



Action Committee on Access to
Justice in Civil and Family Matters

Comité d'action sur l'accès à la
justice en matière civile et familiale

Des changements concrets en matière de droit de la famille Au-delà des sages paroles

Rapport du Groupe de travail sur le droit de la famille

du

Comité d'action sur l'accès à la justice
en matière civile et familiale

Rapport final

Avril 2013

« Il est résolu que le Comité d'action approuve le rapport du groupe de travail aux fins de distribution et de consultation, le 12 mars 2013. »

TABLE DES MATIÈRES

A. Résumé	1
1. Introduction	1
A. Le Groupe de travail sur le droit de la famille.....	1
B. Qu'est-ce que le système de justice familiale?	3
C. Les travaux préparatoires	4
2. Défis et changements dans le domaine du droit de la famille	7
A. L'évolution du système de justice familiale	7
B. La lacune dans la mise en œuvre	9
C. Une perspective axée sur la clientèle	11
D. La structure du présent rapport	12
3. Le contexte du droit de la famille	12
A. La transformation de la famille	13
B. La place du droit de la famille dans le système de justice	14
4. La nature unique du droit de la famille	15
6. Principes directeurs	21
7. Recommandations liées au changement de la culture institutionnelle	22
A. Notre système hybride : les paradigmes accusatoire et consensuel.....	23
B. La formation à l'école de droit.....	29
C. La formation professionnelle continue.....	32
D. Les codes de déontologie, les lignes directrices déontologiques et les pratiques exemplaires.....	33
E. La compréhension par le public du règlement des différends	36
F. La gamme de solutions possibles pour le règlement des différends.....	37
G. La participation au processus consensuel de règlement des différends	37
8. Recommandations relatives aux services et à l'administration	41
A. La prestation précoce de services de première ligne à la famille	41
B. Les services d'information	43
C. Les programmes d'information obligatoires	45
D. Le triage.....	46
E. La consultation juridique, l'aide juridique, les parajuristes et la représentation	47

9. Recommandations relatives à l'organisation judiciaire, aux procédures et au droit substantiel	52
A. Le tribunal unifié de la famille	52
B. Les procédures des tribunaux.....	56
C. Le droit de la famille substantiel.....	64
10. Les mesures de soutien après le règlement	68
11. Données et prise de décisions fondée sur les éléments probants	69
12. Prochaines étapes	72
13. Conclusion.....	72

RÉSUMÉ ET RECOMMANDATIONS

A. Résumé

Le Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale

Les Canadiens n'ont pas un accès adéquat à la justice familiale. Depuis de nombreuses années, des rapports nous signalent que les frais, les retards, la complexité et d'autres types d'obstacles font en sorte qu'il est impossible pour de nombreux Canadiens de se prévaloir de leurs droits légaux. Au cours des dernières années, des études de plus en plus nombreuses ont commencé à quantifier l'ampleur des besoins juridiques non satisfaits dans nos communautés et à décrire les conséquences troublantes, tant sur le plan individuel que social, de notre réponse inadéquate aux problèmes juridiques familiaux.

Au Canada, nous disposons d'un ensemble complet et très perfectionné de lois touchant la famille, conçu de façon à guider les familles relativement aux règles qui s'appliquent à la suite d'une séparation. Malheureusement, les procédures au moyen desquelles on peut se prévaloir de ce droit important sont de plus en plus complexes, inabordables et inaccessibles. Faute d'un accès aux mécanismes servant à les mettre en œuvre, ces règles importantes sont d'une utilité restreinte.

Le Groupe de travail sur le droit de la famille (le GTDF) est un des quatre groupes de travail mis sur pied par le Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale. Pour ce qui est de l'accès à la justice civile, le président du Comité d'action, l'honorable Thomas A. Cromwell, a récemment décrit le but et le rôle du Comité comme suit

[Traduction] Le Comité d'action [...] se perçoit comme étant un groupe largement représentatif de chefs de file dans le domaine de la justice civile et familiale, apte à élaborer des consensus sur les priorités, à encourager les organisations et les regroupements à prendre l'initiative relativement à ces priorités, et à offrir des services de consultation, de coordination et de conseil.¹

Le Comité s'est doté de quatre groupes de travail : la simplification des processus judiciaires; l'accès aux services juridiques; la prévention, la priorisation et

¹ Thomas A. Cromwell, « Access to justice: towards a collaborative and strategic approach », University of New Brunswick Law Journal (janvier 2012), en ligne à l'adresse suivante : <http://www.highbeam.com/doc/1G1-302776655.html>.



l'aiguillage; et la justice familiale. Les groupes de travail ont fondé leur travail sur une conception générale de l'accès à la justice, énoncée par le juge Cromwell comme suit

[Traduction] De façon générale, les membres de notre société auraient un accès approprié à la justice civile et familiale s'ils avaient les connaissances, les ressources et les services requis pour régler de manière efficace les questions juridiques de nature civile ou familiale. Je souligne que je ne privilégie pas une approche « axée sur les tribunaux » pour ce qui est de définir ce que sont ces connaissances, ces ressources et ces services. Ils englobent une gamme de services extrajudiciaires, incluant l'accès à des renseignements sur le droit et les processus juridiques ainsi que sur les services officiels et officieux de règlement des différends, incluant ceux disponibles par l'entremise des tribunaux. À mon avis, l'accès à la justice [...] ne se limite pas à la possibilité de porter une affaire en justice ou même à l'accès aux avocats, aux juges et aux tribunaux, bien qu'il s'agisse, évidemment, de facettes de ce qu'exige l'accès à la justice.²

Le GTDF a adopté une définition du « système de justice familiale » qui cadre bien avec cette conception générale de l'accès à la justice. Le système de justice familial est constitué de l'ensemble des lois, des programmes et des services qui contribuent de manière importante au règlement des questions liées au droit familial. Cela englobe les institutions publiques telles que les tribunaux, les ministères, et les services d'aide juridique, de même que les organismes non gouvernementaux, les avocats, les médiateurs et d'autres intervenants du secteur privé qui viennent en aide aux familles durant une séparation.

Les rapports précédents

Le GTDF est très conscient des nombreux rapports sur la réforme de la justice familiale qui ont précédé le sien. Dans ces rapports, il y a une concordance remarquable pour ce qui est du diagnostic des problèmes et des changements recommandés. Un thème-clé de tous ces rapports est la place réservée aux processus accusatoires (fondés sur les droits) et non accusatoires (fondés sur les intérêts) de règlement des différends au sein du système de justice familiale, ainsi que le potentiel encore inexploité de recourir aux valeurs non accusatoires et aux processus consensuels de règlement des différends pour améliorer l'accès au système de justice familiale.

² *Ibid.*



À l'échelle du Canada et du Commonwealth, des mesures ont été prises en réponse à ces rapports et, à de nombreux égards, la pratique du droit familial est très différente de ce qu'elle était il y a 25 ans. En raison des changements apportés aux règles et aux formules des tribunaux, les tribunaux sont maintenant plus accessibles et les juges participent davantage à la gestion des cas et à la facilitation des règlements. Les programmes d'information juridique, la médiation subventionnée et les programmes sur le rôle parental après la séparation sont répandus. Le milieu juridique a adopté des approches non accusatoires pour régler les différends en matière de droit familial et les processus tels que la médiation et le droit collaboratif sont maintenant utilisés partout au Canada.

Malgré ces changements, les rapports et les enquêtes continuent de réclamer de nouvelles réformes, signalant que les changements apportés jusqu'à présent, bien qu'ils soient appréciés, ne sont tout simplement pas suffisants. Les rapports continuent de militer en faveur d'un virage plus dramatique vers les approches non accusatoires, en réclamant un « changement profond », une « réforme fondamentale » et un « changement de paradigme ».

Le présent rapport explore la relation entre les paradigmes accusatoires et non accusatoires, ainsi que l'importance pour le système de justice familiale d'intégrer et d'utiliser les valeurs non accusatoires pour la résolution des problèmes d'une façon encore plus fondamentale que par le passé.

La lacune dans la mise en œuvre

Notre groupe de travail a tenté de comprendre le fossé qui existe entre les recommandations clairement énoncées dans les rapports précédents et l'omission des systèmes de justice de les mettre en œuvre de manière exhaustive. Nous constatons que, dans une large mesure, les idées requises pour améliorer le fonctionnement du droit familial ont déjà été exposées, si bien que nous posons la question suivante : qu'est-ce qui fait obstacle aux changements qui sont largement perçus comme nécessaires? La première conclusion que nous tirons est que l'élaboration de bonnes idées ne suffit pas à changer le système. Comme l'indique le titre du présent rapport, nous devons aller « au-delà des sages paroles » en prenant des mesures concrètes et en mettant pleinement en œuvre les recommandations dont nous disposons depuis quelque temps maintenant.

Nous relevons deux principaux obstacles au changement. Le premier a trait aux ressources restreintes à la disposition du système de justice familiale. Malgré l'omniprésence des problèmes de justice familiale, le public, les médias et la classe politique s'intéressent beaucoup plus aux questions de droit criminel. Cet intérêt



accru alimente les efforts de réforme du droit criminel et se traduit souvent par l'attribution d'un soutien financier à la justice criminelle plutôt qu'au droit familial.

Les lacunes dans la mise en œuvre découlent également de la culture du système de justice et de son adhésion incomplète aux processus non accusatoires ou consensuels de règlement des différends. Bien que des progrès aient été accomplis sur ce front, le potentiel des programmes non accusatoires et des processus consensuels en droit familial n'est pas encore pleinement exploité. Par conséquent, nous estimons que la mise en place de nouveaux changements culturels constitue une des solutions les plus importantes pour améliorer l'accès à la justice familiale.

Principes directeurs

Notre vision du système de justice familiale et les changements que nous recommandons se fondent sur les principes directeurs suivants

- **minimiser le conflit** – les programmes, les services et les procédures sont conçus de manière à minimiser le conflit et ses répercussions néfastes sur les enfants.
- **la collaboration** – les programmes, les services et les procédures encouragent la collaboration, et le règlement consensuel des différends (RCD) est au cœur du système de justice familiale, pourvu que la décision judiciaire soit accessible en cas de nécessité;
- **une approche axée sur la clientèle** – le système de justice familiale est conçu en fonction des besoins des familles qui y ont recours;
- **l'habilitation des familles** – les familles sont, dans la mesure du possible, habilitées à assumer la responsabilité de leurs propres résultats;
- **les services multidisciplinaires intégrés** – les services aux familles qui vivent une séparation et un divorce sont coordonnés, intégrés et multidisciplinaires;
- **la résolution précoce** – l'information et les services sont disponibles dès le début de façon à ce que les gens puissent régler leurs problèmes le plus rapidement possible;
- **le droit de parole, l'équité et la sécurité** – les gens aux prises avec des problèmes de justice familiale ont la possibilité d'être entendus, et les services et processus à leur disposition sont respectueux, équitables et sûrs;
- **l'accessibilité** – le système de justice familiale est abordable, compréhensible et administré dans un délai raisonnable;



- **la proportionnalité** – les processus et services sont proportionnels aux intérêts de l'enfant touché, à l'importance de l'enjeu et à la complexité du dossier.

Guidé par ces principes, le présent rapport met de l'avant neuf recommandations visant expressément à ancrer les valeurs et processus liés au règlement consensuel des différends plus fermement au cœur du système de justice familiale. De plus, nous avons formulé vingt-deux recommandations se rapportant à diverses facettes du système, y compris :

- les services et l'administration;
- l'organisation des tribunaux;
- le droit substantiel;
- Les procédures des tribunaux
- les mesures de soutien après le règlement;
- la recherche en vue de soutenir la prise de décision fondée sur des données probantes.

Le droit familial a une très grande portée. Aucun autre domaine du droit ne semble toucher autant de gens. La qualité ou l'adéquation de l'expérience vécue par une famille qui fait appel au système de justice peut façonner leurs vies et avoir une incidence sur leur bien-être à long terme. Par conséquent, tout au long du présent rapport, nous tentons d'examiner les problèmes vécus par les familles, ainsi que les lois, les services et les procédures que nos institutions judiciaires leur offrent et ce, principalement de leur point de vue. De ce point de vue, nous constatons le besoin impératif d'aboutir à un règlement abordable dans un délai raisonnable; nous constatons aussi les coûts financiers et émotionnels subis par les époux, les parents et les enfants lorsque ce besoin n'est pas comblé. Du point de vue social, nous constatons les risques associés à un accès insuffisant à la justice familiale. L'accès à la justice est un corollaire au principe de la primauté du droit et est essentiel au bien-être social et économique de la société civile.

Sommaire des recommandations³

Recommandation 1 :

³ Ces recommandations ne sont pas présentées par ordre de priorité, mais bien en fonction de la structure du présent document.



Que les intervenants à l'échelle du système de justice familiale, encouragés d'abord par les facultés de droit, collaborent à une étude des programmes d'études en droit de la famille et formulent des recommandations visant des changements qui prépareraient mieux les étudiants en leur permettant d'acquérir les connaissances particulières et les diverses compétences requises pour venir en aide aux enfants et aux familles au moyen du système de justice familiale d'aujourd'hui.

Recommandation 2 :

Que les changements aux programmes d'études en droit de la famille soient accompagnés d'une accentuation de l'importance accordée aux compétences et aux connaissances liées au RCD dans l'ensemble des programmes d'études en droit.

Recommandation 3 :

Que les facultés de droit canadiennes veillent à l'embauche et au perfectionnement d'un plus grand nombre de professeurs qui s'intéressent au droit de la famille.

Recommandation 4 :

Que les barreaux reconnaissent les connaissances et les compétences particulières requises pour exercer le droit de la famille en acceptant que la formation dans ce domaine nécessite une formation professionnelle continue; et que les organisations qui offrent une formation continue en droit élaborent des cours à l'appui de la gamme complète de compétences que doivent posséder les avocats en droit de la famille.

Recommandation 5 :

Que la réglementation des avocats en droit de la famille par les barreaux aborde et appuie expressément les connaissances, compétences, aptitudes, caractéristiques et attitudes non traditionnelles que doivent avoir les avocats pour gérer de manière optimale les dossiers relevant du droit de la famille.

Recommandation 6 :

Que la section du droit de la famille de chaque barreau envisage l'adoption de lignes directrices similaires à celles mises en place par la division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien à l'intention des avocats en droit de la famille.

Recommandation 7 :

Que les ministères de la justice, les barreaux, les facultés de droit, les médiateurs, les intervenants de l'approche collaborative, les agents du PVIJ et – dans la mesure appropriée – la magistrature contribuent à mieux sensibiliser et à mieux renseigner le public au sujet de la nature des valeurs collaboratives et de la disponibilité des procédures consensuelles de règlement des différends au sein du système de justice familiale.

Recommandation 8 :

Que le système de justice familiale offre une gamme de solutions possibles pour aider les familles à régler leurs différends, notamment la communication de renseignements, la médiation, le droit collaboratif, la coordination du rôle parental et l'arbitrage.



Recommandation 9 :

Que, avant de déposer une demande faisant l'objet d'une opposition dans une affaire familiale (mais après le dépôt des actes de procédure initiaux), les parties soient tenues de participer à une seule séance non judiciaire de RCD. Les règles doivent désigner les modes de règlement à mettre en place et doivent veiller à ce qu'ils soient offerts par des professionnels qualifiés. Des exemptions doivent être prévues lorsque les parties ont déjà participé à une séance de RCD, dans les cas de violence familiale ou s'il est par ailleurs urgent que l'une ou les deux parties comparaissent devant un tribunal. Des services gratuits ou subventionnés de RCD devraient être offerts à ceux qui n'ont pas les moyens de se procurer ce genre de service.

Recommandation 10 :

Recommandation 10 Que la prestation précoce de services de première ligne au sein du système de justice familiale soit élargie. Cela a pour effet :

- *de rendre bien visibles, faciles d'accès et conviviaux les services de première ligne, comme cela a été fait au moyen d'initiatives telles que les Centres d'information sur le droit de la famille en Alberta et en Ontario, les Justice Access Centres en Colombie-Britannique et les Centres de justice de proximité au Québec;*
- *de coordonner et d'intégrer la prestation de tous les services destinés aux familles qui vivent une séparation, que ces services soient fournis par des avocats, des gouvernements ou des organisations non gouvernementales;*
- *d'affecter de nouvelles ressources ou rééquilibrer et réaffecter les ressources actuelles du système de justice en faveur des services de première ligne élargis.*

Recommandation 11 :

Le GTDF appuie les recommandations formulées par d'autres groupes de travail du Comité national d'action quant au fait de communiquer tôt dans les démarches l'information aux citoyens et d'appuyer ce qui suit en raison de son utilité en particulier pour les familles :

- *une information qui est accessible, dans un langage simple, neutre et précis;*
- *une information qui répond aux besoins des parties se représentant elles-mêmes;*
- *une information qui est disponible sous diverses formes, y compris en personne (par l'entremise de centres d'information juridique et de lignes téléphoniques), en ligne et dans des guides imprimés.*

Recommandation 12 :

À l'exception des cas d'urgence et des ordonnances sur consentement, que les séances d'information soient obligatoires pour les parties qui se représentent seules et pour tous les parents ayant des enfants à charge. La séance devrait se tenir le plus tôt possible et avant que les parties ne comparaissent devant le tribunal. Les renseignements suivants doivent à tout le moins être fournis :

- *ce qu'il faut faire avec les enfants après une séparation et les effets de la séparation et du conflit sur les enfants;*
- *l'information juridique de base;*



- *l'information concernant la médiation et d'autres choix de procédure;*
- *l'information concernant la disponibilité des services à la famille non juridiques.*

Recommandation 13 :

Que des services de triage, notamment l'évaluation, l'information et l'aiguillage, soient mis à la disposition des personnes faisant face à des problèmes relevant du droit de la famille.

Recommandation 14 :

Que l'on associe à l'aide juridique, aux fins du financement et de la prestation de services, un vaste éventail de services et de fournisseurs de services, notamment :

- *une représentation par un avocat sur toute la ligne, une représentation partielle, les services d'un avocat de service, les services d'un avocat, les conseils sommaires, les services brefs et les mandats à portée limitée;*
- *l'information juridique et les services d'auto-assistance, y compris l'auto-assistance guidée;*
- *la médiation, la coordination des responsabilités parentales, les services de counseling;*
- *les programmes ou les services qui relient l'aide juridique aux services non juridiques ou coordonnent ceux-ci.*

Recommandation 15 :

Que le financement accordé à l'aide juridique en matière familiale soit augmenté.

Recommandation 16 :

Que les codes de conduite professionnels et les règles des tribunaux dans toutes les provinces soient révisés pour autoriser et appuyer l'utilisation de mandats à portée limitée.

Recommandation 17 :

Que les provinces ou les territoires étendent le recours à des parajuristes bien formés et supervisés, aux étudiants en droit, aux stagiaires en droit et aux spécialistes non juristes pour fournir une gamme de services aux familles aux prises avec des problèmes juridiques.

Recommandation 18 :

Que le financement des programmes et des services de justice familial soit accru considérablement en reconnaissance de la portée des besoins non satisfaits en matière de droit familial, des coûts individuels et sociaux de la non-satisfaction des besoins et de l'existence de programmes et de services dont la valeur pour les familles qui vivent une séparation a été démontrée.



Recommandation 19 :

Reconnaissant que chaque province ou territoire aurait sa propre version du modèle du tribunal unifié pour répondre aux besoins des familles et des enfants de cette province ou de ce territoire, nous encourageons les deux ordres de gouvernement à collaborer à l'établissement de tribunaux unifiés de la famille partout au Canada.

Recommandation 20 :

Qu'un tribunal unifié de la famille conserve les avantages des tribunaux provinciaux de la famille, notamment leurs procédures particulières et simplifiées, et qu'il ait ses propres règles simplifiées, ses propres formulaires et ses propres processus de règlement des différends qui sont adaptés aux besoins particuliers et aux moyens limités des parties à un litige relevant du droit de la famille.

Recommandation 21 :

Que les tribunaux de la famille adoptent des procédures simplifiées pour les litiges relevant du droit de la famille plus limités et de plus petite envergure.

Recommandation 22 :

Que l'utilisation de brefs formulaires judiciaires simplifiés et interactifs, accompagnés d'instructions faciles à suivre, soit élargie.

Recommandation 23 :

Que des juges spécialisés soient nommés pour entendre les litiges familiaux et que ces juges aient acquis ou soient disposés à acquérir

- *une expertise en droit de la famille substantiel et judiciaire;*
- *une capacité de mettre à profit de bonnes compétences en matière de règlement des différends pour traiter les cas;*
- *une formation en droit de la famille et une sensibilité aux dimensions psychologiques et sociales du droit de la famille (en particulier la violence familiale ainsi que l'incidence de la séparation et du divorce sur les enfants);*
- *une connaissance des divers services de justice familiale offerts aux familles qui comparaissent devant eux.*

Recommandation 24 :

Qu'un juge assume la responsabilité de toutes les motions préalables au procès, conférences et audiences dans les affaires relevant du droit de la famille.

Recommandation 25 :

Que les comités des règles de procédure de la cour, les analystes en matière de politiques de justice et les administrateurs judiciaires examinent la législation, les règles, les procédures et les mécanismes administratifs pour trouver des façons d'encourager le recours à une approche plus générale de règlement des différends, en particulier aux premiers stades, tout en limitant la prédisposition à gérer tous les différends familiaux comme s'ils seront résolus dans le cadre d'un procès.



Recommandation 26 :

Que les mesures suivantes soient envisagées :

- *chaque cas doit être évalué et suivre une filière procédurale différente qui est proportionnelle et adaptée aux besoins de chaque cas;*
- *accroître le pouvoir judiciaire discrétionnaire d'imposer des processus proportionnels aux parties;*
- *toutes les comparutions devant le tribunal doivent être justifiées;*
- *les parties doivent (dans la mesure du possible) convenir d'un témoin expert commun;*
- *les tribunaux et les parties sont invités, le cas échéant, à prendre part à une brève audience bien orientée, sous serment et sans affidavit ou exposé écrit, pour permettre au tribunal d'entendre les preuves orales et, par conséquent, de réduire le coût et le temps de préparation des documents juridiques;*
- *les provinces doivent examiner le fait de faire appel aux gestionnaires de cas non judiciaires pour aider les parties à faire avancer leur cause et, le cas échéant, pour restreindre et régler les nombreuses questions en litige;*
- *les gestionnaires de cas doivent utiliser les pouvoirs dont ils disposent, dans des circonstances appropriées, afin de limiter le nombre de questions en litige qui doivent être instruites et le nombre de témoins qui doivent être interrogés;*
- *les juges devraient procéder à l'adjudication de dépens plus largement et avec plus d'assurance pour limiter l'accès au processus et encourager un comportement raisonnable.*

Recommandation 27 :

Que les provinces se penchent sur l'utilisation de modèles d'audience moins accusatoire, notamment les modèles inquisitoires ou les modèles inquisitoires modifiés et, le cas échéant, qu'elles expérimentent ces modèles au Canada et les évaluent.

Recommandation 28 :

Que tous les intervenants du système de justice appuient l'analyse du potentiel d'Internet et de la technologie de l'information pour rendre la justice en matière familiale plus abordable et accessible.

