

Section 3 : Droit de la famille et des successions

Dans cette section, je relèverai les règles de droit de la famille qui ont un rapport avec les questions examinées au cours de mon étude. J'espère aussi mettre en relief les éléments qui sous-tendent les caractéristiques fondamentales du régime du droit de la famille en Ontario.

Compétence fédérale/provinciale

Le droit de la famille est un domaine de compétence partagée entre les deux ordres de gouvernement fédéral et provincial. Ce partage de responsabilité tient à la division des pouvoirs prévue aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 91 définit les domaines de compétence fédérale exclusive, dont le mariage et le divorce. L'article 92 délimite les domaines de compétence provinciale exclusive, et embrasse la célébration du mariage, la propriété et les droits civils dans la province⁵¹.

La *Loi sur le divorce* (fédérale) s'applique non seulement aux conjoints mariés qui veulent divorcer, mais encore aux demandes de garde, de droit de visite, d'aliments pour enfants ou pour conjoint, qu'ils font dans le cadre du divorce⁵². La loi provinciale s'applique à toutes les autres questions de droit de la famille, ce qui s'entend de la séparation (par opposition au divorce) de conjoints mariés ou non, de la garde, du droit de visite, de la pension alimentaire, du partage et de la possession des biens, des ordonnances d'interdiction, et des questions connexes de protection des enfants et d'exécution des ordonnances judiciaires. La *Loi sur le divorce* (fédérale) et la *Loi sur le droit de la famille* (ontarienne) autorisent expressément l'une et l'autre la médiation; cependant, ni l'une ni l'autre ne prévoit l'arbitrage⁵³.

Lorsque deux conjoints adultes se séparent, les règles de droit de la famille qui s'appliquent à leur égard et à l'égard de leurs enfants sont déterminées par leur état matrimonial. Les conjoints mariés ont le choix de demander le divorce en application de la *Loi sur le divorce*. Ils peuvent invoquer la même loi pour faire valoir leurs droits en matière de garde des enfants, de visite et de pension alimentaire. Les conjoints de fait et les conjoints mariés qui choisissent de ne pas divorcer doivent se référer à la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* pour déterminer la garde des enfants et le droit de visite, et à la *Loi sur le droit de la famille* pour régler la pension alimentaire pour conjoint ou pour enfants.

Le partage des biens

Les lois sur le droit de la famille varient d'une province à l'autre à travers le pays, en particulier en ce qui concerne le partage des biens. En Ontario, les règles en la matière définissent quels biens sont sujets au partage, sous quelles conditions, si les gens peuvent conclure des conventions en dehors des régimes provinciaux des biens, et

⁵¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 92, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

⁵² *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3, (2° suppl.).

⁵³ *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3, (2° suppl.), art. 9(2); *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 3.

dans quelle mesure le juge a le pouvoir discrétionnaire de déroger à la présomption de partage « par moitié » des biens pour parvenir à un résultat « équitable ». Toutes les provinces n'imposent pas un partage de tous les biens et la plupart ne prévoient pas le partage des biens entre partenaires non mariés.

Les Ontariens peuvent être fiers des progrès qui ont été réalisés en matière d'égalité des sexes par le régime des biens mis en place. Les lois de l'Ontario sont parmi celles qui représentent la consécration législative la plus formelle de l'égalité entre les deux sexes en droit canadien. Par exemple, la *Loi sur le droit de la famille* de la province porte en préambule :

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales,⁵⁴

Il s'agit là d'une proclamation concrète d'égalité par la reconnaissance dans la loi de l'égalité importance des rôles joués par les conjoints dans leur union.

Seuls les couples mariés ont droit au partage des biens sous le régime de la *Loi sur le droit de la famille*. Les conjoints de fait peuvent faire une réclamation contre les biens de leurs partenaires respectifs, mais cette réclamation n'est pas autorisée par la loi provinciale. Elle tient plutôt à une fiducie dans les faits, permise en common law (à dégager par le juge dans le cas d'espèce). Tous les couples ont cependant la possibilité de conclure un contrat familial avant le mariage ou la cohabitation. Nous examinerons les contrats familiaux plus en détail infra.

