un membre de la famille, de violence exercée par des parents sur leurs enfants, de violence entre frère et sœur, de violence exercée par des enfants ou adolescents sur leurs parents. La violence familiale peut prendre différentes formes, notamment de la maltraitance physique, psychologique ou sexuelle, de la négligence ou de l'exploitation financière.

Conflit de séparation

[19] Un conflit de séparation se produit lorsque des parents, en processus de rupture, vivent des conflits dont la nature, la durée et l'intensité ont un impact observable ou supposé sur l'enfant.

D'ailleurs, on doit constater que le parent qui commet de la violence conjugale effectue un choix parental. En commettant de la violence conjugale, le parent violent choisit d'exposer ses enfants à des comportements violents, à des conduites coercitives et à son dénigrement du parent victime. Il fournit ainsi un modèle négatif à l'enfant. De plus, il crée un environnement de tensions et de peur dans lequel vit l'enfant et qui ne favorise pas la réponse aux besoins de l'enfant. Enfin, la violence conjugale peut interférer dans les capacités du parent victime à répondre aux besoins de l'enfant. Cette violence diminue les ressources que le parent victime peut offrir à l'enfant, que ce soit au niveau de son temps, sa disponibilité émotionnelle, sa possibilité d'avoir des revenus, etc. En ce sens, commettre de la violence conjugale peut notamment être compris comme une décision parentale, dans la mesure où le parent violent cause une réduction de ce que le parent victime peut offrir à l'enfant. Ainsi, commettre de la violence conjugale ne se limite pas à la conjugalité ; c'est un choix de parentalité.

La violence conjugale constitue donc un indicateur des capacités parentales faibles du parent violent.

Le nouveau paragraphe c.1 fournit également une définition de l'exposition à la violence conjugale, qui se veut « claire et commune »¹⁰², et permet d'englober plusieurs situations pour garder « la définition la plus large possible »¹⁰³. L'intention des parlementaires est donc que l'exposition à la violence conjugale ne soit pas interprétée de façon limitative et ainsi que la loi permette de protéger les enfants dans le plus de situations possible. La violence conjugale peut prendre une grande variété de formes ; elle ne se résume pas à des épisodes isolés de violence physique. En ce sens, il est opportun, à notre avis, de comprendre la violence conjugale en se référant au concept de **contrôle coercitif** qui permet de révéler les diverses formes que cette violence peut prendre. Dans un récent article, Simon Lapierre et Isabelle Côté résument ainsi le contrôle coercitif¹⁰⁴ :

Le contrôle coercitif fait référence à une série de stratégies répétitives, certaines étant violentes et d'autres non, dont les effets cumulatifs doivent être analysés dans leur contexte plus large de domination. Il s'actualise par deux mécanismes, soit la coercition et le contrôle. La coercition englobe toute stratégie employée par l'agresseur afin d'obtenir ce qu'il souhaite dans l'immédiat ; l'utilisation de la force ou la menace d'utiliser la force sont des stratégies particulièrement efficaces à cet effet. Alors que les agressions, et particulièrement les voies de fait, sont comprises par plusieurs comme étant des actes visant à blesser, le concept de contrôle coercitif conçoit ces actes comme des moyens de dernier recours permettant de réaffirmer la domination de l'agresseur^[2].

Le contrôle se matérialise par une série de stratégies qui se manifestent à différents moments dans la relation et qui incluent, entre autres, la privation de droits et de ressources et l'imposition de micro-régulations. Dans l'analyse proposée par Stark, les micro-régulations sont fort révélatrices de la présence du contrôle dans

102. Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Étude détaillée du projet de loi n° 15, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* », Journal des débats, vol 46, n° 21, 2^e sess, 42^e lég, 4 avril 2022, 15h21 (M. Lionel Carmant).

103. *Ibid.*, 16h20 (M. Lionel Carmant).

104. Simon Lapierre et Isabelle Côté, « Pour une intégration du contrôle coercitif dans les pratiques d'intervention en matière de violence conjugale au Québec », (2021) 153 *Intervention* 115, à la p 117 (références omises).

une relation ; elles font référence aux règles imposées par l'agresseur, qu'elles soient générales, spécifiques, écrites, implicites et/ou négociées ; ces règles sont complexes et contradictoires et peuvent changer en tout temps et sans préavis. Par exemple, une victime peut être contrainte à devoir garder la maison propre en tout temps (règle générale), à répondre à tous les messages textes de l'agresseur en moins de cinq minutes (règle spécifique), à tenir un registre de ses dépenses (règle écrite), à céder à certaines demandes irréalistes (règle négociée) et à devoir centrer toute son attention sur lui lorsqu'il rentre à la maison (règle implicite). Même si ces règles ne constituent pas des actes violents en soi, ils maintiennent le contrôle et la domination de l'agresseur et contribuent à la privation de liberté de la victime. Dans cette optique, ce second mécanisme (contrôle) est plus insidieux que le premier (coercition), dû à son caractère invisible et plus difficilement décelable.

Ainsi, plutôt que de faire référence à la violence conjugale basée sur des actes en gradation qui se produisent sporadiquement, le contrôle coercitif met de l'avant l'effet cumulatif et invisible des stratégies de l'agresseur, dont plusieurs sont perçues comme étant de moindre gravité. Pensons par exemple à l'agresseur qui prive progressivement la victime de l'accès à son réseau social et familial ; bien que cette stratégie soit difficilement sanctionnable, elle contribue tout autant à restreindre la liberté et l'autonomie de la victime que des comportements explicitement violents qui peuvent, pour leur part, faire l'objet de sanctions légales. Les victimes en subissent toutefois les effets cumulés, qui sont plus importants que la somme de leurs parties et qui, même dans leurs manifestations non violentes, peuvent engendrer des effets dévastateurs contribuant au sentiment d'être prises au piège dans leur relation (*entrapment*). Par ailleurs, les agresseurs sont rarement responsabilisés pour leur utilisation de stratégies non violentes (telles que les micro-régulations), peu importe leur chronicité, leur durée dans le temps et leurs impacts sur les victimes.

[2] Les actes de violences peuvent être compris comme étant « l'atout dans le jeu de carte de l'agresseur » (*violence as a trump card*).

Remarquons d'ailleurs que la Cour du Québec adopte une compréhension de la violence conjugale qui inclut le contrôle coercitif, dans le passage cité ci-dessus, lorsqu'elle explique que la violence conjugale peut prendre la forme de comportements dénigrants, intimidants ou contrôlants ; la violence conjugale ne se limite pas aux coups et aux blessures physiques.

Outre la définition que comporte le paragraphe c.1), les parlementaires ont prévu plusieurs facteurs qui doivent être pris en considération dans les cas d'exposition à la violence conjugale¹⁰⁵ :

38.2.2. Pour l'application de l'article 38.2, toute décision visant un signalement pour une situation d'exposition à la violence conjugale doit notamment prendre en considération les facteurs suivants :

a) les conséquences de l'exposition à cette violence sur l'enfant ;

b) la reconnaissance de ces conséquences sur l'enfant par l'auteur de cette violence et les moyens pris par ce dernier pour prévenir d'autres situations d'exposition à la violence, le cas échéant ;

c) les actions prises par le parent qui n'est pas l'auteur de cette violence pour protéger l'enfant de l'exposition à cette violence ainsi que les entraves à ces actions posées par l'auteur de cette violence, le cas échéant ;

d) la capacité des ressources du milieu à soutenir les parents dans l'exercice de leurs responsabilités ;

e) l'ordonnance, la condition ou la mesure, de nature civile ou criminelle, concernant la sécurité ou le développement de l'enfant.

38.2.2. For the purposes of section 38.2, any decision relating to a report for a situation of exposure to domestic violence must, in particular, take into consideration the following factors:

(a) the consequences for the child of exposure to such violence;

(b) the acknowledgment of the consequences for the child by the perpetrator of the violence and the means taken by the perpetrator to prevent other situations of exposure to violence, if applicable;

(c) the measures taken by the parent who is not the perpetrator of the violence to protect the child from exposure to such violence and the obstacles to such measures caused by the perpetrator of the violence, if applicable;

(d) the local resources' ability to support the parents in carrying out their responsibilities; and

(e) the order, condition or measure, whether civil or criminal in nature, concerning the security or development of the child.

L'énumération de facteurs à considérer à l'article 38.2.2 *Lpj* lors de l'appréciation d'une situation visée par le paragraphe c.1)

105. *Lpj*, *supra* note 5 art 38.2.2.

de l'article 38 *Lpj* constitue une grille d'analyse¹⁰⁶ qui doit guider les intervenant·es et les juges dans les décisions concernant les signalements et la détermination de la compromission dans le cas d'exposition à la violence conjugale. Plusieurs intervenant·es ont souligné, devant la Commission Laurent¹⁰⁷ ou dans les consultations particulières de l'étude du projet de loi, que les traumatismes et les effets, directs ou indirects, de la violence conjugale sur l'enfant n'étaient pas pris en compte dans l'appréciation de ces situations. En précisant les facteurs qui doivent être pris en considération, qui incluent les conséquences sur l'enfant de l'exposition à la violence, les parlementaires fournissent des éléments d'analyse qui permettent notamment d'apprécier l'impact de la violence du point de vue de l'enfant.

Les tribunaux ont reconnu que le fait pour un·e juge de ne pas procéder à une analyse en vertu de l'article 38.2 *Lpj* constitue une erreur de droit¹⁰⁸. Par conséquent, les facteurs énumérés à l'article 38.2.2, qui complètent l'article 38.2, devront faire l'objet d'une analyse par les tribunaux lorsque les situations de compromission visées par l'article 38 c.1) seront judiciairisées. L'absence d'analyse et de prise en considération des facteurs énumérés constituera une erreur de droit au même titre que ce qui prévaut concernant l'article 38.2 de la loi.

La création d'un nouveau motif de compromission et l'ajout de facteurs à considérer pour conclure que la sécurité et le développement de l'enfant sont compromis permettent également que les mesures pour mettre fin à la situation de compromission soient adaptées plus spécifiquement à l'exposition à la violence conjugale¹⁰⁹. Dans les cas d'exposition à la violence conjugale,

106. Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Étude détaillée du projet de loi n° 15, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* », Journal des débats, vol 46, n° 21, 2^e sess, 42^e lég, 4 avril 2022, 15h21 (M^{me} Catherine Lemay, directrice nationale de la protection de la jeunesse).

107. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 à la p 328.

108. Voir notamment *Protection de la jeunesse – 211417*, 2021 QCCS 1349, aux paras 40 et 41.

109. Dans le cadre des débats parlementaires, le ministre délégué à la Santé et aux Services sociaux affirmait que l'insertion d'un nouveau motif de compromission permettrait de mieux analyser et de mieux intervenir dans les situations d'exposition à la violence conjugale. Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Étude détaillée du projet de loi n° 15, *Loi modifiant la Loi*

les mesures que les juges peuvent ordonner selon l'article 91 *Lpj* devront viser à mettre fin aux situations qui ressortent de leur analyse en vertu de l'article 38.2.2 et donc prendre en considération les facteurs qui y sont énumérés.

La nouvelle approche préconisée par les parlementaires en procédant à ces deux ajouts à la *Loi sur la protection de la jeunesse* permet d'apprécier l'intérêt de l'enfant selon son point de vue et son vécu lorsqu'il est question d'exposition à la violence conjugale.

VI- L'ASSOUPPLISSEMENT DE LA CONFIDENTIALITÉ

L'évolution de la conception du droit à la vie privée dans le cadre de l'intervention en protection de la jeunesse commande un assouplissement de la confidentialité des renseignements concernant les enfants et les parents, surtout lorsque la communication des renseignements permet de servir l'intérêt de l'enfant ou de protéger un·e autre enfant. En établissant que l'intérêt de l'enfant doit guider les décideurs et décideuses à qui la loi donne un pouvoir de communication de renseignements, les parlementaires rejettent la vision selon laquelle l'intérêt de l'enfant serait le mieux servi par un respect strict de la confidentialité des renseignements le concernant. Ainsi, bien que la confidentialité des renseignements doive déjà être modulée en fonction de l'intérêt de l'enfant¹¹⁰, on comprend maintenant que l'intérêt de l'enfant exige une atténuation de la confidentialité.

Pour articuler ce principe, il est opportun de distinguer la confidentialité des informations entre la directrice et ses partenaires qui gravitent autour de l'enfant et la confidentialité des dossiers tenus en application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* à l'égard des tiers. La *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit plusieurs mécanismes afin que la directrice obtienne les renseignements et informations nécessaires à la mise en œuvre de ses obligations, dont le corolaire est le régime de confidentialité stricte mis en place à l'égard des tiers, comme le souligne le juge Mario Gervais¹¹¹ :

sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives », Journal des débats, vol 46, n° 21, 2^e sess, 42^e lég, 4 avril 2022, 15h21 (M. Lionel Carmant).

110. *MD c LD*, AZ-98011441, 1998 CanLII 12825 (QC CA).

111. *Protection de la jeunesse – 1270*, 2012 QCCQ 1971, au para 3.

[24] En d'autres termes, l'État impose, d'une part, l'obligation à toute personne de répondre à la Directrice, dans l'exercice de ses fonctions, sous peine de sanctions pénales. L'État, d'autre part, s'engage à traiter cette information à l'intérieur de paramètres stricts régissant la confidentialité des renseignements recueillis.

Lorsqu'il est question d'assouplissement de la confidentialité, ce sont les règles entourant l'échange d'informations entre la directrice et les partenaires et prestataires de services qui gravitent autour de l'enfant afin d'éviter un travail en vase clos qui peut rendre l'intervention sociale inefficace qui sont visées¹¹². L'intérêt de l'enfant commande en effet que la sphère d'échange d'informations entre les partenaires entourant l'enfant s'élargisse afin de mieux cerner les besoins de l'enfant et d'offrir les services appropriés à sa situation.

En effet, il faut rappeler que la confidentialité n'est pas une fin en soi, mais plutôt un outil pour servir l'intérêt de l'enfant, notamment le respect de sa vie privée¹¹³. Ainsi, les objectifs que peut servir la confidentialité de renseignements personnels doivent être mis en relation avec d'autres aspects de l'intérêt de l'enfant. La Commission Laurent a d'ailleurs mis en relief que la rigidité du régime de la confidentialité pouvait gêner la mise en place d'interventions adéquates¹¹⁴ :

Ces règles ont pour but, notamment, d'éviter la stigmatisation des enfants et des familles suivies en protection de la jeunesse. Or, elles ont parfois eu l'effet contraire. Nous remarquons que leur application rappelle parfois à l'enfant qu'il n'est pas un enfant comme les autres. Par exemple, des témoins affirment que l'application des règles de confidentialité empêche de normaliser le quotidien de l'enfant. Ils rapportent, par exemple, qu'il est impossible pour les familles d'accueil d'avoir des photos des enfants dont elles s'occupent dans leur maison, ce qui renforce l'idée qu'ils ne font pas réellement partie de la famille.

Les règles de confidentialité sont aussi parfois un frein à la réalisation d'un cercle de bienveillance autour de l'enfant. Plusieurs témoins se sont exprimés sur cet enjeu. Par exemple :

112. Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, *supra* note 1 aux pp 138-139.

113. *Ibid.*

114. *Ibid.*, à la p 78, voir aussi aux pp 79, 138-141, 166-168, 538-540.

- Une auberge du cœur n'a pas été informée d'une récente tentative de suicide d'un jeune hébergé chez elle. Cette information lui aurait permis de moduler son intervention auprès du jeune
- La CDPDJ note que les milieux d'hébergement ne sont pas informés des problèmes de comportement en classe des jeunes dont ils ont la garde
- La Commission des services juridiques indique que les avocats à l'enfant ne reçoivent pas toutes les informations à son dossier pour leur permettre de le représenter.

(Soulignements ajoutés ; références omises)

La Commission Laurent constate que « le partage d'information semble se faire uniquement s'il y a un risque imminent pour la sécurité physique de l'enfant, mais au détriment d'un partage d'information qui permettrait aux partenaires de sécuriser et d'accompagner l'enfant »¹¹⁵.