Recommandation 29 :

Que les lois canadiennes sur le droit de la famille encouragent les processus consensuels de règlement des différends et que les ententes deviennent la norme en droit de la famille, et que la formulation du droit substantiel soit révisée pour rendre compte de cette orientation.

Recommandation 30 :

Que les droits de la famille substantiels apportent davantage de soutien à une divulgation rapide et complète en prévoyant des obligations positives qui s'appliquent à toutes les étapes d'une affaire et des conséquences graves en cas de défaut de se conformer à ces obligations.



Recommandation 31 :

Que les droits de la famille substantiels soient plus simples et donnent davantage d'orientations au moyen de règles et de présomptions, lorsque cela est pertinent.

Recommandation 32 :

Que les programmes actuels qui apportent un soutien aux familles après le règlement soient élargis et que les concepteurs de politique du système de justice continuent d'explorer de nouvelles façons d'offrir un soutien aux familles après le règlement.

Recommandation 33 :

Que les universités, les ministères de la justice, les organisations judiciaires et juridiques de même que les organisations non gouvernementales collaborent en vue d'effectuer plus de recherches empiriques approfondies sur le fonctionnement et l'administration du système de justice familiale, notamment en ce qui concerne l'accès à la justice familiale.



1. Introduction

A. Le Groupe de travail sur le droit de la famille

Le Groupe de travail sur le droit de la famille (GTDF) est un des quatre groupes de travail mis sur pied par le Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale (Comité d'action).⁴

La création du Comité d'action découle d'une invitation lancée par la juge en chef Beverley McLachlin à des représentants de la magistrature, du barreau et des gouvernements à l'échelle du Canada : se réunir à Edmonton en septembre 2008 pour examiner le problème urgent de la réduction de l'accès à la justice en matière civile et familiale. Le président du Comité d'action, le juge Thomas A. Cromwell de la Cour suprême du Canada, a récemment décrit le but et le rôle du Comité d'action comme suit :

[Traduction] Le Comité d'action [...] se perçoit comme étant un groupe largement représentatif de chefs de file dans le domaine de la justice civile et familiale, apte à élaborer des consensus sur les priorités, à encourager les organisations et les regroupements à prendre l'initiative relativement à ces priorités, et à offrir des services de consultation, de coordination et de conseil.⁵

⁴ Le Groupe de travail sur le droit de la famille aimerait remercier Erin Shaw pour son assistance dans la préparation du présent rapport, ainsi que la Law Foundation of British Columbia, le ministère de la Justice de l'Alberta et la Fédération des ordres professionnels des juristes du Canada pour leur soutien financier. Nous remercions également le ministère de la Justice du Canada pour son appui, plus précisément Janet McIntyre et Michael Gauvreau. Le GTDF est composé des personnes suivantes :

- M. Jerry McHale, c.r., University of Victoria, Lam Chair in Law and Public Policy (président);
- la juge Marie Gaudreau, Cour supérieure, Montréal (Québec);
- le juge Barry Tobin, Cour de justice de l'Ontario;
- Elissa Lieff, avocate générale principale, Section de la famille, des enfants et des adolescents, Justice Canada;
- Patricia L. Blocksom, c.r., A.O.E., avocate en droit de la famille, Calgary (Alberta);
- Deborah Doherty, Association canadienne des organismes d'éducation et d'information juridiques;
- Jeanette Fedorak, c.r., directrice administrative des politiques stratégiques, ministère de la Justice et procureure générale de l'Alberta;
- Rollie Thompson, professeur de droit à la Schulich School Law, Université Dalhousie.

⁵ *Supra*, note 1.



Une des fonctions du Comité d'action est d'offrir aux intervenants et aux décideurs une tribune pour discuter des questions se rapportant à l'amélioration de l'accès à la justice et à l'identification des domaines d'intervention prioritaires communs.

Pour aider le Comité d'action à relever ces domaines d'intervention prioritaires et les recommandations connexes, quatre groupes de travail ont été mis sur pied : la simplification des processus judiciaires; l'accès aux services juridiques; la prévention, la priorisation et l'aiguillage; et la justice familiale.

Tous les groupes de travail ont formulé des hypothèses communes relativement à leurs mandats :

- Un accès adéquat à la justice revêt une importance fondamentale pour la société canadienne. Ainsi qu'il est signalé dans un rapport de l'Association du Barreau canadien (ABC) en 1996, « [...] un système de justice civile efficace et accessible est essentiel au maintien de l'ordre public et du au bien-être économique et social de notre société ».⁶
- Les Canadiens n'ont pas un accès adéquat à la justice en matière civile et familiale. Ainsi qu'il est indiqué dans le rapport de l'ABC en 1996, [Traduction] « de nombreux Canadiens ont l'impression qu'ils ne peuvent exercer leurs droits de manière efficace, car le système de justice civile est trop lent, trop coûteux et difficile à comprendre »⁷. L'accès à la justice est un problème sérieux et urgent, en particulier dans le domaine du droit familial.
- Par « accès à la justice », nous entendons (en citant le juge Cromwell encore une fois) :

[Traduction] De façon générale, les membres de notre société auraient un accès approprié à la justice civile et familiale s'ils avaient les connaissances, les ressources et les services requis pour régler de manière efficace les questions juridiques de nature civile ou familiale. Je souligne que je ne privilégie pas une approche « axée sur les tribunaux » pour ce qui est de définir ce que sont ces connaissances, ces ressources et ces services. Ils englobent une gamme de services extrajudiciaires, incluant l'accès à des renseignements sur le droit et les processus juridiques ainsi que sur les services officiels et officieux de règlement des différends, incluant ceux disponibles par l'entremise des tribunaux. À mon avis,

⁶ Rapport du Groupe de travail sur les systèmes de justice civile (Association du Barreau canadien : 1996), p. 11.

⁷ *Ibid*, p. 11



*l'accès à la justice [...] ne se limite pas à la possibilité de porter une affaire en justice ou même à l'accès aux avocats, aux juges et aux tribunaux, bien qu'il s'agisse, évidemment, de facettes de ce qu'exige l'accès à la justice.*⁸

Pour plus de précision, pour que les membres de la société aient « les connaissances, les ressources et les services requis pour régler de manière efficace les questions juridiques de nature civile ou familiale », il faut leur fournir les connaissances et les aptitudes leur permettant d'assumer la responsabilité – autant de responsabilité qu'il est possible et qu'il convient de leur attribuer – pour la résolution de leurs propres différends. La fréquence des différends familiaux est si élevée et le soutien que nos institutions du système de justice est en mesure de fournir est si limité qu'un niveau élevé d'auto-assistance doit être une des composantes de la réponse au problème de l'accès à la justice familiale.

B. Qu'est-ce que le système de justice familiale?

Le GTDF définit le terme « système de justice familiale » de manière assez large. Il englobe tout programme ou service qui contribue de manière importante à la résolution d'un problème lié au droit familial, y compris :

- les institutions publiques telles que les tribunaux, les ministères et les services d'aide juridique;
- les spécialistes individuels, soit les juges, les avocats, les médiateurs, les travailleurs sociaux, les conseillers et les administrateurs à l'emploi de ces institutions publiques;
- les organismes non gouvernementaux et les services privés qui aident les familles en leur offrant des conseils, de l'information, de l'assistance ou une orientation en vue de régler des problèmes découlant d'une séparation ou d'un divorce.

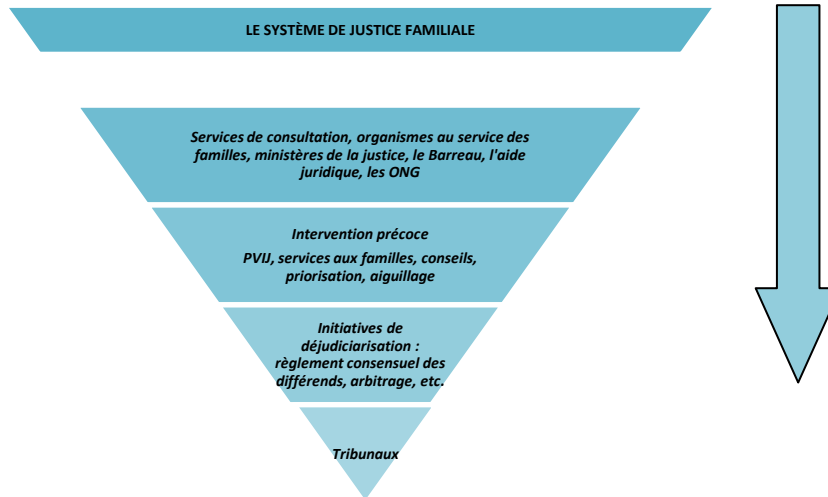
Le système de justice familiale englobe également les lois qui régissent le mariage, la cohabitation, la séparation, le divorce, les responsabilités associées au rôle parental, les obligations financières découlant de la rupture d'un mariage ou d'une relation, le partage des biens de même que la protection des enfants.

Le graphique ci-dessous illustre la vaste gamme de services et d'organisations qui composent le système de justice familiale. En même temps, il donne un avant-goût

⁸ *Supra*, note 1.



d'une des conclusions du GTDF – à savoir que les familles qui vivent une séparation devraient avoir la possibilité de recourir à un certain nombre de services et à certaines solutions de rechange procédurales qui pourraient les aider à régler leur différend avant de faire appel aux tribunaux.



Pour ce qui est de la portée du présent rapport, il convient de signaler que nous n'abordons pas la protection des enfants malgré son rôle important au sein du système de justice familiale. Nous reconnaissons l'importance des questions liées à la protection des enfants et nous sommes conscients que les causes ayant trait à ces questions sont très nombreuses à l'échelle du pays. Nous croyons que bon nombre de nos propositions visant le règlement consensuel des différends et d'autres changements peuvent également s'appliquer dans le contexte de la protection des enfants, avec des modifications importantes. Toutefois, la protection des enfants est très différente des autres volets du droit familial, car elle implique une intervention de l'État dans la famille pour protéger les enfants des mauvais traitements et de la négligence en vertu d'autres lois qui comportent des procédures différentes. Étant donné que notre échancier était serré et que nos ressources étaient restreintes, nous avons décidé de mettre l'accent sur les questions liées à l'accès à la justice qui découlent de la séparation, du divorce et du rôle parental.

C. Les travaux préparatoires

Le GTDF a amorcé ses travaux en rassemblant de nombreux rapports, ensembles de recommandations, études et articles publiés au cours des 10 à 15 dernières années sur l'amélioration de l'accès à la justice familiale, tant au Canada que dans d'autres pays où la common law est appliquée (ces documents sont ci-après appelés « les rapports »). Il existe actuellement une vaste quantité de tels documents. Plusieurs provinces canadiennes ont examiné de manière officielle la question de l'accès à la



justice familiale – en fait, certaines l’ont fait à plusieurs reprises. De plus, il y a eu beaucoup de travail accompli par les gouvernements d’autres pays où la common law est appliquée, ainsi que par des universitaires et des chercheurs de partout au monde.

Le GTDF a conclu qu’une synthèse ou un résumé exhaustif de cette documentation serait utile. Par conséquent, il a commandé une étude et Mme Erin Shaw, avocate et consultante, a effectué la recherche et rédigé une étude intitulée « Family Justice Reform: A Review of Reports and Initiatives » (la réforme du droit familial : une revue des rapports et initiatives, en date du 15 avril 2012)⁹ Cette étude s’est avérée très utile pour le GTDF, en donnant à ce dernier un aperçu du travail considérable accompli dans divers pays où la common law est appliquée relativement à la réforme du droit familial.

Le présent rapport prend également appui sur une étude rédigée par la Mme Melina Buckley (Ph. D) pour le Groupe de travail sur l'accès aux services juridiques, intitulée « Access to Legal Services in Canada: A Discussion Paper » en date d'avril 2011¹⁰. Le rapport du GTDF se fiera également – et fera renvoi de temps à autre – aux rapports rédigés par les autres groupes de travail rattachés au Comité d'action.

Les familles qui vivent des séparations sont très nombreuses et, dans le contexte d’un changement social radical, il n’est pas surprenant que les systèmes de justice à l’échelle du monde occidental aient de la difficulté à répondre aux besoins complexes et croissants des familles. Les nombreux rapports de divers pays où la common law est appliquée¹¹ ont tiré des conclusions étonnamment similaires pour ce qui est de ce qui fonctionne et ce qui ne fonctionne pas dans les systèmes de justice familiale.

⁹ Erin Shaw, *Family Justice Reform: A Review of Reports and Initiatives* (Groupe de travail sur le droit de la famille, rattaché au Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, avril 2012).

¹⁰ Melina Buckley, *Access to Legal Services in Canada: A Discussion Paper* (Groupe de travail sur l'accès aux services juridiques, rattaché au Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, avril 2011), p. 3.

¹¹ Par exemple, Commission du droit de l'Ontario, *Vers un système de droit de la famille plus efficace et adapté : Rapport préliminaire* (février 2012), en ligne à l'adresse suivante : <http://www.lco-cdo.org/fr/family-law-reform-interim-report>; Barbara Landau, Tom Dart, Heather Swartz, Joyce Young, *Submission to Attorney General Chris Bentley: Creating a Family Law Process that Works: Final Report and Recommendations from the Home Court Advantage Summit* (2009), en ligne à l'adresse suivante : <http://www.docstoc.com/docs/39516572/Submission-to-Attorney-General-Chris-Bentley-CREATING-A-FAMILY>; *Rapport du Groupe de travail sur l'accès à la justice familiale*, gouvernement du Nouveau-Brunswick (23 janvier 2009), en ligne à l'adresse suivante <http://www.legal-info-legale.nb.ca/fr/index.php?mact=News,cntnt01,detail,0&cntnt01articleid=34&cntnt01returnid=252>; Alfred A. Mamo, Peter G. Jaffe & Debbie G. Chiodo, *Recapturing and Renewing the Vision of the Family Court* (2007), en ligne à l'adresse suivante : <http://books2.scholarsportal.info/viewdoc.html?id=357212>; *A New Justice System for Families and Children: Report of the BC Family Law Reform Working Group* (2005), en ligne à l'adresse suivante : http://www.bcjusticereview.org/working_groups/family_justice/media_release_06_09_05.asp; *Out Of The Maze*:



Les problèmes relevés dans les rapports qui ont précédé celui-ci ont été résumés dans l'étude rédigée à l'intention du GTDF, comme suit :

- dans le processus accusatoire, il y a une tendance inhérente à polariser les époux et à exacerber le différend;
- le différend parental peut s'avérer très néfaste pour les enfants;
- le différend tend à prolonger le processus, qui en partant peut s'avérer complexe, coûteux, long et imprévisible;
- les systèmes de justice doivent mieux répondre aux besoins pour ce qui est d'offrir des services intégrés et des solutions multidisciplinaires aux nombreuses dimensions « extrajudiciaires » des problèmes qui surviennent lorsque les familles se restructurent;
- la complexité des ruptures familiales et l'inaccessibilité relative des tribunaux ont pour effet que de nombreux problèmes de droit familial sont ignorés et non résolus.¹²

Nous constatons que les besoins juridiques non satisfaits des familles exercent une pression croissante sur nos tribunaux, car de plus en plus de plaideurs qui se représentent eux-mêmes¹³ se démènent pour utiliser un système conçu pour des spécialistes hautement qualifiés. En même temps, les études relèvent de plus en plus clairement les coûts et la souffrance – sous la forme de problèmes juridiques, sociaux, financiers et de santé – découlant de l'incapacité de résoudre des problèmes de droit familial en première instance. Nous nous demandons quel sera, en fin de compte, l'impact de cet échec sur la confiance du public à l'égard du système de justice et sur la société civile.

Il y a une concordance remarquable dans les rapports pour ce qui est des changements recommandés. Dans presque tous ces rapports, on compare les processus accusatoires de règlement de différends aux processus non accusatoires.

Pathways to the Future For Families Experiencing Separation, Report of the Family Law Pathways Advisory Group (Commonwealth d'Australie, juillet 2001)

<http://www.ag.gov.au/Publications/Pages/FamilylawssystemOutOftheMazeAugust2001.aspx>

¹² *Supra*, note 8.

¹³ L'expression « plaideur qui se représente lui-même » est celle qui est le plus souvent utilisée pour décrire toutes les personnes qui ne sont pas représentées devant les tribunaux. Toutefois, il est important de souligner la distinction qui doit être faite entre la minorité de personnes qui choisissent de se représenter elles-mêmes (plaideurs qui se représentent eux-mêmes) et les personnes qui, le plus souvent pour des questions financières, n'ont d'autre choix que de se représenter elles-mêmes (personnes non représentées). La dernière expression est utilisée puisque son usage pour décrire les deux groupes est le plus répandu, mais la distinction est importante.



Habituellement, la médiation et les pratiques collaboratives sont signalées comme étant les principales formes du règlement non accusatoire des différends en matière de droit de la famille. Ces processus reposent sur une théorie qui met en contraste une « approche fondée sur les droits » avec une « approche fondée sur les intérêts ». Cette dernière peut prendre diverses formes et a diverses désignations : la résolution de problèmes, la justice non accusatoire, la négociation sur les intérêts, la négociation raisonnée, la médiation, la conciliation, le règlement consensuel des différends, la résolution coopérative des différends, la justice participative, la justice thérapeutique et la pratique collaborative. Nous incluons de nombreuses initiatives de règlement judiciaire dans cette catégorie. Par souci de simplicité, le terme que nous utilisons dans le présent document pour désigner le paradigme qui sous-tend l'ensemble de ces approches non accusatoires dans le domaine du droit familial est le « règlement consensuel des différends » (le « RCD »).

2. Défis et changements dans le domaine du droit de la famille

A. L'évolution du système de justice familiale

Les différends découlant des séparations entraînent d'immenses difficultés pour les systèmes de justice canadiens. Ces séparations sont nombreuses, les relations interpersonnelles sont complexes, les émotions sont très vives, certains membres de la famille sont vulnérables et les règlements des séparations ont des répercussions particulièrement importantes pour toutes les personnes touchées. Les obstacles qui nuisent à l'accès au système de justice ont pour effet d'accroître l'ampleur et la complexité des différends familiaux.

Le système de justice familiale a travaillé fort pour relever ces défis et a mis en place de nombreux changements au cours des vingt dernières années. On a modifié les règles des tribunaux pour permettre le recours à des processus informels et plus souples. Les rôles judiciaires ont été élargis de manière à inclure la gestion de cas et la facilitation de règlements. Dans la plupart des provinces et territoires, les gouvernements offrent de l'information juridique, des conseils juridiques, des services d'auto-assistance, des programmes de compétences parentales, la médiation subventionnée et des services d'aiguillage pour les parties à un litige familial. Dans de nombreux tribunaux, particulièrement dans les tribunaux unifiés de la famille¹⁴ la

¹⁴ Au Canada et dans d'autres pays, le terme « tribunal unifié de la famille » désigne un tribunal spécialisé ayant compétence sur toutes les questions de droit familial et qui peut aiguiller les familles vivant un divorce ou une



prestation de tels services est perçue comme étant indispensable pour la mission du système de justice familiale. Enfin, le milieu juridique a exploré et adopté des approches non accusatoires aux différends en matière de droit familial. Le recours à des processus consensuels de règlement des différends familiaux, tels que la médiation et le droit collaboratif, est très répandu partout au Canada.

Malgré l'adoption de tous ces changements, les rapports et les commentaires sur l'efficacité du système de justice familiale continuent de demander, souvent de façon vigoureuse, la mise en place d'encore plus de changements. Par exemple, le récent rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario fait partie des nombreux rapports suggérant que les réformes antérieures, bien qu'utiles, se sont avérées insuffisantes et qu'il faut encore apporter des changements fondamentaux

Nos recherches, notamment les consultations auprès des utilisateurs et des travailleurs du système, nous ont amenés à conclure que le système de droit de la famille en Ontario nécessite un changement profond pour être vraiment efficace et adapté. Nonobstant le bien-fondé de réformes particulières (qui en soi peuvent fort bien être louables), ces réformes ont été superposées à un système existant.¹⁵

Le thème de l'insuffisance des réformes réalisées jusqu'à présent est souligné dans ce même rapport en faisant renvoi à une observation récente du juge en chef Winkler de la Cour d'appel de l'Ontario :

[Traduction] Je ne crois pas que [les changements requis au système de droit de la famille] puissent être réalisés au moyen de retouches mineures du système actuel de droit de la famille ou de la superposition de nouvelles procédures et de nouveaux services au système actuel. C'est une réforme fondamentale du système actuel qui permet le mieux les réformes que je propose. C'est seulement de cette façon que nous pouvons garantir convenablement que tous les éléments du système de justice familiale s'harmonisent de manière à donner un système cohérent et équilibré qui est abordable, rapide, facile à comprendre et facile à parcourir.

L'appel à un « changement profond » ou à une « réforme fondamentale » va dans le même sens que les appels formulés dans les rapports précédents à un « changement

séparation vers une gamme de services. Le nom précis de ce tribunal variera selon la province ou le territoire. Nous examinerons les tribunaux unifiés de la famille dans une section ultérieure du présent rapport.

¹⁵ Commission du droit de l'Ontario, supra, note 10, [450]. Vers un système de droit de la famille plus efficace et adapté : Rapport préliminaire (Partie V : La transformation du système)(2012), [450].



de paradigme » et à un système de justice familiale qui soit « fondamentalement différent de ce que nous avons connu dans le passé ».

B. La lacune dans la mise en œuvre

Le GTDF admet au départ qu'il y a un besoin pressant d'améliorer l'accès à la justice familiale et que, par conséquent, il faut des mesures novatrices et des changements audacieux dans le système de justice familiale. Cela nous mène directement à des questions importantes :

- Qu'est-ce qui justifie ces affirmations?
- Quelles sont la nature et la profondeur des changements requis pour que le système de justice familiale soit plus efficace?
- Qu'est-ce qui fait obstacle aux changements qui sont largement perçus comme étant nécessaires?

Dans le fond, le présent rapport ne vise qu'à répondre à ces questions. Dans cette optique, le GTDF en est venu à percevoir le grand nombre de rapports antérieurs comme une sorte d'énigme. D'une part, ces rapports nous aident à répondre à de telles questions dans la mesure où ils définissent le problème très clairement, présentent un argument convaincant en faveur du changement, exposent des conseils judicieux et formulent de nombreuses recommandations utiles.

D'autre part, les rapports posent un problème précisément parce que bon nombre d'entre eux sont si bien réalisés. Face à ces nombreux rapports, nous nous posons deux questions. Premièrement, que pouvons-nous ajouter aux conseils et aux recommandations qui ont déjà été si bien mis de l'avant au cours des 10 ou 20 dernières années? Deuxièmement, quelles conclusions devons-nous tirer du fait que malgré ces nombreuses recommandations judicieuses, les auteurs des rapports les plus récents continuent de se dire gravement préoccupés par l'accès à la justice familiale et d'appeler à l'adoption de « changements profonds »?

La première conclusion que nous pouvons tirer est que l'élaboration de bonnes idées ne suffit pas à changer le système. Dans une large mesure, les idées requises pour améliorer le fonctionnement du système de justice familiale ont déjà été formulées. Ce à quoi nous sommes confrontés est une « lacune dans la mise en œuvre ». Le GTDF a constaté un écart entre la vision proposée dans les rapports antérieurs et la réalité actuelle des systèmes de justice familiale. Bon nombre des recommandations très prometteuses formulées dans les rapports antérieurs n'ont pas été mises en œuvre ou n'ont été mises en œuvre que partiellement. Les raisons de cette mise en œuvre



lacunaire sont multiples. Une de ces raisons est le peu de ressources à la disposition du système de justice familiale. Ce manque de ressources est aggravé par le climat actuel de restriction des dépenses, dans lequel le financement de la justice familiale perd encore plus de terrain par rapport au financement consacré à la justice criminelle et civile.

