

L'INTERPRÉTATION DE LA NOUVELLE *LOI SUR LE DIVORCE* : LES RÈGLES D'INTERPRÉTATION LÉGISLATIVE ET LES OBSERVATIONS DU SÉNAT

Produit par Linda C. Neilson et Susan B. Boyd à des fins d'information publique¹
Le 8 mars 2020

Introduction

La [Loi sur le divorce](#), une loi fédérale, fera bientôt l'objet de modifications importantes². Par exemple :

- Les renvois à une ordonnance « de garde » et « d'accès » seront abrogés et remplacés par des renvois à une « ordonnance parentale ». Ce type d'ordonnance prévoit du temps parental et des responsabilités décisionnelles.
- Une définition de « violence familiale » sera ajoutée : paragraphe 2(1).
- Les tribunaux seront tenus d'accorder une attention particulière « au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs » de l'enfant pour déterminer l'intérêt de ce dernier : paragraphe 16(2).
- Une liste détaillée, quoique non exhaustive, de facteurs à considérer pour déterminer l'intérêt de l'enfant sera ajoutée : paragraphe 16(3).
- Les facteurs relatifs à la violence familiale devront obligatoirement être pris en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant : alinéa 16(3)j) et paragraphe 16(4).

Au nombre des autres modifications positives figurent : l'inclusion des termes « coercitif et dominant » dans la définition de « violence familiale »; le maintien de l'intérêt de l'enfant comme seul facteur à prendre en considération pour rendre des ordonnances parentales et des ordonnances de contact pour une personne autre qu'un époux; l'obligation de tenir compte du

¹ La professeure émérite Linda C. Neilson est associée de recherche au Centre Muriel McQueen Fergusson pour la recherche sur la violence familiale (CMMF) de l'Université du Nouveau-Brunswick. La professeure émérite Susan B. Boyd, Faculté de droit Peter A. Allard de l'Université de la Colombie-Britannique, est membre de la Société royale du Canada. Les auteures tiennent à remercier l'honorable Donna J. Martinson, c.r., LL.M. de ses commentaires de révision judiciaires. Les auteures autorisent expressément les sites Web de recherche dans les domaines du droit, de l'éducation et de la violence familiale à publier des copies du présent document pour usage public. Nous autorisons aussi les prestataires de services et les avocats en exercice à faire des copies du présent document à des fins professionnelles.

² [Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi](#), L.C. 2019, ch. 16 (sanctionnée le 21 juin 2019), auparavant le projet de loi C-78, doit entrer en vigueur à la date fixée par décret. Dans son site Web, le ministère de la Justice indique que cette date est le 1^{er} juillet 2020.

point de vue et des préférences de l'enfant pour déterminer l'intérêt de ce dernier; une nouvelle obligation prescrite par la loi selon laquelle les personnes ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard d'un enfant à charge doivent agir conformément à l'intérêt de l'enfant (article 7.1); une nouvelle obligation imposée aux tribunaux, conformément au paragraphe 7.8(2), de vérifier si l'une ou l'autre des parties est visée par une ordonnance civile de protection, une ordonnance relative à la protection de la jeunesse ou une ordonnance de nature pénale; de nouvelles dispositions régissant les changements du lieu de résidence ou les déménagements importants et autorisant la levée ou la modification des dispositions sur les avis lorsqu'il y a un risque de violence familiale (paragraphe 16.8(3) et (4) et 16.9(3) et (4)).

Il n'en demeure pas moins que, durant les délibérations de la Chambre des communes et du Sénat au sujet du projet de loi, de nombreux témoins ont proposé des changements visant à clarifier une partie des nouvelles dispositions, particulièrement en ce qui concerne la violence familiale, la violence sexospécifique et la violence faite aux enfants. Pour y donner suite, le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (ci-après le « comité ») a fait valoir qu'en raison de la dissolution imminente du Parlement, le Sénat n'avait pas « assez de temps pour apporter les amendements au projet de loi qui permettraient d'en clarifier l'interprétation³ », mais qu'il pouvait publier des observations pouvant servir de référence pour interpréter les nouvelles dispositions⁴. Par la suite, dans les [Observations au trente-quatrième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles](#) (ci-après les « observations »), le comité a documenté des renseignements supplémentaires du ministère de la Justice et il a formulé des commentaires quant à l'interprétation législative.

Nous avons rédigé ce mémoire afin de souligner l'importance des principes d'interprétation législative bien connus, notamment de la prise en compte des intentions du législateur et des [observations](#) du Sénat pour interpréter les modifications à venir à la *Loi sur le divorce*.

Règles d'interprétation législative

Nous commençons par une brève analyse des règles bien connues d'interprétation législative :

- **Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur⁵.**
- **Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.**

³ Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (2019), [Observations au trente-quatrième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles](#) (projet de loi C-78), p. 2.

⁴ Communication orale par vidéoconférence entre le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles à Ottawa, et Linda C. Neilson à Fredericton (Nouveau-Brunswick), le 5 juin 2019, durant les audiences du comité sur le projet de loi C-78.

⁵ E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28 (CanLII), [2003] 1 RCS 476, par. 20; *Rizo & Rizo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC), [1998] 1 RCS 27.