Le principe de l'assouplissement de la confidentialité a donc été inscrit comme règle interprétative du régime à l'article 4.6 *Lpj* afin de pallier la rigidité du régime de la confidentialité qui pouvait gêner la mise en place d'interventions adéquates. Ce nouvel article 4.6 *Lpj* prévoit que les dispositions permettant la communication de renseignements confidentiels doivent être interprétées d'une manière à favoriser la communication dès lors qu'elle sert l'intérêt de l'enfant concerné-e par le renseignement ou qu'elle assure la protection d'un·e autre enfant¹¹⁶ :

4.6. Les conditions prévues par une loi devant être remplies pour communiquer un renseignement confidentiel concernant l'enfant ou ses parents doivent être interprétées de manière à favoriser la communication de ces renseignements lorsqu'elle est dans

4.6. The conditions prescribed by law that must be met to communicate confidential information concerning the child or the child's parents must be construed so as to facilitate the communication of that information where it is in the interest of the child

115. *Ibid*, à la p 139.

116. *Lpj*, *supra* note 5, art 4.6.

l'intérêt de cet enfant ou vise or is intended to ensure the
à assurer la protection d'un protection of another child.
autre enfant.

La communication des renseignements confidentiels doit donc être favorisée lorsque le droit le permet et qu'est en jeu l'intérêt de l'enfant concerné·e ou la protection d'un·e autre enfant.

Le Parlement du Québec a également mis l'accent sur le fait que le droit à la confidentialité appartient aux enfants et aux parents, ce qui suggère que la confidentialité peut être modulée en fonction de leur volonté et de leur intérêt. Pour ce faire, il a abrogé les articles 11.2 *Lpj* (déclarant confidentiels les renseignements concernant un·e enfant ou un parent qui sont recueillis dans l'application de cette loi et qui permettent de les identifier) et 11.2.1 *Lpj* (interdisant la publication et diffusion d'informations permettant d'identifier un·e enfant ou ses parents). Il les a remplacés par les articles 9.2 et 9.3 *Lpj* qui reprennent essentiellement ces règles de confidentialité et leurs exceptions, mais en mettant en relief que le droit à la confidentialité appartient à l'enfant et à ses parents.

En ce qui concerne les pouvoirs de la directrice, la nouvelle version de l'article 35.4 *Lpj* élargit largement le pouvoir de la directrice d'obtenir des informations de la part d'établissements, d'organismes ou de professionnels gravitant autour de l'enfant et des parents.

La volonté d'assouplissement de la confidentialité des parlementaires s'est également retrouvée dans des modifications aux dispositions de la section II du chapitre III sur les pouvoirs de la directrice de la protection de la jeunesse et du chapitre IV.1 sur les renseignements confidentiels.

En ce qui concerne les pouvoirs de la directrice, la version actuelle prévoit qu'une personne autorisée (à exercer certaines responsabilités de la directrice) en vertu de l'article 32 *Lpj* peut obtenir des renseignements de la part d'un établissement sans le consentement de l'utilisateur ou l'utilisatrice « lorsqu'un tel renseignement révèle ou confirme l'existence d'une situation en lien avec le motif de compromission allégué par le directeur et dont la connais-

sance pourrait permettre de retenir le signalement pour évaluation ou de décider si la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis ». Dans son ancienne forme, l'article 35.4 *Lpj* permettait essentiellement aux personnes procédant à l'évaluation et l'orientation de la situation de l'enfant, c'est-à-dire celles qui sont présentes au début de l'intervention sociale, d'avoir accès à des renseignements confidentiels pour évaluer le signalement et procéder à l'orientation initiale.

La nouvelle formulation de l'article 35.4 *Lpj* prévoit que la directrice pourra obtenir des renseignements confidentiels non seulement auprès d'un plus grand nombre de personnes, mais également dans davantage de situations¹¹⁷ :

35.4. Une personne visée à l'article 35.1 peut exiger d'un établissement, d'un organisme ou d'un professionnel qu'il lui communique un renseignement concernant l'enfant, l'un de ses parents ou une autre personne mis en cause par un signalement, lorsque l'une ou l'autre des conditions suivantes est remplie :

a) un tel renseignement révèle ou confirme l'existence d'une situation en lien avec le motif de compromission allégué par le directeur et dont la connaissance pourrait permettre, selon le cas :

1° de retenir le signalement pour évaluation ;

2° de décider si la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis ou le demeure ;

35.4. A person referred to in section 35.1 may require an institution, body or professional to disclose to him information concerning the child, either of the child's parents or another person involved in a report if any of the following conditions is met:

(a) such information reveals or confirms the existence of a situation related to the grounds alleged by the director to the effect that the security or development of the child is in danger, the knowledge of which could justify, as applicable,

(1) accepting the report for evaluation,

(2) deciding whether the security or development of the child is in danger or remains so, or

117. *Ibid*, art 35.4.

3° de décider de l'orientation de l'enfant ;	(3) deciding as to the directing of the child, or
b) un tel renseignement permet de confirmer ou d'infirmier l'existence d'une situation en lien avec des faits nouveaux survenus depuis la décision portant sur la compromission et dont la connaissance pourrait permettre de réviser la situation de l'enfant.	(b) such information makes it possible to confirm or deny the existence of a situation related to new events that have occurred since the decision on the child's security or development being in danger was made, the knowledge of which could make it possible to review the child's situation.

La directrice pourra désormais exiger la communication des renseignements concernant un·e enfant, l'un de ses parents ou une personne mise en cause, de la part d'un établissement, d'un organisme ou d'un·e professionnel·le, alors que la version actuelle prévoit uniquement la possibilité de l'exiger de la part d'un établissement.

En outre, les renseignements pourront être exigés pour confirmer ou infirmer l'existence d'une situation en lien avec des faits nouveaux survenus depuis la décision portant sur la compromission, ce qui permettra aux intervenant·es de l'application de mesures de requérir des renseignements pour réviser la situation de l'enfant. Le pouvoir d'enquête de la directrice est en conséquence désormais étendu à une plus grande partie de l'intervention sociale lorsque les conditions de l'article 35.4 *Lpj* sont remplies.

En ce qui a trait aux renseignements confidentiels, la notion d'intérêt de l'enfant a été reprise dans la nouvelle version de l'article 72.6 *Lpj*, afin de permettre à la directrice de divulguer des renseignements confidentiels à des personnes, organismes ou établissements avec qui elle est amenée à collaborer si elle estime que la divulgation est « dans l'intérêt de l'enfant » plutôt que si la divulgation est « nécessaire pour assurer la protection d'un enfant », comme on peut le lire dans l'ancienne version de la loi. Cette modification permet de se référer à la notion d'intérêt de l'enfant, plus large et plus détaillée par la jurisprudence que la notion de protection.

En utilisant le libellé de l'intérêt de l'enfant à l'article 72.6 *Lpj*, le Parlement du Québec répond à d'importantes préoccupations des intervenants qui gravitent autour de l'enfant et pour qui les notions de protection et de bien-être de l'enfant étaient « vagues et imprécises »¹¹⁸. En pratique, la notion d'intérêt de l'enfant est mieux comprise et davantage utilisée que celles de la protection et du bien-être¹¹⁹.

La nouvelle formulation délaisse également le critère de « nécessité », dont le fardeau est plus difficile à atteindre¹²⁰, au profit d'une discrétion à la directrice, si elle estime que la divulgation est dans l'intérêt de l'enfant. Cette modification permet d'atteindre les objectifs d'assouplissement de la confidentialité souhaités par les parlementaires en allégeant le fardeau reposant sur la directrice et en laissant le soin aux intervenant·es sur le terrain de déterminer les informations confidentielles d'un enfant qui peuvent être transmises aux partenaires en appréciant son intérêt dans des circonstances données.

L'application de l'article d'interprétation 4.6 *Lpj* dépasse les dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* puisque le principe qu'il énonce concerne « les conditions prévues par une loi », ce qui englobe l'ensemble des lois qui encadrent l'accès aux renseignements confidentiels d'un·e enfant ou de sa famille. À titre d'exemple, la *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* a modifié l'article 19 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* afin de prévoir qu'un renseignement contenu au dossier confidentiel d'un usager peut être communiqué sans le consentement de l'usager « pour l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* »¹²¹, ce qui n'était pas prévu dans sa version antérieure.

118. Assemblée nationale, Commission de la santé et des services sociaux, « Étude détaillée du projet de loi n° 15, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives* », Journal des débats, vol 46, n° 16, 2^e sess, 42^e lég, 23 mars 2022, 15h50 (M. Lionel Carmant).

119. *Ibid.*

120. Le critère de nécessité qui se retrouvait à l'article 72.6 allait « au-delà de la simple utilité » et de la pertinence d'échanger un renseignement. Voir notamment *Protection de la jeunesse – 114181*, 2011 QCCQ 10460, au para 101.

121. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, RLRQ, c S-4.2, art art. 19 (« *Lssss* »).

Les nouveaux pouvoirs d'enquête prévus à l'article 35.4 *Lpj*, l'assouplissement de l'article 72.6 *Lpj* et l'article 19 *Lssss* confirment la possibilité d'un plus grand nombre d'échanges d'informations bilatéraux entre la directrice et ses partenaires de santé et de services sociaux, dans le cadre de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Si ce type d'échange a déjà lieu, l'article 19 *Lssss* ne le prévoyait pas explicitement, ce qui a pu causer des interrogations sur la légalité de tels échanges¹²².

Les modifications législatives devraient dissiper tout doute sur la possibilité d'échanger des informations pour l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* entre la directrice et les partenaires du réseau de la santé et des services sociaux entourant l'enfant lorsque cet échange est dans son intérêt.

Finalement, l'article 4.6 *Lpj* constitue le nouveau point de départ de l'approche d'ouverture préconisée par les parlementaires en ce qui concerne la confidentialité des renseignements d'un-e enfant et de sa famille dans l'application de la loi. L'assouplissement de la confidentialité doit être vu comme servant l'intérêt de l'enfant et recevoir une interprétation large afin d'atteindre les objectifs poursuivis par les parlementaires de sécuriser et protéger l'enfant.

CONCLUSION

Notre étude des modifications législatives apportées à la *Loi sur la protection de la jeunesse* révèle plusieurs principes affirmés ou réaffirmés par les parlementaires. Ces principes offrent une ligne directrice claire de la manière dont la notion de l'intérêt de l'enfant doit s'articuler, s'opérationnaliser et se matérialiser. Nous avons ainsi mis en relief huit principes : (1) la continuité des soins, (2) la stabilité des relations de l'enfant, (3) la stabilité des conditions de vie appropriées aux besoins et à l'âge de l'enfant, (4) la stabilité culturelle de l'enfant, (5) le respect de la volonté de

122. En 2022, dans *X c Perron*, 2022 QCCS 823, la Cour supérieure a été saisie d'un pourvoi en contrôle judiciaire d'une décision provisoire de la Chambre de la jeunesse qui permettait l'échange d'informations confidentielles entre le CLSC et la directrice de la protection de la jeunesse concernant un adolescent. Ce dernier contestait l'échange d'informations confidentielles entre les deux intervenants. Le pourvoi a été rejeté au stade préliminaire en raison de son caractère théorique et la Cour ne s'est pas prononcée sur le fond de l'affaire.

l'enfant, (6) le respect de la dignité de l'enfant, (7) la protection contre l'exposition à la violence conjugale, (8) l'assouplissement de la confidentialité. Ventiler ainsi les principes qui habitent la notion de l'intérêt de l'enfant permet de mieux comprendre la vision à laquelle les parlementaires ont adhéré récemment. Nous avons constaté que l'intérêt de l'enfant est conçu comme priorisant la qualité des relations de l'enfant, quitte à mettre de côté des relations formellement importantes, mais qui peuvent lui nuire en réalité. Par exemple, l'on ne doit pas tenter de maintenir à tout prix le contact avec un parent commettant du contrôle coercitif qui affecte directement ou indirectement la qualité de vie de l'enfant. La réforme de la *Loi sur la protection de la jeunesse* invite les intervenant-es et les juristes à tenir compte de la texture particulière de la vie de chacun-e des enfants.

S'agissant d'un exercice qui expose l'intention législative, notre étude devrait fournir des outils importants pour les juges, les avocat-es, les directrices et les intervenant-es. Effectivement, ces personnes tentent de respecter l'intention des parlementaires dans leur application de la loi. Les huit principes que nous avons identifiés pourront donc, au-delà des dispositions qui les cristallisent, guider la pratique clinique et judiciaire concernant la protection de la jeunesse. Nous sommes même d'avis que ces principes doivent guider l'opération du droit des familles puisque la notion de l'intérêt de l'enfant est un concept unifié, qu'on le trouve en protection de la jeunesse ou en droit de la famille.

Aspects psychologiques et légaux liés à la garde d'enfants en bas âge

Marie-Hélène PENNESTRI, Vincent DENAULT,
Marie-Julie BÉLIVEAU, Donia TONG et
Victoria TALWAR

Résumé

Le nombre de séparations parentales a considérablement augmenté au Québec et les enfants vivent cette situation de plus en plus jeunes. Déterminer quel type de garde favorisera le meilleur intérêt d'un enfant en bas âge n'est pas une tâche aisée. Or, la petite enfance est une période très sensible pouvant avoir une influence majeure sur le développement à long terme. Ainsi, cette question mérite une attention toute particulière des professionnels de la justice. Le présent article a pour objectif de mieux comprendre les facteurs déterminant le meilleur intérêt des enfants en bas âge, à la suite de la séparation de leurs parents, et de décrire les pratiques actuelles des tribunaux québécois à cet effet. D'abord, un survol de la théorie de l'attachement est effectué. Puis, une recension des études empiriques dans les domaines de la psychologie et des sciences sociales est présentée pour résumer les facteurs importants dans la détermination des modalités de garde, notamment l'âge, le niveau développemental, la qualité de la coparentalité, la communication entre les parents, et la qualité de la relation entre les parents et l'enfant. Finalement, une recherche de jugements de tribunaux est présentée afin de documenter les pratiques des tribunaux et de vérifier si elles concordent avec les connaissances scientifiques actuelles, suivie d'une discussion générale ayant pour but d'aider les tribunaux à développer des pratiques professionnelles basées sur des données probantes dans ce contexte.

Aspects psychologiques et légaux liés à la garde d'enfants en bas âge

Marie-Hélène PENNESTRI^{a, b}, Vincent DENAULT^a,
Marie-Julie BÉLIVEAU^{b, c}, Donia TONG^a
et Victoria TALWAR^a

RÉSUMÉ	145
INTRODUCTION	149
1. LE DÉVELOPPEMENT DES ENFANTS ET LA THÉORIE DE L'ATTACHEMENT	150
2. UNE RECENSION DES ÉTUDES EMPIRIQUES	154
2.1 Le lien entre le type de garde et le développement psychoaffectif des enfants	155
2.2 La quantité versus la qualité des contacts des parents envers leurs enfants.	157
2.3 Qu'en est-il spécifiquement chez les enfants de 5 ans et moins ?	158
2.4 Articles résumant l'état des connaissances	159
2.5 Limites de la recension de littérature	161

a Department of Educational and Counselling Psychology, McGill University, Montréal, QC, Canada.

b Hôpital en santé mentale Rivière-des-Prairies (CIUSSS-NIM), Montréal, QC, Canada.

c Département de psychologie, Université de Montréal, Montréal, QC, Canada.

3.	UNE RECHERCHE DE JUGEMENTS DE TRIBUNAUX	162
3.1	Les caractéristiques des 37 jugements retenus	163
3.2	Les enjeux de respect et de communication	170
4.	CONCLUSION : L'IMPORTANCE DE LA COMMUNICATION ENTRE LES PARENTS ET DU DÉVELOPPEMENT DE L'ENFANT SUR LA DÉTERMINATION DE SON MEILLEUR INTÉRÊT . .	172

INTRODUCTION

Au cours des dernières années, non seulement le nombre de séparations parentales a considérablement augmenté au Québec, mais les enfants qui vivent cette situation sont de plus en plus jeunes¹. Selon des données provenant de l'Étude longitudinale du développement des enfants du Québec (ELDEQ), 22 % des enfants ayant grandi avec leurs deux parents ont vécu une séparation parentale avant l'âge de 6 ans². Pour les tribunaux, cette nouvelle réalité suscite plusieurs questions, notamment quant au meilleur intérêt des enfants en bas âge, une population particulièrement vulnérable.

