



# Sommaire de recherche sur la violence familiale et le droit de la famille

---

La Loi sur le divorce de 2021 :  
Utilisation des principes  
d'interprétation des lois pour  
contribuer à l'égalité réelle des  
femmes et des enfants

---

Número 5 | *Juin 2021*



ALLIANCE DES CENTRES  
DE RECHERCHE CANADIENS  
SUR LA VIOLENCE BASÉE SUR LE GENRE

**La Loi sur le divorce de 2021 :  
Utilisation des principes d'interprétation des lois  
pour contribuer à l'égalité réelle des femmes et  
des enfants dans les affaires de violence familiale**

L'honorable Donna Martinson<sup>1</sup>  
Margaret Jackson<sup>2</sup>

Juin 2021

*Ce sommaire fait partie du projet de l'Alliance des centres de recherche canadiens intitulé « Contribuer à la santé des survivants de violence familiale dans les procédures de droit de la famille » — financé par l'Agence de la santé publique du Canada (ACSP)*

*À l'Université Simon Fraser, nous vivons et travaillons sur les terres ancestrales non cédées des Salishes de la côte des nations x̣ṃəθkẉəỵəm (Musqueam), Skwxwú7mesh (Squamish) et Saálwatał (Tsleil-Waututh).*

## Citation suggérée

Martinson, L'honorable Donna; Jackson, Margaret. (2021). La Loi sur le divorce de 2021 : Utilisation des principes d'interprétation des lois pour contribuer à l'égalité réelle des femmes et des enfants dans les affaires de violence familiale. *Sommaire de recherche sur la violence familiale et le droit de la famille* (5). Vancouver, C.-B.: The FREDA Centre for Research on Violence Against Women and Children.

## Édition

Melissa R. Gregg, associée de recherche au FREDA Centre for Research on Violence Against Women and Children

## Conception et mise en page

Sarah Yercich, directrice adjointe au FREDA Centre for Research on Violence Against Women and Children

## Traduction

Agnès Revenu et Laurence Eddie

## Partager vos commentaires sur ce sommaire

[https://uwo.eu.qualtrics.com/jfe/form/SV\\_ag8rGWzD8bzTGjY](https://uwo.eu.qualtrics.com/jfe/form/SV_ag8rGWzD8bzTGjY)

## Nous joindre

[Site web](#) | [Facebook](#) | [Twitter](#)



Public Health  
Agency of Canada

Agence de la santé  
publique du Canada



The FREDA Centre  
for Research on Violence  
Against Women and Children



# La Loi sur le divorce de 2021 : Utilisation des principes d'interprétation des lois pour contribuer à l'égalité réelle des femmes et des enfants dans les affaires de violence familiale

## Aperçu

L'application de principes bien établis d'interprétation des lois à la *Loi sur le divorce* de 2021 (La *Loi sur le divorce*)<sup>3</sup> constitue un élément essentiel de la mise en œuvre et de l'amélioration des droits à l'égalité réelle des femmes et des enfants en général, et plus particulièrement en ce qui a trait à la violence familiale. Heureusement, dans la décision de la Cour Suprême du Canada rendue en septembre 2020 dans *Michel c. Graydon*, la Cour a examiné et appliqué les principes pertinents d'interprétation des lois, et ces principes ont été développés dans les jugements concordants du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis et Martin. Ils l'ont fait en interprétant une disposition sur la pension alimentaire pour enfants contenue dans la *Family Law Act* de la Colombie-Britannique (FLA).<sup>5</sup> Tous les principes d'interprétation des lois examinés par cette Cour en lien avec l'interprétation des dispositions portant sur la pension alimentaire au profit de l'enfant de la FLA s'appliquent de façon égale à l'interprétation des dispositions relatives à la violence familiale dans toute la législation canadienne sur le droit de la famille, y compris la *Loi sur le divorce*.<sup>6</sup> Ce sommaire passe en revue ces principes et suggère des façons de les appliquer dans les cas de violence familiale.

Dans *Michel c. Graydon*, l'honorable juge Smith, de la Cour provinciale de la C.-B., a ordonné un changement rétroactif de la pension alimentaire pour enfants en vertu de l'article 152 de la FLA, même si l'enfant n'était pas un « enfant à charge » — il n'avait plus 19 ans — lorsque la demande a été présentée.<sup>7</sup> Il a basé sa décision sur la foi de preuves claires démontrant que le père avait délibérément caché des revenus pertinents à la pension alimentaire pour enfants au moment où l'enfant répondait à la définition d'enfant à charge. Ainsi, le juge Smith a tenu compte de l'objectif global des dispositions quant à la pension alimentaire pour enfants de la Loi de la C.-B. — à savoir que les enfants reçoivent la pension alimentaire à laquelle ils ont droit de la part des deux parents. Cette décision a été infirmée par la Cour Suprême de la Colombie-Britannique; la Cour d'appel a donné raison à la Cour suprême. La Cour suprême du Canada a annulé les décisions de la Cour suprême de la B.C et celle de la Cour d'appel et a rétabli la décision du juge Smith.

Les dispositions sur la violence familiale contenues dans la *Loi sur le divorce* visent généralement à assurer une compréhension commune sur la profondeur et l'étendue de la nature de la violence familiale, y compris l'exposition directe et indirecte des enfants à celle-ci, ainsi que les effets néfastes qu'elle peut avoir sur la sécurité et le bien-être des femmes (en tant que membres de la famille) et des enfants. Elles précisent que les points de vue et les préférences de l'enfant sont pertinents dans tous les cas, sans exception, dans les cas de violence ou

d'aliénation parentale. Il n'y a pas de présomption sur ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pas de présomption d'égalité parentale et pas de principe général entourant le temps parental/contact maximum : un enfant ne doit passer avec un parent que le temps conforme à son intérêt supérieur, sa sécurité et son bien-être physiques, émotionnels et psychologiques devenant ainsi, à leur tour, une priorité.

En juin 2021, dans *Colucci c. Colucci*,<sup>8</sup> la Cour suprême du Canada a, dans une décision unanime, démontré à quel point les articles sur la violence familiale de la Loi sur le divorce peuvent façonner l'interprétation d'autres articles. En commentant le phénomène de la culture de négociation, la Cour a fait référence à l'article 7.3, qui exige que les parties, lorsqu'il y a lieu, règlent leurs différends en matière de droit de la famille par le biais des processus de règlement des différends familiaux. Elle a ensuite déclaré que : « Les parents devraient être encouragés — lorsqu'il n'y a pas de violence familiale ou de déséquilibres de pouvoir importants — à régler eux-mêmes leurs différends en dehors de la structure judiciaire... » (nous soulignons).<sup>9</sup> Les termes *lorsqu'il n'y a pas de violence familiale ou de déséquilibres de pouvoir importants* ne figurent pas dans l'article de la *Loi sur le divorce*, mais en utilisant une approche intentionnelle qui tient en compte de l'objet et l'esprit de la Loi, la Cour a conclu que cela devait être interprété ainsi. Cette déclaration s'applique directement au devoir des conseillers juridiques d'encourager le règlement des différends prévu au paragraphe 7.7 (2); les conseillers.ères juridiques ne doivent encourager l'utilisation d'un mécanisme de règlements des différends familiaux hors des instances judiciaires qu'en l'absence de violence familiale ou de déséquilibres de pouvoir importants. Se conformer à cette obligation nécessite une analyse de la part du ou de la conseiller.ère juridique, afin de déterminer si la violence familiale est un problème et s'il existe déséquilibre important des pouvoirs.

Ce sommaire constitue un guide d'interprétation des dispositions législatives pertinentes en quatre parties. La Partie I identifie les principes d'interprétation des lois examinés dans l'affaire *Michel c. Graydon* et les adapte de façon à ce qu'ils s'appliquent à la violence familiale. La Partie II prend en compte l'objet et l'esprit de la *Loi sur le divorce* tels qu'ils ressortent de la Loi elle-même ainsi que des énoncés d'objectifs législatifs. La Partie III se penche sur les renseignements pertinents dans le contexte social et historique. C'est un exercice important, car il s'agit d'un principe d'interprétation des lois selon lequel le Parlement est censé être au fait du contexte social et historique dans lequel il fait connaître son intention. La Partie IV examine les obligations internationales du Canada en matière de violence familiale, puisque le Parlement est censé en tenir compte.

Étant donné la pertinence de l'objet et l'esprit de la Loi en matière de violence familiale, le présent sommaire fait référence à plusieurs objectifs énoncés issus du : (1) du document du ministère de la Justice : *Modifications à la Loi sur le divorce expliquées*;<sup>10</sup> et (2) du document mentionné précédemment, Contexte législatif : *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* (Projet de loi C-78 dans la 42<sup>e</sup> législature).<sup>11</sup> (L'emphase sur les textes soulignés et en italique est la nôtre).

Nous trouvons convaincante l'interprétation des dispositions sur le rôle parental contenues dans la nouvelle *Loi sur le divorce* par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans sa décision de mars 2021 sur l'affaire *S.S. v. R.S.*<sup>12</sup>; cette interprétation est conforme à ce qui est dit dans *Michel c. Graydon*. La Cour a décrit son approche générale comme suit :<sup>13</sup> (1) elle utilise une interprétation conforme aux droits humains de l'enfant et aux obligations du Canada en vertu du droit international; (2) elle demande aux tribunaux de reconnaître, de respecter et de représenter chaque enfant en tant qu'individu distinct de ses parents, et d'octroyer aux enfants le pouvoir de devenir acteurs de leur propre destinée; (3) en pratique, elle exige des juges qu'ils s'enquière des expériences vécues par chaque enfant, qu'ils tiennent compte de leurs points de vue et qu'ils préparent une ordonnance qui favorise l'intérêt supérieur et bien-être général de l'enfant; et (4) elle reconnaît que les dispositions en matière de violence familiale donnent aux tribunaux le pouvoir de protéger les enfants des formes particulières de violence qui peuvent avoir des effets dévastateurs à long terme.

Ce sommaire complète également le travail important sur l'interprétation législative mené par Linda Neilson et la professeure honoraire Susan Boyd, avant que la décision sur l'affaire *Michel c. Graydon* soit rendue.

