

UNICEF CANADA

# Agir dans l'intérêt de l'enfant en cas de séparation et de divorce

Mémoire à propos  
du projet de loi C-78

Août 2018

## **EN BREF**

Près du quart des enfants et des jeunes au Canada sont touchés par le divorce. Le projet de loi C-78 modifie 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*. Il propose d'accroître la capacité des familles, des tribunaux et autres intervenants qui prennent des décisions au nom de l'enfant dans le contexte d'une séparation ou d'un divorce de mettre l'enfant à l'avant-plan. Si on met l'intérêt de l'enfant au centre des décisions, qu'on définit mieux les critères pour comprendre l'intérêt de l'enfant, qu'on crée des occasions systématiques de tenir compte de l'opinion de l'enfant, qu'on élargit les protections de l'enfant et qu'on aide les parents à s'acquitter de leurs responsabilités, on fera en sorte que les changements s'inscriront dans les droits et le bien-être de l'enfant et de la famille qui vit un divorce. UNICEF Canada accueille ces mesures avec optimisme. Par ces modifications, les lois s'inscriront davantage aux droits de la personne au Canada et à l'intention citée dans le préambule de la *Loi sur le divorce* :

Rappelant que, en application des articles 3 et 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, établie par les Nations Unies,

- l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants,
- tout enfant a droit à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social,
- il incombe au premier chef aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant d'assurer, dans la limite de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant,
- les États parties devraient prendre toutes les mesures appropriées, notamment la conclusion d'accords internationaux, en vue d'assurer le recouvrement des aliments destinés aux enfants auprès de leurs parents ou d'autres personnes ayant une responsabilité à leur égard, en particulier lorsque ces personnes vivent dans un État autre que celui de l'enfant.

UNICEF Canada décrit la manière dont le projet de loi appuie les droits des enfants et propose également des suggestions que l'on peut espérer que le ministre examinera pour promouvoir le respect des droits des enfants et aider à garantir une issue heureuse en cas de séparation et de divorce.

## **À PROPOS D'UNICEF CANADA**

L'UNICEF est mandaté par l'Assemblée générale des Nations Unies pour promouvoir la protection des droits des enfants, aider à satisfaire leurs besoins fondamentaux et accroître leurs possibilités de réaliser leur plein potentiel. L'UNICEF est guidé dans son action par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et s'efforce de faire des droits de l'enfant des principes éthiques durables et des normes internationales de comportement envers les enfants. L'UNICEF est actif dans 190 pays et a sauvé la vie de plus d'enfants que toute autre organisation humanitaire. UNICEF Canada est une organisation non gouvernementale

canadienne établie il y a 60 ans et représente l'UNICEF au Canada. Nous travaillons sans relâche au sein de la grande famille de l'UNICEF pour faire tout ce qu'il faut dans l'objectif de veiller à ce que les enfants et les jeunes survivent, se développent bien et aient toutes les possibilités de s'épanouir pleinement. Grâce à sa portée à l'échelle mondiale, à son influence sans précédent sur les décideurs et à différents partenariats, l'UNICEF contribue grandement à façonner un monde dans lequel les droits de tous les enfants sont respectés.

Pour en savoir plus sur l'UNICEF, voir [www.unicef.ca/fr](http://www.unicef.ca/fr).

## RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS

1. Revoir les critères de l'intérêt de l'enfant proposés dans le projet de loi C-78 afin d'inclure les droits des enfants en plus de leur bien-être, et d'ajouter des critères explicites pour les enfants autochtones et d'élargir la définition de violence.
2. Tenir compte de l'opinion de l'enfant en fonction de la maturité seulement et non en fonction de l'âge et de la maturité.
3. Mieux définir la notion de « temps parental », puisque le rôle parental du parent ou du tuteur s'accomplit aussi en dehors et en complément du temps passé directement avec l'enfant.

### 1. L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Le projet de loi C-78 établit l'intérêt de l'enfant comme étant la considération première dont il faut tenir compte dans les décisions à prendre en cas de séparation et de divorce. Cela s'inscrit dans le devoir du gouvernement du Canada de légiférer dans le respect de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires doivent, conformément au droit international des traités et au précédent énoncé par la Cour suprême du Canada, tenir compte de la Convention, ratifiée par le Canada en 1991, dans la rédaction, l'interprétation et l'application des lois<sup>1</sup>.

