

## QUESTIONS DE DROIT JUDICIAIRE EN MATIÈRES FAMILIALES AU CANADA

Dominique GOUBAU

SUMARIO: I. *La justice contentieuse au sein des tribunaux.* II. *Justice négociée et formes alternatives de règlement des conflits.* III. *L'enfant et la justice familiale.*

Comme dans tous les pays occidentaux, le droit de la famille a considérablement et rapidement évolué au Canada dans le courant des 25 dernières années. Les caractéristiques de ces transformations multiples sont bien connues et ont amplement retenu l'attention de la doctrine. La spécificité du contentieux familial a donné naissance à un droit procédural particulier qui, lui aussi, a suscité depuis longtemps déjà l'intérêt des auteurs à travers le monde, notamment en ce qui concerne l'importante question du rôle du juge dans la famille. Là encore, les grandes tendances sont bien connues et amplement documentées.

Depuis quelques années, l'évolution du droit judiciaire canadien de la famille a cependant connu une remarquable accélération à la faveur d'une idée toute simple, mais désormais élevée au rang de dogme, selon laquelle le contentieux familial doit être le moins contentieux possible.

La décision judiciaire *imposée* apparaît généralement comme la solution à éviter ou, à tout le moins, la solution de dernier recours. Cela se traduit non seulement par un engouement bien ancré pour les modes non judiciaires de règlement des conflits, mais aussi par de nouveaux aménagements du processus judiciaire lui-même.

Des impératifs d'efficacité, de célérité et d'économie entraînent aujourd'hui d'importantes réformes du droit commun de la procédure ci-

vile et celles-ci ont à leur tour un impact considérable sur les procédures en matières familiales.

L'objet du présent rapport est de décrire les grandes lignes des réformes récentes du droit procédural de la famille et de dégager, dans la mesure du possible, les tendances qui semblent se dessiner pour un avenir prochain.

Toutefois, une remarque préalable s'impose lorsqu'il s'agit de décrire le droit canadien du contentieux familial, car celui-ci s'inscrit dans le contexte particulier du partage constitutionnel des compétences législatives au Canada. Il convient donc de souligner, très brièvement, certains éléments d'ordre constitutionnel.

La fédération canadienne unit dix "provinces" fédérées et trois "territoires", auquel s'ajoute le pouvoir central fédéral. Les provinces détiennent la compétence en matière de droits civils, ce qui couvre en principe le droit familial. Cependant, de larges pans de ce droit relèvent pourtant du pouvoir fédéral a qui fut historiquement attribué une compétence exclusive en matière de conditions de fond du mariage, de divorce et de droit pénal familial.

Ainsi, un conflit portant sur la séparation conjugale ou sur la garde d'un enfant, s'inscrira soit dans le cadre juridique fédéral soit dans celui de la province, selon qu'il s'agit de divorce plutôt que de simple séparation. La situation se complexifie du fait que l'organisation judiciaire relève des deux paliers de gouvernement alors que la procédure civile est de compétence provinciale.

L'étude du droit de la famille et de la procédure familiale au Canada est, dès lors, un exercice compliqué qui nécessite la prise en compte de ces différentes sources législatives. Il y a donc, en matière de contentieux familial, autant de réponses possibles qu'il y a de juridictions différentes. Mais il n'en demeure pas moins que partout au Canada prévaut le système procédural traditionnel accusatoire de *common law* et qu'au-delà des différences techniques réelles entre les législations provinciales, les principes d'organisation et de fonctionnement judiciaires sont globalement assez ressemblant d'une province à l'autre. Dans le présent rapport nous traiterons essentiellement de la situation qui prévaut au Québec, tout en référant de temps en temps à la législation des autres provinces canadiennes.

## I. LA JUSTICE CONTENTIEUSE AU SEIN DES TRIBUNAUX

### 1. *Juridictions compétentes et organisation judiciaire*

Sept des dix provinces canadiennes ont fait le choix de créer un tribunal unifié de la famille au sein d'une division de la Cour supérieure.<sup>1</sup> Au Québec, les matières familiales sont, pour l'essentiel, de la compétence de la Cour supérieure et ne relèvent donc pas d'un tribunal spécialisé. Cependant, l'adoption, la protection de la jeunesse et la plupart des affaires de criminalité familiale et juvénile sont des matières confiées à un autre tribunal, la Cour du Québec. Le débat sur l'opportunité de rassembler l'ensemble du contentieux familial, au sens large, à un tribunal unifié et spécialisé, est récurrent depuis plus de trente ans<sup>2</sup> et trouve de nombreux partisans.<sup>3</sup> Des raisons budgétaires et constitutionnelles ont toutefois fait obstacle à ce projet jusqu'à ce jour, en dépit des appels répétés en faveur d'une telle solution.<sup>4</sup> Par conséquent, au Québec, seule l'adoption, la protection de la jeunesse et la délinquance juvénile sont confiées à des juges véritablement spécialisés. L'impact négatif de l'absence de spécialisation formelle des juges dans le contentieux familial (divorce, garde, etc.) ne doit pourtant pas être surestimé car en réalité, outre le fait que plusieurs d'entre eux étaient des avocats spécialisés en droit familial avant d'accéder au banc, les autres juges acquièrent assez vite, par la force des choses, une bonne

<sup>1</sup> Pour un exemple, voir la loi de l'Ontario: *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43. Dans cette province, le tribunal unifié de la famille est constitué d'un noyau de juges spécialisés qui y sont affectés en permanence et qui sont secondés par d'autres juges de la Cour supérieure sur une base temporaire. Ces tribunaux ont compétence sur les différentes matières civiles familiales, tant celles de juridiction provinciale que fédérale.

<sup>2</sup> Gouvernement du Québec, Conseil des affaires sociales et de la famille, *La question du Tribunal de la famille*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1976.

<sup>3</sup> Déjà au début des années 70, l'Office de Révision du Code civil proposait la création d'un tribunal québécois de la famille: ORCC, Comité du tribunal de la famille, *Rapport sur le tribunal de la famille*, Montréal, 1975.

<sup>4</sup> Baudouin, J. L., "L'évolution du droit canadien: égalité, protection et judiciarisation", dans *Famille et Justice*, dir. M. T. Meulders-Klein, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 184-185. À plusieurs reprises des comités d'étude ont conclu à la nécessité de créer un tribunal unifié de la famille au Québec, mais ces propositions sont restées lettre morte: Ministère de la Justice, *Rapport du groupe de travail sur la création et l'organisation d'un Tribunal de la famille au Québec*, Québec, 1981; Ministère de la Justice, *Rapport sur la révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, juillet 2001, pp. 66-72.

expérience en la matière puisque le contentieux familial représente près de 50% du volume d'affaires de la Cour supérieure.

En première instance le tribunal est constitué d'un juge unique alors qu'au niveau d'appel, le banc est formé de trois juges. Théoriquement le procureur général (ministère public) pourrait jouer un rôle dans le contentieux familial puisqu'il a un pouvoir d'intervention dans les affaires touchant l'application d'une disposition d'ordre public.<sup>5</sup> Mais en pratique, le procureur général n'intervient pour ainsi dire jamais dans les dossiers de droit familial sauf, bien entendu, lorsque la validité constitutionnelle d'une loi est contestée par un justiciable.<sup>6</sup> Il n'y a donc pas au Canada de tradition de participation du ministère public dans les affaires matrimoniales et familiales.

La Cour supérieure dispose d'un service d'expertise psychosociale qui, dans les affaires impliquant des enfants, peut fournir au tribunal un rapport d'expertise. Ce service est gratuit mais l'expertise doit être ordonnée par le tribunal sur consentement des parties. L'impact d'une telle expertise sur l'issue des débats est considérable. Les études démontrent, en effet, que les tribunaux suivent généralement les conclusions des experts.<sup>7</sup> Le problème majeur rencontré par ce service est celui des délais.<sup>8</sup> Les parties peuvent préférer engager à leurs frais leur propre expert,<sup>9</sup> tout comme le juge peut de sa propre initiative ordonner, aux frais des parties, une expertise qu'il estime nécessaire.<sup>10</sup> La question de la prolifération des expertises en matières familiales fait l'objet d'une attention particulière depuis quelques années. Une commission d'étude chargée par le gouvernement québécois d'évaluer l'ampleur de cette problématique a toutefois permis de constater récemment qu'il n'y avait pas réellement surmultiplication des

<sup>5</sup> Le juge peut, dans ces cas, ordonner d'office la signification des procédures au procureur général (article 97 C.p.c.).

