



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION

L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Dans l'intérêt des enfants Réponse au projet de loi C-560

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

Avril 2014

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe plus de 37 500 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 des enfants Réponse au projet de loi C-560

I.	INTRODUCTION	1
II.	COMMENTAIRES GÉNÉRAUX	2
III.	PROBLÈMES PARTICULIERS.....	5
IV.	APPUI AU CRITÈRE DE « L'INTÉRÊT DE L'ENFANT » DANS D'AUTRES PAYS	9
	A. États-Unis	10
	B. Australie	11
	C. Belgique	14
	D. Danemark	14
V.	CONVENTION DES NATIONS UNIES RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT	15
VI.	LOIS ET TRAVAUX PARLEMENTAIRES AU CANADA.....	16
VII.	RECHERCHE EN SCIENCES SOCIALES.....	19
VIII.	CONCLUSION	23

Dans l'intérêt des enfants

Réponse au projet de loi C-560

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien (Section de l'ABC) est heureuse de pouvoir expliquer en quoi il est essentiel de conserver le critère de « l'intérêt de l'enfant » comme considération primordiale dans les décisions sur la garde des enfants et l'accès aux enfants. Nous avons souvent insisté sur ce point dans le passé¹, et nous tenons à le réitérer en réponse au projet de loi C-560 d'initiative parlementaire qui imposerait plutôt une présomption de partage égal des responsabilités parentales.

L'ABC représente plus de 37 500 avocats de partout au Canada. La Section de l'ABC comprend des avocats en droit de la famille de toutes les régions du pays. Nous sommes des avocats en droit collaboratif, des plaideurs, des arbitres et des coordonnateurs parentaux. Comme nous venons souvent en aide aux parties en dehors des tribunaux, il ne nous importe pas que les parties recourent ou non aux tribunaux. Nous n'avons ni parti pris ni préférence. Nous représentons toutes les parties dans les procédures en droit de la famille : nos clients sont des pères, des mères, des partenaires de même sexe, des mères porteuses, des beaux-parents, des grands-parents, des membres de la famille élargie et des enfants. Nous aidons des personnes touchées par tous les aspects de l'éclatement d'une famille et nous nous soucions des résultats qu'ils obtiennent.

La Section de l'ABC croit qu'il est inopportun de prévoir l'octroi obligatoire d'une part minimale du temps parental, dans les arrangements concernant les enfants. La seule considération doit être ce qui convient le mieux aux enfants. Dans cette optique, nous nous opposons vigoureusement à l'adoption du projet de loi C-560.

De prime abord, il pourrait sembler que les idées proposées par le projet de loi ne concernent que l'égalité de traitement des pères et des mères. Nous sommes évidemment favorables à

¹ Parmi les exemples des nombreux mémoires rédigés dans le passé par la Section de l'ABC en faveur du critère de « l'intérêt de l'enfant » figurent : *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).

l'égalité entre les sexes. De fait cependant, le projet de loi ne favoriserait pas l'égalité. Plutôt, il remplacerait, à titre de facteur principal dans les affaires de garde et d'accès, l'intérêt des enfants par l'égalité des droits parentaux. Dans les soins parentaux, l'essentiel n'est pas de savoir quels sont les droits que peuvent revendiquer des adultes. L'important est la volonté et la capacité de penser d'abord à l'intérêt des enfants. Lorsque des parents qui divorcent ne peuvent pas le faire, quelle qu'en soit la raison, les tribunaux non seulement doivent avoir la latitude d'agir en ce sens, mais ils doivent y être tenus.

En tant qu'avocats réunissant de nombreuses années d'expérience en droit de la famille et avec les modalités de la *Loi sur le divorce*, nous croyons que le projet de loi serait un énorme recul dans l'évolution du droit de la famille. Le projet de loi rendrait un mauvais service à la fois aux enfants et aux familles :

- en détournant l'attention de l'intérêt des enfants;
- en accroissant encore la difficulté de régler les affaires de la famille dans l'intérêt des enfants;
- en créant des situations insensées pour de nombreuses familles;
- en portant atteinte à la justice individuelle qu'exige la *Loi sur le divorce*;
- en favorisant des litiges virulents.

II. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

En 1995, la *Loi sur le divorce* a été modifiée de sorte que dans les affaires de garde et d'accès, la considération primordiale soit « l'intérêt de l'enfant ». Il s'agissait de veiller à ce que la situation particulière de chaque famille soit prise en compte au moment de rendre des ordonnances au sujet du soin des enfants. Pour citer l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Gordon c. Goertz* :

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... L'analyse est individuelle. Chaque enfant a droit à ce que le juge détermine ce qui est dans son intérêt; dans la mesure où les présomptions favorables à l'un ou à l'autre parent prédéterminent cette analyse, elles doivent être écartées...²

² [1996] 2 R.C.S. 27, paragr. 44.

Les lois de chaque province et territoire exigent aussi la prise en compte de l'intérêt de chaque enfant comme facteur premier, voire unique. Avec le projet de loi, la loi fédérale serait complètement déphasée par rapport aux autres lois du Canada.

Il irait aussi à contre-courant de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant³, qui de même vise à la justice individuelle en fonction de l'intérêt de chaque enfant.

Le projet de loi C-560 suppose simplement qu'une répartition égale du temps parental serait la meilleure solution pour toutes les familles, sans égard aux aptitudes individuelles, aux circonstances, aux besoins, aux antécédents, aux difficultés ou aux attitudes des personnes en cause. Pis encore, il exigerait que les juges tranchent en fonction de cette présomption sauf preuve que faire autrement « favoriserait grandement » l'intérêt de l'enfant. Dans cette approche à solution unique, l'intérêt de chaque enfant deviendrait un souci secondaire.

Une présomption peut sembler inoffensive comme point de départ d'une discussion, mais nous savons que les présomptions créent des attentes et des prétentions. C'est précisément ce que nous déployons tant d'efforts pour éviter lorsque nous tentons de régler des problèmes concernant les enfants. Comme avocats, médiateurs et spécialistes du droit collaboratif, nous savons que des parents séparés arrivent plus aisément et plus volontiers à des solutions avantageuses pour leur famille lorsqu'ils se concentrent sur les enfants plutôt que sur eux-mêmes.

Les parents pourraient lire le projet de loi et se dire : « La loi affirme que j'ai des droits parentaux égaux et le droit à une part égale du temps, alors pourquoi est-ce que j'en accepterais moins? » Ils pourraient même aller plus loin : « Mon conjoint est un mauvais parent. Pourquoi devrait-il ou elle avoir des droits égaux et une part égale du temps? » En l'absence d'une présomption, les parents sont plus à même d'aborder le problème sans idées préconçues et de se demander plutôt : « Compte tenu de notre situation, qu'est-ce qui serait le mieux pour nos enfants et pour nous? » Le premier cas correspond à ce qu'on peut appeler la négociation en fonction de positions. Le deuxième relève de la négociation fondée sur les intérêts. Un médiateur vous dira que les négociations fondées sur les intérêts sont plus fructueuses.

