

Canadian Journal of Family Law

Volume 35 | Number 2

2023

La Violence Conjugale, Familiale Et Sexuelle Dans La Réforme Du Droit De La Famille Québécois : État Des Lieux Et Solutions

Suzanne Zaccour

Follow this and additional works at: <https://commons.allard.ubc.ca/can-j-fam-l>



Part of the [Family Law Commons](#), and the [Law and Society Commons](#)

Recommended Citation

Suzanne Zaccour, "La Violence Conjugale, Familiale Et Sexuelle Dans La Réforme Du Droit De La Famille Québécois : État Des Lieux Et Solutions" (2023) 35:2 Can J Fam L 53.

The University of British Columbia (UBC) grants you a license to use this article under the [Creative Commons Attribution- NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\) licence](#). If you wish to use this article or excerpts of the article for other purposes such as commercial republication, contact UBC via the Canadian Journal of Family Law at cdnjfl@interchange.ubc.ca

LA VIOLENCE CONJUGALE, FAMILIALE ET SEXUELLE DANS LA RÉFORME DU DROIT DE LA FAMILLE QUÉBÉCOIS : ÉTAT DES LIEUX ET SOLUTIONS

Suzanne Zaccour*

Le projet de loi n° 2, adopté en juin 2022, a prévu quelques mesures pour améliorer la réponse du système judiciaire à la violence conjugale et familiale. Or, ces mesures sont insuffisantes. Cet article analyse les nouveaux changements législatifs et présente les transformations qui manquent toujours à l'appel pour une véritable protection des mères et des enfants victimes de violence. Les solutions proposées sont les suivantes :

1) Faciliter l'identification des violences conjugales et familiales en interdisant aux tribunaux de tirer des inférences négatives quant à la capacité parentale des mères qui rapportent une situation de violence et en octroyant à ces mères l'accès à des services juridiques gratuits;

2) Freiner la pratique d'attribution de la garde d'enfant à un parent violent en légiférant une présomption en faveur du parent non violent dans les cas de garde contestée;

* Suzanne Zaccour détient un doctorat en droit de l'Université d'Oxford. Ses intérêts de recherche portent sur les violences faites aux femmes, la langue non sexiste, le droit de la famille et l'exploitation animale. suzannezaccour.com.

3) Respecter l'autonomie des enfants et des adolescent-es en interdisant le recours aux théories du « syndrome d'aliénation parentale » et de l'« aliénation parentale » et en permettant aux adolescent-es de 13 ans et plus de prendre des décisions concernant leur garde.

INTRODUCTION

En 2022, le gouvernement du Québec adopte le projet de loi n° 2, *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*¹. Cette loi a été présentée comme une avancée en matière de violence familiale, puisqu'elle prévoit désormais la considération de la violence familiale dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant et enjoint les parents à exercer leur autorité parentale « sans violence aucune »².

De telles mesures législatives sont importantes. Cependant, si vous aviez en main ma copie annotée du projet de loi n° 2 – qui ne fait, tout de même, pas moins de 116 pages – vous y trouveriez cette note incroyable : « C'est tout ? ». Après la réforme au fédéral de la *Loi sur le divorce* qui devait inspirer les provinces à légiférer en matière de violence familiale, après les annonces du gouvernement caquiste et les discussions avec le ministère de la Justice, après 40 ans à attendre une refonte du droit de la famille au Québec, on pouvait s'attendre à plus. Pourtant, au lendemain de l'adoption du projet de loi n° 2, peu a changé. La violence conjugale demeure un problème criant du droit de la famille, un problème toujours en attente de solution.

Les solutions étaient là, pourtant, et même avancées dans divers mémoires³. Le projet de loi n° 2 présentait une

¹ Projet de loi n° 2, LQ 2022, ch 22.

² *Ibid*, art. 106 (modifiant l'article 599 du *Code civil du Québec*).

³ « Mémoires déposés lors du mandat « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 2 » - Assemblée nationale du

opportunité en or non seulement d'affirmer symboliquement que l'autorité parentale doit s'exercer sans violence, mais également de prévoir des conséquences juridiques en cas de manquement.

Dans cet article, je m'intéresse aux changements apportés en matière de violence familiale et conjugale par le projet de loi n° 2. L'analyse que je propose s'appuie sur un cadre théorique féministe qui considère la violence conjugale comme un problème de société sérieux, prévalent et genré.

Après un bref exposé de l'enjeu de la violence conjugale en droit de la famille, je décris les changements apportés par le projet de loi et en expose les limites. Mon analyse révèle que le projet de loi n° 2 fait l'économie de changements radicaux pour apporter plutôt des améliorations certes louables, mais limitées. Je propose des éléments additionnels de réforme qui auraient dû et devraient toujours être adoptés pour mieux protéger les femmes⁴ et les enfants victimes de violence conjugale – une analyse qui, j'espère, pourra informer les prochaines réformes.

Québec », en ligne: <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CI/mandats/Mandat-46577/memoires-deposes.html>.

⁴ Puisque la violence conjugale est principalement commise par les hommes envers les femmes, et puisque la violence conjugale post-séparation (y compris la violence judiciaire) est un phénomène principalement, sinon exclusivement, documenté selon cette distribution des genres, je parlerais dans cet article des « femmes » victimes de violence. Notre droit suivant une logique d'égalité formelle entre les genres, toute proposition de loi s'appliquerait également à tous les genres.

Mes propositions s'articulent sur trois axes :

- 1) Faciliter la dénonciation de violence familiale;
- 2) Lorsqu'il y a violence familiale, confier la garde au parent non violent;
- 3) Proscrire le recours à la théorie controversée de l'« aliénation parentale ».

CONTEXTE : LA VIOLENCE CONJUGALE ET LE DROIT DE LA FAMILLE

La violence conjugale désigne un ensemble de comportements violents et contrôlants exercés par un·e conjoint·e ou un·e ancien·ne conjoint·e. La violence conjugale est principalement commise, au Québec comme ailleurs, par des hommes. On parlera donc également de violences faites aux femmes, de violences patriarcales ou de violences sexistes. L'expression « violence domestique » est évitée puisqu'il s'agit d'un calque de l'anglais et d'une expression potentiellement euphémique⁵. L'expression « violence familiale », quant à elle, est généralement utilisée pour englober tant la violence conjugale que la violence des parents envers les enfants (ou entre d'autres membres d'une même famille). L'expression peut être critiquée comme masquant et dégenrant les violences conjugales et paternelles, mais c'est celle qui a été retenue dans le contexte du projet de loi n° 2 comme

⁵ Suzanne Zaccour, « Querelle » dans Suzanne Zaccour et Michaël Lessard, dir, *Dictionnaire critique du sexisme linguistique*, Montréal, Somme Toute, 2017 168 à la p 170.

dans celui de la réforme de la *Loi sur le divorce*. Je continuerai donc à l'utiliser dans cet article et dans les propositions de réforme qui suivent.

Il n'est pas exagéré d'affirmer que le plus grave problème qui confronte le droit des familles au 21^e siècle est celui de la violence familiale. Des femmes et des enfants sont mis·es en danger lorsque la garde (ou, selon la nouvelle terminologie de la *Loi sur le divorce*, le « temps parental ») est confiée au père violent. Contrairement aux idées reçues, la violence ne s'arrête pas avec la séparation : bien souvent, la violence conjugale s'intensifie plutôt après la rupture⁶. Les femmes contraintes de partager la garde avec un ex-conjoint violent subissent souvent de multiples formes de violence et de contrôle alors que les contacts avec l'ex-conjoint se poursuivent⁷.

Les violences envers la mère et envers l'enfant sont corrélées⁸. De plus, même lorsque l'enfant n'est pas directement victime de violences, le fait d'être exposé·e à la violence envers la mère, que ce soit directement ou indirectement, est en soi une forme de maltraitance et laisse

⁶ Voir par exemple Isabelle Côté et Simon Lapierre, « Pour une intégration du contrôle coercitif dans les pratiques d'intervention en matière de violence conjugale au Québec » (2021) 2021:153 *Intervention* 115 à la p 121.

⁷ Voir par exemple Glenda Lux et Sandy Gill, « Identifying Coercive Control in Canadian Family Law: A Required Analysis in Determining the Best Interests of the Child » (2021) 59:4 *Family Court Review* 810 à la p 821.

⁸ Lundy Bancroft, Jay G Silverman et Daniel Ritchie, *The batterer as parent: Addressing the impact of domestic violence on family dynamics*, Sage Publications, 2011 à la p 9.

des séquelles à long terme, tel que reconnu par la Cour suprême du Canada⁹. On conçoit donc aujourd'hui que les enfants exposés à la violence conjugale sont « co-victimes » – et non pas seulement « témoins » – de cette violence¹⁰. Pour les enfants également, la violence peut s'intensifier post-séparation lorsqu'ils sont confiés à un père violent, puisque la mère n'est plus là pour les protéger.