## Partie I – Principes d'interprétation des lois appliqués aux cas de violence familiale

### ÉLÉMENTS CLÉS :

1. Déterminer l'esprit et l'objet de la Loi
2. Identifier le contexte social et historique
3. Traiter les enfants comme des titulaires de droits à part entière
4. Prendre en compte les responsabilités des parents et des tribunaux
5. Déterminer les obligations internationales du Canada envers les femmes et les enfants

Cette partie expose les principes d'interprétation des lois pertinents examinés dans *Michel c. Graydon* en les classant dans cinq volets. Les références à la violence familiale dans cette partie remplacent les références au soutien alimentaire au profit des enfants dans le jugement. Les substitutions sont surlignées et la formulation originale est mise entre parenthèses.

### *Déterminer l'esprit et l'objet de la Loi*

Pour déterminer l'esprit et l'objet de la Loi en lien avec la violence familiale, il convient d'appliquer les principes suivants :

- Examiner l'article dans son contexte global et dans son sens ordinaire et grammatical, en harmonie avec l'esprit et l'objet de la loi. (La Cour aux para. 11 et 21 et le jugement concordant au para. 69.)

- Adopter une construction et une interprétation équitables, larges et libérales, qui assurent le mieux la réalisation de son objet, y compris l'intérêt supérieur de l'enfant. (Jugement concordant aux paras. 40 et 69). Cette exigence est conforme à l'article 12 de la *Loi d'interprétation fédérale*.<sup>15</sup>
- Adopter une approche intentionnelle et contextuelle pour jeter les bases d'une telle construction et interprétation qui :
  - identifie les objectifs et les principes fondamentaux de la [soutien alimentaire au profit des enfants] protection des enfants et des autres membres de la famille contre la violence familiale, en s'assurant que les politiques et les valeurs sont en adéquation avec la société contemporaine et que les dispositions mettent l'accent sur l'intérêt supérieur de l'enfant. (Jugement concordant aux paras. 43 et 71), et
  - examine les objectifs plus larges du texte de loi, ses implications sociétales et ses répercussions concrètes. (Jugement concordant au para. 40)

### *Déterminer le contexte social et historique lié à la violence familiale*

- Le droit de la famille exige une démarche qui tienne compte du cadre social plus large dans lequel s'inscrit la dynamique familiale. (Jugement concordant au para. 88)
- C'est un principe d'interprétation des lois selon lequel le législateur est censé connaître le contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention. (Jugement concordant au para.97)
- L'évolution historique du droit canadien en matière de [soutien alimentaire au profit des enfants] **protection des familles et des enfants de la violence** repose sur une interprétation correcte de la *Family Law Act* et de la *Loi sur le divorce*. (Jugement concordant au para. 44)

### *Traiter les enfants comme des titulaires de droits à part entière*

- Le statut des enfants a considérablement évolué... les enfants sont considérés comme des individus qui, en tant que titulaires de droits à part entière et membres d'un groupe vulnérable du fait de leur dépendance, de leur âge et de leurs besoins, méritent la pleine et entière protection de la société. (Jugement concordant au para. 77)
- [La pension alimentaire au profit des enfants] **Vivre dans un environnement exempt de violence** constitue un droit pour l'enfant et une responsabilité pour les parents. (La Cour au para. 10, jugement concordant au para. 41)

- Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur de toute activité d'interprétation. (Jugement concordant au para. 102) Une interprétation qui sera la plus favorable à l'intérêt des enfants est nécessaire. (Jugement concordant au para. 72)

### *Prendre en compte les responsabilités des parents et des tribunaux*

- [La pension alimentaire au profit des enfants] **Les lois sur la violence familiale constituent le moyen auquel le droit a recours pour faire en sorte qu'une personne qui a des responsabilités parentales à l'égard d'un enfant [fournisse de l'aide financière à celui-ci] protège en fait l'enfant contre la violence.**
- L'interprétation de la Cour d'appel a empêché, plutôt qu'amélioré, l'accès des enfants à la justice. (Voir comme exemple le jugement concordant aux paras. 41, 43, 72 et 73).
- « Les tribunaux ne doivent pas être dissuadés de défendre les droits des enfants lorsqu'ils en ont l'occasion. » (La Cour au para.31)

### *Déterminer les obligations internationales du Canada envers les femmes et les enfants*

- Le législateur est censé prendre en compte les obligations internationales du Canada : Vavilov, 2019 SCC 65, par. 182. Parmi celles-ci, la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* et la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*. (Jugement concordant au para. 103)
- Les principes énoncés dans les conventions internationales, telle la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, éclairent l'interprétation contextuelle de la FLA ainsi que de la *Loi sur le divorce* (Jugement concordant au para. 103)

## **Partie II – L'objet et l'esprit des dispositions sur la violence familiale dans la *Loi sur le divorce* sont distincts de la Loi elle-même**

#### **ÉLÉMENTS CLÉS :**

- 1. Offre quatre grands principes clés sur l'esprit et l'objet de la Loi** *Best interests of the particular child only consideration*
  - a. Seul l'intérêt supérieur de l'enfant concerné est pris en considération.**
  - b. La sécurité et le bien-être de l'enfant doivent être considérés en premier lieu**
  - c. Pas de présomption de partage des responsabilités conjointes/communes**
  - d. Pas de principe général entourant la durée maximale du temps/contact parental — toujours assujetti à la sécurité et au bien-être**
- 2. Applique une définition large et non exhaustive de la violence familiale**

3. Reconnaît que la protection nécessite une évaluation des risques — déterminer les effets de la violence familiale maintenant et à long terme
4. Établit clairement que les dispositions de coopération et de communication parentales « amicales » sont assujetties à la sécurité et au bien-être
5. Établit que l'enfant a le droit que ses points de vue et ses préférences soient pris en considération de manière significative dans toutes les affaires, y compris celles de violence familiale et d'aliénation
6. Reconnaît que la protection contre la violence familiale nécessite une connaissance et une coordination d'autres systèmes de justice importants, en particulier des systèmes de justice pénale, de protection de l'enfance et d'immigration

### *Quatre grands principes de la Loi sur le divorce sont essentiels à l'esprit et l'objet de la loi*

Quatre grands principes énoncés dans la Loi sur le divorce sont d'une importance déterminante dans l'examen de l'esprit et de l'objet de la Loi en lien avec la violence familiale :

#### **L'intérêt supérieur de l'enfant concerné constitue la SEULE considération**

- Le tribunal tient uniquement compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à charge lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact : para. 16(1)
- Ce faisant, le tribunal doit tenir compte de *tout facteur lié à la situation de l'enfant*, notamment 12 facteurs spécifiques : para.16(3)
- *Les modifications à la Loi sur le divorce expliquées* indiquent qu'étant donné que la liste des critères n'est pas exhaustive, un tribunal peut prendre en compte des facteurs qui n'y figurent pas. (p.84)

#### **La sécurité et le bien-être de l'enfant doivent être pris en compte en priorité**

- L'article qui stipule que le tribunal doit accorder une attention particulière au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant est particulièrement pertinent pour la violence familiale : para.16(2).
- *Les modifications à la Loi sur le divorce expliquées* énoncent que lorsqu'il y a conflit entre deux critères ou plus, les tribunaux doivent accorder la priorité à la sécurité et au bien-être de l'enfant. (p.82)

## **Il n'existe pas de présomption de partage des responsabilités conjointes/communes**

- Le fait d'exiger cette analyse individuelle explique pourquoi la Loi ne comporte pas de présomption selon laquelle le partage des responsabilités conjointes/communes est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, malgré les pressions importantes pour que celle-ci y figure.

## **Il n'existe pas de principe général entourant la durée maximale du temps/contact parental**

- Lorsqu'il attribue le temps parental, le tribunal doit appliquer le principe selon lequel l'enfant devrait passer avec chaque époux autant de temps que le permet son intérêt supérieur : para.16(6)
- Le titre de l'article intitulé Maximum de contact dans la *Loi sur le divorce* de 1985 n'est pas inclus dans la Loi actuelle. Même s'il était mentionné dans le projet de loi C-78 initialement, il a été changé, comme suit : *Temps parental compatible avec l'intérêt de l'enfant*.
- *Les modifications à la Loi sur le divorce expliquées* prévoient que : (1) il est bien établi qu'à moins que les circonstances ne s'y prêtent pas, par exemple des craintes entourant la sécurité, les enfants devraient avoir de solides rapports avec chacun de leurs parents; (2) la durée optimale des périodes passées avec chaque parent varie en fonction des circonstances et 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; (p.109); et (3) 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 primordial. (p.110)
- Il s'ensuit que le principe ne désigne pas un maximum de temps parental mais, plutôt, le maximum de temps parental compatible avec le bien-être et à la sécurité physique, affective et psychologique l'enfant : para. 16(2)

## ***Une définition large et non exhaustive de la violence familiale***

- La définition large et non exhaustive de la violence familiale est conforme à l'objet de la Loi qui se veut de protéger les enfants et les autres membres de la famille de toutes formes de violence familiale, les gardant hors de danger et en sécurité : para 2(1).
- *Les modifications à la Loi sur le divorce expliquées* énoncent que : (1) la violence familiale peut prendre différentes formes et causer un préjudice important, tant aux victimes qu'aux témoins; et (2) comprend non seulement les actes de violence, mais également l'exposition d'un enfant à de tels actes, ajoutant que l'exposition directe d'un enfant à la violence familiale (par exemple, un enfant qui voit ou qui entend de la violence) ou son exposition indirecte (par exemple, un enfant qui voit qu'un de ses parents a peur ou est

blessé) est reconnue comme de la violence familiale et de la maltraitance d'enfants. (pp. 33-34)

- Elles font aussi valoir que les taux d'actes de violence familiale commis à l'endroit des enfants et des époux pendant et après la séparation sont élevés. La séparation peut être une période particulièrement risquée dans les situations de violence conjugale. (pp. 95-96)

### *La protection nécessite une évaluation des risques : déterminer les effets de la violence familiale*

- Il est évident qu'il est essentiel de disposer dans chaque affaire d'autant d'information pertinente que possible sur la violence familiale et ses effets, afin d'effectuer une évaluation efficace du risque; ce type d'information est indispensable pour parvenir à un résultat viable qui assure sécurité et bien-être des enfants et des autres membres de la famille. L'inverse est également vrai : un manque d'information pertinente peut mener à des conclusions qui ne le sont pas. La question de savoir ce qui est pertinent dans chaque affaire relève de principes juridiques applicables au cadre de travail contextuel considéré. L'article 16(3)(j) énonce que le tribunal doit tenir compte de la violence familiale et de 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, et
  - (ii) toute violence familiale et ses effets sur, notamment, l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des personnes qui seraient visées par l'ordonnance à l'égard de questions le concernant.
- En considérant les effets de toute violence familiale en vertu de l'article 16(s)(j), le tribunal doit examiner sept facteurs spécifiques<sup>16</sup> ainsi que tout autre facteur pertinent : s.16(4)
- *Les modifications à la Loi sur le divorce expliquées* énoncent que les preuves indiquent que la violence familiale affecte de manière diverse les victimes et les familles, y compris des effets de longue durée sur le comportement, le développement et la santé physique, psychologique et affective de l'enfant.<sup>17</sup>

### *Des dispositions de coopération et de communication parentales « amicales » assujetties à la sécurité et au bien-être*

Ceux qui contestent les allégations de violence familiale et qui allèguent l'aliénation parentale peuvent se concentrer sur l'importance, pour les enfants, des dispositions de coopération et de communication parentales qu'on peut qualifier d'amicales de la *Loi sur le divorce*. Cela est particulièrement vrai lorsque des allégations d'aliénation parentale sont avancées. Il est essentiel de replacer les articles relatifs à la communication amicale entre parents dans leur contexte, en tenant compte de la structure et des objectifs de la loi.