Comme nous le verrons plus loin, l'expérience d'autres pays avec des présomptions semblables à celles proposées dans ce projet de loi a démontré ce que nous savons d'après notre propre

³ 1989 (CRDE).

expérience. Elles encouragent les disputes plutôt que de les éviter. Elles ajouteraient aux pressions qui s'exercent sur les tribunaux de la famille, aux tensions financières et émotives pour les parents et aux disparités dans l'accès à la justice entre ceux et celles qui ont les moyens d'engager des avocats et ceux qui ne les ont pas. Ce dernier point est d'autant plus grave que de nombreux ressorts ne fournissent que peu ou pas de financement pour l'aide juridique en matière familiale.

Quand il existe une présomption, il faut toujours un effort pour la surmonter. Les négociations, la médiation et les procédures judiciaires seraient toutes touchées, exigeant davantage de temps et de frais⁴. Adopter une présomption équivaut à fausser la balance. Pourquoi ferions-nous pencher la balance, au tribunal de la famille, en faveur de quiconque sinon l'enfant?

Les défenseurs du projet de loi C-560 voudraient nous faire croire que la loi actuelle ne favorise pas ou ne permet pas la garde conjointe ou la répartition égale du temps. Ce n'est pas exact. La garde conjointe est depuis longtemps une option possible – et même favorisée –, et un contact maximum avec chaque parent est déjà prévu comme un facteur à prendre en compte. Si la garde conjointe ou la répartition égale du temps n'est pas imposée dans une affaire donnée, c'est parce que le tribunal a jugé que ce ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant.

Enfin, le projet de loi propose une application rétroactive, ce qui serait désastreux pour les familles canadiennes et les tribunaux de la famille. Toutes les ordonnances parentales rendues au Canada en vertu de la *Loi sur le divorce* pourraient être reconsidérées, y compris dans des cas qui ont été réglés avec difficulté, parfois au prix d'années de tensions et de litiges. Les questions réglées devraient être négociées et défendues une nouvelle fois dans l'optique de la nouvelle présomption. D'après notre expérience, ce serait renvoyer de nombreuses familles devant les tribunaux et perturber la vie de milliers d'enfants.

Les parents prennent de nombreuses décisions avant de recourir aux tribunaux, et ils ont besoin d'un appui de leur milieu. Le but d'un véritable partage des responsabilités parentales serait mieux servi en accordant davantage de fonds à l'éducation parentale, aux services de

⁴ Les défenseurs du projet de loi accusent souvent les avocats de vouloir accroître les coûts des litiges. Ironiquement, si tel était notre but, nous appuierions le projet de loi. Non seulement ajoute-t-il des causes de litiges, mais il rouvre tous les dossiers réglés! Les avocats en droit de la famille ont toujours été parmi les premiers promoteurs de réformes visant à réduire les conflits familiaux et les frais connexes, à faciliter l'accès à la justice grâce à la médiation, à la négociation, au droit collaboratif, au dégroupement des services juridique, aux services d'avocats de garde, aux conseils et à la représentation *pro bono*, aux conférences et ainsi de suite.

règlement extrajudiciaire des différends, à la coordination parentale et aux services de counseling.

Nous sommes favorables à l'importance que le projet de loi accorde à la consultation, à la médiation et à l'arbitrage. Nous favorisons aussi la prise en compte de l'effet d'un divorce sur les membres de la famille proche ou élargie. Cependant, la loi actuelle prévoit tous ces éléments, mais sous réserve de ce qui est dans l'intérêt de chaque enfant.

Le projet de loi est incohérent par rapport à la façon dont nous menons aujourd'hui la médiation et l'arbitrage – en pensant d'abord à l'intérêt des enfants. Cette priorité doit rester le principe premier du droit de la famille au Canada.

Enfin, le projet de loi confond les notions d'un partage égal des responsabilités parentales et d'une répartition exactement égale du temps parental. Ce sont deux choses différentes. Ni le partage des responsabilités parentales ni la garde partagée ne signifient ni n'exigent une répartition égale du temps. De nombreuses affirmations et conclusions erronées au sujet de ce projet de loi peuvent être attribuées à cette confusion.

III. PROBLÈMES PARTICULIERS

Le projet de loi C-560 indique que « les intérêts de l'enfant sont mieux servis par l'engagement maximal continu des parents auprès de lui, et [...] la présomption réfutable de partage égal du rôle parental constitue le point de départ de l'examen judiciaire ».

La répartition exactement égale des responsabilités parentales n'est pas toujours possible ou idéale. L'animosité entre les parents est parfois trop grande, ou leur situation ne permet pas toujours que l'enfant profite au mieux d'une répartition égale du temps. En outre, le partage du rôle parental peut être efficace sans qu'il y ait partage absolument égal du temps avec les enfants, et de nombreux facteurs déterminent ce qui serait la meilleure répartition pour la famille. Exiger une répartition exactement égale du temps procède d'un souci des droits des parents et non de l'intérêt des enfants.

Le projet de loi C-560 indique qu'il aurait pour 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 déjà au parent qui déménage.

L'alinéa 16(4)a) du projet de loi C-560 indique que le tribunal qui rend une ordonnance parentale doit appliquer la présomption selon laquelle le partage égal du temps parental entre les époux est dans l'intérêt de l'enfant. Il voudrait aussi que le

tribunal applique la présomption selon laquelle le partage égal de la responsabilité parentale est dans l'intérêt de l'enfant (alinéa 16(4)b)).

Cet article résume le problème fondamental du projet de loi. Chaque enfant est différent, et chaque famille a ses propres forces et faiblesses.

Par ailleurs, le projet de loi traite la répartition égale du temps parental et des responsabilités parentales comme s'il s'agissait de la même chose ou s'ils étaient nécessairement reliés. La loi accepte actuellement que les parents ont une responsabilité égale envers leurs enfants. Elle exige seulement qu'ils s'acquittent de cette responsabilité dans l'intérêt de leurs enfants. Le tribunal conclut souvent à ce que la garde légale conjointe – le partage de tous les droits et responsabilités – est indiquée sans aucune séparation entre les responsabilités. Il ne s'ensuit pas qu'une répartition égale du temps parental est toujours indiquée, ou même possible. Aussi bien la réalité vécue que la recherche en sciences sociales nous apprennent que le temps parental n'a pas toujours à être exactement égal pour être valable.

La présomption du projet de loi C-560 pourrait seulement être réfutée « 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 chercher une solution dans l'intérêt de chaque enfant, cette disposition imposerait à tous les enfants une solution fondée sur une présomption à moins qu'il ne soit prouvé que l'intérêt de l'enfant serait *considérablement* mieux servi autrement. On se demande pourquoi soit le tribunal ou les parents choisiraient un régime qui n'est pas le meilleur possible pour les enfants. Pourquoi un régime qui sert simplement mieux (plutôt que considérablement mieux) l'intérêt de l'enfant ne devrait-il pas être choisi? Cela ne servirait que les parents qui pensent à leur intérêt avant celui de leur enfant.

