LES DROITS DES ENFANTS À L’OCCASION D’UN LITIGE FAMILIAL

Tous les enfants ont droit à la protection et à l’attention que leurs parents peuvent leur donner et les décisions qui les concernent doivent être prises dans leur intérêt et dans le respect de leurs droits.

Cette formation présente un portrait des grandes règles et concepts à maîtriser, tels que la notion de l’intérêt des enfants afin de saisir la portée des droits de ces derniers, dans une perspective de litige familial.

Plus spécifiquement, la notion du respect des droits des enfants sera discutée. Par la suite, les droits et les recours découlant de la filiation et de l’autorité parentale seront présentés. Enfin, ce sont les recours ayant pour objet les ordonnances parentales, les droits de garde et d’accès qui seront abordés.

# Section 1 : Le respect des droits des enfants

Les enfants bénéficient d’une protection juridique. L’enfant est un sujet de droit.

(Art. 32 C.c.Q.): Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l’attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

(**Art. 33 C.c.Q**.) : Les décisions concernant l’enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l’enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial, incluant la présence de violence familiale, y compris conjugale, ainsi que les autres aspects de sa situation.

* Art. 604 C.c.Q. : En cas de difficultés relatives à l’exercice de l’autorité parentale, le titulaire de l’autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l’intérêt de l’enfant après avoir favorisé la conciliation des parties.

(Art. 34 C.c.Q.): Le tribunal doit, chaque fois qu’il est saisi d’une demande mettant en jeu l’intérêt d’un enfant, lui donner la possibilité d’être entendu si son âge et son discernement le permettent.

* (Arts. 290 et 291 C.p.c.) : font référence également que si c’est possible en fonction de l’âge et du discernement de l’enfant, ce dernier pourrait se voir assigner un avocat pour le représenter dans un litige qui le concerne.

# Section 2 : La filiation

La filiation peut prendre plusieurs formes. Elle ne se définit plus uniquement par les liens du sang. Cependant, peu importe la source de la filiation, les parents ont les mêmes obligations envers leur enfant.

**Quiz - Choisissez parmi les réponses**

Quelle est la meilleure preuve de filiation ?

1. La possession constante d’état
2. L’acte de naissance
3. Le passeport
4. Le test d’ADN

b), selon l’art. 523, al. 1 C.c.Q., la filiation tant maternelle que paternelle se prouve par l’acte de naissance.

## Les principes généraux de la filiation

La filiation ne reflète pas toujours la réalité biologique de l’enfant. Le critère du meilleur intérêt de l’enfant est primordial et c’est pourquoi les règles de la filiation sont aussi encadrées. La stabilité est aussi très importante (art. 530 C.c.Q.).

2 types de filiation :

1. La filiation par le sang : présomption en tenant lieu ou par procréation assistée
2. La filiation adoptive

Peu importe le type de filiation et les circonstances de leur naissance, tous les enfants auront les mêmes droits et obligations.

* Les circonstances de leur naissance : né durant le mariage, par des parents conjoint de fait, parents unis civilement…

La preuve de la filiation : La reconnaissance de la filiation

1. Un acte de naissance (Art. 523, al. 1 C.c.Q.)

🡪À défaut de titre = La possession constante d’état (Art. 523, al.2 C.c.Q.)

🡪À défaut de titre = La présomption de paternité (Art. 525 C.c.Q.)

🡪À défaut de titre = La reconnaissance volontaire (Arts. 526-529 C.c.Q.)

🡪À défaut de titre = La présomption de parentalité (Art. 538.3 C.c.Q.)

## La possession constante d’état (Art. 523, al.2 C.c.Q.)

(Art. 530 C.c.Q.): Nul ne peut réclamer une filiation contraire à celle que lui donnent son acte de naissance et la possession d’état conforme à ce titre.

Nul ne peut contester l’état de celui qui a une possession d’état conforme à son acte de naissance.

* On a voulu protéger la stabilité de l’enfant dans son Meilleur intérêt. Dès que nous avons un acte de naissance et le possession constante d’état, on ne peut pas revenir en désaveu, en contestation ou en réclamation de paternité.

La possession d’état conforme comporte 3 éléments :

1. Le nom de famille de l’enfant, soit celui qui revendique la possession d’état conforme
2. Le traitement : que l’enfant devrait être traité par son prétendu parent comme s’il était le sien
3. La réputation ou la renommée ou la commune renommée : l’entourage de l’Enfant considère l’enfant comme celui du prétendu parent

* Si l’entourage de la famille sait que le conjoint n’a connu la mère qu’après qu’elle soit tombée enceinte, le 3ème critère ne serait pas rencontré et il n’y aurait pas la preuve d’une possession d’état constante.

Elle doit être constante et d’ailleurs la CA précise que ça doit être durant une période ininterrompue (16-24 mois environ) débutant à la naissance de l’enfant. Pas nécessaire que les parents habitent ensemble par contre.