- **Dans le cas d'une loi fédérale, l'approche moderne d'interprétation des lois est confirmée par l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21.**

Par exemple, au paragraphe 20 de l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28 (CanLII), [2003] 1 RCS 476, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, a affirmé ce qui suit :

L'extrait suivant de E. A. Driedger dans son ouvrage Construction of Statutes (2^e éd. 1983), p. 87, constitue le point de départ pour l'interprétation des lois au Canada.

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

*Dans le cas d'une loi fédérale comme la loi en l'espèce, cette approche moderne d'interprétation des lois est confirmée par l'art. 12 de la Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, le juge Iacobucci).*

- **En matière d'interprétation législative, il faut présumer que les dispositions d'une loi forment un ensemble cohérent et fonctionnent en harmonie comme les diverses parties d'un tout. Chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet⁶.**

- **Le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. On qualifiera d'absurde une interprétation si elle est incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet du texte législatif.**

Par exemple, le juge Iacobucci de la Cour suprême du Canada, tel était alors son titre, a écrit au nom de la Cour au paragraphe 27 de l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC), [1998] 1 RCS 27 ce qui suit :

Selon un principe bien établi en matière d'interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes. D'après Côté, op. cit., on qualifiera d'absurde une interprétation [...] si elle est incompatible avec d'autres dispositions ou avec l'objet du texte législatif (aux pp. 430 à 432).

De plus, s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada, au paragraphe 28 de l'arrêt *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19 (CanLII), [2016] 1 RCS 306, les juges Gascon et Côté ont affirmé ce qui suit :

⁶ *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19 (CanLII), [2016] 1 RCS 306, par. 28, les juges Gascon et Côté s'exprimant au nom de la Cour.

*En matière d'interprétation législative, il faut présumer que les dispositions d'une loi forment un ensemble cohérent et fonctionnent en harmonie [TRADUCTION] « comme les diverses parties d'un tout » (Sullivan, p. 337). Autrement dit, « l'ensemble [contribue] au sens de chacun des éléments » et « chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet » (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et de M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 352).*

Le nouveau paragraphe 16(2) de la *Loi sur le divorce* prévoit ce qui suit :

Lorsqu'il tient compte des facteurs prévus au paragraphe (3), le tribunal accorde une attention particulière au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant.

Le nouveau paragraphe (3) de l'article 16 dresse une liste non exhaustive de facteurs à considérer pour évaluer l'intérêt de l'enfant, dont la présence de violence familiale, conformément à l'alinéa 16(3)j). Selon les règles d'interprétation législative et l'article 12 de la *Loi d'interprétation* dont il a été question précédemment, les facteurs relatifs à l'intérêt de l'enfant énoncés dans le nouveau paragraphe 16(3) de la *Loi sur le divorce* doivent être interprétés conformément à l'intention d'apporter une solution de droit et de manière compatible et conciliable avec les autres dispositions visant l'intérêt de l'enfant, en particulier les paragraphes 16(1) et 16(2). Selon le paragraphe 16(1), le tribunal doit tenir « uniquement compte de l'intérêt de l'enfant à charge lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact ». Le paragraphe 16(2) prévoit que le tribunal « accorde une attention particulière au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant » ainsi qu'à l'esprit de la *Loi* dans son ensemble. Autrement dit, aucun des facteurs relatifs à l'intérêt de l'enfant au paragraphe 16(3) ne doit être considéré ou interprété isolément.

Interprétation des nouvelles dispositions relatives à la violence familiale : le genre

L'une des modifications importantes apportées par le projet de loi est le fait que la violence familiale devient un facteur obligatoire à considérer dans l'intérêt de l'enfant. Au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur le divorce*, on entendra par violence familiale :

toute conduite, constituant une infraction criminelle ou non, d'un membre de la famille envers un autre membre de la famille, qui est violente ou menaçante, qui dénote, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant ou qui porte cet autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité ou celle d'une autre personne — et du fait, pour un enfant, d'être exposé directement ou indirectement à une telle conduite —, y compris :

- a) *les mauvais traitements corporels, notamment l'isolement forcé, à l'exclusion de l'usage d'une force raisonnable pour se protéger ou protéger quelqu'un;*
- b) *les abus sexuels;*
- c) *les menaces de tuer quelqu'un ou de causer des lésions corporelles à quelqu'un;*

- d) *le harcèlement, y compris la traque;*
- e) *le défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence;*
- f) *les mauvais traitements psychologiques;*
- g) *l'exploitation financière;*
- h) *les menaces de tuer ou de blesser un animal ou d'endommager un bien;*
- i) *le fait de tuer un animal, de causer des blessures à un animal ou d'endommager un bien.*

On peut supposer que le législateur souhaitait que la définition soit interprétée d'une manière compatible avec les réalités de la vie des enfants. Ces réalités comprennent la réalité sociale bien documentée selon laquelle la violence familiale est un phénomène lié au genre qui touche principalement les femmes et les enfants.

En ce qui concerne précisément le genre et l'interprétation de la *Loi sur le divorce*, la juge L'Heureux-Dubé a fait valoir en son nom et au nom des juges La Forest, Gonthier, Corey et Iacobucci, dans l'arrêt *Moge c. Moge*, 1992 CanLII 25 (CSC), [1992] 3 RCS 813, que la *Loi sur le divorce* doit être interprétée dans le contexte social où les femmes et les enfants sont désavantagés de façon disproportionnée. Elle a déclaré ce qui suit :

En outre, d'après les principes d'interprétation des lois, on doit supposer que le législateur est conscient du contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention : P.-A. Côté, Interprétation des lois (2^e éd. 1990), à la p. 392.