Réfuter une présomption n'est pas facile. Il ne suffirait pas de défendre ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Toutes les munitions possibles seraient nécessaires pour justifier que l'enfant ne vive pas à parts égales avec chaque parent au vu du seuil majoré exigeant de démontrer que l'intérêt de l'enfant serait « considérablement » mieux servi.

La *Loi sur le divorce* exige que le tribunal, en rendant une ordonnance dans l'intérêt de l'enfant, cherche à maximiser le contact avec chaque parent et tienne compte de la disposition de chaque parent à faciliter ce contact. Le critère de l'intérêt de l'enfant devrait rester le point de départ de cette analyse.

Le projet de loi C-560 indique qu'un des facteurs fondamentaux – qui sont à évaluer dans leur ensemble – pour déterminer l'intérêt de l'enfant du mariage est le maintien des relations avec les membres de la famille.

Les relations avec la famille élargie figurent déjà parmi les divers facteurs pris en compte pour évaluer l'intérêt d'un enfant. Le projet de loi C-560 suppose que ces relations sont toujours souhaitables pour un enfant et lui accorde préséance sur les autres facteurs. Voilà qui est problématique si la famille élargie n'a pas joué un rôle persistant ou, surtout, un rôle sain dans la vie de l'enfant.

Le projet de loi C-560 propose de prendre en compte l'opinion exprimée volontairement par un enfant.

Tenir compte de l'opinion des enfants dans les décisions qui les toucheront est une bonne chose, mais on ne voit pas bien comment un tribunal déciderait si les opinions de l'enfant ont été exprimées « sans influence de la part de l'un ou l'autre époux », comme le veut le projet de loi, ni par quels mécanismes ces opinions seraient communiquées. De nombreux ressorts n'offrent pas de services pour aider les enfants à exprimer leurs opinions ou préférences, ou pour parer aux difficultés auxquelles ils sont confrontés ou aux influences auxquelles ils sont soumis. Les enfants seraient mieux servis par des services de soutien efficaces leur permettant de participer à la réorganisation de leur famille de façon saine et appropriée.

Le projet de loi C-560 propose que le tribunal prenne en compte « tout geste de violence familiale commis en présence de l'enfant ».

La violence familiale devrait être un facteur pour déterminer quel est l'intérêt des enfants, qu'elle soit ou non commise en leur présence. Le projet de loi semble accorder moins de poids aux facteurs de cette disposition (16(16)) qu'à ceux de la précédente (16(15)), mais ni les uns ni les autres ne sont dans tous les cas plus importants. Les paragraphes 16(14) à 16(16) auraient pour effet de privilégier constamment les droits et intérêts des parents par rapport à ceux de l'enfant. À notre avis, c'est le tribunal qui devrait décider du poids qu'il convient d'accorder à ces éléments dans l'intérêt de chaque enfant.

Le projet de loi C-560 énonce au paragraphe 16(17) des principes que le tribunal devrait considérer pour répartir le temps parental, dans la mesure où ils sont compatibles avec l'intérêt de l'enfant.

On ne voit pas bien comment ces principes seraient pris en compte au vu d'une présomption qui l'emporte sur chacun d'eux en établissant que l'intérêt des enfants n'importe pas. En outre, l'expression « moins de temps dans l'ensemble » est lourde et n'est pas définie. L'accent est encore une fois mis sur l'incidence qu'auraient divers facteurs à l'égard d'un droit strict des parents à une répartition exactement égale du temps plutôt que sur l'intérêt de l'enfant.

Le paragraphe 16(18) du projet de loi C-560 exige que le tribunal explique de façon détaillée pourquoi il n'a pas respecté la présomption.

Le fait d'exiger des motifs justifiant la non-application de la présomption constituerait une pression à l'égard des juges pour qu'ils appliquent la présomption dans toutes les situations. Plus il est onéreux de s'écarter de la présomption, plus il est probable que la présomption l'emportera nonobstant l'intérêt des enfants. Si le juge croit qu'il est dans l'intérêt des enfants de prévoir une répartition inégale du temps, il n'y a pas de raison légitime d'ajouter un obstacle à ce que le juge agisse dans l'intérêt des enfants.

Le paragraphe 16(8) du projet de loi C-560 indique que : « 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. »

Si les époux consentent à obtenir des services, le tribunal n'aurait pas besoin de faire une nomination. Cette disposition n'a pas de sens et n'ajoute pas de ressources pour les familles ou les tribunaux. Nous sommes entièrement favorables au recours à ces services pour venir en aide aux enfants au moment de la séparation, mais tous les parents qui se séparent n'ont pas les moyens de recourir aux services et tous n'y ont pas accès. Plutôt que de modifier la loi, les gouvernements devraient prévoir des fonds pour rendre ces services plus accessibles et plus abordables.

Le texte du projet de loi C-560 souffre d'un manque de clarté et de dispositions redondantes.

Le projet de loi comporte diverses ambiguïtés et redondances.

La Loi sur le divorce assure déjà à chaque époux un droit égal à l'information détenue par des professionnels au sujet de leurs enfants, sauf indication contraire du tribunal.

Le paragraphe 16(11) proposé habiliterait le tribunal à exiger qu'un parent, s'il déménage, en informe l'autre parent et lui communique des renseignements. Les tribunaux peuvent déjà rendre des ordonnances en ce sens, et ils le font.

Le paragraphe 16(12) exigerait que le tribunal interdise un changement de résidence sans consentement dans le cas où ce changement rendrait le respect d'une ordonnance parentale difficilement réalisable. Cependant, en vertu de la loi actuelle, si un parent déménage malgré une ordonnance accordant à l'autre parent des droits d'accès particuliers ou du temps parental, il viole l'ordonnance.

Par ailleurs, les tribunaux peuvent déjà rendre une ordonnance à l'égard des frais associés au temps parental lorsqu'un parent déménage. Les Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants prévoient aussi la possibilité de telles ordonnances.

Le projet de loi C-560 exigerait que chaque ordonnance parentale contienne une longue liste de dispositions, y compris sur les consultations entre les époux, les communications que l'enfant aura avec d'autres personnes, la possession de documents et les règles applicables en cas de changement de résidence, en plus des dispositions nécessaires sur le temps parental, la responsabilité parentale et la pension alimentaire pour l'enfant.

La Section de l'ABC est favorable à ce que des indications plus claires soient données aux familles et aux juges sur ce qui peut faire partie d'une ordonnance parentale. Cependant, certains parents peuvent faire preuve de souplesse. Cette disposition devrait être discrétionnaire, de façon à aider les familles qui en ont besoin et éviter d'entraver celles qui n'ont pas besoin d'aide.