En effet, la petite enfance est une période développementale très sensible. Les changements liés à l'environnement ou aux relations peuvent influencer le développement social et affectif des enfants en bas âge, lequel jouera sur leur capacité à affronter les perturbations et les défis auxquels ils seront confrontés plus tard³. Bien que le processus d'adaptation à la séparation parentale s'accompagne de défis à toutes les étapes du développement d'un enfant, déterminer quel type de garde favorisera le meilleur intérêt d'un enfant en bas âge n'est pas une tâche aisée. La petite enfance nécessite, en effet, une attention toute particulière des professionnels de la justice.

Le présent article a pour objectif de mieux comprendre les facteurs déterminant le meilleur intérêt des enfants en bas âge, à la suite de la séparation de leurs parents, tout en dressant un portrait des pratiques actuelles des tribunaux québécois. Dans un premier temps, afin de comprendre les impacts psychosociaux liés au partage du temps parental chez les tout-petits, un survol de

-
1. Hélène DESROSIERS, Karine TÉTREAULT et Amélie DURCHARME, « Les trajectoires familiales diversifiées des jeunes nés au Québec à la fin des années 1990 », *Portraits et trajectoires*, 23 septembre 2018, en ligne : Institut de la statistique du Québec <<https://statistique.quebec.ca/en/fichier/no-23-les-trajectoires-familiales-diversifiees-des-jeunes-nes-au-quebec-a-la-fin-des-annees-1990.pdf>>.
 2. *Id.*
 3. Laura M. SUPKOFF, Jennifer PUIG et L. Alan SROUFE, « Situating resilience in developmental context », dans Michael UNGAR (dir.), *The social ecology of resilience*, New York, Springer, 2012, 127.

la théorie de l'attachement est effectuée, puisque ce cadre de référence est souvent utilisé pour comprendre l'impact des relations parent-enfant sur le développement de l'enfant. Dans un deuxième temps, une recension des études empiriques dans les domaines de la psychologie et des sciences sociales est présentée, afin de mieux comprendre l'association entre le type de garde, la fréquence de contact avec les parents et le développement psychosocial des enfants en bas âge. Finalement, une recherche de jugements de tribunaux est présentée afin de vérifier si, d'une part, il existe des tendances dans l'attribution de la garde des enfants en bas âge et si, d'autre part, les pratiques des tribunaux, tout comme celles des experts appelés à se prononcer, concordent avec les connaissances scientifiques actuelles. L'article se termine par une discussion générale portant sur l'ensemble des éléments présentés, afin d'aider les tribunaux à développer des pratiques professionnelles basées sur des données probantes.

1. LE DÉVELOPPEMENT DES ENFANTS ET LA THÉORIE DE L'ATTACHEMENT

L'enjeu de la garde des enfants est abordé selon de nombreuses perspectives. Parfois, elles sont historiques et sociales. Pensons notamment à l'impact d'une plus grande présence des femmes sur le marché du travail ou d'une plus grande implication du père au sein de la cellule familiale. Les perspectives peuvent aussi être politiques ou idéologiques, par exemple selon les intérêts des groupes de droits des hommes ou des femmes, selon une perspective égalitaire, en fonction des luttes féministes, ou encore, en lien avec l'opinion publique⁴. Par conséquent, comme dans plusieurs domaines liés au développement de l'enfant, à défaut de consensus scientifique, différents auteurs adoptent des positions divergentes. En effet, certains sont favorables à la garde partagée

4. Elisabeth GODBOUT, Marie-Christine SAINT-JACQUES et Hans IVERS, « After the separation, with whom should children live? An analysis of public opinion in Quebec », (2018) 68 *L'Année sociologique* 393 ; Francine LEDUC, « Le rapport canadien Pour l'amour des enfants : autonomie et droits des enfants, groupes de femmes et groupes de pères », (2000) 44 *Lien social et Politiques* 141 ; Denyse CÔTÉ et Florina GABOREAN, « Nouvelles normativités de la famille : la garde partagée au Québec, en France et en Belgique », (2015) 27 *Revue juridique Femmes et Droit / Canadian Journal of Women and the Law* 22.

chez les enfants en bas âge⁵, certains y sont opposés⁶, alors que d'autres adoptent une position plus nuancée⁷. Il en est de même pour différents juges, lesquels peuvent aussi être influencés par des facteurs extrajudiciaires (p. ex. leur histoire personnelle, leurs valeurs, leurs émotions) qui, pourtant, ne devraient pas contribuer à la détermination du meilleur intérêt des enfants⁸. Le défaut de consensus scientifique complique incontestablement la tâche des tribunaux, d'autant plus que chacun des litiges que les juges doivent trancher a des caractéristiques qui leur est propre. Néanmoins, pour les enfants en bas âge, la théorie de l'attachement représente un important point de départ pour la réflexion des tribunaux. En effet, pour l'enfant en bas âge, s'attacher à une personne est un besoin biologique fondamental, qui sert à assurer sa survie physique et psychologique⁹.

Selon la théorie de l'attachement, les enfants en bas âge développent un lien d'attachement fort et significatif envers la personne qui prend principalement soin d'eux¹⁰. Elle devient leur figure d'attachement principale, c'est-à-dire la personne à laquelle ils apprennent à se référer pour être rassurés lors de moments de détresse (peur, angoisse, douleur, séparation). Avec le temps, lorsque la présence de leur figure d'attachement principale est constante et rassurante, les nourrissons finissent par internaliser cette relation. Ainsi, même lorsque leur figure d'attachement principale est absente, les enfants en bas âge parviendront à en conserver une représentation interne stable et pourront ainsi tolérer de brèves séparations¹¹.

5. William V. FABRICIUS et Go Woon SUH, « Should infants and toddlers have frequent overnight parenting time with fathers? The policy debate and new data », (2017) 23 *Psychology, Public Policy, and Law* 68.
6. Maurice BERGER, « Médiation et intérêt de l'enfant », (2005) 170 *Dialogue* 7 ; Maurice Berger et al., « La résidence alternée chez les enfants de moins de 6 ans. Une situation à hauts risques psychiques », (2004) 16 *Revue Devenir* 213.
7. Francine CYR, « Pour en finir avec cette polémique autour de la garde physique partagée principalement pour les enfants de moins de six ans », (2008) 33 *Santé mentale au Québec* 185.
8. Robert E. EMERY, Randy K. OTTO et William T. O'DONOHUE, « A critical assessment of child custody evaluations: limited science and a flawed system », (2005) 6 *Psychological Science in the Public Interest* 1.
9. John BOWLBY, *Attachement et perte : vol. 1. L'attachement*, Presses universitaires de France, 1969.
10. *Id.*
11. Mary MAIN, Nancy KAPLAN et Jude CASSIDY, « Security in infancy, childhood, and adulthood: a move to the level of representation », (1985) 50 *Monographs of the society for research in child development* 66 ; D.W. WINNICOTT, *Jeu et réalité. L'espace potentiel*, Gallimard, 1975.

Le développement du lien d'attachement est un processus progressif et dynamique, plutôt qu'une étape ou un seuil atteint à un âge spécifique. Certains enfants se sépareront plus facilement de leur figure d'attachement principale, même durant la petite enfance, alors que pour d'autres, cela demeurera difficile plus longtemps (parfois même après l'âge de 3 à 5 ans). Cela dépend en partie de la personnalité et du tempérament de l'enfant, mais également de sa maturité affective et cognitive¹². Le lien d'attachement continue de se développer tout au long de la vie, mais devient plus stable après la petite enfance¹³. Ainsi, la petite enfance représente une période importante et sensible pour le développement des enfants lors de laquelle les changements d'environnement ou de relation peuvent facilement affecter la qualité du lien d'attachement¹⁴.

La qualité du lien développé avec la figure d'attachement principale sera déterminante pour l'adaptation future des enfants en bas âge. En effet, une relation plus sécurisante favorisera l'estime de soi des enfants, leurs compétences émotionnelles, et diminuera même le risque de développer des problèmes d'agressivité ou d'anxiété¹⁵. Plus la relation que les enfants en bas âge auront développée est sécurisante, mieux ils seront équipés pour affronter les perturbations de la vie et les défis auxquels ils seront confrontés plus tard¹⁶.

Mais qui peut incarner cette figure d'attachement principale ? Encore aujourd'hui, malgré la présence de plus en plus marquée du père, la figure d'attachement principale est souvent la mère, particulièrement au Québec où elle demeure habituellement à la maison durant les premiers mois, voire la première année, et prodigue généralement les soins au nourrisson¹⁷. Évidemment,

-
12. Francine CYR, « Débat sur la garde partagée : vers une position plus nuancée dans le meilleur intérêt de l'enfant », (2008) 33 *Santé mentale au Québec* 235.
 13. Klaus E. GROSSMAN et Karin GROSSMAN, « Développement de l'attachement et adaptation psychologique du berceau au tombeau », (1998) 3 *Enfance* 44.
 14. *Id.*
 15. Jude CASSIDY et Phillip R. SHAVER, *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, 3^e éd, Guilford Press, 2018.
 16. Tuppett M. YATES, Byron EGELAND et L. Alan SROUFE, « Rethinking resilience: A developmental process perspective », dans Suniya S. LUTHAR (dir.), *Resilience and vulnerability: Adaptation in the context of childhood adversities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 243.
 17. STATISTIQUE CANADA, « Étude : Histoire de famille : congés parentaux au Canada », 20 février 2021, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/210210/dq210210a-fra.htm>>.

le père, ou une autre personne significative auprès du nourrisson peut devenir la figure d'attachement principale. L'enjeu central pour l'enfant est la stabilité.

Comme mentionné précédemment, il existe des divergences d'opinions quant à l'importance de la stabilité de l'environnement pour le jeune enfant. Toutefois, les changements fréquents dans la routine des enfants en bas âge (personne qui prend soin de l'enfant et environnement physique où il vit) pourraient nuire à la qualité du lien développé avec la figure d'attachement principale et, par conséquent, à leur développement psychoaffectif optimal¹⁸. Des perturbations importantes peuvent même venir rompre la sécurité dans le lien qui avait été établi au départ. La sécurité émotionnelle de l'enfant repose sur des notions développementales, liées à la fois à des composantes affectives et cognitives. Par exemple, l'enfant doit être capable de comprendre que la personne qui lui procure des soins existe toujours, même lorsqu'elle n'est pas là physiquement. Revoir sa figure d'attachement principale dans un jour, dans deux jours, peut demeurer un concept très abstrait pour les enfants, surtout avant l'âge de trois ans, d'autant plus que la nuit représente un moment de plus grande vulnérabilité émotionnelle pour le jeune enfant¹⁹.

Par ailleurs, la présence du parent ne suffit pas, à elle seule, pour développer un lien d'attachement fort et significatif. L'important est aussi la qualité du lien présent entre l'adulte et l'enfant, incluant la disponibilité affective, physique et psychologique de l'adulte²⁰. La relation doit être sécurisante et la figure d'attachement doit être disponible et montrer la sensibilité nécessaire pour rassurer les jeunes enfants dans des moments de détresse. Notons que les enfants peuvent bénéficier de plusieurs figures d'attachement, lesquelles peuvent être complémentaires. Il peut en être ainsi avec les relations qu'entretiennent les enfants avec leurs deux

18. Alan SROUFE, « The place of attachment in development », dans Jude CASSIDY et Phillip R. SHAVER (dir.), *Handbook of attachment: Theory, research, and clinical applications*, New York, Guilford Press, 2018, 997.

19. Carol GEORGE, Judith SOLOMON et Jennifer MCINTOSH, « Divorce in the nursery: On infants and overnight care », (2011) 49 *Family Court Review* 521.

20. Jennifer E. MCINTOSH, Marsha Kline PRUETT & Joan B. KELLY, « Parental separation and overnight care of young children, Part II: Putting theory into practice », (2014) 52 *Family Court Review* 256.

parents, relations qui sont considérées comme uniques²¹. Toutefois, bien que l'enfant en bas âge puisse développer une relation de confiance avec plus d'un adulte prenant soin de lui régulièrement, le nombre de personnes significatives auxquelles il pourra s'attacher demeure limité²².

Par conséquent, pour le meilleur intérêt des enfants en bas âge, les tribunaux doivent prendre le temps de réfléchir à une organisation du temps de garde, incluant de façon optimale les deux parents, en suivant une approche développementale et sensible à l'enfant. L'organisation du temps tiendrait alors compte notamment de l'âge des enfants, de leur maturité affective et cognitive, et de la stabilité qui leur est offerte, laquelle peut être tributaire de la disponibilité affective, physique, et psychologique des parents. Une telle approche suggère que les modalités de garde et d'accès pourraient être modifiées dans le temps, pour s'adapter à la situation, mais également au stade développemental des enfants. Autrement dit, il importe que les tribunaux adoptent la perspective de l'enfant et non celle des attentes parentales ou des convictions idéologiques et sociales.

2. UNE RECENSION DES ÉTUDES EMPIRIQUES

Bien que la théorie de l'attachement puisse guider les tribunaux quant au meilleur intérêt des enfants en bas âge, différents auteurs se basent sur différents courants de pensée et recommandent, pour des enfants en bas âge, certains types de garde qui apparaissent parfois contradictoires. Les sources de leurs recommandations sont parfois inconnues, voire questionnables. Toutefois, bien qu'elles soient peu nombreuses, certaines études se sont intéressées aux enjeux de garde chez les enfants en bas âge. Afin de mieux comprendre ce qui été prouvé (et ce qui n'a pas été prouvé) comme étant bénéfique chez les enfants en bas âge, une recension des études empiriques dans les domaines de la psychologie et des sciences sociales a été effectuée.

21. Danielle STANTON, « Pareils pas pareils. Les pères et les mères jouent-ils un rôle semblable ou différent ? Visions croisées de deux experts », *La gazette des femmes*, 1^{er} juin 2007, en ligne : <<https://gazettedesfemmes.ca/2139/pareils-pas-pareils/>>.

22. K. E. GROSSMAN, préc. note 13.

Plus spécifiquement, en mai 2018, 34 recherches ont été effectuées dans la base de données PsycINFO, en utilisant le mot-clé “child custody” combiné avec 34 autres mots-clés (représentant différents comportements et indices de bien-être). L’objectif était de trouver les articles portant sur le lien entre le type de garde, la fréquence de contacts avec les parents et le développement psychosocial des enfants. L’ensemble des combinaisons de mots-clés utilisées est disponible à l’Annexe A.

Sur les 34 recherches effectuées, 21 ont généré des résultats pertinents. Après avoir éliminé les résumés, les chapitres de livres et les articles qui n’incluaient pas l’analyse de nouvelles données ou qui ne mentionnaient pas les effets potentiels sur les enfants, 40 articles ont été conservés. Par la suite, seuls les articles incluant des enfants de 5 ans et moins ont été retenus, pour un total de dix articles. Notons que certains de ces articles incluaient également des enfants plus âgés. La recherche effectuée en mai 2018 a été mise à jour en mai 2021 et deux articles ont été ajoutés, pour un total de 12 articles. Les thèmes qu’ils abordent sont, entre autres, le lien entre le type de garde et le développement psychoaffectif des enfants, ainsi que la quantité versus la qualité des contacts des parents envers leurs enfants. À cela s’ajoutent trois articles résumant l’état de la connaissance (p. ex. recensions, méta-analyses) dont les résultats sont présentés ci-dessous, à la suite des résultats des 12 articles.

2.1 Le lien entre le type de garde et le développement psychoaffectif des enfants

Dans un premier temps, les études portant sur le lien entre le type de garde et le développement psychoaffectif des enfants font état de résultats divergents. Par exemple, une étude portant sur un grand échantillon d’enfants suédois âgés de 4 à 18 ans a montré que les enfants en garde exclusive présentaient davantage de difficultés émotionnelles et comportementales que les enfants en garde partagée qui, eux-mêmes, présentaient davantage de difficultés que les enfants dont les parents n’étaient pas séparés. Cette association persistait même lorsque les analyses prenaient en compte l’âge et le sexe des enfants, et le revenu des parents. Toutefois, lorsque la satisfaction des parents quant à leur situation familiale était ajoutée aux analyses, la différence des difficultés

émotionnelles et comportementales entre les enfants en garde partagée et les enfants en garde exclusive devenait minimale²³. Des résultats similaires ont été obtenus dans une autre étude, aussi effectuée en Suède, cette fois-ci auprès d'enfants de trois ans. Cette dernière étude a aussi montré que les garçons dont les parents étaient séparés, peu importe le type de garde, présentaient davantage des problèmes psychoaffectifs que les filles²⁴.