## La violence familiale et la volonté de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre époux

Le tribunal doit prendre en compte la volonté de chaque époux de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre époux : s. 16(3)). Cependant :

- Cette section doit être interprétée à la lumière du principe fondamental figurant à l'article s.16(2); à savoir que le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre époux *doivent être compatibles avec le bien-être et la sécurité physique, psychologique et affective de l'enfant.*
- *Les modifications à la Loi sur le divorce expliquées* établissent trois points connexes et d'égale importance concernant cette disposition relative aux « parents amis » : (p.88) :
  - (1) De façon générale, il est important que chaque parent favorise les relations de l'enfant avec l'autre parent. Le maintien d'une relation positive avec ses deux parents procure une stabilité à l'enfant lors de la séparation ou du divorce de ceux-ci.
  - (2) Dans certaines situations, il peut s'avérer inapproprié pour un parent de favoriser la relation entre l'enfant et l'autre parent, par exemple dans des situations de violence familiale où la sécurité est en jeu.
  - (3) En cas de violence familiale, le tribunal doit tenir compte des répercussions de la violence sur tous les facteurs liés à l'intérêt de l'enfant énoncés à l'article 16, y compris la volonté d'un époux de favoriser la relation l'enfant avec l'autre parent. Dans tous les cas, la considération première du tribunal doit demeurer la sécurité et le bien-être de l'enfant.

## La violence familiale, et la capacité et la volonté de communiquer et de collaborer

Le tribunal doit tenir compte de deux aspects :

- La *capacité et la volonté* de chaque personne à l'égard de laquelle l'ordonnance de communiquer et de coopérer s'appliquerait, en particulier entre elles, sur les questions concernant l'enfant : s.16(3)(i).
- Toute violence familiale et ses effets sur, notamment, l'opportunité de rendre une ordonnance qui exigerait la collaboration des personnes visées par l'ordonnance à coopérer sur les questions concernant l'enfant : s.16(3)(j)(ii).

*Les modifications à la Loi sur le divorce expliquées* stipulent que : (au pp.94 et 96)

- De façon générale, les enfants bénéficient de la coopération et de la communication de leurs parents. Les parents qui parviennent à le faire sont plus susceptibles de gérer les arrangements parentaux flexibles et de prendre des décisions conjointes concernant leurs enfants.
- Les arrangements flexibles peuvent ne pas convenir aux parents qui ne peuvent ou ne veulent pas collaborer ou communiquer entre eux.
- Dans les situations de violence familiale, et en particulier de violence conjugale, il est essentiel 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.

### La violence familiale et les allégations d'aliénation parentale

Une discussion approfondie sur les problèmes que soulève la question des relations parent-enfant dépasse largement le cadre du présent document.<sup>18</sup> Cependant, nous soulignons pour examen un certain nombre de questions soulevées qui traitent spécifiquement de violence familiale. Nous utilisons le terme aliénation en sachant que le terme lui-même, tout comme la science qui le sous-tend, n'est pas sans controverse.<sup>19</sup>

Les tribunaux doivent répondre de manière efficace aux tentatives délibérées et inappropriées d'intervenir dans la relation de l'enfant avec un parent :

- De telles tentatives ne sont certainement pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant.
- Pourtant, il est reconnu qu'il existe de nombreuses raisons pour lesquelles la relation parent-enfant peut être problématique sans que l'intervention dans la relation par l'autre parent en soit la cause. La violence familiale est l'une d'elles.
- Une analyse complète de toutes les circonstances est nécessaire afin de déterminer la cause du problème et d'envisager une solution appropriée.

Des préoccupations ont été soulevées au Canada et à l'international, principalement par des individus et des organismes soutenant les droits des femmes et des enfants, quant à la façon dont les allégations de violence familiale peuvent être atténuées ou ignorées, plutôt que d'être analysées de manière juste et impartiale lorsqu'il existe également des allégations d'aliénation.<sup>20</sup> On suggère plutôt que :

- Une fois qu'une allégation d'aliénation est avancée, il arrive que le problème de la violence familiale et les preuves qui s'y rattachent soient délaissés de façon *prématurée* et inappropriée au profit de la seule recherche d'indicateurs d'aliénation.

- Ainsi, l'attention peut se porter sur les signes d'aliénation sans une analyse correcte et approfondie de toutes les circonstances de l'affaire, y compris les allégations de violence familiale. Cela risque de nuire de façon inappropriée à l'examen juste et impartial des allégations de violence familiale et, ainsi, d'entraîner des conséquences négatives significatives pour la sécurité et le bien-être des enfants et des autres membres de la famille concernés.
- Cela peut inclure une reformulation prématurée entourant la résistance de la victime à l'aliénation. Une récente analyse menée par le Rise Women's Legal Centre de Vancouver<sup>21</sup> a relevé huit exemples : (1) la mère dénonce la violence pour tenter d'aliéner l'enfant; (2) l'enfant qui dénonce la violence devient : la dénonciation constitue en soi une preuve d'aliénation; (3) la mère qui a peur du père devient : la mère qui instille de la peur chez l'enfant pour l'aliéner; (4) l'enfant qui a peur du père devient : la mère qui s'est arrangée pour que l'enfant craigne le père; (5) la mère qui ne veut pas voir le père devient : la mère qui s'arrange pour aliéner l'enfant contre le père; (6) l'enfant qui ne veut pas voir son père devient : l'aliénation montrée par l'enfant est causée par la mère; (7) la mère qui protège l'enfant du père devient : la mère qui restreint l'accès du père à l'enfant pour l'aliéner; et (8) la mère qui signale une violence familiale constante devient : la mère qui invente des situations de violence familiale afin d'encourager l'aliénation parentale.

Il est préoccupant que les organismes qui soutiennent le droit à l'égalité des femmes rapportent que bon nombre d'entre elles craignent de dénoncer la violence familiale dans les instances du tribunal de la famille, de peur que leurs plaintes soient interprétées, à tort, comme de l'aliénation, ce qui entraînerait la perte de la garde de leur enfant. Autre fait inquiétant : des femmes ont signalé que certains.es avocats.es leur recommandaient de ne pas soulever la question de la violence pour la même raison.<sup>22</sup>

Des préoccupations ont été soulevées quant au fait que les points de vue et préférences des enfants peuvent être minimisés ou ignorés dans ces affaires.

### *Les enfants ont le droit de voir leurs points de vue et préférences pris en compte de manière significative dans les affaires de violence familiale et d'aliénation*

#### Les points de vue et les préférences de l'enfant de façon générale

En gardant à l'esprit le statut de l'enfant comme titulaire de droits à part entière, le tribunal doit prendre en compte son point de vue et ses préférences, compte tenu de son âge et de son degré de maturité, sauf si ceux-ci ne peuvent être établis : s.16(3)(e).

- Lu dans son sens grammatical et ordinaire, cet article s'applique à tous enfants et toutes affaires. Le langage utilisé ne contient aucune ambiguïté; il s'applique à tous les enfants

et par conséquent, à toutes les affaires, y compris celles où il est question de violence familiale et d'aliénation. La seule limite concerne les cas où les points de vue « ne peuvent être établis ». Il est légalement présumé qu'en adoptant cet article, le Parlement a tenu compte des obligations internationales du Canada, notamment celles qui figurent dans la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*.

- Cette partie du sommaire doit, par conséquent, être lue conjointement avec la discussion de cette Convention de la partie IV — Les obligations internationales du Canada. Comme il y est indiqué, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies déclare que le droit de l'enfant de se faire entendre est particulièrement important dans des situations de violence et que le droit de participation commence avec les très jeunes enfants qui sont particulièrement vulnérables à la violence.
- Les objectifs du législateur indiquent spécifiquement que le Canada est partie à la Convention et font référence en particulier à l'Article 12. Ils notent que l'Article 12 nécessite la prise en considération de l'opinion de l'enfant sur toute question lui important et ordonne que les tribunaux (et les parents) prennent en considération l'opinion de l'enfant, compte tenu de son âge et de son degré de maturité.
- *Les modifications à Loi sur le divorce expliquées*<sup>23</sup> font à nouveau référence à la Convention et à l'Article 12, indiquant qu'un enfant capable de se forger sa propre opinion a le droit de participer de manière significative à la prise de décisions qui affecteront sa vie. De plus, les décisions de garde rendues par les juges et les parents affectent directement les enfants. Ils font aussi valoir que, dans certains cas, il pourrait être inapproprié de faire participer les enfants, par exemple s'ils sont trop jeunes pour le faire de façon significative.
- En examinant cet article, la Cour supérieure de l'Ontario dans *S.S v. R.S.* a statué que : (1) une approche axée sur les droits de la personne reconnaît fondamentalement que l'enfant est un sujet de droit plutôt qu'un objet de droit ou l'objet de ses parents; (2) il est fondamental de s'assurer que l'enfant soit plus visible dans les procédures judiciaires affectant ses droits au Canada, car sa représentation juridique n'est pas garantie dans les procédures du droit de la famille; et (3) même s'il n'existe aucune preuve directe du point de vue de l'enfant, l'article 16(3)(e) exige tout de même que le tribunal fasse des efforts raisonnables pour recueillir et exprimer les points de vue de et préférences l'enfant dans la mesure du possible, compte tenu de son âge, de son degré de maturité et de toute autre preuve dont il dispose.<sup>24</sup>

Pour plus d'information sur la participation des enfants dans les procédures relevant du droit de la famille et de garde, voir *Implementing Children's Participation Rights in Family Law and Child Welfare Court proceedings*. Cette analyse/rapport documentaire approfondie a été publiée par le Bureau du Représentant de l'enfant et des jeunes de la Colombie-Britannique le 4 juin 2021 et rédigée par le Centre FREDAs.<sup>25</sup>

## Les points de vue et les préférences de l'enfant dans les cas d'aliénation : mettre la charrue avant les bœufs

Une question d'égalité importante pour les femmes et les enfants concerne les affaires d'allégation d'aliénation d'un enfant par un parent contre l'autre parent. Généralement, dans ces affaires, l'enfant a le droit de faire entendre ses points de vue et préférences. (Voir aussi la discussion à ce sujet dans *Medjuck v. Medjuck*,<sup>26</sup> citant *G. (B.J.) v. G. (D.L.)*, retrouvé à la partie IV — Les obligations internationales du Canada).