Le projet de loi C-560 indique que l'entrée en vigueur du paragraphe 17(5), dans sa version édictée par le paragraphe 9(2) du projet de loi, constitue un changement de situation au sens du paragraphe 17(5).

Cette application rétroactive proposée par le projet de loi aurait de graves conséquences négatives. Elle inciterait tous les parents ayant déjà une ordonnance ou une entente à retourner devant le tribunal peu importe les circonstances ayant mené à l'ordonnance ou l'entente et peu importe comment les enfants se portent dans la situation actuelle. Elle ne prendrait pas en compte l'intérêt des enfants, mais habiliterait les parents à modifier des ordonnances *nonobstant* l'intérêt des enfants. Ce changement susciterait des litiges incessants, ce qui n'est manifestement pas dans l'intérêt des enfants.

IV. APPUI AU CRITÈRE DE « L'INTÉRÊT DE L'ENFANT » DANS D'AUTRES PAYS

Le parrain du projet de loi indique dans son site Web des ressorts qui ont réformé leurs lois sur la garde des enfants dans le sens du projet de loi C-560, affirmant que « la Belgique, le Danemark, la Norvège et certains États américains ont mis en place des dispositions privilégiant la garde conjointe, et obtenu des résultats positifs⁵ ». Ce n'est pas exact. Il est vrai que certains ressorts ont expressément pris position en faveur de la garde conjointe, mais sans présomption d'un partage égal du temps parental. En outre, il n'y a pas de consensus objectif sur ce que les résultats de telles initiatives ont été positifs. La distinction entre répartition

⁵ www.mauricevellacott.ca/maurice.html

absolument égale du temps parental et garde conjointe devrait être précisée. La garde conjointe (ou le partage des responsabilités parentales) peut être assortie de nombreuses formules de partage du temps parental et non seulement d'un partage égal. Plutôt, la garde conjointe ou le partage des responsabilités parentales, de façon plus générale, suppose que les deux parents participent aux grandes décisions touchant l'enfant et sont activement présents dans la vie de l'enfant.

A. États-Unis

Selon un récent article dans une revue de droit examinant les dispositions sur la garde dans chacun des 50 États américains ainsi qu'au Puerto Rico et à Washington, D.C.⁶, les lois de trois États privilégient la garde légale conjointe⁷, tandis que six États privilégient le partage des responsabilités parentales si les deux parents sont d'accord⁸. Six États de plus ont des dispositions législatives privilégiant un contact maximal avec les deux parents⁹. Dans la plupart des États, la loi appelle en général à des contacts « fréquents et continus » avec les deux parents, de la même façon que le fait au Canada le paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce*.

En 1979, la Californie a adopté une présomption en faveur de la garde conjointe, mais elle a modifié cette loi en 1994 de façon à permettre la garde conjointe uniquement quand les parents sont d'accord. Selon un sondage auprès des juges des tribunaux de la famille de Californie, deux tiers d'entre eux en sont venus à la conclusion que la garde conjointe imposée en vertu d'une présomption mène à des résultats soit inégaux, soit pires pour les enfants; ils invoquent un manque de coopération entre les parents, des conflits persistants entre les parents, une instabilité causée par les constants déplacements d'un ménage à l'autre ainsi que des difficultés logistiques pour les parents¹⁰.

⁶ Melissa A. Tracy, « The Equally Shared Parenting Time Presumption – a Cure-All or a Quagmire for Tennessee Child Custody Law? » (2007) 38 *U. Mem. L. Rev.* 153.

⁷ *Ibid.*, p. 171 : le Kansas, le Massachusetts et le Minnesota ont tous des dispositions législatives privilégiant la garde légale conjointe, mais pas la répartition égale du temps parental.

⁸ *Ibid.*, p. 172 : le Tennessee, le Connecticut, le Michigan, le Mississippi, le Nevada et l'État de Washington privilégient la garde conjointe lorsque les deux parents sont d'accord.

⁹ *Ibid.*, p. 170 : l'Alaska, l'Iowa, l'Oklahoma, le Texas, le Vermont et le Wisconsin ont tous des dispositions législatives qui privilégient un contact maximal.

¹⁰ Thomas J. Reidy, et coll., « Child Custody Decisions: A Survey of Judges » (1989) 23 *Fam. L. Q.* 75, p. 80; Gerald W. Hardcastle, « Joint Custody: A Family Court Judge's Perspective » (1998) 32 *Fam. L. Q.* 201.

L'Alaska semble avoir adopté dans sa législation une préférence pour le partage égal du temps parental, mais la présomption en ce sens s'applique seulement jusqu'à ce qu'un tribunal examine l'attribution de la garde¹¹.

L'Oregon a créé une « présomption » en faveur du partage du rôle parental en 1997. Cette présomption a fait en sorte que les tribunaux ont encouragé et imposé la garde conjointe (ou partagée) dans des cas qui auraient autrement mené à une garde exclusive. Il y a eu diverses implications pour le comportement dans les divorces. Les décisions sur la garde ont évolué (moins souvent la garde exclusive à la mère, plus souvent la garde exclusive au père). Il y a davantage de médiation, les délais se sont allongés pour arriver au divorce final et il y a eu plus d'acrimonie dans les divorces. En outre, il y a eu plus souvent des allégations de maltraitance et des litiges à la suite d'un jugement¹².

Après que le Minnesota a adopté une présomption que la garde de l'enfant devrait être accordée au parent qui avait été le principal responsable des soins, il y a eu une forte augmentation des litiges¹³.

En 2013, l'Arkansas a adopté des dispositions législatives favorisant l'octroi d'une garde conjointe dans une action en divorce. Les deux parents doivent bénéficier d'une part « approximativement et raisonnablement égale » du temps avec l'enfant¹⁴.

Les lois continuent d'évoluer dans ce domaine, et il y a plus souvent une prédilection pour le partage des responsabilités parentales. Cependant, notre recherche indique qu'aucun État n'a actuellement de présomption en faveur d'un partage égal du rôle parental semblable à celle du projet de loi C-560.

B. Australie

En 2006, L'Australie a adopté la *Family Law Amendment (Shared Responsibility) Act 2006* qui crée une présomption en faveur d'un partage égal de la *responsabilité* des enfants et oblige les tribunaux de la famille à examiner la mesure dans laquelle il serait dans l'intérêt des enfants en cause de passer une part égale ou importante du *temps* avec chaque parent. Au contraire du

¹¹ *Supra* note 5, p. 170.

¹² Daniel J. Hunan, « Young Children, Attachment Security and Parenting Schedules », *Family Court Review*, vol. 50, n° 3, juillet 2012.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ www.arkleg.state.ar.us/assembly/2013/2013R/Acts/Act1156.pdf

projet de loi C-560, la loi australienne ne crée pas une présomption réfutable en faveur d'une répartition égale du *temps* parental.