Par contre, d'autres chercheurs n'ont pas montré de lien entre le type de garde et les problèmes psychoaffectifs. Une étude effectuée au Canada auprès d'enfants de 4 à 11 ans et à Taiwan auprès d'enfants de 3 à 7 ans a montré que le type de garde n'était pas, à lui seul, associé à des différences quant à l'ajustement émotionnel et comportemental des enfants. C'était plutôt le sexe des enfants qui semblait être déterminant. En effet, de façon globale, peu importe le type de garde, les garçons dont les parents étaient séparés présentaient davantage de comportements agressifs et un moins bon ajustement émotionnel et comportemental que les filles²⁵. Dans l'étude effectuée à Taiwan, une autre nuance liée au sexe a d'ailleurs été observée : les enfants ayant le même sexe que le parent ayant la garde principale présentaient un meilleur ajustement émotionnel que dans le cas inverse²⁶. En somme, il semble qu'en contexte de séparation des facteurs autres que le type de garde puissent influencer l'ajustement émotionnel des enfants, incluant ceux en bas âge, notamment le sexe des enfants et la satisfaction des parents quant à leur situation familiale.

23. Malin BERGSTRÖM et al., « Mental health in Swedish children living in joint physical custody and their parents' life satisfaction: A cross-sectional study », (2014) 55 *Scandinavian Journal of Psychology* 433.

24. Eva EURENIUS et al., « Social-emotional problems among three-year-olds differ based on the child's gender and custody arrangement », (2019) 108 *Acta Pædiatrica* 1087.

25. Alice STERLING HONIG et Pang-Chieh SU, « Mother vs. Father custody effects for taiwanese preschoolers », (2000) 164 *Early Child Development and Care* 79 ; Barbara Jo FIDLER et Elisabeth B. SANDERS, « Children's adjustment during custody/access disputes: relation to custody arrangement, gender and age of child », (1988) 33 *The Canadian Journal of Psychiatry* 517.

26. A. STERLING HONIG, préc. note 25.

2.2 La quantité versus la qualité des contacts des parents envers leurs enfants

Dans un deuxième temps, des chercheurs ont tenté de mieux comprendre comment la qualité des contacts des parents envers leurs enfants pouvait moduler le lien entre le type de garde et le développement affectif de ces derniers. Dans une étude portant sur 187 enfants âgés de 5 à 13 ans vivant dans une situation de garde exclusive, soit avec leur mère ou avec leur père, les contacts avec le parent non-gardien ont été décrits comme étant importants pour la santé psychologique des enfants. De plus, l'étude souligne que la qualité du temps passé entre le parent non-gardien et l'enfant, plutôt que la fréquence des contacts, était déterminante. Plus spécifiquement, un meilleur bien-être (meilleure estime de soi, moins de symptômes de dépression et d'anxiété, moins de problèmes comportementaux) était observé chez les enfants, mais uniquement lorsque le parent non-gardien prenait part activement aux activités avec son enfant et partageait des moments significatifs (p. ex. participer à une variété d'activités au quotidien et profiter des vacances ensemble, contrairement à du temps de contact passif)²⁷.

Dans une autre étude portant sur un grand échantillon d'enfants de 5 à 18 ans, des chercheurs ont montré que des contacts avec le parent non-gardien étaient bénéfiques pour les enfants, mais seulement dans le cas où il y avait peu ou pas de conflits entre les parents²⁸. En effet, dans les familles où il y avait des conflits entre les parents, le fait d'avoir des contacts avec le parent non-gardien était associé à davantage de difficultés comportementales, particulièrement chez les garçons. Par ailleurs, lorsqu'ils ont analysé les dossiers de 100 familles vulnérables ayant des enfants âgés entre 1 et 12 ans, ayant un risque élevé de conflits, et pour lesquelles l'intervention des tribunaux ou des services de médiation était requise, des chercheurs ont fait un important constat. Les enfants présentaient un nombre plus élevé de difficultés affectives et comportementales lorsqu'ils vivaient des transitions plus fréquentes entre les parents ou lorsque les conflits entre les parents

27. Alison CLARKE-STEWART et Craig HAYWARD, « Advantages of father custody and contact for the psychological well-being of school-age children », (1996) 17 *Journal of Applied Developmental Psychology* 239.

28. Paul R. AMATO et Sandra J. REZAC, « Contact with nonresident parents, interparental conflict, and children's behavior », (1994) 15 *Journal of Family Issues* 191.

étaient plus nombreux. Le type de garde, quant à lui, n'avait pas d'effet évident²⁹.

Autrement dit, cette étude montre que les enfants bénéficient du contact avec le parent non-gardien, mais dans certaines conditions seulement. Leur développement psychoaffectif est favorisé par la qualité, plutôt que la quantité, de temps passé ensemble. Il en est de même pour la qualité de la relation entre les parents ; les conflits entre les parents réduisent ou annulent l'impact positif du contact avec le parent non-gardien.

2.3 Qu'en est-il spécifiquement chez les enfants de 5 ans et moins ?

Les études précédentes incluait des participants enfants en bas âge, mais la plupart incluait également des participants enfants plus âgés. Toutefois, d'autres mettent l'accent sur des enfants de 5 ans et moins, notamment sur la question des couchers chez le parent non-gardien. Dans une étude portant sur un grand nombre d'enfants en Australie, une relation a été observée entre une fréquence plus grande de couchers chez le parent non-gardien et un moins bon équilibre émotionnel, particulièrement chez les enfants les plus jeunes³⁰. En effet, cette relation était présente chez les enfants âgés de 0 à 3 ans, mais absente chez les enfants de 4 et 5 ans. L'étude avait pris en compte le style parental, la présence de conflit parental et les facteurs socio-économiques. Dans une autre étude portant sur un grand nombre d'enfants en bas âge aux États-Unis, les couchers fréquents chez le parent non-gardien étaient associés à davantage de problèmes d'insécurité en ce qui concerne l'attachement, alors que les problèmes d'ajustement émotionnel, quant à eux, n'étaient pas exacerbés³¹. Les résultats demeuraient significatifs même en considérant la présence de conflits, la qualité de la coparentalité et les compétences parentales du père. Notons

29. Janet R. JOHNSTON, Marsha KLINE & Jeanne M. TSCHANN, « Ongoing post-divorce conflict: Effects on children of joint custody and frequent access », (1989) 59 *American Journal of Orthopsychiatry* 576.

30. Jennifer E. MCINTOSH, Bruce M. SMYTH & Margaret KELAHER, « Overnight care patterns following parental separation: Associations with emotion regulation in infants and young children », (2013) 19 *Journal of Family Studies* 224.

31. Samantha L. TORNELLO et al., « Overnight custody arrangements, attachment, and adjustment among very young children », (2013) 75 *Journal of Marriage and Family* 871.

que les problèmes d'insécurité en ce qui concerne l'attachement étaient plus grands chez les tout-petits de 1 an et s'estompaient chez les 1-3 ans, ce qui, encore une fois, rappelle l'importance de tenir compte du stade développemental des enfants en bas âge dans la détermination des modalités de garde et d'accès.

Dans une autre étude, des chercheurs ont évalué de façon longitudinale 132 familles ayant des enfants de 6 ans et moins³². Les résultats ont montré que les couchers chez le parent non-gardien n'étaient pas le meilleur prédicteur du bien-être social, cognitif et émotionnel des enfants (mesuré 15 à 18 mois plus tard). Le sexe et l'âge de l'enfant, ainsi que la constance et le contexte liés à l'horaire des droits d'accès prédisaient davantage le bien-être des enfants. Finalement, des chercheurs ont évalué à l'aide d'entrevues et de questionnaires le bien-être de 26 enfants âgés entre 14 mois et 5 ans, tous en garde partagée, mais avec différents types d'horaires³³. Les chercheurs ont observé que le développement psychoaffectif de l'enfant était principalement tributaire de l'intérêt commun des parents envers la garde partagée, de l'absence de conflits entre eux, de leur investissement et de leur sensibilité envers leur enfant. À ce sujet, notons qu'une dernière étude effectuée auprès d'enfants âgés de 3 à 5 ans a montré moins de symptômes psychoaffectifs chez les enfants en garde partagée que chez les enfants en garde exclusive³⁴. Toutefois, comme mentionné par les auteurs, le niveau de conflits entre les parents et la qualité de la coparentalité n'ont pas été mesurés, ce qui limite la portée de ces résultats compte tenu de l'importance accordée à ces facteurs dans la littérature.

2.4 Articles résumant l'état des connaissances

Hormis les résultats des 12 articles présentés ci-dessus, notre stratégie de recherche nous a aussi permis d'identifier trois articles résumant l'état des connaissances. Dans le premier, les données provenant de 60 études comparant le bien-être des enfants en garde partagée et exclusive ont été compilées par une seule auteure.

32. Marsha K. PRUETT, Rachel EBLING & Glendessa INSABELLA, « Critical aspects of parenting plans for young children: Interjecting data into the debate about overnights », (2004) 42 *Family Court Review* 39.

33. Rosemary MCKINNON et Judith S. WALLERSTEIN, « Joint custody and the preschool child », (1986) 4 *Behavioral Sciences & the Law* 169.

34. M. BERGSTRÖM, préc. note 23.

Les résultats étaient variables, avec un peu plus de la moitié des études montrant un meilleur fonctionnement psychoaffectif dans les cas de garde partagée. Toutefois, très peu d'études portaient sur des enfants en bas âge³⁵.

Dans le deuxième article résumant l'état des connaissances, des chercheurs ont procédé à une méta-analyse avec des critères de sélection bien détaillés³⁶. De façon générale, les chercheurs ont montré un effet positif, mais somme toute assez faible, de la garde partagée sur le développement social, affectif et comportemental. Les chercheurs soulignent d'ailleurs la nécessité de mieux mesurer la qualité de la relation parent-enfant, la présence de conflit parental et le nombre de transitions entre les foyers afin de mieux évaluer l'effet du type de garde sur le développement de l'enfant. Les chercheurs soulignent aussi une importante limite dans la littérature : la plupart des conclusions portant sur le bien-être des enfants sont basées sur des questionnaires remplis par leurs parents. Cependant, le bien-être et la santé mentale des parents risquent d'influencer leur façon d'évaluer le bien-être de leurs enfants. Cela sans compter le petit nombre d'études portant sur les enfants en bas âge (0-5 ans), limitant la possibilité d'appliquer l'ensemble des résultats à ce groupe d'âge.

Le troisième – et dernier article résumant l'état des connaissances – est une revue systématique publiée par le même groupe d'auteurs en 2019, portant sur l'ajustement des enfants en garde partagée, en association avec des facteurs familiaux, tels que la qualité du parentage et les conflits entre les parents³⁷. Les chercheurs ont identifié 16 études, mais seulement deux ont été évaluées comme étant de grande qualité. De façon générale, leurs résultats montrent que l'ajustement des enfants en garde partagée est similaire ou supérieur à celui des enfants en garde exclusive, mais que des facteurs tels que les conflits entre les parents, leur santé mentale, ainsi que les pratiques parentales jouent un rôle plus important encore que le type de garde. Notons que seu-

35. Linda NIELSEN, « Joint versus sole physical custody: Children's outcomes independent of parent-child relationships, income, and conflict in 60 studies », (2018) 59 *Journal of Divorce & Remarriage* 247.

36. Amandine BAUDE et al., « Child adjustment in joint physical custody versus sole custody: A meta-analytic review », (2016) 57 *Journal Divorce et Remarriage* 338.

37. Amandine BAUDE et al., « Adjustment of children in joint custody and associated variables: A systematic review », (2019) 16 *Journal of Child Custody* 313.

lement deux études portaient sur des enfants de 5 ans et moins ; donc, encore une fois, les chercheurs rappellent qu'il est prématuré d'appliquer leurs résultats à ce groupe d'âge.

2.5 Limites de la recension de littérature

Peu d'études empiriques sont actuellement disponibles pour étayer la prise de décision relative au type de garde chez les enfants en bas âge. Par conséquent, afin de développer des pratiques plus définitives et plus distinctes quant aux facteurs associés au bien-être et au développement des enfants en bas âge pendant et après une séparation, d'autres recherches doivent être effectuées. Par exemple, il importe de mieux comprendre les facteurs démographiques, tels que le niveau d'éducation et le statut socio-économique, pouvant influencer l'ajustement des enfants et le choix des parents de demander ou non la garde partagée, tout comme la satisfaction parentale et l'ajustement émotionnel des parents à la suite d'une séparation. Il importe aussi de mieux comprendre les conséquences du type de garde et de la fréquence des contacts, le cas échéant, selon qu'ils résultent d'une entente entre les parents plutôt que d'un jugement à la suite d'un procès contesté. Ce dernier point est important. En effet, l'entente ou, à défaut, le jugement (1) peut affecter la façon dont la famille se sentira par rapport au type de garde et à la fréquence des contacts et (2) peut refléter un degré de conflit existant entre les parents, l'un des facteurs les plus influents sur le bien-être des enfants en bas âge.

Néanmoins, malgré les limites de la recension, les études trouvées mettent en évidence des facteurs à considérer pour la détermination des modalités de garde et d'accès, notamment l'âge et le niveau développemental des enfants. Par ailleurs, la qualité de la coparentalité, la qualité de la communication entre les parents, et la qualité de la relation entre les parents et l'enfant doivent également être considérées. De plus, la variété d'activités avec le parent non-gardien, son niveau d'implication, la stabilité de l'horaire et la fréquence des transitions sont des facteurs à souligner, puisque leur importance sur le développement des enfants peut s'avérer plus grande que celle du type de garde ou de la fréquence des contacts en soi. À cela s'ajoute la présence de conflit parental qui a tendance à annuler l'effet positif du contact avec le parent non-gardien. Bien que les facteurs à considérer puissent, en pra-

tique, être complexes à évaluer, les tribunaux ne peuvent ignorer les connaissances scientifiques actuelles.

3. UNE RECHERCHE DE JUGEMENTS DE TRIBUNAUX

Afin de vérifier, d'une part, s'il existe des tendances dans l'attribution de la garde des enfants en bas âge, et si, d'autre part, les pratiques des tribunaux, tout comme celles des experts appelés à se prononcer, concordent avec les connaissances scientifiques actuelles, une recherche de jugements de tribunaux a été effectuée. Plus spécifiquement, une recherche a été effectuée dans la base de données CanLII, en utilisant les mots-clés « garde AND (“chambre de la famille” OR “droit de la famille”) AND (“expertise psychosociale” OR “expertise psycholégale”) », pour repérer les jugements de la Cour supérieure du Québec sur une période de deux ans, soit du 21 juin 2019 au 21 juin 2021, puisqu'évidemment, les pratiques des tribunaux décrites dans les jugements plus anciens ne peuvent être fondées sur les connaissances scientifiques récentes. La recherche a permis de localiser 529 jugements.

Toutefois, dans un souci d'uniformité, afin d'être en mesure de mieux comprendre les pratiques des tribunaux et de faciliter leur comparaison, seuls les jugements au fond, à la suite d'un procès contesté quant au type de garde impliquant des enfants de 5 ans ou moins, où les conclusions d'une expertise psychosociale furent présentées et considérées, ont été retenus. Autrement dit, seuls les jugements où un parent demandait la garde partagée et l'autre demandait la garde exclusive, et les jugements où les deux parents demandaient la garde exclusive, ont été retenus. Les jugements où les deux parents s'entendaient sur les modalités de garde, mais ne s'entendaient pas sur les modalités d'accès, les jugements rendus par défaut, et les jugements homologuant un consentement ont été exclus. Les jugements modifiant les modalités de garde et d'accès, et les jugements provisoires et intérimaires, notamment à la suite d'une demande d'ordonnance de sauvegarde, ont aussi été exclus. Au total, le corpus de jugements sur lequel porte la présente recherche contient donc 37 jugements.