Quelques années plus tard, la juge L'Heureux-Dubé a déclaré dans l'arrêt *Willick c. Willick*, 1994 CanLII 28 (CSC), [1994] 3 RCS 670, en son nom et en celui des juges Gonthier et McLachlin :

L'interprétation des lois oblige les tribunaux à rechercher l'intention du législateur. Dans l'arrêt Moge c. Moge, 1992 CanLII 25 (CSC), [1992] 3 R.C.S. 813, notre Cour a souligné l'importance, dans cette recherche, du précepte selon lequel le législateur est censé connaître le contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention (p. 857). L'interprétation et l'application du droit de la famille, particulièrement en matière d'aliments, en conformité avec l'intention du législateur requièrent donc implicitement une sensibilité aux réalités sociales auxquelles sont confrontées les personnes les plus touchées : Moge, précité, à la p. 874.

De la même manière, on peut supposer que le législateur souhaitait que les nouvelles dispositions relatives à la violence familiale dans la *Loi sur le divorce* soient interprétées avec une sensibilité à la réalité sociale bien documentée selon laquelle les femmes et les enfants sont les plus gravement touchés par la violence familiale. Dans ses [observations](#), le comité a clairement exprimé l'incidence disproportionnée de la violence familiale sur les femmes et les enfants :

Le comité est conscient de la nature sexospécifique de la violence familiale et note que la majorité des victimes de violence conjugale – tant pendant le mariage qu’au moment de la séparation – sont des femmes (p. 3).

Le comité a d’ailleurs énoncé aux pages 2 et 3 les constatations du ministre de la Justice dans le cadre de l’analyse comparative entre les sexes menée par le ministère de la Justice lors de l’élaboration de la *Loi*, à savoir que « comparativement aux hommes, les femmes sont plus susceptibles de subir des types de violence plus grave et des blessures plus graves » et que « les femmes sont beaucoup plus susceptibles de craindre pour leur vie en raison de violence après la séparation, et elles sont plus susceptibles d’être tuées par un ancien partenaire ». En ce qui concerne l’interprétation de la définition de la violence familiale dans un contexte social, le comité a affirmé ceci :

Le comité constate que le libellé neutre sur le plan du genre employé dans le projet de loi C-78 n’élimine pas la nécessité de tenir compte de la nature sexospécifique de la violence familiale. Le comité observe en outre que le projet de loi exige que les juristes spécialisés en droit de la famille et ceux qui appliquent la Loi sur le divorce tiennent compte des conséquences possibles de l’attribution des responsabilités parentales à un auteur de violence familiale (p. 3).

Par conséquent, l’interprétation de la définition de la violence familiale au paragraphe 2(1) et des facteurs liés à la violence familiale à considérer au moment de déterminer l’intérêt de l’enfant énoncés à l’alinéa 16(3j) et au paragraphe 16(4) nécessite une sensibilité au sexe et une reconnaissance des répercussions inégales de la violence familiale sur les femmes et les enfants.

Le comité a aussi pris connaissance d’un possible écart de signification entre la définition anglaise et la définition française (p. 3 et 4). Le comité a d’ailleurs communiqué avec le ministre de la Justice pour obtenir des précisions. Le ministre a répondu que la référence au mot « pattern » en anglais et à « aspect cumulatif » en français s’applique uniquement à une « conduite coercitive et dominante ». Le ministre a précisé au comité que le Parlement n’avait pas l’intention d’exiger la présence d’un aspect cumulatif pour conclure à une situation de violence familiale :

Il est clair qu’un acte unique peut constituer de la violence familiale si la conduite est violente ou menaçante ou qu’elle engendre la crainte.

Interprétation des nouvelles dispositions relatives à la violence familiale : maltraitance des enfants

Dans le cadre du processus législatif, des experts en matière de violence familiale se sont dits déçus que le ministère de la Justice n’ait pas précisé, dans la définition de « violence familiale » au paragraphe 2(1), que la « violence familiale », y compris l’exposition à la violence conjugale, constitue une forme de maltraitance des enfants⁷.

⁷ Par exemple, L. C. Neilson, [*Brief on Bill C-78 : An Act to amend the Divorce Act, The Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act and the Garnishment, Attachment and Pension*](#)

Le comité a donc pris les mesures nécessaires pour faire un suivi auprès du ministre afin de préciser ses intentions législatives. Le comité énonce les intentions législatives relatives à la violence familiale et à la maltraitance des enfants comme suit :

Le comité note, comme plusieurs témoins l'ont fait valoir, que toute violence familiale directe ou indirecte équivaut à de la violence faite aux enfants susceptible de causer un stress psychologique et de nuire au développement de l'enfant. Autrement dit, la violence conjugale est plus qu'un simple conflit entre conjoints; il s'agit d'une forme de violence familiale. Le ministre de la Justice l'a reconnu dans sa lettre au président dans les termes suivants : « [...] dans le cas d'un enfant, le fait d'être exposé à de la violence familiale constitue en soi de la violence familiale; l'exposition à la violence familiale est une forme de maltraitance des enfants » (p. 3).