<sup>6</sup> Article 95 C.p.c.

<sup>7</sup> En ce sens, voir Cloutier, A., "The Conciliatory Function of the Superior Court", (1985), *Civil Justice Quarterly*, pp. 342, 352.

<sup>8</sup> Un comité réunissant des représentants de la magistrature et du Barreau faisait récemment le constat d'un inquiétant allongement des délais de production des rapports d'expertise en matière de droit de garde et de droit d'accès (parfois jusqu'à un an), Ministère de la Justice, *Rapport sur l'expertise en matière familiale*, Québec, 1999.

<sup>9</sup> À noter toutefois que pour les personnes économiquement défavorisées répondant aux critères d'admissibilité aux services de l'Aide juridique, les frais d'expertise sont assumés par l'État.

<sup>10</sup> Article 414 (2) *Code de procédure civile* (ci-après C.p.c.).

QUESTIONS DE DROIT JUDICIAIRE EN MATIÈRES FAMILIALES 401

expertises<sup>11</sup> et que le nombre de dossiers où les parties font appel à des experts semble même diminuer.<sup>12</sup> En matières familiales, une des difficultés majeures en matière d'expertise, est celle des rapports contradictoires. Pour répondre à cet obstacle, la réforme de la procédure de 2002 a codifié une règle prévue dans les “règles de pratique de la Cour supérieure” qui permet au tribunal d'ordonner aux experts ayant produit des rapports contradictoires, de se réunir (en présence des parties et de leurs avocats) “afin de concilier leurs opinions, de déterminer les points de vue qui les opposent” et de faire rapport dans un délai déterminé.<sup>13</sup>

Traditionnellement, le contentieux familial relève du seul *forum* judiciaire. L'arbitrage est formellement prohibé dans ce secteur du droit.<sup>14</sup> De plus, jusqu'à récemment il n'existait aucune instance administrative vouée au règlement de certains aspects du contentieux familial. Cependant, depuis la réforme des règles de fixation des pensions alimentaire pour enfants en 1997, qui a amené l'instauration d'un système de calcul assez mécanique des montants alimentaires (voir *infra*), une première ouverture a été réalisée vers la création d'instances administratives visant à faciliter les opérations de fixation et, surtout, de révision des pensions alimentaires pour enfants. La loi fédérale sur le divorce prévoit que les provinces peuvent, avec l'accord du gouvernement fédéral, créer un “service provincial des aliments pour enfants” dont le rôle est d'aider le tribunal à fixer le montant des pensions alimentaires pour enfants et de prendre en charge l'actualisation et la modification des montants prévus dans l'ordonnance.<sup>15</sup> Jusqu'à ce jour, seule la province de Terre-neuve s'est prévalu de cette possibilité en créant le *Child Support Service*.<sup>16</sup> Mais la plupart des autres provinces canadiennes, dont le Québec, étudient très sérieusement la possibilité de mettre en place un tel service administratif de révision des pensions alimentaires. Certaines d'entre elles ont mis sur pied des projets pilote afin d'évaluer l'efficacité d'un tel système. Le Nouveau-Brunswick, par exemple, a créé en octobre 2002 le *Child Support Variation Service* (CSVS).

<sup>11</sup> Ministère de la Justice, *Rapport sur l'expertise en matière familiale*, Québec, 1999.

<sup>12</sup> Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette tendance: le coût des expertises privées, l'augmentation des dossiers qui se règlent par le biais de la conciliation ou de la médiation.

<sup>13</sup> Article 413.1 C.p.c.

<sup>14</sup> Article 2639 C.c.Q.

<sup>15</sup> *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2e. suppl.), article 25.1.

<sup>16</sup> *Western Child Support Service Regulations under the Family Law Act* (O.C. 2002-2014).

Ce service gratuit fonctionne à titre expérimental pour une période de six mois dans le district de St-John et permet aux parties de rencontrer un officier conciliateur dans le mois qui suit leur demande de modification d'une pension alimentaire pour enfants.<sup>17</sup> La réforme des règles de fixation des pensions alimentaires semble donc avoir pour conséquence logique le transfert de ce contentieux, du forum judiciaire vers le forum administratif. Si la tendance se maintient, les tribunaux n'interviendraient plus, dans le contentieux de la révision des ordonnances alimentaires pour enfants, qu'en tout dernier recours.

## 2. *Fonctionnement et procédure*

*Le rôle des acteurs.* Au Canada (et cela inclut le Québec) les débats judiciaires se déroulent selon le système accusatoire de la *common law*. Selon l'expression consacrée, "les parties sont maîtres de la procédure". Le rôle traditionnel du juge est caractérisé par une certaine retenue, en ce qu'il consiste essentiellement à évaluer la preuve présentée par les plaideurs et à trancher les différends qui peuvent surgir dans le cadre de l'administration de la preuve. Cependant, en matières familiales deux principes s'imposent: le premier est que lorsqu'il s'agit de dire le droit, l'objectif d'équité est primordial et le second veut que lorsqu'il s'agit d'organiser les relations personnelles à venir (ce qui est un volet important du contentieux familial), l'exercice judiciaire en devient essentiellement un de pondération des intérêts et de protection de l'intérêt des enfants. Cela a, comme on le sait, un impact considérable sur le déroulement de l'instance. Ainsi, le rôle du juge est depuis longtemps plus actif en matières familiales qu'en matières civiles ou commerciales et le débat judiciaire y emprunte tant au système accusatoire qu'au système inquisitoire. L'exemple du droit québécois est révélateur à cet égard.<sup>18</sup> Le juge est invité, en effet, à jouer un rôle actif dans l'administration de la preuve. Ainsi, en dépit du fait que l'enquête demeure de la responsabilité première des parties, le tribunal peut, à chaque instant de l'instruction, ordonner d'office la production de toute preuve additionnelle et il peut prendre l'initiative de faire venir les

<sup>17</sup> Site du Ministère de la Justice du Canada: <http://canada.justice.gc.ca/en/ps/sup/news/112002/112002.html> (consulté le 6 mai 2003).

<sup>18</sup> Goubau, D., "Incidences de la réforme du droit de la famille sur le rôle des juges au Québec", (1988), *Revue générale de droit*, pp. 393-411.

QUESTIONS DE DROIT JUDICIAIRE EN MATIÈRES FAMILIALES 403

personnes dont il estime le témoignage utile, de même qu'il peut convoquer ceux dont les intérêts pourraient être touchés par le jugement à venir.<sup>19</sup> En dehors du contentieux familial, le juge ne peut participer de la sorte à l'administration de la preuve. Tout au plus peut-il signaler des lacunes dans la preuve et permettre aux parties de la combler.<sup>20</sup> L'essence du débat contradictoire ne s'en trouve pas pour autant évacué car, d'une part, les parties demeurent les premières responsables de l'administration de la preuve et, d'autre part, elles gardent le droit de contre-interroger les témoins dont le tribunal aurait d'office ordonné la comparution.

Dans l'analyse du rôle du juge en matières familiales, on ne peut passer sous silence que le système juridique canadien reconnaît le principe du contrôle de la validité constitutionnelle des lois, par les tribunaux de droit commun. Le juge siégeant en matières familiales peut, dès lors, être amené à se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions législatives.<sup>21</sup> C'est ainsi, par exemple, que le droit familial a connu, au cours des dernières années, une remarquable évolution au chapitre de l'égalité (égalité entre les hommes et les femmes, entre les couples mariés et non mariés, entre les enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance, entre les couples hétérosexuels ou homosexuels,<sup>22</sup> etc.) et que cette évolution s'est essentiellement réalisée sous l'impulsion des tribunaux. Si l'on ajoute à cela que le système juridique canadien reconnaît, dans une tradition toute anglo-saxonne, une grande autorité au précédent judiciaire, on peut affirmer que le juge, même en matières familiales, est un producteur de normes et donc un important acteur dans le processus de transformation du droit familial.