Depuis qu'elle a été adoptée, la loi australienne a été vivement critiquée. On a dit par exemple :

- Le principe de l'égalité en matière de garde est fondé sur les droits des parents et relègue l'intérêt des enfants au second plan. Une présomption en faveur de l'égalité des responsabilités parentales ne tient pas compte de la mesure dans laquelle il est dans l'intérêt de l'enfant de passer une part égale du temps avec chaque parent, une part substantielle ou une part importante¹⁵.
- Comme la répartition des responsabilités parentales n'est pas égale dans les familles où il n'y a pas de divorce, il est faux de supposer qu'elle devrait l'être après un divorce¹⁶.
- Les psychologues s'inquiètent des effets potentiels d'un partage égal du temps pour les enfants, et indiquent que la recherche n'a pas déterminé l'ampleur du contact qui est nécessaire au maintien d'une « relation étroite » entre un parent et un enfant¹⁷.
- Il n'est pas indiqué de prévoir une garde conjointe pour des parents en conflit¹⁸, et encore moins une part égale ou importante du temps parental. Une étude a constaté que le partage des responsabilités parentales intensifie le conflit entre les parents¹⁹. Selon une autre étude, 73 % des parents australiens en cause dans des ententes prévoyant le partage égal des responsabilités parentales ne coopèrent « presque jamais » entre eux²⁰.
- Les enfants de parents en situation de conflit exacerbé où une garde égale a été ordonnée souffrent de hauts niveaux de tensions psychologiques²¹. Une étude a constaté que les dispositions prévoyant le partage des responsabilités parentales augmentent le niveau d'anxiété clinique des enfants après la première année²².
- Des pressions peuvent s'exercer sur les tribunaux pour qu'ils « appliquent la loi²³ » dans des situations où il y a des allégations de

¹⁵ Hardcastle, *supra* note 10, p. 216.

¹⁶ Matthew Fynes-Clinton, « Children Suffer When Law Splits Parenting Equally », *The Courier – Mail* (10 novembre 2008), en ligne : www.news.com.au/couriermail/story/0,23739,24624845-953,00.html.

¹⁷ *Ibid.*, citant la psychologue pour enfants Jennifer McIntosh, de Melbourne.

¹⁸ Helen Rhoades, « The Dangers of Shared Care Legislation: Why Australia Needs (Yet More) Family Law Reform » (2008) 36 *Fed. L. Rev.* 279, p. 280.

¹⁹ *Ibid.*, p. 283 et 295.

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

²¹ *Supra* note 15, p. 280 et 283.

²² *Supra* note 17, p. 2.

²³ *Supra* note 13.

maltraitance sans qu'il y ait de preuves admissibles suffisantes pour les étayer.

Un rapport de 275 pages rédigé par le juge à la retraite du tribunal de la famille Richard Chisholm conclut que des modifications législatives sont nécessaires pour préciser que les juges ne doivent pas adopter une approche à solution unique en matière de garde. Au lieu, ils doivent « considérer la répartition égale du temps ainsi que toutes les autres possibilités pour déterminer ce qui servira sans doute le mieux l'enfant²⁴ ». Le rapport affirme qu'avec le recul, il est devenu évident que les modifications ont amené les parents à se concentrer sur leurs propres droits plutôt que sur l'intérêt de leurs enfants²⁵.

En raison des nombreuses préoccupations exprimées à la suite de l'adoption des mesures législatives, le gouvernement australien a commandé une recherche de 6 millions de dollars de l'Institut australien d'études sur la famille. Celle-ci a conclu que la loi était problématique et devait être changée²⁶.

Tout récemment, le Pr John Wade, ancien avocat en droit de la famille, consultant auprès de la Commission de réforme du droit d'Australie et président du Conseil du droit de la famille d'Australie (2008 à 2010), a qualifié la loi australienne d'« expérience malheureuse²⁷ ». Il affirme que les universitaires et les intervenants sont presque unanimes à juger que les réformes avaient causé plus de tort que de bien aux enfants. Il estime que la recherche passée et émergente, en Australie et ailleurs, confirme que dans les familles en conflit (y compris les cas qui mènent à une audience en règle devant les tribunaux), l'octroi à chaque parent d'une part importante ou égale du temps est de prime abord contre-indiqué pour la santé des enfants. Il ajoute que le taux d'allégations de violence à l'égard des enfants ou en leur présence a augmenté radicalement dans les affaires qui aboutissent devant les tribunaux. De telles allégations sont devenues un instrument clé de négociation en vue de faire obstacle à l'octroi d'une part importante ou égale du temps à l'autre parent. C'est là une conséquence non intentionnelle mais prévisible des mesures législatives.

²⁴ Pr Richard Chisholm, *Family Courts Violence Review Report* (Australie : 27 novembre 2009), p. 131.

²⁵ *Ibid.*, p. 8.

²⁶ Rae Kasouew et coll., *Evaluation of the 2006 Family Law Reforms*, Australian Institute of Family Studies, 2009, www.aifs.gov.au.

²⁷ Pr John Wade, invité de la Fondation du droit au Collège de droit de l'Université de la Saskatchewan, conférence du 11 février 2014 : « The Failed Experiment with Legal "Equal Parenting" in Australia ».

En considérant les implications du projet de loi C-560 au Canada, le P^r Wade estime que les réformes proposées laissent entrevoir des effets secondaires graves et coûteux pour la santé nationale au Canada, y compris des risques de tort pour les enfants. Il recommande que toute réforme soit examinée soigneusement au regard des erreurs qui ont déjà été commises et mesurées en Australie.

Les effets négatifs des mesures législatives en Australie ont peut-être été atténués par la mise en place simultanée d'un réseau de centres des relations familiales. Ceux-ci offrent de l'information, des conseils, de la médiation et d'autres ressources aux familles en instance de séparation. Cette initiative a été jugée efficace pour aider les familles à se restructurer; elle a peut-être amélioré les résultats malgré un cadre législatif inefficace²⁸.

C. Belgique

Les lois belges sur la famille ont été réformées en 2006 afin de prévoir que les juges et les tribunaux de la famille envisagent sérieusement la solution de la résidence partagée si un ou l'autre des parents divorçant le demande²⁹. Il s'agit davantage d'un facteur à prendre en compte que d'une présomption légale. Si le partage des responsabilités parentales est demandé par un ou l'autre des parents, le tribunal doit en priorité examiner la mesure dans laquelle ce partage est dans l'intérêt de l'enfant. Les juges, les avocats et les médiateurs ont signalé une légère augmentation du nombre de demandes de partage égal des responsabilités parentales présentées par les parents divorçant. La préférence pour la résidence partagée semble avoir changé l'allure des litiges. Les avocats indiquent que compte tenu de la préférence, ils soutiennent que l'autre parent est incompetent; auparavant, ils invoquaient surtout les compétences parentales de leur propre client.

D. Danemark

Selon la loi du Danemark sur la responsabilité parentale, les parents qui partagent la garde devraient continuer d'avoir le droit de le faire même s'ils sont séparés ou divorcés. Cependant, le tribunal de la famille peut mettre fin à la garde partagée pour des motifs impérieux. Cette loi

²⁸ Joan B. Kelly, « Getting it Right for Families in Australia: Commentary on the April 2013 Special Issue on Family Relationship Centers », *Family Court Review*, vol. 51, n° 2, avril 2013.