La Convention reconnaît que l'intérêt de l'enfant devrait être la principale préoccupation des parents (article 18), et le projet de loi C-78 améliore la capacité des parents à mettre l'intérêt de l'enfant à l'avant-plan. Le principe directeur fondamental pour les États, c'est que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants, que ce soit pour les tribunaux, les autorités administratives ou les organes législatifs. Pour chaque décision concernant l'enfant, son intérêt supérieur doit être la priorité, la considération primordiale.

Peu de gens s'opposent à donner la priorité à l'intérêt de l'enfant, mais les opinions divergent sur ce qu'est exactement l'intérêt de l'enfant. La Convention relative aux droits de l'enfant offre deux solutions éprouvées et réalisables :

(1) les options qui soutiennent le mieux les droits interdépendants de l'enfant la Convention sont les plus susceptibles d'être dans son intérêt;

(2) les opinions de l'enfant indiquent ce qui peut être dans son intérêt supérieur.

Les facteurs à considérer proposés dans le projet de loi C-78 prévoient que le tribunal doit ne tenir compte que de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance relative aux contacts. Cela est conforme à la Convention relative aux droits de l'enfant.

Les facteurs à considérer proposent une « attention particulière » à accorder au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant. Cette attention particulière est conforme à la Convention. Cette disposition suggère également une évaluation globale et un équilibre entre de nombreux facteurs compatibles avec la nature interdépendante des droits de l'enfant, plutôt qu'une hiérarchie des besoins.

La liste des facteurs prévue dans le projet de loi C-78 n'est pas exhaustive et laisse une place importante aux opinions de l'enfant et aux circonstances propres à chaque cas. La liste des facteurs tient compte du fait que les enfants ont des besoins différents à différents stades de développement, même si, pour être clairs, tous les droits énoncés dans la Convention s'appliquent à tous les enfants de tous âges.

Pour lutter contre la violence familiale, le projet de loi propose :

- Une définition large de la violence familiale, qui inclurait un comportement violent ou menaçant ou qui fait craindre à un membre de la famille pour sa sécurité, ou un comportement coercitif et contrôlant;
- Une liste de facteurs pour aider les tribunaux à évaluer la gravité de la violence et la façon dont elle pourrait affecter l'exercice futur des responsabilités parentales au moment de décider quelles ententes parentales seraient dans l'intérêt de l'enfant;
- Une exigence selon laquelle, avant de rendre des ordonnances parentales, des ordonnances de contact ou de pension alimentaire, les tribunaux devraient d'examiner toute autre procédure ou ordonnance en matière de protection civile, de protection de l'enfance ou de droit pénal qui impliquer les parties.

Il s'agit là d'inclusions bienvenues, étant donné que toute forme de violence familiale présente un risque pour les enfants.

UNICEF Canada propose les changements suivants afin de tirer parti des améliorations proposées pour les critères de l'intérêt supérieur.

## **Recommandations**

1.1 Le facteur a) exige qu'on accorde une attention particulière aux besoins de l'enfant. UNICEF Canada recommande la prise en considération des droits de l'enfant ainsi que les besoins qui ne sont pas nécessairement reconnus comme des droits. De plus, les facteurs proposés reposent en grande partie sur la responsabilité parentale, alors qu'il faudrait aussi tenir du droit de l'enfant à l'éducation (article 28); à des soins médicaux (article 24); au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu (article 31); à une nationalité (article 7); à la préservation de son identité (article 8); à la liberté de se déplacer (article 10); à la protection contre les déplacements illicites à l'étranger (article 11); à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 14); aux besoins particuliers de l'enfant handicapé (article 23).

1.2 Les droits de l'enfant autochtone à sa culture, sa religion et sa langue sont reconnus au facteur f). UNICEF Canada recommande que le facteur f) soit modifié pour se rapprocher davantage de l'article 30 de la Convention, qui reconnaît les droits de l'enfant autochtone à jouer de sa propre culture, de professer et de pratiquer sa propre religion et d'employer sa propre langue *en commun avec les autres membres de son groupe*. L'importance de la continuité culturelle et de la préservation de l'identité est également reconnue dans la Convention, notamment aux articles 2, 7, 8 et 23.

1.3 Les facteurs relatifs à la violence familiale définis à l'alinéa (3j) de la *Loi sur le divorce*. UNICEF Canada recommande que ces facteurs comprennent d'autres formes de violence, notamment l'exploitation des enfants et la participation aux hostilités définies dans la Convention relative aux droits de l'enfant.