* Par exemple : traité l’enfant comme étant le sien, de manière constante, par des accès et des visites, subvenant à ses besoins financiers notamment et l’entourage croit que c’est vraiment la personne le parent malgré que son nom ne figure pas sur l’acte de naissance. La personne pourrait dans ces circonstances réclamer des droits parentaux en fonction de la loi.

## La présomption de paternité (Art. 525 C.c.Q.)

À la naissance de l’enfant, les deux parents doivent signer la déclaration de naissance. Parfois, il arrive que l’un des parents ne la signe pas et donc il n’y a pas de filiation établie. Une personne pourrait décider de ne pas le signer puisqu’elle ne veut pas subir les conséquences financières d’une telle reconnaissance ou encore celle-ci doute de la filiation de l’enfant.

Il a un délai de prescription d’un an à partir de la naissance de l’enfant si le parent en a eu connaissance (Art. 531, al.2 C.c.Q.) ou 1 an à partir du moment de la connaissance. Il s’agit d’un délai de rigueur.

(Art. 525 C.c.Q.):

L’enfant né pendant le mariage, l’union civile ou l’union de fait ou dans les 300 jours après sa dissolution, son annulation ou, dans le cas de l’union de fait, sa fin, est présumé avoir pour autre parent le conjoint de sa mère ou du parent qui lui a donné naissance.

La présomption est écartée à l’égard de l’ex-conjoint lorsque l’enfant est né dans les 300 jours de la dissolution ou de l’annulation du mariage ou de l’union civile ou de la fin de l’union de fait, mais après le mariage, l’union civile ou l’union de fait subséquent de sa mère ou du parent qui lui a donné naissance.

Cette présomption est également écartée lorsque l’enfant naît plus de 300 jours après le jugement prononçant la séparation de corps des époux, sauf s’il y a eu reprise volontaire de la vie commune avant la naissance.

La présomption est aussi écartée lorsque l’enfant est issu d’une activité de procréation assistée réalisée après le décès du conjoint de sa mère ou du parent qui lui a donné naissance.

* Les conjoints de fait ne peuvent pas bénéficier de cette présomption

(Art.114 C.c.Q.):

Seul le père ou la mère ou le parent peut déclarer la filiation de l’enfant à son égard. Cependant, lorsque la conception ou la naissance survient pendant le mariage, l’union civile ou l’union de fait, l’un des conjoints peut déclarer la filiation de l’enfant à l’égard de l’autre.

Dans le cas d’une union de fait, le conjoint déclarant doit fournir avec la déclaration de naissance une déclaration sous serment dans laquelle il fait état des faits et des circonstances permettant de démontrer que l’enfant est né pendant l’union ou dans les 300 jours après la fin de celle-ci. Il doit également y joindre une déclaration sous serment d’une tierce personne permettant de corroborer sa déclaration ainsi que, le cas échéant, tout autre élément prouvant son union avec son conjoint. Au besoin, le directeur de l’état civil procède à une enquête sommaire pour obtenir des informations supplémentaires.

Aucune autre personne ne peut déclarer la filiation à l’égard d’un parent sans l’autorisation de ce dernier.

**Vrai/Faux**

La présomption de paternité s’applique à tous les enfants nés au Québec.

Faux, la présomption de paternité prévue à l’art. 525 C.c.Q. s’applique uniquement aux enfants nés pendant le mariage ou l’union civile de personnes de sexe différent ou dans les 300 jours après sa dissolution ou annulation.

## Les recours en réclamation ou en contestation de paternité

Lorsque l’acte de naissance et la possession d’état constante ne sont pas conformes :

* Nom du parent ne se trouve pas sur l’acte de naissance : un recours en réclamation de paternité (Art. 532, al.1 C.c.Q.)
* Si le nom sur l’acte de naissance apparait, l’homme agit comme père, mais seulement après quelques semaines de la naissance de l’enfant, il apprend qu’il ne serait pas le père. Suivant cela, il quitte la mère, ne daigne plus donner d’attention à l’enfant, etc. Le recours qui pourrait être intenté est une demande en contestation (Art. 532, al.3 C.c.Q.).

Dans les deux cas, il a un délai de prescription prévu à l’Art. 536 C.c.Q. et c’est de 30 ans.

Par ailleurs, l’enfant lui-même une fois majeur pourrait décider d’exercer ces recours. Il le pourrait également seul même s’il est mineur et qu’il a la capacité de discernement, mais il devra obtenir l’autorisation préalable du tribunal (Art. 159, al.2 C.c.Q.).

Si l’enfant est mineur et n’a pas la pas la capacité de discernement, la demande devra être faite par le tuteur de l’enfant agissant en son nom (Art. 159, al. 1 C.c.Q.).

## L’imposition d’un test d’ADN

(Art. 530 C.c.Q.) : acte de naissance + possession constante = filiation incontestable, et ce même si un test d’ADN pourrait contredire l’acte de naissance.

* *Droit de la famille* – 1528, 2015 QCCA 59 : 3 des 4 enfants ont un acte de naissance et une possession constante conforme. Un test d’ADN viendra prouver que les 3 enfants ne sont pas les enfants du père, mais suivant l’art. 530 C.c.Q., le père sera tout de même tenu de payer une pension alimentaire pour ces 3 enfants.