La lacune dans la mise en œuvre découle également, dans une certaine mesure, de la culture du système de justice et de son adhésion incomplète, jusqu'à présent, aux processus consensuels de règlement des différends. Les rapports sur la justice familiale recommandent vigoureusement et de manière presque unanime que la priorité soit accordée aux processus non accusatoires de règlement des différends et que la salle d'audience soit perçue comme une ressource importante, mais secondaire. Les gouvernements, les avocats et les juges ont accompli des progrès sur ce front. Toutefois, il est clair que le potentiel des programmes et processus non accusatoires en droit familial n'est pas encore pleinement exploité.

Après l'adoption du divorce sans égard à la faute, il y a eu une hausse des causes relevant du droit de la famille et le système de justice a continué de concevoir et de gérer ces causes comme étant un autre type de litiges civils, assujettis à la même analyse et aux mêmes processus accusatoires à titre de réclamations en responsabilité délictuelle ou commerciale. Les postulats qui sous-tendaient initialement le règlement des différends familiaux puisent leur origine dans les valeurs accusatoires sur lesquelles reposent nos institutions de justice depuis des centaines d'années. Il est possible de soutenir que l'évolution la plus importante dans le domaine du droit familial au cours des 20 dernières années est l'adoption des valeurs liées au RCD et à quel point les procédures consensuelles de règlement des différends ont remplacé les litiges¹⁶. Le présent rapport explore la relation entre les paradigmes accusatoires et non accusatoires, ainsi que l'importance pour le système de justice familiale d'intégrer les valeurs non accusatoires pour la résolution des problèmes d'une façon encore plus fondamentale que par le passé.

Un rapport sur la justice familiale publié en Colombie-Britannique en 2005 signale ce qui suit :

[Traduction] Nous reconnaissons apparemment les lacunes du système actuel et les avantages des processus consensuels pour les familles en

¹⁶ À l'échelle du Canada, les lois encouragent – ou exigent – le recours à la médiation familiale, les règles des tribunaux facilitent le règlement consensuel, et la médiation et d'autres processus consensuels de règlement des différends sont offerts par les fonctionnaires, les juges, les avocats et d'autres intervenants du secteur privé. Les écoles de droit et les organisations de vulgarisation juridique sensibilisent les avocats à ces questions depuis deux décennies.



*conflit, mais on continue d'aiguiller ces familles vers les salles d'audience. Il ne fait aucun doute que l'accès à la médiation est plus répandu qu'il y a quelques années, mais elle est encore qualifiée de processus « substitutif ».*¹⁷

Le présent rapport examinera notamment les modifications possibles au droit substantiel, au droit procédural et à la culture institutionnelle visant à placer de manière plus délibérée les processus consensuels de règlement des différends au cœur du système de justice familiale. Autrement dit, le présent rapport examine le potentiel non exploité du RCD pour ce qui est d'améliorer l'accès à la justice familiale en devenant plus qu'un mode « substitutif » de règlement des différends.

C. Une perspective axée sur la clientèle

Tout au long du présent rapport, nous avons tâché d'adopter la perspective axée sur la clientèle recommandée par bon nombre des rapports antérieurs sur le droit familial. Autrement dit, nous tâchons d'examiner les problèmes et les conflits vécus par les familles, de même que les lois, les services et les procédures que nos institutions de justice leur offrent, avant tout du point de vue des familles, plutôt que du point de vue des professionnels qui travaillent au sein de ce système. Cette position concorde avec la vision exposée par le Groupe de travail sur la prévention, la priorisation et l'aiguillage, qui a noté ce qui suit :

[Traduction] Par le passé, le discours sur l'accès à la justice était axé sur le système. Autrement dit, l'idée centrale était que le meilleur moyen d'assurer qu'une personne ait accès à la justice était de lui permettre d'avoir accès aux avocats, aux juges et aux tribunaux. Dans ce paradigme, on renforce le rôle du droit et l'accès à la justice en mettant en place de bonnes lois, des programmes exhaustifs d'assistance juridique et une application de la loi de haute qualité.

Le présent rapport ne conteste pas l'importance de ces éléments pour un système de justice efficace. Toutefois, le rapport a comme point de départ fondamental et objet principal les besoins et les préoccupations des gens : il traite des problèmes juridiques du point de vue des gens qui y font face ... Cette vision de l'accès à la justice exige la définition des problèmes, l'établissement d'objectifs et la formulation de recommandations axées sur les capacités juridiques des personnes et les

¹⁷ Rapport du groupe de travail sur la réforme de la justice en C.-B., *supra*, note 10, p. 11.



structures qui appuient leur capacité de comprendre, de prévoir et de régler les problèmes.¹⁸

D. La structure du présent rapport

La réponse du GTDF à la « lacune dans la mise en œuvre » sera exposée dans le cadre suivant :

- la partie 3 examine les forces qui façonnent le contexte actuel du droit familial;
- la partie 4 examine certaines caractéristiques des litiges relevant du droit de la famille qui font en sorte qu'ils sont fondamentalement différents de la plupart des autres litiges au sein du système de justice;
- la partie 5 porte sur les besoins non satisfaits en matière de services juridiques aux familles et les problèmes auxquels sont confrontées les parties à un litige qui se représentent elles-mêmes;
- la partie 6 précise les principes qui sous-tendent nos recommandations;
- les parties 7, 8 et 9 exposent nos principales recommandations, regroupées en trois catégories :
 - la culture du système de justice;
 - les services et l'administration;
 - le droit et la procédure.
- les parties 9 et 10 contiennent les recommandations finales visant le soutien après le règlement du différend et la prise de décision fondée sur des données probantes.

3. Le contexte du droit de la famille

Le droit substantiel se rapportant aux motifs de divorce, au partage des biens familiaux, aux obligations parentales, à la pension alimentaire pour l'époux et à la pension alimentaire pour les enfants a évolué de manière plus ou moins continue au cours des 40 dernières années. Le nombre de familles qui se sont tournées vers le

¹⁸Consultation Paper on Prevention, Triage and Referral Processes: Description of Key Issues and Recommendations for Action (Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, Groupe de travail sur la prévention, la priorisation et l'aiguillage, 24 août 2012), p. 3.



système judiciaire a augmenté de manière exponentielle lorsque le divorce sans égard à la faute est devenu une possibilité. Avant 1968, les divorces n'étaient pas fréquents; au Québec et à Terre-Neuve, il fallait l'adoption d'une loi du Parlement canadien pour obtenir le divorce. Le monde dans lequel nous vivons aujourd'hui est très différent. On ne présume plus que le mariage durera toujours. Environ 38 pour cent des mariages canadiens se soldent par un divorce, soit environ 70 000 ordonnances de divorce par année.

Les litiges relevant du droit familial affectent probablement plus de gens que les litiges relevant de tout autre domaine du droit, particulièrement si on tient compte du grand éventail de parents, d'amis, d'employeurs et de collègues dont les vies sont touchées par la séparation d'une seule famille. Les litiges relevant du droit de la famille représentent environ 35 pour cent de tous les litiges civils. Ils accaparent une part disproportionnée du temps des tribunaux : ils comportent beaucoup plus d'épisodes, trois fois plus d'ajournements et deux fois plus d'audiences. En même temps, seulement 1 pour cent des dossiers de divorce se rendent à l'étape du procès, ce qui suggère que la plus grande partie du travail effectué par les tribunaux de la famille a trait aux comparutions hors procès et aux règlements négociés.¹⁹

A. La transformation de la famille

Le nombre croissant de séparations depuis la fin des années 1960 n'est qu'une partie de l'équation. La famille elle-même a subi une transformation profonde. En plus des nombreux changements aux structures familiales à la suite de la séparation (familles recomposées, familles monoparentales), il est maintenant possible pour les couples de même sexe de se marier légalement et les technologies de reproduction nous obligent à repenser des concepts autrefois immuables tels que la parenté.²⁰ Il y a eu une forte croissance des unions de fait, particulièrement au Québec. Les rôles sociaux liés au sexe ont évolué rapidement, si bien que le modèle d'après-guerre de l'homme comme soutien de famille et de la femme comme ménagère privée de droits a été mis à l'écart (mais pas totalement).

¹⁹ Statistique Canada, Les causes de divorce traitées par les tribunaux en 2010-2011 (Ottawa, mars 2012), en ligne à l'adresse suivante : <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2012001/article/11634-fra.htm>.

²⁰ Selon un rapport récent de Statistique Canada : les couples mariés constituaient la structure familiale prédominante (67 %), mais le pourcentage de couples en union libre augmente, passant de 13,8 % en 2006 à 16,7 % en 2011; le nombre de couples de même sexe (mariés et en union libre) a augmenté de 42,4 % depuis 2006; le nombre de familles monoparentales augmente également, passant de 15,7 % à 16,3 % entre 2006 et 2011; pour la première fois, le nombre de couples en union libre a dépassé le nombre de familles monoparentales; un enfant sur dix vivait dans une famille recomposée.²⁰ Statistique Canada, Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada (Ottawa 2011), *Rapport Juristat 2010-2011* (Ottawa 2012), en ligne à l'adresse suivante :

<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-312-x/98-312-x2011001-fra.cfm>.



En même temps, notre compréhension de la façon optimale de concevoir et de gérer les différends familiaux a beaucoup évolué. Les systèmes de justice ont dû réagir aux percées des sciences sociales, qui ont relevé des renseignements importants sur, par exemple, la nature et la prévalence de la violence familiale et sur l'impact des conflits sur les enfants. Le recours à la médiation, au droit collaboratif et à d'autres processus consensuels de règlement des différends a beaucoup augmenté depuis 20 ans et il y a une sensibilisation beaucoup plus grande à l'importance de régler les différends familiaux de manière rapide et coopérative.

B. La place du droit de la famille dans le système de justice

En tentant de situer le problème de l'accès à la justice et de la réforme du droit familial dans un contexte général, il est important de dire quelques mots sur la place du droit de la famille au sein du système de justice. Bien que le domaine du droit de la famille ait de nombreux défenseurs dévoués et énergiques, il demeure tout de même le « parent pauvre » au sein du système de justice. Cela s'avère exact à l'intérieur du système où il est incorporé dans la catégorie plus générale de la « justice civile » et où il est perçu comme un domaine de pratique indésirable par certains avocats et étudiants en droit.²¹

Cela s'avère également exact à l'extérieur du système de justice familiale. Bien que les gens soient nombreux à recourir au système de justice familiale sur une base individuelle, le grand public se préoccupe peu du droit familial. L'attention des médias est principalement axée sur les affaires criminelles, et le public tend à percevoir et à évaluer le système de justice à travers le prisme du droit criminel. L'attention plus grande des médias – et l'intérêt public qui en découle – se traduit par un intérêt et un investissement politiques accrus à l'égard des questions liées au droit criminel. Cette situation a déjà eu un effet nuisible mesurable sur le droit de la famille dans un contexte où les budgets de l'assistance juridique dans le secteur du droit de la famille ont diminué considérablement en raison des ressources accrues consacrées à la justice criminelle.

En même temps, les défenseurs naturels du système de justice familiale ne se sont pas manifestés d'une façon aussi vigoureuse que les défenseurs du droit criminel, où des intervenants institutionnels – tels que la Couronne, les services policiers et le service correctionnel – semblent être mieux en mesure de mettre de l'avant un programme de réformes. Pour ce qui est de la question politique de l'affectation de

²¹ Voir, par exemple, le rapport publié par Westcoast LEAF : Zara Suleman, Not With a 10 Foot Pole: Law Students Perceptions of Family Law Practice (Westcoast LEAF : janvier 2009), disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.westcoastleaf.org/index.php?pageID=163&parentid=29>



ressources, il est évident qu'un militantisme plus assuré et plus soutenu jumelé à un leadership très visible est nécessaire pour mieux promouvoir les intérêts des familles et des enfants.

4. La nature unique du droit de la famille

Après l'adoption du divorce sans égard à la faute au Canada en 1968, le nombre de divorces s'est mis à augmenter de manière exponentielle. Les chiffres ont augmenté encore plus à la suite de l'adoption de la nouvelle Loi sur le divorce en 1986.

Traditionnellement, la séparation et le divorce étaient des affaires qui relevaient des tribunaux. Les questions découlant des séparations et des divorces étaient qualifiées comme étant des questions juridiques, et elles étaient formulées et gérées comme les autres types de litiges civils : il s'agissait d'un processus accusatoire opposant deux parties. Il était clair dès les années 1980, sinon plus tôt, que cette approche ne fonctionnait pas bien et un leitmotiv est apparu dans les milieux juridiques : [Traduction] « il doit y avoir de meilleures façons de faire ». ²²

À notre avis, il est essentiel de comprendre la nature unique des problèmes de justice familiale – à savoir comment ils se distinguent des autres formes de litiges civils – afin de déterminer ce que seraient ces « meilleures façons de faire ». Comme l'ont signalé Bala, Birnbaum et Martinson :

*[Traduction] Les approches accusatoires traditionnelles utilisées par les tribunaux n'ont pas bien fonctionné pour les litiges relevant du droit familial. Il est essentiel de comprendre la différence entre les litiges familiaux et les autres types de litiges pour répondre adéquatement aux différends familiaux.*²³

Nombre des points suivants indiquent que la dissolution d'une relation n'est pas une situation juridique qui pourrait avoir des conséquences sociales; il s'agit d'un phénomène social qui a des conséquences sur le plan juridique.

La charge émotive et l'importance des valeurs

Les litiges familiaux sont souvent très émotifs et entraînent un stress financier, interpersonnel et psychologique important pour les membres de la famille. Les

²² Cette expression a été utilisée par Warren Burger, juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, dans *Isn't There a Better Way?* (1982) 68 ABAJ, 274 à 275, puis a été reprise dans plusieurs contextes juridiques aux États-Unis et ailleurs.

²³ Nicholas Bala, Rachel Birnbaum et Donna Martinson, *One Judge For One Family: Differentiated Case Management For Families And Continuing Conflict*, (2010) 26 Canadian Journal of Family Law (2010), p. 395.



problèmes non juridiques (émotifs et interpersonnels) ont souvent pour effet de compliquer les problèmes juridiques. Cela s'avère particulièrement exact pour les cas hautement conflictuels.²⁴ Bien que peu nombreux, ces cas accaparent une part disproportionnée des ressources du système de justice et ont des effets dévastateurs sur les enfants.

Les relations ne sont pas interrompues

[Traduction] L'objectif central du processus de droit familial est la restructuration des relations familiales, et non leur cessation.²⁵

Contrairement aux autres types de litiges civils, les parties aux litiges familiaux doivent souvent maintenir une relation fonctionnelle une fois que les questions juridiques sont réglées. Il est rare que les relations familiales cessent complètement; elles sont plutôt réorganisées. Les époux continuent d'exercer leur rôle parental tout en surmontant conjointement les problèmes et en renégociant leurs obligations au fur et à mesure de l'évolution de leurs situations personnelles et financières. Ainsi, il faut des processus de règlement des différends qui favorisent le maintien des relations et des mécanismes de soutien après le règlement des différends.

Une analyse tournée vers l'avenir

Dans les litiges civils non familiaux, le système judiciaire est appelé à effectuer un examen rétrospectif de faits passés et bien établis, puis d'appliquer des principes juridiques à ces faits afin d'en arriver à une décision finale. Dans les litiges familiaux, il arrive souvent que les faits sur lesquels le tribunal doit se prononcer soient en pleine évolution, et le processus de règlement du différend comporte souvent une appréciation prospective de ces faits incertains ou inconnus à la lumière des

²⁴ Les cas hautement conflictuels sont ceux qui correspondent aux indicateurs suivants :

- l'une des parties a été déclarée coupable d'une infraction sexuelle ou d'un acte de violence familiale (ou a commis ou est présumée avoir commis une telle infraction ou un tel acte);
- une agence de protection de l'enfance est intervenue dans le différend;
- il y a eu plusieurs changements d'avocats ou des changements fréquents;
- les questions liées à la procédure ont fait l'objet de plusieurs audiences;
- l'affaire est en instance depuis longtemps sans aboutir à un règlement adéquat;
- il y a une grande quantité d'affidavits de rapportant à la procédure de divorce;
- il y a des différends répétés au sujet de l'accès aux enfants.

²⁵ Nicholas Bala, *Reforming Family Dispute Resolution in Ontario: Systemic Changes and Cultural Shifts*, dans *Middle Income Access to Justice*, University of Toronto Press (2012) p. 271 à 275.



obligations et des relations actuelles. Les décisions ainsi rendues sont provisoires et peuvent faire l'objet de révisions au fur et à mesure de l'évolution des besoins, des capacités et des obligations.

Les intérêts des enfants sont en jeu

Dans la majorité des litiges familiaux, il y a des enfants : ils sont vulnérables, ne sont pas représentés et participent rarement de manière directe au processus. Pourtant, leurs intérêts sont au cœur du différend, et la protection et la défense de leurs intérêts constituent l'objectif principal. Tant le processus par lequel les questions familiales sont réglées que le règlement lui-même peuvent avoir des répercussions importantes à long terme sur le bien-être des enfants.

La vulnérabilité des parties

Les parties à un litige familial peuvent aussi être particulièrement vulnérables. Cette vulnérabilité comporte au moins trois dimensions :

- la violence et la sécurité physique – celle des époux ainsi que celle des enfants – font souvent partie de la dynamique de la relation;
- dans les différends relevant du droit familial, il n'est pas rare qu'il y ait des déséquilibres de pouvoir entre les parties;
- il arrive de plus en plus que les parties aient à démêler des lois et des procédures complexes sans l'aide d'un conseiller juridique.

Des normes sociales et culturelles disparates

Les perceptions sociales et politiques modernes de la « famille » évoluent rapidement. En même temps, la population canadienne est de plus en plus diverse. Cette diversité peut aboutir à d'importantes différences en ce qui concerne des valeurs profondément ancrées visant la structure de la famille, les rôles sociaux liés au sexe, le rôle parental ainsi que l'acceptabilité et les conséquences du divorce. Comme l'a noté le juge anglais Nigel Fricker :

[Traduction] Il faut que le droit substantiel et la pratique du droit reconnaissent et règlent les dilemmes découlant des attentes culturelles divergentes au sein de notre société.²⁶

²⁶ L'honorable Nigel Fricker, QC, Family Law is Different, (1995) Family Court Review, 33, 403, à 406.



On ne peut présumer que les postulats inscrits dans le droit de la famille concernant ce qui est juste ou équitable à la suite de la rupture d'un mariage sont universellement partagés.

Les plaideurs ayant peu de connaissances, dits « ponctuels » et non représentés

Dans les affaires criminelles, la Couronne est toujours représentée et de nombreuses affaires civiles sont défendues par des plaideurs très qualifiés et expérimentés, tels que les compagnies d'assurance et les institutions bancaires. Normalement, les parties à un litige familial sont des utilisateurs ponctuels du système de justice qui n'ont pas une compréhension approfondie du droit et des processus judiciaires.²⁷ De plus, ces parties ont moins à cœur le système de justice. Comme l'a signalé le professeur Bala :

[Traduction] Le peu de plaideurs institutionnels dans les litiges familiaux fait en sorte que l'engagement des parties - particulièrement celles qui ne sont pas représentées - est moins profond à l'égard de l'intégrité du système de justice.²⁸

L'intérêt et l'intervention de l'État

Il faut l'ordonnance d'un juge de cour supérieure pour dissoudre un mariage et la cour elle-même a la responsabilité juridique de veiller au bien-être des enfants des époux qui se séparent. Les plaidoiries obligatoires et le cheminement à travers le processus judiciaire, peu importe si la séparation se fait à l'amiable, contribuent à ce que le public et le milieu juridique perçoivent la restructuration familiale comme étant avant tout une affaire juridique régie par les tribunaux. Cette perception ne concorde pas avec les politiques visant à favoriser les règlements extrajudiciaires.

5. Les besoins non satisfaits en matière de services juridiques et les plaideurs qui se représentent eux-mêmes

Le problème des besoins non satisfaits en matière de services juridiques tant dans le droit civil que dans le droit de la famille a été relevé dans de nombreux rapports

²⁷ Les cas de protection de l'enfance sont différents à cet égard puisque les plaideurs institutionnels interviennent de façon répétée. Les ministères ou organismes gouvernementaux de protection de l'enfance interviennent toujours et les parents dans ces cas sont généralement représentés par des avocats financés par l'aide juridique, ce qui constitue un autre élément qui favorise le recours fréquent au système de justice.

²⁸ *Supra*, note 24, p. 276



rédigés dans des pays du Commonwealth du monde entier.²⁹ Ces rapports font état de la prévalence des problèmes juridiques et de la façon dont les gens parviennent ou ne parviennent pas à régler ces problèmes. Ces études nous indiquent que de nombreuses personnes ne font pas appel au système judiciaire officiel pour régler leurs problèmes juridiques et que bon nombre des personnes qui y font appel se butent à des obstacles insurmontables. Ces obstacles sont les suivants :

- le coût de la représentation juridique;
- la complexité des lois et des procédures;
- une connaissance inadéquate de leurs droits;
- une compréhension inadéquate de la façon de faire valoir leurs droits;
- une capacité insuffisante (par exemple, l'analphabétisme);
- la crainte de se retrouver dans le système judiciaire.

Le symptôme le plus visible des besoins non satisfaits en matière de justice familiale est l'augmentation des parties qui se représentent elles-mêmes durant les audiences. Il est difficile d'obtenir des données objectives sur le nombre de plaideurs qui se représentent eux-mêmes et les données dont nous disposons ne sont pas particulièrement fiables. D'après une récente étude réalisée en Ontario :

[Traduction] Il n'est pas possible de dresser un tableau très précis de la mesure dans laquelle les parties aux litiges familiaux en Ontario omettent de recourir à des avocats, car les seules données recueillies sont celles obtenues au moyen des rapports au moment du dépôt d'une demande aux tribunaux. Toutefois, il ressort clairement de cette source de données qu'une proportion importante des parties aux litiges familiaux n'a pas d'avocat. D'après cette source de données, entre 1998 et 2003, une

²⁹ Par exemple, les documents suivants ont été examinés en vue de la rédaction du document d'information sur l'accès aux services juridiques : Ab Currie, « Legal Problems of Everyday Life », publié dans Rebecca Sanderfur, éditrice, *Access to Justice, The Sociology of Crime, Law and Deviance* (Bingley, Royaume-Uni : Emerald Group Publishing, 2009); Ab Currie, *National Civil Legal Needs Studies 2004 and 2006* (Ottawa : Justice Canada, 2006); Ab Currie, « A National Survey of the Civil Justice Problems of Low and Moderate Income Canadians: Incidence and Patterns » (2006) 13:3 *International Journal of the Legal Profession*; *Documenting the Justice Gap in America: The Current Unmet Civil Legal Needs of Low-Income American* (Washington, DC: Legal Services Corporation, 2005); Carol McEown, *Civil Legal Needs Research* (Vancouver : Law Foundation of British Columbia, 2008); Pascoe Pleasence, Nigel Balmer, Tania Tam, Alexy Buck et Marisol Smith, *Civil Justice in England and Wales: Report of the 2007 English and Welsh Legal Needs Study* (Londres : Legal Services Commission, 2008); Legal Services Agency, *Report on the 2006 National Survey of Unmet Legal Needs and Access to Services* (Wellington, Nouvelle-Zélande : Legal Services Agency, 2006); Ipsos Reid pour le compte de la Legal Services Society (LSS), *Legal Problems Faced in Everyday Lives of British Columbians* (Vancouver : LSS, 2008).