La dissolution de l'union

Comme on peut s'y attendre, il y a divers degrés de formalisme dans la façon dont les couples se séparent. Ce qui suit est un aperçu de ce qui se passe en règle générale chez les couples « traditionnels ». Un grand nombre d'entre eux règlent leurs affaires sans l'intervention de tiers. Certains peuvent avoir des accords informels, écrits ou non, alors que d'autres se perdent tout simplement de vue et ne règlent jamais les questions qui resteraient encore à résoudre.

D'autres encore parviennent à un accord avec l'aide d'un conseiller en qui ils ont confiance et qui peut avoir ou non la formation nécessaire, par exemple un parent, un ami, un chef religieux, ou un conseiller matrimonial. La plupart des couples reçoivent sous une forme ou une autre, une consultation juridique de leurs avocats, des avocats

⁵⁴ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, Préambule.

de l'aide juridique, ou des régimes de consultation juridique pour les employés. La plupart de ces couples parviennent à un règlement sans le secours de services de résolution des conflits et, en particulier, sans aller en justice.

Lorsque les gens consultent leurs avocats, il se peut qu'ils aient déjà un plan pour l'accord de séparation et veuillent tout juste avoir l'avis de ces derniers pour s'assurer que ce plan est un accord légalement exécutable. Dans le cas où l'un des conjoints ou les deux retiennent les services d'avocats, ceux-ci négocieront entre eux-mêmes, ou dans des réunions à quatre avec leurs clients, après un échange d'informations initial.

Il y a lieu de noter qu'en Ontario, certains avocats ont opté pour la pratique coopérative dans les affaires de droit de la famille. En cas de recours à cette pratique, les clients doivent accepter de changer d'avocats s'ils décident d'aller en justice au cas où les négociations n'aboutiraient pas à un règlement. Idéalement, cette approche devrait concentrer l'énergie des clients sur une solution négociée, et non sur l'intimidation de l'autre partie par une menace d'action en justice. Il est intéressant de noter que les avocats qui pratiquent le droit de la famille coopératif expriment davantage de satisfaction dans leur travail.

Les contrats familiaux

L'accord conclu, de façon coopérative ou non, avec l'aide des avocats prend la forme d'un accord de séparation. Sanctionné par la partie IV de la *Loi sur le droit de la famille*, celui-ci est un contrat entre les deux conjoints séparés. Les principales conditions formelles d'un accord exécutable sont les suivantes : l'accord doit être conclu par écrit, il doit être signé par les parties devant témoins, il doit être conforme à l'intérêt véritable des enfants, et il doit être conforme aux lignes directrices sur les aliments pour enfants⁵⁵.

La *Loi sur le droit de la famille* prévoit les divers arrangements contractuels que les gens peuvent conclure à la suite de la rupture de leur union. Elle fixe les paramètres d'ordre public pour la résolution des différends conjugaux au moyen d'arrangements. Par exemple, les contrats familiaux l'emportent sur ses dispositions à moins de disposition contraire⁵⁶. Ce régime traduit le choix de politique sociale de privilégier les accords mutuels par rapport aux dispositions de la Loi qui portent sur les mêmes questions. Le corollaire en est que la *Loi sur le droit de la famille* permet l'intégration d'un contrat familial dans une ordonnance judiciaire s'il porte sur une question qui peut être résolue en application de cette même loi⁵⁷. On reconnaît par là que si les contrats familiaux sont le principal moyen de règlement, ils ont besoin d'être sanctionnés en justice pour être exécutables même s'ils ont été conclus sans l'intervention de la justice.

⁵⁵ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 55(1), 56(1), (1.1).

⁵⁶ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 2(10).

⁵⁷ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 2(9).

La *Loi sur le droit de la famille* permet aux conjoints d'exclure le partage de certains ou de l'ensemble de leurs biens en les excluant du calcul des « biens familiaux nets »⁵⁸. Ils peuvent aussi exclure par contrat les obligations alimentaires. Cependant, la même loi habilite le juge à annuler une disposition alimentaire ou la renonciation aux aliments dans le contrat familial sous certaines conditions, par exemple quand pareille stipulation donne lieu à une situation inadmissible, quand le créancier d'aliments a droit à l'assistance sociale, ou quand le débiteur d'aliments est en défaut⁵⁹.