Dans sa tâche la plus courante, celle qui consiste à appliquer des règles de droit univoques à des faits prouvés, le juge canadien assume un rôle qui reflète les transformations qu'a connu le droit familial substantif au cours de quinze dernières années. Nous ne reprendrons pas ici tous les aspects de cette évolution pendant cette période charnière et ne retiendrons que les éléments dont l'impact est le plus significatif sur la pratique judiciaire.

<sup>19</sup> Article 815.1 C.p.c.

<sup>20</sup> Article 292 C.p.c.

<sup>21</sup> Bala, N., "The Charter of Rights & Family Law in Canada: A New Era, 2001, 18 *C.F.L.Q.* 373.

<sup>22</sup> Une série d'arrêts de la Cour suprême des dernières années ont ainsi provoqué, au nom du principe de non-discrimination, des changements radicaux en droit familial, que ce soit au chapitre du statut des conjoints de fait (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418) ou des couples homosexuels (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3).

Le premier élément concerne l'élargissement des motifs de divorce et l'abolition de l'incidence de la faute conjugale. Depuis 1986, le divorce peut être obtenu pour le simple motif que les époux ne cohabitent plus depuis un an. Il s'agit du motif invoqué dans 90% des cas.<sup>23</sup> Certes, le divorce par consentement mutuel n'est pas reconnu. Cependant, dès lors qu'une demande de divorce peut être présentée conjointement par les deux époux pour cause de séparation d'un an et que cette demande peut être accompagnée d'une convention réglant toutes les conséquences du divorce, il est possible d'affirmer que le divorce par consentement mutuel existe *de facto*. De plus, depuis 1986, la notion de faute a été complètement évacuée en ce qui concerne les accessoires du divorce. Ainsi, les motifs du divorce n'ont plus aucune conséquence sur l'organisation du droit de garde et du droit de visite ou sur le droit alimentaire des conjoints. L'impact de cela, sur le plan judiciaire, est une diminution draconienne du nombre d'affaires de divorce contestées. On s'entend généralement pour situer ce chiffre autour de 4% seulement.<sup>24</sup> Et ces contestations portent sur les conséquences du divorce plutôt que sur les motifs. Le juge apparaît donc bien plus comme l'organisateur des effets du divorce que comme l'instance permettant ou non le démariage juridique.

Un second élément tient au caractère central de la notion d'intérêt de l'enfant qui, comme l'affirmait la Cour suprême du Canada en 1987, est devenue "la pierre angulaire du droit familial",<sup>25</sup> avec le résultat que l'on sait sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire des juges et sur l'importance des expertises en matière de garde et d'accès. La reconnaissance de la primauté de l'intérêt de l'enfant a clairement contraint le juge canadien, à l'instar de ses collègues des autres pays occidentaux, à un dialogue permanent avec les experts des sciences du comportement.

Le troisième élément qui mérite d'être souligné est celui d'un remarquable mouvement législatif en faveur d'une plus grande protection du conjoint économiquement défavorisé au moment de la rupture. Cette tendance a nettement favorisé un plus grand activisme prétorien dans le contentieux conjugal, notamment lorsqu'il s'agit de contrôler le caractère financièrement équitable des conventions de séparation.

<sup>23</sup> Payne, J. D., *Payne on Divorce*, 3a. ed., Toronto, Carswell, 1993.

<sup>24</sup> Canada, Department of Justice, *Evaluation of the Divorce Act: Phase II: Monitoring and Evaluation*, Ottawa, May 1990.

<sup>25</sup> *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244.



QUESTIONS DE DROIT JUDICIAIRE EN MATIÈRES FAMILIALES 405

Finalment, il faut mentionner la tendance du droit canadien à “objectiver” les normes en matières familiales,<sup>26</sup> ce qui a pour résultat que les justiciables en arrivent généralement à la signature de conventions négociées et que le contentieux “dure” est en nette diminution. Plus les balises légales sont claires, moins les parties ont intérêt à soumettre leur litige à la décision des tribunaux. Cette objectivation des normes entraîne également un certain rétrécissement de la discrétion judiciaire dans le domaine patrimonial, même si malgré tout, d’importantes portes de sortie permettent généralement l’exercice de la discrétion judiciaire lorsque l’application aveugle des règles préétablies entraîne une injustice.

Cette importante caractéristique du droit familial canadien contemporain, se retrouve tant en matière de partage de biens, que de pensions alimentaires pour enfants et, peut-être bientôt, de pensions alimentaires pour conjoints. Ainsi, depuis 1997, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tous opté pour un système de fixation des pensions alimentaires pour enfants, basé sur des barèmes fixes, avec la claire intention de limiter la discrétion judiciaire, de diminuer les coûts reliés à la fixation judiciaire des pensions alimentaires et de stimuler le règlement consensuel des conflits en la matière. On augmentait ainsi le degré de prévisibilité des ordonnances alimentaires, tout en aménageant des soupapes de sécurité bien définies qui permettent au tribunal de s’écarter des règles de fixation. C’est le cas, par exemple, lorsqu’il s’agit de tenir compte des obligations alimentaires qu’a un débiteur envers des enfants d’une première union ou, encore, lorsqu’il convient de tenir compte de frais atypiques (c’est-à-dire des frais reliés à des besoins que ne rencontrent pas tous les enfants, comme les soins liés à un handicap). Le résultat est assez probant si l’on en croit les différentes études publiées sur la question. Ainsi, une étude menée récemment dans la province de Québec, démontre que la grande majorité des intervenants (avocats, travailleurs sociaux, médiateur, magistrats) sont d’avis que depuis l’introduction des nouvelles règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants, les dossiers se règlent plus rapidement et plus facilement et qu’il y a moins de contestations.<sup>27</sup> En ce

<sup>26</sup> Goubau, D., “L’objectivation des normes en droit de la famille: une mission possible” (1998) 1 *Revue trimestrielle de droit familial*, pp. 7-31.

<sup>27</sup> Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, *Rapport du Comité de suivi du modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants, Québec*, mars 2000. Selon cette étude, le taux de dossiers contestés s’élève, pour les années 1997 et 1998, à 16%.

qui concerne les ordonnances de pensions alimentaires entre époux, elles font de plus en plus l'objet de critiques semblables à celles qui ont entraîné, dans les années 1990, la mise en place de barèmes pour la pension des enfants. Même si les principes théoriques sous-jacents à l'obligation alimentaire ont été clairement dégagés par la Cour suprême et qu'à bien des égards ces principes peuvent être qualifiés d'avant-gardistes, il n'en demeure pas moins que, dans la pratique quotidienne, les montants accordés par les tribunaux de première instance semblent fluctuer de façon considérable selon le décideur et que ces montants sont, de l'avis de certains, nettement insuffisants.<sup>28</sup> L'imprévisibilité des décisions judiciaires entraîne un sentiment généralisé d'insatisfaction et d'insécurité et on voit s'amorcer au Canada un débat sur l'opportunité d'introduire un nouveau système de fixation des pensions alimentaires pour conjoints, basé sur des lignes directrices qui limiteraient sensiblement le champ de la discrétion judiciaire en la matière.<sup>29</sup>

Quant à la question du partage des biens en cas de dissolution du mariage, à peu près toutes les provinces canadiennes disposent de législations imposant le partage automatique des biens à caractère familial (*family assets*). Le cas du Québec est une bonne illustration de cette tendance législative. En effet, depuis 1989, le Code civil du Québec prévoit, parmi les effets obligatoires du mariage, la création d'un "patrimoine familial", composé des biens familiaux les plus importants (résidences familiales principale et secondaires, les meubles meublant, les véhicules motorisés à usage familial et les régimes de retraite). En cas de dissolution du mariage, les parties détiennent automatiquement un droit de créance équivalent à 50 pour cent de la valeur des biens constituant le patrimoine. Des calculs complexes permettent d'en calculer avec précision la valeur nette partageable.<sup>30</sup> En cas de litige, le rôle du tribunal se limite pour l'essentiel à s'assurer de l'exactitude du calcul des valeurs partageables. La discrétion judiciaire

<sup>28</sup> Gordon, M., "Spousal Support Guidelines and the American Experience: Moving Beyond Discretion", (2002), 19, *Canadian Journal of Family Law* 247, 252: "Although Canada's conceptual and theoretical developments in spousal support may be, at least philosophically, far more progressive and unified than those south of the border, there is a concern that the practical application of our current law is inconsistent, unpredictable, and frequently driven by the sensibilities of individual judges".