*moyenne de 46 pour cent des parties devant les tribunaux de la famille en Ontario n'étaient pas représentées par un avocat; cette proportion a augmenté à 62 pour cent en 2006-2007 avant de diminuer un peu à 54 pour cent en 2009-2010, la dernière année pour laquelle nous disposons de données.*³⁰

La prévalence des besoins non satisfaits en matière de services juridiques s'avère particulièrement troublante en raison des données empiriques qui indiquent que les problèmes juridiques non réglés tendent à générer d'autres problèmes juridiques et personnels. Le fait que les problèmes juridiques non réglés entraînent d'autres problèmes juridiques, sociaux et de santé a été exploré dans d'autres documents, y compris dans le document d'information préparé à l'intention du Groupe de travail sur l'accès aux services juridiques.³¹ Aux fins du présent document, nous mettrons l'accent uniquement sur les conclusions suivantes :

- les problèmes liés aux relations familiales font partie des problèmes les plus difficiles, les plus compliqués et les plus longs à résoudre;
- les problèmes familiaux non réglés tendent à déclencher d'autres problèmes juridiques, créant des grappes complexes de problèmes juridiques interreliés;
- il existe une relation de cause à effet entre les problèmes juridiques non réglés et l'augmentation des problèmes liés à la santé, au bien-être social et à la situation économique;
- bien que les besoins non satisfaits en matière de services juridiques soient très répandus, ce sont les personnes les plus vulnérables de la société qui ont les problèmes en matière de droit civil les plus fréquents et les plus complexes.

Les coûts individuels et sociaux découlant de l'omission de régler les problèmes de justice familiale, bien qu'ils n'aient pas encore été quantifiés³² de manière empirique sont vraisemblablement élevés. Sur le plan individuel, les coûts se mesurent non seulement en dollars, mais aussi en stress, en problèmes de santé, en problèmes au

³⁰ Rachel Birnbaum et Nicholas Bala, Views of Ontario Lawyers on Family Litigants without Representation (2012), p. 2.

³¹ *Supra*, note 9, p. 5.

³² Le Forum canadien sur la justice civile de la Osgoode Law School a mis sur pied une alliance de recherche, qui a accordé une subvention ARUC considérable pour l'examen de telles questions liées aux coûts. Voir www.cfcj-fcjc.org/?q=cost-of-justice.



travail et en occasions ratées, entre autres. Sur le plan social, les coûts encourus par les entreprises, le système de soins de santé et les services de police sont probablement considérables.³³

Un autre coût potentiel est la diminution de la confiance du public à l'égard du système de justice et le tort causé à la société civile lorsque des problèmes juridiques de cette ampleur demeurent irrésolus. Résoudre les différends relevant du droit familial comporte des avantages sur les plans social et public. Premièrement, on met fin au conflit individuel et on limite ses conséquences potentiellement destructives. En même temps, il est dans l'intérêt commun de résoudre le conflit individuel, car cela démontre à l'ensemble de la société que de tels conflits seront gérés (ce qui augmente la confiance du public à l'égard du système de justice) et cela indique de quelle manière ces conflits seront réglés. Ainsi, on affirme les valeurs publiques, qui ont une incidence positive sur les autres familles et les autres conflits. Il s'ensuit qu'il est fortement dans l'intérêt de l'État de répondre efficacement au problème des besoins non satisfaits en matière de services juridiques.

6. Principes directeurs

Notre vision du système de justice familiale et les changements que nous recommandons se fondent sur les principes directeurs suivants :

- **minimiser le conflit** – les programmes, les services et les procédures sont conçus de manière à minimiser le conflit et ses répercussions néfastes sur les enfants;
- **la collaboration** – les programmes, les services et les procédures encouragent la collaboration, et le règlement consensuel des différends (RCD) est au cœur du système de justice familiale, pourvu que la décision judiciaire soit accessible en cas de nécessité;
- **une approche axée sur la clientèle** – le système de justice familiale est conçu en fonction des besoins des familles qui y ont recours;
- **l'habilitation des familles** – les familles sont, dans la mesure du possible, habilitées à assumer la responsabilité de leurs propres résultats;
- **les services multidisciplinaires intégrés** – les services aux familles qui vivent une séparation et un divorce sont coordonnés, intégrés et multidisciplinaires;

³³ Voir Mary Stratton et Travis Anderson, Social, Economic and Health Problems Associated with a Lack of Access to the Courts, (Forum canadien sur la justice civile : 2006), <http://www.cfcj-fcjc.org/?q=past-projects>.



- **la résolution précoce** – l'information et les services sont disponibles dès le début de façon à ce que les gens puissent régler leurs problèmes le plus rapidement possible;
- **le droit de parole, l'équité et la sécurité** – les gens aux prises avec des problèmes de justice familiale ont la possibilité d'être entendus, et les services et processus à leur disposition sont respectueux, équitables et sûrs;
- **l'accessibilité** – le système de justice familiale est abordable, compréhensible et administré dans un délai raisonnable;
- **la proportionnalité** – les processus et services sont proportionnels aux intérêts de l'enfant touché, à l'importance de l'enjeu et à la complexité du dossier.

7. **Recommandations liées au changement de la culture institutionnelle**

Le changement institutionnel peut prendre diverses formes. Au bout du compte, le présent rapport recommandera des changements touchant le droit substantiel, le droit procédural, les programmes et l'administration. Toutefois, nous commençons en mettant l'accent sur les changements potentiels aux attitudes et aux comportements des personnes qui travaillent au sein du système de justice, mais également – d'une manière plus générale – aux attitudes et aux comportements du grand public.



A. Notre système hybride : les paradigmes accusatoire et consensuel

La croissance des processus consensuels de règlement des différends

Il n'y a pas si longtemps, les systèmes de justice familiale canadiens étaient fondés exclusivement sur le modèle accusatoire de règlement des litiges. En vertu de ce modèle, les problèmes découlant d'une rupture familiale étaient plus ou moins entièrement perçus comme étant des questions juridiques qu'il fallait régler à la lumière des droits concurrentiels et des obligations des parties. Les faits se rapportant aux facettes non juridiques de la séparation – telles que les besoins, les intérêts et les émotions des parties – étaient, dans une large mesure, traités comme des éléments sans pertinence pour le différend. Sur le plan procédural, les parties étaient des adversaires et les problèmes tels que les besoins matériels des époux et les besoins affectifs des enfants devaient être réglés dans le cadre d'un concours où chacun assume un rôle très précis, selon les procédures traditionnelles des litiges civils.

Voilà le modèle appliqué depuis des siècles à tous les types de différends civils et, avec l'augmentation du nombre de litiges familiaux, ce modèle a été mis en œuvre à très grande échelle. Toutefois, moins de 20 ans après l'adoption du divorce sans égard à la faute, la plupart des provinces et territoires ont conclu que les outils judiciaires étaient mal adaptés aux besoins des époux qui se séparent et de leurs enfants.

Pour décrire l'évolution des systèmes de justice familiale sur ce plan, le GTDF utilise une métaphore : celle de l'iceberg. Les faits, les lois, les droits, les obligations et les positions que le droit avance au moment de la séparation sont la partie visible de l'iceberg. Sous l'eau, il y a les besoins, les intérêts, les valeurs, les partis pris, les croyances, les perceptions et les émotions des parties et de leurs enfants. Ces forces importantes et très puissantes qui se trouvent sous la surface sont susceptibles non seulement de prolonger et de compliquer gravement le processus accusatoire, mais aussi de déstabiliser tout règlement qui ne tient pas suffisamment compte de ces forces. Ce que Stephen Covey a affirmé dans un autre contexte - [Traduction] « la façon dont nous percevons le problème est le problème » - s'applique ici; ainsi, le problème de la séparation a été redéfini de manière à englober les questions non juridiques.

Ce recours à un cadre élargi pour s'attaquer aux différends familiaux est parfois qualifié de « résolution de problèmes ». Par exemple,



[Traduction] La nature holistique de ces processus, axée sur la résolution de problèmes, est un effort en vue d'éviter les formes de règlement de différends trop étroitement accusatoires qui mettent uniquement l'accent sur la présentation des questions juridiques et qui ignorent les autres facettes du problème qui sont peut-être à l'origine du litige.³⁴

Les systèmes de justice familiale ont commencé à formuler les politiques et à élaborer les programmes et processus qui cadraient avec cette perspective plus large. La médiation, la conciliation, la négociation sur les intérêts et le droit collaboratif ont mis de l'avant de nouvelles façons de concevoir les différends familiaux et de nouvelles façons de gérer les difficultés découlant d'une rupture familiale. Depuis environ 25 ans, il y a une réorientation progressive vers des processus informels et consensuels de règlement des différends qui tiennent compte de l'ensemble de l'iceberg, tout en encourageant les parties à percevoir leurs problèmes comme étant des difficultés communes qu'il convient de résoudre en faisant preuve de coopération.

Il n'est pas étonnant que, initialement, peu de gens comprenait les changements profonds que l'approche consensuelle apportait à la théorie et à la pratique du règlement des différends familiaux. Toutefois, peu à peu, la logique des principes consensuels, la frustration à l'égard des lacunes des litiges judiciaires et le nombre croissant d'expériences positives avec la médiation et les autres processus consensuels ont permis au RCD de se tailler une place au sein du système de justice. De plus, les parties, les avocats, les juges, les analystes des politiques et les administrateurs des tribunaux ont reconnu les avantages du RCD au chapitre des coûts, des délais et de l'impact sur les familles. Comme l'a signalé un observateur, les tribunaux de la famille modernes ont réagi en acceptant

[Traduction] [...] [une] philosophie qui favorise les processus de règlement des différends collaboratifs, raisonnés et interdisciplinaires, ainsi que le recours limité aux litiges traditionnels. Au fil des ans, ce mouvement – jumelé au nombre croissant de difficultés que les familles soumettent aux tribunaux – a stimulé la créativité de professionnels partout au monde, qui ont élaboré des douzaines de processus distincts de règlement des différends pour les parents en instance de divorce ou de séparation. Cela inclut de multiples modèles de médiation, les programmes psychoéducatifs, le droit collaboratif, les conseils

³⁴ Michael King, Arie Freiberg, Becky Batagol et Ross Hyams, *Non-Adversarial Justice*. (Australie, The Federation Press: 2009), p. 14.



*d'arbitrage interdisciplinaires, la coordination parentale, ainsi que l'évaluation précoce et neutre relative à la garde des enfants, pour ne citer que ceux-là.*³⁵

Ainsi qu'il est signalé précédemment, les rapports ont adopté ce thème et recommandent, depuis un certain temps maintenant, le recours au RCD avant le recours aux tribunaux. À divers degrés, les systèmes de justice familiale provinciaux ont réagi en assurant que des services de RCD soient disponibles dans le secteur privé, le secteur public et les tribunaux.

Le statu quo dans les systèmes de justice familiale canadiens

Bien qu'il y ait des différences nettes d'une province à l'autre dans la culture de la pratique en droit de la famille et dans la disponibilité des services de RCD, et bien qu'il y ait des différences à l'intérieur des provinces – l'exemple le plus évident étant la disponibilité des tribunaux unifiés de la famille – la situation actuelle pour ce qui est des modèles de règlement des différends familiaux au Canada peut être décrite comme suit :

- nous avons un système hybride de justice familiale qui comporte à la fois le recours aux tribunaux et le règlement consensuel;
- il est admis que le RCD est l'approche privilégiée, qu'il faut en général le proposer aux familles avant le recours au tribunal, et qu'il ne faudrait recourir aux tribunaux que dans le nombre restreint de cas où le RCD n'est pas approprié ou n'est pas pratique;
- cela dit, le RCD et le recours aux tribunaux ne sont pas mutuellement contradictoires. Les deux s'avèrent essentiels pour un système de justice familiale équilibré et efficace. Comme King et autres l'ont noté :

[Traduction] Les systèmes accusatoire et non accusatoire ne sont pas mutuellement exclusifs. Des éléments clés du système non accusatoire côtoient des facettes plus traditionnelles du système accusatoire. Au lieu de les percevoir comme étant des opposés qui s'excluent mutuellement, nous préférons concevoir les systèmes accusatoire et non accusatoire comme un continuum, une échelle mobile sur laquelle se côtoient divers processus juridiques, la

³⁵ Peter Salem, *The Emergence of Triage in Family Court Services: The Beginning of the End for Mandatory Mediation?* (2009) 47 Family Court Review, 371.



plupart de ces processus jumelant à divers degrés des facettes des pratiques accusatoire et non accusatoire.³⁶

Le GTDF propose un changement au statu quo ; un changement qui ne vise pas à modifier la nature du système, mais à rajuster son équilibre. Autrement dit, nous suggérons de rajuster l'équilibre sur le continuum accusatoire-consensuel de manière à mettre l'accent d'une façon plus fondamentale et plus délibérée sur les processus consensuels de règlement des différends. Cette proposition repose sur deux postulats

- malgré les avancées importantes déjà réalisées, le potentiel des approches consensuelles de règlement des différends n'est pas encore pleinement exploité;
- l'usage accru des approches consensuelles est probablement le moyen le plus facile et le plus efficace d'améliorer l'accès à la justice familiale.

L'utilisation relative des processus accusatoire et consensuel

L'approche accusatoire est bien ancrée dans notre culture. Il s'agit de notre option implicite, une attitude que les gens appartenant aux cultures occidentales apprennent tôt dans la vie et tendent à utiliser automatiquement. Elle est inscrite dans nos valeurs publiques et se reflète dans nos institutions publiques. L'influence de l'approche accusatoire dans le système judiciaire est le reflet de l'omniprésence des valeurs et attitudes accusatoires dans la vie publique.³⁷ Comme King et al. l'ont noté :

[Traduction] Le système de justice est l'unique organe d'archivage et défenseur de l'approche accusatoire... Il reflète les attitudes et les normes culturelles qui existent dans la communauté élargie... L'approche accusatoire existe au sein des médias, du système universitaire, dans le monde des affaires, en politique, dans les religions, dans les sports et au sein des familles...Il fait partie de la culture d'argumentation où l'on juge qu'il est important d'adopter une approche agressive et argumentative pour régler les différends entre les gens...³⁸

Les études nous donnent de l'information objective sur l'utilisation relative des approches consensuelles et accusatoires dans le système de justice familiale. D'après des études britanniques et américaines, [Traduction] « la plupart des avocats spécialisés en droit de la famille tentent de désamorcer le conflit, de gérer les attentes

³⁶ *Supra*, note 36, p. 5.

³⁷ Voir Deborah Tannen, *The Argument Culture: Stopping America's War of Words*, New York: Ballantine (1998).

³⁸ *Supra*, note 36, p. 4



de leurs clients relativement à ce qu'ils pourront obtenir et encouragent régulièrement leurs clients à accepter une entente à l'amiable ». ³⁹ Selon une étude :

[Traduction] Les avocats en droit de la famille s'efforçaient délibérément de réduire la tension entre les parties, encourageaient régulièrement les parties à discuter des questions et offraient beaucoup de soutien pratique et de réassurance à leurs clients, en plus des conseils de nature juridique. ⁴⁰

Le professeur John Lande a passé en revue des études américaines qui indiquent que les avocats en droit de la famille [Traduction] « atténuent les conflits juridiques beaucoup plus qu'ils ne les aggravent et, de manière générale, tentent d'éviter les mesures accusatoires ». ⁴¹

Par contre, les critiques soutiennent qu'il y a un courant au sein de la pratique du droit de la famille qui a beaucoup moins recours aux approches consensuelles. Ce courant est caractérisé par des avocats qui utilisent [Traduction] « une pratique de la négociation agressive, ou même accusatoire », qui « ont recours trop vite aux processus judiciaires » et qui tentent d'imposer des compromis en brandissant « la menace d'aller devant le tribunal ». ⁴² Lande nuance les résultats des études américaines en signalant que [Traduction] « de nos jours, certains avocats agissent d'une manière très accusatoire lorsque les enjeux sont suffisamment importants ou que les motifs conflictuels des parties ou des avocats prédominent ». ⁴³

Bien que ces études ne soient pas canadiennes, l'hypothèse que les styles de pratique en matière de droit de la famille au Canada sont similaires ne devrait pas susciter la controverse. Autrement dit, la pratique quotidienne de la majorité des avocats en droit de la famille reflète, la plupart du temps, un appui éclairé et sans équivoque à l'égard de l'approche consensuelle du règlement des différends. En même temps, un nombre important d'avocats adoptent un style relativement plus agressif et accusatoire en droit de la famille.

Pour ce qui est de la percée des valeurs et processus consensuels de règlement des différends dans les tribunaux, la situation est assez similaire. Une description récente

³⁹ *Supra*, note 36, p. 133.

⁴⁰ *Ibid.*, à 134.

⁴¹ John Lande, *Revolution In Family Law Dispute Resolution*, 24 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, (2012) 411 at p.427, en ligne à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2035605>

⁴² *Supra*, note 36, p. 134.

⁴³ *Supra*, note 43, p.427.



des tribunaux de la famille américains s'applique, du moins de façon approximative, à de nombreux tribunaux canadiens :

[Traduction] Le rôle principal des tribunaux de la famille est passé de l'arbitrage des différends à la gestion proactive des problèmes relevant du droit de la famille. Ainsi, les tribunaux de la famille sont passés d'un rôle axé sur « l'arbitrage » à un rôle comportant des fonctions de « réadaptation » ou de « résolution de problèmes » [...]. Dans l'ancien système, on ne s'attendait pas à ce que les tribunaux de la famille planifient et gèrent les cas; ils avaient seulement à rendre un jugement. Guidés par un nouvel objectif d'ordre thérapeutique, les juges dirigent essentiellement un processus visant à diagnostiquer et à traiter des différends et dysfonctionnements familiaux, en plus de gérer les litiges et de rendre des décisions au sujet des droits légaux [...]. Dans de nombreux tribunaux, particulièrement ceux qui se trouvent dans de grandes villes, les tribunaux, les avocats et les autres intervenants peuvent choisir parmi une gamme de services à l'intention des familles qui s'adressent aux tribunaux de la famille.⁴⁴

Même si cela décrit assez bien la situation dans un certain nombre de tribunaux canadiens – plus particulièrement dans les tribunaux unifiés de la famille – ce n'est certainement pas ce qui se passe dans tous les tribunaux. Encore une fois, on constate une diversité d'approches. Certains juges abordent les différends familiaux en privilégiant une approche axée sur la gestion et la résolution de problèmes, faisant usage d'une gamme de services destinés aux familles, tandis que d'autres juges préfèrent le « vieux système », assumant avant tout le rôle d'« arbitre » dans le cadre de l'approche accusatoire traditionnelle, en disposant de très peu de services aux familles en guise de soutien.

Les objectifs pour un recours accru au RCD

Un virage vers une intégration plus fondamentale du RCD dans le système de justice familiale et une culture de la justice plus profondément consensuelle pourraient s'organiser autour de trois objectifs :

1. élargir de manière importante la disponibilité des programmes et services intégrés destinés aux familles de façon à appuyer la gestion proactive des problèmes relevant du droit de la famille et à faciliter le règlement précoce et consensuel des différends familiaux;

⁴⁴ Supra, note 43, p. 431 et 432.



2. réduire le recours aux stratégies qui font usage d'approches accusatoires agressives ou qui font appel aux tribunaux dans les cas où ce n'est pas nécessaire et, dans cette optique, établir parmi les juristes la thèse de base que le RCD constitue la première option;
3. appuyer une intégration plus élargie et plus approfondie des valeurs consensuelles et des approches axées sur la résolution de problèmes dans la culture du système de justice.

Pour atteindre le premier de ces objectifs, il faudra davantage de ressources. Le système de justice familiale sait déjà très bien comment concevoir des programmes efficaces et offrir des services qui accomplissent ce qui est proposé; il s'agit simplement de convaincre les décideurs de haut niveau de repenser les priorités en matière de ressources.

Les deuxième et troisième objectifs ont trait à la culture institutionnelle. Ils reposent sur la croyance que le virage vers le RCD n'en est pas à ses premiers pas, mais est encore loin de la ligne d'arrivée; et il y a encore beaucoup à accomplir. Les lois, les règles de tribunal, les formules de tribunal, les codes de conduite, les programmes d'études des facultés de droit, les modèles de représentation judiciaire, etc. continuent de reposer – pas de manière exclusive, mais de manière très importante – sur les valeurs accusatoires que les rapports sur le droit de la famille nous conseillent si fortement d'endiguer. Pour rendre les choses encore plus compliquées, les clients – le grand public – retournent facilement aux positions accusatoires et ont une compréhension relativement limitée du RCD.

Il est important de prêter attention aux valeurs et aux croyances qui orientent notre culture juridique globale. Comme l'a suggéré la Australian Law Reform Commission, [Traduction] « la mise en œuvre d'une réforme durable, importante et efficace peut dépendre tout autant du changement de la culture de la pratique juridique que du changement du système judiciaire sur le plan procédural ou structurel ».⁴⁵

B. La formation à l'école de droit

La formation juridique prépare-t-elle les étudiants à maximiser leur efficacité dans les systèmes de justice familiale multidisciplinaires, intégrés et collaboratifs d'aujourd'hui? Les rapports canadiens sur la réforme de la justice familiale n'ont pas entrepris d'étude approfondie de cette question, mais d'autres pays l'ont fait. En 2006, aux États-Unis, le Family Law Education Reform Project Final Report (le

⁴⁵ *Review of the Adversarial System of Litigation: Issues Paper* (Australian Law Reform Commission, 1997), en ligne à l'adresse suivante : <http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/issues/20/ALRCIP20.html>.



rapport final sur le projet de réforme de la formation en droit de la famille, ou le rapport FLER) a été publié.⁴⁶ Ce rapport propose que les programmes d'études en droit de la famille préparent les avocats en vue [Traduction] « des réalités de la pratique contemporaine » en faisant ce qui suit :

- [Traduction] « enseigner aux étudiants en droit que le tribunal de la famille au début du 21^e siècle est souvent un milieu interdisciplinaire, où les psychologues, les travailleurs sociaux, les médiateurs non juristes et d'autres intervenants peuvent exercer un grand pouvoir [...]. Dans d'autres dossiers, le rôle de l'avocat sera d'aider son client à s'orienter dans un monde souvent déconcertant qui englobe, entre autres, la médiation obligatoire, les programmes obligatoires de préparation au divorce, l'évaluation relative à la garde effectuée par une personne désignée par le tribunal et la coordination du rôle parental;
- [...] mettre l'accent sur la multiplicité des processus de règlement des différends et traiter le recours aux tribunaux comme étant une option parmi d'autres – utile seulement dans une minorité de cas. Il faudrait enseigner aux étudiants la médiation, la promotion de la médiation, le droit collaboratif, le droit coopératif et les techniques de négociation les plus avancées [...];
- continuer de mettre l'accent sur l'acquisition de bases indispensables en matière de droit et de rigueur analytique, mais accorder aussi de l'importance aux compétences et aux aptitudes, et enseigner aux jeunes juristes à pratiquer le droit d'une manière réfléchie [...]. Pour représenter leurs clients adéquatement, les avocats en droit de la famille doivent avoir des connaissances dans des domaines tels que la fiscalité, le droit contractuel, [...], l'immobilier, [...] ainsi que la théorie des systèmes familiaux, la psychologie de l'enfant et la violence familiale. Il faut également que les avocats aient de solides compétences pour ce qui est de questionner, d'écouter et de conseiller des clients psychologiquement troublés ».⁴⁷

⁴⁶ Mary E. O'Connell et J. Herbie DiFonzo, *The Family Law Education Reform Project Final Report*, (2006) Family Court Review, Vol. 44, en ligne à l'adresse suivante : <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1744-1617.2006.00107.x/abstract>, p. 524. Le projet – parrainé conjointement par la Association of Family and Conciliation Courts et le Center for Children, Families and the Law de la Hofstra Law School – rassemblait des professeurs de droit, des étudiants en droit, des avocats, des médiateurs, des intervenants chargés de l'évaluation relative à la garde des enfants, des administrateurs de tribunal et des juges en vue d'explorer ce que les programmes d'études devaient aborder si le but était de « préparer des étudiants qui connaissent bien le droit, sont conscients du contexte juridique et ont les compétences requises pour desservir leurs clients d'une manière conforme à l'éthique » [traduction] (p. 524).