Un contrat familial peut être déposé en justice aux fins d'exécution de la disposition alimentaire⁶⁰. Cette disposition s'applique même si créancier d'aliments a renoncé au droit de déposer le contrat auprès de la Cour à cette fin. Il est donc effectivement impossible de renoncer au droit de déposer le contrat familial en justice aux fins d'exécution de la disposition alimentaire.

La *Loi sur le droit de la famille* interdit d'exclure par contrat familial les protections relatives à la possession, à la vente et au nantissement hypothécaire du foyer conjugal⁶¹. Elle n'interdit cependant pas l'exclusion par contrat du partage de la valeur de ce foyer. De même, la garde et le droit de visite des enfants ne peuvent faire l'objet d'un contrat avant la dissolution de l'union⁶². Les contrats conclus à l'extérieur de l'Ontario peuvent être valides dans la province s'ils sont conformes à ses lois⁶³.

La *Loi sur le droit de la famille* pose une règle d'ordre public qui impose certaines limites explicites aux contrats familiaux, à la lumière desquelles le juge peut en annuler un⁶⁴. Par exemple, il peut passer outre à une disposition relative à l'éducation des enfants s'il est d'avis que le rejet est conforme à leur intérêt véritable⁶⁵. Ce seuil (le meilleur intérêt de l'enfant) est un seuil peu élevé pour l'intervention du juge. Il se peut que ce soit là la réitération du principe d'ordre public de la compétence inhérente de l'autorité judiciaire sur les enfants et sur leur protection, communément appelée compétence *parens patriae*.

Par ailleurs, la même loi habilite le juge à ignorer une disposition alimentaire pour enfants si celle-ci est déraisonnable au regard des lignes directrices sur les aliments pour enfants⁶⁶. Là encore, il s'agit d'un seuil très bas qui permet une large intervention du juge.

⁵⁸ La *Loi sur le droit de la famille* range dans la catégorie des biens exclus « le bien qui, d'après le contrat familial conclu entre les conjoints, doit être exclu des biens familiaux nets du conjoint » (*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 4).

⁵⁹ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 33(4).

⁶⁰ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 35(1).

⁶¹ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 52(2).

⁶² *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 52(2)c), 53(1)c).

⁶³ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 58.

⁶⁴ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56.

⁶⁵ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(1).

⁶⁶ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(1.1).

La partie IV de la *Loi sur le droit de la famille* influe encore sur la façon dont les parties et leurs avocats se comportent dans la négociation des contrats familiaux, car ils ont conscience du pouvoir du juge de les annuler dans certaines circonstances⁶⁷. Tel est le cas par exemple quand l'une des parties n'a pas divulgué à l'autre des dettes ou autres éléments de passif importants, ou des éléments d'actif importants, qui existaient au moment de la conclusion du contrat. Les tribunaux ont élargi cette obligation de façon à y inclure la pleine et franche divulgation de la situation financière, y compris le revenu et les sources de revenu. Le juge peut aussi annuler le contrat si l'une des parties n'en a pas compris la nature ou les conséquences. Les tribunaux ont généralement interprété cette disposition comme signifiant que les parties doivent consulter au préalable un avocat neutre versé en droit de la famille de l'Ontario. Le juge peut encore annuler un contrat familial pour d'autres raisons en conformité avec le droit des contrats, par exemple l'incapacité à contracter, le défaut de consentement, la contrainte ou l'erreur.

Le juge peut annuler en tout ou en partie l'accord de séparation ou le règlement, s'il est convaincu que le retrait par l'un des conjoints d'obstacles qui empêcheraient le remariage de l'autre conjoint au sein de la religion de ce dernier était un motif dans la conclusion de l'accord⁶⁸. Cette disposition s'applique à l'égard de toutes les religions. En fait, le juge peut annuler tout règlement d'une affaire de famille, qui a été négocié sur la base du retrait d'obstacles religieux⁶⁹. Il est important que le juge soit investi de ce pouvoir discrétionnaire peu importe la forme que revêt le règlement. Cet article de la *Loi sur le droit de la famille* s'applique « aux ordonnances sur consentement, aux renoncations, aux avis de désistement et aux autres arrangements oraux ou écrits »⁷⁰. Dans le cas des règlements conclus sur la base du retrait d'obstacles religieux, le juge dispose d'un large pouvoir d'intervention. Ce choix législatif pour le pouvoir le plus large du juge dans le contexte des obstacles religieux au remariage traduit la conscience que la négociation dans un contexte de principes religieux peut être différente de la négociation dans un contexte non religieux.

