

Le 28 avril 2014

Monsieur Maurice Vellacott
Député de Saskatoon - Wanuskewin
Chambre des communes
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

Objet : **Projet de loi C-560 - *Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle parental) et d'autres lois en conséquence***

Monsieur le Député,

Le Barreau du Québec a pris connaissance du projet de loi C-560, présenté à la Chambre des communes le 6 décembre 2013 et vous soumet ses commentaires.

Nous souhaitons rappeler l'intérêt constant démontré par le Barreau pour les questions, tant sociales que législatives, reliées au droit de la famille¹.

Commentaires généraux

Le projet de loi à l'étude a été précédé par le dépôt en 2009² et en 2002³ de deux autres projets portant également sur les notions d'ordonnance parentale et de responsabilité parentale. Ce dernier projet faisant suite à une réflexion pancanadienne qui s'est échelonnée sur plus d'une décennie.

En 2001, le Barreau du Québec, sur invitation du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, a participé à cette réflexion et à un colloque sur le sujet.

¹ Projet de loi 43 - *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac* (<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2009/20090609-43.pdf>);

Projet de loi C-38 - *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil* (http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2005/20050309_01.pdf);

Projet de loi 21 - *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière de fixation de pensions alimentaires pour enfants* (http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2004/20040323_01.pdf);

Commentaires du Barreau du Québec sur la *Loi concernant l'obtention et l'exécution réciproques des décisions en matière d'aliments* (P.L. 2) (<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2003/200311-aliments.pdf>);

Commentaires du Barreau du Québec sur le document de travail *Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe* (<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2003/200304-conjoints.pdf>).

² Projet de loi C-422 - *Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle parental) d'autres lois en conséquence.*

³ Projet de loi C-22 - *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence.*

Un mémoire a été produit à cette occasion⁴. Le rapport final du gouvernement canadien sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants intitulé « *L'enfant d'abord*⁵ » ainsi que le projet de loi C-22⁶ constituaient l'aboutissement de cette vaste consultation. Une des plus importantes conclusions ressortant de cette consultation concernait le rejet de toute présomption en matière de garde d'enfants et l'importance de maintenir le critère souple de l'intérêt de l'enfant accompagné du principe du parent amical⁷ et du principe du contact maximal⁸. Cette conclusion ralliait une forte majorité des participants à la consultation qui, rappelons-le, s'est adressée à plusieurs groupes sociaux et juridiques à travers tout le Canada.

Le projet de loi C-560 propose des modifications qui sont à l'opposé des conclusions de la consultation de 2001 en matière de garde d'enfant notamment. En effet, l'un des objectifs du législateur est d'introduire dans la *Loi sur le divorce* sous l'expression de « partage égal de la responsabilité parentale » une présomption d'autorité parentale conjointe et une présomption de garde partagée.

La présomption d'autorité parentale ne modifiera pas l'application de la *Loi sur le divorce* au Québec, qui se fait dans le respect du principe civiliste de l'autorité parentale conjointe post divorce, en dépit de la définition large que donne la loi du mot « garde⁹ ».

Par ailleurs, l'introduction d'une présomption de garde partagée est de droit nouveau et constitue un virage législatif important. Cette présomption ne pourra être écartée par le tribunal que s'il est démontré que l'intérêt de l'enfant serait considérablement mieux servi par un partage inégal du temps parental¹⁰.

Le Barreau du Québec est préoccupé par l'introduction de ce nouveau principe. Alors que la notion de l'intérêt de l'enfant est reconnue comme étant la pierre angulaire du droit de la famille¹¹, elle deviendrait insuffisante pour écarter la présomption de garde

⁴ Barreau du Québec, *Mémoire sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants*, juin 2001 : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2001/200106-gardepensions.pdf>.

⁵ Rapport final, ministère de la Justice (Canada) novembre 2002, ci-après nommé le « Rapport » : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/flc2002/pdf/flc2002.pdf>.

⁶ Projet de loi C-22 - *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence*.

⁷ La règle du parent amical (paragraphe 16(10) de la Loi sur le divorce permet au parent violent de perpétuer la violence à l'endroit du conjoint en empêchant celui-ci de prendre des mesures pour sa protection personnelle et celle de sa famille. Si le parent victime de violence tente de réclamer la garde exclusive assortie ou non d'un droit de visite limité ou sous supervision, il est perçu comme parent « non amical » : *Rapport sur les consultations fédérales-provinciales-territoriales* : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/cons/fpt_cons/p4.html.

⁸ L'actuel libellé de l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce* reprend ce principe : « (10) [Maximum de communication] en rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact. » : le « Rapport ».

⁹ *D.W. c. A.G. et Als*, 2003 *Can LII 47442* (Qc. C.A.).

¹⁰ Le nouvel article 16(5) proposé pour l'article 7(2) du Projet de loi C-560 - *Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle parental) et d'autres lois en conséquence*.