Les femmes victimes de violences ressentent souvent que le système du droit de la famille est complice des violences du père et contribue à leur victimisation¹¹. Le père peut exercer de la violence judiciaire en ayant recours aux tribunaux à répétition pour surveiller et continuer de contrôler la mère. Par ailleurs, le droit échoue souvent à reconnaître la violence des pères¹², leur confiant

-
- ⁹ *Barendregt c Grebliunas*, 2022 CSC 22 au para 143.
- ¹⁰ Voir généralement Simon Lapierre et Alexandra Vincent, *Le meilleur intérêt de l'enfant victime de violence conjugale: Enjeux et réponses sociojudiciaires*, PUQ, 2022; Stephanie Holt, Helen Buckley et Sadhbh Whelan, « The impact of exposure to domestic violence on children and young people: A review of the literature » (2008) 32:8 *Child Abuse & Neglect* 797-810.
- ¹¹ Colleen Varcoe et Lori G Irwin, « "If I Killed You, I'd Get the Kids": Women's Survival and Protection Work with Child Custody and Access in the Context of Woman Abuse » (2004) 27:1 *Qualitative Sociology* 7 à la p 81; Desmond Ellis, « Divorce and the family court: What can be done about domestic violence? » (2008) 46:3 *Family Court Review* 531 aux pp 531-532.
- ¹² Ellis, *supra* note 11 à la p 531; Peter G Jaffe, Nancy KD Lemon et Samantha E Poisson, *Child custody and domestic violence: A call for safety and accountability*, Sage, 2003 à la p 16; Joan S Meier, « Domestic violence, child custody, and child protection: Understanding judicial resistance and imagining the solutions » (2003) 11:2 *JGSPL* 657 aux pp 662-663.

régulièrement du temps parental. Plus de contacts physiques signifient, pour la mère comme pour l'enfant, une violence qui se poursuit. Ce problème a été observé dans le rapport *Rebâtir la confiance* du Comité d'experts sur l'accompagnement des victimes d'agressions sexuelles et de violence conjugale :

La violence conjugale n'est donc pas considérée de manière adéquate dans les décisions concernant la garde et les droits d'accès, ce qui compromet la sécurité et le bien-être des enfants et des parents victimes. Ainsi, un parent violent peut obtenir la garde des enfants ou des droits d'accès, sans que des mesures particulières soient mises en place pour assurer la sécurité des victimes. Cela peut se produire même si ce parent a été accusé ou reconnu coupable d'infractions criminelles, ou si un interdit de contact est en vigueur¹³.

Il faut rappeler que la violence familiale est bien plus commune qu'on l'imagine. Parce que la grande majorité des cas familiaux se règlent sans recours aux tribunaux¹⁴, la fraction des cas rencontrés par le droit concerne les

¹³ *Rebâtir la confiance*, par Elizabeth Corte et Julie Desrosiers, Comité d'experts sur l'accompagnement des victimes d'agressions sexuelles et de violence conjugale, 2021 à la p 148.

¹⁴ Emilie Biland, Muriel Mille et Hélène Steinmetz, « National Paths Towards Private Ordering: Professionals' Jurisdictions and Separating Couples' Privacy in the French and Canadian Family Justice Systems » dans Mavis Maclean, John Eekelaar et Benoit Bastard, dir, *Delivering Family Justice in the 21st Century*, Hart Publishing, 2015, 87 aux pp 90-92.

familles dites « à haut conflit ». Parmi ces familles, la violence conjugale est extrêmement fréquente¹⁵ : malgré les coûts associés à un litige, la mère est prête à tout pour protéger l'enfant, alors que le père peut vouloir continuer le conflit juridique pour punir la mère de l'avoir quitté ou en réponse à un sentiment de perte de contrôle. Ainsi, il serait fallacieux de considérer la violence conjugale comme une exception ou un cas spécial en droit de la famille¹⁶. Régler les conflits de garde en toute sécurité en contexte de violence devrait être l'une des fonctions premières du droit des familles.

Pourquoi les tribunaux échouent-ils autant à protéger les femmes et les enfants de la violence post-séparation? Souvent, lorsqu'une femme dénonce la violence, elle n'est simplement pas crue, notamment parce que les tribunaux peuvent considérer que la violence conjugale est un phénomène rare. De plus, les juges ou expert·es peuvent adhérer à des mythes sur la violence conjugale. Iels peuvent croire à tort que les mères font de fausses accusations de violence pour obtenir la garde, alors que les données empiriques le démentent¹⁷. Iels peuvent

¹⁵ Janet R Johnston et al, « Allegations and Substantiations of Abuse in Custody-Disputing Families » (2005) 43:2 Family Court Review 283 à la p 283; Peter G Jaffe, Claire V Crooks et Samantha E Poisson, « Common Misconceptions in Addressing Domestic Violence in Child Custody Disputes » (2009) 54:4 Juv Fam Court J 57 à la p 58.

¹⁶ Suzanne Zaccour, « All Families Are Equal, but Do Some Matter More than Others: How Gender, Poverty, and Domestic Violence Put Quebec's Family Law Reform to the Test » (2019) 32 Can J Fam L 425 aux pp 441-445.

¹⁷ Adrienne Barnett, « 'Like Gold Dust These Days': Domestic Violence Fact-Finding Hearings in Child Contact Cases » (2015) 23:1 Fem

croire que les mères sont peu crédibles et exagèrent la violence qu'elles ont vécue¹⁸, alors que c'est l'inverse : souvent, les femmes sous-dénoncent et minimisent la violence subie¹⁹. Les tribunaux et les expert-es peuvent également succomber au mythe selon lequel la violence conjugale se résume aux coups : si la violence n'est pas physique, ou si elle ne cause pas des blessures graves, elle ne compte pas.

Même lorsque la violence envers la mère ou l'enfant est démontrée, la garde peut être confiée, en tout ou en partie, au père violent²⁰. Des juges et « expert-es » considèrent que la violence conjugale n'est pas pertinente à une décision de garde, adhérant au double mythe selon lequel la violence conjugale s'arrête avec la séparation et n'affecte pas l'enfant²¹. Même dans des cas d'appels, la

Legal Stud 47 à la p 71; Christine Harrison, « Implacably hostile or appropriately protective? Women managing child contact in the context of domestic violence » (2008) 14:4 Violence Against Women 381 à la p 395; Meier, *supra* note 12 aux pp 684-685; Elizabeth M Schneider, *Battered women and feminist lawmaking*, Yale University Press, 2008, aux pp 104-108.

¹⁸ Megan Shipley, « Reviled mothers: Custody modification cases involving domestic violence » (2011) 86 Indiana LJ 1587 aux pp 1596-1598.

¹⁹ Meier, *supra* note 12 aux pp 684-685; Schneider, *supra* note 17 aux pp 104-108.

²⁰ Corte et Desrosiers, *supra* note 13 à la p 148.

²¹ Elizabeth A Sheehy, *Defending battered women on trial: Lessons from the transcripts*, UBC Press, 2013 à la p 221; Jaffe, Lemon et Poisson, *supra* note 12 à la p 9. Plus récemment et concernant particulièrement la minimisation de la violence conjugale dans les jugements québécois, voir *Violence conjugale devant les tribunaux de la famille: enjeux et*

violence conjugale peut être passée complètement sous silence²². Les mères peuvent même être punies ou considérées de mauvaises mères simplement pour avoir dénoncé la violence. En effet, les femmes qui rapportent une situation de violence conjugale sont souvent décrites comme « hostiles », « obstructives » ou « aliénantes »²³. De plus, les juges et les expert-es vont souvent considérer, à tort²⁴, qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de maintenir ou

pistes de solution, par Dominique Bernier, Catherine Gagnon, et Fédération des maisons d'hébergement pour femmes, Service aux collectivités de l'UQAM et Fédération des maisons d'hébergement pour femmes, 2019 aux pp 16-19. Concernant les expertises, voir Alexandra Vincent, *Capacités parentales et violence conjugale: une analyse du discours des experts psychosociaux et psycholégaux en matière de garde d'enfant et de droit d'accès* (mémoire de maîtrise, Ottawa, 2019) [non publiée], aux pp 48-53.