On pourrait soutenir que cette disposition de la partie IV (l'article 56(5)) s'applique à l'heure actuelle aux sentences arbitrales, puisque celles-ci sont assimilables aux « autres arrangements oraux ou écrits »⁷¹. En règle générale, cette partie IV ne s'applique qu'aux contrats familiaux, expressément définis comme s'entendant des contrats de mariage, des accords de cohabitation, des accords de séparation et des accords de paternité⁷².

Dans les cas où les négociations entre avocats n'aboutissent pas à un accord ou laissent des questions en suspens, nombre d'avocats spécialisés en droit de la famille recommandent la médiation à titre de solution de rechange au lieu d'aller directement en justice. De plus en plus, ils ont aussi recours à l'arbitrage à titre de moyen

⁶⁷ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(4).

⁶⁸ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(5).

⁶⁹ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(6).

⁷⁰ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(6).

⁷¹ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 56(5).

⁷² *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 51.

extrajudiciaire de résoudre les différends qui n'auront pas été résolus par médiation. Comme nous le savons, la résolution de tout litige implique généralement un compromis. Pendant les négociations, les couples agissent sous l'ombre de la loi, mais souvent sans une compréhension en profondeur de ce que la loi impose ou permet.

Il ne faut jamais oublier que les gens peuvent renoncer à leur droit de se réclamer des bénéfices de la *Loi sur le droit de la famille*. Souvent un accord de séparation favorise un conjoint par rapport à l'autre pour des raisons de choix personnel, par exemple lorsqu'il y a sentiment de culpabilité du conjoint qui abandonne le foyer conjugal, désir de maintenir le niveau de vie des enfants, ou désir d'expédier le règlement. Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles les gens renoncent à leurs droits pour parvenir à une résolution de leur différend. Tout ce que crée la *Loi sur le droit de la famille*, c'est le droit de faire une réclamation. D'aucuns répugnent à l'affrontement ou au coût d'un recours aux mécanismes du système, ils se contentent de s'en aller. Comme en toute matière de droit civil, il incombe aux intéressés d'intenter leur propre action en justice s'ils veulent réaliser un résultat en particulier. Dans ce sens, le système du droit de la famille en Ontario ne s'applique que si les intéressés le mettent en branle.

Il ressort des décisions récentes de la Cour suprême du Canada que les gens sont tenus à leur choix personnel. Même dans les cas où le rapport des forces n'est pas égal, il a été jugé que ce choix personnel doit être observé. Dans la cause *Walsh* par exemple, qui avait son origine en Nouvelle-Écosse, une femme qui a « choisi » de ne pas contracter mariage n'a pas été jugée recevable à demander le partage des biens⁷³. Dans *Miglin*, une femme qui a signé une renonciation à la pension alimentaire mais a accepté un emploi temporaire de consultante auprès de l'entreprise familiale, a été jugée liée par son accord⁷⁴. Enfin, dans *Hartshorne*, une avocate qui a signé un contrat pré-nuptial le jour de son mariage, après avoir été prévenue par un confrère que cet accord ne serait pas valide, a été jugée liée par ce dernier⁷⁵.

Dans toutes ces affaires, la Cour suprême a jugé que le choix personnel a été exercé dans les limites acceptables du droit des contrats, et que les gens qui font ce choix devaient en assumer la responsabilité.

La polygamie

Un autre sujet qui tombe sous la rubrique du droit de la famille est la polygamie (le fait d'être marié à plus d'une personne à la fois). Visant à démontrer que l'islam est une religion fondamentalement injuste à l'égard des femmes, nombre de contributeurs ont fait remarquer qu'il permet la polygamie. Ils affirment que le fait pour l'islam de tolérer que les hommes puissent avoir plus d'une épouse indique clairement que les femmes sont considérées comme des êtres inférieurs dans cette religion. Une certaine explication au sujet du statut du mariage polygamique en Ontario et en droit canadien peut contribuer à la compréhension de ce sujet de préoccupation.