Est-ce qu’on peut imposer à une personne de réaliser un test d’ADN ? Oui, si la demande introductive d’instance vise à établir la filiation + que s’il a un commencement de preuve de la filiation (Art. 535.1 C.c.Q.)

(Art. 535.1 C.c.Q.):

Le tribunal saisi d’une action relative à la filiation peut, à la demande d’un intéressé, ordonner qu’il soit procédé à une analyse permettant, par prélèvement d’une substance corporelle, d’établir l’empreinte génétique d’une personne visée par l’action.

Toutefois, lorsque l’action vise à établir la filiation, le tribunal ne peut rendre une telle ordonnance que s’il y a commencement de preuve (renvoi à l’art. 534 C.c.Q.) de la filiation établi par le demandeur ou si les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis par celui-ci sont assez graves pour justifier l’ordonnance.

Le tribunal fixe les conditions du prélèvement et de l’analyse, de manière qu’elles portent le moins possible atteinte à l’intégrité de la personne qui y est soumise ou au respect de son corps. Ces conditions ont trait, notamment, à la nature et à la date et au lieu du prélèvement, à l’identité de l’expert chargé d’y procéder et d’en faire l’analyse, à l’utilisation des échantillons prélevés et à la confidentialité des résultats de l’analyse.

Le tribunal peut tirer une présomption négative du refus injustifié de se soumettre à l’analyse visée par l’ordonnance.

* (Al.2) Exemples (les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis par celui-ci sont assez graves) : existence de relations sexuelles à l’époque de la conception, ils ont fait vie commune pendant la période de conception et subséquemment à la naissance de l’enfant, ressemblance de l’enfant avec la personne, le comportement du défendeur avec l’enfant…
* (Al.4) Ordonnance de subir un test et la personne ne se soumet pas. Le tribunal peut en tirer une présomption négative. Si pas d’ordonnance, il n’y aura pas d’inférence négative de tirée.

(Art. 534 C.c.Q.):

Le commencement de preuve résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques, ainsi que de tous autres écrits publics ou privés émanés d’une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.

(Art. 535 C.c.Q.)

Tous les moyens de preuve sont admissibles pour s’opposer à une action relative à la filiation.

De même, sont recevables tous les moyens de preuve propres à établir que le conjoint n’est pas le père ou le parent de l’enfant.

## La filiation par adoption

À la suite d’un jugement d’adoption, il y a une fiction juridique de filiation avec le parent (Art. 522 C.c.Q.). L’enfant aura les mêmes droits et obligations que s’il été né biologiquement de ses parents.

Le jugement aura notamment pour effet de rompre tout lien avec ses anciens parents.

Avant de rendre une ordonnance d’adoption, le tribunal prend en compte l’âge et la volonté de l’enfant.

Les tranches d’âge prévu aux Arts. 549 et ss C.c.Q.

1. Enfants de 10 ans et plus = Consentement sera nécessaire (Art. 549, al.1 C.c.Q.)
2. Enfants de 14 ans et plus = Le refus sera fatal à l’adoption (Art. 550 C.c.Q.)
3. Enfants de 10 à 13 ans = Mêmes si l’enfant refuse, le tribunal au nom du meilleur intérêt pourrait passer outre son consentement (Art. 549, al.2 C.c.Q.)

L’adoption est possible pour les conjoints de mêmes sexes ou de sexes différents.

# Section 3 : L’autorité parentale

Les parents ont des obligations et des responsabilités envers leurs enfants. Ils ont envers eux le droit et le devoir de garde, de surveillance et d’éducation et de plus, ils doivent les nourrir et les entretenir.

**Vrai/Faux**

Lorsque la garde est accordée à un parent, le parent non gardien perd également les autres attributs de l’autorité parentale.

Faux, l’art. 605 C.c.Q. prévoit « Que la garde de l’enfant ait été confiée à l’un des parents ou à une tierce personne, quelles qu’en soient les raisons, les père et mère conservent le droit de surveiller son entretien et son éducation et sont tenus d’y contribuer à proportion de leurs facultés. » Le modèle de garde ne change en rien l’autorité des père et mère.

## Les attributs de l’autorité parentale (Arts. 597 et ss C.c.Q.)

C’est un effet juridique de la filiation. L’autorité est exercée par les deux parents (Art. 600, al.1 C.c.Q.) jusqu’à la majorité de l’enfant ou son émancipation (Art. 598 C.c.Q.). Également, l’Art. 599 C.c.Q. prévoit que les père et mère ou les parents (inclus conjoints de mêmes sexes Arts. 539.1 et 578.1 C.c.Q.) ont, à l’égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d’éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant.

* De cela découle la garde de l’enfant, les droits d’accès et la pension alimentaire.
* Questions relatives à la santé, les activités sportives, la religion, l’éducation…

Toutefois, si l’un des parents décède, est déchu de l’autorité parentale ou n’est pas en mesure de manifester sa volonté, l’autorité est exercée par l’autre (Art. 600, al.2 C.c.Q.).