¹¹ Voir notamment la décision *C. (G.) c. V.-F.* (t) [1987] 2R.C.S. dans laquelle le juge Beetz réaffirmait que : « L'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. La réforme du droit de la famille mise de l'avant en 1980 par l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L. Q. 1980, c. 39, a consacré le caractère primordial du critère de l'intérêt de l'enfant. Le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le *Code civil* [...] ».

partagée. La preuve requise, selon la proposition législative, nécessitera la démonstration que l'intérêt de l'enfant serait « considérablement mieux servi par une garde exclusive ». Ainsi, le Barreau conclut que les tribunaux ne pourront s'écarter de cette présomption que dans des circonstances exceptionnelles. En cela, ce projet de loi va au-delà des législations des autres pays¹² connaissant une présomption de garde partagée où le critère de l'intérêt de l'enfant est suffisant pour écarter celle-ci.

Par ailleurs, le Barreau constate que parmi les modifications proposées par l'article 10 du projet de loi, le nouvel article 17.2 (2) prévoit que l'entrée en vigueur de la loi constituera un changement significatif de la situation de l'enfant permettant la modification d'une ordonnance de garde. Ainsi, toutes les ordonnances de garde exclusive pourront être soumises à une demande de révision au tribunal qui sera tenu d'appliquer la présomption de garde partagée. Il s'agit en quelque sorte de donner un effet rétroactif à la disposition législative, ce avec quoi le Barreau est en désaccord. En effet, le principe voulant que tout changement législatif n'affecte que les situations postérieures à l'adoption de ces changements a toujours été défendu par le Barreau¹³.

Parmi les autres modifications d'importance contenues à ce projet de loi, le Barreau note l'introduction d'une hiérarchisation des facteurs dont le tribunal doit tenir compte lorsqu'il rend une ordonnance parentale¹⁴. En d'autres mots, certains facteurs devront se voir accorder une importance plus grande que d'autres¹⁵. Le Barreau s'étonne que cette hiérarchisation relègue au second rang l'opinion de l'enfant et la violence familiale. Ainsi, le critère de contact maximal de l'enfant avec un parent l'emporterait sur l'opinion de cet enfant. Il s'agit d'un recul eu égard à l'évolution moderne du droit de la famille observée dans la plupart des pays occidentaux. Le Barreau ne peut appuyer un tel résultat et, par conséquent, s'oppose à cette modification.

Commentaires particuliers

Le Barreau du Québec vous soumet également certains commentaires particuliers concernant des articles spécifiques du projet de loi C-560.

Ces commentaires particuliers sont complémentaires à la réserve générale du Barreau du Québec à l'égard du principe du projet de loi C-560 et ne doivent pas être interprétés de manière à en circonscrire la portée.

¹² Par exemple, voir la législation belge (www.belgium.be).

¹³ Voir notamment les commentaires du Barreau du Québec concernant le projet de loi 43 - *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac* : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2009/20090609-43.pdf> (9 juin 2009) et communiqué du Barreau du 16 juin 1999 concernant le projet de loi 42 - *Loi concernant la construction par Hydro-Québec d'infrastructures et d'équipements par suite de la tempête de verglas survenue du 5 au 9 janvier 1998* : <http://www.barreau.qc.ca/actualites-medias/communiqués/1999/19990616.html>.

¹⁴ Art. 7(2) du projet de loi introduisant le nouvel article 16(14) c).

¹⁵ Art. 7(2) du projet de loi introduisant les nouveaux articles 16(15) et 16(16).

Article 1(3) du projet de loi

On y définit la notion de « membre de la famille ». Le Barreau note l'élargissement proposé de la définition de famille et craint que celui-ci crée ou envenime des conflits parentaux.

Au sous-paragraphe a) de la définition proposée, on mentionne la notion « d'union de fait ». Le Barreau croit qu'il y aurait lieu de définir cette notion afin de la clarifier. Au Québec, par exemple, en vertu des dispositions de la *Loi d'interprétation*¹⁶, la durée de vie commune n'est généralement pas considérée, par opposition aux lois fédérales, où l'implication dans une relation conjugale doit compter au moins une année¹⁷.

Finalement, si vous décidiez de procéder à l'amendement, il serait nécessaire de préciser la notion de « cousin » prévue au sous-paragraphe e) de la définition proposée, en indiquant le degré visé et d'inclure la fratrie issue du concept québécois de l'union civile.

Article 2 du projet de loi

Cet article définit l'objet de la loi qui consiste à assurer la dissolution expéditive et équitable du mariage et à pourvoir aux soins des enfants à charge.

Le Barreau s'inquiète de l'utilisation du qualificatif « expéditive ». Nous croyons qu'il serait erroné, pour des considérations reliées à la gestion administrative, d'occulter les particularités du droit de la famille eu égard aux impacts psychologiques sur les individus. Le Barreau avance que dans ce domaine de pratique, le temps peut devenir l'ami du bien. Les familles impliquées dans un processus de séparation doivent pouvoir, lorsque requis, bénéficier d'un temps leur permettant notamment, la reprise en main de leur vie. Il ne faudrait pas gérer de façon expéditive les aspects humains d'un divorce qui sont indissociables de ceux qualifiés de juridiques.