- Malgré cela, il peut tout de même avoir une réticence à entendre un enfant lorsqu'il y a une allégation d'aliénation; ses points de vue et préférences peuvent être minimisés ou ignorés de façon inappropriée.
- L'enfant peut détenir de l'information importante pour déterminer s'il y a effectivement aliénation. Bien que les questions liées à l'audition de l'enfant dans ces affaires soient complexes, on peut craindre autre conclusion prématurée.
- En d'autres termes, la question que doit trancher le tribunal en dernier lieu est la suivante : est-il question d'aliénation ou non ? Il arrive pourtant que le tribunal décide dès le début de la procédure judiciaire que l'enfant est incapable de se forger sa propre opinion, en raison de craintes entourant l'aliénation, en l'absence de l'avis de l'enfant sur l'aliénation, avant la tenue d'une évaluation judiciaire de la fiabilité des experts et des autres preuves relatives à l'aliénation et, enfin, avant qu'une conclusion judiciaire d'aliénation ne soit établie sur la base de toutes les éléments preuves soumis. Ceci peut mener à la conclusion prématurée selon laquelle un enfant ne peut se forger sa propre opinion *en raison de* l'aliénation.
- Cette approche « met la charrue devant les bœufs ». En l'utilisant, on néglige le fait que l'Article 12(1) accorde deux droits à l'enfant : le droit d'exprimer son opinion s'il est capable de se forger sa propre opinion; et le droit que ses opinions soient prises en considération, compte tenu de son âge et de son degré de maturité. À notre humble avis, dans nombre de ces affaires, la question qui consiste à savoir si les points de vue de l'enfant ont été « influencés » se doit d'être déterminée, tout comme le poids à accorder à ces points de vue.

Le droit général de l'enfant de participer, y compris dans les affaires d'aliénation, sera abordé plus en détail lors d'un webinaire futur organisé par les auteurs du présent sommaire.

### *Déconnexions dangereuses : la protection contre la violence familiale nécessite la coordination d'autres instances judiciaires pertinentes*

Il arrive que les familles soient parties à des instances dans plusieurs secteurs du système de justice. C'est souvent le cas dans les situations de violence familiale qui peuvent nécessiter la participation des systèmes de justice pénale, de protection à l'enfance et d'immigration.<sup>27</sup>

- L'article 16(3)(k) stipule que les juges doivent tenir compte de toute ordonnance, instance, condition ou mesure ou tout autre instrument similaire, en matière pénale ou civile, qui concerne la sécurité ou le bien-être de l'enfant. Il convient de souligner que l'article 7.8 de la Loi oblige le tribunal à prendre en compte plusieurs ordonnances, instances ou mesures, à moins qu'il soit inapproprié de le faire. Ces articles doivent être interprétés dans le contexte plus large de l'esprit et l'objet de la Loi.
- *Les modifications à la Loi sur le divorce expliquées* et les objectifs du législateur stipulent que plusieurs types d'ordonnances relatives à d'autres instances civiles et pénales peuvent être pertinents pour la sécurité et le bien-être de l'enfant et font référence à la nouvelle obligation pour tribunal de s'informer sur les autres procédures et de les coordonner.

## Partie III — Comprendre le contexte historique et social de la violence à l'égard des femmes et des enfants

### ÉLÉMENTS CLÉS :

1. **La nature complexe et multidimensionnelle de la violence familiale** The gendered nature of family violence
2. **La nature genrée de la violence familiale**
3. **Les dangers de la violence post-séparation**
4. **La confusion sur la question de savoir quand, pourquoi et comment la violence est dénoncée**
5. **Les effets dévastateurs de la violence**
6. **Les opinions discriminatoires sur la crédibilité des femmes : mythes, stéréotypes et fausses allégations d'aliénation**

L'affaire *Michel c. Graydon* a souligné à la fois l'importance de comprendre le contexte social et historique de la violence familiale et le fait que les législateurs se doivent de connaître les deux. Nous mettons l'accent sur l'information relative contexte social, en incluant tout de même des références au contexte historique.

L'information sur le contexte social peut, notamment, être utilisée en référence aux différents articles de la *Loi sur le divorce* qui octroient aux juges le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de facteurs autres que ceux qui sont énumérés. Il n'est pas possible ici de faire autrement que de relever plusieurs secteurs clés qui devraient être approfondis. Pour plus d'information sur l'analyse du contexte social et historique, voir *Family Violence and Evolving Judicial Roles : Judges as Equality Guardians in Family Law Cases*, publié dans la revue Canadienne de droit familial en 2017<sup>28</sup> et *Family Violence and Parenting Assessment, Law Skills and Social Context*.<sup>29</sup>

## *La nature multidimensionnelle de la violence familiale*

### **La complexité nécessite une approche intersectionnelle**

La violence familiale est complexe, multidimensionnelle et répandue. Les objectifs du législateur stipulent que :

- La violence familiale est une réalité dévastatrice pour de nombreux Canadiens et Canadiennes de tous horizons; elle peut causer, contribuer ou résulter d'une rupture familiale.
- En 2014, 4 % des personnes résidant au Canada avec un.e époux.se ou un.e conjoint.e de fait, actuel.le ou ancien.nne (environ 760 000 personnes) ont déclaré avoir été agressées physiquement ou sexuellement par leur époux.se au cours des cinq années précédentes.

Faire face à la violence familiale nécessite une approche intersectionnelle qui prend en compte une combinaison de facteurs, y compris des facteurs économiques tels les effets de la pauvreté. Les effets discriminatoires du colonialisme et du racisme peuvent être des facteurs significatifs.

### **Identifier les types de violence**

Les objectifs du législateur identifient :

- La violence coercitive et contrôlante
- La résistance violente
- La violence situationnelle (ou commune) dans le couple (souvent causée par l'incapacité à gérer les conflits ou la colère); et
- La violence provoquée par la séparation

Il est important de distinguer les différents types de violence.

### **La nécessité d'identifier les schémas de violence**

Il est nécessaire de prouver l'existence d'antécédents ou de schémas de violence. Les comportements violents considérés de façon isolée peuvent être dénaturés, ce qui risque d'exposer davantage la ou les victimes visées au danger :

- la violence qui s'inscrit dans un schéma de coercition et de contrôle de longue date peut être considérée, à tort, comme un acte isolé de violence (de couple); et
- ce qui est en fait un comportement défensif peut être interprété comme un comportement agressif.

## *La nature genrée de la violence familiale*

La violence est genrée. Bien que cette affirmation ne soit pas exempte de controverse, certains.es suggérant qu'il existe une symétrie entre les genres,<sup>30</sup> l'opinion dominante et appropriée est qu'il existe le plus souvent une différence significative dans la nature et la gravité de la violence vécue par les femmes et les hommes lorsqu'elle est considérée dans son contexte :

- En 2005, Peter Jaffe, Claire Crooks et Nicholas Bala ont constaté que même si certaines données statistiques semblent indiquer que les taux de violence sont similaires, lorsque celles-ci sont examinées conjointement avec d'autres informations contextuelles, on observe des différences notables entre les genres dans la gravité, les effets et la létalité de la violence.<sup>31</sup>
- Les objectifs du législateur indiquent que : (1) si les taux généraux de violence familiale ne diffèrent pas beaucoup entre les hommes et les femmes, il existe pourtant des différences significatives entre les genres en ce qui a trait à la gravité de la violence; (2) en 2014, les femmes étaient deux fois plus susceptibles que les hommes de déclarer avoir été agressées sexuellement, battues, étouffées ou menacées avec un fusil ou un couteau; et (3) à l'inverse, les hommes étaient trois fois et demie plus susceptibles de déclarer avoir été frappés à coup de pied, mordus ou frappés avec un objet.
- En 2016, Condition féminine Canada a conclu que si la violence peut toucher tout le monde, les femmes et les filles sont plus exposées à de nombreuses formes de violence, y compris la violence entre partenaires intimes; certaines femmes sont plus vulnérables que d'autres. Les femmes autochtones sont confrontées à des défis plus grands encore (tel que souligné par le Rapport sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées.)<sup>32</sup>
- L'affaire *Michel c. Graydon* énonce que les femmes vivant en couple sont plus susceptibles d'être victimes de violence conjugale que leurs homologues masculins.<sup>33</sup> Le jugement concordant fait référence aux statistiques démontrant que 79 % des cas signalés à la police l'ont été par des femmes.<sup>34</sup>
- Des études sur les homicides dus à la violence conjugale soutiennent la conclusion selon laquelle la violence à l'égard des femmes est genrée : non seulement elle est souvent de nature plus grave, mais elle peut être mortelle. L'Initiative canadienne sur la prévention des homicides familiaux soutient aussi cette conclusion dans un récent rapport. Ce rapport indique qu'en ce qui concerne uniquement les victimes adultes, les femmes représentaient 79 %, comparativement à 21 % chez les hommes.<sup>35</sup> Chez les enfants victimes d'homicide, les filles représentaient 53 % et les garçons 47 %. Le rapport montre que ces résultats sont cohérents avec d'autres recherches sur les homicides conjugaux et les tendances nationales de façon plus générale.
- Les statistiques criminelles démontrent aussi spécifiquement la nature genrée de la violence familiale (VPI). En 2019, le taux de violence entre partenaires intimes déclaré par la police était de 347 victimes pour 100 000 habitants. Dans les cas de violence, un peu plus que la moitié des victimes (53 %) étaient des femmes, alors que dans les cas de VPI, les femmes étaient la victime dans la grande majorité (79 %) des cas et ce, quel que soit le type de relation qu'entretenaient les partenaires intimes.<sup>36</sup>
- En 2021, le rapport le plus récent de Statistiques Canada indique que plusieurs formes de VPI étaient cinq fois plus répandues chez les femmes que chez les hommes, et que ces formes de violence avaient tendance à être plus graves. Même si ces actes de violence étaient moins fréquents, les femmes étaient bien plus susceptibles d'avoir vécu les situations suivantes au cours de leur vie : viol (10 %

contre 2 %), être obligées d'accomplir des actes sexuels auxquels elles ne voulaient pas prendre part (8 % contre 1 %) et être étouffées (7 % contre 1 %).<sup>37</sup>

### *Les dangers de la violence post-séparation*

Il a existé pendant longtemps une vision sociétale erronée, reflétée dans les lois et les pratiques judiciaires, selon laquelle la violence prend fin lorsqu'un couple se sépare. Cette ligne de pensée rend essentiellement la violence familiale hors de propos lors de l'examen des enjeux parentaux après la séparation. Or, c'est souvent l'inverse qui est vrai. Comme l'indiquent les objectifs du législateur :

- La séparation et le divorce peuvent en fait aggraver une relation déjà violente et la période suivant la séparation représente le plus haut risque. Cette période peut chevaucher les procédures judiciaires.
- Par exemple, entre 2007 et 2011, le risque qu'une femme soit tuée par le conjoint dont elle était séparée était six fois plus élevé que celui d'être tuée par le conjoint avec lequel elle vivait.