Advenant des difficultés dans l’exercice de l’autorité parentale, le titulaire de l’autorité parentale peut saisir le tribunal pour statuer dans l’intérêt de l’enfant après avoir favoriser la conciliation des parties (Art. 604 C.c.Q.)

* Par exemple : difficulté quant à l’exercice des droits de garde, des droits d’accès, le choix d’une école…

La garde de l’enfant (Art. 605 C.c.Q.). Toujours un mot à dire quant aux décisions relativement à l’autorité parentale même si l’enfant est confié à une autre personne.

Est-il possible pour un enfant d’intenter un recours lui-même dans le cas où il n’est pas d’accord avec une décision de ses parents quant à son autorité parentale ?

Oui, mais à conditions (Art. 159, al.2 C.c.Q.) :

* Avec l’autorisation du tribunal
* Action relative à son état, à l’exercice de l’autorité parentale ou à un acte à l’égard duquel il peut agir seul

+ doit avoir des motifs sérieux

+Doit avoir des intérêts différents de celui de ses parents.

* Par exemple : enfant voulait effectuer un voyage scolaire et l’un des parents refusaient que l’enfant fasse ce voyage. L’enfant a introduit une demande pour faire le voyage.

## La déchéance de l’autorité parentale (Art. 606 C.c.Q.)

Il s’agit d’une mesure exceptionnelle qui devra être prononcé par le tribunal sous réserve d’une preuve de motifs graves.

Les motifs graves tirés de la jurisprudence sont :

* Situation de violence envers enfant
* Situation de sévices sexuels envers l’enfant
* Absence de très longues durées (entre 7 et 8 ans) : aucune nouvelle rien nada, abandon total

Deux conditions avant de prononcer la déchéance :

1. La preuve du ou des motifs graves
2. Regarder si c’est dans le meilleur intérêt de l’enfant (Art. 33 C.c.Q.)

Le résultat de la déchéance enclenche l’impossibilité pour le parent déchu de se prononcer sur quoi que ce soit concernant son enfant. Cela ne rompt pas le lien de filiation et il devra continuer de subvenir à ses besoins par exemple avec une pension alimentaire.

L’enfant lui par contre perd l’obligation de devoir des aliments envers son parent (Art. 609 C.c.Q.).

De plus, il est possible de se voir retirer quelques attributs de l’autorité parentale si le tribunal juge que le retrait total n’est pas dans l’intérêt de l’enfant (Art. 606, al.2 C.c.Q.)

(Art. 610 C.c.Q.):

Le père ou la mère ou le parent qui a fait l’objet d’une déchéance ou du retrait de l’un des attributs de l’autorité parentale peut obtenir, en justifiant de circonstances nouvelles, que lui soit restituée l’autorité dont il avait été privé, sous réserve des dispositions relatives à l’adoption.

* Attention si l’enfant a été adopté après la déchéance de l’autorité parentale, le parent d’origine ne pourra pas récupérer son autorité sur l’enfant.

Qui peut exercer un recours en déchéance de l’autorité parentale ?

Tout intéressé le peut (Art. 606 C.c.Q.).

La déchéance entraine la perte de la tutelle légale de l’enfant (Art. 197 C.c.Q.). Cependant, le retrait de certains attributs de l’autorité ou de leur exercice n’entraîne la perte de la tutelle que si le tribunal en décide ainsi.

## La tutelle légale

La tutelle légale s’ajoute aux droits et devoirs liés à l’autorité parentale.

(Art. 192 C.c.Q.) : protection de la personne et des biens de l’enfant.

La tutelle est exercée en principe conjointement par les deux parents (Art. 193 C.c.Q.).

Si la garde de l’enfant est attribuée à l’un ou à un tiers, cela n’aura pas d’impact sur la tutelle légale sauf si le tribunal en juge autrement (Art. 195 C.c.Q.).

Pas besoin que les parents habitent ensemble et qu’ils soient mariés ou non.

Le seul fait qu’un jugement accorde la garde d’un enfant à un parent, cela ne l’investie pas de toute l’autorité parentale, ni de lui donne une tutelle prépondérante. Les parents doivent continuer à agir en coparentalité à l’égard de l’enfant.

# Section 4 : Les ordonnances parentales, les droits de garde et d’accès

Le droit de garde est un démembrement de l’autorité parentale. Lors d’un divorce ou d’une séparation, les parents ou les tribunaux doivent décider de la répartition du temps parental ou du sort de la garde des enfants.

**Quiz - Choisissez parmi les réponses**

Quel est le premier critère qui doit être considéré par les tribunaux au moment de décider de la garde et des accès des enfants à leurs parents?

a) L’intérêt de l’enfant

b) L’âge de l’enfant

c) Les préférences de l’enfant

d) La capacité financière des parents

a), l’art. 33, al. 1 C.c.Q. énonce clairement que le premier critère à considérer dans toutes les décisions concernant l’enfant est son intérêt et le respect de ses droits. De la même façon, l’art. 16 (1) de la Loi sur le divorce indique que le tribunal tient compte uniquement de l’intérêt de l’enfant lorsqu’il rend une ordonnance parentale.