En d'autres mots, le ministre de la Justice et le comité affirment que l'intention du législateur est de reconnaître la violence familiale, y compris l'exposition directe ou indirecte d'un enfant à de la violence conjugale, comme une forme de maltraitance des enfants lors de l'interprétation et de l'application de la *Loi*.

Application des principes d'interprétation législative à des paragraphes particuliers

Alinéa 16(3)c)

Le paragraphe 16(3) contient une liste non exhaustive, mais obligatoire, de facteurs à considérer par les tribunaux pour déterminer l'intérêt de l'enfant, y compris celui qui est énoncé à l'alinéa 16(3)c) :

la « volonté » de chaque époux de favoriser le développement et le maintien de la relation de l'enfant avec l'autre époux.

Dans ses [observations](#), le comité évoque les préoccupations de témoins experts au sujet de la possibilité que l'alinéa 16(3)c) soit mal interprété ou ne soit pas appliqué dans l'intérêt de l'enfant. Des témoignages et des mémoires⁸ ont notamment fait état de recherches sur la façon dont un raisonnement semblable a pénalisé les enfants et leur parent protecteur dans des causes en droit de la famille où un enfant avait peur d'un parent et où le parent protecteur avait tenté de

[Diversion Act and to make consequential amendments to other Acts](#) [DISPONIBLE EN ANGLAIS SEULEMENT]. Produit pour le Sénat du Canada. Lecture préalable pour le 20 mars 2019, p. 2; mémoire du Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes (FAEJ), *Projet de loi C-78, 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 et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, produit pour le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, p. 2.

⁸ Voir p. ex. Neilson, note 7; [mémoire présenté par le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes \(FAEJ\)](#) au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 5 juin 2019, p. 5 et 6.

protéger l'enfant des pratiques parentales préjudiciables de ce parent⁹. La préoccupation n'est pas fondée sur de simples conjectures. Les avocats en droit de la famille, les médiateurs, les évaluateurs et les juges qui ne comprennent pas que la violence familiale est une forme de maltraitance des enfants¹⁰ font fi des préoccupations concernant les compétences parentales et la sécurité des enfants et punissent les parents, surtout les mères, ainsi que les enfants lorsque ceux-ci se refusent le contact avec l'autre parent¹¹. Toutefois, le bien-être et la sécurité de l'enfant sont vraisemblablement les fondements des nouvelles dispositions que la *Loi* vise à promouvoir.

En réponse aux préoccupations liées à l'alinéa 16(3)c), le comité a affirmé dans ses [observations](#) qu'il existe de nombreuses raisons expliquant pourquoi une relation avec un parent après un divorce pourrait ne pas être dans l'intérêt de l'enfant. Le comité a aussi souligné que cet alinéa pourrait décourager la présentation de preuves liées à la violence familiale ou à un comportement parental défavorable pour un enfant :

Le comité a entendu des préoccupations à l'effet que l'alinéa 16(3)c), qui fait référence à la « volonté » de chaque époux de favoriser le développement et le maintien de la relation de l'enfant avec l'autre époux, pourrait être interprété comme accordant plus de valeur aux affirmations de la volonté des parents qu'au fait que l'enfant ait une relation positive avec un parent et aux opinions de l'enfant. Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles le fait d'avoir une relation après le divorce avec un enfant peut ne pas être dans l'intérêt de ce dernier. Les témoins se sont également dits préoccupés par le fait que cette disposition

⁹ La disposition reprend le raisonnement qui pose problème pour les femmes et les enfants, tel que mentionné dans Linda C Neilson, 2018, [Parental Alienation Empirical Analysis: Child Best Interests or Parental Rights?](#) (Vancouver : The FREDA Centre for Research on Violence Against Women and Children, 2018). Voir aussi le numéro spécial du *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2020, vol. 42, <https://www.tandfonline.com/toc/rjsf20/42/1?nav=toCList>.

¹⁰ Des chercheurs soutiennent que de nombreux évaluateurs en matière de garde d'enfants n'ont pas une compréhension suffisante de la violence familiale pour déterminer l'intérêt de l'enfant dans un contexte de violence familiale : L'hon. Donna Martinson et la professeure émérite Margaret Jackson, 2019, [Family Violence and Parenting Assessments: Law, Skills and Social Context](#) (Vancouver : FREDA Centre); Neilson, 2018, note 9; Daniel Saunders et coll., 2012 [Child Custody Evaluators' Beliefs About Domestic Abuse Allegations : Their Relationship to Evaluator Demographics, Background, Domestic Violence Knowledge and Custody-Visitation Recommendations](#); Daniel Saunders, 2017, [State Laws Related to Family Judge's and Custody Evaluators' Recommendations in Cases of Intimate Partner Violence: Final Summary Overview](#); Michael Davis et coll., 2011, [Custody Evaluations When There are Allegations of Domestic Violence: Practices, Beliefs, and Recommendations of Professional Evaluators](#); Jason Hans et coll., 2014, « The Effects of Domestic Violence Allegations on Custody Evaluators' Recommendations », *Journal of Family Psychology*, 28(6), 957-966; Jennifer Hardesty et coll., *The Influence of Divorcing Mothers' Demeanour in Custody Evaluations* [, National Council of Juvenile and Family Court Judges; Samantha Jeffries, Rachael Field, Helena Menih et Zoe Rathus, 2016, « [Good Evidence, Safe Outcomes in Parenting Matters Involving Domestic Violence? Understanding Family Report Writing Practice from the Perspective of Professional Working in the Family Law System](#) », [2016] *UNSW LawJI* 50, (2016) 39(4) *UNSW Law Journal* 1355.