<sup>29</sup> Gordon, M., "Spousal Support Guidelines and the American Experience: Moving Beyond Discretion" (2002), 19, *Canadian Journal of Family Law*, pp. 247-343.

<sup>30</sup> Article 417 et 418 C.c.Q.

QUESTIONS DE DROIT JUDICIAIRE EN MATIÈRES FAMILIALES 407

n'est pas pour autant évacuée mais elle est limitée au pouvoir d'ordonner un partage inégal pour les cas où il résulterait une injustice du partage égal "compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux".<sup>31</sup> La jurisprudence des dernières années a toutefois limité cette possibilité à des situations exceptionnelles.<sup>32</sup> Les règles du partage automatique de la valeur des biens familiaux, quel que soit le régime matrimonial choisi par les parties, ont une influence directe sur certains autres recours, comme l'obligation alimentaire ou la prestation compensatoire, puisque les parties bénéficient d'emblée du partage égalitaire des principales valeurs accumulées pendant le mariage. Or dans le cadre de ces autres recours, le pouvoir discrétionnaire des juges est traditionnellement très large. Le partage automatique du patrimoine familial a, dès lors, une incidence certaine sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire des juges en matière familiale.

Le survol du rôle du juge en matières familiales serait incomplet si l'on passait sous silence le volet "conciliation" qui prend depuis les années 80 une place de plus en plus considérable dans le processus judiciaire.<sup>33</sup> Nous aborderons cette importante question dans la section consacrée à la justice négociée (*infra*).

Mentionnons, finalement, qu'au Québec, dans un souci de respect de la vie privée, les audiences en matières familiales se tiennent à huis clos<sup>34</sup> et l'anonymat des parties doit être respecté, en ce sens qu'aucune information permettant d'identifier une partie ne peut être publiée.<sup>35</sup>

*Voies d'exécution et sanctions.* En dépit du fait que dans le système anglosaxon, qui préside à l'organisation judiciaire au Canada, les décisions de justice sont traditionnellement revêtues d'une grande autorité et que le non respect des ordonnances judiciaires peuvent donner lieu à une condamna-

<sup>31</sup> Article 422 C.c.Q.

<sup>32</sup> *Droit de la famille-1395* (1993), R.J.Q. 1659 (C.A.); *Droit de la famille-2656*, (1997) R.D.F. 275 (C.S.).

<sup>33</sup> Cloutier, A., "The Conciliatory Function of the Superior Court" (1985), *Civil Justice Quarterly*, 342-358.

<sup>34</sup> Article 13, al. 2 C.p.c. Sur décision du tribunal, les journalistes peuvent cependant assister aux audiences.

<sup>35</sup> Article 815.4 C.p.c. C'est la raison pour laquelle les recueils de jurisprudence, au Québec, ne mentionnent jamais le nom des parties en matière familiale.

tion pour outrage au tribunal, l'ineffectivité des décisions de justice en matière de droit de garde, de droit d'accès et de droit alimentaire, est un problème récurrent depuis de nombreuses années.<sup>36</sup> Certes, la possibilité d'une condamnation pour outrage au tribunal est réelle,<sup>37</sup> mais l'analyse de la jurisprudence révèle clairement qu'en matières familiales les juges hésitent à recourir à ce mécanisme extrême. En matière de droit de garde et de droit d'accès, l'effectivité des décisions de justice est plutôt assurée par la règle du droit à la révision. En effet, les ordonnances de garde et d'accès, comme toutes les décisions concernant le bien-être des enfants, peuvent être révisées à tout moment par le tribunal si les circonstances le justifient.<sup>38</sup> La possibilité d'une modification, voire d'une suppression, du droit de garde ou du droit d'accès, agit dès lors comme la meilleure garantie de respect des ordonnances judiciaires.

En matière alimentaire, le non-respect des décisions de justice est devenu un problème social d'une ampleur telle, que toutes les provinces canadiennes ont mis en place des procédures administratives visant à assurer le paiement effectif des pensions.<sup>39</sup> Au cours des dernières années, sept

<sup>36</sup> Deleury, E., "Effectivité et ineffectivité des décisions de justice en matière matrimoniale: un exemple d'ineffectivité totale, le non-paiement de pensions alimentaires" (1985), 26 C. de D., pp. 921-950.

<sup>37</sup> Selon l'article 50 du *Code de procédure civile* du Québec, "Est coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal". La sanction est une amende (maximum 5000\$) et/ou une peine de prison (maximum un an). Pour des exemples de condamnation pour outrage en matières familiales, voir *Droit de la famille-386*, (1987) R.D.F. 291 (C.S.); *Droit de la famille-1120* (1987) R.D.F. 478 (C.S.); *Droit de la famille-1615* (1992) R.D.F. 399 (C.S.); *Droit de la famille-1795* (1993) R.D.F. 342 (C.S.); *Droit de la famille-3674* (2000) R.D.F. 493 (C.S.). En pratique, la condamnation dépasse rarement 60 jours d'emprisonnement; en ce qui concerne les amendes elles se situent généralement entre 150\$ et 500\$.

<sup>38</sup> Article 612 C.c.Q.

<sup>39</sup> *Programmes d'exécution des ordonnances de pension alimentaire:*

Colombie-Britannique: <http://www.fmep.gov.bc.ca>

Manitoba: <http://www.gov.mb.ca/justice/family/familyindex.html>

Nouveau-Brunswick: <http://www.gnb.ca/0062/fsos/index-f.asp>

Terre-Neuve: <http://www.gov.nf.ca/just/civil/support.htm>

Nouvelle-Écosse: <http://www.gov.ns.ca/just/maint.htm>

Territoires du Nord-Ouest: <http://www.justice.gov.nt.ca/publicservices/maintenance.htm>

Nunavut: <http://www.gov.nu.ca/Nunavut/English/phone/justice.shtml>

Île-du-Prince-Édouard: <http://www.gov.pe.ca/courts/supreme/maintenance/index.php3>

Ontario: <http://www.gov.on.ca/CSS/page/services/fro/frohomef.htm>

QUESTIONS DE DROIT JUDICIAIRE EN MATIÈRES FAMILIALES 409

provinces et un territoire ont également adopté un programme de refus ou de suspension des permis de conduire comme mesure de sanction en cas de non-paiement des pensions alimentaires.<sup>40</sup> Pour sa part, le gouvernement fédéral administre un programme de suspension des permis (notamment d'aviation), de même qu'un programme de refus ou de suspension des passeports dans le but de faciliter l'application des programmes d'exécution des ordonnances alimentaires des provinces et des territoires.<sup>41</sup> Par ailleurs, la plupart des provinces et territoires ont adopté ou adopteront dans le courant de l'année 2003, une nouvelle approche en matière de coopération interjuridictionnelle visant à faciliter et à accélérer le traitement des demandes de modification ainsi que du paiement de pensions alimentaires dans les dossiers où les parties ne résident pas dans la même juridiction.<sup>42</sup> Au Québec, la perception et le paiement des pensions alimentaires est, depuis 1995, confié au ministère du Revenu (responsable de la collecte des impôts).<sup>43</sup> La mise en place de ce système de perception automatique et quasi-universel des pensions alimentaires par l'État, était motivée par le constat selon lequel, à l'époque, près de 55% des pensions étaient impayées ou n'étaient payées que partiellement.<sup>44</sup> Désormais les montants de pensions alimentaires doivent, sauf exception, être versés au ministère qui, à son tour, en assure le paiement auprès des créanciers. De plus, la loi ac-

Saskatchewan: [http://www.gov.sk.ca/commonq/questions.html?m/\\_Maintenance-Enforcement-Office](http://www.gov.sk.ca/commonq/questions.html?m/_Maintenance-Enforcement-Office)

Yukon: <http://www.gov.yk.ca>

<sup>40</sup> L'Île-du-Prince-Édouard, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario, le Manitoba, la Saskatchewan, l'Alberta, la Colombie-Britannique et le Yukon.