⁷³ *Nouvelle-Écosse c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325.

⁷⁴ *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.

⁷⁵ *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550.

La polygamie est une infraction que réprime le Code criminel du Canada. Est coupable d'un acte criminel quiconque contracte soit « la polygamie sous une forme quelconque » soit « une sorte d'union conjugale avec plus d'une personne à la fois »⁷⁶. Est également coupable d'un acte criminel quiconque « célèbre un rite [sanctionnant un mariage polygamique] ... ou y aide ou participe »⁷⁷. Beaucoup de participants font observer que bien que la polygamie et la célébration du mariage polygamique soient des crimes prévus au Code criminel, la police répugne à porter des accusations en la matière. Le groupe d'étude a reçu de diverses sources des témoignages anecdotiques selon lesquels des mariages polygamiques sont célébrés en Ontario, ainsi que l'expression de leur préoccupation au sujet des femmes dont les maris ont plus d'une épouse. Bien que ce soit là une infraction prévue au Code criminel, il est possible dans toutes les provinces du Canada d'avoir plus d'une épouse si le mariage a eu lieu dans un ressort qui le reconnaît. La *Loi sur le droit de la famille* reconnaît le mariage « qui est véritablement ou virtuellement polygamique s'il a été célébré dans une compétence où la polygamie est reconnue par le régime juridique »⁷⁸. Les gens qui ont contracté ce genre de mariage peuvent donc demander le partage des biens de leur conjoint.

Même les gens qui ne se sont pas mariés plus d'une fois peuvent avoir deux épouses ou davantage, selon la loi ontarienne. Cela tient aux définitions de conjoint dans nombre de lois de la province. Par exemple, l'article 29 de la *Loi sur le droit de la famille* définit conjoint comme s'entendant, dans le contexte des obligations alimentaires, de trois catégories : l'homme et la femme mariés ensemble, l'homme et la femme qui ont cohabité depuis trois ans, l'homme et la femme unis dans une relation d'une certaine permanence, s'ils sont les parents d'un enfant.

Les participants à l'étude se préoccupent de ce qu'une femme pourrait perdre des biens, des aliments et des droits de succession si son mari choisit d'épouser subséquemment une autre femme. Tel est cependant, dans nombre de cas, l'effet de la loi ontarienne lorsqu'une personne prend subséquemment une seconde conjointe (de fait). Prenons le cas hypothétique de Tim, qui a épousé Jane quand il avait 22 ans, et s'est séparé d'elle quand il en avait 24 pour aller vivre avec Mika. Mika et lui-même ont vécu ensemble pendant 4 ans, durant lesquels il avait une liaison avec Laura. Laura a eu un enfant avec lui et, depuis la naissance de cet enfant il y a 8 mois, il a vécu avec Laura et ce dernier. Si Tim et Jane n'ont jamais divorcé, Tim a trois conjointes du point de vue des obligations alimentaires. L'ironie de la situation c'est que la légalisation de la polygamie aurait assuré davantage de protection à Mika et à Laura dans ce cas de figure, car elles seraient admissibles à demander le partage des biens en sus des aliments.

La grande différence entre le droit ontarien et le droit islamique des personnes dans ce cas de figure est que, selon la loi ontarienne, l'homme et la femme peuvent avoir l'un et

⁷⁶ *Code Criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 293(a).

⁷⁷ *Code Criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 293(b).

⁷⁸ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 1(2).

l'autre des relations subséquentes alors que dans la loi islamique, seul l'homme a cette faculté. Cette distinction peut être logique dans le contexte du droit islamique des personnes, car seul l'homme est tenu de subvenir aux besoins de son épouse, alors que la femme n'est pas tenue à l'obligation correspondante envers son mari.