- ²² Suzanne Zaccour, « Does Domestic Violence Disappear from Parental Alienation Cases? Five Lessons from Quebec for Judges, Scholars, and Policymakers » (2020) 33:2 Can J Fam L 301 à la p 301; version française: Suzanne Zaccour, « Disparue comme par magie? La violence conjugale dans les cas d'aliénation parentale au Québec » (2020) 33:2 Can J Fam L 385 à la p 385.
- ²³ Jaffe, Lemon et Poisson, *supra* note 17 ch 2; Elizabeth Sheehy et Susan B Boyd, « Penalizing women's fear: intimate partner violence and parental alienation in Canadian child custody cases » (2020) 42:1 J Soc Welfare & Fam L 80 aux pp 83-84; Linda C Neilson, *Parental alienation empirical analysis: child best interests or parental rights?*, FREDA Centre for Research on Violence Against Women and Children, 2018; Frances E Chapman, « At the Intersection of Discrediting, Degradation & Denigration: Coercive Control, Parental Alienation, and "Institutional Gaslighting" » (2022) 44:1/2 Women's Rts L Rep.
- ²⁴ Voir généralement Lapierre et Vincent, *supra* note 10.

d'imposer des contacts avec un père violent²⁵. En étant insensibles à la violence conjugale, les tribunaux permettent aux pères d'exploiter le système judiciaire pour poursuivre leur violence et harceler, intimider, contrôler et terroriser la mère²⁶.

Le nœud du problème est que les mères qui témoignent d'une situation de violence conjugale ou de violence envers l'enfant sont presque systématiquement accusées ou soupçonnées d'être « aliénantes », soit de vouloir priver l'enfant de son père²⁷. Dans une récente étude canadienne (excluant le Québec), les chercheuses Elizabeth Sheehy et Susan Boyd ont observé que, lorsque la mère dit que le père est violent et que le père dit que la mère est « aliénante », ce sont les mères qui sont punies. Seuls 10% des jugements étudiés présentaient la violence conjugale comme un facteur pertinent; les autres cas l'ignoraient ou la banalisaient²⁸. Lorsque le père allègue l'« aliénation parentale », il a de bonnes chances d'obtenir la garde, même lorsque la violence conjugale est démontrée, voire reconnue au criminel.

²⁵ Fiona Kelly, « Enforcing a Parent/Child Relationship at All Cost? Supervised Access Orders in the Canadian Courts » (2011) 49 *Osgoode Hall LJ* 277 à la p 278; Vincent, *supra* note 21 aux pp 53-60.

²⁶ Lux et Gill, *supra* note 7 aux pp 823-824.

²⁷ Voir pour un exemple détaillé Simon Lapierre, Patrick Ladouceur et Michèle Frenette, « Aliénation parentale et violence à l'endroit des femmes et des enfants: étude de cas », dans *Le meilleur intérêt de l'enfant victime de violence conjugale. Enjeux et réponses sociojudiciaires* (Presses de l'Université du Québec, 2022).

²⁸ Sheehy et Boyd, *supra* note 23 à la p 87.

Le résultat est que bien des mères, sachant qu'elles risquent de perdre la garde des enfants, ne quittent pas un conjoint violent. D'autres se taisent sur la violence subie et préfèrent ne pas en informer les expert-es et les tribunaux, parfois sur le conseil de leur avocat-e²⁹! Ce problème est rapporté, en contexte québécois, dans le rapport *Rebâtir la confiance* :

Les conjoints violents peuvent d'ailleurs avoir recours aux allégations d'aliénation parentale pour contrecarrer les accusations de violence ou d'abus formulées par les victimes. À cet égard, plusieurs avocats conseilleraient aux victimes de ne pas mentionner la violence conjugale lors des procédures en droit familial, par craintes que leurs propos soient interprétés comme des manifestations d'aliénation parentale³⁰.

Le droit ne peut qu'échouer à prévenir et à freiner la violence conjugale si les femmes sont encouragées à garder le silence ou à rester avec un conjoint violent. Il est bien connu dans le milieu que les pères violents menacent souvent les mères de les accuser d'« aliénation parentale » si elles dénoncent la violence³¹. Ce n'est pas un petit problème : un nombre grandissant de jugements et d'expertises s'appuie sur la pseudoscience de l'aliénation

²⁹ Simon Lapierre et Isabelle Côté, « Abused women and the threat of parental alienation: Shelter workers' perspectives » (2016) 65 *Children and Youth Serv Rev* 120 à la p 122.

³⁰ Corte et Desrosiers, *supra* note 13 à la p 158.

³¹ Lapierre et Côté, *supra* note 29.

parentale, surtout au Québec³². Cette menace d'accusations d'aliénation parentale est même identifiée comme l'une des principales préoccupations des travailleuses en centres de femmes³³.

ÉTUDE DE CAS

Bien des cas problématiques peuvent être répertoriés pour illustrer les conclusions douteuses de certain·es juges ou expert·es dans des cas de violence familiale³⁴. Par souci de concision, un seul exemple sera présenté ici³⁵. Cet exemple, qui n'est pas un cas isolé, révèle un grave problème, même en Cour d'appel, et illustre la nécessité de changements législatifs pour protéger les femmes et les enfants.

L'arrêt *Droit de la famille — 112019*³⁶ est une décision de la Cour d'appel du Québec rendue en 2011 qui illustre que la violence conjugale peut être considérée si peu importante qu'elle ne mérite même pas mention. Bien que la décision date déjà de plus de 10 ans, elle demeure

³² Simon Lapierre et al, « The legitimization and institutionalization of 'parental alienation' in the Province of Quebec » (2020) 42:1 J Soc Welfare & Fam L 30 à la p 34; Suzanne Zaccour, « Parental Alienation in Quebec Custody Litigation » (2018) 59:4 Les Cahiers de droit 1073-1111, aux pp 1085-1086.

³³ Lapierre et Côté, *supra* note 29 à la p 122.

³⁴ Voir pour divers exemples Zaccour, *supra* note 32; Zaccour, *supra* note 22; Neilson, *supra* note 23; Sheehy & Boyd, *supra* note 23.

³⁵ Cet exemple est discuté en détail dans Zaccour, « Does Domestic Violence Disappear from Parental Alienation Cases? », *supra* note 22 aux pp 427-435.

³⁶ *Droit de la famille — 112019*, 2011 QCCA 1308.

intéressante parce qu'il s'agit d'un rare cas où une décision de la Cour d'appel en droit familial contient une dissidence³⁷. Le juge dissident aborde la violence conjugale, ce qui permet de mieux comprendre le contexte et confirme que les juges d'appel étaient au courant de la situation.

Les faits sont les suivants. Les parents ont deux très jeunes enfants (2 et 4 ans). Le père a été physiquement violent envers la mère, y compris lorsqu'elle était enceinte du cadet. La mère s'est alors réfugiée chez les parents du père. Suite à une plainte pénale, le père a signé un engagement de ne pas contacter la mère et les enfants, et n'a donc jamais vu l'enfant de 2 ans. Plus tard, les parents ont signé un accord selon lequel la mère aurait la garde. Au moment de la décision, la mère de 25 ans veut déménager dans une autre ville pour vivre avec un nouveau conjoint.

Le juge de première instance confie la garde au père. Le lien mère-enfant est trop fort, trouve-t-il. Les enfants aiment leurs deux parents, mais le juge craint que la mère devienne aliénante. Le père est plus ouvert à l'implication de la mère. L'évaluation psychologique du père n'est pas toute mauvaise. Le père n'est pas parfait, mais il a changé. Le désir de la mère de déménager avec un nouveau conjoint est égoïste. Le père obtient donc la garde. Cette décision est confirmée par les juges majoritaires en appel.

Les juges majoritaires ne font aucune mention de la violence conjugale et de ses conséquences dans le domaine

³⁷ Il s'agit de la seule décision contenant une dissidence parmi l'échantillon de 31 cas examiné dans Zaccour, *supra* note 22.

du droit criminel, ce qui, étant donné l'enjeu d'aliénation parentale, donne l'impression que c'est par la faute de la mère que le père n'a pas vu les enfants dans les dernières années. Les juges d'appel ignorent aussi complètement un passage de l'expertise psychologique qui prévoit que le père risque d'être physiquement violent avec les enfants s'il doit s'en occuper pour une longue période. C'est donc tant la violence conjugale que le risque de violence paternelle qui sont évacués au prétexte que la mère pourrait être aliénante.

Rappelons que, selon le juge de première instance, les enfants aiment leurs deux parents; par définition, ils ne sont donc pas « aliénés ». Le simple « risque » que la mère soit aliénante parce qu'elle trouve que le père est violent (*il l'est!*) est suffisant pour lui faire perdre la garde. Or, comme le remarque le juge dissident, c'est plutôt le père qui risque de dénigrer la mère, étant donné qu'il est violent envers elle et la méprise. Pourtant, comme c'est souvent le cas, seule la mère est considérée potentiellement « aliénante ».