¹¹ Neilson, 2018, note 9; Lois Shereen Winstock, 2014, [Safe Havens or Dangerous Waters?](#), thèse de doctorat. Droit, Université York (Université York); Isabelle Côté et Simon Lapierre, 2019, [L'aliénation parentale](#); *La Presse*, 9 mars 2019, citant la recherche sur l'aliénation parentale effectuée par Simon Lapierre à l'Université d'Ottawa.

pourrait avoir pour effet de réduire au silence les femmes et les enfants qui allèguent que le comportement parental n'est pas bénéfique pour l'enfant. En effet, quand il y a dénonciation d'un comportement parental défavorable, les femmes sont à leur tour accusées de monter les enfants contre leur père ou de défavoriser les contacts avec ce dernier.

[...]

Bien que le comité apprécie le fait que, lu dans son intégralité, l'article 16 établit que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact, le comité est néanmoins sensible aux préoccupations des témoins.

Les règles d'interprétation législative évoquées précédemment rappellent que l'alinéa 16(3)c) doit être interprété en conjonction avec les autres dispositions relatives à l'intérêt de l'enfant, notamment les nouveaux facteurs énoncés aux alinéas 16(3)d), « l'historique des soins qui lui sont apportés » et 16(3)e), « son point de vue et ses préférences, eu égard à son âge et à son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis ». L'alinéa 16(3)e) constitue une étape importante vers l'inclusion dans une loi fédérale canadienne du paragraphe 12(1) de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) des Nations Unies ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991. L'importance de cette disposition pour les enfants est appuyée par des recherches empiriques axées sur les enfants et par la loi canadienne¹². L'opinion des enfants est primordiale dans les cas de violence familiale, car les parents ignorent souvent la portée et les répercussions de la violence familiale sur les enfants¹³, et à la lumière du nouveau paragraphe 16(4) et du nouvel alinéa 16(3)j), abordés ci-dessous, qui obligent les tribunaux à tenir compte de la durée et des répercussions de la violence familiale. De plus, tel que mentionné précédemment, l'alinéa 16(3)c), « la volonté de chaque époux de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre époux », doit être lue en conjonction avec les autres dispositions, y compris l'obligation de tenir compte, dans les cas de violence familiale, du facteur énoncé au sous-alinéa 16(3)j)(ii), « l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des personnes qui seraient visées par l'ordonnance à l'égard de questions le concernant ».

Cette approche harmonisée mixte en matière d'interprétation est confirmée par le ministère de la Justice dans son explication sur l'interprétation et l'application de l'alinéa 16(3)c) :

Dans certaines situations, il peut être inapproprié pour un parent de favoriser la relation entre l'enfant et l'autre parent, par exemple dans des situations de violence familiale,

¹² L'honorable Donna J. Martinson et Caterina E. Tempesta, *Young People as Humans in Family Court Processes, A Child Rights Approach to Legal Representation*, 2018, 31 *Can. J. Fam. L.*, paragraphes 151 à 168 pour une discussion nuancée sur des questions pertinentes liées aux droits de l'enfant; ministère de la Justice du Canada, Article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et les droits de participation des enfants au Canada. Voir aussi la Section sur le droit des enfants de l'Association du Barreau canadien, *Alternative Report to the UN Committee on the Rights of the Child*, février 2020, particulièrement les p. 17 à 19 portant sur le droit de la famille.

¹³ Peter Jaffe et coll., 2014 [Les facteurs de risque pour les enfants exposés à la violence familiale dans le contexte de la séparation ou du divorce](#), p. 20.

lorsque la sécurité pourrait être à risque. En cas de violence familiale, le tribunal doit tenir compte des répercussions de la violence sur tous les facteurs de l'intérêt de l'enfant prévus à l'article 16, notamment la volonté d'un époux de favoriser les relations entre l'enfant et l'autre parent. Dans tous les cas, la considération première du tribunal doit demeurer la sécurité et le bien-être de l'enfant¹⁴.

En d'autres mots, le Parlement n'a jamais voulu que l'alinéa 16(3)c) soit pris en compte ou interprété seul. Le Parlement n'a certes pas souhaité que cette disposition nuise à un parent qui protège son enfant d'une relation défavorable avec l'autre parent. Au contraire, conformément aux règles d'interprétation législative, la disposition doit être interprétée en conjonction avec les autres dispositions sur l'intérêt de l'enfant, y compris les nouvelles dispositions relatives à la violence familiale et le paragraphe 16(2).