### *La confusion sur la question de savoir quand, pourquoi et comment la violence est dénoncée*

Notre compréhension du moment, de la manière et des raisons pour lesquelles les femmes dénoncent ou non la violence a évolué avec le temps.

- Nous avons dans le passé une doctrine de la plainte récente dans les affaires de voies de fait criminelles et sexuelles qui supposait que les femmes crédibles signaleraient la violence peu de temps après qu'elle s'était produite; nous savons désormais que cette conclusion est complètement fautive. Les vestiges de cette pensée entourant la violence conjugale persistent, alors même que certaines données montrent qu'au moins 70 % des femmes ne dénoncent pas la violence conjugale.
- Il existe toujours beaucoup de mésinformation sur la divulgation et la déclaration.
- Parmi les nombreuses raisons entourant la non-divulgation ou le retard dans la divulgation figurent : la crainte de ne pas crues et protégées, elles et leurs enfants, par les acteurs.trices du système judiciaire; la peur d'être accusées à tort d'aliénation parentale et de perdre la garde de l'enfant, et le conseil de certains.es avocats.es de ne pas dénoncer pour cette raison; l'incapacité de retenir les services d'un.e avocat.e ou de tout autre service de soutien nécessaire; le fait de ne même pas reconnaître qu'elles se trouvent dans une situation violente, particulièrement lorsque des tactiques de coercition et de contrôle sont utilisées; et, enfin, la décision délibérée de dénoncer après la séparation pour des raisons de sécurité.

## *Les effets de la violence*

Même si la gestion des effets de la violence dépasse largement le cadre de ce sommaire, nous avons relevé huit domaines de préoccupation particulièrement pertinents : (1) les effets du traumatisme; (2), les effets significatifs sur les enfants de leur exposition à la violence familiale; (3) le chevauchement entre la violence conjugale et la maltraitance d'enfant; (4) l'exposition à la violence en tant que forme de maltraitance à l'égard des enfants, reconnue comme telle par le ministère de la Justice du Canada; (5) la violence psychologique, physique et sexuelle en tant qu'expériences négatives de l'enfance (ENE); (6) le lien avec la victimisation et la perpétration futures de la violence; (7) le fait d'avoir comme modèle de relation négative un parent violent; et (8) les effets économiques de la violence familiale.

La violence familiale peut avoir des effets significatifs et néfastes sur les enfants.

- Dans leur article précurseur de 2005, Peter Jaffe, Claire Crooks et Nicholas Bala suggèrent que ce n'est que vers le milieu ou la fin des années 1990 que de nombreux professionnels les ont commencé à prendre conscience des répercussions négatives de la violence familiale sur les enfants. Ils ont noté qu'auparavant, on estimait que le fait d'être violent n'empêchait pas qu'un homme puisse aussi être un bon père.<sup>38</sup>
- Les objectifs du législateur prennent en compte les effets néfastes significatifs de la violence familiale sur les enfants, en faisant valoir que (1) la violence familiale peut avoir un effet considérable sur les enfants; (2) ceux et celles ayant été exposés à la violence sont à risque de développer des troubles émotionnels et comportementaux durant leur vie, et ces effets sont semblables à ceux de mauvais traitements subis directement; et (3) certaines de ces conséquences comprennent le stress post-traumatique, de mauvais résultats scolaires, de la difficulté à gérer ses émotions, des maladies physiques chroniques et une plus grande propension à endosser le rôle de victime ou d'agresseur à l'avenir.

## *Opinions discriminatoires sur la crédibilité des femmes : mythes, stéréotypes et déclarations de fausses allégations*

La lutte contre les opinions discriminatoires concernant la crédibilité des allégations de violence familiale faites par les femmes dans les processus de justice est essentielle à l'objet de la *Loi sur le divorce*, qui est d'assurer leur sécurité et bien-être. Cependant :

- Plutôt que d'aborder la question de manière impartiale lorsque les femmes soulèvent la question de violence familiale, certains.es décideurs.es du système judiciaire se montrent, consciemment ou non, sceptiques d'emblée.

- Ce scepticisme prend ses racines dans les modèles historiques d'attitudes, de lois et de pratiques discriminatoires; le fait de modifier formellement les lois ne permet pas toujours de remédier aux attitudes et croyances profondément ancrées.
- Les évaluations de la crédibilité sont particulièrement sujettes aux mythes et stéréotypes. Par exemple, il est possible de conclure, sur la seule base d'hypothèses non prouvées, que : (a) une femme crédible le dirait à quelqu'un, le signalerait à la police ou aux autorités de protection de l'enfance et quitterait la relation violente; (b) si une femme ne dénonce pas avant qu'elle parte et que les procédures judiciaires aient débuté, elle ne dit pas la vérité ou exagère ses dires afin d'obtenir un avantage; et (c) si l'aide juridique est seulement accordée dans les affaires où la violence est en cause, elle n'a pas dit la vérité ou a exagéré la violence dans sa déclaration pour pouvoir y être admissible.

Un problème important d'inégalité pour les femmes est l'allégation (par certains.es) que les femmes, en tant que groupe, sont particulièrement susceptibles de porter de fausses allégations de violence afin d'obtenir un avantage dans les instances de droit de la famille.

- Il peut exister de fausses allégations de la part des femmes, de même qu'il peut exister de faux démentis de la part des hommes. Cependant, le fait d'affirmer que cela se produit souvent est contesté : les preuves à l'appui de cette conclusion devraient être évaluées attentivement pour s'assurer qu'elles sont impartiales.
- Par exemple : (a) bon nombre de services de police canadiens ont fait état de nombreuses allégations d'agressions sexuelles non fondées, mais lorsque ces conclusions ont été examinées attentivement, nombre d'entre elles ont été reclassées comme étant fondées; et (b) comme l'ont récemment mentionné le professeur Nicholas Bala et Barbara Fidler,<sup>39</sup> certains.es évaluateurs.trices de garde peuvent avoir une expérience limitée en ce qui a trait à la gestion de problèmes liés à la violence interpersonnelle ou l'aliénation et peuvent donc être empreints de préjugés. Par conséquent, et hypothétiquement, toute affirmation selon laquelle les femmes qu'ils ont évaluées ont souvent fait de fausses allégations peut être considérée comme étant suspecte.

Pour une discussion plus approfondie sur le sujet de la crédibilité, voir par exemple : (1) Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases and Family Violence and Parenting Assessment, Law Skills and Social Context, mentionnés au début de cette partie; et, plus récemment, Why Can't Everyone Just Get Along? How BC's Family Law System Puts Survivors in Danger.<sup>40</sup>

## Partie IV—Les obligations internationales du Canada

### ÉLÉMENTS CLÉS :

1. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant considère l'enfant comme titulaire de droits ayant un rôle important à jouer dans les procédures relevant du droit de la famille
2. Le fait d'être protégé de toutes formes de violence et d'avoir des droits de participation significatifs dans les instances judiciaires qui les concernent sont des droits déterminants dans les affaires de violence familiale
3. La Convention s'applique à tous les enfants et toutes les affaires, y compris celles où il est question d'allégation de violence familiale ou d'aliénation parentale
4. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies créé par la Convention dans le but de la mettre en place met souligne que : il existe un lien inextricable entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la participation; le droit d'être entendu est particulièrement pertinent dans les affaires de violence familiale; il ne devrait pas y avoir de limite d'âge pour participer; et il devrait y avoir présomption de capacité
5. Le Comité souligne la nécessité d'avoir huit sauvegardes/protections, dont l'une est la représentation juridique appropriée lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant doit être formellement évalué et déterminé par les tribunaux; cette représentation rend plus facile l'application des sept autres protections énoncées dans cette partie

### *Les obligations internationales de manière générale*

Nous avons pu constater que, en tant que principe d'interprétation des lois, la *Loi sur le divorce* est présumée tenir compte des obligations internationales du Canada.<sup>41</sup>

- Il existe de nombreux instruments internationaux pertinents quant aux affaires de violence familiale. L'affaire *Michel c. Graydon* en offre deux exemples : la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, et la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes.<sup>42</sup>

Parmi les autres, citons également : la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones; la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.<sup>43</sup>

### *La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant soutient une approche qui, tel qu'énoncé dans le jugement concordant dans *Michel c. Graydon*, considère l'enfant comme titulaire de droits à part entière.

- Ce jugement<sup>44</sup> fait référence à un changement drastique du statut de l'enfant qui, considéré dans le passé comme un bien, est désormais considéré comme titulaire de droits à part entière.
- Entre les deux :
  - La croyance dominante voulait que les enfants soient tenus à l'écart — protégés — des procédures judiciaires.
  - Les enfants étaient considérés « de façon paternaliste, [considérés] telles des personnes non compétentes au cours de leur cheminement vers la vie adulte, au sujet desquelles des décisions doivent être prises en vue d'en assurer la protection. » — « des êtres humains en devenir » — plutôt que des êtres humains.<sup>45</sup>
- Cette opinion, si elle était bien intentionnée, ne reflète plus les droits légaux reconnus de l'enfant.