La force d'une accusation d'aliénation parentale est fulgurante. Même sans aucune preuve d'aliénation, le simple risque d'« aliénation » par une mère violentée est suffisant pour prendre le dessus sur quatre facteurs fondamentaux :

- 1) c'est la mère qui s'est toujours occupée des enfants (statu quo, figure parentale principale et même unique);
- 2) les parents s'étaient entendus que la mère aurait la garde (consentement);

- 3) le père est violent et a même commis de la violence physique contre la mère alors qu'elle était enceinte (violence conjugale);
- 4) et le père est à risque d'être physiquement violent envers les enfants (violence parentale).

Le jugement dissident résume bien l'absurdité de confier les enfants au père au nom de leur intérêt : « Me mettant à la place des deux enfants, je n'aurais pas grand désir d'aller vivre avec un homme qui s'est déjà porté à des voies de fait contre ma mère, qui l'a harcelée et menacée et qui a même invité le conjoint de ma mère à se battre aux poings avec lui »³⁸.

Ce jugement n'est malheureusement pas un cas isolé. C'est ce genre de situations qu'il faut garder en tête en évaluant la réforme du droit de la famille : une situation où la violence familiale est si peu considérée qu'elle peut être passée complètement sous silence par des juges d'appel dans un cas où c'est un élément central de la trame factuelle.

AVANCÉES TIMIDES : LES CHANGEMENTS APPORTÉS EN MATIÈRE DE VIOLENCE FAMILIALE AU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

Ayant posé le contexte du problème de violence conjugale en droit de la famille québécois, passons maintenant à l'analyse du projet de loi qui nous occupe. Le projet de loi n° 2, désormais la *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en*

³⁸ *Droit de la famille* — 112019, *supra* note 36 au para 77.

*matière de droits de la personnalité et d'état civil*³⁹, a été adopté le 7 juin 2022. L'étude détaillée et l'adoption se sont faites de façon précipitée étant données les élections qui approchaient et l'urgence de répondre, dans le délai imparti, à un jugement invalidant des dispositions du *Code civil* discriminatoires envers les personnes trans⁴⁰. Les notes explicatives rapportent, au sujet de la violence familiale, les changements suivants :

En ce qui concerne les droits de la personnalité, la loi prévoit la prise en considération, dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, de la présence de violence familiale dans son milieu. [...]

Concernant l'autorité parentale, la loi prévoit que cette autorité doit s'exercer sans violence aucune. Elle met en place un mécanisme permettant à un parent de requérir seul des soins pour son enfant mineur, dans une situation de violence familiale ou sexuelle causée par l'autre parent. Elle précise que la présence de violence familiale fait partie des éléments à considérer par le tribunal lors d'une demande de déchéance de l'autorité parentale. [...]

³⁹ LQ 2022, c 22.

⁴⁰ Hugo Pilon-Larose, « Réforme du droit de la famille: Québec remet à plus tard l'encadrement de la gestation pour autrui » (1 juin 2022), en ligne: *La Presse* <<https://www.lapresse.ca/actualites/politique/2022-06-01/reforme-du-droit-de-la-famille/quebec-remet-a-plus-tard-l-encadrement-de-la-gestation-pour-autrui.php>>.

La loi prévoit des règles visant à empêcher une partie non représentée d'interroger ou de contre-interroger une victime de violence familiale ou sexuelle ou, en matière de protection de la jeunesse, un enfant⁴¹.

Au total, la Loi ajoute la mention de la « violence » ou « violence familiale » dans cinq articles *Code civil du Québec*. Avant la réforme, ce code ne comportait que deux mentions de la violence conjugale : à l'article 1974.1 concernant la résiliation du bail et aux articles 2926.1-2927 concernant la prescription d'actions en réparation du préjudice corporel. Aucune mention, donc, au livre de la famille, alors qu'au moins 44% des femmes ayant été en couple ont vécu de la violence conjugale⁴²! On se rappellera également qu'au rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille, rapport de 616 pages déposé en 2015 et qui continue de servir d'inspiration aux propositions de réforme du droit familial, on ne trouvait dans le corps du texte aucune mention de la violence conjugale – sauf à l'avant-dernière page de la dissidence de Dominique Goubau⁴³. L'inscription de la violence conjugale comme réalité qui existe dans le droit de la famille québécois est donc certainement un pas en avant,

⁴¹ *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, supra note 39 aux pp 2-3.

⁴² *Intimate partner violence in Canada, 2018: An overview*, par Adam Cotter, 85, Juristat, 2021 à la p 5.

⁴³ Comité consultatif sur le droit de la famille et Alain Roy (prés), « *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales* » (2015) en ligne (pdf): Ministère de la Justice du Québec < <https://www.quebec.ca/gouvernement/ministere/justice>>

ne serait-ce que symbolique. Cependant, le symbolisme est une maigre consolation lorsque la maison est en feu. Examinons donc brièvement l'efficacité des changements apportés : une aide concrète est-elle apportée aux femmes et aux enfants victimes de violence conjugale?

Une première mention fondamentale est apportée à l'article 33 du *Code civil du Québec* (la partie en italiques a été rajoutée depuis, dans une réforme subséquente) :

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, ou de violence sexuelle**, ainsi que les autres aspects de sa situation.

Dans des décisions concernant l'enfant telles que celles en matière de garde, d'autorité parentale ou d'adoption, la violence familiale ou conjugale devient donc un critère pertinent spécifiquement nommé. Cependant, il ne s'agit que d'un critère parmi d'autres; aucune préséance n'est apportée à la violence familiale ou, comme dans la *Loi sur le divorce*, à la sécurité de l'enfant⁴⁴. Il reviendra donc aux tribunaux d'identifier l'importance relative de ce facteur.

⁴⁴ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2e suppl), art 16(2).

L'inclusion de la violence conjugale comme un élément de la violence familiale a fait l'objet de débats⁴⁵ et de revendications des groupes de femmes : la première version du projet de loi n'incluait aucune mention de la violence conjugale. Bien qu'à plusieurs reprises une formule du type « violence familiale, y compris conjugale » ait été adoptée, le ministre de la Justice, Simon Jolin-Barrette, s'est refusé à inclure au *Code civil* une définition de la violence conjugale. Les groupes de femmes demandaient pourtant à ce que, comme la *Loi sur le divorce*, le *Code civil* explicite le fait que la violence conjugale inclut le « comportement coercitif et dominant »⁴⁶. Selon le ministre de la Justice, inclure une définition de la violence conjugale, ou une liste des comportements qui s'y rapportent, serait une approche de common law qui ne cadre pas avec l'esprit du *Code civil*⁴⁷. Il est vrai que le *Code civil* comporte peu de définitions. Or, lorsqu'on sait la difficulté qu'ont les juges à reconnaître le contrôle coercitif comme une forme de violence conjugale, on peut se demander si le purisme civiliste du ministre est bien placé. Même s'il rejetait l'approche d'itération des catégories de la *Loi sur le divorce*, il est difficile de comprendre comment une simple définition de la violence familiale ou conjugale porterait atteinte à l'esprit civiliste.

Autre changement : à l'article 599, on complémente le titre concernant l'autorité parentale de

⁴⁵ *Journal des débats de la Commission des institutions, Assemblée nationale du Québec, Vol 46 No 39, 6 juin 2022.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

l'injonction selon laquelle les parents « exercent leur autorité sans violence aucune ». Ici, le ministre n'a pas voulu préciser que cette violence incluait la violence conjugale et non seulement la violence envers l'enfant, quoiqu'on puisse le déduire de l'adjectif « aucune ».

Le projet de loi apporte également des mesures plus spécifiques. À l'article 603.1, on permet à un parent « de requérir pour son enfant des services de santé ou des services sociaux » en raison d'une situation de violence familiale, conjugale ou sexuelle. Ici aussi, le ministre a accepté la proposition de changement d'inclure explicitement la violence conjugale, une reconnaissance implicite du fait que les enfants exposé·es à la violence conjugale en sont victimes et peuvent donc avoir besoin de services appropriés.

Cependant, le ministre n'a pas accepté la proposition – et celle-ci n'a pas été discutée en Commission – de retirer un élément indûment restrictif de l'article. On peut critiquer le fait que l'article se limite aux situations où la violence est causée par le parent. Supposons que la violence soit causée par l'oncle paternel et que le père refuse de consentir aux soins. Ou supposons qu'une agression sexuelle soit perpétrée par le nouveau conjoint de la mère et que la mère n'y croie pas. L'enfant est tout de même victime de violence familiale. L'article devrait s'appliquer à ce genre de situations. La logique de l'article est de permettre à un parent d'aller chercher des soins lorsque l'autre parent s'y oppose, mais un parent peut s'opposer pour de mauvaises raisons même sans être l'auteur de la violence, comme en cas de déni. Un autre problème, en lien avec les solutions présentées plus bas, est qu'une mère pourrait être durement jugée par les tribunaux

pour être allée chercher des services pour son enfant; on pourrait y voir une tentative d'« aliénation » de l'enfant. Malgré ces problèmes persistants, il faut saluer le choix du ministre de permettre l'obtention de services lorsque la demande du parent est « bénéfique » pour la santé et la sécurité de l'enfant, plutôt que lorsque « la demande est une mesure de nature à assurer la santé et la sécurité de l'enfant », un seuil plus élevé qui a été abaissé par les parlementaires peu avant l'adoption du projet de loi⁴⁸.