Paragraphe 16(6)

Des considérations semblables s'appliquent au paragraphe 16(6), qui portait auparavant le titre trompeur « Maximum de temps parental » dans la note marginale. Le libellé de la disposition énonce clairement que les tribunaux doivent attribuer le temps parental pour que l'enfant passe avec chaque époux le plus de temps « compatible avec son propre intérêt » conformément aux autres facteurs relatifs à l'intérêt de l'enfant énoncés dans la *Loi*, y compris ceux qui sont liés à la violence familiale. Ce paragraphe ne crée aucune présomption en faveur de la garde partagée ou de la coparentalité. Il précise plutôt que l'attribution du temps parental doit se fonder sur l'intérêt de l'enfant et être déterminée au cas par cas. Le comité affirme d'ailleurs ceci dans ses [observations](#) :

Plusieurs témoins ont exprimé des préoccupations au sujet de la note marginale « Maximum de temps parental » qui accompagne le nouveau paragraphe 16(6) de la Loi.

3. Le comité prend acte de l'engagement formulé par le ministre de la Justice dans sa lettre au président, dans laquelle il s'engage à supprimer les termes « maximum de temps parental » et de les remplacer par un libellé qui pourrait ressembler à « Temps parental compatible avec l'intérêt de l'enfant ». Le comité est d'avis que cette note refléterait plus fidèlement le libellé et l'esprit de l'article 16.

Mise à jour : Conformément au régime législatif et aux intentions législatives, la note marginale du paragraphe 16(6) est remplacée par « Parenting time consistent with best interests of the child/Temps parental compatible avec l'intérêt de l'enfant ». Cette formulation sera utilisée dans la version de la *Loi sur le divorce* qui entrera en vigueur¹⁵. Comme le précise le ministère de la Justice :

¹⁴ [Modifications à la Loi sur le divorce expliquées](#), consulté le 7 février 2020.

¹⁵ Ministère de la Justice du Canada, « Modifications non en vigueur », 2019, ch. 16, art. 1, consulté le 8 mars 2020. Voir aussi <https://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/mdf-cfl/clde-dace/div72.html>, note de bas de p. 1 : « La note marginale sera modifiée pour utiliser un libellé du genre “le temps parental compatible avec l'intérêt de l'enfant”, qui reflète mieux l'intention qu'avait le législateur en adoptant cette disposition. »

la durée optimale des périodes passées avec chaque parent varie en fonction des circonstances de chaque enfant et doit être basée sur l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, les tribunaux doivent tenir compte de tous les facteurs relatifs à l'intérêt de l'enfant pour déterminer la meilleure façon de répartir le temps parental [...] Dans le cadre d'une analyse de l'intérêt de l'enfant, l'attribution du temps parental est assujettie à la considération première, soit la sécurité et le bien-être de l'enfant, qui est le facteur primordial¹⁶.

Alinéa 16(3j) et paragraphe 16(4)

Aux termes du nouvel alinéa 16(3j), les tribunaux devront tenir compte de la présence de violence familiale au moment de déterminer l'intérêt de l'enfant. Aux termes de cet alinéa, les tribunaux devront donc, pour déterminer l'intérêt de l'enfant, prendre en compte les facteurs suivants :

(j) la présence de violence familiale et ses effets sur, notamment :

(i) la capacité et la volonté de toute personne ayant recours à la violence familiale de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins,

(ii) l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des personnes qui seraient visées par l'ordonnance à l'égard de questions le concernant;

Fait à souligner, à l'alinéa 16(3j), le mot « notamment » permet de prendre en compte d'autres facteurs liés aux effets de la violence familiale, dont la nature sexospécifique de la violence familiale et le fait qu'elle soit reconnue comme étant une forme de maltraitance des enfants, comme nous l'avons mentionné plus haut.

Le paragraphe 16(4) énonce les facteurs relatifs à la violence familiale qui doivent être considérés au titre de l'alinéa 16(3j) :

(4) Lorsqu'il examine, au titre de l'alinéa (3j), les effets de la violence familiale, le tribunal tient compte des facteurs suivants :

a) la nature, la gravité et la fréquence de la violence familiale, ainsi que le moment où elle a eu lieu;

b) le fait qu'une personne tende ou non à avoir, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant à l'égard d'un membre de la famille;

c) le fait que la violence familiale soit ou non dirigée contre l'enfant ou le fait que celui-ci soit ou non exposé directement ou indirectement à la violence familiale;

d) le tort physique, affectif ou psychologique causé à l'enfant ou le risque qu'un tel tort lui soit causé;

¹⁶ <https://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/mdf-cfl/clde-dace/div72.html>.

- e) *le fait que la sécurité de l'enfant ou d'un autre membre de la famille soit ou non compromise;*
- f) *le fait que la violence familiale amène l'enfant ou un autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité ou celle d'une autre personne;*
- g) *la prise de mesures par l'auteur de la violence familiale pour prévenir de futurs épisodes de violence familiale et pour améliorer sa capacité à prendre soin de l'enfant et à répondre à ses besoins;*
- h) *tout autre facteur pertinent.*

Le paragraphe 16(4) est très important compte tenu du manque de clarté du sous-alinéa 16(3)j(i). Durant le processus législatif, de nombreux experts en matière de violence familiale ont fait état des problèmes liés au libellé de ce sous-alinéa. Ils ont expliqué que les affirmations de la volonté d'agir comme parent sont typiques des auteurs de violence familiale, car le fait d'avoir l'enfant sous leur supervision pendant le temps parental et d'assumer les responsabilités parentales leur permet de continuer à exercer une coercition et une domination sur toute la famille par l'intermédiaire de l'enfant. Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) résume ainsi les inquiétudes des experts :

Ce libellé présente mal la question. La principale préoccupation devrait être de déterminer ce que les comportements liés à la violence familiale révèlent sur la capacité de l'agresseur d'assumer ses responsabilités parentales. Malheureusement, les comportements associés à la violence familiale sont souvent reproduits dans les pratiques parentales¹⁷.