Quelques informations complémentaires au sujet des enfants

En Ontario, la plupart des règles de droit concernant les enfants se trouvent dans deux lois provinciales : la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* et la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. La seule exception concerne l'obligation alimentaire, qui est régie par la *Loi sur le droit de la famille*. Comme noté supra, la *Loi sur le divorce* (fédérale) peut servir à déterminer la garde, le droit de visite et la pension alimentaire des enfants en cas de divorce des parents.

En Ontario, le concept de filiation illégitime (enfants nés hors mariage) a été supprimé en 1978. Ce qui veut dire que la loi ontarienne définit enfant comme s'entendant également de l'enfant né du mariage et de l'enfant né hors mariage. Il en résulte que les demandes d'aliments peuvent être faites au nom de tous les enfants, peu importe qu'ils soient nés du mariage ou hors mariage.

Le moyen le plus courant d'établissement de la filiation est la déclaration de la naissance de l'enfant par ses parents. Cependant, l'autorité judiciaire a aussi le pouvoir de déclarer par ordonnance que telle ou telle personne est le père ou la mère de tel ou tel enfant, bien que cette personne ou l'autre parent ne soit pas disposé à reconnaître la filiation⁷⁹.

Les père et mère doivent subvenir aux besoins de leurs enfants qu'ils soient nés du mariage, hors mariage ou d'une relation sans lendemain. Les conventions contractuelles contraires seront toujours soumises à la compétence inhérente de la cour, qui peut ainsi intervenir dans le meilleur intérêt de l'enfant. En ce qui concerne l'obligation alimentaire, même le parâtre ou la marâtre (marié ou de fait) doit subvenir aux besoins de l'enfant d'un premier lit, dans le cas où il ou elle a manifesté l'intention de traiter celui-ci comme un membre de sa famille.

En Ontario, n'importe qui peut demander le droit de garder ou de visiter des enfants. Cette règle contraste avec celle de la plupart des provinces ainsi que de la *Loi sur le divorce* (fédérale), où seuls les père ou mère ou les personnes qui ont fait fonction de père ou mère peuvent en faire la demande sans autorisation préalable de la cour. Là encore, le critère observé par le juge lorsqu'il s'agit de rendre une décision concernant un enfant est « l'intérêt véritable » de celui-ci. À part une légère variation, les dispositions sur la garde et le droit de visite et la législation sur le bien-être de l'enfant imposent au juge de prendre en considération le meilleur intérêt de l'enfant. Comme nous l'avons vu au sujet des contrats familiaux, le juge peut rendre au sujet des enfants une ordonnance différente de ce dont sont convenus les père et mère de celui-ci s'il l'estime dans le meilleur intérêt de l'enfant.

⁷⁹ *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 4, 5, 6.

Il est interdit aux tribunaux de prononcer le divorce d'un couple marié sans s'assurer au préalable que des arrangements raisonnables ont été pris pour subvenir aux besoins des enfants. Dans ce contexte, ils doivent se guider sur les lignes directrices sur les aliments pour enfants. Celles-ci ont été définies de concert par les gouvernements fédéral et provincial pour assurer un niveau prévisible et uniforme de pension alimentaire pour les enfants.

Malgré la souplesse dont jouissent les tribunaux pour ce qui est de la norme de le meilleur intérêt de l'enfant, le rôle parental est un domaine où il y a une demande considérable de changement des règles fondamentales. Les groupements de pères qui n'ont pas la garde se préoccupent de ce que la majorité des enfants de couples séparés vivent avec leur mère et n'ont que la visite de leur père. Les défenseurs de femmes victimes de violence conjugale soutiennent pour leur part que le partage du rôle parental, dans lequel toutes les décisions et le temps de garde sont partagés entre le père et la mère, peut servir de moyen de coercition par l'ancien conjoint abusif. Ils se préoccupent aussi de ce que la réduction des aliments pour les enfants, qui résulte du partage du temps de garde, pourrait compromettre le niveau de vie du ménage tenu par la femme⁸⁰.

L'article 46 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* intègre la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, laquelle convention internationale prévoit l'assistance réciproque entre les pays par-delà la frontière desquels un enfant a été enlevé. Il faut noter qu'elle ne s'applique que si les deux pays concernés l'ont signée et ratifiée. Au Canada cependant, les articles 282 et 283 du Code criminel prévoit que c'est un acte criminel que d'enlever un enfant pour en priver son père ou sa mère.