De plus, l'article 606 prévoit désormais que la déchéance de l'autorité parentale peut être prononcée « notamment en raison de la présence de violence familiale, y compris conjugale ». Ici aussi, on peut saluer l'ajout de la mention de violence conjugale, surtout considérant l'existence d'une jurisprudence contradictoire à savoir si la commission de violence conjugale par le parent est un « motif grave » justifiant le retrait de l'autorité parentale⁴⁹. L'article excluait cependant, sans doute par inadvertance, la violence sexuelle non conjugale : une modification subséquente apportée par le Projet de loi n° 12⁵⁰ a corrigé le tir.

Les député·es ont également profité de l'étude détaillée du projet de loi n° 2 pour apporter des changements aux deux seuls endroits où, depuis 2005 et

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ D'après une recherche de Michaël Lessard, non publiée.

⁵⁰ *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et visant la protection des enfants nés à la suite d'une agression sexuelle et des personnes victimes de cette agression ainsi que les droits des mères porteuses et des enfants issus d'un projet de grossesse pour autrui*, LQ 2023, c 13.

2020 respectivement, le *Code civil* traite de la violence conjugale. L'article 1974.1 prévoyait la possibilité pour un·e locataire de résilier un bail « si, en raison de la violence d'un conjoint ou d'un ancien conjoint ou en raison d'une agression à caractère sexuel, même par un tiers, sa sécurité ou celle d'un enfant qui habite avec lui est menacée ». Désormais, « [u]n locataire [*sic*] peut résilier le bail en cours si, en raison de violence sexuelle, de violence conjugale ou de violence envers un enfant qui habite le logement visé par le bail, sa sécurité ou celle de l'enfant est menacée ». Les député·es ont ainsi voulu élargir la protection à toute forme de violence sexuelle – le harcèlement sexuel par le propriétaire par exemple – plutôt que de limiter la portée de l'article aux « agressions sexuelles ». Le refus répété du ministre de définir la violence conjugale laisse planer le doute sur si la violence par l'ancien conjoint, disparue de l'article dans sa mention explicite, est toujours incluse. Par ailleurs, comme l'ont remarqué les député·es, la violence par un colocataire n'est pas couverte en l'absence d'une relation de couple⁵¹. Il semble que cet article, qui est relativement récent, devra continuer de subir quelques itérations pour être perfectionné.

L'article 2926.1, concernant l'imprescriptibilité de certaines actions en réparation du préjudice corporel, a également été modifié. On remplace ici aussi l'agression sexuelle par la « violence sexuelle », dans une optique d'élargissement, et « la violence d'un conjoint ou d'un ancien conjoint » par « la violence conjugale ».

⁵¹ *Journal des débats de la Commission des institutions*, supra note 45.

En l'absence de discussion à cet effet, il est peu probable que les législateur·ices aient voulu exclure la violence de l'ex-conjoint de la portée de l'article; il semble plus probable, dans le cas des deux articles modifiés, qu'ils aient souscrit à la définition de la violence conjugale comme incluant la violence des anciens conjoints. Ces deux amendements sortent du cadre de la réforme du droit de la famille; ils ont été adoptés de façon précipitée et sans consultations, pour corriger des oublis. Les débats ont également porté sur les différences et le choix à faire entre les expressions « violence sexuelle » et « violence à caractère sexuel », une discussion qui, en l'absence de consultations sur la question, est restée superficielle. Le ministre a exprimé l'opinion que « violence sexuelle » était le terme le plus englobant pour élargir la portée de l'article 2926.1, c'est donc ainsi que l'article devrait être interprété⁵².

Un ajout a également été fait au *Code de procédure civile*⁵³. L'article 278 prévoyait qu'« [u]n témoin a droit à la protection du tribunal contre toute manœuvre d'intimidation lors de son témoignage et contre tout interrogatoire abusif ». Le projet de loi n° 2 vient ajouter une protection spécifique permettant, dans certaines circonstances, d'empêcher une partie non représentée de contre-interroger son ex-conjointe ou son enfant victime de sa violence.

⁵² *Ibid* à 16h50.

⁵³ *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, 2022, c 22, art 141.

L'article est cependant trop limitatif puisqu'il exige une procédure criminelle, une ordonnance civile de protection, une décision relative à la protection de la jeunesse, ou l'avis du tribunal selon lequel un contexte de violence existe. C'est ce dernier élément qui pose problème. En effet, l'article vise à empêcher une partie non représentée d'intimider une autre partie qui cherche à démontrer un contexte de violence familiale. Ainsi, la portée de l'article ne devrait pas être limitée aux cas où la violence a déjà été démontrée. Le déclencheur doit venir plus tôt : dès que la violence est alléguée, voire à la demande d'une partie, puisqu'il n'y a pas de perte de droits pour l'autre partie. S'il faut attendre d'avoir convaincu le tribunal pour obtenir une mesure qui permet de faire la démonstration de la violence, on place les victimes dans une impasse.

Pour résumer, le projet de loi n° 2 apporte plusieurs éléments intéressants en matière de violence familiale et conjugale, malgré certains accrochages et le refus du ministre d'inscrire dans la loi une définition expansive de la violence conjugale. Certes, le ministre a voulu ainsi permettre au concept d'évoluer avec le temps et de recevoir une interprétation large, mais bien des femmes victimes à la fois de leur ex-conjoint et des systèmes de « justice » familiale et de « protection » de la jeunesse argumenteraient que cette foi envers les juges est mal placée. Ultimement, ce problème sera probablement contourné par l'utilisation, à des fins d'inspiration, de la définition de la *Loi sur le divorce* même en contexte du droit provincial.

Globalement, les changements apportés par le projet de loi n° 2 ont-ils réglé le problème de la violence

conjugale? Il faut à mon sens considérer que le nœud du problème est la violence post-séparation qui se joue devant les tribunaux, notamment au moment d'accorder la garde et de trancher des différends. À cet égard, une certaine aide est apportée : une possibilité de déchéance de l'autorité parentale (quoi que ce soit un scénario rare), une protection au moment du témoignage (quoi qu'elle arrive trop tard), et une reconnaissance du fait que la violence est un facteur pertinent (mais qui demeure un facteur parmi tant d'autres). Des mesures aussi timides ne transformeront pas un système en crise. Des changements plus décisifs et contraignants sont nécessaires.

OCCASION MANQUÉE: COMMENT MIEUX PROTÉGER LES FEMMES ET LES ENFANTS DE LA VIOLENCE CONJUGALE ET FAMILIALE

Nous avons vu que le projet de loi n° 2 apporte certains changements pertinents en matière de violence familiale. Ce projet de réforme représentait cependant une occasion d'améliorer davantage la situation des femmes et des enfants victimes de violence. Étant donné le projet annoncé du gouvernement de faire adopter un autre projet de loi réformant le droit de la famille, il est utile de mettre en lumière trois avenues supplémentaires qui doivent urgemment être empruntées.

FACILITER LA DÉNONCIATION DE LA VIOLENCE CONJUGALE ET ENVERS L'ENFANT

Le droit ne peut rien contre la violence si celle-ci n'est pas dénoncée⁵⁴. Or, présentement, certaines femmes ne dénoncent pas, de peur de perdre la garde de leurs enfants si elles le font. Cette peur est loin d'être infondée. En effet, une mère qui rapporte une situation de violence conjugale ou paternelle risque d'être caractérisée d'« aliénante » par les expert-es, la DPJ et les tribunaux⁵⁵. On peut lui interdire tout contact avec l'enfant, parfois pendant des années⁵⁶.

Rappelons que l'article 599 du *Code civil du Québec* précise désormais que les parents « exercent leur autorité sans violence aucune ». Le nouvel article 603.1 du Code civil du Québec permet au parent de requérir des services de santé ou des services sociaux pour son enfant en cas de violence familiale. Or, ces articles seront de peu d'utilité si la violence n'est pas dénoncée. Il est particulièrement urgent de légiférer pour empêcher les tribunaux de tirer des inférences négatives lorsqu'une mère dénonce la violence familiale ou cherche à obtenir des services, y compris en vertu du nouvel article 603.1.