⁴⁷ *Ibid*, p. 525.



Il y a des facettes de cette proposition que certains observateurs pourraient contester – par exemple, la question de savoir s’il incombe vraiment aux facultés de droit d’offrir une formation de ce genre. Le fait demeure que les étudiants ont besoin – et que leurs clients futurs pourront bénéficier – d’une préparation plus complète aux réalités complexes de la pratique en droit de la famille.

Le rapport FLER souligne qu’aucune de ses suggestions [Traduction] « [...] n’aurait pour effet de déplacer l’accent mis sur la réflexion analytique qui est un trait essentiel de toute formation juridique », mais le défi qu’il lance consiste « [...] à mener le droit de la famille au-delà de la réflexion analytique - et non à délaissier la réflexion analytique - pour signaler les autres problèmes découlant de la réalité de la pratique du droit de la famille ». ⁴⁸

En fin de compte, le projet FLER a généré un cadre exhaustif pour la formation de droit de la famille. Une revue similaire de la formation en droit de la famille au Canada pourrait favoriser l’adaptation continue de la culture juridique aux réalités de la pratique du droit de la famille tout en stimulant l’intérêt des étudiants envers le droit de la famille.

Les cours de droit de la famille conçus et donnés dans l’esprit recommandé par le projet FLER ne seraient pas, espérons-le, les seuls où les étudiants seraient exposés aux approches consensuelles ou axées sur la résolution de problèmes. Idéalement, les connaissances et les aptitudes liées au RCD seraient présentées et renforcées dans plusieurs domaines à l’intérieur du programme d’études d’une école de droit.

Recommandation 1

Que les intervenants à l’échelle du système de justice familiale, encouragés d’abord par les facultés de droit, collaborent à une étude des programmes d’études en droit de la famille et formulent des recommandations visant des changements qui prépareraient mieux les étudiants en leur permettant d’acquérir les connaissances particulières et les diverses compétences requises pour venir en aide aux enfants et aux familles au moyen du système de justice familiale d’aujourd’hui.

Recommandation 2

Que les changements aux programmes d’études en droit de la famille soient accompagnés d’une accentuation de l’importance accordée aux

⁴⁸ *Ibid*, p. 526.



compétences et aux connaissances liées au RCD dans l'ensemble des programmes d'études en droit.

Toutefois, pour améliorer la formation en droit de la famille au Canada, il faut d'abord un bassin plus vaste d'universitaires qui se consacrent à ce domaine. Au cours des vingt dernières années, le droit de la famille a perdu sa place au sein de la plupart des facultés de droit canadiennes : il y a moins de professeurs à temps plein qui enseignent cette matière et plus d'avocats en droit de la famille qui offrent des cours à titre de professeur à temps partiel. Les facultés de droit accordent moins d'importance au droit de la famille, au profit de domaines que les grands bureaux d'avocats et la pratique globale jugent plus attirants. Il est important pour ceux qui travaillent dans le système de justice familiale d'avoir accès à des études et des articles canadiens sur le droit de la famille, ainsi qu'aux recherches les plus récentes effectuées dans d'autres pays. Il est également important que les facultés de droit encouragent les étudiants à envisager une carrière en droit de la famille au terme de leurs études, en partie en offrant une gamme complète de cours en droit de la famille et sur le règlement des différends à l'intérieur de l'école de droit.

Recommandation 3

Que les facultés de droit canadiennes veillent à l'embauche et au perfectionnement d'un plus grand nombre de professeurs qui s'intéressent au droit de la famille.

C. La formation professionnelle continue

L'étendue et la profondeur des connaissances et des compétences proposées par le rapport FLER exigent un apprentissage permanent. Les objectifs d'apprentissage relevés dans le rapport FLER – ou les objectifs similaires qui seront relevés dans tout rapport futur préparé au Canada – se poursuivent après la fin des études de droit. La formation professionnelle continue (FPC) en droit de la famille ne devrait pas se limiter au contenu substantiel traditionnel, mais s'étendre à la formation dans les secteurs suivants :

- la connaissance de la gamme complète des processus de règlement des différends familiaux, ainsi que les compétences connexes;



- la dynamique de la séparation et du divorce, notamment pour ce qui est de leurs répercussions sur les enfants, y compris les questions liées au pouvoir et à la violence familiale;
- les techniques d'entrevue, d'écoute et de communications efficaces;
- la nature interdisciplinaire de la pratique en droit de la famille;
- l'aiguillage éclairé et efficace vers les services à la famille non juridiques.

Recommandation 4

Que les barreaux reconnaissent les connaissances et les compétences particulières requises pour exercer le droit de la famille en acceptant que la formation dans ce domaine nécessite une formation professionnelle continue; et que les organisations qui offrent une formation continue en droit élaborent des cours à l'appui de la gamme complète de compétences que doivent posséder les avocats en droit de la famille.

D. Les codes de déontologie, les lignes directrices déontologiques et les pratiques exemplaires

Selon le spécialiste du droit Leonard Riskin, la perspective accusatoire est inscrite dans « l'échiquier philosophique » de l'avocat traditionnel. La pratique contemporaine en droit de la famille exige que l'on repense l'échiquier philosophique de l'avocat en droit de la famille de manière à ce que ce dernier se perçoive avant tout comme un gestionnaire de conflits et un régulateur de problèmes. Il faudrait que les avocats en droit de la famille maîtrisent non seulement le droit de la famille substantiel, les procédures judiciaires et leur fonction traditionnelle à titre d'avocats, mais aussi la théorie et la pratique du règlement consensuel des différends.

En raison des facteurs qui font en sorte que le droit de la famille est un domaine de pratique unique, les avocats en droit de la famille doivent posséder une gamme de compétences plus vaste que celle des avocats qui pratiquent dans d'autres domaines. Ils doivent avoir une connaissance spécialisée non seulement du droit de la famille substantiel, des procédures judiciaires et de leur fonction traditionnelle à titre d'avocats, mais aussi la théorie et la pratique du règlement consensuel des différends. Le rôle traditionnel de l'avocat est trop restreint pour englober les exigences uniques et diverses de ce domaine du droit. Les avocats en droit de la famille doivent



posséder les connaissances et les aptitudes nécessaires sur le dialogue comme forme de débat, en tenant compte des valeurs que la professeur Julie Macfarlane appelle la « promotion du règlement des différends ». Mme Macfarlane utilise ce concept pour rééquilibrer les tensions inhérentes à un rôle qui favorise le règlement des différends, mais qui assume à la fois la défense de droits et le règlement :

[Traduction] Voici l'élément central de toutes les tensions qui surviennent dans un modèle de défense des intérêts axée sur le règlement des différends. Le nouvel avocat doit apprendre à assumer les deux rôles de celui qui se bat et de celui qui cherche un règlement, et comprendre quand il doit assumer l'un ou l'autre de ces rôles [...] ou même quand il doit assumer ces deux rôles en même temps (par exemple, une réunion de la dernière chance pour tenter de trouver un règlement avant de lancer une procédure devant le tribunal).⁴⁹

Même les avocats en droit de la famille qui pourraient choisir de limiter leur pratique au nombre plus restreint de cas faisant appel uniquement aux compétences accusatoires devraient avoir une bonne compréhension des compétences et des méthodes liées à la défense des intérêts axée sur le règlement des différends.

Bien que les barreaux à l'échelle du Canada aient déjà apporté des modifications réglementaires à la lumière de ces exigences relativement nouvelles auxquels sont soumis les praticiens,⁵⁰ il y a encore du travail à accomplir pour assurer que les codes de déontologie et les lignes directrices déontologiques appuient les valeurs et les comportements exigés dans la pratique contemporaine du droit de la famille. Selon un groupe de travail sur les modes alternatifs de règlement des différends de la Law Society of British Columbia, en ce qui concerne le droit civil en général, les attentes professionnelles inscrites dans les lignes directrices déontologiques et les codes de déontologie actuels ne tiennent pas entièrement compte de la perspective consensuelle :

[Traduction] Les avocats utilisent maintenant ces processus – qualifiés de « participatifs », « substitutifs » ou « consensuels » – dans le cadre de lignes directrices rédigées dans une large mesure pour une pratique accusatoire. Avec la croissance des processus substitutifs, les règles et

⁴⁹ Julie MacFarlane, *The New Lawyer*, (UBC Press, 2008), p. 119.

⁵⁰ Par exemple, les règles ayant trait au rôle croissant des avocats à titre de médiateurs et d'intervenants collaborateurs, et les règles régissant le regroupement des services.



lignes directrices actuelles ne tiennent pas compte de l'ensemble de ce qui constitue de nos jours la pratique de nombreux avocats. ⁵¹

Recommandation 5

Que la réglementation des avocats en droit de la famille par les barreaux aborde et appuie expressément les connaissances, compétences, aptitudes, caractéristiques et attitudes non traditionnelles que doivent avoir les avocats pour gérer de manière optimale les dossiers relevant du droit de la famille.

Divers pays ont répondu aux exigences particulières de la pratique du droit de la famille en formulant des pratiques exemplaires à l'intention des avocats en droit de la famille, dont, par exemple, le Family Law Counsel et la section du droit de la famille du Law Council of Australia, la Law Society du Royaume-Uni et la section du droit de la famille de la American Bar Association Section of Family Law.⁵²

La division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien a récemment élaboré des pratiques exemplaires à l'intention des avocats en droit de la famille. Par exemple, ces pratiques exemplaires abordent les questions suivantes

[Traduction] À toutes les étapes du différend, les avocats devraient tenir leurs clients au fait des points suivants et les encourager à en tenir compte :

- a) les risques et les coûts associés à toutes les mesures ou communications proposées;*
- b) les conséquences à court et à long terme;*
- c) les conséquences pour les enfants touchés (le cas échéant);*
- d) l'importance des ordonnances du tribunal ou des ententes.*

Les avocats devraient signaler à leurs clients que ces derniers sont en situation de confiance par rapport à leurs enfants et :

- a) qu'il est important que le client fasse passer l'intérêt de l'enfant avant le sien;*
- b) ne pas passer l'intérêt de l'enfant avant le sien pourrait avoir une grande incidence sur le bien-être de l'enfant et sur la cause du*

⁵¹ Law Society of BC, Alternative Dispute Resolution Task Force Report, (4 mai 2007), p. 12.

⁵² *Supra*, note 36, p.136.



*client.*⁵³

Recommandation 6

Que la section du droit de la famille de chaque barreau envisage l'adoption de lignes directrices similaires à celles mises en place par la division de la Colombie-Britannique de l'Association du Barreau canadien à l'intention des avocats en droit de la famille.

E. La compréhension par le public du règlement des différends

Ainsi qu'il est signalé précédemment, l'orientation accusatoire de notre système judiciaire s'inscrit dans une perspective accusatoire plus globale qui caractérise l'ensemble de notre structure sociale. Ainsi, la culture globale contribue à la persistance des attitudes accusatoires dans le domaine du droit de la famille. Par conséquent, tout effort visant à modifier la culture du système juridique devrait comporter un effort en vue de mieux faire comprendre au public les valeurs collaboratives et les procédures consensuelles de règlement des différends.

Les médias jouent un rôle très important dans la perpétuation de l'association étroite du système juridique avec la salle de tribunal et dans la présomption que le règlement d'un différend passe toujours par un affrontement. Bien qu'il soit difficile de faire contrepoids à de telles influences, il est essentiel pour la société civile que le public comprenne mieux le système juridique et la gamme complète de solutions en matière de règlement des différends offerte par ce système.

Recommandation 7

Que les ministères de la justice, les barreaux, les facultés de droit, les médiateurs, les intervenants de l'approche collaborative, les agents du PVIJ et – dans la mesure appropriée – la magistrature contribuent à mieux sensibiliser et à mieux renseigner le public au sujet de la nature des valeurs collaboratives et de la disponibilité des procédures consensuelles de règlement des différends au sein du système de justice familiale.

⁵³ Association du Barreau canadien, division de la Colombie-Britannique, Best Practice Guidelines for Lawyers Practicing Family Law, en direct à l'adresse suivante : http://www.cba.org/bc/bartalk_11_15/08_11/guest_dundee.aspx.



F. La gamme de solutions possibles pour le règlement des différends

Il vaut probablement mieux formuler explicitement ce qui est sous-entendu tout au long de la présente analyse, soit : que les familles devraient avoir accès à la gamme complète des solutions possibles pour le règlement des différends. Le concept du « tribunal à portes multiples » a d'abord été exposé en 1976 par Frank Sander,⁵⁴ professeur à l'école de droit de Harvard; depuis, de nombreux pays ont mené des réformes fondées sur ce concept. Nous appuyons le principe d'un tribunal à portes multiples où une gamme de processus et de services est non seulement disponible, mais également accessible pour aider les gens à régler leurs problèmes relevant du droit de la famille.

Recommandation 8

Que le système de justice familiale offre une gamme de solutions possibles pour aider les familles à régler leurs différends, notamment la communication de renseignements, la médiation, le droit collaboratif, la coordination du rôle parental et l'arbitrage.

G. La participation au processus consensuel de règlement des différends

L'expérience qui a été acquise dans les domaines de la médiation en droit de la famille et de la pratique fondée sur la collaboration, aussi bien au Canada que dans d'autres pays, nous permettent maintenant d'affirmer avec confiance que, avec le soutien et les protections appropriés, la médiation en droit de la famille et la pratique fondée sur la collaboration constituent des mécanismes de règlement sûrs, efficaces et équitables d'un grand nombre de conflits familiaux. Les nombreux rapports ayant recommandé de recourir davantage à ces mécanismes s'appuient sur le fait qu'ils sont plus abordables et mieux adaptés aux besoins des familles qui vivent une séparation. En outre, ils sont souvent considérés comme étant « conviviaux » et les participants ont tendance à se dire très satisfaits⁵⁵ de ces mécanismes de règlement. Néanmoins, le recours à ces mécanismes n'est pas aussi fréquent que l'on pourrait

⁵⁴ Allocution de Frank E.A. Sander prononcée lors de la conférence nationale sur les causes d'insatisfaction concernant l'administration de la justice (7-9 avril 1976), reproduite dans Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 FRD, 111 (1976).

⁵⁵ Bobby McAdoo et Nancy A Welsh, *Look Before You Leap and Keep On Looking: Lessons From Institutionalization Of Court Connected Mediation*, Nevada Law Journal, vol. 5:399 à 400; en ligne à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1910172>.



croire. Ainsi qu'il est indiqué dans le rapport du groupe de travail sur la réforme de la justice familiale en C.-B. :

*[Traduction] On s'est déjà attendu à ce que si la médiation et des « méthodes substitutives de règlement des différends » étaient simplement rendues disponibles, les gens en apprécieraient les avantages et y feraient appel plutôt que de choisir de s'adresser aux tribunaux. Cela ne s'est pas passé tel que prévu.*⁵⁶

Voici quelques-unes des raisons qui expliquent cette situation :*

- Plus loin dans ledit rapport, on lit que : [Traduction] « même si les familles sont de plus en plus renseignées au sujet des solutions substitutives de règlement des différends, la sensibilisation du public à ces solutions continue de se mesurer à une vie entière d'exposition au système judiciaire ». ⁵⁷ Autrement dit, l'inertie qui porte à faire les choses de la même façon depuis toujours une force puissante.
- Le processus judiciaire continue d'être le cadre de référence central et la voie judiciaire, le principal moyen autour duquel est organisée la résolution des conflits familiaux. C'est-à-dire que, sous bien des égards, les processus consensuels de règlement des différends viennent se greffer à un cadre plus fondamentalement accusatoire.
- Pour de nombreuses parties, notamment, les parties qui se représentent elles-mêmes, il est difficile pour des services comme la médiation, pour lesquels les parties doivent souvent payer, de rivaliser avec des services « gratuits » tels que les tribunaux.

La participation aux processus consensuels de règlement des différends (en particulier, la médiation ou les pratiques collaboratives) doit être autorisée par une loi ou une règle du tribunal. La participation obligatoire signifie ici que la participation à une séance est nécessaire avant que la première étape contestée d'une action soit franchie. Nous avons examiné les objections possibles à une participation obligatoire et avons conclu qu'elles peuvent être prises en compte. En voici quelques-unes :

⁵⁶ *Supra*, note 10, p. 39.

⁵⁷ *Ibid*, p. 39.



- Le règlement consensuel des différends (RCD) est, par définition, un processus volontaire - L'entente continue d'être entièrement volontaire; c'est seulement la participation à une seule séance de médiation qui est autorisée.
- Un RCD obligatoire compromet l'accès à la justice en augmentant les délais et les coûts et en empêchant l'accès aux tribunaux – Le taux de règlement et la satisfaction des utilisateurs envers la médiation sont suffisamment élevés pour conclure qu'il s'agit d'un investissement efficace et justifiable de temps et de ressources. La participation obligatoire à un processus consensuel de règlement des différends facilite le règlement rapide de la majorité des cas participants. En outre, lorsque les différends ne parviennent pas être résolus dans le cadre du processus de médiation, généralement, les faits sont mieux compris et les questions en litige sont circonscrites d'une manière qui facilite un règlement négocié plus rapidement. Quoiqu'il en soit, de nombreux systèmes de justice familiale autorisent déjà des règlements à l'amiable par la voie judiciaire et extrajudiciaire.
- Le RCD peut s'avérer dangereux dans le cas des relations caractérisées par la violence ou le déséquilibre des pouvoirs – Tout système de RCD obligatoire doit prendre en compte intégralement les réalités du déséquilibre des pouvoirs et la violence lorsqu'une famille vit une séparation. Il est bien reconnu que le RCD pourrait placer les conjoints vulnérables dans une situation de risque, et que l'objectif qui est de promouvoir le règlement rapide, hors cour, consensuel ne peut être mis en œuvre au profit d'autres objectifs tels que qu'assurer la sécurité, la sûreté et le bien-être et l'établissement d'ententes équitables. Les mesures de protection nécessaires et appropriées comprennent :
 - Adopter une définition large de la violence familiale qui comprend la violence psychologique ou émotionnelle, les comportements contrôlants et l'exposition directe ou indirecte de l'enfant à la violence familiale;
 - Exiger que dans tous les cas une évaluation de la violence soit effectuée afin de déterminer si les membres de la famille seraient en sécurité advenant un RCD, ou si d'autres procédures ou services conviennent mieux;
 - Dans le cas où le danger n'est pas apparent à première vue, imposer aux médiateurs et aux autres intervenants du système de justice la



tâche d'effectuer un suivi continu, à toutes les étapes du processus, pour déceler les signes de violence et de contrôle;⁵⁸

- Créer des exceptions pour les cas d'urgence ou de danger imminent et permettre qu'un professionnel qualifié du règlement des différends se prononce sur la pertinence du RCD – et ce sans que les motifs de l'exemption doivent être divulgués;
- Veiller à ce que les juges, les avocats, les médiateurs et autres intervenants neutres dans le processus de RCD soient sensibilisés à la violence familiale.

Pour placer cette recommandation dans un contexte plus large, il convient également de noter que diverses sources⁵⁹ réclament la médiation obligatoire au Canada et que la médiation obligatoire en droit de la famille a été la règle dans un certain nombre d'États américains depuis le début des années 1980 et est maintenant la règle partout en Australie.

La médiation obligatoire en droit de la famille ne pouvait être mise en œuvre sans s'assurer au préalable de la disponibilité de professionnels qualifiés pour tenir la médiation. La médiation n'est pas une profession réglementée et, dans un système à participation volontaire, les parties sont généralement libres de choisir n'importe quel médiateur. Dans un système à participation obligatoire, cependant, les gouvernements doivent prendre des mesures pour veiller à ce que les services soient fournis par des professionnels adéquatement formés et assurer un certain degré de contrôle. En outre, le financement des services de RCD est essentiel si l'on veut sincèrement les considérer comme une priorité légitime.

Recommandation 9

Que, avant de déposer une demande faisant l'objet d'une opposition dans une affaire familiale (mais après le dépôt des actes de procédure initiaux),

⁵⁸ Voir Noel Semple, Mandatory Family Mediation and the Settlement Mission: A Feminist Critique, *Canadian Journal of Women and the Law*, volume 24, numéro 1, 2012, p. 207-239. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1929974> et Lene Madsen, A Fine Balance: Domestic Violence, Screening and Family Mediation (2012), 30 *Canadian Family Law Quarterly*, p. 343-365.

⁵⁹ La juge Jennifer Mackinnon de l'Ontario a récemment recommandé que « les parties à un litige familial éventuelles assistent à au moins cinq heures de médiation ou à une réunion conjointe de règlement de même durée arbitrée par un évaluateur neutre avant de présenter une demande » [traduction]. Voir Justice Jennifer Mackinnon, Superior Court of Justice (Ontario), *Family Law Rules: "Fixing a Hole" and Other Cost Effective Reforms*, 21st Annual Institute of Family Law (avril 2012), p. 5. Le juge en chef de l'Ontario s'est prononcé en faveur de la médiation obligatoire en 2010. Le British Columbia Report Of The Family Law Reform Working Group a recommandé un RCD obligatoire en 2005.



les parties soient tenues de participer à une seule séance non judiciaire de RCD. Les règles doivent désigner les modes de règlement à mettre en place et doivent veiller à ce qu'ils soient offerts par des professionnels qualifiés. Les mesures de protection appropriées doivent être disponibles lorsque les parties ont déjà participé à un RCD, dans les cas de violence familiale, lorsqu'il existe un risque réel d'entente non équitable ou lorsque la comparution d'une des parties ou des deux parties devant le tribunal doit se faire dans les plus brefs délais. Des services gratuits ou subventionnés de RCD devraient être offerts à ceux qui n'ont pas les moyens de se procurer ce genre de service.