L'approche de la Convention est holistique; tous les droits s'appliquent à tous les enfants. Quatre de ses Articles sont considérés comme fondamentaux, sont décrits comme des principes généraux et fournissent un cadre général pour cette approche holistique : respecter et garantir les droits de tout enfant sans discrimination (Article 2); faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent (Article 3 (1)); respecter le droit inhérent à la vie de l'enfant et à un développement sain (Article 6); et respecter le droit de l'enfant d'être entendu et d'exprimer librement son opinion (Article 12).

Plusieurs Articles sont pertinents pour la violence familiale :

- Un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans : Article 1.
- L'Article 19 protège l'enfant contre toute forme de violence « pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un deux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. »
- L'Article 12(1) accorde deux droits à tout enfant capable de se forger sa propre opinion :
  - Le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, et
  - Le droit que ces opinions soient prises en considération, compte tenu de son âge et de son degré de maturité.
- Le « droit d'être entendu » s'applique dans toute procédure judiciaire concernant l'enfant : Article 12(2).

La Cour supérieure de justice de l'Ontario a examiné la Convention et l'Article 12 dans *Medjuck v. Medjuck*, et a fait référence à *G. (B.J.) v. G. (D.L.)*, une décision citée avec approbation par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies.<sup>46</sup> Dans l'affaire Medjuck, la Cour a conclu que :

- L'Article 12 s'applique à tout enfant et ne fait pas d'exception dans les affaires de violence conjugale, d'aliénation parentale ou des deux;
- Un enfant capable de forger des opinions et de les communiquer devrait généralement être autorisé à les exprimer dans le cadre d'une procédure judiciaire (bien que dans certains cas, le comportement aliénant est tel que l'enfant n'est pas capable de se forger sa propre opinion);
- Dans de nombreux cas, y compris les affaires très conflictuelles, l'accent sera mis sur le poids accordé aux points de vue, et non sur la question de savoir si les points de vue devraient être exprimés; et
- Recueillir les points de vue de toutes sortes d'enfants, y compris des plus jeunes, sur un large éventail de sujets en lien avec le conflit, peut mener à de meilleures décisions pour les enfants, décisions qui auront plus de chance d'être appliquées avec succès.

### **Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies**

- La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant institue le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies: Article 43
- Le Comité est institué « aux fins d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention. »<sup>47</sup>

### **L'utilisation des observations générales du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies**

Les obligations visées à l'Article 43 reposent sur les Observations générales formulées, par le Comité, sur les Articles de la Convention :

- Les Observations générales fournissent des indications importantes sur l'interprétation des Articles de la Convention en matière de droit de la famille et revêtent une importance significative.
- Bien qu'elles ne soient pas « contraignantes », elles représentent des normes relatives aux droits internationaux de l'enfant qui sont bien établies et persuasives.

- Les Observations générales constituent une importante base pour les examens périodiques, par le Comité, de la conformité des États membres. Au moment de rédiger ces lignes, le Canada se trouve au cœur d'un tel examen, les dernières « Observations finales » pour le Canada (« Concluding observations : Canada ») ayant été remises en 2012.
- Les observations qui sont particulièrement pertinentes pour les affaires de droit de la famille sont les suivantes : Observation générale 12 sur « le droit de l'enfant d'être entendu »;<sup>48</sup> Observation générale 13 sur « le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence »;<sup>49</sup> et Observation générale 14 sur « le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en compte prioritairement » (article 3 para. 1).<sup>50</sup> Voir, notamment, ces observations :
  - Le droit de l'enfant d'être entendu est particulièrement important dans les situations de violence, et le droit de participer débute avec les très jeunes enfants particulièrement vulnérables à la violence.<sup>51</sup>
  - Il existe un lien direct — « inextricable » — entre la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'énoncé à l'Article 3, et le fait d'entendre les points de vue l'enfant et de les prendre au sérieux.<sup>52</sup>
  - Il devrait y avoir une présomption qu'un enfant est capable de se forger sa propre opinion et une reconnaissance qu'il a le droit de l'exprimer; il n'incombe pas à l'enfant de faire la preuve préalable de sa capacité.<sup>53</sup>
  - Il ne devrait pas y avoir de limite d'âge de participation.<sup>54</sup>
- Les Observations générales ont été mentionnées dans la jurisprudence canadienne et devraient être appliquées, à moins que<sup>55</sup> (1) des raisons convaincantes soient fournies pour démontrer qu'elles ne sont pas pertinentes, et (2) d'autres options valables soient identifiées pour répondre aux préoccupations soulevées par les Observations générales.
- La Cour supérieure de justice de l'Ontario, en interprétant la Loi sur le divorce dans **S.S v. R.S.**, a fait référence, d'une part, à l'Observation générale 13 sur les effets dévastateurs de la violence sur la survie de l'enfant ainsi que sur son développement physique, mental, spirituel, moral et social<sup>56</sup> et, d'autre part, à l'Observation générale 14, qui traite de : (1) la raison pour laquelle il n'existe pas de présomption en faveur d'un type ou l'autre de parentalité (paras. 49-50); et (2) le fait que l'utilisation de la considération principale mentionnée à l'Article 3 signifie que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur toute autre considération (para. 33).

## L'importance de l'application judiciaire des droits de l'enfant : huit sauvegardes et garanties

Dans l'affaire *Michel c. Graydon*, la Cour a souligné l'importance du rôle du ou de la juge dans l'application des droits : « Les tribunaux ne doivent pas être dissuadés de défendre les droits de [l'enfant] lorsqu'ils ont l'occasion de le faire. »<sup>57</sup> « Il est également souligné qu'à défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise. »<sup>58</sup> La Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur le besoin de protection juridique des enfants dans le cadre d'une procédure en droit de la famille où il était question d'aliénation parentale, dans *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*.<sup>59</sup> La Cour a fait référence à la Convention, notant que le Canada en est signataire et faisant valoir que la Convention exige que « l'enfant bénéficie d'une protection – y compris juridique – et de soins particuliers de la part des tribunaux pour toutes les questions en lien avec son intérêt supérieur ». <sup>60</sup> Le juge en chef de la Colombie-Britannique Robert Bauman a souligné l'importance pour les enfants d'avoir non seulement des droits, mais aussi la capacité de les mettre en vigueur. Il a décrit l'application de leurs droits dans un cadre d'autonomisation des enfants, et non de paternalisme.<sup>61</sup>

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies décrit les garanties juridiques et procédurales essentielles à l'application des droits de l'enfant dans l'Observation générale 14.<sup>62</sup> La représentation juridique est l'une des huit sauvegardes et elle constitue un moyen déterminant d'appliquer les sept autres : (1) droit de l'enfant d'exprimer son opinion (ss. 89-91); (2) établissement des faits (s. 92); (3) perception du temps (s.93); (4) professionnels qualifiés (ss. 94 et 95); (5) raisonnement juridique (s.97); (6) mécanisme de réexamen ou de révision des décisions (s.98); (7) étude de l'impact sur les droits de l'enfant (s.99); et (8) représentation juridique (s.96). La Cour, dans l'affaire *S.S. v. R.S.*, a fait référence à la protection entourant le raisonnement juridique, soulignant la nécessité de motiver, justifier et expliquer chaque décision, en mentionnant toutes les circonstances factuelles et pertinentes (para.54).

Pour des informations pratiques sur la Convention de manière générale et sur la manière dont ces sauvegardes et garanties s'appliquent au droit de la famille, voir *Implementing Children's Participation in Family Court Cases : View of the Child and Beyond*,<sup>63</sup> ainsi que le *Practical Guide/Checklist: Implementing Child Rights Safeguards and Guarantees in Court Processes*,<sup>64</sup> tous deux rédigés par l'honorable Donna Martinson et l'honorable juge Rose Raven. Voir également la Trousse d'outils sur les droits de l'enfant<sup>65</sup> en ligne de l'Association du barreau canadien.

## La représentation juridique des enfants dans les affaires de violence familiale

L'exigence de la représentation juridique à laquelle il vient d'être fait référence stipule que « l'enfant aura besoin de représentation juridique adéquate lorsque son intérêt supérieur sera formellement évalué et déterminé par les tribunaux. » Nous considérons que ce droit à la représentation juridique est fondamental à l'application efficace des droits de l'enfant dans les instances judiciaires. Si une analyse détaillée dépasse le cadre du présent sommaire, nous le soulignons ici.<sup>66</sup> La Cour suprême du Canada a déclaré que la possibilité d'avoir recours aux

services d'un.e avocat.e pour faire valoir et protéger ses droits légaux sans ingérence constitue un aspect fondamental du système juridique canadien.<sup>67</sup> Cette affirmation n'est pas ou ne devrait pas être limitée aux adultes.<sup>68</sup> Si l'accès aux services d'un.e avocat.e est évidemment important pour les adultes, il est tout particulièrement important que les enfants, qui n'ont pas les mêmes avantages que les adultes pour y avoir accès, puissent eux aussi bénéficier de ce droit fondamental pour faire valoir et protéger leurs droits à la sécurité et au bien-être et pour participer aux décisions qui les concernent.

---

1 L'honorable Donna Martinson, c.r., LL.M., a travaillé tout au long de sa carrière pour lutter contre les lois et pratiques discriminatoires à l'égard des femmes et des enfants, afin de s'assurer que « l'égalité pour tous » dans notre système de justice inclut l'égalité pour les femmes et les enfants. Elle a grandement contribué à la poursuite de cette égalité en tant qu'avocate en travaillant comme procureure de la couronne, en pratique privée, comme professeure de droit en Alberta et en Colombie-Britannique et comme juge à la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, puis à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Après sa carrière comme juge et depuis juillet 2009, elle a continué à défendre l'égalité et l'accès à la justice par le biais de son vaste travail bénévole : (1) en tant que professeure auxiliaire à l'École de criminologie de l'Université Simon Fraser, par l'entremise du FREDA Centre on Research on Violence Against Women and Children; (2) à la Peter A. Allard School of Law de l'Université de Colombie-Britannique, par l'entremise du Centre for Feminist Legal Studies; (3) en tant que membre exécutif de la Section nationale sur le droit des enfants de l'Association du Barreau canadien où elle a présidé le comité sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant; (4) en tant que présidente fondatrice de la section du droit de l'enfant de la division de la Colombie-Britannique de l'Association du barreau canadien; et (5) en tant que membre fondatrice du Steering Committee for Rise Women's Legal Centre et membre de son conseil depuis ses débuts en 2016.