⁵⁴ Du moins, dans la logique actuelle du droit qui présume l'absence de violence. Voir Zaccour, *supra* note 16 aux pp 441-445 pour une critique de cette logique.

⁵⁵ Zaccour, *supra* note 32; Sheehy et Boyd, *supra* note 23; Zaccour, *supra* note 22; Neilson, *supra* note 23.

⁵⁶ Pour un exemple récent rapporté dans les médias, voir Émilie Clavel, « Aliénation parentale : une mère poursuit la DPJ pour 4M\$ » (17 avril 2023), en ligne : *Noovo Info* www.noovo.info/.

Ainsi, un nouvel article 599.1, par exemple, pourrait se lire ainsi :

599.1. Le fait pour un père, une mère ou un parent d'exercer un recours ou de dénoncer une situation de violence familiale ou conjugale, notamment à un tribunal, à l'entourage, à l'enfant ou à une autorité compétente, ne peut constituer une preuve de manquement aux capacités parentales ou d'échec à répondre aux besoins de l'enfant de la personne qui fait la dénonciation, et ce, même si la violence familiale ou conjugale n'est pas démontrée.

De même, le fait d'obtenir pour l'enfant une évaluation ou des services de santé ou des services sociaux en lien avec une situation de violence familiale ne peut constituer une preuve d'un tel manquement, et ce, même si la violence familiale n'est pas démontrée.

Lorsqu'une dénonciation de violence est jugée non fondée ou qu'une plainte en matière criminelle ne mène pas à des accusations, les tribunaux, la DPJ et les expert-es peuvent considérer la dénonciation comme mensongère et de mauvaise foi. Or, il est souvent difficile de prouver la violence familiale⁵⁷, même avérée, parce qu'elle s'exerce généralement sans témoin et parce que l'évaluation de la crédibilité des parents et de l'enfant peut être influencée par des mythes et stéréotypes sur la violence familiale⁵⁸. Il

⁵⁷ *Barendregt c. Grebliunas*, *supra* note 9 au para 144.

⁵⁸ Shipley, *supra* note 18 aux pp 1596-1598.

est donc essentiel d'encourager la dénonciation de violence familiale en garantissant qu'un parent qui dénonce ou soupçonne une telle situation ne risque pas de perdre la garde si la violence n'est pas démontrée.

Qu'en est-il alors des fausses dénonciations? L'idée selon laquelle les mères font régulièrement de fausses dénonciations de violence familiale pour obtenir la garde est un mythe. Mais même si une dénonciation se révélait mensongère, l'attribution de la garde n'est pas un processus punitif : il faut confier l'enfant au parent ayant la meilleure capacité parentale, et non pas s'en servir pour punir un parent de ses agissements. Rappelons-nous également qu'écarter un·e enfant d'un père non violent – un faux positif – est moins grave que de confier l'enfant à un père violent – un faux négatif. La priorité doit être d'assurer la sécurité de l'enfant, tel que reconnu désormais dans la *Loi sur le divorce*⁵⁹.

Un autre obstacle à la dénonciation de la violence est financier : dénoncer devant les tribunaux familiaux ou faire appel à la DPJ est risqué pour les mères et les entraîne souvent dans des procédures qui durent des années et épuisent leurs ressources. Le projet de loi n° 2 établit que l'aide juridique est désormais « accordée gratuitement à tout enfant mineur »⁶⁰, et ce, sans égard à son admissibilité financière. L'inaccessibilité du système de justice familiale et l'inadéquation des seuils d'aide juridique sont des problèmes bien connus et dénoncés depuis longtemps. En

⁵⁹ *Loi sur le divorce, supra note 44.*

⁶⁰ *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil, 2022, c 22, art 128.*

attendant une réforme plus complète, il serait approprié d'accorder également l'aide juridique gratuite à toute personne qui allègue, dans le cadre d'une action en matière familiale, une situation de violence familiale ou sexuelle⁶¹. Un processus administratif d'évaluation de la demande pourrait être mis en place pour éviter les abus (par exemple, une fausse dénonciation par un père violent envers la mère victime). Cette proposition s'accorde à la recommandation #27 du rapport *Rebâtir la confiance*, qui est d'« [o]ffrir aux personnes victimes d'agression sexuelle ou de violence conjugale un accès élargi à l'aide juridique dans les sphères du droit autres que celles du droit criminel »⁶².

LORSQU'IL Y A VIOLENCE CONJUGALE OU VIOLENCE ENVERS L'ENFANT, CONFIER LA GARDE AU PARENT NON VIOLENT

Une fois la violence dénoncée – et même reconnue comme pertinente aux décisions concernant l'enfant – encore faut-il en tirer des conséquences. Or, comme nous l'avons vu, de nombreux facteurs permettent aux hommes violents d'obtenir la garde partagée ou même exclusive de l'enfant. Il faut donc inscrire dans la loi une présomption inverse, prévoyant que c'est le parent non violent qui devrait avoir la garde.

⁶¹ Dans certains rares cas, les violences perpétrées par un père ou géniteur envers la mère ne sont pas conjugales puisque les parties n'ont jamais été en couple. On pensera par exemple au cas d'« Océane » qui a choqué le Québec: son agresseur sexuel, condamné et emprisonné, l'a amenée devant les tribunaux pour établir sa paternité : voir Isabelle Hachey, « L'enfant du viol, la vérité et la justice », (15 août 2022), en ligne : *La Presse* <www.lapresse.ca>.

⁶² Corte et Desrosiers, *supra* note 13 à la p 97.

La réforme de 2022 suggère que la violence envers l'enfant est un facteur à considérer; or, en matière de garde, les facteurs sont nombreux! La violence familiale doit être un facteur déterminant ou à tout le moins prépondérant. Rappelons que la plupart des cas familiaux sont réglés hors cour; lorsque les tribunaux sont sollicités, c'est souvent en raison d'une situation de violence.

Ainsi, il serait pertinent d'inscrire, à un nouvel article 33.1, une disposition de cet ordre :

33.1 Dans une décision concernant l'enfant, le parent qui exerce ou a exercé de la violence familiale à l'égard de l'enfant ou de l'autre parent ne peut se voir confier la garde, seule ou partagée, de l'enfant. Il peut obtenir des accès supervisés si l'intérêt de l'enfant le requiert et en l'absence de risques pour l'intégrité physique ou psychologique de l'enfant ou de l'autre parent.

Pour une version moins radicale, une présomption réfragable pourrait être substituée à cette présomption absolue de garde principale au parent non violent⁶³.

En matière familiale, les règles et présomptions sont peu populaires; il est d'usage de répéter que chaque

⁶³ Il pourrait également être nécessaire de préciser ce qui arrive quand les deux parents ont commis de la violence familiale, un scénario surreprésenté du fait de la tendance des juges à symétriser la violence conjugale : voir par exemple Suzanne Zaccour, « Crazy Women and Hysterical Mothers: The Gendered Use of Mental-Health Labels in Custody Disputes » (2018) 31 Can J Fam L 57 aux pp 90-93.

cas est un cas d'espèce, et que les tribunaux doivent pouvoir rendre une justice individualisée. Or, les décisions individualisées sont riches non seulement en biais, mais aussi en bruit (c'est-à-dire en variations aléatoires), deux sources d'injustice⁶⁴. C'est là l'intérêt de certaines règles et présomptions comme les lignes directrices en matière de pension alimentaire ou le partage égal du patrimoine familial. De plus, des règles claires limitent le stress et la multiplication des recours en permettant aux justiciables de mieux prévoir l'issue des procès et de mieux négocier hors cour. Sachant que les femmes sont généralement plus averses au risque que les hommes⁶⁵ (et qu'elles ont plus à perdre en cas de violence conjugale), des règles claires sont également importantes pour assurer l'égalité des genres.

Ainsi, à mon sens, le facteur de violence familiale doit être prépondérant. Une affirmation législative dans ce sens est nécessaire pour éviter des situations telles que celle présentée plus haut en étude de cas, où de jeunes enfants sont confiés à un père violent parce que le maintien (voire la création) du lien père-enfant est jugé plus important que le facteur de violence. Devant des décisions de garde aussi désastreuses, présenter la violence familiale comme un facteur parmi d'autres pour protéger la discrétion judiciaire est une stratégie pour le moins risquée.

⁶⁴ Voir généralement Daniel Kahneman, Olivier Sibony et Cass R. Sunstein, *Noise: a flaw in human judgment*, Hachette, 2021.

⁶⁵ Voir par exemple Catherine C Eckel et Philip J Grossman, "Men, women and risk aversion: Experimental evidence" (2008) 1 *Handbook of experimental economics results* 1 1061.