3.1 Les caractéristiques des 37 jugements retenus

Différentes caractéristiques des jugements au fond, à la suite d'un procès contesté quant au type de garde impliquant des enfants de 5 ans ou moins, permettent de brosser un portrait des enjeux devant la Cour supérieure du Québec. Dans un premier temps, quant à la répartition de l'âge de l'enfant le plus jeune impliqué (car parfois, plus d'un enfant est impliqué dans une procédure), les jugements retenus permettent de constater qu'au cours des deux dernières années, plus l'enfant était jeune, moins les parents se sont rendus jusqu'à un procès contesté quant au type de garde (Tableau 1).

Tableau 1 : Âge de l'enfant le plus jeune impliqué

Âge de l'enfant le plus jeune	Nombre de jugements
1	3
2	5
3	6
4	8
5	11
Âge incertain ³⁸	4
Total	37

De plus, tel qu'il appert du Tableau 2, lors du procès contesté quant au type de garde impliquant des enfants de 5 ans ou moins, les mères demandaient presque toujours la garde exclusive. Il en a été autrement pour les pères.

38. Parfois, l'âge exact au moment du procès n'est pas mentionné dans le jugement. Seule l'année de naissance est mentionnée. Dans un tel cas, seuls les jugements où l'enfant le plus jeune avait 5 ans ou moins, sans équivoque, en fonction de l'année de naissance, ont été retenus.

Tableau 2 : Demandes des parents

Parent	Nombre de jugements		
	Garde exclusive	Garde partagée	Incertain ³⁹
Mère	32	4	1
Père	8	28	1

Dans un deuxième temps, quant à la répartition des jugements retenus en fonction de l'âge de l'enfant le plus jeune impliqué, les juges ont presque toujours accordé la garde exclusive pour les très jeunes enfants. Toutefois, à partir de quatre ans, les juges ont accordé autant la garde partagée que la garde exclusive (Tableau 3). De plus, lorsqu'ils accordent la garde exclusive, les juges l'ont systématiquement accordée à la mère quand l'enfant est âgé de 2 ans et moins. Par la suite, lorsque l'enfant dépasse la 2^e année, la garde exclusive a parfois été accordée au père (Tableau 4).

Tableau 3 : Jugements des tribunaux

Âge de l'enfant le plus jeune	Nombre de jugements	
	Garde exclusive	Garde partagée
1	3	0
2	4	1
3	4	2
4	4	4
5	6	5
Âge incertain	1	3
Total	22	15

39. Parfois, il est impossible d'identifier le père ou la mère dans le jugement. Par exemple, le juge mentionne la « partie demanderesse » et la « partie défenderesse ».

Tableau 4 : Sexe du parent gardien lors de la garde exclusive

Âge de l'enfant le plus jeune	Nombre de jugements		
	Mère	Père	Incertain ⁴⁰
1	3	0	0
2	4	0	0
3	3	1	0
4	3	1	0
5	3	2	1
Âge incertain	1	0	0
Total	17	4	1

Dans un quatrième temps, quant au lien d'attachement et à la stabilité offerte aux enfants en bas âge, les juges se réfèrent à ces deux concepts déterminants de façon plutôt différente. En effet, au sujet de la stabilité, les juges s'y réfèrent presque systématiquement, de façon explicite, dans les jugements retenus. En plus des jugements où un expert mentionne l'importance de la stabilité et à la présence (ou l'absence) de stabilité d'un parent, et des jugements où un parent utilise la stabilité pour valoriser sa position ou dévaloriser celle de l'autre parent, les juges ont affirmé explicitement dans 27 des 37 jugements que la stabilité est un critère pour déterminer le type de garde. Par exemple, les juges ont fait référence à l'horaire ou à l'emploi stable d'un parent, ou à la stabilité d'un environnement. De plus, la notion de stabilité a été employée tant lorsque le tribunal a ordonné une garde exclusive qu'une garde partagée. À ce sujet, notons que 17 des 37 jugements font référence à l'arrêt *Droit de la famille – 091541* de la Cour d'appel du Québec où la stabilité renvoie, entre autres, à la stabilité du rapport avec les deux parents :

[71] *A priori*, l'intérêt de l'enfant commande qu'il entretienne les rapports les plus étroits possibles avec les deux parents, la dissolution de la relation conjugale ne devant pas entraîner la disparition ou l'étiolation de la relation parentale. La stabilité du rapport entre chacun de ses parents et l'enfant est cruciale au développement de ce dernier et l'on ne saurait, dans les circonstances que révèle

40. *Id.*

la preuve de l'espèce, privilégier l'apport de l'une des parties au détriment de l'autre. C'est leur double contribution qui permettra l'épanouissement de l'enfant.⁴¹

Toutefois, bien que la stabilité puisse renvoyer à la stabilité du rapport avec les deux parents, ce à quoi elle renvoie n'est pas toujours détaillé. Autrement dit, la stabilité représente, en quelque sorte, une boîte noire. Même que parfois, elle fait partie d'une liste de critères qui ne sont pas définis, et qui ne sont pas spécifiques aux enfants en bas âge. Par exemple, dans *Droit de la famille – 191529*, la Cour supérieure du Québec écrit :

[11] Le critère principal qui guide le Tribunal pour établir les modalités de garde de l'enfant demeure le meilleur intérêt de celui-ci au sens de l'article 33 du Code civil du Québec. Cet article indique que doivent être pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. Pour analyser la situation à déterminer la garde dans le meilleur intérêt de l'enfant, le Tribunal doit tenir compte de certains facteurs développés par la jurisprudence dont :

- La proximité de résidence des parents ;
- La complémentarité entre le caractère et la personnalité des parties ;
- La similitude des valeurs et des principes d'éducation qui existent dans chacun des milieux de vie ;
- La reconnaissance de la capacité parentale de chacun ;
- La disponibilité des parents ;
- La capacité pour chacun des parents d'assurer à l'enfant la stabilité nécessaire ;
- La capacité fonctionnelle de communication ;
- La façon dont chacun des parents agissent pour que l'enfant conserve une relation avec l'autre parent.⁴²

41. *Droit de la famille – 091541*, 2009 QCCA 1268 (CanLII).

42. *Droit de la famille – 191529*, 2019 QCCS 3353 (CanLII).

D'ailleurs, lorsque la stabilité fait partie d'une liste de critères qui ne sont pas spécifiques aux enfants en bas âge, les critères qui s'ajoutent à la stabilité peuvent être différents d'une liste à l'autre. Par exemple, dans *Droit de la famille – 201326*, la Cour supérieure du Québec écrit :

[18] Dans *Droit de la famille – 092544*[5], les principaux éléments d'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant dans un litige relatif à sa garde sont énumérés dans une liste non exhaustive où l'on retrouve notamment les critères suivants :

- le besoin de stabilité des enfants ;
- le parent qui a le lien le plus fort et le plus sain avec l'enfant et qui demeure une figure parentale importante ;
- le degré de la capacité parentale ;
- les valeurs et la moralité transmises aux enfants ;
- la disponibilité du parent ;
- l'engagement du parent dans l'éducation du niveau scolaire ;
- la protection de la santé mentale et physique de l'enfant ;
- l'importance que le parent accorde à l'implication de l'autre parent dans l'éducation de l'enfant ;
- la collaboration ;
- la communication ;
- l'engagement du parent de fournir nourriture, vêtements et hébergement ;
- la santé physique de chaque parent ;
- la santé psychologique de chaque parent ;
- la présence et la proximité de la famille élargie ;
- l'importance de ne pas mêler l'enfant aux conflits qui impliquent les parents ;

- l'engagement dans l'enrichissement des habilités de l'enfant ;

[...]

[19] Quant aux critères reconnus par la Cour d'appel quant à l'attribution d'une garde partagée tel que demandé par le Père, ils sont :

1. l'intérêt de l'enfant ;
2. la stabilité de l'enfant ;
3. la capacité parentale de chaque partie ;
4. la capacité des parents de communiquer quant aux questions qui concernent l'intérêt de l'enfant ;
5. la proximité des résidences de chaque parent ;
6. l'absence de conflit entre les parents ;
7. le désir de l'enfant lorsqu'il est suffisamment mature.⁴³

Par ailleurs, contrairement au concept de stabilité, celui du lien d'attachement est rarement soulevé explicitement par les juges. En effet, il n'est soulevé explicitement par les juges que dans trois des jugements retenus. Dans l'un d'eux, l'attachement envers le père et la mère est décrit comme similaire (c.-à-d. « Le lien d'attachement de l'enfant avec chacun des parents semble similaire ou du moins aucune preuve ne permet d'en tirer des conclusions différentes »⁴⁴). Dans les deux autres, les tribunaux soulignent l'attachement d'enfants au père⁴⁵, ou du père aux enfants⁴⁶. Toutefois, bien que le lien d'attachement d'un enfant en bas âge puisse être soulevé explicitement, il ne l'est pas comme un critère afin de déterminer le type de garde, quoique parfois, d'autres termes suggèrent que le lien d'attachement en est un. Par exemple, à deux reprises, les tribunaux ont fait référence à l'importance de

43. *Droit de la famille – 201326*, 2020 QCCS 2887 (CanLII).

44. *Droit de la famille – 201973*, 2020 QCCS 4241 (CanLII).

45. *Droit de la famille – 201326*, 2020 QCCS 2887 (CanLII).

46. *Droit de la famille – 201400*, 2020 QCCS 3027 (CanLII).

considérer le parent qui a « le lien le plus fort », sans toutefois mentionner la qualité de ce lien⁴⁷.

Finalement, les jugements retenus permettent de constater qu'au cours des deux dernières années, les conclusions des juges ont généralement suivi les recommandations des expertises psychosociales. En effet, les juges ont presque toujours accordé la garde exclusive pour les très jeunes enfants, tout comme l'ont recommandé les experts appelés à se prononcer (Tableau 5).

Tableau 5 : Recommandations des expertises psychosociales

Âge de l'enfant le plus jeune	Nombre de jugements	
	Garde exclusive	Garde partagée
1	3	0
2	5	0
3	4	2
4	5	3
5	6	5
Âge incertain	3	1
Total	26	11

Toutefois, les juges n'ont parfois pas suivi les recommandations des expertises psychosociales. En effet, lors de la détermination des modalités de garde et d'accès, la Cour supérieure du Québec peut ordonner la tenue d'une expertise psychosociale dont l'objectif est « d'évaluer l'ensemble de la situation familiale et de fournir au tribunal, aux parents et aux avocats toutes les informations pertinentes à l'élaboration des recommandations les plus favorables à l'enfant »⁴⁸. Néanmoins, les juges peuvent rejeter l'opinion d'un expert, notamment si la crédibilité et l'impartialité de

47. *Droit de la famille – 201326*, préc. note 42 ; *Droit de la famille – 21709*, 2021 QCCS 1620 (CanLII).

48. Karine POITRAS, Louis MIGNAULT, Suzanne BARRY et Jennifer BLANCHET, « L'expertise en matière de garde et de droits d'accès : Quelques repères déontologiques et méthodologiques », dans Karine POITRAS, Louis MIGNAULT et Dominique GOUBOU (dir.), *L'enfant et le litige en matière de garde : Regards psychologiques et juridiques*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2014, 185, à la p. 186.

l'expert sont déficientes⁴⁹. Par exemple, dans cinq des jugements retenus, les juges ont ordonné une garde partagée alors que les experts recommandaient une garde exclusive. Par ailleurs, les juges n'ont pas rejeté les recommandations des expertises psychosociales à cause d'un manque de considération des connaissances scientifiques actuelles. Les considérations étaient plutôt légales.

Dans un premier jugement⁵⁰, la Cour supérieure du Québec était d'avis que l'opinion de l'expert était basée sur « des risques qui ne sont pas révélés par des éléments de preuve et qui ne font pas partie de toute façon de son champ d'expertise ». Dans deux autres jugements⁵¹, la Cour supérieure du Québec était d'avis que des prémisses à la base de l'opinion de l'expert n'avaient pas été prouvées ou allaient à l'encontre de la preuve. Dans les deux derniers jugements⁵², la Cour supérieure du Québec était d'avis que la situation avait changé depuis l'expertise psychosociale.

3.2 Les enjeux de respect et de communication

Hormis les conclusions quant aux modalités de garde et d'accès, les juges tentent parfois, à leur façon, de favoriser le respect et la communication entre les parties pour le bénéfice des enfants en bas âge. Tel qu'il appert du Tableau 6, les juges ordonnent parfois aux parties de faire certaines actions, et à défaut de respecter l'ordonnance, les parties s'exposent à une accusation d'outrage au tribunal. À d'autres occasions, les juges recommandent aux parties d'entreprendre certaines démarches. Les parties qui ne les entreprennent pas ne s'exposent pas à une accusation d'outrage au tribunal. Finalement, des parties s'engagent parfois d'elles-mêmes à faire certaines démarches, auquel cas le tribunal prend acte de leur engagement. Le défaut des parties de respecter leur engagement pourrait, par exemple, leur être opposé lors de prochaines demandes au tribunal.

49. Denise BOULET, « L'évaluation médicale et psychosociale : une preuve "d'expert" comme une autre ? », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol 424, *La protection des personnes vulnérables (2017)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, 1.

50. *Droit de la famille – 211012*, 2021 QCCS 2343 (CanLII).

51. *Droit de la famille – 211*, 2021 QCCS 19 (CanLII) ; *Droit de la famille – 211303*, 2021 QCCS 2904 (CanLII).

52. *Droit de la famille – 201972*, 2020 QCCS 4240 (CanLII) ; *Droit de la famille – 201039*, 2020 QCCS 2365 (CanLII).

Tableau 6 : Principales conclusions quant aux enjeux de respect et de communication

	Ordonne⁵³	Recommande⁵⁴	Prend acte
Utiliser un cahier/ système de communication	8	7	1
Assister à un sémi- naire/programme ou obtenir de l'aide pour l'exercice de la coparentalité	1	4	2
Aide psychologique/ thérapeutique/ éducative pour un parent	1	9	2
Ne pas se dénigrer devant les enfants et/ou utiliser un langage respectueux	24	2	0
Ne pas discuter du litige devant les enfants	9	0	0
Total	43	22	5

Parmi leurs autres conclusions afin de favoriser le respect et la communication entre les parties, les juges ont parfois pris acte de l'engagement d'un parent, ou des parents à suivre un « atelier de communication »⁵⁵, ou à consulter un « coach familial »⁵⁶. De plus, les tribunaux ont parfois suggéré à un parent, ou aux parents de faire appel à un « coach parental »⁵⁷, ou un médiateur⁵⁸, ou de participer à un programme de résolution de conflit⁵⁹.

53. L'usage par les juges de termes tels que « requiert », « déclare » et « interdit » est également comptabilisé dans cette colonne.

54. L'usage par les juges de termes tels que « invite », « incite » et « suggère » est également comptabilisé dans cette colonne.

55. *Droit de la famille – 21853*, 2021 QCCS 2191 (CanLII).

56. *Droit de la famille – 202013*, 2020 QCCS 4326 (CanLII).

57. *Droit de la famille – 21853*, 2021 QCCS 2191 (CanLII) ; *Droit de la famille – 211233*, 2021 QCCS 2792 (CanLII).

58. *Droit de la famille – 201926*, 2020 QCCS 4167 (CanLII) ; *Droit de la famille – 192078*, 2019 QCCS 4309 (CanLII).

59. *Droit de la famille – 201926*, 2020 QCCS 4167 (CanLII).

4. CONCLUSION : L'IMPORTANCE DE LA COMMUNICATION ENTRE LES PARENTS ET DU DÉVELOPPEMENT DE L'ENFANT SUR LA DÉTERMINATION DE SON MEILLEUR INTÉRÊT

Le présent article avait pour objectif de mieux comprendre les facteurs déterminant le meilleur intérêt des enfants en bas âge, à la suite de la séparation de leurs parents, tout en dressant un portrait des pratiques actuelles des tribunaux québécois. Malgré la nécessité de poursuivre les recherches portant sur les enfants en bas âge, la recension des études empiriques et la recherche de jugements de tribunaux permet de faire certains constats.