8. Recommandations relatives aux services et à l'administration

A. La prestation précoce de services de première ligne à la famille

Les services de première ligne à la famille comprennent généralement les suivants

- évaluation;
- le triage;
- liens avec des organismes de services aux familles externes et aiguillage vers ces organismes;
- information juridique et programmes d'éducation parentale et programmes d'information des enfants;
- services d'entraide;
- services de RCD;
- consultation juridique;
- conseils financiers.

De nombreux rapports insistent sur l'importance d'offrir aux familles qui vivent une séparation la prestation précoce de services de première ligne. Il est bien reconnu que la prestation de services dès la naissance du litige contribue à réduire le coût et la durée du conflit, et donc d'atténuer les risques d'un conflit prolongé et les préjudices causés aux relations familiales.



Plus les familles assument la responsabilité du règlement de leurs différends, mieux c'est. Les rapports insistent sur l'importance d'aider les familles à assumer le plus de responsabilités possible à l'égard du règlement de leurs différends. Cet effort favorisant l'autonomie familiale en ce qui concerne le règlement des différends est contrebalancé par une obligation publique correspondante de s'assurer que ces familles reçoivent une aide appropriée en agissant de la sorte.

Les juristes Robert Mnookin et Louis Kornhauser notent ce qui suit au sujet du rôle joué par le système de justice familiale officiel :

[Traduction] Nous estimons que la fonction première du droit contemporain en matière de divorce n'est pas d'imposer un ordre venu d'en haut, mais plutôt de fournir un cadre dans lequel les couples qui divorcent peuvent déterminer eux-mêmes leurs droits et responsabilités après la dissolution du mariage.⁶⁰

Dans la mesure où elles peuvent le faire en toute sécurité et de manière appropriée, les familles devraient pouvoir exercer l'autodétermination et recourir à des services d'entraide pour résoudre les problèmes familiaux. Cette aide débute à l'étape initiale du système de justice. Nous souscrivons au point de vue adopté par le groupe de travail sur la réforme de la justice familiale en C.-B. en 2005 et à son appui à

[Traduction] [...] un changement fondamental des ressources et des services à l'« étape initiale » du système de justice familiale afin d'assurer la coordination d'une vaste gamme de services actuellement offerts dans les secteurs public et privé, et d'apporter un soutien à cette gamme de services, ainsi qu'un meilleur accès aux processus consensuels de règlement des différends.⁶¹

Dans ce contexte, nous reprenons notre argument exposé précédemment à savoir que ce changement nécessite que des ressources soient rééquilibrées au sein du système de justice civile afin que nous consacrons moins d'argent au soutien du contentieux et plus d'argent aux services et aux processus qui aideront les familles à résoudre rapidement et économiquement leurs problèmes relevant du droit de la famille.

⁶⁰ Robert H. Mnookin et Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, *The Yale Law Journal*, vol. 88, no 5, *Dispute Resolution* (avril 1979), p. 950-997.

⁶¹ *Supra*, note 10, p. 21.



Recommandation 10

Que la prestation précoce de services de première ligne au sein du système de justice familiale soit élargie. Cela a pour effet

- **de rendre bien visibles, faciles d'accès et conviviaux les services de première ligne, comme cela a été fait au moyen d'initiatives telles que les Centres d'information sur le droit de la famille en Alberta et en Ontario, les Justice Access Centres en Colombie-Britannique et les Centres de justice de proximité au Québec;**
- **de coordonner et d'intégrer la prestation de tous les services destinés aux familles qui vivent une séparation, que ces services soient fournis par des avocats, des gouvernements ou des organisations non gouvernementales;**
- **d'affecter de nouvelles ressources ou de rééquilibrer et réaffecter les ressources actuelles du système de justice en faveur des services de première ligne élargis.**

B. Les services d'information

Il y a un fort consensus dans la documentation quant à l'utilité de la communication précoce de l'information aux familles qui se séparent, en particulier - mais pas seulement - lorsque les conjoints ne sont pas représentés. La séparation et la restructuration de la famille constituent une tâche multidimensionnelle et complexe. Au nombre des renseignements importants figurent :

- les effets de la séparation et du conflit sur les enfants;
- ce qu'il faut faire avec les enfants lorsqu'on fait face à une séparation et à un divorce;
- quelles ressources sont disponibles pour aider à gérer les problèmes judiciaires et extrajudiciaires;
- quelles questions d'ordre juridique se posent;
- que dit la loi sur le rôle parental, le soutien et le partage des biens;
- les solutions pour répondre aux problèmes liés à la violence, aux finances ou au logement;
- quels choix de procédure sont disponibles pour résoudre les questions d'ordre juridique;



- comment a-t-on accès aux choix de procédure, quels en sont le délai et le coût.

Un volume considérable d'information sur le droit de la famille est maintenant disponible grâce à la documentation en ligne et imprimée, aux ateliers et aux cours, aux programmes d'information en personne financés par le gouvernement, auprès du personnel de la cour et par téléphone auprès d'avocats financés par le secteur privé et l'État. Toutefois, il n'est pas toujours facile pour les gens aux prises avec des problèmes en matière de justice familiale d'avoir accès à l'information dont ils ont besoin. La Commission du droit de l'Ontario a constaté qu'il y a peut-être trop de renseignements disponibles et que ce n'est peut-être pas aussi efficace que ce pourrait l'être. De plus, il est difficile pour bien des personnes d'avoir accès à l'information en ligne.⁶² Dans la même veine, le Groupe de travail sur l'accès aux services juridiques a noté ce qui suit :

[Traduction] Il y a peu ou pas de coordination ni du contenu ni de la façon dont le public peut avoir accès à cette information. Il y a un chevauchement considérable et un énorme volume de renseignements, et aucun moyen ne permet aux gens de savoir s'ils accèdent à la meilleure source d'information pour le problème qu'ils cherchent à résoudre.⁶³

La recherche a révélé que les services d'information et les services d'entraide qui sont soutenus par l'aide offerte de personne à personne améliorent considérablement les résultats des cas. La facilitation de services d'entraide est particulièrement importante pour les gens qui trouvent que les ressources imprimées sont difficiles à utiliser.⁶⁴

Les avantages d'une information de première ligne, y compris une aide « en ligne », ont été évalués dans un contexte civil plus large par d'autres groupes de travail du Comité national d'action. Le Groupe de travail sur le droit de la famille (GTDF) estime que ces recommandations concordent avec ses conclusions.

⁶² Commission du droit de l'Ontario, *supra*, note 10, p. 8-10.

⁶³ Report of the Access to Legal Services Working Group (Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, mai 2012), p. 6, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.cfcj-fcjc.org/?q=node/159>

⁶⁴ Middle Income Access to Civil Justice Initiatives: Background Paper (University of Toronto Faculty of Law, 2011), en ligne à l'adresse suivante : http://www.law.utoronto.ca/visitors_content.asp?itemPath=5/1/18/0/0&contentId=2113, p. 31-34.



Recommandation 11

Le GTDF appuie les recommandations formulées par d'autres groupes de travail du Comité national d'action quant au fait de communiquer tôt dans les démarches l'information aux citoyens et d'appuyer ce qui suit en raison de son utilité en particulier pour les familles

- **une information qui est accessible, dans un langage simple, neutre et précis;**
- **une information qui répond aux besoins des parties se représentant elles-mêmes;**
- **une information qui est disponible sous diverses formes, y compris en personne (par l'entremise de centres d'information juridique et de lignes téléphoniques), en ligne et dans des guides imprimés.**

C. Les programmes d'information obligatoires

Dans un certain nombre de provinces, les gens qui intentent des poursuites prévues par le droit de la famille sont tenus d'assister à une certaine forme de séance d'information. La Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, le Québec et la Nouvelle-Écosse prévoient des programmes obligatoires sur le rôle des parents après la séparation. Au Québec, avant de donner suite à une demande faisant l'objet d'une opposition concernant des enfants, les parties doivent rencontrer un médiateur qui donne de l'information sur le processus de médiation.

En Ontario, en déposant une demande, les parties doivent assister à une séance d'information sur les effets de la séparation et du divorce sur les parties et les enfants, sur la nature de la procédure judiciaire et sur d'autres moyens que les procédures de contentieux. En Colombie-Britannique, les parties, dans certains greffes de la cour provinciale, doivent assister à une réunion d'information avec un conseiller en justice familiale avant de s'adresser aux tribunaux. En Alberta, les parties non représentées qui déposent une demande d'ordonnance, en vertu de la Family Law Act, qui fait l'objet d'une opposition doivent rencontrer un gestionnaire de dossiers judiciaires qui, entre autres, informe les parties au sujet du processus et les aide à explorer différentes options.

Au-delà des avantages évidents d'orienter et d'aider à organiser les parties, ces programmes reposent sur deux idées. La première est que l'information est essentielle à un règlement équitable. La seconde est que l'information est un outil de résolution des différends ou, dit de façon négative, la désinformation peut engendrer des différends et les prolonger. Les approches adoptées par différents programmes



d'information dans différentes provinces varient au regard de l'information qui est communiquée, de la personne qui la communique, du moment où elle est communiquée, de l'endroit où elle est communiquée et de la personne qui doit la recevoir, mais les motifs sous-jacents et les objectifs généraux sont les mêmes. La communication précoce d'information s'est révélée être suffisamment efficace dans la réduction des conflits et l'accélération du règlement de sorte que bien des provinces ont décidé de la rendre obligatoire.

Recommandation 12

À l'exception des cas d'urgence et des ordonnances sur consentement, que les séances d'information soient obligatoires pour les parties qui se représentent seules et pour tous les parents ayant des enfants à charge. La séance devrait se tenir le plus tôt possible et avant que les parties ne comparaissent devant le tribunal. Les renseignements suivants doivent à tout le moins être fournis :

- **ce qu'il faut faire avec les enfants après une séparation et les effets de la séparation et du conflit sur les enfants;**
- **l'information juridique de base;**
- **l'information concernant la médiation et d'autres choix de procédure;**
- **l'information concernant la disponibilité des services à la famille non juridiques.**

D. Le triage⁶⁵

Dans le contexte juridique, la fonction de triage a trait à l'évaluation initiale et continue d'un cas afin de déterminer notamment le degré d'urgence, les besoins urgents et la façon la plus efficace et adéquate de régler le différend. Les dossiers de droit de la famille sont très dynamiques. C'est pourquoi il est toujours nécessaire d'effectuer un triage. Dans le système de justice familiale, la procédure de triage comporte généralement ce qui suit :

- une évaluation initiale et continue de la situation particulière et des besoins de chaque partie;
- un aiguillage efficace vers des services appropriés et proportionnels;

⁶⁵ Prendre note que le concept du triage est défini davantage à la recommandation 4.1.2 (page 14) du rapport du Groupe de travail sur la prévention, le triage et l'aiguillage du Comité d'action.



- recueillir de l'information sur les services à la famille disponibles;
- déterminer un moyen en vue de régler le différend;
- réduire la possibilité de lacunes et de chevauchements dans les services en servant de point d'intégration des services à la famille juridiques et non juridiques dans le système de justice et dans la collectivité en général.

Dans de nombreux rapports, il est recommandé qu'une certaine forme de triage soit utilisée pour évaluer les besoins des gens ayant affaire au système de justice familiale afin de les guider vers les services les plus appropriés.⁶⁶ Ce service engendre l'efficacité des parties en litige malgré la complexité intimidante des procédures du système de justice. Vraisemblablement, il favorise aussi l'efficacité au sein de l'administration de la justice en aidant à réduire le recours redondant, inefficace ou inapproprié au personnel du greffe et aux tribunaux.

Recommandation 13

Que des services de triage, notamment l'évaluation, l'information et l'aiguillage, soient mis à la disposition des personnes faisant face à des problèmes relevant du droit de la famille.

E. La consultation juridique, l'aide juridique, les parajuristes et la représentation

L'accès aux services juridiques

Les avocats ont été les contrôleurs d'accès traditionnels au système de justice familiale et demeurent le point d'entrée dans le système pour de nombreuses familles qui vivent une séparation. L'accès aux avocats et à une consultation juridique est un élément important de l'accès à la justice. La réduction des budgets d'aide juridique au cours de la dernière décennie a, en général, entraîné une baisse constante du financement accordé aux litiges familiaux. Dans certains cas, l'aide juridique en matière familiale est réduite directement. Même là où des réductions ne sont pas ciblées, l'aide juridique familiale peut y perdre si les fonds limités sont réaffectés en vue de répondre aux impératifs constitutionnels de représentation dans les affaires pénales. Alors que les clients de l'aide juridique en matière criminelle sont majoritairement des hommes, les clients de l'aide juridique en matière familiale sont

⁶⁶ Par exemple, un grand nombre de rapports sont mentionnés à la note 10.



en majorité des femmes.⁶⁷ Cela signifie que les réductions de l'aide juridique en matière familiale ont un effet disproportionné sur les femmes et les enfants, en particulier sur ceux qui sont les plus vulnérables (p. ex., les Autochtones et les femmes immigrantes et handicapées).

Les critères d'admissibilité financière à l'aide juridique n'ont pas été rajustés à la hausse au fil du temps, ce qui a eu pour effet de limiter progressivement l'aide juridique aux plus pauvres. En conséquence, un grand nombre de « travailleurs à faible revenu » n'ont tout simplement pas accès à l'aide juridique en matière familiale, même s'il n'y a pratiquement aucune chance qu'ils aient les moyens de recourir à un avocat. La position de la classe moyenne n'est guère plus reluisante. Même les personnes à revenu intermédiaire ne peuvent généralement pas assumer le coût de sommes importantes de la représentation juridique.⁶⁸

La forte baisse des budgets accordés à l'aide juridique en matière familiale, le coût élevé des services juridiques et la croissance de la culture d'entraide ont tous contribué à l'augmentation spectaculaire du nombre de parties qui tentent de se représenter elles-mêmes dans les litiges familiaux.

L'aide juridique

Le GTDF est en faveur d'une augmentation de l'aide juridique en matière familiale. Cet appui repose sur l'hypothèse que l'aide juridique comprend, entre autres, la représentation juridique. Notre vision de l'aide juridique en matière familiale s'appuie notamment sur les points suivants :

- une représentation par un avocat sur toute la ligne;
- des formes modifiées de représentation juridique telles qu'un avocat de service et des mandats à portée limitée, aussi appelés services juridiques « dégroupés »;
- des ressources en ligne, des documents imprimés, un service téléphonique, des services d'information en personne et des services d'entraide;

⁶⁷ Les statistiques de la C.-B. de 2004-2005 révèlent que les femmes composent jusqu'à 77 % des bénéficiaires de l'aide juridique en matière familiale, mais seulement 17 % des bénéficiaires de l'aide juridique en matière criminelle. Voir Alison Brewin, *Legal Aid Denied: Women and the Cuts to Legal Services in BC*, Wescoast LEAF et Centre canadien de politiques alternatives (septembre 2004), p. 6.

⁶⁸ Voir d'une façon générale : Michael Trebilcock, Anthony Duggan et Lorne Sossin, *Middle Income Access To Justice*, (University of Toronto Press, 2012).



- le recours à des parajuristes bien formés et supervisés ou à d'autres travailleurs du système de justice pour aider les gens à résoudre des problèmes relevant du droit de la famille.

Idéalement, chaque province fournirait un éventail complet de services d'aide juridique allant d'une représentation par un avocat sur toute la ligne jusqu'aux services de vulgarisation juridique intégrés. Les régimes d'aide juridique dans certaines provinces se limiteraient aux consultations juridiques et à la représentation, même si tous aiguilleraient normalement les clients vers les sources d'information lorsque celles-ci sont disponibles.

Le GTDF est également favorable à l'expansion des fournisseurs de services juridiques. Comme l'a fait observer le Groupe de travail sur l'accès aux services juridiques :

[Traduction] Les demandes d'assistance concernant des problèmes juridiques peuvent venir de diverses sources. Les parajuristes, les étudiants et les stagiaires en droit, ainsi qu'un certain nombre de non-juristes, en particulier ceux qui ont une expertise spécialisée, peuvent fournir une assistance efficace dans divers domaines juridiques. Il existe un large éventail d'organisations et de personnes qui fournissent une aide juridique et des conseils même si elles ne détiennent pas une autorisation délivrée par un barreau ou ne sont pas régies par celui-ci.

Certains barreaux exemptent plus particulièrement de la réglementation diverses organisations d'intervenants non juristes et des personnes qui donnent des conseils juridiques. Par exemple, en Ontario, la Loi sur le Barreau dispense un certain nombre de fournisseurs de services juridiques, notamment les personnes qui exercent d'autres professions réglementées ainsi que les employés ou les bénévoles œuvrant auprès de syndicats qui représentent un membre devant un tribunal. Les statuts du barreau exemptent d'autres groupes, notamment les travailleurs judiciaires autochtones, le personnel et les bénévoles des cliniques juridiques ou de cliniques juridiques étudiantes, les employés d'organismes sans but lucratif et des personnes agissant pour des amis ou la famille, entre autres. Le barreau a également élargi le rôle des parajuristes et des étudiants en droit, en particulier des stagiaires en droit.

Les activités et les initiatives du Barreau du Haut-Canada illustrent à quel point les barreaux reconnaissent de plus en plus que les non-juristes



*ont un rôle à jouer dans l'aide aux personnes aux prises avec des problèmes juridiques.*⁶⁹

Une récente évaluation des services à la famille offerts par la BC Legal Services Society établit⁷⁰ :

- les avantages liés aux formes modifiées de consultations juridiques et au recours à des non-juristes formés pour aider les gens à résoudre les conflits familiaux;
- le fait que les différends en droit de la famille comportent très souvent des dimensions « non juridiques » telles que le logement, le revenu et l'emploi, la santé et la santé mentale a pour conséquence que les services juridiques et non juridiques pour la famille devraient être coordonnés et intégrés à l'étape initiale du système de justice.

Recommandation 14

Que l'on associe à l'aide juridique, aux fins du financement et de la prestation de services, un vaste éventail de services et de fournisseurs de services, notamment :

- **une représentation par un avocat sur toute la ligne, une représentation partielle, les services d'un avocat de service, les services d'un avocat, les conseils sommaires, les services brefs et les mandats à portée limitée;**
- **l'information juridique et les services d'auto-assistance, y compris les services d'auto-assistance guidée;**
- **médiation, coordination des responsabilités parentales, counseling;**
- **les programmes ou les services qui relient l'aide juridique aux services non juridiques ou coordonnent ceux-ci.**

Recommandation 15

Que le financement accordé à l'aide juridique en matière familiale soit augmenté.

⁶⁹ *Supra*, note 66, p. 10.

⁷⁰ Focus Consultants, *An Evaluation of Family Legal Services of the Legal Services Society: Final Report* (Legal Services Society, 1^{er} mai 2012)



Recommandation 16

Que les codes professionnels de conduite et les règles des tribunaux dans toutes les provinces soient révisés pour autoriser et appuyer l'utilisation de mandats à portée limitée.

Recommandation 17

Que les provinces ou les territoires étendent le recours à des parajuristes bien formés et supervisés, aux étudiants en droit, aux stagiaires en droit et aux spécialistes non juristes pour fournir une gamme de services aux familles aux prises avec des problèmes juridiques.

La recommandation 15 indique explicitement l'importance de fonds nouveaux pour l'aide juridique. Le besoin de nouvelles ressources, toutefois, ne se limite pas à l'aide juridique. De nombreuses recommandations l'indiquent de façon implicite, tant dans la présente partie qu'ailleurs dans le rapport.

À la partie 3 du rapport, on dépeint le droit de la famille comme étant le « cousin pauvre » du système de justice. On indique que malgré les taux élevés d'engagement à l'égard du système de justice familiale, du point de vue individuel, le grand public accorde généralement peu d'importance au droit de la famille et que l'attention des médias, et donc des politiciens, est tournée bien plus vers le droit criminel. Dans de nombreuses provinces, les budgets de l'aide juridique en matière familiale ont été réduits, et certains considérablement, au cours des dernières années.

De nombreux facteurs font pencher la balance du côté de l'importance d'un système de justice familiale efficace et accessible : le nombre limité de famille qui a besoin de recourir au système, les coûts individuels et sociaux d'un système de justice inaccessible, les répercussions potentielles sur les enfants d'un conflit, etc.

L'utilité de bon nombre des programmes et des services recommandés dans le présent rapport a été démontrée sur le terrain. L'expérience des 25 dernières années montre qu'ils offrent des solutions davantage constructives et efficaces aux problèmes qui surviennent dans les situations de séparation. Si l'on veut combler les lacunes de la mise en œuvre, il faut veiller à ce que ces programmes et services soient financés adéquatement.



Recommandation 18

Que l'on reconnaisse la portée des besoins non satisfaits en matière de justice familiale, les coûts individuels et sociaux associés à la non-satisfaction de ces besoins et l'existence de programmes et de services dont la valeur pour les familles qui vivent une séparation a été démontrée et que le financement des programmes et des services en matière de justice familiale soit accru considérablement.

9. Recommandations relatives à l'organisation judiciaire, aux procédures et au droit substantiel

A. Le tribunal unifié de la famille

Bon nombre des recommandations contenues dans le présent rapport concernent des propositions relatives aux modifications systémiques et culturelles à apporter à la façon dont nous résolvons les conflits familiaux. En pratique, il est très difficile de tirer pleinement parti des avantages de ces modifications sans la création de tribunaux unifiés de la famille dans toutes les régions du Canada.

Le premier tribunal unifié de la famille du Canada, établi à Hamilton-Wentworth, vient de célébrer son 35^e anniversaire cette année. Les tribunaux unifiés de la famille sont maintenant en place dans de nombreuses régions du Canada, mais pas dans l'ensemble du Canada. Ce n'est pas une idée nouvelle ni une idée radicale, mais une idée qui n'a pas encore atteint son plein potentiel.

Qu'entend-on par la formule abrégée « tribunal unifié de la famille »? D'abord, il s'agit d'un seul tribunal qui a l'autorisation légale d'entendre toutes les questions liées à la famille. Deuxièmement, il s'agit d'un tribunal spécialisé dont les juges et le personnel ne traitent que de questions liées à la famille. Troisièmement, il s'agit d'un tribunal qui offre une gamme de méthodes de règlement des différends pour répondre aux différents besoins des familles et des enfants. Quatrièmement, le tribunal fonctionne non seulement comme une cour de justice, mais aussi comme l'un des pivots d'un réseau de services juridiques, communautaires et sociaux pour les familles et les enfants.

L'autorisation légale

En raison de la Loi constitutionnelle du Canada, certaines questions de droit de la famille ne peuvent être tranchées que par les tribunaux supérieurs, notamment les réclamations relatives aux biens formulées par les couples mariés ou les couples en



union libre, le divorce et le rôle parental ainsi que les demandes alimentaires faisant suite au divorce. La plupart des autres questions de droit de la famille peuvent être traitées par des juges de nomination provinciale, comme le rôle parental et les demandes alimentaires sans rapport avec le divorce, le rôle parental et les demandes alimentaires de couples en union libre et de parents célibataires, l'adoption, les procédures concernant la protection de la jeunesse et les ordonnances de protection contre la violence familiale. Cette compétence légale fragmentée embrouille les conjoints et les parents qui doivent souvent s'adresser à plus d'un tribunal pour régler leurs conflits familiaux, et il est difficile pour le système de justice d'intervenir sans cesse et de façon cohérente pour régler ces conflits.