## Les ordonnances parentales, la garde et les droits d’accès : les critères d’attribution et les modalités d’exercice

1. La garde et les droits d’accès ou de visite C.c.Q. : les critères d’attribution

Le seul critère pour décider de la garde est le meilleur intérêt de l’enfant (Art. 33 C.c.Q.).

Les aspects que le tribunal va analyser pour déterminer ce qui constitue son intérêt :

* Les besoins spécifiques de l’enfant, la capacité parentale des parents, la relation affective entre le parent et l’enfant, la famille élargie, la stabilité, l’environnement psychosocial, la santé mentale et physique de l’enfant et du parent, la disponibilité réelle des parents, les habitudes de vie des parents si elles ont des incidences directes sur ses capacité parentale et sur l’enfant par conséquent, le désir de l’enfant et plus il vieillie plus que son désir sera déterminant, la prédisposition d’un parent à favoriser la relation avec l’autre parent, par exemple le parent dirait qu’il n’est pas d’accord ou préférence les accès à l’autre parent (peut être interprétée négativement)

La Cour d’appel est donc réticente à intervenir et il faudra une erreur de droit dans le jugement de première instance ou une erreur significative dans l’interprétation des faits.

1. Les modalités d’exercice du droit d’accès

Trois types de garde :

1. La garde exclusive à l’un des parents (80 % du temps et plus dans une année) : le parent aura la garde exclusive et pour le 20% restant l’autre parent pourra avoir des droit de visite ou d’accès.
2. La garde à un des parents avec accès prolongés à l’autre parent : Le parent non-gardien aura entre 20 et 40 % du temps sur une année.
3. La garde partagée (40% du temps de garde et plus)
4. Demande pour garde partagée

La Cour d’appel énonce les critères pertinents :

1. L’intérêt et la stabilité de l’enfant : avec qui habitait-il avant ?
2. La capacité parentale de chaque parent
3. Leur capacité de communiquer entre eux pour prendre des décisions quant à son autorité parentale et à son quotidien : une mauvaise communication ou une communication déficiente n’est pas nécessairement une barrière, on va regarder s’il y a des moyens alternatifs pouvant être mis en place (cahier de notes, courriels…)
4. L’absence de conflit entre les parents
5. La proximité des résidences des parents : l’enfant devra-t-il être dans le trafic matin et soir

Malgré que ce ne soit pas un critère, l’âge de l’enfant sera très important. L’enfant en bas âge, de façon générale sera peut-être plus souvent avec la mère que le père.

1. La loi sur le divorce et les ordonnances parentales

Liste non exhaustives à mettre en preuve et à interpréter par le tribunal afin de savoir ce qui est le meilleur intérêt de l’enfant (Art. 16 (3) L.d.) :

1. Les besoins de l’enfant, dont son besoin de stabilité, compte tenu de son âge et du stade de son développement;
2. La nature et la solidité de ses rapports avec chaque époux, ses frères et sœurs, ses grands-parents et tout personne ayant un rôle important dans sa vie;
3. La volonté de chaque époux de favoriser le développement et le maintien de relations entre l’enfant et l’autre époux;
4. L’historique des soins qui lui sont apportés;
5. Son point de vue et ses préférences, eu égard à son âge et à son degré de maturité, sauf s’ils ne peuvent être établis;
6. Son patrimoine et son éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels, notamment s’ils sont autochtones;
7. Tout plan concernant ses soins;
8. La capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l’ordonnance de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins;
9. La capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l’ordonnance de communiquer et de collaborer, en particulier entre eux, à l’égard de questions le concernant;
10. La présence de violence familiale et ses effets sur, notamment : (i) la capacité et la volonté de toute personne ayant recours à la violence familiale de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins, (ii) l’opportunité d’une ordonnance qui nécessite la collaboration des personnes qui seraient visées par l’ordonnance à l’égard de questions le concernant;
11. Toute instance, ordonnance, condition ou mesure, de nature civile ou pénale, intéressant sa sécurité ou son bien-être;

Parents et le tribunal pourraient tenir compte de toute autre critère pour déterminer son meilleur intérêt.

L’art. 16 (2) L.d. crée la considération première :

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

* Si des critères du (3) entre en conflit on doit prioriser ceux favorisant le bien-être et la sécurité de l’enfant.

L’art. 16 (3) j) C.c.Q. mentionne la violence conjugale et la L.d. donne une définition de la violence conjugale (art. 2(1) L.d.) :

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

1. les mauvais traitements corporels, notamment l’isolement forcé, à l’exclusion de l’usage d’une force raisonnable pour se protéger ou protéger quelqu’un;
2. les abus sexuels;
3. les menaces de tuer quelqu’un ou de causer des lésions corporelles à quelqu’un;
4. le harcèlement, y compris la traque;
5. le défaut de fournir les choses nécessaires à l’existence;
6. les mauvais traitements psychologiques;
7. l’exploitation financière;
8. les menaces de tuer ou de blesser un animal ou d’endommager un bien;
9. le fait de tuer un animal, de causer des blessures à un animal ou d’endommager un bien.