Toutefois, compte tenu des intentions du législateur et des objectifs des nouvelles dispositions, qui visent à apporter des solutions de droit, il est évident que l'alinéa 16(3)c) – « *la capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l'ordonnance de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins* » – est libellé de façon à exiger une évaluation de la capacité et de la volonté de s'occuper d'un enfant et de répondre à ses besoins. Autrement dit, la volonté du parent ne doit pas être envisagée indépendamment d'une évaluation positive de sa capacité.

Cette interprétation est préconisée par le ministère de la Justice dans « [Modifications à la Loi sur le divorce expliquées](#) » :

Pour évaluer la capacité et la volonté d'une personne ayant eu recours à la violence familiale de s'occuper d'un enfant et de répondre à ses besoins, le tribunal doit tenir compte de ce que les antécédents de violence familiale indiquent quant à la capacité d'une personne de s'acquitter de son rôle parental dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, le tribunal devrait considérer si la personne :

- *pourrait commettre des actes de violence à l'encontre de l'enfant;*

¹⁷ [Mémoire du FAEJ \(Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes\)](#) présenté au Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 5 juin 2019.

- *pourrait utiliser sa relation avec l'enfant pour commettre des actes de violence contre une autre personne ou pour la contrôler;*
- *a porté l'enfant à la craindre;*
- *est capable d'être un bon exemple pour l'enfant et de le guider.*

Dans les situations de violence familiale, en particulier la violence conjugale, il est crucial que le tribunal détermine si un arrangement parental fondé sur la collaboration est indiqué ou non. Une victime de violence familiale peut être incapable d'être coparent en raison des traumatismes qu'elle a subis ou parce qu'elle a peur de l'agresseur. En outre, de tels arrangements peuvent présenter un risque que d'autres actes de violence familiale se produisent.

Autres observations du comité

Règlement des différends familiaux

L'article 7.3 prévoit :

7.3 Dans la mesure où il convient de le faire, les parties à une instance tentent de régler les questions pouvant faire l'objet d'une ordonnance en vertu de la présente loi en ayant recours à tout mécanisme de règlement des différends familiaux.

De plus, aux termes du nouveau paragraphe 7.7(2), le conseiller juridique a de nouvelles obligations envers son client, notamment celle :

a) de l'encourager à tenter de résoudre les questions pouvant faire l'objet d'une ordonnance en vertu de la présente loi en ayant recours à tout mécanisme de règlement des différends familiaux, sauf contre-indication manifeste due aux circonstances de l'espèce;

Au cours du processus législatif, des inquiétudes ont été soulevées à l'égard des formulations « due aux circonstances de l'espèce » et « sauf contre-indication manifeste », qui ne fournissent pas d'indications suffisantes sur l'obligation qu'ont les professionnels d'encourager le règlement des différends et l'obligation qu'ont les parties de tenter de résoudre les litiges à l'aide des mécanismes de règlement des différends, en particulier dans les cas de violence familiale. Des préoccupations ont été exprimées quant au risque que le paragraphe 7.7(2) empêche les avocats de s'acquitter de leur devoir d'agir dans l'intérêt de leurs clients. Des craintes connexes ont été mentionnées, notamment la possibilité d'une représentation juridique moindre et d'un accès retardé aux recours juridiques, particulièrement en ce qui concerne les obligations parentales envers les enfants. Autre problème : les mécanismes de règlement des différends ne sont souvent pas adaptés aux cas de violence familiale. En effet, ils exigent que les participants soient en mesure de présenter leurs intérêts et de négocier efficacement, ils sont reconnus pour désavantager les femmes et les enfants dans les cas de violence familiale en l'absence d'outils de dépistage spécialisés de la violence familiale, d'évaluations par des professionnels des torts causés par la violence familiale et de la capacité de participer efficacement au processus, d'une compréhension par des professionnels de la violence familiale et de ses effets sur les femmes et

les enfants et, enfin, de mécanismes spécialisés pour assurer le respect des procédures et une participation efficace¹⁸. Pour répondre à ces inquiétudes, le comité a fait l'observation suivante :

4. Le comité souligne que, comme l'a indiqué le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants dans son rapport de 1998, lorsqu'il y a eu de la violence de la part d'un parent envers l'autre ou envers les enfants, des arrangements ne peuvent être pris au moyen d'un mécanisme de règlement des différends que si la sécurité de la victime de violence n'est plus menacée et que le risque de violence est passé.

Il faut aussi garder à l'esprit le principe selon lequel les dispositions de la *Loi sur le divorce* doivent être interprétées en harmonie avec d'autres dispositions. Ainsi, l'article 7.3 et le paragraphe 7.7(2) doivent être interprétés conformément à l'obligation énoncée au sous-alinéa 16(3)j(ii) afin d'évaluer s'il est approprié, dans les cas de violence familiale, d'obliger une personne victime de violence familiale à coopérer sur des questions touchant l'enfant.