2 Margaret Jackson est la directrice et cofondatrice du FREDA Centre for Research on Violence against Women and Children in the School. Le FREDA fait partie d'un réseau de centres de recherche sur les questions de violence à l'égard des femmes et des enfants. Elle est aussi professeure émérite et ancienne directrice de l'école de criminologie et de l'institut de politique judiciaire. Elle est aussi auteure ou coauteure d'une série d'articles et de rapports sur la violence à l'égard des femmes et des enfants, les politiques du système judiciaire, les processus judiciaires et de prise de décision, et plus récemment, la cyber intimidation et l'intimidation. Elle a aussi, en tant que chercheuse principale ou co-chercheuse, mené des projets de recherche pour le compte des gouvernements fédéral et provinciaux. Le centre FREDA met principalement l'accent sur la recherche collaborative avec les agences communautaires et la communauté sur des questions de fond concernant l'égalité des femmes et des enfants victimes de violence.

3 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch.3 (2e suppl.)

4 *Michel c. Graydon*, 2020 C.S.C. 24.

5 *Family Law Act*, [SBC 2011], Chapter 25

6 Ce lien a été utilement examiné en détail par Linda Neilson et la professeure Susan Boyd, dans *Interpreting the New Divorce Act, Rules of Statutory Interpretation & Senate Observations*, (Mars 2020), en ligne : FREDA Centre for Research on Violence Against Women and Children, <https://www.fredacentre.com/new-report-interpreting-the-new-divorce-act-rules-of-statutory-interpretation-and-senate-observations-march-2020/>. [Neilson & Boyd, *Interpreting the New Divorce Act*].

7 *Michel c. Graydon*, *supra*, note 4 à 6.

8 *Colucci c. Colucci*, 2021 C.S.C. 24.

9 *Ibid*, au para. 69.

10 Ministère de la justice, Gouvernement du Canada, Modifications à la *Loi sur le divorce* expliquées – [Ministère de la

justice, (Ottawa : Ministère de la justice, 17 juillet 2019), en ligne <https://www.justice.gc.ca/eng/fl-df/cfl-mdf/dace-clde/index.html> [Modifications à la *Loi sur le divorce* expliquées]

11 Ministère de la justice, Gouvernement du Canada, Ministère de la justice — Contexte législatif : *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* (projet de loi C-78 lors de la 42<sup>e</sup> législature) Ottawa : Ministère de la justice, 5 décembre 2017), en ligne <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/c78/03.html.&gt;>;

12 *S.S. v. R.S.*, 2021 ONSC 2137.

13 *Ibid*, à 26 – 28.

14 Neilson & Boyd, *Interpreting the New Divorce Act*, *supra*, note 6.

15 *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21

16 *Supra*, note 3, para. 16(4). La *Loi sur le divorce* énumère les sept facteurs suivants dont doivent tenir compte les tribunaux dans des affaires de violence familiale : **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 suivant 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 à l'égard de 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; **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; et **h)** tout autre facteur pertinent. Voir aussi Neilson & Boyd, *supra*, note 6, plus particulièrement la discussion concernant l'ajout d'un comportement « coercitif et dominateur » comme élément de violence familiale, p.1 et p. 12

17 Modifications à la *Loi sur le divorce* expliquées, *supra*, note 10, à 95-96

18 Loretta Frederick, Peter Jaffe, Joan Meier, Simon Lapierre, Linda C. Neilson, L'utilisation abusive de l'aliénation dans les affaires de violence conjugale au tribunal de la famille : aider les professionnels du système judiciaire à faire le tri entre les allégations contradictoires (23 March 2021), en ligne : VAW Learning Network <http://www.vawlearningnetwork.ca/webinars/recorded-webinars/2021/March-23rd-Webinar-slides-updated.pdf>; l'honorable Donna Martinson et Margaret Jackson, Family Violence and Parenting Assessments : Law, Skills and Social Context (20 November 2019), en ligne: FREDA Centre for Research on Violence Against Women and Children <https://fredacentre.com/wp-content/uploads/Martinson.-Jackson-Family-Violence-and-Parenting-Assessments-Report-Highlights-and-Report-Brief-1.pdf> [Martinson & Jackson, Family Violence and Parenting Assessments]; Haley Hrymak et Kim Hawkins, Section 211 Toolkit (March 2021), en ligne: Rise Women's Legal Centre <https://womenslegalcentre.ca/wp-content/uploads/2021/04/Rise-Womens-Legal-Centre-Section-211-Toolkit-1.pdf> [Hrymak & Hawkins, Section 211 Toolkit]; Haley Hrymak & Kim Hawkins, Why Can't Everyone Just Get Along? How BC's Family Law System Puts Survivors in Danger, en ligne: Rise Women's Legal Centre <https://womenslegalcentre.ca/wp-content/uploads/2021/01/Why-Cant-Everyone-Just-Get-Along-Rise-Womens-Legal-January2021.pdf> [Hrymak & Hawkins, Why Can't Everyone Just Get Along?].

19 Barbara Jo Fidler et Nicholas Bala, 'Rédactrices invitées' Introduction to the 2020 Special Issue on Parent–Child

Contact Problems: Concepts, Controversies & Conundrums', Family Court Review 58, no. 2 (2020): 265–69 [Fidler & Bala, 2020 Special Issue on Parent-Child Contact Problems]. Ce numéro spécial contient de nombreux articles susceptibles d'intéresser le lecteur sur ce sujet.

20 Martinson & Jackson, Family Violence and Parenting Assessments, *supra*, note 18.

21 Hyman & Hawkins, Section 211 Toolkit, *supra* note 18 à 45.

22 Hrymak & Hawkins, Why Can't Everyone Just Get Along?, *supra*, note 18; voir aussi un webinaire lié et un mémoire d'apprentissage, commandité par The FRED Centre, en ligne : <<https://www.fredacentre.com/rise-webinar-why-cant-everyone-just-get-along-how-bcs-family-law-system-puts-survivors-in-danger/>>; Tara Carman, The CBC Investigates: Survivors of domestic abuse told to keep quiet about it in court or risk jeopardizing child custody, 27 septembre, 2020, en ligne: <<https://www.cbc.ca/news/canada/domestic-abuse-custody-1.5738149>>; Martinson & Jackson, Family Violence and Parenting Assessments, *supra*, note 18 à 90.

23 Modifications à la *Loi sur le divorce* expliquées, *supra*, note 10 à 90.

24 *S.S. v. R.S.*, *supra*, note 12 à 39-40.

25 Coordinatrices de la recherche : Professeure émérite Margaret Jackson et l'honorable Donna Martinson avec les assistantes de recherche : Melissa Gregg, Chelsea Pang et Sarah Yercich; Implementing Children's Participation Rights in Family Law and Child Welfare Court Proceedings, Literature Review (novembre 2020), en ligne: [https://rcybc.ca/reports-and-publications/child-participation-in-family-law-and-child-welfare-court-proceedings/?utm\\_source=rss&utm\\_medium=rss&utm\\_campaign=child-participation-in-family-law-and-child-welfare-court-proceedings](https://rcybc.ca/reports-and-publications/child-participation-in-family-law-and-child-welfare-court-proceedings/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=child-participation-in-family-law-and-child-welfare-court-proceedings) [Implementing Children's Participation Rights]. Comme mentionné au début du résumé du document, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant protège tous les aspects de la vie d'un enfant et s'assure que les droits de l'enfant sont adéquatement respectés sur les plans économique, politique, social et juridique. Le droit des enfants à être représentés par un avocat et à faire valoir leur intérêt supérieur dans les procédures judiciaires est une composante nécessaire de cette protection globale. Le Canada a ratifié la Convention en 1991; pourtant, de nombreuses lacunes subsistent dans l'approche de la Colombie-Britannique et au Canada en ce qui concerne les droits des enfants pendant les procédures judiciaires. Cette analyse/rapport documentaire aborde un certain nombre de lacunes et d'obstacles qui existent en ce qui concerne la gestion de la représentation juridique des enfants au Canada.

26 *Medjuck v. Medjuck*, 2019 ONSC 3245; *G(B.J.) v. G. (D.L.)*, 2010 YKSC 44. Le premier auteur de ce Mémoire d'apprentissage était le juge dans l'affaire de la Cour suprême du Yukon.

27 L'honorable Donna Martinson et Margaret Jackson, Canadian Observatory on the Justice System's Response to Intimate Partner Violence, Risk of Future Harm : Family Violence and Information Sharing Between Family and Criminal Courts (Projet de recherche pour l'Observatoire canadien sur les mesures judiciaires prises pour contrer la violence conjugale (14 janvier 2016) à 5 et 17, en ligne : FRED Centre for Research on Violence Against Women and Children <https://fredacentre.com/wp-content/uploads/Observatory-Martinson-Jackson-Risk-Report-FINAL-January-14-2016.pdf>; Donna Martinson et Margaret Jackson (2017). « Family Violence and Evolving Judicial Roles: Judges as Equality Guardians in Family Law Cases. » La revue Canadienne de droit familial 30 (1) : 11 à 56. <https://commons.allard.ubc.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=can-j-fam-l> [Martinson & Jackson, Family Violence and Evolving Judicial Roles].