En raison de ces mêmes dispositions constitutionnelles, la création d'un tribunal unifié de la famille unique doit se faire au niveau de la cour supérieure au Canada de manière à constituer une « division de la famille » distincte de la cour supérieure. La création d'une « division de la famille » exige la coopération des gouvernements fédéral et provinciaux, puisque le gouvernement fédéral doit nommer les juges et le gouvernement provincial doit fournir le tribunal et les services sociaux connexes.

La spécialisation

Le droit moderne de la famille exige des connaissances spécialisées, des habiletés en communications interpersonnelles et des méthodes de règlement des différends. Un tribunal unifié de la famille se compose de juges, de professionnels et d'employés qui ont de l'expérience et des aptitudes, et qui se sont engagés à collaborer avec les familles et les enfants. Un tribunal spécialisé est ce qui convient le mieux pour gérer le volume et la complexité du travail, tout en expérimentant, parallèlement, de nouveaux services et de nouvelles méthodes de règlement des différends, et tout en innovant avec ces nouveaux services et méthodes.

Une gamme de modes de règlement des différends

Le thème principal du présent rapport est la nécessité d'un changement de culture et, autant que possible, d'un abandon plus marqué de la procédure accusatoire. Inévitablement, certains litiges finiront par être arbitrés par un juge lors d'une audience ou d'un procès. Notre objectif est de réduire leur nombre, en offrant un large éventail de modes de règlement des différends, avant qu'un membre de la famille ne mette les pieds au palais de justice et même une fois qu'il les a mis. À l'intérieur du palais de justice, un tribunal unifié de la famille peut recourir à divers modes non accusatoires de règlement, grâce à l'engagement des juges et du personnel spécialisés. À cet égard, les tribunaux unifiés de la famille diffèrent grandement de la plupart des autres tribunaux civils. La différence commence avec les processus



d'accueil rattachés aux tribunaux unifiés de la famille, qui doivent différer de l'approche « registre passif » des tribunaux civils en général. Dans le cas du tribunal unifié de la famille, l'étape de l'accueil est celle où se font le triage et l'aiguillage. Pour ceux qui entament la procédure judiciaire, à « l'étape initiale », il y a certainement lieu de recourir aux procédures non accusatoires de règlement et de faire appel à des professionnels non juristes. Les juges du tribunal de la famille devraient être uniquement saisis des litiges nécessitant l'intervention d'un juge.

Les services

Ce qui rend aussi un tribunal unifié de la famille différent d'autres tribunaux est qu'il agit comme un pivot au sein du système des services à la famille. Il arrive que le tribunal de la famille soit la première instance à laquelle s'adressent les parents qui vivent une séparation et il arrive que ce soit la dernière. Le triage et l'aiguillage à l'étape de l'accueil sont des éléments essentiels du processus, qui doivent être effectués par des professionnels qualifiés ayant une bonne connaissance des services et des fonctions des divers organismes dans le système global. Les questions de droit de la famille demandent un mélange particulier de services juridiques et sociaux et ces deux types de service doivent être disponibles avant et après que les litiges aboutissent dans le système judiciaire. L'approche moderne à l'égard du droit de la famille est interdisciplinaire et cela ne peut se produire que lorsqu'une gamme de services communautaires et sociaux est disponible, à l'intérieur et à l'extérieur du système juridique. Encore une fois, un tribunal unifié de la famille peut adopter une approche uniforme et cohérente à l'égard de la place qu'il occupe au sein de ce système global, contrairement aux tribunaux fragmentés ou non spécialisés.

La situation actuelle

Malgré ces avantages évidents, ce ne sont pas toutes les régions du Canada qui sont dotées d'un tribunal unifié de la famille. Il existe maintenant des « divisions de la famille » unifiées au sein des cours supérieures des provinces suivantes (d'ouest en est) : dans l'ensemble de la Saskatchewan et du Manitoba, environ 40 pour cent des régions en Ontario, toutes les régions du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard, 60 pour cent des régions en Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve-et-Labrador.

Dans le reste du Canada, il n'existe aucun tribunal unifié de la famille : dans l'ensemble de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, du Québec et des Territoires, dans la plupart des régions de l'Ontario, de même que dans la majeure partie de la Nouvelle-Écosse et de Terre-Neuve-et-Labrador. Dans chacune de ces régions du Canada, deux instances judiciaires se partagent toujours les questions familiales.



Recommandation 19

Reconnaissant que chaque province ou territoire aurait sa propre version du modèle du tribunal unifié pour répondre aux besoins des familles et des enfants de cette province ou de ce territoire, et que les deux ordres de gouvernement collaborent à l'établissement de tribunaux unifiés de la famille partout au Canada.

En formulant cette recommandation, nous voyons les principes suivants comme étant essentiels à la conception d'un tribunal unifié de la famille : une compétence légale unifiée, des tribunaux spécialisés, des règles et des procédures simplifiées, une gamme de modes de règlement des différends et des services juridiques, communautaires et sociaux intégrés et connexes. Nous voyons les principes suivants comme étant essentiels à sa mise en place : il est accessible partout dans la province (établissement à l'échelle provinciale) et des ressources adéquates sont prévues pour tous les services nécessaires.

Les procédures particulières et simplifiées

Le regroupement des compétences en droit de la famille au niveau d'une cour supérieure comporte un certain risque, soit celui que les procédures relatives au droit de la famille deviennent plus formelles, davantage dominées par le papier, plus lentes et plus onéreuses. Les avantages relatifs aux tribunaux provinciaux de la famille - des formulaires plus simples, des procédures simplifiées et plus de vive voix, d'informalité et, enfin, de convivialité⁷¹ - sont souvent perdus dans un regroupement. Il est essentiel que la division unifiée de la famille d'une cour supérieure ait ses propres règles spécialisées en matière de droit de la famille, ses propres formes et ses propres processus de règlement des différends qui tiennent compte des besoins particuliers et des moyens limités des parties à un litige relevant du droit de la famille. En général, les besoins de celles-ci ne sont pas les mêmes que celles qui sont impliquées dans des questions juridiques de nature civile, ainsi que nous l'avons démontré plus haut dans la partie 4, La nature unique du droit de la famille.

Recommandation 20

Qu'un tribunal unifié de la famille conserve les avantages des tribunaux provinciaux de la famille, notamment leurs procédures particulières et simplifiées, et qu'il ait ses propres règles simplifiées, ses propres

⁷¹ Au Québec, la Cour supérieure est saisie des questions familiales, autres que celles relatives à la protection de l'enfance.



formulaires et ses propres processus de règlement des différends qui sont adaptés aux besoins particuliers et aux moyens limités des parties à un litige relevant du droit de la famille.

B. Les procédures des tribunaux

Les procédures simplifiées

Même en l'absence d'un tribunal unifié de la famille, il existe beaucoup de différends en droit de la famille qui n'exigent pas le recours à la procédure complète. Dans de nombreux cas, le nombre de biens familiaux est peu élevé. Pour ceux qui ont des revenus plus faibles, les demandes de pension alimentaire pour le conjoint et les enfants peuvent être réglées plus simplement et plus rapidement. Même avec des procédures différentes, un grand besoin de proportionnalité se fait toujours sentir dans le règlement des litiges relevant du droit de la famille plus limités et de plus petite envergure. Des procédures simplifiées pourraient diminuer considérablement le coût du règlement de ces litiges et, par conséquent, les honoraires d'avocat pour certains clients et le coût de l'aide juridique pour d'autres.

Recommandation 21

Que les tribunaux de la famille adoptent des procédures simplifiées pour les litiges relevant du droit de la famille plus limités et de plus petite envergure.

Les formulaires simplifiés interactifs

Les formulaires judiciaires remplissent une fonction essentielle pour les parties à un litige en droit de la famille qui se représentent seules lorsqu'elles essaient de naviguer dans le système. Ces utilisateurs peuvent ne jamais consulter les règles du tribunal, mais ils utiliseront les formulaires, ainsi que des ressources d'entraide, pour les guider dans le processus. Les tribunaux de la famille dans de nombreuses provinces ont abandonné les plaidoiries narratives traditionnelles et adopté les formulaires simplifiés comprenant des cases à cocher et des questions à réponse directe laissant un espace limité pour les commentaires.

L'Ontario a utilisé la technologie interactive - également largement utilisée aux États-Unis - pour permettre aux utilisateurs de remplir les formulaires judiciaires simplement en répondant à une série de questions en ligne, souvent accompagnées



d'une fenêtre contextuelle d'instructions. Puis, le logiciel organise les réponses données et les introduit dans le formulaire approprié.

Recommandation 22

Que l'utilisation de brefs formulaires judiciaires simplifiés et interactifs, accompagnés d'instructions faciles à suivre, soit élargie.

Les juges spécialisés

Un certain nombre de rapports ont souligné la nécessité pour les juges spécialisés en droit de la famille de posséder des compétences et des connaissances spécialisées et de démontrer un intérêt.⁷² Voici certaines des qualifications recherchées :

- une expertise en droit de la famille substantiel et judiciaire;
- une volonté et une capacité de mettre à profit de bonnes compétences en matière de règlement des différends pour traiter les cas;
- une formation en droit de la famille et une sensibilité aux dimensions psychologiques et sociales du droit de la famille (en particulier la violence familiale ainsi que l'incidence de la séparation et du divorce sur les enfants);
- une connaissance des divers services de justice familiale offerts aux familles qui comparaissent devant eux.

La façon la plus efficace, bien que ce ne soit pas la seule, de s'assurer que les juges répondent à ces critères consiste à nommer les juges des tribunaux de la famille ayant une vaste expérience dans la pratique du droit de la famille. Dans une récente page en regard de l'éditorial parue dans le Vancouver Sun, il est signalé que sur les 31 nominations à la magistrature fédérale en Colombie-Britannique depuis 2009, seuls deux juges avaient pratiqué en droit de la famille. Cela a fait passer à cinq l'effectif des juges ayant une expérience en droit de la famille, soit moins de cinq pour cent de l'effectif total des tribunaux, un taux qui est grandement disproportionné compte

⁷² Par exemple, Mamo et al, le BC Justice Reform Working Group, la Commission du droit de l'Ontario sont tous mentionnés à la note 8.



tenu du nombre de cas relevant du droit de la famille qui sont portés devant les tribunaux.⁷³

Nous appuyons la nomination d'avocats en droit de la famille en vue de l'instruction des litiges familiaux, mais nous appuyons également la nomination d'avocats qui n'ont pas d'expérience en droit de la famille, mais qui sont disposés à acquérir les compétences spécialisées et les connaissances nécessaires pour travailler dans ce domaine. L'avantage supplémentaire lié à la spécialisation des juges c'est que ceux-ci sont bien placés pour assurer le leadership institutionnel nécessaire à une réforme de la justice familiale.

Là où il n'y a pas de tribunaux unifiés de la famille, l'affectation de juges spécialisés peut être un défi logistique, en particulier dans les petites collectivités. Lorsque ces difficultés sont insurmontables, les juges généralistes qui entendent des affaires relevant du droit de la famille devraient recevoir une formation spéciale sur ces questions.

Recommandation 23

Que des juges spécialisés soient nommés pour entendre les litiges familiaux et que ces juges aient acquis ou soient disposés à acquérir

- **une expertise en droit de la famille substantiel et judiciaire;**
- **une capacité de mettre à profit de bonnes compétences en matière de règlement des différends pour traiter les cas;**
- **une formation en droit de la famille et une sensibilité aux dimensions psychologiques et sociales du droit de la famille (en particulier la violence familiale ainsi que l'incidence de la séparation et du divorce sur les enfants);**
- **une connaissance des divers services de justice familiale offerts aux familles qui comparaissent devant eux.**

Un juge, un cas

Il est largement reconnu comme une situation idéale qu'un même juge entende toutes les questions préalables au procès dans un litige familial donné. Cette pratique permet d'assurer la cohérence et la continuité dans le traitement des dossiers, et elle

⁷³ Marjorie Griffin Cohen et Donna Martinson, Supreme Court of B.C.: Who's the judge? Vancouver Sun, 22 octobre 2012, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.vancouversun.com/technology/Supreme+Court+judge/7427983/story.html>. L'article souligne également que sur les 31 personnes nommées, seulement cinq étaient des femmes et seulement une n'était pas de race blanche.



permet aux tribunaux de traiter plus efficacement les causes et d'améliorer leur responsabilisation envers les parties. Encore une fois, la géographie peut rendre l'application universelle de cette approche très difficile. Cependant, nous souscrivons à l'idée que, chaque fois que c'est possible, le même juge doit traiter et entendre toutes les motions préalables au procès, les conférences et les audiences dans les affaires relevant du droit de la famille. Si le dossier n'est pas réglé avant le procès, un juge différent doit être chargé d'instruire l'affaire. Cette approche est particulièrement utile dans les cas très conflictuels.

Recommandation 24

Qu'un même juge assume la responsabilité de toutes les motions préalables au procès, les conférences et les audiences dans les affaires relevant du droit de la famille.

La gestion des dossiers et la résolution des problèmes

Comme nous l'avons dit, nous disposons d'un système de justice hybride où nous avons recours aux approches accusatoires et consensuelles pour traiter les différends familiaux. Un élément de ce qui doit être fait à l'étape initiale d'une affaire de droit familial c'est de déterminer les questions juridiques, de s'assurer que chaque partie divulgue des renseignements complets et exacts, et de donner des conseils relatifs aux droits et obligations juridiques. Les règles des tribunaux autorisent les plaidoiries et définissent les procédures suffisamment afin de faciliter l'exercice de ces fonctions importantes.

On a généralement tendance, une fois que les plaidoiries sont déposées et que les problèmes circonscrits sont les droits concurrentiels, à gérer le différend comme s'il devait être éventuellement saisi par une cour. Autrement dit, du point de vue procédural, le différend est sur une voie menant à un procès. Il est traité « comme s'il » débouchera sur un procès même si les avocats savent qu'il est fort probable qu'il soit réglé avant d'atteindre l'étape du procès, que ce soit par une négociation directe ou par un processus consensuel de règlement des différends. En fait, les chances que le différend débouche réellement sur un procès sont extrêmement faibles.⁷⁴

⁷⁴ Les affaires relevant du droit de la famille sont rarement réglées par un procès. À la Cour suprême de la Colombie-Britannique en 2011, il y a eu, par exemple, introduction de 12 759 causes en droit de la famille et 226 procès en matière familiale (un taux de procès de 1,8 %). Voir le *Supreme Court of British Columbia 2011 Annual Report*, en ligne à l'adresse suivante :

http://www.courts.gov.bc.ca/supreme_court/about_the_supreme_court/annual_reports/.

Prenez note que les affaires relatives à la protection de l'enfance en Colombie-Britannique sont entendues par la cour provinciale.



La difficulté liée à cette approche est double :

- les règlements surviennent souvent très tard dans le processus, très près du procès, après que beaucoup de temps et de ressources ont été investis par les parties (et les tribunaux);
- en travaillant dans le cadre des litiges, même en ayant recours aux approches consensuelles du règlement des différends, on court le risque de rendre encore plus accusatoire le processus qu'il ne doit l'être et de polariser les parties plus qu'il n'est nécessaire.

La stratégie substitutive est couramment appelée approche axée sur la « résolution de problèmes ».⁷⁵ La résolution de problèmes passe généralement par les étapes initiales de détermination des questions d'ordre juridique : on s'assure ainsi que chaque partie divulgue des renseignements complets et exacts et on donne des conseils juridiques. Toutefois, à ce stade, les parties ne supposent pas qu'ils entameront des poursuites ni n'agissent comme si l'affaire ira devant les tribunaux. Elles prennent plutôt du recul et analysent la situation non comme si la question d'ordre juridique est susceptible de faire l'objet d'une procédure judiciaire, mais comme un problème à résoudre. L'approche axée sur la résolution de problèmes fait intervenir une manière différente de penser et de gérer les conflits. Comme King et al. l'ont noté, un avocat ayant recours à cette approche doit aller au-delà de l'analyse fondée sur les droits et doit tenir compte pleinement des besoins, des intérêts et des objectifs du client à partir d'un certain nombre de points de vue, notamment le point de vue juridique, économique, social, psychologique, politique et moral⁷⁶. C'est comme si l'avocat, après avoir terminé une première évaluation du cas axée sur les droits, s'arrête devant un tribunal à portes multiples et considère quels autres types d'analyse et quelles autres options de procédures devraient être examinés avant de choisir le mécanisme de règlement.

Le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur les systèmes de justice civile a lié l'approche axée sur la résolution de problèmes à l'amélioration de l'accès à la justice. Il a constaté ce qui suit:

... Mettre en place un système de justice civile multi-options nécessitera un changement d'orientation chez de nombreux avocats, juges, administrateurs des tribunaux, spécialistes et clients...L'approche

⁷⁵ Voir, par exemple, Alex J. Hurder, *The Lawyer's Dilemma: To Be Or Not To Be A Problem-Solving Negotiator* (2007) *Clinical Law Review*, vol. 14 at p.253

⁷⁶ *Supra*, note 36, pp. 76 and 77



traditionnelle du contentieux n'a pas mis en relief la résolution de problèmes. De plus, les aspects accusatoires du système ne font pas qu'orienter toute l'approche à l'égard de la résolution de problèmes, mais ils l'imprègnent aussi profondément [...].⁷⁷

Ce « changement fondamental d'orientation » est bien en cours dans le système de justice familiale, mais le GTDF estime qu'il y a encore lieu de déterminer dans quelle mesure les valeurs de la justice accusatoire influent sur les règles des tribunaux de la famille, la gestion des dossiers et les stratégies de règlement des différends.

Recommandation 25

Que les comités des règles de procédure de la cour, les analystes en matière de politiques de justice et les administrateurs judiciaires examinent la législation, les règles, les procédures et les mécanismes administratifs pour trouver des façons d'encourager le recours à une approche plus générale de règlement des différends, en particulier aux premiers stades, tout en limitant la prédisposition à gérer tous les différends familiaux comme s'ils seront résolus dans le cadre d'un procès.

La gestion des cas avant le procès

La gestion de cas a été fortement appuyée par le Groupe de travail sur la simplification des processus judiciaires. Nous croyons qu'il est plus particulièrement important d'exercer une gestion de cas très active avant le procès afin de régler d'une manière juste et efficace les litiges familiaux. Cependant, tous les cas ne requièrent pas le même degré de gestion et tous les cas ne devraient pas être assujettis à la même procédure une fois que la procédure judiciaire est entamée. Les cas devraient plutôt faire l'objet d'un tri à un stade précoce et des formules proportionnelles de gestion de cas devraient être appliquées en fonction des besoins du cas.⁷⁸

Recommandation 26

Que les mesures suivantes soient envisagées :

⁷⁷ *Supra*, note 5, p. 31

⁷⁸ Voir la recommandation de la juge Mackinnon concernant un rééchelonnement différent. Elle recommande une solution rapide pour une ou deux affaires où aucun témoignage d'expert n'a contesté que le revenu du payeur est inférieur à 50 000 \$ ou que le paiement de péréquation prévu est inférieur à 100 000 \$. Il y aurait une autre solution pour les cas financiers complexes ou les cas de garde très conflictuels, *supra*, note 62.



- **chaque cas doit être évalué et suivre une filière procédurale différente qui est proportionnelle et adaptée aux besoins de chaque cas;**
- **accroître le pouvoir judiciaire discrétionnaire d'imposer des processus proportionnels aux parties;**
- **toutes les comparutions devant le tribunal doivent être justifiées;**
- **les parties doivent (dans la mesure du possible) convenir d'un témoin expert commun;**
- **les tribunaux et les parties sont invités, le cas échéant, à prendre part à une brève audience bien orientée, sous serment et sans affidavit ou exposé écrit, pour permettre au tribunal d'entendre les preuves orales et, par conséquent, de réduire le coût et le temps de préparation des documents juridiques;**
- **les provinces doivent examiner le fait de faire appel aux gestionnaires de cas non judiciaires pour aider les parties à faire avancer leur cause et, le cas échéant, pour restreindre et régler les nombreuses questions en litige;**
- **les gestionnaires de cas doivent utiliser les pouvoirs dont ils disposent, dans des circonstances appropriées, afin de limiter le nombre de questions en litige qui doivent être instruites et le nombre de témoins qui doivent être interrogés;**
- **les juges devraient procéder à l'adjudication de dépens plus largement et avec plus d'assurance pour limiter l'accès au processus et encourager un comportement raisonnable.**

Les modèles de procès moins accusatoire

Les tribunaux de la famille ont abandonné le modèle de procès purement accusatoire et ont eu recours aux évaluations indépendantes, à la représentation juridique des enfants et à d'autres méthodes pour entendre la voix de l'enfant de même qu'à une gestion judiciaire plus active, en particulier avec les parties se représentant seules.

En Australie, les tribunaux sont allés plus loin : ils ont élaboré un modèle inquisitoire pour les cas mettant en cause des enfants. Dans ces cas, même si les règles de justice naturelle et d'équité procédurale s'appliquent, la plupart des conventions traditionnelles en matière de procédure ont été éliminées. Le tribunal dirige et contrôle activement le déroulement des procédures d'une manière qui est censée favoriser la prise de décisions concertée de la part des parents, dans le meilleur intérêt des enfants.

Dans ce qu'on appelle les « procès moins accusatoires », le juge, non les parties ou leurs avocats, contrôle l'instance. Le juge assermente toutes les parties au début de



l'audience et tout ce qui est dit après cela l'est sous serment. Il détermine les questions qui doivent être tranchées (compte tenu de l'information fournie par les parties avant l'audience), la preuve qui sera entendue, la façon dont elle le sera et les experts qui seront appelés. Avant l'audience, la famille aura rencontré un « conseiller familial » affilié au tribunal. Cette personne collabore avec la famille, fournit une évaluation à la cour et est disponible tout au long de l'audience en tant que témoin expert.

Ainsi qu'il est indiqué dans le rapport du groupe de travail sur la réforme de la justice familiale en C.-B. :

[Traduction] Pour presque tous les litiges familiaux, des procédures plus rapides et moins formelles peuvent améliorer l'accès au tribunal sans compromettre l'équité. Parfois appelé approche de la « discussion du pour et du contre », un modèle d'audience moins formel et plus souple viendrait compléter les formulaires simplifiés et les procédures préalables à l'audience accélérées dont on a discuté plus tôt. L'audience comme telle serait gérée activement par un juge qui exerce un contrôle considérable sur le moment où la preuve est reçue et sur la façon dont elle l'est.⁷⁹

Nous partageons l'intérêt du Groupe de travail sur la simplification des processus judiciaires à vouloir examiner la question du recours accru aux procédures inquisitoires.⁸⁰

Recommandation 27

Que les provinces se penchent sur l'utilisation de modèles d'audience moins accusatoire, notamment les modèles inquisitoires ou les modèles inquisitoires modifiés et, le cas échéant, qu'elles expérimentent ces modèles au Canada et les évaluent.

Technologie

On a écrit beaucoup ces dernières années sur les efforts déployés quant à l'utilisation d'Internet et des technologies de communications connexes en vue d'améliorer l'accès à la justice grâce, entre autres, à la prestation d'information et de services

⁷⁹ *Supra*, note 10, p.6

⁸⁰ Report of the Court Process Simplification Working Group (Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, mai 2012), p. 23.



juridiques, aux formulaires en ligne et aux processus de règlement des différends offerts en ligne.