Bien qu'ils soient parfois divergents, les résultats d'études scientifiques ne sont pas inutiles pour les professionnels de la justice. Bien au contraire. Plusieurs des résultats permettent de contribuer au développement des pratiques professionnelles basées sur des données probantes. Par exemple, la recension des études empiriques a permis, d'une part, de confirmer l'importance pour les juges de considérer les caractéristiques de chaque situation familiale, au cas par cas, afin d'éviter le piège de la « recette » pour déterminer le meilleur intérêt des enfants. En effet, en matière d'attachement, comme pour toute notion psychologique ou développementale, les juges œuvrant auprès des familles devraient se méfier des experts qui proposent des solutions qui s'appliqueraient à tous les enfants, peu importe leur âge et leur niveau développemental. Évidemment, le quotidien des tribunaux serait facilité par une « recette », c'est-à-dire une liste de critères valables pour toutes les situations familiales, mais une telle liste relève de la fiction plutôt que de la science. Pour déterminer le meilleur intérêt d'un enfant, les tribunaux doivent bien comprendre la situation de chaque famille, ce qui, en effet, nécessite un investissement de temps plus important que l'application d'une « recette »⁶⁰.

Par ailleurs, bien qu'elle ne permette pas d'identifier une liste de critères valables pour toutes les situations familiales, la recension des études empiriques a permis, d'autre part, d'identifier des facteurs importants que les tribunaux devraient apprécier. Ces

60. J. E. MCINTOSH, préc. note 20 ; Tommie FORSLUND et al., « Attachment goes to court: child protection and custody issues », (2021) *Attachment & Human Development* 1.

facteurs, par exemple ceux liés aux enfants (âge, stade développemental, et sexe), aux parents (satisfaction quant à leur situation familiale, implication, et variété des activités avec les enfants) et aux horaires (stabilité, et fréquence des transitions), peuvent avoir une plus grande influence sur le développement psychoaffectif des enfants en bas âge que les modalités de garde et d'accès à elles seules. Toutefois, le plus important facteur de risque, clairement identifié dans la littérature, est la présence de conflit parental. Non seulement les conflits entre les parents représentent un facteur de risque spécifique pour le développement psychoaffectif de l'enfant, mais aussi, et peut-être surtout, ils peuvent annuler les avantages liés aux contacts avec le parent non-gardien.

De plus, comme cela a été exposé précédemment, le développement des enfants en bas âge évolue de façon considérable de zéro à cinq ans. L'aspect dynamique du développement du jeune enfant plaide pour que les modalités de garde et d'accès soient ajustées au fil du temps au rythme de son développement, tant d'un point de vue affectif que cognitif. Puisque la période de séparation représente aussi un important moment d'adaptation pour les parents, il s'agit d'un défi majeur. Ajuster graduellement le nombre et la durée des séparations des enfants d'avec la figure d'attachement principale, incluant les nuitées avec le parent non-gardien, en fonction de l'âge et des capacités de chaque enfant demande une collaboration étroite entre les deux parents ne pouvant être atteinte qu'à condition de diminuer le conflit parental et d'améliorer la communication⁶¹.

Par ailleurs, l'importance de la coparentalité et de la communication ainsi que l'impact négatif de la présence de conflits sont clairement soutenus par la littérature scientifique. Ainsi, en présence de conflit parental ou du refus d'un parent de communiquer ou de collaborer adéquatement avec l'autre parent, il s'avère judicieux d'avoir recours à l'intervention de professionnels afin de mieux comprendre la situation et de tenter de la dénouer, lorsqu'il est possible de le faire. Observer et suivre le rythme de l'enfant en bas âge, et ajuster les modalités de garde en conséquence, représente une gymnastique qui nécessite un haut niveau de communication et de collaboration entre les parents. Une bonne coparentalité n'est pas seulement l'absence de conflits.

61. T. FORSLUND, préc. note 57.

Par exemple, l'absence de communication pour discuter du bien-être de l'enfant ou la présence d'une tension sous-jacente lors des transitions de garde sont des situations toutes aussi dommageables pour les enfants, et ce, encore plus en bas âge⁶². Bien sûr, il existe des cas d'exception où la situation ne peut être rétablie, notamment lorsqu'un des parents est victime de violence conjugale. Toutefois, hormis un tel contexte de violence, favoriser le rétablissement de la communication et de la collaboration à un niveau minimal (se saluer devant les enfants, être capable de discuter du bien-être des enfants en bas âge, assister ensemble à des rendez-vous médicaux ou scolaires importants) devrait être une priorité pour les tribunaux⁶³. En effet, le développement psychoaffectif des enfants en bas âge en dépend. Lorsque nécessaire, et que la loi l'autorise, l'intervention de professionnels afin d'améliorer la coparentalité devrait être favorisée⁶⁴. En effet, « dans leurs tentatives d'arbitrer les disputes parentales, les juges devraient utiliser leur pouvoir pour obliger les parents à se faire aider par des experts en psychologie de l'enfant et, en matière de divorce, à poursuivre de façon optimale leurs responsabilités parentales auprès de leurs enfants »⁶⁵. À défaut d'améliorer la coparentalité, bien que les tribunaux aient à cœur le meilleur intérêt des enfants, les modalités de garde et d'accès pourraient, à elles seules, compromettre le bien-être et le développement des enfants en bas âge.

Malheureusement, hormis l'ordonnance d'utiliser un cahier/système de communication, de ne pas se dénigrer devant les enfants et d'utiliser un langage respectueux, et de ne pas discuter du litige devant les enfants, les conclusions des juges afin de favoriser le respect et la communication entre les parties semblent *a priori* insuffisantes. Bien que des séminaires pour l'exercice de la coparentalité ou des interventions individuelles, la consultation d'un coach parental ou d'un médiateur, ou la participation à un programme de résolution de conflit soient parfois recommandés, des interventions en coparentalité incluant les deux parents, basées sur des données probantes, n'ont été ordonnées que dans un des

62. Barbara Jo FIDLER et James MCHALE, « Building and enhancing efficacious coparenting in parenting coordination », (2020) 58 *Family Court Review* 747.

63. *Id.*

64. Marsha K. PRUETT et al., « Supporting father involvement in the context of separation and divorce », dans Leslie DROZD, Michael SAINI et Nancy OLESEN (dir.), *Parenting Plan Evaluations: Applied Research for the Family Court*, 2^e éd., Oxford University Press, 2016, 85.

65. F. CYR, préc. note 7.

37 jugements retenus. Pourtant, l'aide d'experts en psychologie de l'enfant pour accompagner les deux parents aux prises avec des difficultés de communication et de collaboration, par exemple, contribuerait au bien-être des enfants en bas âge, mais aussi, et peut-être surtout, pourrait réduire le recours répété aux tribunaux. Autrement dit, certains conflits entre les parents gagneraient à être dénoués dans un contexte thérapeutique plutôt qu'à être jugés dans un contexte légal.

Malheureusement, la formation universitaire nécessaire pour être d'abord avocat, et ensuite juge n'inclut ni cours obligatoire de psychologie sociale, ni cours obligatoire de communication interpersonnelle, ni cours sur l'importance des données probantes dans le développement de pratiques professionnelles. Il n'est donc pas étonnant que les conclusions afin de favoriser le respect et la communication entre les parties semblent *a priori* insuffisantes, et que des idées reçues contribuent au rejet d'opinions d'experts. Il n'est pas plus étonnant que des juges soient favorables à une garde partagée, malgré la présence d'un conflit parental⁶⁶, même si les connaissances scientifiques actuelles indiquent que la garde partagée peut être dommageable lorsqu'est ignorée l'intensité du conflit parental.

En conclusion, puisque le plus important facteur de risque pour les enfants en bas âge qui vivent les bouleversements liés à une séparation est la présence de conflit parental, et que la présence de conflit parental est plus dommageable pour les enfants en bas âge que les modalités de garde et d'accès⁶⁷, les juges devraient rester à l'affût de ce signal d'alarme lorsqu'ils travaillent auprès des enfants en bas âge, et réfléchir à une façon d'accompagner les parents qui n'arrivent pas à communiquer et à collaborer de façon adéquate. De plus, les critères utilisés pour déterminer le meilleur intérêt des enfants en bas âge devraient être adaptés à leur stade développemental, et les longues listes de critères, quant à elles, devraient être resserrées. En effet, malgré leur expérience d'avocat, les juges n'ont pas de formation exhaustive en psychologie ou

66. Renée JOYAL et Anne QUIÉNART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur divers aspects de la question », (2001) 61 *Revue du Barreau* 281.

67. Rianne VAN DIJK et al., « A meta-analysis on interparental conflict, parenting, and child adjustment in divorced families: Examining mediation using meta-analytic structural equation models », (2021) 79 *Clinical Psychology Review* 101861.

en communication interpersonnelle. Par conséquent, pour considérer les caractéristiques de chaque situation familiale et, par la suite, appliquer des longues listes de critères, l'utilité des formations continues apparaît limitée, encore plus lorsque les notions enseignées vont à l'encontre de réflexes erronés, mais développés et utilisés de bonne foi par les juges depuis des années. Attendu les conséquences positives d'une petite enfance plus harmonieuse, l'investissement nécessaire pour développer des pratiques professionnelles basées sur des données probantes apparaît donc justifié.

**LISTE DES MÉMOIRES DE MAÎTRISE ET DES
THÈSES DE DOCTORAT DÉPOSÉS
EN 2022-2023**

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Essais

BRUNET, Stéphanie, *Validité constitutionnelle des pouvoirs du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (CEPMB)*.

GAGNON-DUBREUIL, Virginie, *Considérations entourant le droit au respect de la vie privée des personnes âgées souffrant de troubles neurocognitifs*.

GALAND, Marion, *L'urgence en responsabilité médicale*.

LUSSIER, Valéry, *Enjeux juridiques et éthiques relatifs au consentement à la recherche portant sur les organes destinés à un don cadavérique*.

VANDAL-MILETTE, Alex, *Loi 11, bilan quinquennal de la réforme du droit professionnel québécois en matière d'inconduite sexuelle*.

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Mémoires

BOUVET-ADRIEN, René Robert, *L'inspection des établissements industriels et la lutte contre les accidents du travail : de l'Acte des manufactures (1885) à la Loi sur les accidents du travail (1909)*.

CHIAD-MOHAMED, Oualid, *Disparitions forcées comme crime judiciaire : l'expérience de la lutte contre insurrectionnelle algérienne (1992-2000)*.

CONTRERAS-VELANDIA, Andrés, *La participation structurelle comme forme de participation directe aux hostilités dans le droit des conflits armés non internationaux*.

- CÔTÉ, Martine, *Une aide pour les victimes d'exploitation sexuelle au Québec ? Le cas de la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels.*
- DESJARDINS, Camille, *La pandémie COVID-19 et les conditions de travail dans le réseau de la santé et services sociaux québécois : impact de la gouvernance par décret.*
- DJIMA RADJI, Asmaou, *L'accès inégalitaire des femmes à la propriété foncière en République du Bénin : mise en perspective du décalage entre droit étatique et droit coutumier.*
- FAVRE, Célia, *Harcèlement sexiste et sexuel comme « accident du travail » : parcours des travailleuses lors de la procédure de réclamation pour lésion professionnelle.*
- GRONDIN, Olivier, *Le suicide par policier interposé : une idée risquée.*
- LADOUCEUR, Laurianne, *La moralité de l'imposition de risques : une réponse au manque de cohérence et de normativité de l'exception des risques généralisés en droit de l'asile canadien.*
- LAVOIE, Guillaume, *Le champ d'action syndical en matière de harcèlement au travail dans un contexte de morcellement normatif et institutionnel du droit du travail.*
- LETENDRE, Chrystophe, *La situation juridique de l'animal au Québec : une perspective sociologique.*
- MERCIER-GVALET, Clara Anne, *L'intérêt supérieur de l'enfant. Entre indétermination normative, sémantique et conceptuelle.*
- OZKAN, Marianne, *Admissibilité de preuves issues de techniques d'apprentissage automatique en droit criminel canadien.*
- PARÉ, Benjamin, *La lutte des camionneurs-propriétaires pour la réglementation économique du camionnage en vrac (1965-1973).*
- PASQUIN, Louis Dino, *L'évolution du droit à l'oubli numérique.*
- PERRAULT, Hébert Édith, *Le caractère a-normal en procès. Le discours judiciaire en matière de filicide : production et reproduction des normes et stéréotypes sexistes.*
- ROUTHIER-CARON, Marianne, *L'impact du télétravail sur les rapports collectifs du travail, d'un point de vue syndical.*

SAHMOU, Inès Fatima, *La technique de la fiction juridique : d'une perspective instrumentale vers une appréhension en réseaux.*

SERIER, Léa, *Les disparitions et meurtres des femmes et filles autochtones au Canada : la responsabilité internationale du Canada face à ces violations graves de droits humains.*

SOBIECK, Stacey, *Les régimes de protection des droits de la personne comme outils face aux catastrophes naturelles dans le contexte du changement climatique.*

VANASSE, Juliette, *Aires protégées d'initiative autochtone dans la réforme de la Loi sur la conservation du patrimoine naturel : une meilleure justice environnementale pour les acteurs autochtones impliqués ?*

VENNE, Béatrice, *Le rapport au droit du travail des personnes salariées Anicinapek : une étude de la conscience du droit dans le secteur des travaux sylvicoles.*

VERNUS, Judith, *Art communautaire et alternatives à l'incarcération : penser le système pénal à l'aune des théories féministes du care.*

Thèses

BOUKOSSA, Yasmina, *La protection internationale des attentes raisonnables de l'investisseur : un construit arbitral.*

CARPENTIER, Marie, *La légitimité démocratique de la justiciabilité du droit à la santé au Québec.*

DEHBAL, Marwa, *Aspects publics et privés de la propriété et du contrôle des compagnies aériennes.*

EL HAMMAOUI, Abdelaziz, *Le redressement des entreprises en difficulté dans le droit et la finance islamiques : une analyse à la lumière du droit canadien de la faillite.*

JANNARD, Louis-Philippe, *L'exercice du pouvoir discrétionnaire au prisme du contrôle des indésirables : une étude des pratiques de détention de l'Agence des services frontaliers du Canada.*

MALDONADO, Carl Miguel, *Vers un encadrement juridique effectif des sociétés militaires et de sécurité privées en temps de conflits armés ?*

OUEDRAOGO, Touwendé Roland, *Le droit humain à un environnement sain en droit international : analyse à la lumière de la pratique des États africains.*

ZAPATA, Gloria Estella, *La réparation aux victimes du conflit armé interne en Colombie avec une approche de genre.*

UNIVERSITÉ LAVAL

Mémoires

ANGLEHART, Vincent, *Le temps et la culpabilité morale en droit pénal de fond – Étude comparée des systèmes canadiens et français.*

BARBIÉ, Candice, *Le droit international et les cybers opérations d'origine étatique.*

CHAMAYOU, Pauline, *La criminalisation de l'inceste, approche franco-canadienne.*

COMTOIS, Gabrielle, *Critique queer du droit international pénal : l'exemple de la persécution dans le statut de Rome.*

EL AMRANI, Leila, *La gestion des données personnelles durant la crise du covid-19 : santé publique versus vie privée ?*

EL HAYSOUFI, Manal, *La lutte contre la cybercriminalité dans le Darkweb, éléments d'analyse comparative de droit français et canadien.*

GARNEAU, Daniel, *La reconnaissance juridique d'une déviation de la norme biomédicale : Un concept interdisciplinaire dynamique et complexe.*

GAUMOND, Eve, *Comprendre le plumitif – L'intelligence artificielle au service de la clarté de l'information judiciaire ?*

LABRECQUE, Samuel, *L'utilisation commerciale de la Loi sur l'accès à l'information par le secteur privé : regards sur ce phénomène en droit fédéral canadien.*

LAFRANCE, Sébastien, *La proportionnalité dans les moyens de défense du droit pénal canadien : un critère juridique à géométrie variable.*