## **2. L'OPINION DE L'ENFANT**

Le facteur e) du projet de loi C-78 prévoit que le point de vue et les préférences de l'enfant soient à considérer pour déterminer l'intérêt de l'enfant, eu égard à son âge et à son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis. Tenir compte de l'opinion de l'enfant, comme le devoir d'accorder la considération première à l'intérêt de l'enfant, est non seulement un droit de l'enfant, mais il s'agit aussi d'un des quatre grands principes directeurs de la Convention relative aux droits de l'enfant (article 12). Tenir compte de l'opinion de l'enfant sur ce qui est dans son intérêt est un droit qui devrait être pris en considération dans toute procédure judiciaire ou administrative. Il est important de noter que le projet de loi n'assortit pas ce droit d'un âge minimum arbitraire, reconnaissant que chaque enfant devrait avoir la possibilité d'exprimer son opinion, cette opinion prenant de plus en plus d'importance avec l'âge et la maturité. Les parents ont également le devoir de donner des conseils et de prendre des décisions d'une manière compatible avec le développement des capacités de l'enfant (article 5). L'opinion de l'enfant est également mentionnée à l'article 9 de la Convention, qui exige des États de veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que cette séparation soit nécessaire dans l'intérêt de l'enfant, y compris dans les situations où les parents ne vivent pas ensemble et qu'il faut décider du lieu de résidence de l'enfant. Dans toute procédure, toutes les parties intéressées ont la possibilité de participer et de faire connaître leur point de vue. Les enfants sont des parties intéressées.

La disposition sur les facteurs à considérer reconnaît également qu'il est possible que l'enfant ne veuille pas exprimer son opinion. Les tribunaux et les autres organismes auront besoin de directives explicites pour veiller à ce que la participation des enfants soit éclairée, sûre et volontaire, directe ou indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant compétent, et qu'il n'y ait aucune conséquence négative pour l'enfant.

### **Recommandation**

2.1 Le droit de l'enfant d'exprimer son opinion dans les décisions le concernant est un principe fondamental pour garantir le respect de ses droits. Elle ne se limite pas aux enfants d'un âge en particulier, mais elle devrait avoir de plus en plus de poids et d'influence à mesure que l'enfant grandit. Pour que ce soit clair, il faudrait que l'expression « âge et maturité » dans le projet de

loi soit remplacée par le terme « maturité ». Pour l'enfant plus âgé, son opinion ne devrait pas seulement être un facteur parmi d'autres dans la détermination de son intérêt, mais être considérée comme une considération primordiale dans les facteurs.

### **3. RELATIONS ET LES RESPONSABILITÉS PARENTALES**

La Convention relative aux droits de l'enfant reconnaît les rôles, les relations et les responsabilités des parents. Dans le contexte de la séparation et du divorce, le projet de loi C-76 apporte des améliorations pour soutenir les parents dans leur rôle d'orientation, de protection et d'éducation de leurs enfants.

#### **Accès au système canadien de justice familiale et expérience dans ce domaine**

Le projet de loi C-78 favorise le « règlement des différends familiaux », comme la médiation, le droit collaboratif et d'autres formes de règlement des différends pour simplifier et rationaliser les processus de justice familiale et d'encourager des processus moins accusatoires. Le recours accru aux tribunaux unifiés de la famille devrait réduire les délais ainsi que l'intensité et la durée des perturbations pour les enfants.

#### **Rôles et relations des parents**

Le projet de loi C-78 propose un nouveau libellé pour remplacer les termes inappropriés « garde » et « accès ». Ces changements favorisent une meilleure reconnaissance des rôles et de la dignité des parents et des relations parents-enfants décrits dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Cela est conforme à l'évolution du droit au Canada, y compris les récentes réformes apportées à la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario. Bien que la nouvelle terminologie juridique ne se retrouve peut-être pas partout dans le droit international connexe, la Convention relative aux droits de l'enfant est un traité fondamental en matière de droits de la personne qui est mieux illustré dans les changements proposés. UNICEF Canada appuie l'utilisation d'une terminologie plus respectueuse. Toutefois, nous encourageons le ministère à continuer d'explorer des solutions de rechange. Dans le projet de loi C-78, l'expression « temps parental » s'entend du temps que l'enfant du mariage passe sous la garde d'une personne visée au paragraphe 16.1(1), que l'enfant soit ou non physiquement avec cette personne pendant toute cette période.

