

Incidences de la réforme du droit de la famille sur le rôle des juges au Québec

Dominique Goubau

Volume 19, numéro 2, juin 1988

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059146ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059146ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Goubau, D. (1988). Incidences de la réforme du droit de la famille sur le rôle des juges au Québec. *Revue générale de droit*, 19(2), 393–411.
<https://doi.org/10.7202/1059146ar>

Résumé de l'article

La réforme du droit de la famille a eu d'importantes incidences procédurales. Dans la foulée du courant de droit récent en faveur de la négociation, la médiation et le règlement des conflits dans l'intérêt premier des enfants, le juge se voit confier une nouvelle mission et se trouve doté de pouvoirs d'intervention élargis. L'auteur analyse l'impact judiciaire de la réforme en constatant le recul du caractère contradictoire et conflictuel des débats. Le contentieux familial échappe de plus en plus à la conception traditionnelle du procès civil et l'auteur conclut en se demandant si le juge est suffisamment outillé pour faire face à son rôle nouveau.

Incidences de la réforme du droit de la famille sur le rôle des juges au Québec

DOMINIQUE GOUBAU

Avocat, responsable de formation pratique
à la Faculté de droit de l'Université Laval

RÉSUMÉ

La réforme du droit de la famille a eu d'importantes incidences procédurales. Dans la foulée du courant de droit récent en faveur de la négociation, la médiation et le règlement des conflits dans l'intérêt premier des enfants, le juge se voit confier une nouvelle mission et se trouve doté de pouvoirs d'intervention élargis. L'auteur analyse l'impact judiciaire de la réforme en constatant le recul du caractère contradictoire et conflictuel des débats. Le contentieux familial échappe de plus en plus à la conception traditionnelle du procès civil et l'auteur conclut en se demandant si le juge est suffisamment outillé pour faire face à son rôle nouveau.

ABSTRACT

The family law reform has created important procedural incidence. In the stream of recent law development which emphasizes negotiation, mediation and settlement of the conflicts in the children's interest, a new mission has been given to the judge which enlarges his intervention power.

The author analyses the impact of the reform on the judiciary debate ascertaining a decrease in the adversary and contradictory aspects of the process. The family litigation is withdrawing from the traditional civil debate and the author concludes by asking himself if the judge is sufficiently equipped to cope with his new mission.

SOMMAIRE

Introduction	394
I. Particularités de la fonction judiciaire au Québec	397
A. Le juge et la procédure civile contradictoire	397
B. Le pouvoir d'intervention du juge dans l'administration de la preuve civile	398
C. La mission du juge en matière familiale avant la réforme	400

II. Caractéristiques du débat judiciaire après la réforme du droit de la famille	402
A. Le recul du débat contradictoire	402
1. Le juge « investigateur »	402
2. Le juge « conciliateur » et « conseiller familial »	404
3. Les témoignages écrits	405
B. Le déclin du débat conflictuel	406
1. Les demandes conjointes et l'abandon de la notion de faute	406
2. Les tiers dans le débat familial	408
3. Le huis-clos	410
Conclusion	411

INTRODUCTION

Les années 1980 auront marqué le droit de la famille qui, en cette décennie presque achevée, a connu des changements importants et accélérés. Que l'on songe par exemple à l'introduction du livre deuxième du *Code civil du Québec*¹, aux innovations dans les règles de droit judiciaire familial², aux modifications à la *Loi sur la protection de la jeunesse*³, à la nouvelle loi sur le divorce⁴ ou aux dispositions qui encadrent désormais l'adoption internationale⁵. Avec l'instauration du nouveau *Code civil*, on peut dire que le Québec a procédé à une réforme en profondeur de son droit de la famille et de la philosophie qui le sous-tendait jusqu'alors⁶.

Cette réforme s'inscrit essentiellement autour de deux axes. Le premier est celui de l'égalité juridique parfaite. Égalité entre conjoints qui se voient désormais, et sans équivoque, titulaires des mêmes droits et

1. *La Loi instituant le Code civil du Québec et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39 (Projet de loi n° 89), entrée partiellement en vigueur les 2 avril 1981 et 1^{er} décembre 1982.

2. *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille en modifiant le Code de procédure civile*, L.Q. 1982, c. 17 (Projet de loi n° 18).

3. L.R.Q., c. P-34.1.

4. *Loi sur le divorce*, S.C. 1986, c. 4.

5. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives concernant l'adoption*, L.Q. 1983, c. 50, entrée en vigueur le 21/12/83 et la *Loi concernant l'adoption et modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse, le Code civil du Québec et le Code de procédure civile*, L.Q. 1987, c. 44, entrée en vigueur le 17/8/87.

6. Sur la réforme on peut consulter, notamment, M.J. LONGTIN, « La réforme du droit de la famille et la procédure civile en matière familiale », [1982] *C.P. du N.* 1, pp. 6 et ss; S. PILON, *La nouvelle législation en matière familiale au Québec*, Montréal, éd. Y. Blais, 1984; J. PINEAU, *La famille, droit applicable au lendemain de la loi n° 89*, Montréal, P.U.M. 1982; J.P. SENEAL, *Séparation, divorce et procédure*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1983.

tenus aux mêmes obligations⁷. Égalité des parents à l'égard de leurs enfants puisque l'autorité parentale est exercée collégalement⁸. Égalité, enfin, entre les enfants, indépendamment des circonstances de leur naissance. Le Québec ne connaît donc plus les notions d'enfant naturel ou légitime⁹. En abandonnant toute idée d'hierarchie au sein de la famille, le législateur harmonisait le droit familial aux principes reconnus comme primordiaux par la société québécoise et clairement exprimés quelques années plus tôt dans la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁰. Le deuxième axe est celui de l'abandon des notions de faute et de responsabilité morale dans le contentieux familial, au profit de la recherche de l'intérêt de la famille et de celui de l'enfant, qui deviennent les critères primordiaux de l'intervention judiciaire¹¹.

Cette réforme a eu une incidence considérable sur le processus judiciaire en matière familiale et sur la fonction judiciaire elle-même. Le résultat en est un recul marqué du principe de la procédure contradictoire et une volonté d'éviter, autant que possible, les débats conflictuels dans ce domaine.

La règle de l'égalité des conjoints dans leurs rapports mutuels et de l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale impliquait un mécanisme d'arbitrage extérieur à la cellule familiale. À l'instar de la plupart des pays occidentaux, le Québec a confié cette tâche délicate aux tribunaux¹². Il a créé ainsi, pour reprendre l'expression maintenant consacrée, le « ménage à trois », l'homme — la femme — le juge, laissant à ce dernier le soin d'appliquer des critères aussi larges que la notion d'intérêt de l'enfant ou de la famille. En ce sens il n'est d'ailleurs pas exagéré de dire qu'il y a quasi-absence de critères et que le juge québécois dispose ici d'un pouvoir quasi discrétionnaire en vertu duquel il crée des

7. Les articles 441 C.c.Q. et ss, dispositions d'ordre public, ont introduit un véritable régime matrimonial primaire obligatoire, fondé sur le principe de l'égalité des époux (voir sur cette question E. CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1985).