<sup>41</sup> Moyer, S., *La suspension ou le refus d'autorisation, nouvelle mesure d'exécution des pensions alimentaires pour enfants*, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2001, 74.

<sup>42</sup> Nouveau-Brunswick: *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien*, Chapitre I-12.05; Manitoba: *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances alimentaires*, C.P.L.M. c. I60; Colombie-Britannique: *Interjurisdictional support orders act*, Bill 23-2002; Alberta: *The Interjurisdictional Support Orders (ISO) Act*, chap. I-3.5 2002; Manitoba: *The inter-jurisdictional support orders act*, S.M. 2001, c. 33; Ontario: *Interjurisdictional Support Orders Act*, 2002 S.O. 2002, c. 13.

<sup>43</sup> Mentionnons qu'au Québec, le montant des pensions alimentaires est soumis à une indexation annuelle automatique, ce qui en garantit la valeur et évite aux créanciers de devoir s'adresser aux tribunaux pour faire ajuster leur pension au coût de la vie (article 590 C.c.Q.).

<sup>44</sup> Fortin, J. M., "La Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires", dans Collectif, *Droit de la famille québécois*, Farnham, CCH Ltée, 2002, pp. 6431 et ss.

corde au ministère du Revenu le monopole des mesures d'exécution des ordonnances alimentaires, ce qui signifie que les particuliers ne peuvent plus prendre l'initiative de recours judiciaires ou de saisies en cas de non-paiement.<sup>45</sup> La loi prévoit un système d'avances en cas de retard dans les paiements par le débiteur,<sup>46</sup> mais les plafonds sont plutôt bas puisque la loi limite les avances à au plus trois mois et jusqu'à concurrence de 1500\$.<sup>47</sup>

## II. JUSTICE NÉGOCIÉE ET FORMES ALTERNATIVES DE RÈGLEMENT DES CONFLITS

Comme nous l'avons souligné plus haut, l'atteinte d'un règlement consensuel des conflits familiaux est devenu un objectif primordial du droit de la famille et du droit procédural de la famille. Dans cet esprit, la législation canadienne sur le divorce impose aux avocats d'attirer l'attention de leurs clients sur les dispositions légales visant la conciliation, la médiation et la négociation. Les avocats ont également l'obligation légale de discuter avec leurs clients de l'opportunité de recourir à ces modes de règlement des conflits.<sup>48</sup> Récemment, la Cour suprême du Canada a établi qu'un des objectifs impérieux de la *Loi sur le divorce*, est de favoriser le règlement amiable et définitif des affaires entre époux. La Cour suprême donne ainsi désormais aux conventions portant sur les obligations alimentaires entre ex-époux, un poids plus important que jamais et elle limite considérablement les possibilités d'obtenir la modification judiciaire de telles ententes négociées librement.<sup>49</sup> Une telle limitation ne s'applique toutefois pas aux ententes impliquant des enfants, puisque les tribunaux, en leur qualité de garants du respect de l'intérêt et des droits de l'enfant, ont à l'égard de ces ententes un pouvoir de révision permanent.

L'objectif d'évitement des débats judiciaires sur le mode *adversarial* et la mise en lumière, notamment par l'apport des autres disciplines, des avan-

<sup>45</sup> *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, L.R.Q. , c. P. 2.2.

<sup>46</sup> *Idem*, article 36.

<sup>47</sup> Approx. 1000 euros.

<sup>48</sup> *Loi sur le divorce*, précitée, article 9.

<sup>49</sup> *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24 (17 avril 2003). La Cour suprême pose un certain nombre de conditions qui viennent réduire les possibilités de "réouverture" des ententes négociées.

tages matériels et non matériels découlant de la conclusion d'ententes, expliquent la popularité croissante des modes dits *alternatifs* de règlement des conflits. Le droit a pris acte de ces pratiques en émergence et les encadre désormais de façon très structurée.

### 1. *La conciliation*

La mission de conciliation des tribunaux en matières familiales existe depuis le début des années 1980 mais jusqu'à récemment elle se limitait essentiellement à jauger la probabilité que les parties puissent en arriver elles-mêmes à un règlement négocié de leurs différends. Ce rôle s'exprimait pour l'essentiel dans le pouvoir accordé aux juges d'ajourner l'instruction des dossiers et d'inviter les parties à tenter la voie de la conciliation.<sup>50</sup> Au Québec du début des années 1990, la nécessité d'une voie alternative au procès traditionnel, souvent jugé trop lent et trop onéreux sur le plan tant financier qu'émotionnel, a donné à la conciliation un attrait nouveau. La magistrature, le Barreau et le ministère de la Justice se sont engagés dans des projets pilotes de conciliation judiciaire, en première instance et en appel, visant tous les domaines de contentieux.<sup>51</sup> Les parties soumettent, sur une base volontaire, leur litige à la conciliation d'un juge dont le seul rôle est de les aider à dénouer leur conflit. En cas d'échec, le juge conciliateur est automatiquement exclu du dossier qui procède alors, devant un autre juge, selon les voies ordinaires du débat judiciaire contradictoire. L'expérience fut un succès tel,<sup>52</sup> que le législateur québécois fit de la conciliation judiciaire un des volets majeurs de sa réforme du code de procédure en 2002.<sup>53</sup> La "conférence de règlement à l'amiable" constitue une étape légale du processus judiciaire et la conciliation fait donc désormais partie intégrante de la fonction judiciaire. À toutes les étapes de l'instance, le juge en chef peut, à la demande des parties,

<sup>50</sup> Article 496 et 504 C.c.Q.

<sup>51</sup> À l'exception, toutefois, du droit constitutionnel et du droit criminel pour lesquels l'avenue de la conciliation n'a pas encore été explorée sérieusement.

<sup>52</sup> Le taux de succès de la conciliation en Cour d'appel avoisine les 80 pour cent (Thibeault, F., "Le juge: être de dialogue", communication au Colloque Claire L'Heureux-Dubé, Québec, mars 2003, non publié).

<sup>53</sup> Bousquet, F., *Réforme du Code de procédure civile*, Montréal, Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, 2003, pp. 35 et ss.

désigner un juge qui présidera une conférence de règlement à l'amiable. Le but d'une telle conférence, qui se tient à huis clos, est "d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes".<sup>54</sup> Les parties déterminent avec le juge les règles et le calendrier de leur processus de conciliation. Le contenu des débats est confidentiel et ne pourra pas être mis en preuve en cas d'échec de la conciliation. En cas d'accord, celui-ci est immédiatement homologué par le tribunal. Dans le cas contraire, le juge-conciliateur se dessaisit du dossier.<sup>55</sup> Ce mécanisme volontaire de conférence de règlement à l'amiable, semble particulièrement bien adapté au contentieux familial. Il est cependant trop tôt pour en évaluer l'impact concret puisqu'il n'est utilisé que depuis 2001. Les statistiques démontrent cependant que la conciliation permet un substantiel gain de temps.<sup>56</sup> Les autres provinces canadiennes sont moins avancées dans cette nouvelle voie. Il existe cependant des projets pilotes, comme en Colombie-Britannique où, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2002, toutes les demandes de pensions alimentaires et de mesures provisoires en matières familiales, doivent passer par l'étape obligatoire d'une *judicial case conference* dont l'objet est notamment d'explorer, sous la présidence d'un juge, les possibilités de règlement non judiciaire du conflit. Cette conférence permet également aux parties et au juge d'établir le calendrier de la procédure.<sup>57</sup>

Le souci d'accélérer le déroulement des procédures judiciaires, notamment en matières familiales, a amené le législateur québécois à introduire un autre mécanisme, celui de "la gestion d'instance" (*case management*). Dès l'introduction de l'instance, les parties ont l'obligation de produire une entente sur le déroulement de l'instance. Cette entente doit porter notamment sur les moyens préliminaires, les mesures de sauvegarde (mesures provisoires urgentes), les modalités et les délais de communication des pièces et des déclarations, les conditions des interrogatoires, les experti-

<sup>54</sup> Article 151.16 C.p.c. La possibilité d'une conférence de règlement à l'amiable est également prévue au niveau de la Cour d'appel (article 508.1 C.p.c.).