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* est la loi provinciale qui permet à la Société d'aide à l'enfance d'intervenir quand un enfant est victime de sévices ou de négligence. Nombre de participants à l'étude ont exprimé leur préoccupation au sujet des sévices physiques sur la personne d'enfants. Les actes de violence contre un enfant constituent un crime et, à ce titre, tombent dans la catégorie des matières qui ne sont pas susceptibles d'arbitrage.

Cette loi impose à toute personne, quelle que soit sa source d'information, l'obligation d'alerter la Société d'aide à l'enfance si elle soupçonne qu'un enfant est victime de négligence, de sévices physiques, de sévices sexuels, ou ne jouit pas des soins conformes aux normes parentales minimales⁸¹. Il s'agit là d'une obligation légale qui s'applique à tous. En outre, toute personne qui travaille avec les enfants commet une infraction si elle ne signale pas ses soupçons de sévices ou de négligence à l'égard d'un enfant. Nombreux sont ceux qui font partie de la catégorie de gens qui peuvent être poursuivis en justice faute de le faire : professionnels de la santé, avocats, enseignants, directeurs d'école, travailleurs sociaux, conseillers familiaux, prêtres,

⁸⁰ Soumission, OWJN (non datée).

⁸¹ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C.11, art. 72.

rabbins, membres du clergé⁸². Bien que ces dispositions ne s'appliquent pas expressément aux médiateurs ou aux arbitres, il est probable que la plupart des professionnels de la résolution extrajudiciaire de différends relèvent de l'une des professions expressément visées. Ils seraient tenus à la même obligation dans l'exercice de leurs fonctions de médiateur ou d'arbitre.

Les règles relatives à la discipline corporelle des enfants sont devenues plus claires depuis la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*⁸³. Il a été jugé que les parents ne sont justifiés de donner des coups à leurs enfants, âgés de 2 à 12 ans, qu'à titre de correction, sans les frapper à la tête ou au visage et sans l'aide d'aucun objet. Les enseignants peuvent avoir raisonnablement recours à la force pour expulser un élève de la salle de classe ou pour assurer l'observation des instructions, mais n'ont pas le droit de frapper les enfants sous leur garde.

La succession en Ontario

En Ontario, la succession revêt deux formes : la succession en exécution d'un testament ou succession testamentaire, et la succession sans testament ou succession ab intestat. Il y a succession partiellement ab intestat quand le testament ne couvre qu'une partie de l'héritage. La fraction visée par le testament se transmettra conformément à celui-ci, et celle qui n'est pas couverte sera soumise aux règles de succession ab intestat. Qu'il y ait disposition testamentaire, succession ab intestat ou partiellement ab intestat, le patrimoine du conjoint décédé peut faire l'objet d'une réclamation par le conjoint survivant sous le régime de la *Loi sur le droit de la famille*, si ses biens familiaux nets sont supérieurs à ceux de ce dernier⁸⁴.

Autrement dit, la personne qui fait un testament peut y inclure ou en exclure qui il veut, sous réserve de la revendication faite par le conjoint survivant en application de la *Loi sur le droit de la famille* ou de la demande d'aliments des personnes à charge contre le patrimoine. Les enfants nés hors mariage sont inclus dans la définition de personnes à charge dans la *Loi portant réforme du droit des successions*⁸⁵. À ce titre, ils ont une créance prioritaire sur le patrimoine au titre des aliments de personnes à charge.

En outre, les catégories de personnes visées sont interprétées comme s'entendant également des personnes qui relèvent de ces catégories respectives, que la parenté soit l'effet du mariage ou non⁸⁶. Ainsi, si le testament dispose : « Je lègue mes économies à mes neveux et mes nièces à parts égales », cette disposition embrasse les neveux et les nièces nés hors mariage et non reconnus. Cependant, un testament peut exclure expressément les personnes nées hors mariage. Dans ce cas, il

⁸² *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C.11, art. 72(5)(b).

⁸³ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P.G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

⁸⁴ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, c. F.3, art. 5(2).

⁸⁵ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 57.