28 *Ibid*, à 22-39

29 Martinson & Jackson, Family Violence and Parenting Assessments, *supra*, note 18 à 13-18.

- 30 Pour une discussion des différentes approches et de la raison pour laquelle nous disons que la violence est genrée, voir Martinson & Jackson, *Family Violence and Evolving Judicial Roles*, *supra*, note 27, à 64.
- 31 Peter G. Jaffe, Claire V. Crooks et Nicholas Bala, Conclure les bonnes ententes parentales dans les affaires de violence familiale : recherche dans la documentation pour déterminer les pratiques prometteuses (Rapport de recherche de la Division de la famille, les enfants et la jeunesse, 2005), en ligne : [https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/parent/2005\\_3/2005\\_3.pdf](https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/parent/2005_3/2005_3.pdf) [Jaffe, Crooks et Bala, Conclure les bonnes ententes parentales].
- 32 Préparation de la stratégie fédérale contre la violence fondée sur le sexe : vision, résultats et principes (Condition féminine, 2016), en ligne : <https://cfc-swc.gc.ca/violence/strategy-strategie/principe-principe-en.html>; voir aussi l'Enquête nationale sur les femmes et filles autochtones disparues et assassinées, Réclamer notre pouvoir et notre place : le rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées (3 juin 2019), en ligne : <https://www.mmiwg-ffada.ca/>.
- 33 Michel c. Graydon, *supra*, note 4 à 95.
- 34 *Ibid.* Voir aussi Sara Beattie & Hope Hutchins, Les refuges pour femmes violentées au Canada (Statistique Canada, Catalogue No. 85-002-X, 2014), en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2015001/article/14207-fra.htm> à 6.
- 35 Myrna Dawson, Peter Jaffe, Anna-Lee Straatman, Julie Poon, Meghan Gosse, Olivia Peters et Gursharan Sandhu, Un seul c'est déjà trop : tendances et caractéristiques des homicides familiaux au Canada de 2010 à 2015 (Initiative canadienne sur la prévention des homicides familiaux au sein de populations vulnérables, 2018), en ligne : <http://cdhpi.ca/sites/cdhpi.ca/files/CDHPI-REPORTRV.pdf> à 9.
- 36 Shana Conroy, La violence familiale au Canada, Section 3 : Violence entre partenaires intimes au Canada, affaires déclarées par la police, 2019 (Centre canadien de la statistique juridique et de la sécurité des collectivités, Statistique Canada, 2 mars 2021), en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2021001/article/00001/03-fra.htm>.
- 37 Adam Cotter, Violence entre partenaires intimes au Canada, 2018 : un aperçu (Centre canadien de la statistique juridique et de la sécurité des collectivités, Statistique Canada, 26 April 2021), en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2021001/article/00003-fra.htm>.
- 38 Jaffe, Crooks et Bala, Conclure les bonnes ententes parentales, *supra*, note 31.
- 39 Fidler & Bala, 2020 Special Issue on Parent-Child Contact Problems, *supra*, note 19.
- 40 Hrymak & Hawkins, Why Can't Everyone Just Get Along?, *supra*, note 18 à 45-48.
- 41 Pour une étude de la présomption de validité avec le droit international dans le contexte de la Charte, voir *Québec (Procureur Général) c. 9147— 0732 Québec Inc*, 2020 C.S.C. 32.
- 42 Assemblée Générale des Nations Unies, Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1577, en ligne : <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>; Assemblée générale des Nations Unies, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 1249; en ligne : <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cedaw.aspx&gt;>.

- 43 Assemblée Générale des Nations Unies, **Déclaration des Nations Unies sur les droits** des peuples autochtones : résolution adoptée par l'Assemblée générale, 2 octobre 2007, A/RES/61/295, en ligne : [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\\_E\\_web.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf); Assemblée générale des Nations Unies, **Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes**, 20 décembre 1993, A/RES/48/104, en ligne : <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>; **Convention internationale** sur l'élimination de toutes les formes de **discrimination raciale**, 21 décembre 1965, Recueil de traités des Nations Unies, vol. 660 à 195, en ligne : <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx>; Assemblée générale des Nations Unies, **Convention relative aux droits des personnes handicapées des Nations Unies**, 30 mars 2007, en ligne : <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/conventionrightspersonswithdisabilities.aspx>.
- 44 *Supra*, note 4 à 77.
- 45 L'honorable Raynell Andreychuk (Président) et l'honorable Joan Fraser (Vice-présidente), Les enfants : des citoyens sans voix — Mise en œuvre des obligations internationales du Canada relatives aux enfants, Comité sénatorial permanent sur les droits de la personne (2007), en ligne <https://sencanada.ca/content/sen/Committee/391/huma/rep/rep10apr07-e.pdf>.
- 46 *Medjuck v. Medjuck*, citant *G(B.J.) v. G. (D.L.)*, *supra* note 26. Comme indiqué dans cette note, la décision de la Cour suprême du Yukon a été rédigée par le premier auteur de ce Mémoire. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a émis ces observations dans ses dernières Remarques de clôture Canada : Examen des rapports soumis par les États parties conformément à l'article 44 de la Convention: Remarques de clôture : Canada, 61<sup>e</sup> Sess, Doc ONU CRC/C/CAN/CO/3-4 (2012).
- 47 Assemblée générale des Nations Unies, Convention relative aux droits de l'enfant, *supra* note 42.
- 48 Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Observations générales No.12 (2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu, Doc. ONU CRC/C/GC/12 (1er juillet 2009), en ligne : <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>
- 49 Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies, Observations générales No.13 (2011) : Le droit de l'enfant à être à l'abri de toutes les formes de violence, Doc. ONU CRC/C/GC/13 (18 avril 2011), en ligne : [https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_en.pdf)
- 50 Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Observations générales No.14 (2011) : Le droit de l'enfant de voir son intérêt supérieur considéré comme une considération primordiale, Doc. ONU CRC/C/GC/14 (29 May 2013), en ligne : [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf)
- 51 Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Observation générale no. 13, *supra*, note 49 à 63
- 52 Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Observation générale no. 12, *supra*, note 48 à 74; Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Observation générale no. 14, *supra*, note 50 à 43
- 53 Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Observation générale no. 12, *supra*, note 48 à 20
- 54 *Ibid*, à 21.
- 55 L'honorable Donna Martinson et l'honorable Juge Rose Raven, Implementing Children's Participation in Family

- Court Cases : Views of the Child and Beyond (CLEBC Access to Justice for Children 2020, March 6. 2020), en ligne: <https://1juibf12bq823l3a7515u1i5wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/04/ImplementingChildrensParticipationinFamily.pdf>; à la p. 5.1.4 [Martinson & Raven, Implementing Children’s Participation in Family Court Cases].
- 56 *S.S. v. R.S.*, *supra*, note 12 à 46-47.
- 57 *Michel c. Graydon*, *supra*, note 4 à 31.
- 58 *Ibid*, à 96.
- 59 *Ontario (Children’s Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* 2018, ONCA 556.
- 60 *Ibid*, à 51.
- 61 Why Access to Justice for Children Matters, allocution de l’honorable Robert J. Bauman, juge en chef de la Colombie Britannique dans le cadre du CLEBC Access to Justice for Children Conference : Child Rights in Action, 11 mai, 2017. [https://www.bccourts.ca/Court\\_of\\_Appeal/about\\_the\\_court\\_of\\_appeal/speeches/Speech\\_Why\\_Access\\_to\\_Justice\\_for\\_Children\\_Matters.pdf](https://www.bccourts.ca/Court_of_Appeal/about_the_court_of_appeal/speeches/Speech_Why_Access_to_Justice_for_Children_Matters.pdf)
- 62 Pour plus d’information en ce qui a trait aux mesures de protection et de garanties, incluant la représentation juridique, voir : The Honourable Donna J. Martinson and Caterina E. Tempesta, Young People as Humans in Family Court Processes: A Child Rights Approach to Legal Representation, (2018) 31 *La revue Canadienne de droit familial* 151. <https://commons.allard.ubc.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=can-j-fam-l>
- 63 Martinson & Raven, Implementing Children’s Participation in Family Court Cases, *supra* note 55; Martinson & Jackson, Family Violence and Parenting Assessments, *supra* note 18 à 56-65; Caterina E. Tempesta, Legal Representation as a Critical Aspect of the Child’s Right to be Heard. (Thèse de maîtrise en droit : Advanced Studies in International Children’s Rights Leiden University of Faculty of Law Netherlands, 2018- 2019), en ligne : <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/instituut-voor-privaatrecht/jeugdrecht/legal-representation-as-a-critical-aspect-of-the-childs-right-to-be-heard.pdf> [Tempesta, Legal Representation]; Rapport alternatif sur le droit des enfants des Nations Unies (Association du barreau canadien/Section sur le droit des enfants, 2020), en ligne <https://www.cba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=fdb96dc7-35e0-4b6d-8918-40ba6607582a> [UN Alternative Report].
- 64 Martinson & Raven, Practical Guide/Checklist: Implementing Child Rights Safeguards and Guarantees in Court Processes, <https://1juibf12bq823l3a7515u1i5wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/04/ImplementingChildrensParticipationinFamily-Handout.pdf>
- 65 Child Rights Toolkit (Association du Barreau canadien, Comité national sur le droit des enfants, Printemps 2017), disponible en ligne.
- 66 Martinson & Raven, Implementing Children’s Participation in Family Court Cases, *supra*, note 55; Martinson & Jackson, Family Violence and Parenting Assessments, *supra* note 18; Tempesta, Legal Representation, *supra*, note 63; UN Alternative Report, *supra* note 63. La question de savoir quand et comment les enfants devraient avoir droit à une représentation juridique fait l’objet d’un débat permanent au Canada. Le FRED Centre a abordé cette question dans son document Implementing Children’s Participation Rights, aux pages 3 à 8 de son analyse documentaire, *supra* note 25. Cette analyse documentaire indique qu’en ce qui concerne les garanties de représentation juridique, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dans l’affaire J.E.S.D. c. Y.E.P., 2018 BCCA 286, a noté, dans des commentaires non nécessaires à la décision et donc non contraignants (*obiter*), que si la version anglaise des commentaires du Comité des Nations Unies fait

référence à la locution « legal representation », la version française fait, elle, référence à « un conseil juridique », ce qui « semble indiquer » que le niveau de représentation envisagé n'est pas un droit complet à un avocat, mais plutôt un droit de bénéficier d'un conseil juridique. Pour de plus amples renseignements, voir Martinson et Jackson, *Family Violence and Parenting Assessments*, *supra* note 18, p. 63. Enfin, dans Tempesta, *Legal Representation*, *supra* note 63, p. 30-31, l'auteur suggère respectueusement qu'en appliquant une approche téléologique à l'interprétation de la CNUDE, il est difficile d'imaginer que le Comité des droits de l'enfant ait voulu que les enfants bénéficient d'une protection juridique moins que complète dans les procédures judiciaires où leur intérêt supérieur est évalué et où il y a un conflit avec un parent. Une telle interprétation, ajoute M. Tempesta, est également incompatible avec les garanties de procédure régulière accordées à toutes les personnes en vertu d'autres normes relatives aux droits de de la personne.

67 *Canada (AG) c. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 C.S.C. 7.

68 La Cour divisionnaire de l'Ontario a récemment exprimé un sentiment similaire en ce qui a trait au droit d'un enfant à obtenir un conseil juridique : « As held by Binnie J. in *Woos*, access to legal advice is a fundamental right in Canada. There is nothing that limits this right to adults. » *Justice for Children and Youth v. J.G.*, 2020 ONSC 4716, à 51.