8. Art. 443 C.c.Q.

9. Art. 594 C.c.Q.

10. L.R.Q., c. C-12.

11. La récente loi sur le divorce confirme cette tendance en introduisant la séparation de fait d'une seule année comme preuve d'échec du mariage et donc cause de divorce, *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, c. 4, par. 8(1) et (2). Celui-ci pouvant faire l'objet d'une demande conjointe, on peut dire que depuis le 1^{er} juin 1986, date d'entrée en vigueur de la loi, le Canada permet le divorce par consentement mutuel après une séparation physique d'un an.

12. Il faut noter qu'en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes ainsi que les matières familiales en général, la loi interdit expressément le règlement des différends par la voie de l'arbitrage privé (art. 1926.2 C.c.B.-C.) ou de l'arbitrage par avocats (art. 394 C.p.c.).

droits bien plus qu'il n'en reconnaît^{12bis}. En substituant l'autorité judiciaire aux membres décideurs de la famille, la loi demande au juge, en plus de continuer à dire le droit, de prendre des décisions d'opportunité et d'équité. Se pose alors la question de la mise en œuvre de cette mission : le juge est-il outillé pour assumer le rôle d'arbitre qui semble tellement étranger à la fonction judiciaire ?

L'idée d'un tribunal de la famille spécialisé avec compétence sur l'ensemble des questions familiales, développée dans les années 1970 et d'ailleurs suggérée par l'Office de révision du Code civil¹³, n'a pas été retenue comme réponse aux nouvelles dimensions du rôle du juge et aux priorités en matières familiales. À ce changement structurel, le législateur lui a préféré un réaménagement de la procédure en redéfinissant plus particulièrement la place que doit y occuper le juge.

Pour lui permettre d'assumer sa nouvelle mission, la loi invite ce dernier d'une part, à jouer un rôle actif dans la procédure et l'administration de la preuve et d'autre part, à aider les parties dans leurs démarches de réconciliation et de négociation.

Nous nous proposons d'analyser ici l'impact de la réforme du droit de la famille sur la mission et les pouvoirs du juge par rapport au rôle traditionnellement dévolu aux magistrats québécois en matière civile et au déroulement des procédures dans le cadre des conflits familiaux.

12bis. *Droit de la famille* — 71, [1984] C.A. 374; sur la question de la discrétion judiciaire on peut consulter Nicholas BALA, « Judicial Discretion and Family Law Reform in Canada », (1986) 5 *Can. J. Fam. L.* 15; également M. TH. MEULDERS-KLEIN « L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial », *Acte des XI^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 963 et C. LABRUSSE « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in *Études offertes à R. Rodières*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 152 et ss. Il est à noter que la *Loi de 1985 sur le divorce* introduit toutefois un critère supplémentaire à l'intérêt de l'enfant en matière d'attribution du droit de garde : le paragraphe 16(10) prévoit qu'en rendant une ordonnance de garde le tribunal « applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact ». Si l'on peut y voir un effort louable du législateur vers l'établissement de critères plus justes en matière de garde, le facteur relié à la communication entre enfant et parent non-gardien reste soumis, bien entendu, au critère général de l'intérêt de l'enfant. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une limite à la discrétion judiciaire (voir en ce sens R. JOYAL « Quelques réflexions sur l'article 16 de la *Loi de 1985 sur le divorce* relatif à la garde des enfants », (1987) 47 *R. du B.* 817).

13. Office de révision du Code civil, Comité du Tribunal de la famille, *Rapport sur le Tribunal de la famille*, Vol. XXVIII, Montréal, 1975. La nécessité de créer une telle instance trouve encore des partisans auprès de nombreux auteurs, juges ou avocats. Voir, entre autres, S. PILON, « Le rôle du juge en matière familiale », (1983) 43 *R. du B.* 1160; R.S. ABELLA « Procedural Aspects of Arrangements for Children upon Divorce in Canada », (1983) 61 *R. du B. can.* 443.

I. PARTICULARITÉS DE LA FONCTION JUDICIAIRE AU QUÉBEC

On ne peut parler du rôle du juge en matière familiale et de l'incidence de cette mission sur le débat contradictoire sans rappeler la place qu'occupe traditionnellement le magistrat québécois dans le procès civil. En effet, le Québec tient une place particulière dans le paysage juridique occidental. Les sources de notre système sont mixtes et on résume souvent cet état de choses en disant que le droit public tire son origine du droit anglais alors que le droit privé est de souche française. Colonie française d'abord, anglaise ensuite, le Québec a hérité des systèmes juridiques de ces deux pays, subissant l'influence de l'un et l'autre pour en arriver, au fil des siècles, à un droit propre, hybride mais original et autonome¹⁴.

A. LE JUGE ET LA PROCÉDURE CIVILE CONTRADICTOIRE

Les règles de procédure, telles que nous les connaissons aujourd'hui, sont le fruit de la confrontation de deux systèmes fondamentalement différents. L'histoire de la procédure au Québec, depuis la Conquête de 1760, est en effet marquée d'une succession d'inévitables frictions causées par la difficile cohabitation d'un outil procédural aux connotations nettement anglaises et d'un droit substantif aux larges influences françaises¹⁵.

Dans la Nouvelle-France, le juge exerce une fonction investigatrice marquée, rôle confirmé par le *Code Louis* de 1667 et qui est d'autant plus important sous l'ancien régime qu'il n'y avait pas d'avocats pour représenter les parties¹⁶. Avec la Conquête de 1760, le Québec voit l'instauration du droit public anglais. Bouleversement qui, toutefois, alla de pair, à quelques années près, avec une préservation partielle du droit privé français. Mais dès cette période ce sont des juges anglais avec leur tradition judiciaire propre qui vont appliquer le droit. Or, le rôle procédural des magistrats anglo-saxons consistait essentiellement à entendre la preuve telle que présentée par les plaideurs, à disposer des objections et ultimement, à trancher les litiges sur la base de cette seule preuve. On assiste au XIX^e siècle à l'essor de la procédure contradictoire où la responsabilité de l'enquête appartient entièrement aux parties et où le

14. Pour une description de l'interaction des différentes sources du droit québécois et l'importance de cette diversité dans l'analyse du droit, voir G. TREMBLAY, *Grille d'analyse pour le droit du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987.

15. Pour une étude détaillée des origines du droit judiciaire québécois, voir J.M. BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986.

16. Voir P. GLENN, « La responsabilité des juges », (1983) 28 *McGill L.J.* 229.

juge, dans le respect du principe de neutralité, n'intervient que comme modérateur pour empêcher les abus, parce que ce principe est considéré comme la meilleure garantie de l'impartialité du juge¹⁷.

C'est essentiellement cette conception du procès et de l'administration de la preuve qui sous-tend la codification des règles de procédure en 1867 et en 1897. Mais le système de procédure civile contradictoire pure est peu compatible avec les exigences de célérité et d'équilibre des forces en présence. On assiste donc, depuis une trentaine d'années, à des innovations législatives qui vont toutes dans le sens d'une plus grande implication du juge et qui participent au mouvement, généralement observé dans les pays occidentaux, d'une recrudescence de la procédure investigatrice, sans toutefois mettre en réel péril le caractère contradictoire des débats, ni le rôle premier que doivent y tenir les plaideurs¹⁸.

B. LE POUVOIR D'INTERVENTION DU JUGE DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE CIVILE

Le *Code de procédure civile*, dans sa version de 1965, nous rappelle que neutralité ne signifie pas passivité. Ainsi le juge peut « signaler aux parties quelque lacune dans la preuve, et leur permettre de la combler, aux conditions qu'il détermine »¹⁹. Il peut également poser des questions aux témoins mais est tenu, comme les plaideurs, au respect des règles de la preuve²⁰. Non seulement les juges voient-ils donc leur marge d'intervention élargie, mais ces pouvoirs ont été interprétés par les tribunaux comme constituant une obligation judiciaire de participer à la recherche de la vérité afin d'assurer le respect des droits des parties en cause, ce qui, souligne la jurisprudence, est essentiel dans une conception moderne de l'administration de la justice²¹. Ce devoir d'intervention

17. Voir L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, p. 17 et P. FERLAND, « Le rôle du juge dans le procès civil de la Province de Québec », (1969) *Revue de l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit* 182.

18. Sur le caractère contradictoire de la procédure et l'importance de la préserver, voir notamment le Livre blanc sur l'administration de la justice au Québec de J. CHOQUETTE, *La Justice contemporaine*, 1975.

19. Art. 292 C.p.c.

20. Art. 318 C.p.c.

21. Voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Montana c. Les développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 R.C.S., 32 ainsi que *Obadia c. Construction p.p.l. Inc.* [1981] C.S. 309, *Brisson c. Société financière pour le commerce et l'industrie S.F.C.I. Ltée*, [1975] C.A., 614 et *Girard c. Gariépy*, [1975] C.A., 706. Dans *Girard c. Gariépy* le premier juge avait rejeté une demande de pension alimentaire parce qu'aucune preuve ne lui avait été soumise quant aux capacités de payer du débiteur. La Cour d'appel souligne que « cette façon de disposer d'un litige lorsqu'il appert [...] que la preuve manquante aurait pu facilement être obtenue si le Tribunal, la croyant nécessaire, eut demandé qu'on

demeure toutefois modéré et n'affecte pas le caractère contradictoire des débats. En effet, la responsabilité de l'enquête à l'audience continue à appartenir en premier lieu aux parties²² et le rôle du juge est donc supplétif²³.

Dans certains secteurs, pourtant, on assiste à l'avènement d'une procédure purement inquisitoire. C'est particulièrement le cas au chapitre du recouvrement des petites créances, introduit en 1971. Dans un souci d'efficacité et d'économie pour les justiciables, le législateur y interdit la représentation par avocat²⁴. Par conséquent, c'est le juge qui procède lui-même à l'interrogatoire des parties et apporte à chacune « un secours équitable et impartial de façon à faire apparaître le droit et à assurer la sanction », après avoir tenté de concilier les parties si les circonstances s'y prêtent²⁵. Il peut de sa propre initiative décider de visiter les lieux ou ordonner une expertise dont il déterminera discrétionnairement la procédure²⁶. En matière de recours collectifs on constate également un nouveau rôle dévolu au tribunal : celui de veiller aux intérêts des membres d'un groupe contre les actes judiciaires de leurs représentants²⁷.

Le but de ces différentes réformes est certainement de faciliter l'accès aux tribunaux et de favoriser un règlement rapide et peu onéreux des conflits, mais il amène au constat que dans certains secteurs de la procédure et certainement en ce qui concerne le recouvrement des petites créances, le législateur a atténué le principe de neutralité du banc²⁸. L'évolution vers une plus grande implication des juges dans l'administration de la preuve semble s'exprimer également dans la tendance qu'ont,

la lui fournisse est contraire à l'esprit même et à la lettre du nouveau Code de procédure civile ». Comme le souligne le professeur Léo DUCHARME (« Du pouvoir du tribunal d'ordonner la correction d'une lacune de la preuve », (1978) 38 *R. du B.* 81) « c'est dire que le juge de première instance avant de rejeter une action pour insuffisance de preuve doit se demander si la preuve manquante pourrait être facilement rapportée s'il en manifestait le désir ».

22. Voir les art. 280 et ss du C.p.c.

23. L'article 292 C.p.c. invite le juge à permettre aux parties de combler une lacune dans la preuve ou la procédure qu'il leur a signalée. C'est donc dire que l'initiative de la preuve se trouve entre les mains des parties. Voir sur cette question S. WEX « Judicial Intervention : The Truth Theory Versus the Fight Theory », (1974) 34 *R. du B.* 220.

24. Ce n'est qu'exceptionnellement, lorsqu'une affaire soulève une question complexe sur un point de droit, que le juge peut permettre la représentation des parties par avocat. Dans ces cas, les honoraires de l'avocat sont à la charge du ministère de la Justice selon les barèmes de la *Loi sur l'aide juridique* (L.R.Q. c. A-14) art. 977.1 C.p.c.

25. Art. 975 et 976 C.p.c.

26. Art. 977 et 290 C.p.c.

27. Art. 1002 et ss C.p.c.

28. Certains auteurs ont suggéré que ce rôle obligatoire et grandissant du juge pourrait conduire à la création d'une véritable responsabilité. Voir par exemple P. GLENN, *loc. cit.*, note 16, p. 256.

depuis peu, les tribunaux, à étendre le domaine de la connaissance judiciaire. Ainsi, dans une affaire récente de modification de pension alimentaire²⁹, la Cour d'appel, sous la plume du juge Claire L'Heureux-Dubé, prend judiciairement connaissance de statistiques établies par le gouvernement canadien pour définir le seuil de la pauvreté d'une famille de quatre enfants, tout en ayant soin de préciser que « ces données générales qu'on doit avoir à l'esprit sont subordonnées à la preuve et aux circonstances de l'espèce »³⁰.

C. LA MISSION DU JUGE EN MATIÈRE FAMILIALE AVANT LA RÉFORME

Dans le contexte du *Code civil du Bas-Canada* et de la *Loi sur le divorce* de 1968 le juge présidait des débats au caractère conflictuel marqué, puisque dans les litiges conjugaux la notion de faute avait une incidence directe sur les mesures accessoires, que ce soit à l'égard des enfants ou des obligations alimentaires réciproques. Avant la réforme des années 1980, la place du juge dans les procédures familiales n'était pas différente de celle qu'il occupe dans tout autre procès civil, avec par conséquent un pouvoir d'intervention modéré, comme nous l'avons vu.

À cette exception près, qu'en matière de séparation de corps et de divorce il avait déjà une mission particulière qui s'ajoutait à celle de désigner le conjoint responsable et de trancher les conflits. La loi lui demandait de vérifier les possibilités de réconciliation des parties. Ainsi en matière de séparation l'ancien article 199 C.c.B.-C. prévoyait la possibilité de surseoir au jugement de séparation « jusqu'à un jour ultérieur qu'il indique, afin de laisser aux époux le temps de s'entendre et de se réconcilier ». Cette mission n'avait pourtant pas un caractère absolu puisqu'elle ne s'appliquait pas dans les cas d'adultère. De la même façon la *Loi sur le divorce* de 1968 empêchait le tribunal de prononcer le divorce s'il entrevoyait une possibilité de réconciliation³¹,

29. *Droit de la famille* — 182, [1985] C.A., 92.

30. À ce propos, il est intéressant de noter que le *Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*, dans son document *La Preuve au Canada* (Y. Blais et Commission canadienne de l'uniformisation des lois, 1983, p. 64), propose d'étendre la connaissance judiciaire aux faits :

- i) dont la notoriété et l'acceptation sont telles dans son ressort qu'ils ne pouvaient raisonnablement être contestés, ou
- ii) dont il est possible d'établir facilement l'exactitude en recourant à des sources dont la fiabilité ne saurait raisonnablement être remise en question.

L'Office de révision du Code civil avait pour sa part déjà proposé une extension de cette même notion mais en la limitant toutefois aux faits notoires et incontestables (*Rapport sur le Code civil du Québec*, Projet de Code civil, Québec, Éditeur Officiel, 1978, Vol. 1, p. 543).

31. *Loi sur le divorce* (1968) art. 9.

celle-ci constituant bien entendu une fin de non-recevoir. Et la loi invitait donc le tribunal à examiner avec les parties les possibilités de réconciliation³² tout en lui donnant le pouvoir d'ajourner les procédures et même de désigner une personne qualifiée ayant pour mission d'aider les conjoints. Aucun rôle direct et actif, pourtant, n'était dévolu au juge dans ce processus de réconciliation. Comme le souligne le professeur Jean Pineau, on ne peut donc pas prétendre catégoriquement que le tribunal ajoutait à ses fonctions traditionnelles celle de « raccommodeur de ménages »³³. On ne lui demandait que « d'user de sa perspicacité et de sa clairvoyance pour apprécier la probabilité ou l'improbabilité d'un armistice ou même d'une paix ». Ce rôle spécial était de peu de conséquence puisqu'après 14 jours d'ajournement imposé par la Cour en vue d'une réconciliation, l'un ou l'autre des conjoints pouvait demander la reprise de l'instance. Ainsi s'éteignait définitivement la timide mission réparatrice du tribunal.

Il faut rappeler qu'au Québec, et cela n'a pas changé avec la réforme, le juge de première instance siège seul et que la collégialité n'existe qu'en degré d'appel. D'autre part, les affaires familiales, dites civiles, si l'on fait exception de l'adoption et de la protection de la jeunesse qui sont de la compétence exclusive du Tribunal de la jeunesse, ne sont pas confiées à un tribunal spécialisé, mais à la Cour supérieure, qui est le tribunal de droit commun. Les juges n'ont, en matières familiales, de spécialisation que celle acquise sur le banc. Or les magistrats ne sont pas assignés en permanence à la Chambre de la famille mais, au contraire, en assument la présidence à tour de rôle tout au long de l'année. On est donc loin des recommandations de l'Office de révision du Code civil qui, déjà en 1975, avançait que les juges responsables du contentieux familial devraient posséder, en plus de leur formation juridique, une connaissance suffisante des sciences du comportement humain afin qu'ils puissent mieux comprendre l'étendue des problèmes des parties et qu'ils soient en mesure d'évaluer et de mieux apprécier les recommandations qui leur sont faites par les experts³⁴. L'absence d'obligation de spécialisation est d'autant plus lourde de conséquence que le

32. *Idem*, art. 8.

33. J. PINEAU, *Mariage, séparation, divorce : l'état du droit au Québec*, Montréal, P.U.M., 1976 p. 153.

34. O.R.C.C., le Comité du Tribunal de la famille, cité en note 13, p. 47.

À noter que le Comité soulignait que les mêmes qualités seraient requises des avocats qui plaideraient devant ce tribunal de la famille. Vœux pieux si l'on en croit la Cour d'appel qui, sous la plume du juge C. L'HEUREUX-DUBÉ, fustige les avocats en droit familial : « [...] mais combien de preuves incomplètes, sur le compte de l'ignorance ou de l'incompétence du procureur [...]. Combien de preuves amputées par manque d'intérêt ou faute d'en saisir toute la portée ! Il est assez symptomatique que ce genre de laisser-aller se retrouve beaucoup moins fréquemment en matières de contrat, d'assurance ou de responsabilité, qu'on qualifie de « droit civil » par opposition à « droit familial » (*Droit de la famille — 182*, [1985] C.A. 93).

tribunal de première instance dans l'exercice de sa discrétion, agit bien souvent comme dernière instance. En effet, il est établi en droit québécois qu'une Cour d'appel n'a pas de discrétion distincte de celle du tribunal de première instance et qu'elle ne peut intervenir dans l'appréciation des faits à moins d'une erreur grave et manifeste du premier juge³⁵. La Cour d'appel est donc réticente quand il s'agit de se substituer au juge qui a eu l'avantage d'entendre personnellement les témoins.

Le défaut de spécialisation peut, bien entendu, être comblé par les experts dont le tribunal s'entoure³⁶. Mais il faut rappeler que les services d'expertise psycho-sociale rattachés à la Cour supérieure ne sont disponibles que dans les cas impliquant des enfants mineurs et que, de plus, le juge ne rend une ordonnance d'expertise psycho-sociale que lorsque les parties y consentent expressément³⁷.

II. CARACTÉRISTIQUES DU DÉBAT JUDICIAIRE APRÈS LA RÉFORME DU DROIT FAMILIAL

A. LE RECUK DU DÉBAT CONTRADICTOIRE

1. Le juge « investigateur »

Le débat contradictoire qui laisse aux seules parties l'initiative et la maîtrise de la preuve, repose sur le postulat que de la confrontation jaillira la vérité, ce qui permettra d'aboutir à une décision éclairée. C'est sans doute oublier qu'en matière familiale il y a rarement de vérité unique et qu'aucune preuve ne pourra jamais refléter fidèlement les relations au sein de chaque famille dans toute leur complexité. Autrement dit, *la meilleure* solution est difficilement décelable puisqu'elle exige une connaissance parfaite et détaillée de chaque individu visé par l'intervention judiciaire, ce qui est irréaliste³⁸.

35. Voir à cet effet *Bockler c. Bockler*, [1974] C.A., 41; *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S., 291; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S., 2; *Daunais c. Farrufia*, [1985] R.D.J. 223 (C.A.).

36. Les articles 414 et ss C.p.c. énoncent le pouvoir général des tribunaux d'ordonner une expertise si les fins de la justice le requièrent.

37. Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9, art. 23.1 et ss. À propos du service d'expertise psycho-sociale et les implications procédurales de telles expertises, voir A. CLOUTIER « Le service d'expertise psycho-sociale et l'instance judiciaire en matière familiale », (1989) *R.D.J.*, pp. 658 et ss.

38. À ce propos R.S. ABELLA, *loc. cit.*, note 13, p. 447, ajoute ceci : « So many people find the courtroom a daunting and unnatural milieu that it is difficult for them to expose to judicial scrutiny their ante-bellum or normal personality. » Concernant les inconvénients du système contradictoire en matières matrimoniales, voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le tribunal de la famille*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1974, p. 46 et ss.

Le législateur québécois a donc choisi d'impliquer le juge dans la recherche de cette meilleure solution afin qu'il puisse disposer de toute l'information nécessaire sans être victime d'éventuelles lacunes dans la preuve des parties. L'article 815.1 C.p.c. est innovateur : il permet au tribunal, à chaque instant de l'instruction, d'ordonner d'office la production de toute preuve additionnelle. Cette même disposition autorise le tribunal à faire venir les personnes dont il estime le témoignage utile ou à convoquer ceux dont les intérêts pourraient être touchés par le jugement à venir. Ce pouvoir général, même s'il ne fait que consacrer une pratique qui semblait s'instaurer depuis quelques années, n'en demeure pas moins exorbitant de la tradition judiciaire québécoise et fait du juge une troisième partie impliquée dans le procès.

Mais ce nouveau pouvoir, qui va beaucoup plus loin que l'article 292 C.p.c., demeure supplétif puisqu'il ne permet que la recherche d'une preuve additionnelle. C'est donc dire que l'enquête, même en matières familiales, relève de la responsabilité première des plaideurs et que l'essence du débat contradictoire n'est donc pas évacuée^{38bis}. Non seulement les règles de preuve doivent-elles être respectées et sont-elles connues d'avance des plaideurs mais ceux-ci gardent-ils le droit de contre-interroger le témoin dont le tribunal aurait ordonné la comparution en vertu de ses nouveaux pouvoirs.

Dans certains cas, pourtant, le juge peut entendre des témoins hors la présence des parties et il s'agit, dans ces cas exceptionnels, de véritables entorses au principe. Ainsi l'article 816.3 C.p.c. permet au juge d'interroger lui-même un enfant en l'absence des parties et l'article 822.2 C.p.c. invite le tribunal à entendre séparément les époux dans une demande conjointe de séparation de corps sur projet d'accord, afin de vérifier la réalité et la qualité des consentements.

Quant aux autres pouvoirs d'intervention donnés au juge, ils ont essentiellement pour but une meilleure protection de l'enfant. Dans les cas où le tribunal est appelé à prononcer la déchéance de l'autorité parentale, par exemple, et avant même de désigner la personne qui exercera cette autorité, il peut convoquer d'office le conseil de famille afin de prendre son avis³⁹.

38bis. Se portant à la défense du système contradictoire (ou adversarial) en matières matrimoniales R.S. ABELLA, *loc. cit.*, note 13, p. 449, écrit : « But those who negate the validity of the adversary system perform an indirect disservice to its consumers. No less than any other area of dispute, family problems may be beyond the ability of the parties involved to resolve on their own. No less than in any other area of human interaction, some degree of predictability of performance expectations is useful », référant à Vilhelm Aubert, « Competition and Dissensus — Two Types of Conflict and Conflict Resolution », (1963) 7 *J. of Conflict Resolution* 26, p. 34.

39. Art. 655 C.c.Q. et art. 826.3 C.p.c.

2. Le juge — « conciliateur » et « conseiller familial »

On assiste au Québec, comme ailleurs au Canada, à un important courant du droit familial, tant législatif que prétorien, qui met l'accent sur la médiation, la conciliation et la négociation comme moyens appropriés de règlement des conflits⁴⁰. Il est aujourd'hui reconnu qu'il vaut mieux aboutir à une solution négociée acceptable pour les parties plutôt qu'à un arbitrage qui fait suite à un débat contradictoire (adversarial). Non seulement parce que cela permet d'atténuer les effets néfastes d'affrontements souvent exacerbés par les procédures elles-mêmes, mais, d'un point de vue plus pragmatique, parce qu'on peut espérer qu'une solution négociée aura plus de chance d'être respectée⁴¹.

Que ce soit dans l'arbitrage des différends conjugaux ou des conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, l'étape de la conciliation s'impose dorénavant⁴². En vue de favoriser cette conciliation, le tribunal peut à tout moment, avant le jugement, ajourner l'instruction pendant trente jours (art. 815.2 C.p.c.). En matière de séparation, la loi va beaucoup plus loin : elle invite le juge, en plus d'assumer le rôle de conciliateur, à prodiguer ses conseils aux parties, à tout moment de l'instruction (art. 528 C.c.Q.). Le juge se voit dès lors dans l'inconfortable situation de conseiller conjugal qui, en cas d'échec de ses efforts en vue de rapprocher les belligérants, doit trancher le litige.

En effet, l'action de concilier et de conseiller n'implique-t-elle pas nécessairement pour son auteur un devoir d'informer, avec le risque de dévoiler parfois ses propres convictions?⁴³ C'est exiger beaucoup de la magistrature. Celle-ci semble d'ailleurs consciente de l'ambiguïté de

40. Dans l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada (*Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S., 801), le juge WILSON fait état, en référant à la médiation et la conciliation, à ce qu'elle qualifie de « principal courant du droit récent », alors que la Cour, par cette décision, confirme toute l'importance qui doit être accordée aux conventions visant les obligations alimentaires entre ex-conjoints et rappelle les limites aux pouvoirs des tribunaux de réviser pareilles ententes.

41. À propos du non-respect des ordonnances alimentaires, voir E. DELEURY : « Effectivité et ineffectivité des décisions de justice en matière matrimoniale : un exemple d'ineffectivité totale, le non-paiement de pensions alimentaires » (1985) 26 C. de D. 935.

42. Art. 448 et 653 C.c.Q.
L'article 653 C.c.Q. s'applique à toute difficulté relative à l'exercice de l'autorité parentale. À titre d'exemple, elle fut invoquée dans une cause où le tribunal avait à décider des composantes du nom de famille d'un enfant. L'article 56.1 C.c.B.-C. prévoit en effet que les parents peuvent donner à leur enfant un nom composé d'au plus deux parties provenant de leurs propres noms. En l'espèce, il s'agissait de savoir si le nom composé de l'enfant commencerait par le nom du père ou plutôt par celui de la mère (*Harvey et Lacroix c. Le Protonotaire du District de Montréal*, [1985] C.S. 11).

43. En ce sens, voir A.J. PIRIE : « The Lawyer as Mediator : Professional Responsibility Problem or Profession Problem? », (1985) 63 R. du B. Can. 378.

cette nouvelle mission si l'on en croit les indications fournies aux juges récemment nommés : « Il faut [...] être prudent sur la façon d'intervenir et éviter de donner une opinion, ce qui risquerait de créer un malaise une fois venu le moment de juger avec l'impartialité et l'apparence d'impartialité requises⁴⁴. » Ce malaise nous semble révélateur de l'incompatibilité de la mission de conseiller ou de concilier et celle de juger. La loi prévoit que rien de ce qui a été dit ou écrit au cours d'une entrevue de conciliation extra-judiciaire, n'est recevable en preuve dans une procédure judiciaire (art. 815.3 C.p.c.). Cette importante protection a pour but d'inciter les antagonistes à négocier librement et d'éviter que le tribunal ne soit influencé par des informations que les parties n'ont dévoilées que dans l'espoir d'un règlement amiable. Exiger d'une même personne d'être conciliateur et juge à la fois, risque de rendre illusoire, voire impossible, la mission de conciliation qui devient alors acte d'autorité.

Rappelons que l'Office de révision du Code civil avait proposé que cette mission de conciliation soit exercée par des services spécialisés rattachés aux tribunaux mais géographiquement éloignés de ceux-ci pour marquer la frontière entre la fonction thérapeutique et la fonction strictement judiciaire du tribunal⁴⁵.

3. Les témoignages écrits

Le *Code de procédure civile* exige que la preuve testimoniale se fasse à l'audience et en présence de la partie adverse afin que celle-ci puisse se prévaloir de son droit de contre-interroger les témoins (art. 293 et ss. C.p.c. et plus particulièrement l'art. 314 C.p.c.). Cette exigence participe de la conception québécoise du débat contradictoire, hérité du système anglais, qui interdit, sauf exception, le témoignage écrit. Or, depuis quelques années, pour des raisons d'efficacité et de simplification du processus judiciaire dans les cas qui nécessitent célérité, les exceptions s'accumulent comme autant d'entorses à cette règle fondamentale (injonction : art. 754.1 et 2 C.p.c. et recours extraordinaires : art. 835.2 C.p.c.). La procédure familiale n'a pas échappé à cette nouvelle tendance. L'article 813.10 C.p.c.⁴⁶ impose dorénavant aux parties à une demande de mesures provisoires, de faire leur preuve au moyen d'affidavits qui doivent être communiqués à l'adversaire avant l'audience. Sous cet aspect, en plus de celui du rôle croissant des juges, la procédure québécoise

44. Extrait de la communication « Droit de la Famille », p. 8, de l'honorable juge PHILIPPON, J.C.S., présentée au colloque pour les juges récemment nommés, mars 1988.

45. O.R.C.C., *op. cit.*, note 13, p. 35-36.

46. Cette disposition fut créée par la *Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 26 et est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1985

en matière familiale démontre une tendance actuelle à rejoindre le système qui prévaut dans des pays comme la France ou la Belgique⁴⁷.

Les tribunaux ont rappelé qu'au stade des mesures provisoires la preuve par affidavits, loin de revêtir un caractère exceptionnel, est désormais la règle⁴⁸. Mais la preuve orale n'en est pas pour autant écartée. Elle doit toutefois faire l'objet d'une autorisation du tribunal lorsque la mesure provisoire en question ne se rapporte pas à la garde, à la surveillance ou à l'éducation des enfants (art. 813.11 C.p.c.). Le tribunal n'a donc pas l'obligation d'entendre une preuve orale en plus de la preuve par affidavits dans les dossiers de pension alimentaire provisoire⁴⁹.

De plus, le tribunal peut autoriser l'interrogatoire hors cour. Cette possibilité était traditionnellement exclue en matière familiale, sauf exception. Récemment le législateur a élargi ces exceptions et il est désormais possible de faire une preuve hors cour dans le cadre des demandes de divorces et de séparation de corps non contestées⁵⁰. Dans ces cas, le juge dispose des demandes dans son cabinet et les parties ne doivent même plus se présenter au tribunal⁵¹.

B. LE DÉCLIN DU DÉBAT CONFLICTUEL

1. Les demandes conjointes et l'abandon de la notion de faute

Le principe de la responsabilité morale disparaît du contentieux familial pour laisser place à la recherche de ce qui est raisonnable et juste. Les motifs invoqués dans les demandes de séparation de corps et de divorce ne font plus que rarement l'objet de contestations judiciaires. Depuis le 1^{er} juin 1986, l'échec du mariage est une cause suffisante de divorce et la simple séparation de fait pendant un an, constitue la preuve de cet échec (par. 8(2) de la *Loi de 1985 sur le divorce*). Quant à la

47. Voir P. RAYNAUD, « Le contentieux familial en droit judiciaire », in *Actes des XI^e Journées d'études juridiques J. Dabin, op. cit.*, note 12bis, pp. 89 et ss.

48. Voir notamment *Droit de la famille* — 292 [1986] R.J.Q., 1760, [1986] R.D.F. 373 (C.A.) où la Cour d'appel renverse la décision du premier juge qui avait refusé une série d'affidavits émanant de différents témoins et déposés par l'appelant. Il n'avait accepté que les déclarations assermentées des parties elles-mêmes en raison du caractère exceptionnel de ce mode de preuve.

49. *Droit de la famille* — 272, [1986] R.J.Q. 922; [1986] R.D.F., 188 (C.S.).

50. L'article 404 C.p.c. fut modifié en ce sens par la *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière de témoignage hors de cour et de saisie*, L.Q. 1986, ch. 85, art. 2, en vigueur depuis le 10-12-1986.

51. Dans un rappel adressé le 15/06/87 aux membres du Barreau, le juge en chef adjoint du district de Montréal souligne que cette preuve par affidavits sera reçue dans les demandes en séparation de corps ou divorce non contestées à moins que des enfants mineurs soient impliqués (*Journal du Barreau*, juillet/août 19/13-14, p. 5).

séparation de corps, elle peut être prononcée lorsque la « volonté de vie commune est gravement atteinte » (art. 525 C.c.Q.), ce qui peut résulter, entre autres, d'une séparation physique de deux ans.

Les causes mêmes de divorce ou de séparation font de moins en moins l'objet de contestations judiciaires. Les débats portent essentiellement sur les mesures provisoires ou accessoires. Or à ce stade, les législateurs provincial et fédéral ont évacué la conduite des parties comme critère de décision, rejoignant ainsi les préoccupations de l'Office de révision du Code civil qui estimait que l'insistance sur la conduite des parties cadre mal avec la philosophie d'une intervention judiciaire médiatrice plutôt que punitive⁵².

De façon générale, d'ailleurs, la loi incite les parties à régler elles-mêmes les conséquences de leurs mésententes, même en cours d'instance. Les tribunaux sont invités à suspendre l'instruction dès qu'apparaît la possibilité pour les parties de conclure un accord. La *Loi sur le divorce*, par l'accent qu'elle met sur la conciliation, favorise de la même façon la conclusion de conventions entre époux. L'introduction de la procédure par demandes conjointes est révélatrice de la volonté d'atténuer le caractère conflictuel des débats. Il existe deux sortes de demandes conjointes. La première, générale, permet de formuler conjointement toute demande en matière familiale, sauf lorsque la loi ou les circonstances l'interdisent (art. 813.1 C.p.c.)⁵³.

La deuxième est la demande conjointe de séparation de corps sur projet d'accord (art. 527 C.c.Q.). Cet accord, qui dispense les époux de révéler la cause de séparation, doit être un règlement complet des conséquences de cette séparation. Le tribunal peut l'entériner et lui donner ainsi force de chose jugée, comme il peut rejeter la demande ou ajourner l'instruction s'il est insatisfait des termes de la convention. Le rôle du juge n'en est donc pas un de simple homologation puisqu'il doit vérifier la véracité des consentements et la qualité des conventions⁵⁴.

52. O.R.C.C., *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur Officiel, 1978, Vol. II, p. 170 et ss.

53. Depuis le 1^{er} juin 1986, *La loi sur le divorce* permet également les demandes conjointes. Toutefois, la jurisprudence semble limiter cette possibilité aux seuls cas où la cause de divorce invoquée est la séparation d'un an, excluant ainsi les demandes conjointes fondées sur l'adultère ou la cruauté physique ou mentale. (*Droit de la famille* — 304, [1986] R.J.Q. 2241; *D. c. P.*, C.S. Athabaska 415-12-001995-864, juge R. LESAGE, 86-09-31; *F. c. L.*, C.S. Chicoutimi 150-12-005075-864, juge J. PHILIPPON, 86-11-24). Encore qu'il n'existe aucune statistique sur le sujet, on peut affirmer qu'en matière de divorce le nombre de demandes conjointes est sans cesse croissant et qu'elles sont généralement accompagnées d'une convention sur mesures accessoires. En pratique, le rôle du juge se limite alors à exercer son pouvoir de contrôle sur ces conventions, en sa qualité de protecteur des enfants et de l'ordre public.

54. Le caractère contentieux, et non gracieux, de cette procédure a été confirmé par la Cour supérieure dans l'affaire *Barreau du Québec c. La Chambre des Notaires du Québec*, [1984] C.S. 731. Ce jugement est porté en appel (N° 500-09-000664-847).

2. Les tiers dans le débat familial

Le souci du législateur de favoriser le règlement équitable et éclairé des conflits, dans le meilleur intérêt des enfants, a ouvert la porte à l'intervention des tiers et, par conséquent, à l'abandon de la structure traditionnelle bipartite du contentieux familial. Ces interventions sont de trois ordres : les interventions à l'initiative des tiers, celles ordonnées par le tribunal et finalement, celles imposées par la loi.

— interventions à l'initiative des tiers

Cette première catégorie constitue certainement un des éléments les plus remarquables des derniers développements en droit familial. Plusieurs dispositions viennent autoriser des personnes privées, étrangères à la famille, à s'immiscer dans son administration. L'expression la plus récente de cette tendance se retrouve dans la nouvelle *Loi sur le divorce* qui prévoit qu'un tiers peut, avec l'autorisation de la cour, intervenir dans le dossier pour réclamer la garde ou un droit d'accès à l'égard de l'enfant des conjoints (art. 16). Un oncle ou une voisine pourrait donc, au nom de l'intérêt de l'enfant, greffer à la demande principale de divorce, une demande de mesures provisoires ou accessoires. En matière d'adoption, les tribunaux ont déjà autorisé l'intervention de grands-parents biologiques qui entendaient s'opposer à l'adoption de leur petit-fils⁵⁵. Quant à la déchéance de l'autorité parentale, la loi permet à tout intéressé de saisir les tribunaux d'une telle demande (art. 654 C.c.Q.).

— interventions ordonnées par le tribunal

Le tribunal peut requérir d'office la présence de tiers à l'occasion de certains débats. Ainsi le nouvel article 815 C.p.c. autorise le tribunal à ordonner la mise en cause de toute personne dont les intérêts peuvent être touchés par un jugement concernant la filiation, afin de mettre ce jugement à l'abri des tierces-oppositions⁵⁶. De façon plus générale, la loi invite les tribunaux à réserver désormais une place particulière aux enfants dans le contentieux familial. Depuis la réforme de 1980, l'intérêt de l'enfant doit être le motif déterminant de toute décision prise à son

55. *Droit de la famille* — 289, [1986] R.J.Q. 1714 : le tribunal estime que les grands-parents ont un intérêt suffisant qui leur permet d'intervenir puisqu'il s'agissait pour eux de sauvegarder leur droit à maintenir des contacts et des liens avec leur petit-fils, tel que prévu par l'article 659 C.c.Q.

56. M.J. LONGTIN, *loc. cit.*, note 6, pp. 14-15.

sujet (art. 30 C.c.B.-C.)⁵⁷ et chaque fois que cet intérêt est en jeu, le tribunal peut donner l'occasion à l'enfant d'être entendu (art. 31 C.c.B.-C.). Mais il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire, tout comme l'est celui de suspendre l'instruction afin de permettre à l'enfant de se faire représenter par avocat (art. 816 C.p.c.)⁵⁸.

Une fois la décision prise d'entendre l'enfant, celui-ci peut, indépendamment de la désignation d'office ou non d'un avocat, se faire accompagner d'une personne apte à l'assister ou à le rassurer⁵⁹. Par contre, lorsque l'intérêt de l'enfant est opposé à celui du titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur et lorsque l'enfant ne peut déterminer son propre intérêt, le juge doit lui désigner un tuteur *ad hoc* (art. 816.1 C.p.c.). Il s'agit là d'une obligation qui s'impose au juge mais elle a déjà été interprétée restrictivement, même si la jurisprudence sur ce point n'est pas abondante. Ainsi dans l'affaire *V. c. M.*⁶⁰, le tribunal en arrive à la conclusion qu'un tuteur *ad hoc* ne doit être désigné à l'enfant possédant un intérêt opposé à celui de son père, sa mère ou son tuteur, que lorsque cet enfant recherche la reconnaissance judiciaire de son intérêt, c'est-à-dire qu'il recherche une conclusion en sa faveur, plutôt que de se contenter de faire valoir son point de vue. Dans ce cas seulement l'enfant aura le statut de partie au procès et pourra requérir ses propres conclusions⁶¹.

Dans les autres cas où il est autorisé à intervenir au débat, il n'y assiste directement qu'à titre de témoin ou indirectement que par l'intermédiaire d'un avocat dont la tâche se limite alors à participer à l'enquête et à faire valoir au tribunal le meilleur intérêt de son jeune client, dans le cadre d'une procédure à laquelle ce dernier n'est pas partie. Le droit de

57. La jurisprudence tend à identifier l'*intérêt de l'enfant* (notion non définie par la loi) à la mesure de son bien qui comporterait généralement quatre aspects : l'aspect physique ou matériel, l'aspect affectif ou émotionnel, l'aspect intellectuel ou éducatif et, enfin, l'aspect moral ou religieux. Voir en ce sens *In Re l'enfant Maude Goyette*, [1983] C.S. 429; *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221, ainsi *Droit de la famille* — 425, J.E. 88-82 (C.S. Montréal).

58. Dans l'affaire *V. c. M.*, [1983] C.S. 87, le juge C. BENOÎT souligne que « la représentation par avocat demeure exceptionnelle parce que le juge recherche toujours l'intérêt de l'enfant et que cela suffit le plus souvent ».

59. Art. 816.2 C.p.c. Rappelons qu'en matière de protection, la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, donne à l'enfant le droit d'être entendu (art. 6) et d'être représenté par avocat (art. 78). De plus, lorsque l'intérêt de l'enfant est opposé à celui de ses parents, le Tribunal de la jeunesse doit s'assurer qu'un avocat soit chargé de défendre l'enfant et que cet avocat ne joue aucun rôle de conseiller ou de procureur auprès des parents (art. 80).

60. Citée à la note 57.

61. Voir en ce sens A. CLOUTIER : « The Conciliatory Function of the Superior Court », (1985) *Civil Justice Quarterly* 342.

l'enfant à la représentation est donc largement atténué par le pouvoir discrétionnaire du tribunal auquel il est soumis et se résume, dans la plupart des cas, au droit d'être témoin.

— interventions imposées par la loi

Dans cette dernière catégorie on retrouve les différents cas de mises en cause ou significations imposées par la loi, que ce soit celles à l'égard du directeur de la protection de la jeunesse en matière d'adoption (art. 823 C.p.c.) ou de déchéance de l'autorité parentale (art. 826 C.p.c.) ou la mise en cause obligatoire du procureur général, lorsqu'il s'agit de faire approuver un projet d'adoption internationale (art. 825.0.1 C.p.c.).

Il faut souligner que si la structure du procès en matière familiale peut devenir tripartite, voire multipartite, il n'en demeure pas moins, et c'est une caractéristique du droit judiciaire familial québécois, que ce contentieux garde un caractère « privé » en ce sens que le ministère public n'y joue aucun rôle actif. L'article 99 C.p.c. prévoit que « dans toute instance touchant l'application d'une disposition d'ordre public, le procureur général peut, d'office et sans avis, participer à l'enquête et à l'audition comme s'il y était partie ». Dans les demandes en nullité de mariage et en rectification des registres de l'état civil, le procureur général peut intervenir dans la cause et prendre des conclusions sur lesquelles le tribunal doit statuer (art. 97 C.p.c.). Mais, en réalité, le ministère public n'intervient jamais dans le contentieux civil familial contrairement au rôle qui lui est dévolu dans d'autres pays⁶². C'est donc au juge seul qu'incombe *de facto* le contrôle du respect de l'ordre public et de l'intérêt de la famille et de l'enfant.

3. Le huis-clos

La publicité, garantie d'impartialité et d'équité, est une caractéristique du procès civil et un élément fondamental de la justice britannique dont le système canadien s'est inspiré⁶³. Les débats judiciaires sont donc publics au Québec et ce principe est affirmé aussi bien par l'article 13 du *Code de procédure civile* que par l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le huis-clos est l'exception et ne peut être

62. À ce sujet, voir J.P. MASSON, « La participation du ministère public à l'œuvre du juge dans la vie familiale », *Travaux des VIII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 576 et ss.

63. L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 1986, Montréal, Wilson et Lafleur, p. 22. L'importance du principe de la publicité des procès a été rappelé par la Cour suprême dans l'arrêt *P.G. de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175.

ordonné que dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public. En 1975, l'article 13 C.p.c. fut modifié afin de permettre aux tribunaux d'ordonner le huis-clos dans l'intérêt des enfants en cas de divorce, de séparation de corps, de déclaration ou désaveu de paternité, et d'annulation de mariage. Mais la règle demeurait celle de la publicité. Depuis 1983, ce principe est renversé et toute audience en matière familiale se tient à huis-clos « à moins que le tribunal n'ordonne une audience publique si, à la demande d'une personne, il l'estime utile dans l'intérêt de la justice ». Le législateur a fait le choix de privilégier le respect de la vie privée et de la dignité, avec sans doute l'espoir de favoriser ainsi un climat plus serein et donc plus propice aux règlements⁶⁴. La discrétion entourant désormais le contentieux familial s'étend à l'identité des parties dont on protège l'anonymat (art. 815.4 C.p.c.). Le secret de l'audience ne s'étend pas, toutefois, aux dossiers de la Cour. Ceux-ci demeurent publics sauf en ce qui concerne les rapports d'expertise psycho-sociale qui, après avoir été communiqués aux parties, sont versés au dossier sous enveloppe scellée et ne peuvent être consultés que sur autorisation de la Cour (art. 24 R.P.C.S.M.F.).

CONCLUSION

Le droit judiciaire a été profondément marqué par les innovations successives des dernières années en droit familial. Si l'on considère que les trois caractéristiques fondamentales du procès civil sont le débat contradictoire, la règle selon laquelle le tribunal ne peut statuer *ultra petita* et finalement, la publicité des audiences, il faut admettre que le contentieux familial échappe de plus en plus à cette conception classique. En gardant ce contentieux sous la bannière des juridictions ordinaires, le législateur a fait le choix d'impliquer davantage le juge dans les débats et dans le processus de conciliation. Il est sans doute permis de se demander s'il est suffisamment outillé pour faire face à ce rôle exorbitant de la fonction judiciaire.

64. Certains considèrent ce choix comme incompatible avec les termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La publicité des procès serait implicitement garantie par le paragraphe 2(b) de la *Charte* et par conséquent les restrictions apportées au principe par les articles 13 C.p.c. et 23 de la *Charte québécoise*, ne pourraient avoir d'effet que si le test de l'article 1 de la *Charte canadienne* est rencontré, ce qui n'est pas le cas puisque les dispositions québécoises ne comportent pas de limites raisonnables. À ce sujet, voir L. DUCHARME, *idem*, p. 23.