⁸⁶ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 1(1), *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 1(1).

disposerait par exemple : « Je lègue mes économies, à parts égales, à mes neveux et mes nièces issus du mariage de leurs parents respectifs ».

Tous les enfants héritent de leurs parents biologiques ou adoptifs, sauf disposition testamentaire contraire. Si l'enfant a encore droit aux aliments (c'est-à-dire s'il est toujours une personne à charge), il a une créance prioritaire contre le patrimoine de ses parents avant que ce dernier ne soit distribué. Les enfants d'un premier lit peuvent être des personnes à charge et peuvent revendiquer les aliments, mais n'héritent pas de plein droit du père ou de la mère.

La préoccupation qu'ont exprimée certains participants au sujet de la possibilité d'exclure certaines catégories d'individus de l'héritage selon le droit islamique des personnes perd de son acuité dans le contexte du régime des successions de l'Ontario. La loi ontarienne des successions permet déjà aux gens d'exclure qui ils veulent de leur testament, dans la mesure où le testament est valide et où des dispositions ont été prises pour le conjoint marié et les personnes à charge. Par ailleurs, en cas de succession ab intestat, différentes règles s'appliquent. Dans ce cas, la loi vise à assurer une distribution équitable du patrimoine faute d'instructions du défunt. Cette règle s'applique également à toutes les successions ab intestat.

Dans le cas où quelqu'un meurt intestat, la *Loi portant réforme du droit des successions* fait fonction de code pour la distribution de son patrimoine. Ainsi, la première personne à considérer comme son parent le plus proche est son conjoint légalement marié⁸⁷. Si celui-ci est le seul parent le plus proche, il hérite de l'intégralité du patrimoine. S'il y a d'autres parents proches, le conjoint a droit à la « part préférentielle », c'est-à-dire la première tranche de 200 000 \$ de la valeur de la succession.

Si la valeur de la succession est inférieure à la part préférentielle (200 000 \$), le conjoint du défunt hérite de l'intégralité du patrimoine même s'il y a d'autres parents proches⁸⁸. La distribution du reliquat en sus de la part préférentielle se fait comme suit. S'il y a un enfant, celui-ci et le conjoint le partagent par moitié⁸⁹. S'il y a plus d'un enfant, le conjoint a droit à un tiers du reliquat en sus de la part préférentielle, le restant est divisé entre les enfants⁹⁰. En cas de succession partiellement ab intestat, tout legs laissé au conjoint sera pris en compte dans le calcul de la part préférentielle⁹¹.

Si le défunt ne laisse ni femme ni enfants, son patrimoine est divisé par moitié entre ses père et mère⁹². S'il n'y a ni conjoint ni enfants ni père et mère survivants, l'héritage passe aux frères et sœurs du défunt ou, s'ils sont morts, à leurs enfants⁹³. S'il n'y a pas de famille immédiate, l'héritage passe aux nièces et aux neveux à parts égales⁹⁴. Au-

⁸⁷ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 44.

⁸⁸ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 45(1).

⁸⁹ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 46(1).

⁹⁰ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 46(2).

⁹¹ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 45(3)a).

⁹² *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(3).

⁹³ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(4).

⁹⁴ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(5).

delà, l'héritage passe à parts égales au niveau suivant de parenté selon la table de consanguinité⁹⁵. Enfin, s'il n'y a aucun héritier, le patrimoine du défunt intestat est dévolu à la Couronne⁹⁶.

Il est donc clair que sous le régime de la loi ontarienne, les successions testamentaires peuvent être organisées comme on l'entend, à l'exclusion de qui on veut, pourvu que des dispositions suffisantes soient prévues pour le conjoint marié et les personnes à charge. Ainsi, si un testament est établi conformément aux diktats du droit islamique des personnes et s'il est valide au regard de la loi ontarienne, il n'y a aucune raison de l'ignorer sous le régime de la loi ontarienne. Les successions ab intestat sont distribuées conformément à la loi, à condition que l'affaire soit portée à la connaissance de la justice. Cela signifie que, pour que la justice puisse être saisie d'une irrégularité en la matière, il faut que quelqu'un porte plainte, tout comme dans n'importe quelle action civile.

⁹⁵ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(6), (8).

⁹⁶ *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, c. S.26, art. 47(8).