INTERDIRE LE RECOURS AUX THÉORIES NON SCIENTIFIQUES DE L'ALIÉNATION PARENTALE

Comme les groupes de femmes en ont témoigné à maintes reprises⁶⁶, un grave problème auquel font face les femmes et les enfants victimes de violence conjugale est l'utilisation du concept d'« aliénation parentale ». Le gouvernement a cependant choisi de ne pas traiter explicitement de ce problème, ni dans le cadre du projet de loi n° 2, ni à l'occasion du projet de loi n° 15 adopté quelques semaines plus tôt. Or, un développement récent rend ce problème d'autant plus d'actualité : à l'été 2023, la Rapporteuse spéciale (des Nations unies) sur la violence contre les femmes et les filles, ses causes et ses conséquences a présenté un rapport important sur la garde des enfants, la violence envers les femmes et la violence envers les enfants. Ce rapport décrit les problèmes soulevés par les accusations d'« aliénation parentale » et recommande au premier chef « [q]ue les États légifèrent pour interdire l'invocation de l'aliénation parentale ou de pseudo-concepts du même type dans des affaires relevant du droit de la famille, et le recours à de prétendus experts en aliénation parentale ou autres pseudo-concepts du même type »⁶⁷.

⁶⁶ Voir notamment « *Mémoires déposés lors du mandat « Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 15 »*, en ligne: *Assemblée nationale du Québec* <www.assnat.qc.ca>.

⁶⁷ *Garde des enfants, violence contre les femmes et violence contre les enfants*, par Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes & et les filles, ses causes et ses conséquences, Reem Alsalem, A/HRC/53/36, Conseil des droits de l'homme des Nations unies, 2023 au para 74.

Cela s'explique par les nombreuses critiques formulées quant à l'utilisation en droit des théories de l'« aliénation parentale » et du « syndrome d'aliénation parentale »⁶⁸, notamment quant au manque de rigueur scientifique, aux biais de genre, à leur utilisation pour masquer des situations de violence familiale, à leur manichéisme et circularité, et aux sérieux torts causés aux enfants par les interventions recommandées. En droit québécois spécifiquement, j'ai déjà observé que l'« aliénation parentale », n'ayant pas de définition claire, peut être invoquée dans presque n'importe quelle situation impliquant de la violence conjugale (ou pas), même en

⁶⁸ Voir entre autres Joan S Meier, « A historical perspective on parental alienation syndrome and parental alienation » (2009) 6:3-4 *Journal of Child Custody* 232; Joan S Meier, « Getting real about abuse and alienation: A critique of Drozd and Olesen's decision tree » (2010) 7:4 *Journal of child custody* 219; Naomi Benyamina Abrahams, « Parental alienation and domestic violence: A feminist critical discourse analysis of key informants' accounts in family court, child protection and domestic violence services in Ontario » (2021) University of Ottawa School of Social Work Document de travail 82; Michele A Adams, « Framing contests in child custody disputes: Parental alienation syndrome, child abuse, gender, and fathers' rights » (2006) 40:2 *Fam LQ* 315; Carol S Bruch, « Parental alienation syndrome: Junk science in child custody determinations » (2001) 3 *Eur JL Reform* 383; James Williams, « Should judges close the gate on PAS and PA? » (2001) 39:3 *Fam Ct Rev* 267; Zaccour, *supra* note 32; Zaccour, « Does Domestic Violence Disappear from Parental Alienation Cases? », *supra* note 22; Glòria Casas Vila, « Parental Alienation Syndrome in Spain: opposed by the Government but accepted in the Courts » (2020) 42:1 *J Soc Welfare & Fam L* 45; Lenore E Walker et David L Shapiro, « Parental alienation disorder: Why label children with a mental diagnosis? » (2010) 7:4 *Journal of Child Custody* 266; Suzanne Zaccour, « Parental alienation concepts and the law: An international perspective » dans Jean Mercer et Margaret Drew, dir, *Challenging Parental Alienation: New Directions for Professionals and Parents*, Routledge, 2021.

l'absence de dénigrement par la mère ou de rejet du père⁶⁹. Par ailleurs, malgré certaines affirmations selon lesquelles la théorie ne s'applique pas en cas de violence conjugale, ce sont spécifiquement dans ces cas-là que les tribunaux et les expert·es sont susceptibles de reprocher à la mère d'être aliénante⁷⁰.

Il faut comprendre que la théorie de l'aliénation parentale trouve surtout son « utilité » lorsque l'enfant placé·e chez sa mère va bien et que la mère est compétente : lorsque la mère n'a pas une bonne capacité parentale ou que l'enfant vit des problèmes, cette théorie n'est pas nécessaire. Elle est souvent utilisée pour demander de changer des arrangements de garde alors que la mère a en sa faveur virtuellement tous les autres facteurs (statu quo et stabilité, entente des parties, violence familiale et historique de soins).

Une nuance doit ici être apportée concernant un autre cas de figure de l'utilisation d'accusations d'« aliénation parentale ». Il est commun que les hommes violents interfèrent avec la relation mère-enfant, un phénomène dénoncé par les expertes en violences faites aux femmes depuis longtemps, mais qui n'intéressait pas les tribunaux et intervenant·es avant l'invention de l'« aliénation parentale »⁷¹. Dans le contexte actuel, des mères victimes de violence utilisent parfois le cadre de

⁶⁹ Zaccour, *supra* note 32 aux pp 1087, 1091-1094, 1110.

⁷⁰ Zaccour, « Does Domestic Violence Disappear from Parental Alienation Cases? », *supra* note 22; Sheehy et Boyd, « Penalizing women's fear », *supra* note 23; Lapierre et al, *supra* note 32.

⁷¹ Meier, *supra* note 68 à la p 234.

l'« aliénation parentale » pour obtenir des décisions plus favorables, en caractérisant des comportements de violence conjugale par le père d'« aliénation parentale ». Cette stratégie peut réussir, puisque certain·es juges portent plus attention aux problèmes d'« aliénation » qu'à la violence conjugale⁷². Pour cette raison, on peut être hésitant·e à condamner entièrement la théorie de l'« aliénation parentale ». Or, le fait que la théorie donne coïncidemment le bon résultat dans une minorité des cas n'en fait pas un outil utile pour le système de justice : comme le dit l'expression, même une montre arrêtée donne la bonne heure deux fois par jour. Cependant, simplement retirer aux femmes violentées l'accès à cet outil imparfait peut intensifier leurs difficultés. Par conséquent, la réponse au problème des accusations d'« aliénation parentale » doit être à deux volets : il faut à la fois limiter ou proscrire le recours aux accusations d'« aliénation parentale » *et* renforcer la réponse à la violence conjugale et familiale, comme proposé plus haut.

Cette précision explique mon choix de recommander que la théorie dangereuse soit entièrement proscrire (alors que d'autres ont plutôt proposé de la limiter significativement⁷³). On peut trouver de l'appui pour cette proposition à l'international. En Espagne, le gouvernement a interdit le recours aux théories non scientifiques de l'aliénation parentale et du syndrome d'aliénation

⁷² Zaccour, « Does Domestic Violence Disappear from Parental Alienation Cases? », *supra* note 22 aux pp 436-439.

⁷³ Meier, « Getting real about abuse and alienation », *supra* note 66 aux pp 241-246.

parentale⁷⁴. À Mexico, les parlementaires ont cherché à donner appui à ces théories dans le code civil, mais ont retiré les articles après quelques années en raison des biais de genre et de la déconsidération de l'intérêt de l'enfant qu'ils entraînaient⁷⁵. Au Brésil, où une loi fédérale définit l'aliénation parentale⁷⁶ et prévoit des mesures favorables au parent dit « aliéné », le Conseil national de la santé du ministère de la Santé (Conselho Nacional de Saúde) a recommandé en 2022 d'abroger la législation portant sur l'aliénation parentale et de prendre « des mesures prohibant l'utilisation de termes sans reconnaissance scientifique, comme le syndrome d'aliénation parentale »⁷⁷. Le Québec doit suivre cette tendance, surtout considérant la recommandation de la Rapporteuse spéciale des Nations unies.

Ainsi, une intervention législative claire et rapide est nécessaire : celle d'interdire le recours à la théorie de l'aliénation parentale (et ses variantes). Un éventuel article 33.2 pourrait ainsi contenir les éléments suivants :

⁷⁴ « *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* » (5 juin 2021), en ligne: *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado* <www.boe.es/>.

⁷⁵ « *Publican decreto que deroga artículo en Código Civil sobre alineación parental* », (4 août 2017), en ligne: *Últimas Noticias* <www.20minutos.com.mx/>.