Article 4 du projet de loi

Cet article traite des devoirs de l'avocat, dont celui de mentionner à son client les possibilités de recourir à l'arbitrage. Nous comprenons que cette disposition ne concerne que les services disponibles.

¹⁶ L.R.Q., chapitre I-16, art. 61.1.

¹⁷ Voir par exemple la *Loi sur le partage des prestations de retraite*, L.C. 1992, c. 46, ann. II, la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, c. O.9, la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, c. 32 (2^e suppl.).

Ainsi, comme le *Code civil du Québec* prohibe formellement l'arbitrage en matière familiale¹⁸, nous concluons que le service n'étant pas disponible au Québec, l'avocat n'est pas tenu à cette obligation d'information.

Article 7 du projet de loi

Plusieurs modifications apportées par cet article méritent des commentaires. Pour plus de clarté, nous nous référerons aux numéros des textes proposés.

- Nouvel article 16(8) :

Cette disposition permettrait au tribunal, avec le consentement des époux, de nommer un médiateur ou un coordonnateur parental avec ou sans pouvoirs d'arbitrage pour les aider à exercer conjointement leur rôle parental. Les mêmes remarques que celles concernant l'article 4 s'appliquent. L'arbitrage en matière familiale étant légalement interdit au Québec, aucun pouvoir en ce sens ne peut être accordé par le tribunal.

- Nouvel article 16(12) :

Cette disposition traite du changement de résidence en indiquant que dans les cas où un changement mettrait en péril le respect d'une ordonnance parentale, le tribunal pourrait ordonner l'obtention d'un consentement écrit des deux époux préalablement à tout changement de résidence.

Le Barreau du Québec soutient que cette proposition est contraire aux enseignements de la Cour suprême du Canada¹⁹ qui souligne que le parent gardien a le droit de déménager et que ce n'est que dans les cas où le déménagement met sérieusement en péril le maintien du contact avec l'autre parent que la situation de l'enfant pourra être reconsidérée par un tribunal à la lumière de la nouvelle situation et de l'intérêt de l'enfant. Nous croyons que ce principe jurisprudentiel donne suffisamment de souplesse aux tribunaux pour permettre l'élaboration d'une solution adaptée à chaque situation.

- Nouvel article 16(13) :

Cette disposition permet au tribunal d'ordonner à un époux qui change de résidence de payer les frais reliés au maintien du partage du rôle parental antérieur à ce changement.

Le Barreau du Québec allègue que les objectifs de cet article sont déjà atteints par les règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants. Celles-ci ont été interprétées par les tribunaux comme permettant la prise en compte de ces frais par le biais des difficultés excessives.

¹⁸ Articles 2632 et 2639 du *Code civil du Québec*, L.O., 1991, chapitre 64.

¹⁹ *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27.

Le Barreau considère ce mécanisme adéquat pour répondre avec souplesse et, de façon complète, à cette problématique. Avec respect, nous sommes d'avis que cette modification est inutile.

- Nouvel article 16(15) d) :

Cette disposition établit les critères fondamentaux dont le tribunal doit tenir compte pour déterminer l'intérêt de l'enfant. À l'alinéa d), on retrouve la notion « d'aliénation de l'affection parentale ». Le Barreau souhaite mettre en garde le législateur sur l'opportunité d'introduire à la législation cette notion qui ne fait plus l'unanimité dans la communauté scientifique depuis plusieurs années²⁰.

Compte tenu de ce qui précède, le Barreau recommande d'omettre toute référence à cette notion dans les textes législatifs.

Article 8 du projet de loi

- Nouvel article 16.1 g) :

Cette disposition prévoit le contenu de l'ordonnance parentale. L'alinéa g) réfère à la procédure de résolution de différends à suivre en cas de besoin.

Le Barreau du Québec s'inquiète de la possibilité qu'une telle disposition puisse introduire l'idée d'une médiation obligatoire en matière familiale, ce à quoi nous nous opposons. Le principe du volontariat des époux comme condition préalable à leur participation au processus de médiation familiale a toujours été défendu par le Barreau, qui s'oppose à l'idée d'une médiation familiale imposée.

Espérant que ces commentaires seront utiles à votre réflexion, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Député, nos plus cordiales salutations.

La bâtonnière du Québec,

Johanne Brodeur, Ad. E.

JB/AVA/mj

Réf. 331

²⁰ Par exemple, la Cour d'appel de Londres et plusieurs tribunaux californiens ont souligné les lacunes scientifiques des travaux de Gardner qui est le psychologue à l'origine de la théorie sur l'aliénation parentale; la doctrine, tant aux États-Unis qu'en Angleterre, a mis en lumière le biais idéologique de cette « théorie ».