Des administrateurs des tribunaux, analystes des ministères, universitaires et entrepreneurs partout dans le monde étudient activement comment la technologie moderne pourrait être utilisée par les organismes de justice pour répondre aux besoins juridiques des citoyens. Le potentiel de l'Internet à cet égard est prometteur dans un contexte où les revenus sont stables, voire à la baisse.⁸¹

Il existe des possibilités importantes et variées de réaliser des gains d'efficacité. Ces possibilités vont des économies de coûts qui pourraient être réalisées dans les cabinets d'avocats grâce à la normalisation et à l'informatisation de leurs documents et procédures opérationnelles, à l'utilisation de la technologie pour offrir des services de médiation familiale lorsque les conjoints habitent dans des villes différentes.⁸²

Recommandation 28

Que tous les intervenants du système de justice appuient l'analyse du potentiel de l'Internet et de la technologie de l'information pour rendre la justice familiale plus abordable et accessible.

C. Le droit de la famille substantiel

Nos lois sur le droit de la famille doivent aussi accorder plus d'attention à la formulation et aux valeurs compatibles avec les différentes approches en matière de résolution des conflits familiaux décrits ci-dessus. Les lois ne devraient pas présumer que les différends seront portés devant les tribunaux et qu'ils seront tranchés par des juges dans le cadre d'audiences ou de procès. Nos lois sur le droit de la famille devraient mettre l'accent sur les ententes et les méthodes permettant de conclure les ententes. Les lois devraient encourager le règlement consensuel des différends. Les audiences du tribunal et les procès devraient être minimisés et considérés comme les méthodes résiduelles de « dernier recours » qu'ils sont pour le règlement des différends. Les concepts et la formulation des dispositions du droit de la famille substantiel devraient refléter une approche moins accusatoire et plus consensuelle.

⁸¹ Voir par exemple : James E. Cabral, Abhijeet Chavan, Thomas M. Clarke, John Greacen, Bonnie Rose Hough, Linda Rexer, Jane Ribadeneira & Richard Zorza, *Using Technology to Enhance Access to Justice*, Harvard Journal of Law & Technology, volume 26, numéro 1, automne 2012.

⁸² Voir les détails du projet de médiation familiale à distance de la C.-B. sur le site Web de la *Mediate BC Society* à l'adresse <http://distancemediation.ca/about/>.



Pour les affaires mettant en cause les enfants, par exemple, les termes « garde » et « accès » devraient être remplacés par les termes « responsabilité parentale », « relation », « périodes » et « calendriers ».

Recommandation 29

Que les lois canadiennes sur le droit de la famille encouragent les processus consensuels de règlement des différends et que les ententes deviennent la norme en droit de la famille, et que la formulation du droit substantiel soit révisée pour rendre compte de cette orientation.

Les dispositions régissant la divulgation devraient considérer la divulgation complète comme une obligation expresse que doivent honorer tous les participants tout au long, que des conséquences graves viennent appuyer en cas de non-respect. Les dispositions légales devraient viser à encourager l'instauration d'une culture de la divulgation et de bonne foi dans les affaires familiales.⁸³

Recommandation 30

Que les droits de la famille substantiels apportent davantage de soutien à une divulgation rapide et complète en prévoyant des obligations positives qui s'appliquent à toutes les étapes d'une affaire et des conséquences graves en cas de défaut de se conformer à ces obligations.

Depuis plus de 20 ans, les aspects financiers du droit de la famille canadien sont de plus en plus régis par des règles, des présomptions et des formules : la présomption d'un partage égal des biens matrimoniaux, le partage égal des pensions, les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants et les Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux. L'entrée en vigueur des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants en 1997 a été un événement marquant dans l'évolution du droit de la famille canadien. Par la suite, un ensemble non contraignant de lignes directrices facultatives a été élaboré en 2005-2008 relativement à la pension alimentaire pour le conjoint.

Nous avons également retiré en grande partie aux tribunaux certains domaines relatifs aux aspects financiers du droit de la famille, par exemple, l'exécution des ordonnances alimentaires par l'entremise d'organismes d'application de la loi ou un

⁸³ Par exemple, la *BC Family Law Act*, art. 5, 212 et 213.



nouveau calcul des pensions alimentaires pour enfants. En outre, le versement par l'État de prestations financières aux familles et aux enfants se fait également la plupart du temps en dehors du système judiciaire, par exemple, la Prestation fiscale canadienne pour enfants et l'aide sociale.

En faisant cela, nous avons reconnu que le processus décisionnel individualisé des tribunaux qui a trait aux finances familiales peut être très coûteux pour ceux qui sont concernés puisque les honoraires d'avocat, le temps de travail perdu et les frais remboursables ne sont généralement pas justifiés. Ainsi, nous avons des droits substantiels qui donnent lieu à des jugements moyens ou par défaut : moins d'individualisation, plus de règles et de présomptions, mais plus d'argent à la fin dans les poches des membres de la famille. En outre, du point de vue du public, le droit de la famille s'applique à un grand nombre de litiges, souvent pour des « enjeux mineurs » et souvent avec les contextes factuels habituels.

Examinons les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants. Nous avons l'habitude d'entreprendre une démarche judiciaire dans ce domaine au cas par cas. Le parent demandeur préparait un budget de dépenses pour chaque enfant et devait établir le bien-fondé de sa cause relative au montant de la pension alimentaire pour enfants. Ce montant était alors évalué en fonction de la capacité à payer du parent payeur. Les montants négociés et adjugés en ce qui concerne les pensions alimentaires pour enfants étaient individualisés, imprévisibles, incohérents et souvent insuffisants. Habituellement, un avocat devait faire le gros du travail. Une bonne partie de cette sous-structure juridique coûteuse et demandant un temps considérable a disparu avec les tables des pensions alimentaires pour enfants. Les tables reposent sur une formule financière, mais peuvent être présentées sous forme de tableaux - tout ce qu'un parent payeur a besoin de connaître c'est le nombre d'enfants et son revenu tel qu'il est défini dans les lignes directrices, et la table lui fournit la réponse.⁸⁴ Environ les deux tiers des cas de pensions alimentaires ont trait simplement au paiement selon la table.

Depuis 1997, il s'est exercé une pression croissante pour que l'on trouve des règles, des formules et des présomptions qui éclaireraient et résoudraient les litiges relevant du droit de la famille. Lorsque les pensions alimentaires pour enfants comportent des aspects discrétionnaires, les gens veulent davantage de critères : dépenses spéciales ou extraordinaires, cas de garde partagée, « enfants adultes », pensions alimentaires pour beau-fils ou belle-fille, difficultés excessives, deuxièmes familles. La même chose s'est passée avec le droit sur les pensions alimentaires pour époux. Les Lignes

⁸⁴ Au Québec la table applicable tient compte des revenus des deux parties.



directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux ne traitent que du montant et de la durée de la pension, mais beaucoup aimeraient que ces lignes directrices fournissent également les formules donnant droit à une pension alimentaire et abordent d'autres questions difficiles telles que la hausse du revenu après la séparation, une nouvelle union ou un remariage du bénéficiaire de la pension alimentaire, la retraite, la maladie et l'invalidité.

On constate également des pressions en ce qui a trait à une formule pour le partage des biens et des prestations de retraite, et pour les biens réclamés par des conjoints en union de fait. Certains ont suggéré que l'on simplifie les lois et les procédures pour un nombre réduit de biens au terme des relations, avec un pouvoir discrétionnaire individualisé beaucoup moins important pour les tribunaux.

Un domaine où l'on a résisté aux présomptions et aux jugements par défaut est celui des différends mettant en cause des enfants. Selon la norme de « l'intérêt supérieur de l'enfant », les parents, les avocats, les médiateurs, les tribunaux et autres doivent régler le dossier de chaque enfant en exerçant un pouvoir discrétionnaire individualisé. Comme l'a indiqué le juge Abella, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est « plus utile à titre d'aspiration que d'analyse juridique ». ⁸⁵ Heureusement, la grande majorité des parents résolvent les questions relatives à leurs responsabilités sans avoir recours aux audiences ou aux critères juridiques. Pour ceux qui ne le font pas, cependant, la loi est très discrétionnaire.

Certaines questions concernant les enfants ne relèvent plus du simple pouvoir discrétionnaire. Dans les dossiers de protection de l'enfance, depuis les années 1980, des lois ont été adoptées pour mieux éclairer les décisions difficiles qui doivent être prises lorsque les enfants doivent être séparés de leurs parents à la suite d'allégations de violence ou de négligence envers les enfants qui ont été avancées par l'État. Un courant se dessine maintenant en faveur de consignes législatives plus rigoureuses concernant le déménagement d'un parent, qui sont illustrées par les dispositions prévues dans la nouvelle B.C. Family Law Act. ⁸⁶ Que cela nous plaise ou non, de plus en plus de parties à un litige relevant du droit de la famille n'auront pas d'avocats, soit parce qu'il n'y a pas d'aide juridique disponible, soit parce qu'ils n'ont pas les moyens d'avoir recours aux services d'un avocat privé ou ne peuvent y avoir accès. Ceux qui se retrouvent dans le système de justice ont encore besoin de conseils juridiques pour résoudre leurs différends, quelle que soit la méthode utilisée. Plus le droit substantiel offre d'orientation ou de « conseils » concernant les résultats à

⁸⁵ *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4th) 432 (C.A. Ont.), à la p. 443

⁸⁶ Voir la *BC Family Law Act*, art. 65-71.



prévoir, plus il est facile pour les membres de la famille de régler leurs différends. Et plus il est probable que les membres de la famille perçoivent les résultats des démarches en droit de la famille comme étant cohérents, prévisibles, justes et légitimes.

Recommandation 31

Que les droits de la famille substantiels soient plus simples et donnent davantage d'orientations au moyen de règles et de présomptions.

10. Les mesures de soutien après le règlement

Les causes familiales sont uniques parce que les parties doivent souvent maintenir des relations, et les ordonnances et les ententes sont susceptibles de changer avec l'évolution des circonstances. Le recours aux tribunaux peut être réduit si les familles reçoivent une certaine aide pour s'adapter à ces changements. Dans un rapport australien exhaustif sur la réforme du droit de la famille, on a admis ce fait et affirmé ce qui suit :

[Traduction] Élever un enfant est une entreprise de longue haleine qui peut souvent être plus complexe après la séparation. Beaucoup de parents ont besoin de soutien pour gérer les conséquences de leurs décisions après la séparation, gérer les nouvelles circonstances qui se présentent dans leur vie et dans celle de leurs enfants, et pour régler des problèmes personnels. Ce soutien est l'une des fonctions essentielles d'un système de droit de la famille efficace.⁸⁷

Nous convenons et constatons qu'un certain nombre de programmes sont en place pour apporter un soutien aux familles après le règlement. Ces programmes procurent également un avantage particulier aux tribunaux et aux administrateurs judiciaires en réduisant la demande de renvoi devant les tribunaux des affaires de droit familial. Ceux qui sont les plus répandus sont les programmes d'exécution des ordonnances alimentaires. En voici d'autres :

⁸⁷ Out Of The Maze: Pathways to the Future For Families Experiencing Separation, Report of the Family Law Pathways Advisory Group (Commonwealth of Australia, juillet 2001), p. 60, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ag.gov.au/Publications/Pages/FamilylawssystemOutOftheMazeAugust2001.aspx>



- Nouveau calcul par procédure administrative - Ces programmes⁸⁸ calculent à nouveau automatiquement chaque année la pension alimentaire d'un enfant en appliquant les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants aux renseignements à jour sur le revenu. Ils visent à empêcher les parents de retourner au tribunal avec des demandes de modification, tout en veillant à ce que l'enfant touche une pension alimentaire et que le montant reflète de façon adéquate le revenu du payeur.
- Coordination des responsabilités parentales - Les coordonnateurs des responsabilités parentales aident les parents à résoudre les conflits liés aux responsabilités parentales habituelles qui surviennent dans le cadre des ordonnances et des ententes existantes. La Colombie-Britannique est la première province à reconnaître la coordination des responsabilités parentales dans la loi. La nouvelle Family Law Act permet à un juge d'ordonner la nomination du coordonnateur des responsabilités parentales ou aux parties de s'entendre sur la nomination de celui-ci. Leurs décisions sont exécutoires lorsqu'elles sont déposées auprès du tribunal.⁸⁹
- Échange et accès sous surveillance - Ces programmes offrent un soutien aux familles dont les rencontres (relations) peuvent donner lieu à des conflits ou soulever des inquiétudes au sujet de l'enfant.

Recommandation 32

Que les programmes actuels qui apportent un soutien aux familles après le règlement soient élargis et que les concepteurs de politique du système de justice continuent d'explorer de nouvelles façons d'offrir un soutien aux familles après le règlement.

11. Données et prise de décisions fondée sur les éléments probants

La plupart des rapports sur la réforme de la justice familiale font état d'un appel à l'amélioration de la collecte de données et de l'évaluation au sein du système de justice familiale. Un récent rapport sur la réforme de la justice pénale en Colombie-

⁸⁸ Le gouvernement fédéral a conclu des ententes avec l'Alberta, le Manitoba, l'Î.-P.-É. et Terre-Neuve-et-Labrador, c'est-à-dire là où le service est disponible pour les ordonnances provinciales et les ordonnances rendues sous le régime de la *Loi sur le divorce*. En outre, des services sont dispensés en vertu d'une loi provinciale seulement en Nouvelle-Écosse et dans les régions pilotes (Kelowna, Halifax et Cap-Breton)

⁸⁹ *BC Family Law Act*, art. 14-19, art. 45.



Britannique attirait l'attention sur « le recours fréquent, dans le processus décisionnel du système de justice, à des données qui étaient en fait des anecdotes : données anecdotiques ». Le rapport faisait également mention d'[Traduction] « une longue histoire de scepticisme entourant la mesure dans le monde juridique ».⁹⁰

Au Royaume-Uni, la préoccupation concernant l'absence de recherche empirique sur le système juridique a donné lieu à une enquête sur les raisons de cette situation et ce qui pouvait être fait à cet égard. L'enquête faisait partie des efforts déployés constamment afin de [Traduction] « prendre des mesures concrètes pour s'assurer que nous obtenons une image exacte du "droit dans le monde réel" ». ⁹¹L'introduction du rapport de l'enquête explique ce qui suit :

[Traduction] Le rapport commence en établissant que la recherche sur la façon dont fonctionne la loi a vraiment de l'importance. En effet, il soutient que ce n'est pas seulement un besoin continu, mais que c'est aussi un besoin qui ne cesse de grandir. À mesure que la société consacre plus de temps à « rédiger des lois » et que la loi joue de plus en plus un rôle dans différents aspects de nos vies, nous avons besoin plus que jamais de renseignements sur ce que cela signifie en pratique.

En exposant ce point de vue de façon aussi éloquente, les auteurs ont clarifié un point important. Ce qui nous manque plus particulièrement, c'est la recherche empirique, qu'elle soit quantitative ou qualitative. Nous avons besoin de savoir comment le droit ou la prise de décisions judiciaires ou l'exécution juridique s'applique réellement en dehors de la loi ou des manuels scolaires.

Étonnamment, nous disposons d'un faible volume de données empiriques sur la nature et l'ampleur des différends familiaux dans la société en général ou sur l'adéquation de la réponse du système de justice ou encore sur les conséquences d'un règlement adéquat ou inadéquat des différends familiaux. Nous n'avons pas une connaissance empirique de ce qui arrive aux litiges familiaux après qu'ils ont été portés devant un tribunal. Nous savons qu'un très faible pourcentage aboutit devant un tribunal, mais nous n'avons pas de données sur ce qui arrive au reste. Nous ignorons combien de dossiers sont réglés, quand et pourquoi ils sont réglés, ou après quel est le coût du règlement et sur quels critères repose le règlement.

⁹⁰ Geoffrey Cowper, *A Criminal Justice System for the 21st Century*, BC Justice Reform Initiative (août 2012), p. 88, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ag.gov.bc.ca/justice-reform-initiatives/index.htm>

⁹¹ Hazel Genn, M. Partington et S. Wheeler, *Law in the Real World: Improving our Understanding of How Law Works* (Nuffield Foundation, 2006), p. iii, en ligne à l'adresse suivante : www.nuffieldfoundation.org/reports



La mise en œuvre de mesures objectives et la collecte de données empiriques au sujet du système de justice seraient très utiles à deux égards pour le moins. Cela permettrait aux décisions administratives (allant des règles des tribunaux aux programmes et services familiaux) de reposer sur de l'information objective plutôt que sur des hypothèses et une connaissance fondée sur des données anecdotiques. Cela permettrait également aux ministères de la justice de mieux justifier les ressources nécessaires pour répondre aux exigences liées à la justice et de créer une analyse de rentabilisation convaincante pour une réforme.

À certains égards, le Canada est peut-être en train de perdre du terrain quant à cet enjeu, même si l'on est de plus en plus conscient du besoin de disposer de données pour appuyer la saine administration du système de justice familiale. En 1968, Statistique Canada a commencé à recueillir et à publier des données démographiques provenant du Bureau d'enregistrement des actions en divorce du ministère de la Justice. Toutefois, le Canada a arrêté de recueillir des statistiques sur les divorces en 2004, et Statistique Canada décrit maintenant le statut de la base de données comme « inactif ».⁹²

L'utilité de nombreuses recommandations formulées dans le présent rapport pourrait être considérablement accrue si les ressources étaient disponibles pour effectuer de la recherche empirique sur leur incidence et leur efficacité. Les mesures objectives du rendement et les données opérationnelles exposant les détails du fonctionnement du système de justice permettraient d'accroître l'efficacité de l'administration de la justice tout en contribuant à assurer un soutien aux programmes de justice familiale, tant de la part du grand public que des décideurs du système de justice.

Recommandation 33

Que les universités, les ministères de la justice, les organisations judiciaires et juridiques de même que les organisations non gouvernementales collaborent en vue d'effectuer plus de recherches empiriques approfondies sur le fonctionnement et l'administration du système de justice familiale, notamment en ce qui concerne l'accès à la justice familiale.

⁹² Voir le site Web de Statistique Canada à l'adresse : http://www23.statcan.gc.ca/imdb/p2SV_f.pl?Function=getSurvey&SDDS=3235&Item.Id=1634&lang=en



12. Prochaines étapes

Comme il est mentionné précédemment, le GTJF est un des quatre groupes de travail qui relèvent du Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale. Tous les groupes de travail a publié un rapport accompagné de recommandations. Chacun de ces rapport sera examiné lors du sommet de l'Association du Barreau canadien intitulé Nouveau regard sur l'égalité devant la justice : Édifier l'égalité devant la justice pour tous qui se déroule du 25 au 27 avril 2013 à Vancouver. Au début de l'automne, le Comité d'action publiera son rapport final. En prenant appui sur les rapports des groupes de travail, le rapport final du Canada traitera d'un cadre pour l'accès accru à la justice en matière civile et familiale. Environ en octobre et en novembre, ces rapports feront l'objet d'une publication à grande échelle et de vastes discussions. Au début de 2014, le Comité d'action prévoit tenir un colloque auquel participeront des décideurs principaux du système de justice en vue de trouver des mesures concrètes en réponse au problème de l'accès.

13. Conclusion

Le droit de la famille a une portée très large. Il n'y a peut-être aucun autre domaine du droit qui touche autant de gens. La qualité ou la pertinence des rapports d'une famille avec le système de justice peuvent façonner la vie des membres de la famille et avoir une incidence sur leur bien-être à long terme. En conséquence, nous avons tenté tout au long du présent rapport d'examiner les problèmes auxquels ont dû faire face les familles, ainsi que les lois, services et procédures que nos institutions de justice leur offrent, principalement de leur point de vue. De ce point d'observation, nous voyons le besoin impérieux de produire des résultats en temps opportun et à la portée de tous; nous voyons aussi le coût financier et psychologique considérable pour les conjoints, les parents et les enfants lorsque ce besoin n'est pas satisfait.

D'un vaste point de vue social, nous voyons des risques supplémentaires liés à un accès insuffisant à la justice familiale. Dans un discours prononcé devant l'Association du Barreau canadien en 2011, le gouverneur général du Canada, le très honorable David Johnston, a parlé du « contrat social » qui existe entre la profession juridique et la société, et des responsabilités des professionnels du système de justice face à la réduction de l'accès à la justice. Faisant référence à ce moment-là à son expérience à titre de gouverneur général, il a dit : « C'est ainsi que je me suis rendu compte à quel



point la primauté du droit représente une valeur inestimable dans notre pays et à quel point ce principe peut être vulnérable ». ⁹³

Le lien entre l'accès à la justice familiale et la primauté du droit est direct et immédiat. C'est là que la plupart des Canadiens ont besoin du système de justice. La justice familiale doit être financièrement accessible aux Canadiens ordinaires.

⁹³ Le très honorable David Johnson, La profession juridique dans une nation avertie et bienveillante : une vision pour 2017, Conférence juridique canadienne de l'Association du Barreau canadien, Halifax, 14 août 2011, en ligne à l'adresse suivante : <http://www.gg.ca/document.aspx?id=14195>



ANNEXE A

Rétroaction des intervenants dans le domaine du droit de la famille

Une version précédente du présent rapport, datée du 19 décembre 2012, a été communiquée aux fins de commentaires. Le GTJF a reçu plus de 40 réponses de ministères, cours supérieures, cours provinciales, avocats en droit de la famille, médiateurs, universitaires, programmes d'aide juridique et organismes de services aux victimes. Le GTJF tient à souligner la contribution des nombreux groupes et intervenants qui ont pris le temps d'examiner le rapport et de formuler des commentaires sur les recommandations. En plus des commentaires de fond utiles que nous avons reçus, nous avons été touchés par l'ampleur de l'engagement à l'égard de la justice familiale qu'ils reflètent clairement.

Les commentaires sur le fond du rapport étaient très positifs en général, un répondant le décrivant comme une « contribution innovatrice et constructive à la réforme du droit familial ». Ils ont aussi renforcé la perception du Groupe de travail quant à la gravité du problème d'accès et au besoin d'apporter des changements réels et substantiels.

Les répondants ont aussi formulé des suggestions pour que des ajouts ou des modifications soient apportés au rapport. Ils ont proposé que l'on intègre davantage d'initiatives en matière de droit de la famille et ont relevé différents arguments, questions et détails qui pourraient être soulevés ou examinés plus en profondeur. Le GTJF a apporté des changements au rapport afin de tenir compte de ces commentaires. En même temps, notre objectif est de rendre compte de l'éventail des innovations et des débats concernant les problèmes liés à l'accès et à la réforme du droit de la famille. Une telle étude exhaustive de ces questions dépasse largement l'objectif et la portée du présent rapport.

On invite les lecteurs à prendre note d'un dernier point mis en lumière à la suite de l'examen des commentaires des intervenants, à savoir que l'état des lois, des programmes et des services varie, parfois dans une large mesure, d'une province à l'autre. Certains des avis reçus de la part d'individus ou de groupes se recoupent dans le contexte unique de la province. Le présent rapport traite de l'enjeu d'un point de vue national; un dialogue plus approfondi concernant la réforme pourrait aboutir à des conclusions différentes dans chaque province.