<sup>55</sup> Article 151.18, 151.22 et 151.23 C.p.c.

<sup>56</sup> En moyenne, le temps consacré aux séances de conciliation représente à peine 10% du temps que les parties avaient réservées dans le cadre de l'audition future de leur dossier (selon les chiffres obtenus le 13 mai 2003 au bureau de l'Hon. P. Vezina, j.c.s.).

<sup>57</sup> Le projet pilote doit durer deux ans et est prévu par les règles de procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (Rule 60. Family Law Judicial Case Conference Pilot Project, B.C. Reg. 83/2002, Sch. S.8).



ses, les incidents prévisibles, les délais de production des différentes procédures.<sup>58</sup> À défaut d'entente, le tribunal détermine lui-même les délais et les modalités applicables au déroulement de l'instance. On assiste ainsi, pour des motifs d'efficacité, à un renforcement de la mainmise du tribunal sur le déroulement et sur l'échéancier des procédures, ce qui, en contexte judiciaire anglo-saxon, constitue un remodelage remarquable du rôle du juge.

## 2. La médiation

La pratique de la médiation est solidement ancrée au Canada, particulièrement en droit familial, depuis près de vingt ans déjà. Au Québec, la médiation familiale est même devenue la voie privilégiée de règlement des conflits familiaux.<sup>59</sup> Dans le courant des années 1990, le gouvernement du Québec a jonglé avec l'idée de rendre la médiation familiale obligatoire,<sup>60</sup> ce qui donna lieu à une levée de boucliers, surtout de la part du Barreau. Finalement, le législateur opta, en 1997, pour l'imposition d'une séance d'information sur la médiation à tous les conjoints qui ont des enfants et qui entendent soumettre aux tribunaux un différend soit sur une question relative à un enfant, soit sur une question concernant l'obligation alimentaire ou un droit patrimonial. Aucune demande en justice ne peut plus être entendue tant que les parties n'ont pas d'abord assisté à cette séance d'information.<sup>61</sup> Cette séance est animée par un médiateur, dûment accrédité par une des organismes professionnels reconnus à cette fin.<sup>62</sup> L'objectif de

<sup>58</sup> Article 151.1 et ss. C.p.c.

<sup>59</sup> Laurent-Boyer, L., "La médiation familiale: définition, cadre théorique, bienfaits pour la famille et étude de modèles, dans Collectif, *La médiation familiale*, Cowansville, éd. Y. Blais, 1998, 3; Charrette, N., "La médiation familiale en droit québécois", dans *Points de droit familial*, dir. Beaulne, J., et Verwilghen, M., Coll. Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1997, p. 185.

<sup>60</sup> En Ontario, les règles de procédure civile établissent un programme de médiation obligatoire à l'égard des actions civiles, autres que les causes de droit de la famille (Règle 24.1 des *Règles de procédure civile*).

<sup>61</sup> À moins d'en avoir été dûment dispensé pour un motif sérieux (article 814.10 C.p.c.). Ce motif peut être lié au déséquilibre des forces en présence, à la violence conjugale, à la capacité physique ou psychique d'une partie, à la distance géographique, etc. L'absence non justifiée peut donner lieu à une condamnation aux dépens judiciaires (article 814.12 C.p.c.).

<sup>62</sup> Les organismes dont les membres peuvent être accrédités comme médiateurs sont: le Barreau, la Chambre des notaires, l'Ordre des conseillers d'orientation, l'Ordre des psychologues, l'Ordre des travailleurs sociaux et les Centres de protection de l'enfance et

cette obligation est d'inciter le plus possible de justiciables à choisir la voie de la médiation. À cet égard, le Québec, à l'instar d'autres provinces canadiennes,<sup>63</sup> a mis sur pied un système de médiation gratuite. Lorsque les parties font le choix de tenter la médiation, elles bénéficient des services gratuits d'un médiateur accrédité pendant six séances (incluant la séance d'information obligatoire); ce nombre est de trois lorsqu'il s'agit de demandes en révision.<sup>64</sup>

De plus, le tribunal a, en cours d'instruction, le pouvoir de forcer les parties à faire une tentative de médiation, que ce soit avec un médiateur du Service de médiation de la Cour supérieure ou avec un médiateur privé (et accrédité) choisi par les parties. Dans ce cas, les parties ont l'obligation d'entreprendre le processus de médiation dans les 20 jours de l'ordonnance qui les y contraint. Dans le délai déterminé par le tribunal (maximum 90 jours), le médiateur doit transmettre son rapport au juge et faire ainsi état du succès ou de l'échec du processus de médiation. En pratique, les juges exercent très rarement le pouvoir d'ordonner la médiation.<sup>65</sup>

Afin de ne pas entraver les discussions et les négociations, la loi garantit le secret du contenu de la médiation. Ce qui a été dit par les parties au cours des séances de médiation, n'est pas recevable en preuve dans une procédure judiciaire sans l'accord formel de toutes les parties.<sup>66</sup>

Il ressort des rapports des médiateurs déposés dans les dossiers judiciaires, que le taux de succès de la médiation est de près de 75%, en ce sens que trois dossiers sur quatre aboutissent à la signature d'une entente.<sup>67</sup>

de la jeunesse. L'accréditation dépend essentiellement de conditions relatives à la formation multidisciplinaire et à l'expérience *Règlement sur la médiation familiale*, D. 1686-93 (1993), 125, *Gazette Officielle* Partie II, 8648.

<sup>63</sup> Pour la médiation familiale "subventionnée" en Ontario, où des services de médiation en matière de droit de la famille sont offerts dans l'ensemble des 17 tribunaux de la Cour de la famille, on consultera: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/family/policies.asp>.

<sup>64</sup> *Règlement sur la médiation familiale*, D. 1686-93 (1993), 125, *Gazette Officielle*, Partie II, 8648. La médiation se déroule dans le respect des règles établies par le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale (COAMF): *Guide de normes de pratique en médiation familiale*, Montréal, 1998 (révisé mai 2001).

<sup>65</sup> De tous les dossiers de médiation, moins de un pour cent (1%) sont initiés par une telle ordonnance judiciaire (Gouvernement du Québec, *Deuxième rapport du Comité de suivi sur l'implantation de la médiation familiale*, Québec, juin 2001, p. 34).

<sup>66</sup> Article 815.3 C.p.c.

<sup>67</sup> Gouvernement du Québec, *Deuxième rapport du Comité de suivi sur l'implantation de la médiation familiale*, Québec, juin 2001.

Logiquement, les parties devraient ensuite demander au tribunal d'entériner leur entente par ordonnance judiciaire. Cette étape est souhaitable car il entre dans la mission du tribunal de veiller à ce que le contenu des ententes soit conforme à l'intérêt et aux droits des enfants touchés par celles-ci. En ce sens, la médiation familiale devrait être une voie de règlement des conflits *complémentaire* à la voie judiciaire. Des enquêtes récentes révèlent, toutefois, que dans presque 50% des cas où les parties ont bénéficié de la médiation financée par l'État, les conjoints ne judiciarisent pas leur dossier.<sup>68</sup> Pour eux, la médiation constitue un mode parallèle autonome et peut-être suffisant.<sup>69</sup> Ce constat semble se confirmer ailleurs au Canada.<sup>70</sup>

### 3. *Le droit familial "collaboratif"*

L'expression "droit collaboratif" est une mauvaise traduction de l'anglais (*collaborative law*), mais elle est désormais entrée dans le vocabulaire judiciaire canadien et elle désigne une pratique dont le succès est indéniable depuis le début des années 2000. Il s'agit d'un nouveau modèle de résolution de conflits mené par des avocats spécialement formés, par lequel les avocats et leurs clients signent un contrat dans lequel ils s'engagent à négocier à quatre le règlement de leur différend et à ne pas judiciariser le dossier à cette étape. La spécificité de cette méthode réside dans le fait que si les négociations échouent, les avocats collaborateurs sont obligés de se retirer du dossier et qu'ils ne peuvent plus représenter ces clients.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>69</sup> Cette affirmation devra sans doute être nuancée, dans la mesure où plusieurs de ces dossiers finiront tout de même un jour devant les tribunaux. Une étude menée par le Ministère de la Justice du Québec est actuellement en cours afin de déterminer les raisons qui amènent un nombre important de justiciables à retarder la judiciarisation de l'entente signée à l'issue d'un processus de médiation, quand elles n'y renoncent pas définitivement.