²⁹ Peter Tromp, « Benefits of Post-Divorce Shared Parenting and the Situation in the Netherlands, Belgium and Germany », document présenté à l'International Conference on Family and Equality « Justice and Father's and Men's Dignity », Dráma (Grèce) (3 janvier 2009) <http://fkce.wordpress.com/2009/01/03/13/>.

évoque en termes généraux les droits des parents à la garde légale conjointe. Elle n'exige pas l'égalité des heures dans le partage des responsabilités parentales.

V. CONVENTION DES NATIONS UNIES RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

Le projet de loi irait à l'encontre de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui, tout comme l'actuelle *Loi sur le divorce*, exige que : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, [...], l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale³⁰. » La Convention exige que les États parties traitent les enfants comme des personnes. « La détermination de ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant devrait débiter par l'examen des circonstances particulières faisant de chaque enfant un cas unique³¹. »

Le Canada a été un acteur clé dans la rédaction de la Convention en 1989, et l'a ratifiée en 1991. Il s'agit d'une des conventions de l'ONU ratifiées par le plus grand nombre d'États, ce qui témoigne du consensus international sur son importance en vue d'assurer à chaque enfant un accès véritable à la justice. Le Canada doit « prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la [...] Convention³² ». Jusqu'à présent, le Canada a toujours rapporté au Comité des droits de l'enfant de l'ONU que sa législation est conforme à la Convention. Si le projet de loi était adopté, ce ne serait plus le cas.

La Convention reconnaît le rôle important que les parents jouent de diverses façons dans la vie des enfants. Un article exige que les États parties respectent le droit de l'enfant qui est séparé d'un parent d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec les deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant³³. Le Canada doit assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement³⁴. En s'acquittant de ces responsabilités, les parents doivent prendre des décisions dans l'intérêt de leur enfant en tenant compte de *tous* les droits de l'enfant prévus par la Convention.

³⁰ Paragraphe 3(1).

³¹ Observation générale n° 14 (2013), Comité des droits de l'enfant, adoptée à sa 66^e session (14 janvier au 1^{er} février 2013), paragr. 49.

³² CRDE, article 4.

³³ CRDE, article 9.

³⁴ CRDE, paragraphe 1 de l'article 18. Voir aussi l'article 7.

Selon la Convention, les enfants ont de vastes droits de participer, y compris le droit d'être entendus dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant³⁵ – ce qui est lié de façon « inextricable » à leur intérêt³⁶. Les lois qui favorisent le partage des responsabilités parentales favorisent en principe les droits universels de l'enfant. Cependant, les lois qui exigent d'accorder une préférence ou qui sont par défaut favorables à la mère, au père ou à une répartition égale du temps parental s'opposent à la recherche de la justice individuelle et à la pleine prise en compte des droits que la Convention accorde à l'enfant³⁷. La justice individuelle revêt aussi une importance particulière quand il s'agit des droits des enfants autochtones, qui peuvent être confrontés à des problèmes distincts d'accès à la justice et qui peuvent être plus susceptibles de bénéficier des attentions d'une communauté élargie, au-delà de leurs parents biologiques, qui veillera à leur bien-être.

Le fait que la présomption en cause puisse être réfutée ne pallie pas cette importante difficulté juridique. Au contraire, le fardeau s'en trouve porté par l'enfant et ses défenseurs qui, s'ils cherchent un résultat différent, doivent montrer en quoi l'intérêt de cet enfant pourrait exiger un résultat différent. L'enfant, qui est d'avance vulnérable, s'en trouve encore plus désavantagé. Le désavantage est d'autant plus grand pour un enfant qui ne dispose pas d'un défenseur indépendant ou dont les défenseurs manquent de ressources – ce qui est souvent le cas dans les affaires de droit de la famille. Ceux qui en souffriront le plus sont les enfants particulièrement vulnérables, comme les enfants autochtones, les enfants réfugiés, les enfants handicapés, les enfants vivant dans la pauvreté, les enfants LGBTQ et les enfants se trouvant dans plus d'une de ces situations.

VI. LOIS ET TRAVAUX PARLEMENTAIRES AU CANADA

La *Loi sur le divorce* s'applique seulement quand les parties sont légalement mariées et veulent divorcer. Dans les autres cas, ce sont les lois provinciales ou territoriales qui régissent la garde des enfants au Canada. Toutes prévoient le critère de l'intérêt de l'enfant sous une forme ou l'autre. La plupart indiquent que la loi a pour objet de garantir que les décisions des tribunaux

³⁵ CRDE, article 12.

³⁶ Observation générale n° 14 (2013), Comité des droits de l'enfant, adoptée à sa 66^e session (14 janvier au 1^{er} février 2013), paragr. 43.

³⁷ Donna Martinson, c.r., et Nancy Bell, « Legal Professionalism and Access to Justice: Lawyers as Champions for Children », en ligne : <http://ethicsincanada.files.wordpress.com/2014/02/d-martinson-and-n-bell-legal-professionalism-and-access-to-justice-lawyers-as-champions-for-children.pdf>.

sur la garde ou l'accès sont prises en fonction de l'intérêt de l'enfant³⁸. Deux affirment que l'intérêt de l'enfant est une considération primordiale³⁹, et trois, que c'est la seule considération⁴⁰.

Si le projet de loi est adopté, le ressort fédéral sera en contradiction avec la loi des autres ressorts du Canada.

En Colombie-Britannique, le plus récent ressort à réformer son droit de la famille, la *Family Law Act* prévoit expressément ceci :

[TRADUCTION]

En décidant du partage des responsabilités parentales, aucune formule particulière n'est présumée mieux servir l'intérêt de l'enfant. Sans limiter le caractère général de ce qui précède, il faut éviter de présumer que : (a) les responsabilités parentales devraient être réparties également entre les gardiens; (b) le temps parental devrait être réparti également entre les gardiens; (c) les décisions entre les tuteurs sont prises soit séparément, soit en commun.⁴¹

Dans certaines situations, les lois prévoient aussi la consultation de la communauté autochtone ou de la bande indienne pour régler les questions de garde. Elles reconnaissent ainsi le caractère particulier de l'expérience culturelle des enfants autochtones, dont on ne peut présumer que les intérêts sont le mieux servis par une solution de responsabilités partagées entre deux parents; il faut examiner la question dans le contexte d'une communauté plus vaste et en tenant compte des lois et de la culture autochtones, surtout quand un des parents n'est pas un Autochtone.