- LOVHA, Tetiana, *L'articulation du brevet et du secret d'affaires au cœur de la stratégie d'innovation des entreprises.*
- MARCEAU BOUCHARD, Camille, *L'influence du lieu de résidence sur la peine : l'application du principe d'harmonisation des peines sur le manquement à une ordonnance de probation dans les districts judiciaires de Montréal et Rimouski.*
- MARTIN, Joris, *Les enjeux de la monétisation des données à caractère personnel dans un contexte de valorisation économique de ces données.*
- MEUNIER, Mathilde, *La pratique du profilage à des fins de publicité ciblée.*
- NALEPA, Camille, *Rompre avec la culture de la détention provisoire : état des lieux et perspectives d'évolution : approche comparée franco-canadienne.*
- OSMOND, Théo, *Approche renouvelée de l'acte de consommation numérique : étude sur l'application du droit de la consommation aux mécanismes de recommandation présents sur les plateformes sociales.*
- OSTIGUY, Charles-Étienne, *Profil privé, profil surveillé: La constitutionnalité du profilage politique effectué sur les réseaux sociaux par les forces de police en France et au Canada.*
- PAMPHILE, Mina, *La lutte contre la circulation de contenus haineux en ligne via la régulation et la responsabilisation des réseaux sociaux.*
- PASCOLINI, Eva, *La brevetabilité des médicaments pharmacogénomiques face au dilemme de l'accessibilité équitable aux soins de santé.*
- PICONE, Anaïs, *La lutte contre le streaming illégal cinématographique au Canada : étude du cadre législatif et propositions d'évolution.*
- RADMAN, Elisa, *La protection des données de bien-être face aux objets connectés du secteur privé.*
- RENAUD, Charlène, *La protection pénale de l'animal : entre anthropocentrisme et reconnaissance d'une valeur intrinsèque animalière ; étude comparée des systèmes français et canadien.*

SAVARD, Catherine, *L'interprétation de la destruction inhérente à l'intention génocidaire en droit international.*

Thèses

CÔTÉ, François Jean-Pierre, *Code civil, chartes des droits et traditions juridiques : entre subjugation et résistance du droit civil québécois face à la common law canadienne en matière privée.*

EBATA, Rodrigue, *La gestion des risques juridiques par les microentreprises au Québec : repenser la résolution des conflits pour assurer leur pérennité.*

FOURNIER, Julien, *Aux confins des faits et du droit : Quel droit de la preuve pour les litiges constitutionnels ?*

ILBOUDO, Wend-Nongdo, *Le paradigme du bail à usage professionnel de l'OHADA.*

KALAMBAY, Christian Kabeya, *L'articulation entre le droit minier et le droit de l'environnement en droit congolais.*

LECLERCQ, Morgane, *Le droit relatif à la sécurité semencière. Contribution à l'étude de l'internormativité au Sahel.*

MAGNOUX, Claire, « Voyage en gravité » : *Étude de la politique pénale de la Cour pénale internationale à la lumière du concept de gravité.*

MARQUIS, Laurence, *The Role of the European Union in the Systemic Reform of Investor-State Dispute Settlement in International and Regional Trade Agreements: The Impact of the ISDS Reform on the Independance and Impartiality of Arbitrators.*

RAKOTOMANDIMBY, Lauriane, *La protection des renseignements personnels du consommateur dans un système bancaire ouvert : Étude comparative entre le droit canadien et le droit québécois ainsi que le droit de l'Union européenne et le droit français.*

THOUVENOT, Manon, *La protection des droits sociaux fondamentaux en droit européen : l'articulation entre l'Union européenne et la Charte sociale européenne.*

VIANIN, Anne, *Le dualisme et le concept d'organisation internationale en droit.*

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Mémoires

ABOU MALHAB, Kayrouz, *L'action collective comme voie d'accès à la justice dans le contexte de la crise libanaise : un plaidoyer pour la reconnaissance de la compétence internationale des tribunaux québécois.*

BARKANY, Alexandra, *La dénonciation publique : étude du cadre juridique applicable aux professionnels de la santé au Québec.*

BERNIER, Etienne, *La responsabilité extracontractuelle et le couple : regards sur l'immixtion de la faute civile dans le contentieux conjugal.*

BERRADA, Rim, *L'influence du droit international des droits humains sur les droits de la personne au Maroc et en Tunisie : une analyse comparée.*

BONNY, Maryse Ornella, *La souveraineté des États en droit international et l'ingérence humanitaire : une analyse fondée sur l'instrumentalisation de l'action humanitaire dans les pays du sud.*

CÔTÉ, Charlotte, *La mise en oeuvre des obligations de l'employeur en matière de harcèlement psychologique dans un contexte de relations de travail tripartites : l'effectivité d'une protection morcelée.*

DOSS, Jean-Louis, *Les enjeux du télétravail en droit québécois.*

FUNGA, Louis-Arnaud Lomata, *L'incidence de l'arbitrage investisseur-État sur l'action étatique en période de crise sanitaire : dilemme entre protection de l'investissement étranger et intérêt général.*

GAMACHE, Louis-Paul, *La guerre de l'eau, la bataille du Nil : entre accords régionaux, utilisation équitable et devoir de coopération.*

GIROUX-GAMACHE, Claudia, *Équité et bonne foi : perspectives historiques et contemporaines sur les distinctions fondamentales entre ces deux outils de justice contractuelle.*

GRENON-GLADU, Julien *Les systèmes d'armes autonomes et le droit international humanitaire : une légalité contestée.*

- LAKPA, Katérie-N'drin, *L'impunité des violences sexuelles perpétrées durant la crise ivoirienne de 2010 et ses suites.*
- LEFEBVRE, Gabriel, *Les infortunes de l'autisme de type Asperger en droit pénal canadien.*
- LING, Dongyu, *La criminalité environnementale : définitions et réparations en faveur des victimes.*
- MASSON, Flavie, *Les inégalités en santé chez les Autochtones : le droit constitutionnel et la normativité internationale comme fondement d'un droit autochtone à la santé en droit canadien.*
- MOMBLEAU, Raphaëlle, *La guerre contre la drogue et les femmes : analyse du cadre juridique international en matière de drogues et ses conséquences pour les droits des femmes aux États-Unis.*
- MONNIER, Soleïca, *La propriété intellectuelle applicable aux systèmes d'intelligence artificielle.*
- MORNEAU-SÉNÉCHAL, Antoine, *Les parajuristes et les étudiants en droit comme vecteurs d'accès à la justice : proposition d'une nouvelle approche conciliant innovation et protection du public.*
- MORTON, Elodie, *L'intelligence artificielle : appréhender les risques de discrimination.*
- PAPAIOANNOU, Effie Panagiota, *L'étranger avec qui je partage ma vie : l'enrichissement injustifié entre conjoints de fait québécois.*
- SAMPAIO MOREIRA, Gabriela, *Legal analysis of the use of fake news in the political process between 2018 and 2021.*
- SENA Jr, Ladislau De, *La transparence dans l'arbitrage d'investissement : apports du cadre juridique international aux réticences du Brésil face au mécanisme de RDIE.*
- SEYSSAUT, Manon, *La protection des mammifères marins endémiques qui se déplacent dans la région Arctique, sous l'angle du droit international.*
- SHERRER, Stéphanie, *La médiation en copropriété divise : enjeux, défis et perspectives.*
- SOURA, Banémane Cheick Abdel, *Réflexions sur la protection des droits de la communauté peule au Burkina Faso.*
- VENANCIE, Sarah, *La responsabilité du transporteur suborbital de personnes : un régime à construire.*

Thèses

ANDOSMOUI, Nature De Destin, *L'action en réparation des préjudices subis en cas d'atteinte du droit à un environnement sain par l'exploitation minière : cas des communautés locales vivant dans la zone CEMAC.*

BAGLINIÈRE, Laure, *Repenser l'encadrement juridique de la médiation extrajudiciaire au prisme de la relation de soin : perspective franco-québécoise.*

BAUDIN, Laura, *Cyberattaques et droit international public : de la négociation entre États à l'intégration des acteurs privés pour parvenir à la cyberpaix.*

CODÈRE, Charles, *Technology development and transfer in the wake of the Paris agreement: international law for innovation in a polycentric climate governance system.*

DEFOND, Juliette, *L'impérialisme humanitaire : l'instrumentalisation de la dynamique globale humanitaire au service de l'expansionnisme capitaliste.*

FAU, Valentine, *Les droits de l'enfant sous l'angle du régime de régulation post-moderne.*

GIRARD, Marie-Andrée, *La collaboration interprofessionnelle dans le domaine de la santé au Québec : une approche en managériation du droit.*

KONINA, Anastasia, *Government contracts and public values: the case of court administration.*

LAHONDÈS, Antoni, *Les peuples conquis et leurs droits face à l'introduction du système juridique britannique dans les colonies visées par la Proclamation Royale (1763) : une analyse comparée : Québec, Floride et Grenade.*

MONTEIRO JOCA MARTINS, Martha Priscylla, *Consultation and consent protocols and self-determination: "We have the right to establish our own way of being consulted".*

MOURA DE CARVALHO, Maria Luiza, *Direito e Identidade de Gênero, Estudo comparado entre Quebec e Brasil.*

MUNANGA, Solange Gloria, *L'applicabilité de la doctrine de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique aux groupes*

armés de la République Démocratique du Congo devant la cour pénale internationale.

PAPINEAU, Christelle, *Droit et intelligence artificielle : essai pour la reconnaissance du droit computationnel.*

PARENT, Sébastien, *Les droits et libertés fondamentaux du salarié au travers du prisme de la relation d'emploi.*

SABBAGH, Paul, *La responsabilité civile judiciaire.*

UNIVERSITÉ D'OTTAWA

Mémoires

AADOSON, Peter Juhan, *The Right to Clarity? The Judicial Duty to Provide Plain-Language Decisions to Self-Represented Litigants.*

AGYAPONG, Reynolds, *Eliminating Non-Tariff Trade Barriers to Boost Intra-Africa Trade: What Progress Has the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) Made?*

AHMED, Suhail, *Barrier of geographical access to abortion: a comparative analysis between India and Canada.*

AJIBOLA, Iremide, *The Impact of Artificial Intelligence on Work in Nigeria: A Human Rights Perspective.*

ALAWODE, Olugboyega, *Post-blockage of appellate body's appointments by the United States: African countries and current reform efforts of the dispute settlement system in world trade organization.*

ARORA, Gaurav, *Daos enabling good organizational governance.*

ATOBATELE, Oreoluwa, *The echo chamber effect of social media on political polarization and covid-19 misinformation: approaches for the regulation of content recommendation algorithms.*

BABASUYI, Michelle, *Transparency and accountability in the use of automated tools for content moderation.*

BAILER, Andrea, *The Limits of Legislative Change Assessing the Impacts of the Amendments to Limitation Periods for Sexual Assault Civil Claims in Canada.*

- BANSAL, Preeti, *Parental alienation in Ontario family courts: tool to penalize victims of domestic violence or a form of psychological child abuse?*
- BONHOMME, Nina, *L'impact du néolibéralisme sur les discours autour du droit à la protection sociale : l'étude du cas de l'Angleterre.*
- BUHURI, Chris, *Have East Asian legal traditions shaped investor-state arbitration & dispute resolution across Asia?*
- CHERTKOW, Martha, *Bias on the Bench: A critical analysis of whether proposed reforms to Canada's federal judicial disciplinary system adequately address judicial unconscious bias.*
- DANG, Nhi, *A Comparison of Labour Provisions in EU and US FTAs: Treaty Design and Practice.*
- EBURNE, Nickolas, *Investment Law and Occupation at a Crossroads: the Crimea Cases and the Interpretation of "Territory" Under International Law.*
- EDE, Oritsetsegbemi, *Navigating liability determination for automated vehicles: implementing the insurance bureau of Canada's single insurance policy in Ontario.*
- EDELL, Mayson, *The Antidote for Relief: The Necessity of Targeted No-Fault Compensation for Nosocomial Infections in Ontario.*
- GAREAU-LINDSAY, Jasmine, *Green Securitization, Unfit for an Ecological World: A Socio-Legal Analysis of Four Mortgage-backed Securities for Sustainable Buildings.*
- GHAHRAMANIZAHRAEE, Shayan, *Inconsistency in International Investment Arbitration; Typology, Grounds and Solutions.*
- GUERTIN, Claudia, *Le confinement et le couvre-feu : les répercussions supplémentaires et réelles sur les personnes âgées vivant en RPA et en CHSLD et sur les femmes victimes de violence conjugale lors de la pandémie.*
- HOLLAND, Jelena, *Écriture inclusive : la représentation des femmes en rédaction législative.*
- JARABEK, Adrienne, *The Dark Side of Deference in the Canadian Federal Human Rights System.*
- JUNG, Felicitas, *Automated Vehicles and the Protection of Animals.*

- KAUFMAN, Izaak, *Challenging the Status Quo: Indigenous Rights and Environmental Justice in Colombia*.
- KILGALLEN-ASENCIO, Celina, *Rethinking Abortion Rights Post Roe: How Transformative Equality in Emerging Rights-Based Approaches to Health Could Advance a Right to Access Abortion Medicines in the U.S. and Beyond*.
- MARCHELLO, Matthew, *Judicial Review Frameworks and Vavilov*.
- MASHANKAR, Sonal, *Trans-national mining activities of Canadian companies in the global south: Forging a Path Towards Accountability*.
- MILLIMONO, Saa Caleb, *L'intégrité des unités de carbone échangées dans le cadre des mécanismes de flexibilité de l'Accord de Paris sur le climat*.
- MPABWA, Christian, *Effectivité de la protection d'investissements miniers en République Démocratique du Congo à l'aune de la réforme législative : Enjeux et perspectives*.
- NGANDU, Richard Kamba, *Tribunal Pénal International pour la République Démocratique du Congo : Défis, Opportunités et Obstacles*.
- NKPOGONE-MPIGI, Lelebari, *A comparative study of tort liability for data breach in Nigeria and Ontario: similarities and differences*.
- ORTIZ, Laura, *The Meaningful Power of Earth Jurisprudence to Address Biodiversity Loss*.
- PARK, Tatyana Robin, *The Parameters of Exercising Self-Defence in Response to a Cyber-Attack*.
- ROBICHAUD-DURAND, Simon, *Pour une véritable protection des renseignements personnels de personnes mineures au Canada*.
- SHARMA, Apoorva, *An Analysis of Traditional Knowledge Protection with a Special Focus on the Indian Traditional Knowledge Digital Library*.
- THEORET-PILON, Marie-Pierre Maude Olivia, *The implications of transnational governance on global food systems and food security and the adoption of agroecology to transform the food system using a human rights framework*.

THOMPSON, Jonathan, *The Evolving Equality Guarantee and Prosecutorial Discretion in Canada.*

ZOHIRI, Mohamed, *Risks and Challenges of Fiat-Backed Stablecoins in the Context of Canadian Securities Law Stablecoins.*

Thèses

LOMBARD, Alisa Renée, *Reproductive Justice and Indigenous Women: Tethering Physicians to the Charter.*

Ph.D.

CONACHER, Duff, *Truly Equal? An Analysis of Whether Canada's Political Finance System Fulfills the Egalitarian Model.*

DAUTEL, Jean-Paul, *Comment le droit français et le droit québécois organisent-ils et participent-ils à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs ayant un trouble de santé mentale ?*

EKONG, Ofonmbuk Esther, *The Role of Intellectual Property Rights as a Development Tool for Women Entrepreneurs in Third World Countries: The Case of the Cosmetics Sector in Nigeria.*

HUI, Kun, *Examining Chinese State-owned Enterprises' Immunities under the Customary International Law of Sovereign Immunity as Expressed in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, the United States Foreign Sovereign Immunities Act, and the United Kingdom State Immunity Act.*

ODONG, Nsikan-Abasi Umana, *Constitutional Environmental Rights: Investigating their Potentials for a Sustainable Niger Delta.*

POWER, Cheryl Denise, *The Role of Innovative Elements in the Patentability of Machine Learning Algorithms.*

SZILAGYI, Katherine A., *Artificial Intelligence & the Machine-ation of the Rule of Law.*

TALARICO, Andrea, *A Moral Reconstruction of Freedom of Association in Canada.*

WHITEHEAD, Robin, *Deadly Discrimination: Police-involved Deaths and Mental Health Disability in Canada.*

INDEX DES AUTEURS

Note : Sous chaque entrée de l'index des auteurs vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras des pages.