<sup>70</sup> Une étude récente démontre que plus d'un tiers des pensions alimentaires pour enfant au Canada, fait l'objet d'une entente "privée" sans que les parties ne passent par le forum judiciaire (Marcil-Gratton, N., et Le Bourdais, C., *Garde des enfants, droit de visite et pensions alimentaires: Résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1999. Disponible sur le site web de Justice Canada: <http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/sup/pub/anlsc.pdf>.

<sup>71</sup> Fagerstrom, D., *Divorce: A problem to be solved not a battle to be fought*, Orinda (California), Brockwood, 1997; Tessler, P. H., "Collaborative Law: What it is and why Family Attorneys Need to Know About it, (1999) 13 *American Journal of Family Law*, pp. 215-225; Thompson, P., and Nurse, A. R., "Collaborative Divorce: A New, Interdisciplinary Approach (1999), 13, *American Journal of Family Law*, pp. 226-234.

De plus, les avocats s'engagent à ne pas user des méthodes de négociation dites "agressives" propres au débat judiciaire. Cette nouvelle façon de faire, qui a commencé au Minnesota (USA), est bien implantée dans les provinces canadiennes de l'Alberta, de l'Ontario, du Manitoba et de la Colombie-Britannique. La création d'une association de droit collaboratif au sein de l'Association du Barreau canadien, témoigne bien de la popularité de cette tendance. Au Québec, le droit collaboratif commence également à attirer sérieusement l'attention des avocats familialistes.<sup>72</sup> Le fait que les avocats s'engagent à ne pas représenter les clients en cas d'échec des négociations, est présenté par les partisans de cette approche comme un important avantage, permettant ainsi le déroulement de négociations dégagées de la menace du litige judiciaire puisque la seule fonction des avocats est la réalisation d'un règlement. Les avocats dits "collaboratifs" et leurs clients mettent tout en œuvre pour que la menace de recourir au tribunal ne devienne pas une tactique de négociation. Dans la médiation, les parties tentent d'atteindre un accord grâce à l'intervention d'un tiers et elles soumettent ensuite cette entente à leurs conseillers respectifs. Le droit collaboratif s'en distingue par le fait que les conseillers juridiques accompagnent leur client du début à la fin du processus. Certaines associations de droit collaboratif, comme celle de Vancouver, regroupent des juristes, des psychologues et des planificateurs financiers, offrant ainsi aux parties la possibilité de négocier avec des équipes multidisciplinaires.<sup>73</sup>

Il est trop tôt pour évaluer l'impact ou même pour prédire le succès qu'aura cette nouvelle approche au Canada. Louable initiative d'implantation d'une nouvelle méthode de règlement non contentieux des conflits ou tentative de récupération, par les avocats, d'un contentieux qui, depuis l'avènement de la médiation, leur échappe en partie, l'avenir le dira. La pratique du droit familial collaboratif semble en tout cas une nouvelle illustration de la tendance très nette en faveur de la déjudiciarisation dans ce domaine du droit.

<sup>72</sup> Ainsi, le Barreau du Québec consacre une partie du programme de son congrès annuel de 2003 à l'étude de cette nouvelle forme de résolution des conflits.

<sup>73</sup> Le site web du Continuing Legal Education Society of British Columbia: [http://www.cle.bc.ca/CLE/Analysis/Collection/01-5027401-collaborativelaw#\\_Toc526749557](http://www.cle.bc.ca/CLE/Analysis/Collection/01-5027401-collaborativelaw#_Toc526749557).

### III. L'ENFANT ET LA JUSTICE FAMILIALE

Le Canada a une solide tradition en matière des droits de l'enfant, notamment en ce qui concerne le droit des enfants de faire valoir leur point de vue dans les procédures judiciaires qui les concernent et le droit à la représentation par avocat. A ce chapitre, l'adoption de la *Convention internationale sur les droits de l'enfant de 1989* n'apportait aucune nouveauté, tant il est vrai qu'au Canada la parole et la représentation de l'enfant trouvaient déjà une consécration réelle dans les législations provinciales de droit judiciaire. Nous aborderons certains aspects de ces questions, en prenant essentiellement appui sur l'exemple du droit québécois.

#### 1. La parole de l'enfant dans le contentieux familial

*Le témoignage.* Il est aujourd'hui incontestable que lorsque son âge le permet, les désirs de l'enfant sont un important facteur dans la détermination de son intérêt. De nombreuses législations provinciales énoncent cet élément dans leur définition de la notion de l'intérêt de l'enfant.<sup>74</sup> S'il est clair que la volonté de l'enfant ne s'impose jamais au tribunal, la pratique judiciaire canadienne démontre que les juges accordent un poids considérable aux désirs de l'enfant à partir de l'âge de dix ans lorsqu'il s'agit de droit de garde et de droit d'accès et que le discours de l'enfant est bien articulé.

En général, les désirs de l'enfant sont transmis au tribunal par un expert. Dans certaines provinces, les tribunaux semblent d'ailleurs réticents à entendre directement l'enfant.<sup>75</sup> Au Québec cependant, la loi prévoit que le tribunal a l'obligation de donner à l'enfant, qui le désire, l'occasion d'être entendu "si son âge et son discernement le permettent".<sup>76</sup> Dès lors que l'enfant a le discernement nécessaire, le tribunal ne peut donc lui refuser le

<sup>74</sup> Colombie-Britannique: *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, s. 24(1)(b); Manitoba: *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20, s. 2; Nouveau-Brunswick: *Children's Law Act*, S.N. 1988, c. 61, s. 31(2)(b); Ontario: *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 24(2)(b); Ile-du-Prince-Edouard: *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-33, s.8; Saskatchewan: *Children's Law Act*: S.S. 1990, c. C-8.1, s. 8(a)(vii); Yukon: *Children's Act*, R.S.Y. 1986, C. 22, S. 131(H).

<sup>75</sup> McLeod, J. G., and Mamo, A. A., *Annual Review of Family Law 2002*, Toronto, Carswell, 2002, 39-40.

<sup>76</sup> Article 34 C.c.Q.

droit de prendre la parole devant lui. Cette disposition fait écho à un constat que révèle une récente et vaste recherche menée à travers le Canada et qui démontre que les enfants insistent pour que leur voix soit mieux entendue dans le cadre du règlement judiciaire des conséquences de la séparation de leurs parents.<sup>77</sup>

Le témoignage des enfants est facilité par l'aménagement des règles d'audition. Ainsi, l'enfant peut se faire accompagner par une personne apte à l'assister et à le rassurer.<sup>78</sup> Le tribunal peut, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, interroger ce dernier sans la présence des parties, que ce soit dans la salle d'audience ou dans tout autre lieu jugé adéquat. Dans ce cas, les garanties du débat contradictoire sont pourtant préservées puisque les avocats assistent à l'audition et que celle-ci doit être sténographiée ou enregistrée.<sup>79</sup> On est donc loin de l'époque où le juge pouvait avoir avec l'enfant un tête-à-tête confidentiel dont le contenu échappait complètement au contrôle des plaideurs.