Afin de déterminer les effets de la violence familiale, le tribunal tient compte de ses facteurs (Art. 16 (4) L.d.) :

1. la nature, la gravité et la fréquence de la violence familiale, ainsi que le moment où elle a eu lieu;
2. le fait qu’une personne tende ou non à avoir, par son aspect cumulatif, un comportement coercitif et dominant à l’égard d’un membre de la famille;
3. le fait que la violence familiale soit ou non dirigée contre l’enfant ou le fait que celui-ci soit ou non exposé directement ou indirectement à la violence familiale;
4. le tort physique, affectif ou psychologique causé à l’enfant ou le risque qu’un tel tort lui soit causé;
5. le fait que la sécurité de l’enfant ou d’un autre membre de la famille soit ou non compromise;
6. 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;
7. 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;
8. tout autre facteur pertinent.

(Art. 16(5) L.d.): Pour déterminer l’intérêt de l’enfant, le tribunal ne tient pas compte de la conduite antérieure d’une personne, sauf si cette conduite est liée à l’exercice du temps parental, de responsabilités décisionnelles ou de contacts avec l’enfant en vertu d’une ordonnance de contact.

Amoindrir les conflit en modifiant la qualification de la garde par le « temps parental ».

Dans l’établissement du temps parental ce sera possible d’établir un horaire et les Arts. 16.1 et 2 L.d. prévoient que même si l’enfant n’est pas en tout temps pendant l’exercice du temps parental avec le parent, ces jours-là et heures sont temps de mêmes calculés.

Quant aux responsabilités décisionnelles on fait référence dans la C.c.Q. à l’autorité parentale.

La L.d. ne créé pas de présomption à l’effet qu’il doit avoir une séparation de temps parental égal. C’est du cas par cas. Par contre, l’art. 16 (6) L.d. mentionne que l’enfant devrait passer avec chaque époux le plus de temps compatible avec son propre intérêt.

La L.d. permet aussi de diviser les responsabilités décisionnelles. L’Art. 16.2 (2) L.d. prévoit que la personne à qui est attribué du temps parental en vertu de l’alinéa 16.1(4)a) exerce exclusivement, durant ce temps, le pouvoir de prendre les décisions quotidiennes à l’égard de l’enfant.

* Ce sont des décisions de moins d’importance : heure des couchés

L’art. 2(1) L.d. donne une définition des responsabilités décisionnelles : S’entend de la responsabilité de la prise des décisions importantes concernant le bien-être de l’enfant en ce qui touche notamment les questions suivantes :

1. La santé;
2. L’éducation;
3. La culture, la langue, la religion et la spiritualité;
4. Les activités parascolaires majeures.

Par ailleurs, l’art. 16.1 (5) L.d. prévoit que le tribunal peut imposer certaines critères à l’ordonnance parentale : La durée de validité de l’ordonnance peut être déterminée ou indéterminée, ou dépendre d’un événement précis; l’ordonnance peut être assujettie aux conditions ou aux restrictions que le tribunal estime indiquées.

## La révision d’une ordonnance parentale (L.d) ou d’un jugement de garde et d’accès (C.c.Q.)

(Art. 612 C.c.Q.) : Les décisions qui concernent les enfants peuvent être révisées à tout moment par le tribunal, si les circonstances le justifient.

* Doit être un changement significatif
* La stabilité de l’enfant sera l’un des éléments importants à considérer.

En matière de divorce, ce ne sera pas un jugement, mais bien une ordonnance parentale (Art. 17 et ss L.d.)

(Art. 17 (1) L.d.) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, annule ou suspend, rétroactivement ou pour l’avenir :

1. Une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l’un d’eux;
2. Une ordonnance parentale ou telle de ses dispositions, sur demande :
3. Des ex-époux ou de l’un d’eux,
4. D’une personne autre qu’un ex-époux qui est l’un des parents de l’enfant, lui en tient lieu ou a l’intention d’en tenir lieu;
5. Une ordonnance de contact ou telle de ses dispositions, sur demande de toute personne visée par l’ordonnance.

Doit notamment considérer l’intérêt de l’enfant (Art. 7.1 L.d.) : Les personnes ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l’égard d’un enfant à charge et celles ayant des contacts avec un tel enfant en vertu d’une ordonnance de contact exercent ce temps parental, ces responsabilités et ces contacts d’une manière compatible avec l’intérêt de l’enfant.

* Exemples de changements significatifs : enfant grandit et désir vivre ou partager son temps entre ses parents, l’horaire de travail d’un parent et est moins disponible pour s’occuper de lui, déménagement important qui ferait en sorte qu’on changer ses repères tel qu’un changement d’école.