**16.1(1)** Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance prévoyant l'exercice du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l'égard de tout enfant à charge, sur demande :

- a) des époux ou de l'un d'eux;
- b) d'une personne – autre qu'un époux – qui est l'un des parents de l'enfant, lui en tient lieu ou a l'intention d'en tenir lieu.

#### **Recommandation**

3.1 La Convention reconnaît qu'en principe, les deux parents ont des responsabilités communes pour l'éducation et le développement de l'enfant (article 18). Dans le cas d'une séparation ou

d'un divorce, lorsqu'un enfant passe du temps séparé sous la garde d'un ou de plusieurs parents, il s'agit d'une des décisions les plus importantes qui touchent l'intérêt et le bien-être et elle est souvent contestée. La proposition de décrire ce temps comme du « temps parental » constitue une amélioration par rapport à la terminologie existante. Cependant, d'autres options pourraient mieux tenir compte du fait que l'exercice des responsabilités parentales (et le « temps » parental) se produit continuellement à l'extérieur et en complément du temps qu'un enfant passe directement sous la supervision d'un parent ou d'un tuteur et des responsabilités décisionnelles définies de l'un d'eux. Nous encourageons la poursuite de l'examen de la terminologie appropriée afin de reconnaître les rôles continus et différenciés des parents, qui peuvent tous investir dans le temps et les responsabilités parentales.

### **La réinstallation des enfants**

À mesure que la société canadienne continue de s'urbaniser, que le marché du travail se mondialise et que l'immigration augmente, la mobilité des familles et des enfants va augmenter. La réinstallation des enfants devrait être envisagée en fonction de leur intérêt supérieur, y compris leur droit d'entretenir des relations avec leurs deux parents, à l'éducation, aux soins de santé, à l'identité, à la communauté culturelle, aux droits des enfants handicapés et à leurs autres droits, besoins et préférence des enfants. Bon nombre de ces considérations sont celles que les parents auraient à prendre en considération, qu'ils soient divorcés ou séparés ou non. UNICEF Canada se réjouit de l'approche modernisée adoptée par le projet de loi C-78 et de l'intention du Canada de faire progresser la mise en œuvre de la Convention de 1996 sur la protection des enfants. La Convention relative aux droits de l'enfant est une lentille primaire qui établit les obligations suivantes du gouvernement, des tribunaux et des organismes administratifs lorsqu'il s'agit de tenir compte de l'intérêt de l'enfant dans le contexte d'un déménagement, particulièrement s'il est à l'extérieur du Canada :

- le droit de connaître ses parents et, dans la mesure du possible, d'être élevé par eux (article 7);
- le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi (article 8);
- qu'un enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire, et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt de l'enfant. Respecter le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt. Une telle détermination peut être nécessaire dans un cas particulier, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsque les parents vivent séparément et qu'une décision doit être prise quant au lieu de résidence de l'enfant (article 9);
- les demandes d'entrée et de sortie du territoire d'un enfant ou de ses parents aux fins du regroupement familial sont considérées dans un esprit positif, avec humanité et diligence et n'entraînent aucune conséquence fâcheuse pour les demandeurs et les membres de leur famille. Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir

régulièrement, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents (article 10);

- les gouvernements doivent prendre des mesures pour lutter contre les transferts et non-retours illicites d'enfants à l'étranger. Pour ce faire, les États parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants (article 12);
- nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation (article 16).

### **La diminution de la pauvreté chez les enfants**

Le projet de loi C-78 propose de renforcer l'exécution des ordonnances alimentaires au profit de l'enfant ou de l'époux afin de réduire le taux élevé de pauvreté chez les enfants du divorce au moyen de mesures visant à :

- permettre aux familles de déterminer et de modifier l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant sans passer par les tribunaux;
- préparer le terrain pour la mise en œuvre de la Convention de 2007 sur le recouvrement des aliments destinés aux enfants.

Ces mesures s'inscrivent dans le droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Les gouvernements prennent toutes les mesures appropriées en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard, que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger. En particulier, pour tenir compte des cas où la personne qui a une responsabilité financière à l'égard de l'enfant vit dans un État autre que celui de l'enfant, le gouvernement favorise l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tous autres arrangements appropriés (article 27).

« Nous méritons d'être entendus; notre voix et notre opinion *devraient* être entendues. Nous pouvons vous aider à régler ces problèmes. » — Ayra, 16 ans.

---

<sup>i</sup> Voir par exemple, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817.