*Le droit d'action.* Dans les actions en justice, le mineur doit en principe être représenté par un tuteur.<sup>80</sup> Il existe cependant de nombreuses exceptions à ce principe. Le droit québécois reconnaît, en effet, une capacité importante au mineur "doué de discernement". Depuis une quinzaine d'années, on observe une tendance jurisprudentielle de plus en plus favorable au droit d'action et au droit d'intervention des enfants en matières familiales, particulièrement lorsque l'enjeu porte sur le droit de garde. C'est ainsi que la Cour d'appel du Québec n'hésite pas à rappeler régulièrement que le principe du respect des droits de l'enfant n'aurait aucune signification si l'on ne reconnaît pas à ce dernier un droit d'intervention et de représenta-

<sup>77</sup> Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Rapport sur les consultations fédérales-provinciales-territoriales*, Ottawa, 2001 et *Rapport fédéral-provincial-territorial final sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants. L'enfant d'abord!*, Ottawa, novembre 2002, pp. 24-25. Un projet de loi modifiant la *Loi sur le divorce* est actuellement à l'étude devant le Parlement canadien prévoyant notamment une définition détaillée de la notion d'intérêt de l'enfant qui inclut la prise en considération du "point de vue et les préférences de l'enfant, dans la mesure où ils peuvent être raisonnablement déterminés" (article 16.2 f nouveau).

<sup>78</sup> Article 394.3 C.p.c.

<sup>79</sup> Article 394.4 C.p.c. Une telle exigence est courante dans les autres provinces canadiennes également [voir l'exemple de l'Ontario: *Children's Law Reform Act*, précité, s. 64 (3) et (4)].

<sup>80</sup> Article 159 C.c.Q.

tion dans les dossiers judiciaires en matière de garde.<sup>81</sup> Le droit d'action est directement tributaire de la capacité factuelle de l'enfant et un tribunal ne pourrait refuser ce droit sans avoir d'abord évalué cette capacité, ce qui implique généralement qu'il le rencontre.<sup>82</sup> Il n'est donc question que de capacité et non pas d'opportunité à permettre l'action autonome (directe ou par voie d'intervention) du mineur en matière de garde ou de pension alimentaire, l'enfant ayant *de facto* l'intérêt juridique à intervenir en semblables débats.<sup>83</sup> Le droit d'action de l'enfant soulève dès lors la question du droit à la représentation.

## 2. La représentation de l'enfant dans le contentieux familial

L'enfant qui est suffisamment doué de discernement que pour pouvoir exercer un droit d'action autonome, a le droit à la représentation par avocat au même titre qu'un adulte.<sup>84</sup> Ce principe est solidement ancré dans la jurisprudence canadienne. Sujets de droit, les enfants ont un droit strict à la représentation, reconnu par les chartes des droits fondamentaux, ce qui implique qu'ils peuvent exercer ce droit, s'ils en ont la capacité en fait, en confiant le mandat de les représenter à un avocat de leur choix.<sup>85</sup> Par ailleurs, le droit québécois reconnaît, depuis plus de vingt ans, la possibilité pour les tribunaux de rendre, pendant l'instance, toute ordonnance utile pour assurer la représentation de l'enfant par avocat lorsqu'ils constatent que l'inté-

<sup>81</sup> *Droit de la famille-1549* (1992) R. J. Q. 855 (C. A.); *Droit de la famille, 1833* (1994), R.D.F. 9 (C. A.); *Droit de la famille-2224* (1995) R. D. F. 396 (C. A.); *M. F. c. J. L.* (2002) R. J. Q. 676 (C. A.).

<sup>82</sup> *Droit de la famille-2785* (1998), R. J. Q. 10, 21 (C. A.). Il est arrivé que des enfants de 8 ans, voire même de 5 ans, aient été autorisés à intervenir *proprio motu* dans des dossiers de garde.

<sup>83</sup> Tétrault, M., *La garde partagée. L'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le recours autonome de l'enfant*, Toronto, Carswell, 2000, pp. 228-229; *Droit de la famille-1833* (1994), R. D. F. 9 (C. A.).

<sup>84</sup> Il n'est question ici que du contentieux familial, à l'exclusion de celui de la protection de la jeunesse où la représentation de l'enfant est la règle.

<sup>85</sup> *Droit de la famille-2224* (1995), R. D. F. 396, 399 (C. A.); *Charte des droits et libertés de la personne*, L. R. Q., c. C-12, article 34. Dans certaines provinces (comme en Ontario), il existe au sein du ministère de la Justice un bureau de "l'avocat des enfants" (*Children's Lawyer Office*) dont la mission est de représenter les enfants devant les tribunaux (Wilson, J., *Wilson on Children and the Law*, Toronto, Butterworths, 2002, 6.18).

rêt d'un mineur dicte une telle mesure.<sup>86</sup> En pratique, les tribunaux recourent à cette mesure avec parcimonie.<sup>87</sup>

Le rôle de l'avocat d'enfant en matière familiale, demeure une question difficile et fait l'objet de nombreux débats au Canada.<sup>88</sup> Doit-il faire valoir les désirs exprimés par son client? Peut-il, au contraire, défendre sa propre vision de ce qui est dans l'intérêt d'un enfant? Au Québec, la Cour d'appel a récemment tranché cette question pour le cas des enfants jugés suffisamment matures. Dans ce cas, il est désormais clair que le rôle de l'avocat d'enfant n'est pas différent de celui d'un adulte et il doit faire valoir les volontés de son jeune client devant le tribunal. Un extrait d'un récent arrêt de la Cour d'appel mérite d'être cité à cet égard:

If a child is sufficiently mature to express himself on a vital question such as custody or access by his parents, then he has the right to be heard on that question and the right to have his wishes fairly put in evidence before the court. If the child has the capacity and the desire to express his wishes, then that is a fundamental right that must be respected by counsel who represents him, whether or not counsel may have a different personal opinion on the matter.<sup>89</sup>

Ce rôle n'est pas différent, que l'enfant ait lui-même mandaté l'avocat ou que l'avocat ait été désigné par le tribunal, dès lors que l'enfant est considéré comme suffisamment mature.

Le rôle de l'avocat d'un enfant incapable d'exprimer son opinion, est moins clair. Dans plusieurs provinces canadiennes, il s'agit d'un rôle s'ap-

<sup>86</sup> Lorsque le tribunal ordonne que l'enfant soit assisté d'un avocat, il peut statuer sur la fixation des honoraires et déterminer à qui en incombera le paiement (article 394.1 C.p.c.).

<sup>87</sup> *M. F. c. J. L.* (2002), R. J. Q. 676 (C. A.). Ajoutons que lorsque le tribunal constate que l'intérêt de l'enfant entre en conflit avec celui des parents, il doit lui nommer un tuteur *ad hoc* (article 394.2 C.p.c.). La jurisprudence interprète cependant cette disposition de façon très restrictive, faisant de la nomination du tuteur *ad hoc* en matière familiale, une mesure d'exception.

<sup>88</sup> Rappelons que les trois fonctions traditionnelles possibles de l'avocat d'enfant sont celle de procureur ordinaire, d'*amicus curiae* et de *guardian ad litem*. Voir, entre autres, Barreau du Québec, *La représentation des enfants par avocat*, Montréal, 1995; Andrews, H., and Gelsomino, P., "The Legal Representation of Children in Custody and Protection Proceedings: A Comparative View", dans Abella, R., et L'Heureux-Dubé, C., *Family Law: Dimensions of Justice*, Toronto, Butterworths, 1983, pp. 241-268.

<sup>89</sup> *M. F. c. J. L.* (2002), R. J. Q. 676, 682 (C. A.).



QUESTIONS DE DROIT JUDICIAIRE EN MATIÈRES FAMILIALES 421

parentant à celui d'un *amicus curiae*. Il est par contre certain que celui-ci, pas plus que l'avocat d'un enfant apte à s'exprimer, ne peut donner une opinion sur l'intérêt de l'enfant sans que cette opinion ne soit appuyée par la preuve présentée à l'audience. En d'autres mots, l'avocat d'enfant n'est jamais juge de l'intérêt de l'enfant, pas plus qu'il n'est témoin. L'avocat a le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins, de même qu'il peut faire procéder aux expertises utiles, mais il ne peut pas, sans le consentement de son client ou sans l'appui d'un élément de preuve (généralement une expertise), faire état des désirs de l'enfant ou proposer des solutions qu'il estime dans l'intérêt cet enfant.<sup>90</sup>

<sup>90</sup> La Cour d'appel de l'Ontario a souligné que l'avocat d'enfant n'a pas le droit de faire état de sa propre conception de l'intérêt de l'enfant: *Strobridge v. Strobridge* (1994), 4 R.F.L. 169 (Ont. C.A.).