*Goertz c. gordon* (1996) 2 RCS 27 : 5 critères lors de déménagement

1. Les ententes déjà conclues et les rapports entre l’enfant et chaque de ses parents
2. L’avantage de maximiser le temps avec ses deux parents
3. L’opinion de l’enfant
4. La raison pour laquelle le parent gardien déménage uniquement dans le cas exceptionnel où cela a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l’enfant
5. La perturbation que peut causer la modification à la garde ou l’éloignement de son milieu actuel

Le tribunal ne jugera pas qu’un déménagement soit nécessaire ou non.

Pour sa part, la L.d. établie un régime en trois volets en cas d’un déménagement important :

1. Un avis du changement du lieu de résidence ou un avis écrit d’un déménagement important à l’autre parent
2. Les critères de la L.d établi
3. Fardeau de preuve incombant aux parties en cas de contestation d’un déménagement important

Tout déménagement selon la L.d. constitue une modification du lieu de résidence. Par contre, il y a des simples déménagements ou des déménagements importants. Il y a 2 manières de faire en fonction que ce soit l’une ou l’autre.

1. Simple (quelques rues) : celui souhaitant déménager devra informer l’autre parent par écrit de son intention, de l’adresse, des nouvelles coordonné et de la date de déménagement. Il n’y a pas de délai prévu dans la loi alors, ça doit être un délai raisonnable. L’Art. 16.7 L.d. prévoit qu’on ne peut pas s’opposer à un simple déménagement.
2. Important

Art. 2 (1) L.d. « déménagement important » : S’entend de tout changement du lieu de résidence d’un enfant à charge ou d’une personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles — ou dont la demande d’ordonnance parentale est en cours —, s’il est vraisemblable que ce changement ait une incidence importante sur les rapports de l’enfant avec l’une ou l’autre des personnes suivantes :

1. Une personne ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l’égard de l’enfant ou dont la demande d’ordonnance parentale à l’égard de l’enfant est en cours;
2. Une personne ayant des contacts avec l’enfant en vertu d’une ordonnance de contact.

* Le partage de temps égal ne serait ainsi plus possible par exemple.

Le parent devra suivre 4 éléments spécifiques même si le parent n’a pas prévu déménager avec l’enfant :

1. Donner un avis écrit dans un délai de 60 jours à l’autre parent de son intention de déménager (Art. 16.9 (1) L.d.) : date prévue, la nouvelle adresse, nouvelles coordonnés pour le rejoindre lui et l’enfant, un réaménagement du temps parental ou des responsabilité décisionnelles.

La personne qui s’est vu confier du temps parental ou des responsabilité décisionnelles et qui souhaite contester le déménagement devra le faire dans un délai de 30 jours et de l’une des 2 façons possibles : (1) Formulaire - Imposant donc à l’autre partie de régler la situation par le règlement des différends alternatifs. Si ce n’est pas possible, le tribunal devra se prononcer (2) Procédure à la Cour

S’il n’y a pas d’opposition, le parent pourra le faire à la date initiale mentionnée à l’avis.

1. La L.d. a établi des critères en cas d’une contestation (Art. 16.92 (1) L.d.) :

Le tribunal appelé à décider s’il autorise ou non un déménagement important visant un enfant à charge tient compte, pour déterminer l’intérêt de celui-ci, en sus des facteurs mentionnés à l’article 16, des facteurs suivants :

1. Les raisons du déménagement;
2. L’incidence du déménagement sur l’enfant;
3. Le temps que passe avec l’enfant chaque personne ayant du temps parental ou dont la demande d’ordonnance parentale est en cours et le degré d’engagement dans la vie de l’enfant de chacune de ces personnes;
4. Le fait que la personne qui entend procéder au déménagement a donné ou non l’avis exigé par l’article 16.9 ou par les lois provinciales en matière familiale, une ordonnance, une décision arbitrale ou une entente;
5. L’existence d’une ordonnance, d’une décision arbitrale ou d’une entente qui précise le secteur géographique dans lequel l’enfant doit résider;
6. Le caractère raisonnable du réaménagement du temps parental, des responsabilités décisionnelles ou des contacts, proposé par la personne qui entend procéder au déménagement, compte tenu notamment du nouveau lieu de résidence et des frais de déplacement;
7. Le fait que les personnes ayant du temps parental ou des responsabilités décisionnelles à l’égard de l’enfant ou dont la demande d’ordonnance parentale est en cours ont respecté ou non les obligations qui leur incombent au titre des lois en matière familiale, d’une ordonnance, d’une décision arbitrale ou d’une entente, et la mesure dans laquelle elles sont susceptibles de les respecter à l’avenir.

Comme tous les autres, ce ne sont pas des critères déterminants. Les tribunaux n’ont pas à tenir compte du fait que le parent procéderait au déménagement important sans l’enfant en cas d’échec de la demande et dans l’inverse du fit que le parent resterait si son déménagement est illégal (Art. 16.92 (2) L.d.).

1. Le fardeau de la preuve

(Art. 16.93 (1) L.d.) Partage égale du temps parental entre les parents. Il revient au parent voulant déménager de prouver que c’est dans l’intérêt des enfants. Lorsque le temps parental n’est pas égal, c’est celui qui a le moins temps qui aura le fardeau de démontrer que ce n’est pas dans l’intérêts des enfants (Art. 16.93 (2) Ld.). Dans les autres cas, les deux parents auront le fardeau de preuve que c’est oui ou non dans l’intérêt des enfants (3).