Le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants a étudié ces questions en détail et publié en 1998 un rapport intitulé *Pour l'amour des enfants*⁴². Ce texte conclut qu'« il n'est pas dans l'intérêt des enfants de créer une règle implicite en faveur de la mère ou du père ni en faveur de modalités particulières⁴³ ». Il comprend un chapitre faisant référence à la *Loi sur le divorce*, sous la rubrique « Aucune présomption ». De nombreux groupes d'intérêt

³⁸ Yukon, Territoires du Nord-Ouest, Nunavut, Ontario, Québec, Île-du-Prince-Édouard, Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve-et-Labrador.

³⁹ Manitoba et Nouvelle-Écosse.

⁴⁰ Alberta, Colombie-Britannique et Saskatchewan.

⁴¹ Paragraphe 40(4).

⁴² Ottawa : Parlement du Canada, 1998.

⁴³ *Ibid.*, chapitre 2.

militant en faveur de diverses présomptions ont témoigné devant le Comité. Celui-ci a toutefois conclu que l'intérêt de l'enfant devait rester l'élément primordial. Il a recommandé :

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 parents.*⁴⁴

Reconnaissant les avantages du partage des responsabilités parentales, le Comité a affirmé ceci : « 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 différents⁴⁵ ». Il a aussi fait cette remarque :

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.

Les présomptions peuvent aussi avoir l'effet négatif de convaincre des familles qui auraient pu en arriver elles-mêmes à une solution constructive de s'adresser à un tribunal si elles veulent éviter l'application de la forme particulière de partage des responsabilités parentales privilégiée par la présomption.

Dans cette optique, divers témoins ont conclu que la *Loi sur le divorce* ne devrait comprendre aucune présomption en faveur d'un type particulier de partage des responsabilités parentales. Au lieu, ils ont suggéré de renforcer le critère de « l'intérêt de l'enfant », qui s'applique actuellement aux décisions sur la garde et l'accès. En outre, d'aucuns ont soutenu qu'il serait avantageux pour les familles qu'on offre davantage de services extrajudiciaires pour mieux renseigner les couples en instance de divorce. S'ils disposaient de plus de ressources et d'information, les parents pourraient promouvoir les meilleurs résultats possibles pour leurs enfants, par leur comportement et par leurs décisions.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, chapitre 4.

Certains témoins ont recommandé que la *Loi sur le divorce* soit modifiée pour y ajouter une liste de critères ou une définition de l'intérêt de l'enfant, pour guider les juges et les parents en la matière. Sans être exhaustive, la liste indiquerait toutes les questions que les décideurs devraient prendre en compte. Les circonstances de certains enfants pourraient imposer des critères supplémentaires. La liste des critères rehausserait la prévisibilité des résultats et encouragerait à tenir compte de facteurs jugés particulièrement importants pour le bien-être de l'enfant⁴⁶.

Le mémoire que la Section de l'ABC a présenté au Comité mixte recommandait d'énumérer dans la *Loi sur le divorce* des critères semblables à ceux qui se trouvent, en Ontario, dans la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, adaptés de façon à s'harmoniser avec la nouvelle terminologie qui serait adoptée dans la législation fédérale. Nous avons suggéré quelques éléments en supplément de ceux de la loi ontarienne, y compris le rôle joué par une personne dans les soins donnés à l'enfant depuis sa naissance, tout acte de violence familiale perpétré par une ou l'autre des parties demandant la garde ou un droit d'accès, les liens culturels existants, l'appartenance religieuse ainsi que l'importance et l'avantage, pour l'enfant, d'entretenir des relations suivies avec ses parents⁴⁷.

En fin de compte, le rapport recommandait que la *Loi sur le divorce* soit modifiée pour faciliter les décisions sur le partage des responsabilités parentales en vertu des articles 16 et 17, en ajoutant une liste de critères relatifs à l'intérêt de l'enfant⁴⁸. Compte tenu de l'appui vigoureux du rapport en faveur de la primauté du critère de l'intérêt de l'enfant, toute prétention que le projet de loi C-560 concorde avec ce rapport est entièrement inexacte⁴⁹.

VII. RECHERCHE EN SCIENCES SOCIALES

Dans son article « Children's Living Arrangements Following Separation and Divorce: Insights from Empirical and Clinical Research », Joan B. Kelly examine diverses formes d'entente et de répartition du temps. Elle passe en revue la recherche empirique sur la quantité de temps que les enfants passent avec chaque parent dans divers types de relations parentales. Fait important, M^{me} Kelly s'est exprimée fermement en faveur d'un rôle du père auprès des enfants.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Ottawa : ABC, 1998.

⁴⁸ Nous notons aussi que les rapports dissidents du Parti réformiste, du Bloc Québécois et du Nouveau parti démocratique soutenaient tous la primauté de l'intérêt des enfants, et qu'aucun ne préconisait un régime de présomptions quant au partage des responsabilités parentales.

⁴⁹ Voir le site Web du parrain du projet de loi, *supra* note 4.

Elle s'oppose aux préjugés historiques et favorise un rôle accru pour les pères dans de nombreuses situations. Cependant, elle rejette toute présomption :

[TRADUCTION]

De telles lignes directrices sont foncièrement inopportunes parce qu'elles prévoient une solution unique et qu'elles ne tiennent en fait pas compte de l'intérêt de nombreux enfants. Elles ne considèrent pas l'âge des enfants, leur sexe, leurs besoins développementaux et leurs réalisations, non plus que l'historique et la qualité des rapports de l'enfant avec chaque parent, la qualité des soins parentaux et les situations familiales qui exigent une attention particulière.⁵⁰

En Australie, où le tribunal est tenu d'envisager le partage des responsabilités parentales, des psychologues ont soulevé des questions au sujet des effets d'une répartition égale des responsabilités parentales pour les enfants de moins de quatre ans. Ils ont estimé qu'il ne serait pas nécessairement adapté aux besoins développementaux de prévoir une solution parentale qui perturbe les habitudes d'un jeune enfant et risque de faire obstacle à un attachement ferme à un ou l'autre parent⁵¹.

La recherche n'a pas établi de façon définitive combien de contact est nécessaire pour entretenir une relation étroite entre un parent et un enfant. Des études ont constaté que même un peu de contact peut suffire à entretenir une relation étroite entre un parent et un enfant, du moins dans la perspective de l'enfant⁵². Voilà qui va dans le même sens qu'un document de discussion de 1993 de Justice Canada : [TRADUCTION] « ce n'est pas tous les experts qui insistent sur l'importance d'une relation suivie avec le parent qui n'a pas la garde. Certains soutiennent que le facteur clé du bien-être des enfants est un faible niveau de conflit entre les parents⁵³. »

Les modifications législatives en cause visent clairement la quantité de temps qu'un enfant passe avec chaque parent. Cependant, la quantité de temps peut être sans importance pour la solidité des liens, et ces mesures législatives font fi d'un important aspect du développement de l'enfant⁵⁴.

⁵⁰ (2006) 46:1 *Family Process* 239.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Hardcastle, *supra* note 10, p. 210.