⁷⁶ Lei n° 12.318 de 26 de Agosto de 2010.

⁷⁷ Fernando Zasso Pigatto, « RECOMENDAÇÃO N° 003, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2022 » (11 février 2022), en ligne: *Conselho Nacional de Saúde* <conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/2337-recomendacao-n-003-de-11-de-fevereiro-de-2022>, ma traduction.

33.2 Dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant, le recours à la théorie de l'aliénation parentale ou du syndrome d'aliénation parentale est proscrit. Un témoignage à l'effet qu'un parent aliène l'enfant ou qu'un enfant souffre d'un « syndrome d'aliénation parentale » ou d'« aliénation parentale » est inadmissible.

Il serait également possible de proscrire le diagnostic de « conflit sévère de loyauté », un homologue du diagnostic d'« aliénation parentale ». Amy Neustein et Michael Leshner écrivent que « le syndrome d'aliénation parentale (SAP) est une hydre : coupe une tête, et d'autres apparaissent pour prendre sa place »⁷⁸. En effet, le concept d'aliénation a subi et continue de subir des transformations et changements de noms qui rendent difficile son interdiction législative. On peut ainsi craindre qu'interdire une théorie ne règle pas tout le problème, puisque les mêmes idées et stéréotypes de genre se retrouveront désormais cachés dans les dossiers et jugements, à l'abri des yeux des chercheur·ses. Pour tenir compte de cette difficulté, l'éducation des professionnel·les aux enjeux de violence familiale, la recherche continue, et une volonté de revisiter la loi après quelques années pour évaluer la nécessité d'élargir l'interdiction sont de mises.

Il est aussi approprié de désamorcer les arguments associés à une accusation d'« aliénation parentale »,

⁷⁸ Amy Neustein et Michael Leshner, « Evaluating PAS: A Critique of Elizabeth Ellis's "A Stepwise Approach to Evaluating Children for PAS" » (2009) 6:3-4 *Journal of Child Custody* 322 à la p 322, ma traduction.

puisque ceux-ci sont problématiques même lorsque cette étiquette n'est pas employée. Un nouvel article dans le *Code civil* et dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* pourrait donc se lire ainsi :

Le tribunal [ou le directeur de la protection de la jeunesse] ne tire pas d'inférence négative sur les capacités parentales d'un parent du fait que :

- a) ce parent craint l'autre parent ou craint que l'autre parent nuise à la sécurité de l'enfant;
- b) ce parent a laissé savoir à l'enfant qu'il vit de la violence conjugale ou en a discuté avec l'enfant;
- c) ce parent a pris des mesures pour faire évaluer l'enfant ou pour en assurer la sécurité;
- d) ce parent demande la réduction des contacts entre l'enfant et l'autre parent;
- e) ce parent ne force ou n'encourage pas l'enfant à être en contact avec l'autre parent;
- f) ce parent n'agit pas pour améliorer la relation entre l'enfant et l'autre parent;
- g) ce parent demande à déménager avec l'enfant.

Tels sont certains des comportements principaux qui mènent souvent les mères à être considérées « aliénantes »⁷⁹. Notons qu'aucun de ces éléments ne réfère à une action concrète de dénigrement ou de sabotage du lien père-enfant : les mères sont plutôt punies pour leur inaction, pour leurs émotions, ou pour leurs arguments avancés en cour.

Une autre mesure qui contribuerait à l'efficacité du changement législatif serait de s'assurer que les expert·es qui témoignent devant les juges familiaux sont formé·es en matière de violence conjugale, puisque les opinions quant à l'« aliénation » des enfants s'appuient sur et renforcent des stéréotypes sur la violence conjugale. On pourrait donc modifier le *Code de déontologie des psychologues*⁸⁰, à l'article 46, et le *Code de déontologie des membres de l'Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec*⁸¹, à l'article 35, pour y ajouter ceci :

En matière familiale ou en matière de protection de la jeunesse, [le psychologue / le membre] s'abstient d'effectuer une expertise à moins de détenir une expertise en matière de violence conjugale, y compris la violence non physique et la violence post-séparation.

⁷⁹ Zaccour, *supra* note 32 aux pp 1091-1094.

⁸⁰ *Code de déontologie des psychologues*, RLRQ c C-26, r 212.

⁸¹ *Code de déontologie des membres de l'Ordre des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec*, RLRQ c C-26, r 286.

Bien que les codes de conduite exigent déjà des professionnel·les qu’iels ne s’expriment pas au-delà de leurs compétences, l’ajout proposé élargit cette injonction. Puisque la violence conjugale n’est pas toujours immédiatement visible dans les cas familiaux, tou·tes les expert·es impliqué·es devraient être adéquatement formé·es en la matière, qu’il y ait ou non allégation de violence. Sans cela, un·e expert·e en « aliénation parentale » peut être appelé·e à évaluer l’enfant sans que la question de la violence conjugale soit adéquatement considérée. Une femme victime de violences qui fait une dénonciation dite tardive ou qui n’est pas crue par un·e expert·e en « aliénation parentale » risque de subir les conséquences de cette évaluation pendant des années.

Finalement, il serait pertinent de prévoir une disposition particulière concernant le droit des adolescent·es à décider des questions de garde à partir d’un certain âge. Dans la jurisprudence, on détermine qu’à partir d’environ 13 ans, l’opinion de l’enfant (ou plutôt, de l’adolescent·e) devient déterminante⁸². Or, les décisions judiciaires sont contradictoires quant à savoir si cette règle générale s’applique également en situation de dite « aliénation parentale »⁸³. Cette question est importante puisque ce sont souvent les adolescent·es qui sont visé·es par des « diagnostics » d’aliénation parentale. L’article 34 du *Code civil* pourrait inclure la codification suivante : « L’opinion de l’enfant de treize ans ou plus est

⁸² Michel Tétrault, *Droit de la famille*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 aux pp 1299-1300.

⁸³ Comparer *Droit de la famille — 163196*, 2016 QCCS 6433 aux paras 20-21 et *Droit de la famille — 162621*, 2016 QCCS 5162 au para 94.

déterminante quant à une décision concernant sa garde, à moins de risque sérieux pour sa santé ou sa sécurité ».

Notons que le projet de loi n° 2 reconnaît l'autonomie des enfants adoptés ou dans des familles recomposées de mettre fin aux contacts avec des parents d'origine, des beaux-parents ou des grands-parents à partir de l'âge de 14 ans. Les autres enfants qui ne désirent pas avoir de contacts avec un parent devraient également avoir le droit au respect de leur autonomie.

CONCLUSION

En conclusion, le projet de loi n° 2 apporte quelques changements intéressants en matière de violence conjugale et familiale. Or, sauf pour le changement à l'article 33 (la prise en compte de la violence familiale dans les décisions concernant l'enfant), les changements apportés continuent de traiter la violence comme un cas d'exception. Les mesures prévues font trop peu, trop tard.

Lorsqu'une décision en droit de la famille est injuste, la situation est difficile à corriger. Les appels sont rares dans ce domaine de droit, et les tribunaux reviennent difficilement sur leurs décisions. Lorsqu'une mère est qualifiée d'« aliénante » et qu'elle revient devant les tribunaux pour faire la preuve que le père est violent, elle risque d'être punie pour son « entêtement ». Bien des femmes se battent pendant des années, au-delà de l'épuisement de leurs ressources financières et émotionnelles, pour tenter de renverser la vapeur après avoir été étiquetées comme « aliénantes » et avoir perdu la garde de leur enfant au profit d'un ex-conjoint dangereux.

Au vu de cette situation, j'ai proposé trois séries de mesure pour améliorer le sort des victimes de violence conjugale et familiale qui passent devant les tribunaux de la famille :

- 1) Faciliter l'identification des violences conjugales et familiales en interdisant aux tribunaux de tirer des inférences négatives quant à la capacité parentale des mères qui rapportent une situation de violence et en octroyant à ces mères l'accès à des services juridiques gratuits;
- 2) Freiner la pratique de confier la garde à un parent violent en légiférant une présomption en faveur du parent non violent dans les cas de garde contestée;
- 3) Respecter l'autonomie des enfants et des adolescent·es en interdisant le recours aux théories du « syndrome d'aliénation parentale » et de l'« aliénation parentale » et en permettant aux adolescent·es de 13 ans et plus de prendre des décisions concernant leur garde.

D'autres mesures restent à avancer, notamment quant à la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la *Loi sur le divorce*, mais les mesures que je propose ici sont un pas essentiel pour diminuer la violence post-séparation et la violence judiciaire dont sont victimes de nombreuses femmes au Québec. Le Gouvernement du Québec était conscient de ces solutions. Espérons qu'elles trouveront, dans la prochaine réforme, une oreille plus attentive.