1. Pas d’avis nécessaire de déménagement ou modifier des conditions

(Art. 16.9 (3) L.d.) :

Malgré les paragraphes (1) et (2), le tribunal peut, sur demande, prévoir que les exigences prévues à ces paragraphes ou aux règlements d’application de ceux-ci ne s’appliquent pas ou les modifier, notamment lorsqu’il y a un risque de violence familiale.

* Exemple : pas donner l’adresse où on entend déménager dans un contexte de violence conjugale

**Vrai/Faux**

Un enfant mineur ne peut être représenté par avocat dans le cadre d’un litige concernant la garde et les droits d’accès.

Faux, en vertu de l’art. 90 C.p.c., la représentation par avocat de l’enfant mineur peut être ordonnée par le tribunal s’il considère cela nécessaire afin de sauvegarder les droits et intérêts de l’enfant, même mineur.

## La représentation des enfants par avocat

(Art. 90 C.p.c.): La représentation peut, tant dans une procédure contentieuse que non contentieuse, être ordonnée par le tribunal, même d’office, si celui-ci la considère nécessaire pour assurer la sauvegarde des droits et des intérêts d’un mineur ou d’un majeur non représenté par un tuteur, un curateur ou un mandataire et s’il l’estime inapte.

* L’article s’applique autant pour les demandes faites en vertu des dispositions du C.c.Q. que pour celles faites en vertu de la Loi sur le divorce.

La CA affirme que l’enfant représenté doit avoir un certain degré de maturité et être en mesure d’exprimer son désir clairement. L’âge moyen est de 10 ans.

L’avocat aura le même devoir de conseil que celui envers un adulte, soit le conseiller sur ce qui croit être dans son meilleur intérêt.

* Si l’enfant désir quelque chose que l’avocat lui déconseille et que l’enfant maintient sa position, l’avocat devra mettre fin au mandat.
* Attention notamment à l’ingérence qu’un parent pourrait tenter d’apporter au mandat de l’avocat d’un enfant.

## Les modes de règlement des différends et l’expertise psychosociale

1. Les modes de règlement des différends

Principe directeur de l’art. 1 C.p.c. : les parties doivent les considérer.

En droit de la famille : médiation familiale (Arts. 417-424 C.p.c.) subventionnée par le gouvernement pour les parents d’enfants mineurs ou à charge.

La L.d. donne aussi de l’importance à ces modes à ses Arts. 2 et 7.3 L.d. : la négociation, de la médiation ou du droit collaboratif, aussi au conférence de règlement à l’amiable.

Art. 7.7 (2) L.d. impose aux avocats l’obligation de discuter et d’informer des modes de règlement des différends. Lorsque la loi parle de conseiller juridique, ce sont à la fois les avocats et les notaires qui sont visés au Québec.

Les avocats et les notaires dans un dossier non-contentieux devront absolument mettre une attestation en matière de divorce afin d’affirmer qu’ils ont bels et bien abordé ces questions préalablement au dépôt des procédures (Art. 7.6 L.d.).

1. L’expertise psychosociale (Arts. 425-429 C.p.c.)

L’expert ne peut émettre que des recommandations et le tribunal n’est pas lié par les conclusions.

Elle peut donc être privé ou public, c’est-à-dire lors que le tribunal l’ordonne, elle peut être faite par le Service psychosocial de la Cour supérieure et les parties n’ont ainsi pas de frais à débourser ou encore y aller au privé et mandater un psychologue ou un éducateur psychosocial pour préparer celle-ci.

## Le non-respect des ordonnances parentales et de garde et d’accès

* Exemples : Retard dans les heures de visites, pas présent quand l’autre parent vient chercher l’enfant pour sa semaine, le parent ne voudrait pas que l’autre exerce ses vacances, ne pas respecter une activité d’un enfant, un parent qui ne consulterait pas l’autre pour des décisions importantes quant à son autorité parentale, le changerait d’école sans en parler à l’autre, l’enlèvement d’enfant pour empêcher l’autre de voir l’enfant.

S’applique tant en vertu du C.c.Q. que de la L.d.

Parfois, la première chose à faire, ce sera d’envoyer une lettre de mise en demeure pour aviser le parent de cesser ou de corriger ses agissements dans le respect de l’ordonnance et dans le meilleur intérêt de l’enfant.

Si cela n’est pas suffisant, le parent qui clairement nuirait à l’intérêt de l’enfant pourrait recevoir une demande en changement de garde ou en modification ou annulation des droits d’accès.

Si c’était encore plus grave, le C.p.c. prévoit aussi une mesure rare, exceptionnelle et extrême, soit l’outrage au tribunal. Le fardeau de preuve est celui hors de tout doute raisonnable (Art. 57 et ss C.p.c.). Pour en venir à l’outrage, la demande devra être claire et précise et la citation à comparaitre devra préciser les éléments reprochés au parent visé.