⁵³ Jonathan Cohen et Nikki Gershain, « For the Sake of the Fathers? Child Custody Reform and the Perils of Maximum Contact » (2001) 19 *Can. Fam. L. Q.* 121, p. 126.

⁵⁴ Hunan, *supra* 12, p. 478

Comme l'a observé l'auteur d'un récent bilan de ces études :

[TRADUCTION]

Il existe diverses raisons possibles pour lesquelles prévoir une présomption en faveur d'une répartition égale ou presque égale des responsabilités parentales serait une erreur. Un enfant entretient souvent avec chacun de ses parents des rapports ayant des qualités différentes. Pour de nombreux enfants d'âge scolaire, en particulier, les allées et venues nécessaires pour passer autant de temps avec chaque parent peuvent être très stressantes pour des motifs pratiques, par exemple pour ce qui est de s'y retrouver dans ses affaires scolaires et ses vêtements.⁵⁵

Ces sources de stress peuvent être exacerbées par des facteurs aussi simples que la distance entre les résidences des parents ou leurs horaires de travail, ou des questions plus complexes, comme la difficulté qu'ont les parents de coopérer suffisamment entre eux pour aplanir les difficultés des enfants.

Pour déterminer ce qui sert le mieux les intérêts de jeunes enfants, il est vital d'examiner attentivement les données des recherches selon lesquelles le fait d'être exposé à des conflits entre les parents, les difficultés psychologiques des parents, le stress et la perte de contact avec un parent sont autant de facteurs importants contribuant à des résultats négatifs pour les enfants en cas de séparation et de divorce⁵⁶.

L'*Association of Family and Conciliation Courts* (AFCC) a récemment publié une revue approfondie des ouvrages de sciences sociales sur cette question, et elle suggère des démarches différentes. Tout comme le Comité mixte, l'AFCC rejette l'idée d'une présomption en faveur d'une répartition égale du temps parental. Elle a expressément soutenu que :

[TRADUCTION]

Lorsqu'il y a un différend au sujet de la responsabilité des soins d'un jeune enfant, les décideurs (y compris les parents) devraient prendre en compte tous les facteurs pertinents. Aucun facteur ne l'emporte sur l'influence et l'importance de l'ensemble des facteurs.⁵⁷

⁵⁵ Hunan, *supra* 12, p. 478

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Marsha Kline Pruett et J. Herbie DiFonz, « Closing the Gap: Research, Policy, Practice and Shared Parenting AFCC Think Tank Final Report », à paraître dans le numéro d'avril 2014 de *Family Court Review* (p. 35, 36).

Et encore :

Les négociations et les décisions au sujet du temps parental après une séparation qui mettent en jeu des tiers (intervenants en santé mentale, juridiques) sont inéluctablement propres à chaque cas.

La recherche indique les questions pertinentes et éclaire les facteurs clés pour déterminer quelles sont les modalités de répartition des responsabilités parentales qui conviennent le mieux à chaque famille. Cependant, la recherche ne peut pas prescrire une solution adaptée à toutes les familles dans toutes les situations.

...

L'intérêt des enfants est le mieux servi par des régimes de soins parentaux prévoyant des relations suivies et conjointes qui sont sûres, solides et adaptées aux besoins développementaux, et qui évitent un modèle imposant à toutes les familles une répartition particulière du temps.

La médiation et les méthodes collaboratives exigent que les parties considèrent les intérêts en cause, plutôt que les positions des parties. Dans les décisions sur les responsabilités parentales, il est essentiel que les parents s'attachent à examiner les options en fonction de l'intérêt de leurs enfants. La médiation et des stratégies semblables visant à aider les familles seraient moins efficaces dans certaines circonstances si un des parents pouvait soutenir que la loi lui accorde l'« égalité » dans les responsabilités parentales sans qu'il faille se poser de questions sur l'intérêt des enfants au vu de toutes les circonstances propres à la famille.

Des médiateurs familiaux ont indiqué clairement dans une consultation que le critère de l'intérêt de l'enfant doit rester dans la loi⁵⁸, et que de meilleurs services ainsi que de meilleures définitions légales aideraient à régler les questions parentales de façon consensuelle.

Les recherches favorables au rôle des deux parents dans la vie d'un enfant après une séparation sont souvent évoquées comme la justification de présomptions en matière de répartition des responsabilités parentales. Cependant, ce raisonnement occulte souvent la nécessité de tenir compte des circonstances individuelles pour déterminer dans quelle mesure et de quelle façon le partage des responsabilités parentales peut être un résultat favorable pour un enfant en particulier.

⁵⁸ Médiation familiale Canada – Consultation sur la garde, le droit de visite et les pensions alimentaires pour enfants, ministère de la Justice du Canada, www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2001_11/som-sum.html.

VIII. CONCLUSION

Comme avocats, nous aidons tous les membres de la famille, devant les tribunaux et en dehors des tribunaux, à restructurer leurs responsabilités et leurs arrangements à la suite d'une séparation et d'un divorce. Les membres de la Section de l'ABC voient cette problématique sous tous les angles. Nous croyons fermement que la seule perspective susceptible de favoriser des résultats qui servent le mieux les enfants est d'exiger que les tribunaux et les parents se concentrent uniquement sur l'intérêt des enfants lorsqu'ils prennent des décisions.

Le projet de loi C-560 n'accomplit pas l'effet voulu. Il ne donne pas aux parties des outils pour régler les différends, ni ne les aide-t-il à dresser des plans pour le partage des décisions et des soins matériels des enfants de façon à minimiser les conflits et maximiser les bienfaits pour les enfants. Au lieu de la prise en compte de l'enfant individuel, il privilégierait les droits des parents. Il encouragerait d'âpres litiges dans les ruptures familiales, et il ferait que des milliers d'enfants seraient réexposés à des litiges et des conflits par suite de la réouverture de dossiers précédemment réglés. Il créerait des obstacles potentiellement dévastateurs au règlement des différends sur la garde et les responsabilités parentales pour les enfants autochtones – vivant parfois dans un contexte exigeant que les tribunaux attachent une importance particulière à un large éventail de facteurs familiaux, sociaux et culturels. Enfin, le projet de loi C-560 exacerberait des problèmes d'accès à la justice pour les parents canadiens qui peinent déjà à trouver des services juridiques abordables dans le contexte d'un système d'aide juridique sous-financé.

Selon la loi actuelle, les règles du jeu sont équitables : il n'y a pas de parti pris sexiste dans les dispositions exigeant que les juges considèrent « l'intérêt de l'enfant » comme facteur primordial. Pour remplacer le critère actuel foncièrement égal et impartial de « l'intérêt de l'enfant », le projet de loi C-560 propose une conception erronée de l'égalité : plutôt que de chercher le résultat équitable qui sert le mieux l'intérêt des enfants en cause, les enfants doivent être partagés exactement en deux. Le projet de loi ne favorise l'égalité ni pour les pères ni pour les mères. La seule perspective appropriée pour les décisions sur la garde des enfants est celle de l'intérêt des enfants.