BARIL, Marie-Pier, « Enseigner aux non-juristes : De destinataires à producteurs du droit », **69-92**

DESTREMPE ROCHETTE, Gabriel et Michaël LESSARD, « Réforme de la *Loi sur la protection de la jeunesse* de 2022 : de nouvelles balises pour l'intérêt de l'enfant », **93-143**

FRÉCHETTE, Pascal, « Vers un droit au logement éclairé par le droit privé ? L'exemple de la sécurité de l'occupation », **1-44**

PENNESTRI, Marie-Hélène, Vincent DENAULT, Marie-Julie BÉLIVEAU, Donia TONG et Victoria TALWAR, « Aspects psychologiques et légaux liés à la garde d'enfants en bas âge », **45-176**

SOREK, Ari Y. et Benjamin DIONNE, « L'application des clauses d'élection de for aux contrats de cautionnement au Québec », **45-68**

INDEX ANALYTIQUE

Note : Sous chaque entrée de l'index analytique vous trouverez les informations nécessaires pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*, soit le titre suivi, en caractères gras, des pages.

CLAUSES D'ARBITRAGE – CONTRATS

L'application des clauses d'élection de for aux contrats de cautionnement au Québec, **45-68**

DEVELOPPEMENT DES ENFANTS – THÉORIE DE L'ATTACHEMENT

Aspects psychologiques et légaux liés à la garde d'enfants en bas âge, **145-176**

DROIT AU LOGEMENT

Vers un droit au logement éclairé par le droit privé ? L'exemple de la sécurité de l'occupation, **1-44**

ÉDUCATION JURIDIQUE

Enseigner aux non-juristes : De destinataires à producteurs du droit, **69-92**

INTÉRÊT DE L'ENFANT

Aspects psychologiques et légaux liés à la garde d'enfants en bas âge, **145-176**

JUGEMENTS DE TRUBINAUX

Aspects psychologiques et légaux liés à la garde d'enfants en bas âge, **145-176**

PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DES PARTIES

L'application des clauses d'élection de for aux contrats de cautionnement au Québec, **45-68**

PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

L'application des clauses d'élection de for aux contrats de cautionnement au Québec, **45-68**

PROTECTION DE LA JEUNESSE

Réforme de la *Loi sur la protection de la jeunesse* de 2022 : de nouvelles balises pour l'intérêt de l'enfant, **93-143**

RECESSION DES ÉTUDES EMPIRIQUES

Aspects psychologiques et légaux liés à la garde d'enfants en bas âge, **145-176**

SÉCURITÉ DE L'OCCUPATION

Vers un droit au logement éclairé par le droit privé ? L'exemple de la sécurité de l'occupation, **1-44**

TABLE DE LA JURISPRUDENCE COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de jurisprudence commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

155030 *Canada inc (Family Games) c. Gigamic, sarl*, 2009 QCCA 522,9, **45-68**

3485 *Papineau Investments Ltd. c. Ouali*, 2022 QCTAL 13975, **1-44**

9050-4267 *Québec inc. c. Loloëi*, [2003] J.L. 117 (R.D.L. fixation), **1-44**

9120-6003 *Québec Inc. c. Paradis*, 2014 CanLII 130981 (QC RDL), **1-44**

9403-3529 *Québec inc. c. Abi Jaoude*, 2021 QCTAL 23590, **1-44**

Air Nostrum Lineas Aereas Del Mediterraneo c. DAC Aviation Internationale ltée, 2017 QCCS 5421, **45-68**

AOF Service alimentaire inc. c. Gestion Michel Mayrand inc., 2016 QCCS 3482, **45-68**

ArcelorMittal Exploitation minière Canada c. SNC Lavalin inc., 2017 QCCS 574, **45-68**

AXC Construction inc. c. Bioénergie AE Côte Nord Canada inc., 2019 QCCS 3890, **45-68**

Banque Nationale du Canada c. Cadieux, J.E. 2005-1451 (C.Q.), **1-44**

Blanchard c. Wolfe Estate, [1995] J.L. 297 (C.Q.), **1-44**

Bohbot c. Weinberger, 2015 QCCS 4829, **45-68**

Bombardier produits récréatifs Inc. c. PICC Property and Casualty Insurance Co Limited, 2019 QCCS 1503, **45-68**

Bonhomme c. Groupe Evoludev-Logis Force, 2022 QCTAL 10820, **1-44**

Bonin c. Commission de la capitale nationale, 2013 QCRDL 30653, **1-44**

Budziaszek c. Barile, [2005] J.L. 26 (R.D.L.), **1-44**

Caisse populaire Côte-des-Neiges c. Gantcheff, [1997] J.L. 2 (R.D.L.), **1-44**

Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2013 QCCA 924, **93-143**

Centre for Gender Advocacy c. Attorney General of Québec, 2021 QCCS 191, **93-143**

Charest c. Opti Plex inc., 2021 QCTAL 6630, **1-44**

Commission des droits de la personne du Québec (Gilbert) c. Ianiro, [1996] AZ-50010591 (T.D.P.Q.), **1-44**

Compagnie Trust Royal c. Garcia Transport ltée, [1992] 2 R.C.S. 499, **1-44**

Construction CogereX ltée c. Construction St-Léonard (1996) inc., 2006 QCCA 329, **45-68**

Crestar Ltd. c. Canadian National Railway Company, 1999 CanLII 11512 (QCCS), **45-68**

Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs, 2007 CSC 34, **45-68**

Deniger c. Nowlan, [1997] J.L. 13 (R.D.L.), **1-44**

Désilets c. Laroche, 2021 QCTAL 6399, **1-44**

Di Zazzo c. Nantel, [2004] J.L. 114 (R.D.L.), **1-44**

Discepolo c. Latendresse, 2021 QCTAL 12216, **1-44**

Discothèque & Golf Lafontaine Inc. c. Lussier, [1980] C.S. 166, **1-44**

Distnet inc. c. Andritz Hydro ltée, 2010 QCCS 1921, **45-68**

Droit de la famille – 091541, 2009 QCCA 1268 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 191529, 2019 QCCS 3353 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 192078, 2019 QCCS 4309 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 201039, 2020 QCCS 2365 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 201326, 2020 QCCS 2887 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 201400, 2020 QCCS 3027 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 201926, 2020 QCCS 4167 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 201972, 2020 QCCS 4240 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 201973, 2020 QCCS 4241 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 202013, 2020 QCCS 4326 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 211, 2021 QCCS 19 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 211012, 2021 QCCS 2343 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 211233, 2021 QCCS 2792 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 211303, 2021 QCCS 2904 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 212035, 2021 QCCS 4484 (CanLII), **93-143**

Droit de la famille – 212444, 2021 QCCS 5387 (CanLII), **93-143**

Droit de la famille – 21709, 2021 QCCS 1620 (CanLII), **145-176**

Droit de la famille – 21853, 2021 QCCS 2191 (CanLII), **145-176**

EN v. Gallagher’s Bar and Lounge, 2021 HRTO 240, **93-143**

Envergent Technologies c. Arbec, Bois d’oeuvre inc., 2020 QCCA 919, **45-68**

Fabiello c. Sherfield Properties, 2020 QCRDL 16716, **1-44**

Falcorp Canada inc. c. Beauregard, [1999] R.J.Q. 1525 (C.Q.), **1-44**

Fishman Flanz Meland Paquin, llp c. Grand Financial Management Inc., 2012 QCCQ 1848, **45-68**

Fondation Sépharade Kollel Bernstein c. Avrechim, 2013 QCRDL 16673, **1-44**

Gagné c. Investissements Imqua inc., 2010 QCCA 135, **45-68**

Gestion RPR inc. c. Desmarais-Hubert, 2014 QCCQ 12196, **1-44**

Gilbert Conseil Sélect inc. c. 9034 8111 Québec inc., 1998 CanLII 11952 (QC CS), **45-68**

Gingras c. 3104-2583 Québec Inc., 2018 QCRDL 39069, **1-44**

Grecon Dimter Inc. c. JR Normand Inc., 2004 CanLII 25730 (QC CA), **45-68**

GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc., 2005 CSC 46, **45-68**

Guarantee Co. of North America c. Foundation Co. of Canada Ltd., [1975] C.A. 763, **45-68**

Guns N'Roses Missouri Storm inc. c. Productions musicales Donald K Donald inc., 1994 CanLII 5694 (QCCA), **45-68**

Holiday Hospitality Franchising c. Hôtels Côte de Liesse Inc., 2018 QCCA 1998, **45-68**

Hoteles Decameron Jamaica Ltd. c. D'Amours, 2007 QCCA 418, **45-68**

Hunt c. T&N, 1993 CanLII 43 (CSC), **45-68**

Hydrotope ltée c. La Garantie compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord, SOQUIJ AZ-97026261, **45-68**

Industries Falmec Inc. c. Société de cogénération de St-Félicien, 2003 CanLII 48436 (QC CS), **45-68**

Intergaz inc. c. Atlas Copco Canada inc., 1997 CanLII 9248 (QC CS), **45-68**

Investia Services financiers inc. c. Services financiers Dundee, 2012 QCCS 4411, **45-68**

Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc., J.E. 2006-955, EYB 2006-104247 (C.A.), **1-44**

Ivanov c. Bédard, [2006] J.L. 112 (R.D.L.), **1-44**

J.C. c. Douville, 2022 QCCA 958, 8, **93-143**

Jacinthe Viens c. Immeuble Jubinville, [2003] J.L. 292 (R.D.L.), **1-44**

Kwavnick c. Caldwell Residences / Résidences Caldwell, J.E. 95-196 (C.Q.), **1-44**

Laferrrière c. Gariépy, (1921) 62 R.C.S. 557, conf. (1921) 31 B.R. 256, **1-44**

Lanthier & Lalonde Leasing Ltd. c. Mileto, J.E. 83-927 (C.S.), **1-44**

L'Écuyer c. Gestion Guy Carrière Inc., 2020 QCTAL 5362, **1-44**

Leroux c. Jutras, 2012 QCRDL 37803, **1-44**

Lévesque c. Ducharme, 2021 QCTAL 20821, **1-44**

Lorrain c. St-Pierre, 2014 QCCA 1793, **1-44**

Matériaux Bomat Inc. c. Cloutier, 2005 CanLII 49839 (QCCS), **45-68**

Metso Minerals Canada Inc. c. BBA inc., 2017 QCCA 1544, **45-68**

Mofo Moko c. Ebay Canada Ltd., 2013 QCCS 856, **45-68**

Molloyres c. Quinton, 2020 QCRDL 14451, **1-44**

Morguard Investments Ltd. c. De Savoye, 1990 CanLII 29 (CSC), **45-68**

Morris c. Fournier, (1939) 43 R.P. 331 (C.S.), **1-44**

Nadeau c. Jetté, [1996] J.L. 233 (R.D.L.), **1-44**

Nelson v. Goodberry Restaurant Group Ltd. dba Buono Osteria and others, 2021 BCHRT 137, **93-143**

Oger v. Whatcott (No. 3), 2018 BCHRT 183, **93-143**

Otsuka Pharmaceutical Company Limited c. Pohoresky, 2022 QCCA 1230, **45-68**

Paradis c. Succession de Burtel, 2017 QCRDL 20930, **1-44**

Pemberton-Smith c. AE Lepage & Westmount Realities inc., [1975] C.A. 623, **45-68**

Pépin c. Hicks, 2020 QCRDL 11187, **1-44**

Pérusse c. Bolduc, [1959] R.L. (n.s.) 402 (C.S.), **1-44**

Protection de la jeunesse – 215978, 2021 QCCQ 10172, **93-143**

Protection de la jeunesse – 219136, 2021 QCCQ 15646, **93-143**

Protection de la Jeunesse – 221201, 2022 QCCQ 2180, **93-143**

Protection de la jeunesse – 229267, 2022 QCCQ 14317, **93-143**

Protection de la jeunesse –217646, 2021 QCCQ 13366, **93-143**

Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 RCS 211, **93-143**

Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Buffet Lazio (1985) inc., J.E. 98-1403 (C.S.), **1-44**

R. c. Daoust, 2004 CSC 6, **45-68**

Recine c. Romanelli, J.L.E. 2008JL23 (R.D.L.), **1-44**

Rivest c. Trudel, 2014 QCRDL 40406, **1-44**

Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc., 2006 QCCA 461, **45-68**

Rotter c. Namer, 2017 QCCQ 1572, **1-44**

Salamin c. Larouche, 2022 QCTAL 341, **1-44**

Schreiber c. Canada (Procureur général), 2002 CSC 62, **45-68**

Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc. c. JR Normand Inc., 2003 CanLII 47362 (QC CS), **45-68**

Services Financiers Daimlerchrysler (Debis) Canada Inc. c. Hébert, 2003 CanLII 12288 (QC CQ), **45-68**

Shacter c. Bouchelet, [1996] J.L. 237 (R.D.L.), **1-44**

Shorter c. Beauport, [1969] C.S. 363, **1-44**

Société de cogénération de St Félicien, société en commandite / St Felicien Cogeneration Limited Partnership c. Industries Falmecc Inc., 2005 QCCA 441, **45-68**

Spar Aerospace ltée c. American Mobile Satellite Corp., 2002 CSC 78, **45-68**

STMicroelectronics Inc. c. Matrox Graphics Inc., 2007 QCCA 1784, **45-68**

Stormbreaker Marketing and Productions Inc. c. Weinstock, 2013 QCCA 269, 44, (Permission d'appeler à la CSC rejetée : 2013 CanLII 45853 (CSC)), **45-68**

Tardif c. Succession de Dubé, 2018 QCCA 1639, **93-143**

Thérien c. Ténégal, [1999] J.Q. n° 1308, (C.Q.) (LN/QL), **1-44**

Trottier c. 9230-4047 Québec Inc., 2015 QCDRL 131625, **1-44**

X. c. Perron, 2022 QCCS 823, **93-143**

Yared c. Karam, 2019 CSC 62, **1-44**

Zouggari c. Northcrest Development Inc., 2022 QCTAL 12176, **1-44**

TABLE DE LA LÉGISLATION COMMENTÉE

Note : Sous chaque entrée de la table de la législation commentée, vous trouverez, en caractères gras, les pages pour repérer les articles ou les chroniques de la *Revue du Barreau*.

CANADA

Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis, LC 2019, c. 24, art. 9(2), **45-68**

Loi sur la stratégie nationale sur le logement, L.C. 2019, c. 29, art. 313, **1-44**

Loi sur le maintien des mesures transitoires, S.C. 1947, c. 16, **1-44**

Loi sur les pouvoirs transitoires résultant de circonstances critiques nationales, S.C. 1945, c. 25, **1-44**

CODE CIVIL DU QUÉBEC

Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 33, **45-68**

CONSTITUTION

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, c. 3 (R.-U.), art. 92(13), **1-44**

LÉGISLATION PROVINCIALE

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 4, **1-44, 93-143** ; art. 10, 12, **1-44**

Loi concernant la Régie des loyers, S.Q. 1950-51, c. 20 (dont le titre deviendra par la suite *Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, L.R.Q., c. C-50), **1-44**

Loi concernant le louage de choses, L.Q. 1973, c. 74, **1-44**

Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres conditions législatives, L.Q. 1979, c. 48, **1-44**

Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière d'habitation, projet de loi n° 31, **1-44**

Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2022, c. 11, **93-143**

Loi sur l'expropriation, RLRQ, c. E-24, art. 45, **1-44**

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, RLRQ, c. M-35.1, **1-44**

Loi sur la protection de la jeunesse, RLRQ, c. P-34.1, préambule, art. 3, **93-143 ; 45-68, 93-143**

Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, RLRQ, c. A-19.1, art. 148.0.2 et s., **1-44**

Loi sur les services de santé et les services sociaux, RLRQ, c. S-4.2, art 19, **93-143**

Barreau
du Québec 

445, boulevard St-Laurent
Montréal (Québec) H2Y 3T8

514 954-3400 1 800 361-8495

www.barreau.qc.ca