Dépistage et éducation

Dans ses [observations](#), le comité indique qu'« il y a lieu de mettre en œuvre une campagne de sensibilisation à l'intention des parents et de tous les intervenants en droit de la famille (y compris les services de droit de la famille, les tribunaux et les conseillers juridiques) ». Le comité se prononce aussi sur l'importance de dépister la violence familiale dans toutes les affaires de droit de la famille et de protection de l'enfance et fait référence à la réponse du ministre de la Justice aux demandes de renseignements du Sénat sur la question :

Dans sa lettre au président, le ministre a souligné l'importance d'offrir une formation spécifique aux praticiens du droit de la famille et de protection de la jeunesse pour dépister la violence familiale dans leur travail. Il a noté que l'approche à adopter à cet égard s'alignait sur les recommandations faites par Luke's Place [...]

Le comité conclut ainsi :

6. Le comité invite le gouvernement fédéral à collaborer avec les gouvernements provinciaux et territoriaux pour faire connaître les principaux changements proposés par le projet de loi C-78, notamment pour indiquer comment utiliser des outils de dépistage de la violence familiale à l'intention des professionnels du droit que le ministère de la Justice élabore actuellement en collaboration avec des partenaires clés tels que Luke's Place.

7. Le comité est conscient de l'importance que l'on doit accorder à la violence familiale comme un facteur décisif au moment de répartir le temps et les responsabilités parentales et

¹⁸ Wanda Wiegiers, Jennifer Koshan, Janet Mosher (2017), [Early Dispute Resolution in Family Law Disputes](#); Jennifer Koshan, Janet Mosher et Wanda Wiegiers (2019), [Mandatory Dispute Resolution Coming back to Alberta, But What About Domestic Violence Cases?](#); Linda C. Neilson (2014), « At Cliff's Edge: Judicial Dispute Resolution in Domestic Violence Cases », *Family Court Review*, vol. 52, n° 3.

de délivrer des ordonnances de contact. C'est pourquoi il invite respectueusement le Conseil canadien de la magistrature à intégrer les questions liées à la violence entre partenaires intimes, à la violence fondée sur le genre et à la situation particulière des femmes autochtones dans ses colloques de formation des juges sur le droit familial.

Modifications législatives et examen périodique par des experts : une nécessité

Compte tenu des inquiétudes soulevées par les témoins experts durant le processus législatif, le Sénat a tiré les conclusions suivantes :

8. Le comité invite le ministre de la Justice à prendre des mesures pour que le prochain examen de la Loi sur le divorce ait lieu dans les cinq années suivant l'adoption du projet de loi C-78.

9. Le comité propose qu'un groupe indépendant d'experts soit mis sur pied par le gouvernement du Canada afin de contribuer à cet examen législatif et de formuler des recommandations pour la modernisation et la réforme de la Loi sur le divorce.

10. Le comité encourage le ministre de la Justice à :

- *surveiller dès maintenant la mise en œuvre de l'article 16 pour s'assurer qu'il est interprété comme prévu; et*
- *envisager d'apporter rapidement ces modifications particulières à la Loi pour en assurer une plus grande clarté, plutôt que d'attendre la période d'examen législatif proposée de cinq ans.*

Conclusion

Les Canadiens, en particulier les femmes, les hommes et les enfants victimes de violence, doivent beaucoup au Sénat du Canada, et surtout au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, qui a écouté de façon attentive et éclairée les inquiétudes des experts et redoublé d'efforts pour offrir un « second regard objectif¹⁹ » sur l'application et l'interprétation des futures modifications à la *Loi sur le divorce*. Les inquiétudes quant au déséquilibre entre les sexes demeurent²⁰, mais les observations du Sénat et les arrêts de la Cour

¹⁹ Gouvernement du Canada, « [À propos du Sénat](#) », consulté le 6 février 2020.

²⁰ Bien que la violence familiale soit principalement dirigée contre les femmes, les nouvelles dispositions de la *Loi sur le divorce* font peu, concrètement, pour accroître la sécurité des femmes et protéger leur relation avec leurs enfants. En vertu de la *Loi*, il appartient toujours au parent victime de violence de prouver les torts causés à l'enfant plutôt qu'au parent maltraitant de prouver qu'il est en mesure d'assurer la sécurité de l'enfant. C'est presque entièrement au parent victime de violence (habituellement la mère) qu'il revient de prouver, outre la violence familiale, les effets néfastes de la violence familiale pour l'enfant et l'aspect cumulatif du comportement du parent connu pour être associé à la violence familiale, de prouver qu'il est nécessaire d'instaurer des mesures de protection, de prouver pourquoi il doit y avoir exemption de l'obligation de donner un avis en cas de déménagement important, exemption au droit de l'autre parent de s'informer de l'enfant et au droit de l'autre parent à qui est attribué du temps parental de prendre des décisions quotidiennes et, enfin, de

suprême du Canada sur l'interprétation des lois devraient, dans une large mesure, faire en sorte que les nouvelles dispositions soient interprétées en conformité avec l'intention du législateur et les réalités sociales de la vie familiale canadienne, surtout dans les cas de violence familiale.

prouver que le règlement des différends est contre-indiqué). Pourtant, ce devrait être à l'agresseur de prouver qu'un arrangement parental garantit le bien-être et la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant.