



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Dans l'intérêt de l'enfant

**SECTION NATIONALE DU DROIT DE LA FAMILLE
ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

Juin 2010

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe 37 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit dans l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section nationale du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien.

TABLE DES MATIÈRES

Dans l'intérêt de l'enfant

I.	INTRODUCTION	1
II.	COMMENTAIRES GÉNÉRAUX	2
III.	PROBLÈMES PARTICULIERS.....	4
IV.	APPUI INTERNATIONAL POUR LE CRITÈRE DE « L'INTÉRÊT DE L'ENFANT ».....	9
V.	ÉTUDE PARLEMENTAIRE ET AUTRES ÉTUDES	13
VI.	CONCLUSION	16

Dans l'intérêt de l'enfant

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien (Section de l'ABC) apprécie l'occasion qui lui est donnée de faire valoir les raisons pour lesquelles il est essentiel que les législateurs maintiennent le critère de « l'intérêt de l'enfant » en tant que considération primordiale lors de décisions qui portent sur la garde des enfants et les droits d'accès. Nous avons fréquemment insisté sur cette idée dans le cadre de mémoires antérieurs¹, et nous avons été incités à la réitérer aujourd'hui en réaction à un projet de loi présenté par le député Maurice Vellacott qui imposerait plutôt une présomption de partage égal du temps parental.

L'ABC représente plus de 37 000 juristes dans l'ensemble du Canada. La mission de l'Association comprend l'amélioration du droit et de l'administration de la justice. La Section de l'ABC se compose de spécialistes en droit de la famille de toutes les régions du pays. Nos membres sont des intervenants qui travaillent en collaboration, des avocats plaidants, des médiateurs, des arbitres et des coordonnateurs des tâches parentales. Nous comptons parmi nos clients des pères, des mères, des conjoints de même sexe, des mères porteuses, des beaux-parents, des grands-parents, des membres de familles élargies, et des enfants. La Section de l'ABC est d'avis qu'aucune discussion de « droits parentaux » ne saurait être judicieuse lorsqu'il s'agit de trouver des solutions pour la garde d'un enfant. Le seul point de mire doit être l'intérêt supérieur de l'enfant. Compte tenu de cette position, nous nous opposons résolument à l'adoption du projet de loi C-422.

À première vue, les idées que propose le projet de loi pourraient sembler être uniquement axées sur un traitement égal pour les mères et les pères. Nous appuyons bien entendu l'égalité des sexes. Toutefois, le projet de loi ne contribuerait pas véritablement à la progression de l'égalité. Il aurait plutôt l'effet de modifier la considération essentielle dans les dossiers de garde et d'accès :

¹ Les deux textes suivants se trouvent parmi les nombreux exemples de mémoires déjà présentés par la Section de l'ABC en faveur du critère de « l'intérêt de l'enfant » : L'examen des questions de garde des enfants et de droit d'accès (Ottawa : ABC, 1998); Mémoire sur la garde des enfants et le droit d'accès (Ottawa : ABC, 1994).

celle-ci ne serait plus les meilleurs intérêts de l'enfant, mais l'égalité des droits des parents. Le rôle de parent n'est pas une question d'adultes qui réclament des droits, c'est une question d'avoir le désir et la capacité de faire passer l'intérêt de l'enfant avant toute autre chose. Si, pour quelque raison que ce soit, des parents en instance de divorce ne sont pas en mesure de donner la priorité aux intérêts de l'enfant, ce sont alors les tribunaux qui doivent non seulement être libres, mais aussi obligés de le faire.

Nous nous opposons à l'adoption du projet de loi C-422. En tant que juristes qui, ensemble, comptons des siècles d'expérience dans les domaines du droit de la famille et de l'application de la *Loi sur le divorce*, nous sommes d'avis que le projet de loi constituerait un énorme pas en arrière dans l'évolution du droit de la famille. Le projet de loi nuirait autant aux enfants qu'aux familles en :

- mettant l'accent non plus sur les enfants, mais sur les droits des parents;
- portant atteinte au principe de justice individuelle qu'exige la Loi sur le divorce; et
- favorisant un nombre accru de litiges et des litiges plus agressifs.

II. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Il existe actuellement une considération primordiale dont il faut tenir compte, en vertu de la *Loi sur le divorce*, lors de la résolution de conflits qui portent sur la garde d'un enfant – l'intérêt de cet enfant. Lorsque les parents se soucient de leurs enfants plutôt que d'eux-mêmes, ils seront vraisemblablement plus portés à oublier leurs différends et leurs propres intérêts et à trouver une solution qui fonctionne bien pour leur famille. Les lois actuelles offrent déjà la possibilité d'une garde partagée égale, si cette solution est dans l'intérêt de l'enfant. La modification qui est proposée par le projet de loi C-422 rendrait secondaire la considération de l'intérêt de l'enfant.

Le projet de loi enjoindrait aux juges d'appliquer une présomption de partage égal de la responsabilité parentale et du temps de garde, à moins qu'il ne soit démontré que l'intérêt de l'enfant ne soit « considérablement mieux servi » s'il en était autrement. Cette approche marque une rupture importante avec les lois canadiennes actuellement en vigueur. Elle aurait l'effet de faire passer la considération clé de l'intérêt de l'enfant après un régime de présomption de partage égal du temps parental pour tous les parents, sans tenir compte des capacités, des circonstances, des besoins, de l'historique, des difficultés ou des attitudes des personnes concernées. Elle limiterait de façon inappropriée l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges

de tenir compte des cas particuliers des parents et des enfants concernés par l'affaire dont le tribunal est saisi.

Une présomption réfutable de partage égal de la responsabilité parentale pousserait certaines familles à aller devant les tribunaux dans le but de prouver que l'autre parent est - d'une façon ou d'une autre - incompétent. Ceci ajouterait aux pressions auxquelles sont soumis les tribunaux de la famille ainsi qu'au stress financier et émotionnel que vivent les parents, et accentuerait les disparités en matière d'accès à la justice entre ceux qui ont les moyens d'avoir recours aux services d'un avocat et les autres. Ce stress est exacerbé du fait que de nombreux territoires et provinces ne fournissent pas ou peu d'aide juridique pour des questions de droit de la famille.

Le projet de loi propose l'application rétroactive, ce qui serait tout à fait désastreux pour les familles ainsi que pour les tribunaux de la famille au Canada. Une application rétroactive signifierait qu'il serait possible de rouvrir, dans l'ensemble du pays, toutes les affaires dans lesquelles une ordonnance aura été rendue, y compris les affaires dont le règlement aura été des plus difficiles, et qui auront pu engendrer des années de tension et de procédures judiciaires. Il faudrait reprendre, depuis le commencement, la négociation ou la plaidoirie de questions déjà réglées, du point de vue du nouveau critère de présomption. Notre expérience nous laisse prévoir que cela replacerait de nombreuses familles devant les tribunaux et bouleverserait les vies de milliers d'enfants.

Les parents prennent de nombreuses décisions avant de s'en remettre aux tribunaux, et ils ont besoin du soutien de leurs communautés. Les objectifs d'une véritable coparentalité seraient mieux servis par un financement plus important de programmes de sensibilisation des parents, de services de règlement extrajudiciaire des conflits, de services de coordination des tâches parentales, et de services d'aide.

Nous sommes en faveur de l'importance qu'accorde le projet de loi à la consultation, à la médiation et à l'arbitrage. Nous souscrivons également à la prise en considération des effets du divorce sur les membres de la famille concernée ainsi que sur les membres de la famille élargie. La loi actuelle comporte elle aussi toutes ces considérations, qu'elle interprète toutefois à travers le filtre de ce qui est le mieux pour l'enfant concerné. C'est ce qui doit demeurer le principe fondamental du droit de la famille au Canada.

III. PROBLÈMES PARTICULIERS

- **Le projet de loi C-422 fait état de la « nécessité de modifier la Loi sur le divorce afin d'en préciser l'objet et les principes fondamentaux ».**

Nous ne sommes pas d'accord. L'article 16 de la *Loi sur le divorce* indique clairement, et à bon droit, que ce sont les enfants – plutôt que les parents – qui passent avant tout.

- **L'objectif exprimé par le projet de loi C-422 est « d'inciter les époux en instance de divorce à assumer davantage leurs responsabilités et à recourir dans une moins grande mesure aux procédures contradictoires ».**

En tant qu'avocats en exercice dans toutes les régions du Canada, nous savons que la pratique du droit de la famille vise principalement à parvenir à des ententes hors cour. Ce projet de loi aurait l'effet contraire, en rouvrant les dossiers et en engendrant de nouvelles procédures juridiques. L'amélioration des services offerts aux couples qui se séparent et aux familles serait un meilleur moyen d'atteindre l'objectif visé.

- **Le projet de loi C-422 précise que « les intérêts de l'enfant sont mieux servis par l'engagement maximal continu des parents auprès de lui, et que la présomption réfutable de partage égal du rôle parental constitue le point de départ de l'examen judiciaire ».**

L'intérêt de l'enfant n'est pas toujours servi par le partage tout à fait égal du rôle parental. Chaque cas doit être évalué en fonction des faits et chaque enfant doit être traité comme un individu à part entière. Les ententes de partage des responsabilités parentales ne sont ni toujours possibles, ni toujours idéales. L'animosité qui existe entre les parents pourrait être trop vive, ou leurs circonstances peuvent ne pas permettre à l'enfant de bénéficier d'un partage égal du temps de garde. Par ailleurs, le partage des responsabilités parentales peut se concrétiser sans que chacun des parents ne passe exactement le même temps avec leurs enfants, et de nombreuses considérations peuvent avoir des répercussions sur ce qui sera le meilleur horaire pour la famille. L'exigence d'un partage exactement égal du temps de garde émane d'une perspective de droits des parents, pas d'une approche axée sur ce qui serait la meilleure entente du point de vue des enfants.

- **Le projet de loi C-422 indique qu'il aurait l'effet « de simplifier les questions relatives au déménagement en imposant au père ou à la mère qui déménage le fardeau de maintenir la continuité de la relation ».**

Aucune simplification n'est nécessaire. Le fardeau incombe actuellement au parent qui déménage. Les principes pertinents ont été expliqués en détail par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*², où la Cour a déclaré :

² [1996] 2 R.C.S. 27.

« Chaque enfant est unique, comme l'est sa relation avec ses parents, ses frères et sœurs, ses amis et son milieu en général. Toute règle de droit ayant pour effet de miner la capacité de la cour de protéger l'intérêt de chaque enfant va à l'encontre des dispositions de la Loi sur le divorce, qui commandent une analyse à la fois sensible et contextuelle des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'« enfant » dont l'intérêt doit être déterminé par la cour. »³

- **Le projet de loi C-422 précise (à l'alinéa 16(4)a)) que « lorsqu'il rend une ordonnance parentale [...], le tribunal applique la présomption selon laquelle le partage égal du temps parental entre les époux est dans l'intérêt de l'enfant à charge ». Le projet de loi ordonnerait (à l'alinéa 16(4)b)) que le tribunal « applique la présomption selon laquelle le partage égal de la responsabilité parentale est dans l'intérêt de l'enfant à charge ».**

Cette section résume la prémisse fondamentale et le problème essentiel du projet de loi. Les présomptions de cette nature n'ont pas leur place en droit de la famille. Chaque enfant est différent et chaque famille présente ses propres forces et faiblesses. Accorder un temps de garde exactement égal à chacun des parents ne mènera souvent pas à la situation la plus bénéfique pour l'enfant.

- **Les présomptions du projet de loi C-422 ne seraient repoussées que « s'il est établi que l'intérêt de l'enfant serait considérablement mieux servi par un partage inégal du temps parental ou de la responsabilité parentale » (paragraphe 16(5)).**

Plutôt que de viser l'entente qui serait dans l'intérêt supérieur de chaque enfant, cette section imposerait à tous les enfants une entente établie sur la base de présomptions, à moins qu'il ne soit démontré qu'ils seraient *considérablement* mieux servis par une autre entente. Ceci suscite les questions suivantes : pourquoi le tribunal ou les parents choisiraient des dispositions qui ne seraient pas dans l'intérêt supérieur des enfants, et pourquoi des dispositions qui serviraient tout simplement l'intérêt de l'enfant (plutôt que des dispositions qui serviraient considérablement mieux l'intérêt de l'enfant) ne devraient-elles pas primer?

En tant qu'avocats, nous savons qu'il n'est pas facile de repousser une présomption. Il serait insuffisant de simplement faire valoir ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Au lieu de cela, nous aurions besoin de déployer toutes les munitions à notre disposition afin d'atteindre le seuil élevé que constitue la preuve que l'intérêt de l'enfant serait « considérablement mieux servi » si l'enfant ne passait pas la même quantité de temps avec l'autre parent.

Dans la détermination de ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, la *Loi sur le divorce* exige que le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant doit avoir avec chaque parent le plus de contact

³ *Ibid*, au paragraphe 44.

compatible avec son propre intérêt, et tienne compte de la mesure dans laquelle chaque parent est prêt à faciliter le contact de l'enfant avec l'autre parent. Le critère de l'intérêt de l'enfant devrait continuer à être le point de départ de l'analyse.

- **Le projet de loi C-422 prévoit que « les critères fondamentaux – à évaluer dans leur ensemble - dont il faut tenir compte pour déterminer l'intérêt de l'enfant à charge sont [...] le maintien des relations avec les membres de la famille ».**

La question des relations avec la famille élargie se trouve déjà parmi plusieurs critères qui servent à évaluer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Le projet de loi C-422 prend pour acquis que de telles relations sont toujours souhaitables pour l'enfant, et semble ainsi rehausser le statut de la question des relations avec la famille élargie au-delà de celui que lui accorde actuellement la loi. Si la famille élargie n'a pas joué un rôle constant et surtout un rôle sain dans la vie de l'enfant, ceci devient problématique.

- **Le projet de loi C-422 proposerait qu'il faille également tenir compte de « l'opinion exprimée volontairement par l'enfant ».**

C'est une bonne chose que de faire participer l'enfant aux décisions qui le concernent. On ne sait toutefois guère comment le tribunal sera en mesure de savoir si le point de vue de l'enfant est « sans influence de la part de l'un ou l'autre époux ». Dans de nombreux territoires et provinces, il n'existe pas de services destinés à aider les enfants à exprimer leurs points de vue ou à réagir face aux influences qu'ils pourraient subir. Selon nous, ce serait grâce à des services de soutien constructifs, qui permettraient aux enfants de participer de manière saine et judicieuse à la réorganisation de leur famille, que les intérêts des enfants seraient le mieux servis.

- **Le projet de loi C-422 proposerait que le tribunal tienne compte de « tout geste de violence familiale commis en présence de l'enfant ».**

Lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, la violence familiale devrait toujours être prise en compte, qu'elle ait été commise en la présence de l'enfant ou non. Le projet de loi semble accorder aux facteurs énumérés au paragraphe 16(16), un statut moins important que celui qu'il accorde aux facteurs énumérés au paragraphe précédent (16(15)). Il n'est toutefois pas raisonnable de penser qu'un groupe de facteurs sera plus important que l'autre groupe de facteurs dans tous les cas. Nous sommes d'avis que l'effet des paragraphes 16(14) à 16(16) serait invariablement de rehausser les droits et les intérêts des parents par rapport à ceux de l'enfant. Selon nous, c'est le tribunal qui devrait décider de l'importance à accorder aux différents facteurs dans chaque cas particulier, et dans l'intérêt de chaque enfant concerné.

- **Dans son paragraphe 16(17), le projet de loi C-422 prévoit certains principes selon lesquels le tribunal répartirait « le temps parental entre les époux [...] dans la mesure où [ces principes] sont compatibles avec l'intérêt de l'enfant ».**

On ne saurait guère comment tenir compte de ces principes face à une présomption qui les éclipserait. En outre, l'expression « moins de temps dans l'ensemble » - en soi, difficile d'emploi - n'est pas définie. Une fois encore, le projet de loi est axé sur l'effet de divers facteurs sur une notion formelle de droit des parents au partage exactement égal du temps de garde, plutôt que sur ce qui est le mieux pour l'enfant concerné.

- **Dans son paragraphe 16(18), le projet de loi C-422 exige que le tribunal « explique de façon détaillée les motifs de sa décision » de ne pas respecter la présomption prévue.**

L'exigence d'explications dans les cas où le tribunal ne s'en tiendrait pas à la présomption, exercerait une pression sur les juges afin qu'ils la respectent dans toutes les situations. Plus le mécanisme qui permet d'éviter la présomption est lourd, plus il est probable que le tribunal s'en tiendra à la présomption, et ce, en dépit de l'intérêt de l'enfant. Si un juge est d'avis qu'il est dans l'intérêt des enfants de prévoir des dispositions autres que le partage égal du temps de garde, il n'existe aucune raison légitime pour que la loi rajoute un nouvel obstacle visant à inciter le juge à agir dans le meilleur intérêt des enfants.

- **Le nouveau paragraphe 16(8) que propose le projet de loi C-422 se lit comme suit : « Avec le consentement des époux, le tribunal peut nommer un conseiller, un médiateur ou un coordonnateur parental, avec ou sans pouvoirs d'arbitrage, pour aider les époux à exercer conjointement leur rôle parental dans l'intérêt de l'enfant. »**

Lorsque les époux sont consentants, le tribunal n'aura pas à nommer de conseiller, de médiateur ou de coordonnateur parental. Nous appuyons sans réserve le recours aux services de telles personnes dans le cas d'enfants dont les parents se séparent. Toutefois, ce ne sont pas tous les parents en instance de séparation qui ont accès à de tels services ou qui ont les ressources nécessaires pour se les payer. Plutôt que d'envisager des modifications législatives, les gouvernements devraient prévoir de subventionner ces services, afin qu'ils soient disponibles partout et accessibles à tous.

- **Le projet de loi C-422 souffre d'un libellé peu clair et de dispositions inutiles.**

Le projet de loi présente un certain nombre d'ambiguïtés et de redondances. La *Loi sur le divorce* accorde déjà à chaque époux – sauf ordonnance contraire du tribunal – un droit d'accès égal aux renseignements que détiennent des professionnels au sujet de leurs enfants. Le paragraphe 16(11) du projet de loi tel que proposé permettrait au tribunal d'exiger d'un parent qui changerait de lieu de résidence d'en informer l'autre parent et de fournir à celui-ci différents

renseignements au sujet du nouveau lieu de résidence, ce que les tribunaux ont cependant déjà le droit de faire en vertu de la présente loi. Le paragraphe 16(12) enjoindrait au tribunal d'interdire un changement de résidence de l'enfant sans le consentement des deux parents, dans les cas où un tel changement rendrait difficilement réalisable le respect d'une ordonnance parentale. La loi actuelle prévoit toutefois que si un parent déménage en dépit d'une ordonnance qui accorde à l'autre parent un droit d'accès ou un temps de garde précis, le parent qui déménage serait en violation des conditions de l'ordonnance. Dans le même ordre d'idées, les tribunaux sont déjà en mesure de rendre une ordonnance concernant les frais reliés au temps parental lorsque l'autre parent déménage. Les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* envisagent également la possibilité de telles ordonnances.

- **Le projet de loi C-422 exigerait que toutes les ordonnances parentales comprennent une longue liste de dispositions obligatoires, portant entre autres sur le type de consultations entre les époux, les moyens par lesquels l'enfant communiquera avec d'autres, la possession de documents qui concernent l'enfant, et les règles applicables aux changements de résidence, en plus des dispositions obligatoires sur le temps parental, la responsabilité parentale et la pension alimentaire pour l'enfant.**

De manière générale, la Section de l'ABC appuie le principe de fournir aux juges des indications plus précises quant au contenu possible d'une ordonnance parentale, en fonction des besoins. Toutefois, certains parents sont capables de se montrer flexibles. L'application de cette disposition devrait être facultative plutôt qu'obligatoire, afin de venir en aide aux familles qui en ont besoin et ne pas faire obstacle aux autres.

- **Le projet de loi C-422 prévoit que « [l']entrée en vigueur du paragraphe 17(5), dans sa version édictée par le paragraphe 9(2) de la présente loi, constitue un changement de situation au sens du paragraphe 17(5) ».**

La rétroactivité proposée par le projet de loi aurait de graves retombées. Cela inciterait tous les parents pour qui une ordonnance a déjà été rendue ou une entente conclue à retourner devant les tribunaux, indépendamment de la manière dont l'ordonnance aura été rendue ou l'entente conclue et indépendamment aussi des effets, pour les enfants, de l'entente en place. Ce changement entraînerait des procédures juridiques à n'en plus finir, ce qui n'est clairement pas dans le meilleur intérêt des enfants concernés.

IV. APPUI INTERNATIONAL POUR LE CRITÈRE DE « L'INTÉRÊT DE L'ENFANT »

Le député qui a présenté le projet de loi dresse sur son site Web une liste des pays et États qui ont procédé à une réforme de leurs lois sur la garde des enfants, qui ressemble à la réforme proposée par le projet de loi C-422. Il déclare notamment que la Belgique, le Danemark, la Norvège et plusieurs États américains ont obtenu des résultats positifs en mettant en vigueur un système qui favorise la garde conjointe⁴. En réalité, même si certains États se prononcent en faveur de la garde conjointe, aucun d'entre eux n'a mis en place une présomption de partage égal de la responsabilité parentale. En outre, aucun consensus objectif n'existe quant à savoir si les effets des réformes concernées ont été positifs. Il faudrait préciser la différence entre la garde conjointe et le partage parfaitement égal de la responsabilité parentale. La garde conjointe peut englober de nombreuses variantes de partage du temps parental, mais les éléments qui sont communs à la garde conjointe et au partage égal de la responsabilité parentale comprennent la participation des deux parents aux décisions importantes qui concernent l'enfant ainsi que leur participation active à la vie de l'enfant.

A. États-Unis d'Amérique

Selon un récent article de revue de droit qui examine les textes de loi en matière de garde d'enfant dans chacun des 52 États américains⁵, les lois de trois États accordent la préférence à la garde conjointe⁶, alors que les lois de six autres États favorisent le partage de la responsabilité parentale, si les deux parents en conviennent⁷. Les lois de six autres États encore comprennent des dispositions dont le libellé privilégie un maximum de communication avec les deux parents⁸. Quant aux lois de la majorité des États, elles stipulent généralement qu'il faut des « contacts fréquents et continus » avec les deux parents, ce qui est semblable au libellé du paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce* du Canada.

⁴ <http://www.mauricevillacott.ca/maurice.html>

⁵ Tracy, Melissa A., « The Equally Shared Parenting Time Presumption – a Cure-All or a Quagmire for Tennessee Child Custody Law? », (2007) 38 U. Mem. L. Rev. 153.

⁶ *Ibid.* : à la page 171, l'article indique que les lois du Kansas, du Massachusetts et du Minnesota privilégient la garde conjointe plutôt que le partage égal de la responsabilité parentale.

⁷ *Ibid.*, à la page 172, l'article indique que les lois du Tennessee, du Connecticut, du Michigan, du Mississippi, du Nevada et de Washington accordent la préférence à la garde conjointe dans les cas où les deux parents acquiescent.

⁸ *Ibid.*, à la page 170, l'article indique que le libellé des lois de l'Alaska, de l'Iowa, de l'Oklahoma, du Texas, du Vermont et du Wisconsin privilégie un maximum de communication.

En 1979, la Californie a adopté une présomption de garde conjointe, mais a modifié cette loi en 1994 pour ne permettre la garde conjointe que lorsque les parents y acquiescent. Lors d'un sondage mené auprès de juges des tribunaux de la famille californiens, deux tiers des personnes interrogées en étaient arrivées à la conclusion qu'une garde conjointe qui était imposée en vertu d'une présomption avait des effets mitigés - voire pire - pour les enfants, et indiquaient que ces effets seraient dus au manque de collaboration entre les parents, aux conflits parentaux incessants après le divorce, à l'instabilité causée par le passage de l'enfant d'un domicile à l'autre, ainsi qu'aux difficultés logistiques que connaissent les parents⁹.

L'Alaska semble être le seul État dont les dispositions législatives prévoient une préférence pour le partage égal de la responsabilité parentale. Cette présomption ne s'applique toutefois que jusqu'au moment où le tribunal étudie la question de l'attribution de la garde¹⁰.

Même si les modifications législatives se poursuivent dans ce domaine, nos recherches nous indiquent qu'aucun des États américains n'a pour le moment adopté de présomption de partage égal de la responsabilité parentale semblable à celle que propose le projet de loi C-422.

B. Belgique

Les lois belges relatives au droit de la famille ont été réformées en 2006 afin d'introduire le concept voulant que - à la demande de l'un ou de l'autre des parents en instance de divorce - les juges et les tribunaux de la famille de Belgique songent sérieusement à la possibilité que l'enfant ait deux domiciles¹¹. Cependant, ceci constitue plutôt une préférence qu'une présomption de droit.

C. Danemark

La *Loi danoise sur la responsabilité parentale (Danish Act on Parental Responsibility)* indique que les parents qui se partagent la garde d'un enfant devraient avoir le droit de continuer à le faire, même s'ils sont séparés ou divorcés. Les tribunaux de la famille sont toutefois en mesure de

⁹ Reidy, Thomas J., et al., « Child Custody Decisions: A Survey of Judges » (1989) 23 Fam. L. Q. 75 à la page 80; Hardcastle, Gerald W., « Joint Custody : A Family Court Judge's Perspective » (1998) 32 Fam. L. Q. 201.

¹⁰ Tracy, *supra*, note 5, à la page 170.

¹¹ Tromp, Peter, « Benefits of Post-Divorce Shared Parenting and the Situation in the Netherlands, Belgium and Germany », conférence présentée le 3 janvier 2009 à Drama (Grèce) lors de l'International Conference on Family and Equality « Justice and Father's and Men's Dignity » - <http://fkce.wordpress.com/2009/01/03/13/>.

mettre fin à une garde conjointe pour des motifs impérieux. Cette loi traite de manière générale du droit des parents à une garde conjointe et ne rend pas obligatoire le partage égal du temps parental.

D. Australie

L'Australie semble être le seul pays qui ait récemment adopté une loi qui exige du tribunal qu'il prenne en considération le partage égal du temps parental. La *Family Law Amendment (Shared Responsibility) Act 2006* instaure une présomption de partage égal de la responsabilité parentale en exigeant des tribunaux de la famille qu'ils envisagent que l'enfant passe la même quantité de temps avec chacun de ses parents, si cette mesure est possible et qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant. Il est cependant possible de distinguer cette loi australienne du projet de loi C-422 : si les tribunaux australiens doivent prendre en considération le partage égal du temps parental, il n'y a toutefois pas de présomption à repousser.

Même à son stade embryonnaire, la loi australienne a suscité de nombreuses préoccupations, dont les suivantes :

- La démarche de la garde conjointe est une démarche fondée sur les droits des parents, ce qui place l'intérêt de l'enfant au second plan. Une présomption de partage égal de la responsabilité parentale ne prend pas en compte si l'intérêt de l'enfant serait mieux servi s'il passait une quantité de temps égale, appréciable ou importante avec l'un ou l'autre de ses parents¹².
- Étant donné que le partage de la responsabilité entre parents non divorcés n'est pas égal, on aurait tort de supposer que ce partage devrait être égal après un divorce¹³.
- Les psychologues sont en désaccord quant aux effets possibles du partage égal du temps parental sur les enfants et indiquent que les recherches n'ont pas démontré quelle est l'envergure des liens qui sont nécessaires afin de maintenir une [TRADUCTION] « relation étroite » entre parent et enfant¹⁴.
- Pour des parents en conflit, la garde conjointe n'est pas une solution appropriée¹⁵, et encore moins le partage égal de la responsabilité parentale. Une étude a conclu que les ententes de partage de responsabilité ont intensifié les conflits entre les

¹² Hardcastle, *supra*, note 9, à la page 216.

¹³ Fynes-Clinton, Matthew, « *Children Suffer When Law Splits Parenting Equally* », *The Courier-Mail* (10 novembre 2008) – en ligne : <<http://www.news.com.au/couriermail/story/0,23739,24624845-953,00.html>>

¹⁴ *Ibid*, citant la pédopsychologue de Melbourne, Jennifer McIntosh.

¹⁵ Rhoades, Helen, « *The Dangers of Shared Care Legislation: Why Australia Needs (Yet More) Family Law Reform* » (2008) 36 *Fed. L. Rev.* 279, à la page 280.

parents¹⁶. Une autre révèle que 73 % des parents qui font l'objet d'une ordonnance de partage égal de la responsabilité parentale en Australie déclarent qu'ils ne coopèrent [TRADUCTION] « presque jamais » l'un avec l'autre¹⁷.

- Lorsqu'il existe un niveau de conflit élevé entre les parents qui sont sujets à une ordonnance de partage égal de la responsabilité parentale, les enfants subissent un fardeau psychologique important¹⁸. Une étude indique que les ordonnances de partage égal de la responsabilité parentale ont suscité, après la première année, une augmentation des niveaux d'anxiété clinique chez les enfants¹⁹.
- Dans les cas où planent des allégations de violence, mais où il n'y aurait pas suffisamment d'éléments de preuve admissibles afin d'étayer ces allégations, les tribunaux n'ont d'autre choix que [TRADUCTION] d'« appliquer la loi »²⁰.

Plus récemment, un rapport réalisé à la demande du gouvernement australien recommandait que d'importantes modifications soient apportées à la loi afin de préciser que son intention n'était pas de créer une présomption de partage de la responsabilité parentale. La conclusion du rapport de 275 pages, rédigé par le juge de tribunal de la famille à la retraite, Richard Chisholm, était à l'effet qu'il est nécessaire de modifier la loi afin d'indiquer clairement que les juges ne doivent pas adopter une approche universelle en matière de garde, mais plutôt [TRADUCTION] « envisager aussi bien la possibilité du partage égal du temps parental que les autres possibilités dans leur détermination de ce qui est vraisemblablement la meilleure solution pour l'enfant »²¹. Le rapport souligne qu'il était désormais clair, avec le recul, que les modifications législatives avaient mené les parties à songer à leurs propres intérêts plutôt qu'à ce qu'il y a de mieux pour leurs enfants²².

Ces commentaires sont instructifs. En Australie, où le partage égal de la responsabilité parentale n'est pas obligatoire, mais doit être pris en considération par le tribunal, l'expérience a été problématique et des modifications sont maintenant recommandées. Manifestement, le fait de rendre obligatoire toute forme de partage de la responsabilité parentale ne servirait qu'à intensifier les conséquences négatives entrevues jusqu'alors.

¹⁶ *Ibid*, aux pages 283 et 295.

¹⁷ McIntosh, Jennifer et Chisholm, Richard, « Shared Care and Children's Best Interests in Conflicted Separation: A Cautionary Tale from Current Research » (2008) 20 Aus. Fam. Law 1, à la page 3.

¹⁸ Rhoades, *supra*, note 15, aux pages 280 et 283.

¹⁹ McIntosh et Chisholm, *supra*, note 17, à la page 2.

²⁰ Fynes-Clinton, *supra*, note 13.

²¹ Chisholm, Richard (Professeur), « Family Courts Violence Review Report » (Australie : 27 novembre 2009), à la page 131.

²² *Ibid.*, à la page 8.

V. ÉTUDE PARLEMENTAIRE ET AUTRES ÉTUDES

Un comité mixte spécial du gouvernement fédéral sur la garde et le droit de visite des enfants a étudié toutes ces questions de façon fort détaillée en 1998, menant à la publication du rapport intitulé « *Pour l'amour des enfants : Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants* »²³. La conclusion du rapport est claire : « il n'est pas dans l'intérêt des enfants de créer une règle juridique implicite en faveur de la mère ou du père ni en faveur de modalités particulières d'exercice du rôle de parent²⁴. » Ce rapport comprend une section qui parle de la *Loi sur le divorce*, intitulée « Aucune présomption ». De nombreux groupes de pression, qui appuient différentes présomptions, ont témoigné devant le Comité. Celui-ci a cependant conclu, en définitive, que la considération primordiale devait demeurer celle de l'intérêt de l'enfant. Le Comité a recommandé :

« [...] qu'on ajoute à la *Loi sur le divorce* une série de critères qui aideront à définir en quoi consiste l'intérêt de l'enfant; on retrouverait, parmi ces critères, le principe selon lequel les enfants ont avantage à pouvoir entretenir des relations suivies et significatives avec leur père et leur mère, sauf dans les cas exceptionnels où il y a eu violence et où la violence présente toujours un risque pour l'enfant. Il déterminerait au cas par cas si un partage égal du temps parental est dans l'intérêt d'un enfant en particulier, moyennant une évaluation complète des circonstances de l'enfant et de ses parents²⁵. »

Reconnaissant les avantages du partage de la responsabilité parentale, le Comité a déclaré que « l'adoption de mesures législatives qui imposeraient ou normaliseraient la garde conjointe en cas de divorce ferait fi du fait que l'arrangement ne convient peut-être pas à toutes les familles, notamment à celles qui ont connu la violence ou dans lesquelles les rôles des deux parents sont très différents²⁶ ». Le Comité a d'ailleurs ajouté :

À notre avis, les tribunaux doivent continuer de pouvoir décider quelle solution s'impose dans chaque cas. Présumer que la solution idéale est celle qui existait avant la séparation ou que les parents veulent tous deux s'occuper des besoins de leurs enfants et sont en mesure de le faire, n'aidera en rien la situation. [...]

²³ Ottawa : Parlement du Canada, 1998.

²⁴ *Ibid.*, au chapitre 2.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, au chapitre 4.

Les présomptions peuvent également avoir pour effet négatif d'obliger les familles, par ailleurs capables de conclure un arrangement constructif et amical, à faire appel au tribunal afin d'éviter l'application de la formule normalisée d'arrangement entre parents. [...]

Se fondant sur cet argument, un certain nombre de témoins ont conclu que la *Loi sur le divorce* ne devrait pas subir de modifications qui introduiraient une présomption en faveur d'un type particulier de régime parental. Ils ont suggéré de renforcer plutôt le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » sur lequel se fondent les décisions en matière de garde et de droit de visite. De plus, il a été avancé que les familles pourraient bénéficier d'une plus grande disponibilité de services non juridiques visant à mieux informer sur leurs options les couples qui divorcent. Munis de plus de ressources et de meilleurs renseignements, les parents pourraient, par leur conduite et leurs décisions après la séparation, améliorer au mieux le sort de leurs enfants. [...]

Certains témoins proposent que la *Loi sur le divorce* soit modifiée par l'inclusion d'une liste de critères, ou d'une définition de l'« intérêt supérieur de l'enfant », afin de guider les juges et les parents qui doivent appliquer le principe. Sans être exhaustive, une telle liste énoncerait tous les aspects auxquels les décisionnaires devraient prêter attention. Certaines situations dans lesquelles se trouvent les enfants pourraient nécessiter la considération de facteurs autres que ceux énoncés dans la Loi. La présence d'une liste de critères directs améliorerait la prévisibilité des résultats et encouragerait l'examen des facteurs considérés particulièrement importants pour le bien-être de l'enfant²⁷.

Le mémoire que la Section de l'ABC a présenté au Comité recommandait que la *Loi sur le divorce* comprenne une énumération de critères semblables à ceux énoncés dans la *Loi ontarienne portant Réforme du droit de l'enfance*, telle que modifiée, et ce, afin de correspondre à l'éventuelle terminologie de la législation fédérale. La Section de l'ABC a proposé plusieurs critères de plus que ceux qui figurent dans la loi ontarienne, dont notamment : le rôle joué par chacune des personnes cherchant à obtenir la garde dans les soins prodigués à l'enfant tout au long de sa vie; l'historique de tous les gestes de violence familiale posés par l'une ou l'autre des parties qui demandent la garde ou un droit d'accès; les liens culturels existants et l'appartenance religieuse de l'enfant; et l'importance et les avantages pour l'enfant d'entretenir des relations suivies avec ses parents²⁸.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Ottawa : ABC, 1998.

Le rapport du Comité recommandait, en définitive, que la *Loi sur le divorce* soit modifiée de façon à ce que les décisions relatives au partage de la responsabilité parentale prises en vertu des articles 16 et 17 de la *Loi* soient prises en fonction de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Le Comité a également recommandé que, dans leur détermination de ce qui est dans « l'intérêt supérieur de l'enfant », les décideurs - dont les parents et les juges - tiennent compte d'une liste de critères²⁹. Étant donné la mesure dans laquelle le rapport du Comité soutient la primauté du critère de l'intérêt de l'enfant, toute suggestion que le projet de loi C-422 serait aligné avec ce rapport est erronée³⁰.

Dans son article intitulé « *Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce : Insights from Empirical and Clinical Research* », la docteure Joan B. Kelly examine diverses formes d'ententes et d'horaires de garde des enfants. Elle fait le bilan de résultats de recherches empiriques au sujet de la quantité de temps que les enfants passent avec chacun des parents dans le cadre de différents types de relations parentales. Il est important de noter que Dre Kelly se prononce contre toutes les anciennes préconceptions et en faveur d'un rôle accru du père dans de nombreuses circonstances. Elle rejette toutefois toute présomption :

[TRADUCTION] Ces lignes directrices sont intrinsèquement déficientes à cause de leur norme d'application universelle et parce qu'elles ne servent pas, en réalité, les meilleurs intérêts d'un grand nombre d'enfants. Elles n'ont pas tenu compte de l'âge de l'enfant, de son sexe, de ses besoins en matière de développement ou des étapes que l'enfant a déjà passées, de l'historique ou de la qualité de la relation de l'enfant avec chaque parent, de la manière dont le parent s'acquitte de son rôle parental, ou de circonstances particulières qui exigent une attention spéciale³¹.

En Australie, où les tribunaux ont l'obligation de prendre en considération le partage égal de la responsabilité parentale, les psychologues sont en désaccord quant aux effets possibles d'un tel partage sur les enfants de moins de quatre ans et ont signalé qu'une entente sur le partage de la responsabilité parentale qui perturberait la routine d'un jeune enfant pourrait ne pas être indiquée pour l'épanouissement de celui-ci, et pourrait se solder par un manque d'attachement à l'un ou à l'autre parent³².

²⁹ Nous constatons également que les rapports dissidents du Parti réformiste, du Bloc Québécois, et du Nouveau parti démocratique militaient tous en faveur de la primauté du critère de l'intérêt de l'enfant, et qu'aucun d'entre eux ne proposait un régime de présomption de partage de la responsabilité parentale.

³⁰ Voir le site Web du député qui a présenté le projet de loi, *supra*, note 4.

³¹ (2006) 46 :1 *Family Process* 239.

³² *Ibid.*

En outre, les recherches n'ont pas établi définitivement quelle est l'envergure des liens qui est nécessaire afin de maintenir une [TRADUCTION] « relation étroite » entre parent et enfant. Certaines études ont conclu que des liens même ténus pourraient suffire pour maintenir des relations étroites entre parent et enfant, tout au moins du point de vue de l'enfant³³. Cette conclusion concorde avec celle du document de travail daté de 1993 du ministère de la Justice, qui signalait que [TRADUCTION] « ce ne sont pas tous les experts qui mettent l'accent sur l'importance d'une relation continue avec le parent non gardien. Certains font valoir que l'élément clé pour le bien-être de l'enfant serait un degré de conflit parental peu élevé³⁴ ».

VI. CONCLUSION

En tant qu'avocats, nous aidons tous les membres d'une famille à restructurer leurs situations et responsabilités respectives après une séparation ou un divorce. La Section de l'ABC envisage ainsi la question du point de vue de tous les protagonistes. Nous sommes convaincus que la seule façon d'obtenir des résultats qui servent au mieux l'intérêt de l'enfant serait d'exiger que, dans leur processus décisionnel, les tribunaux et les parents mettent l'accent uniquement sur les intérêts de l'enfant.

Le projet de loi C-422 ne permet pas d'atteindre les objectifs qu'il se propose. Il ne donne pas aux parties les outils qui seraient nécessaires pour régler les différends. Il n'aide pas non plus les parties à prévoir comment elles pourraient se partager la garde des enfants et les décisions qui concernent les enfants de manière à réduire le risque de conflits et à servir le mieux possible l'intérêt des enfants. Le centre des préoccupations passerait de l'enfant concerné aux droits des parents. Dans de futurs cas de dislocation familiale, le projet de loi mènerait à des procédures juridiques agressives et, qui plus est, provoquerait la réouverture de nombreuses affaires déjà réglées, entraînant ainsi des milliers d'enfants dans de nouveaux conflits et de nouveaux litiges.

La loi actuelle garantit des conditions égales pour tous. En exigeant que les juges accordent la primauté à « l'intérêt de l'enfant », elle n'opère pas de discrimination fondée sur le sexe. Le projet de loi, quant à lui, propose une notion d'égalité qui est trop simpliste : plutôt que d'envisager une entente équitable qui serait la meilleure solution pour les enfants concernés, il exigerait que le

³³ Hardcastle, *supra*, note 9, à la page 210.

³⁴ Cohen, Jonathan et Gershain, Nikki, « For the Sake of the Fathers? Child Custody Reform and the Perils of Maximum Contact », (2001) 19 Can. Fam. L.Q. 121, à la page 126.

partage de la responsabilité parentale soit strictement égal. Le projet de loi ne favorise pas l'égalité des chances des pères ou des mères. Les propositions du projet de loi se font aux dépens de ce qui devrait être le seul centre des préoccupations, c'est-à-dire la solution qui s'avérera la meilleure pour les enfants.