



Feminist Alliance for  
International Action  
L'alliance féministe pour  
l'action internationale

National Association of  
Women and the Law



Association nationale  
Femmes et Droit

## PAS DANS L'INTÉRÊT DES FEMMES ET DES ENFANTS

### Analyse du projet de loi C- 422: *Loi modifiant la Loi sur le divorce*

Par Pamela Cross, Association nationale Femmes et Droit<sup>1</sup>

#### Introduction:

Le 16 juin 2009, le député conservateur de Saskatoon-Wanuskawin, Maurice Vellacott, a déposé le projet de loi C-422 à la Chambre des communes. Ce projet de loi est la dernière mouture d'une série de projets de loi, motions et autres manoeuvres juridiques et politiques ayant tenté d'éliminer de la *Loi sur le divorce* fédérale les concepts de garde d'enfants et de droits de visite en faveur d'une présomption de partage égal du rôle parental.

À première vue, le grand public ne peut qu'être favorable au projet de loi de M. Vellacott. Comment s'opposer après tout à la notion d'enfants passant du temps avec leurs deux parents?

Toutefois, en y regardant de plus près, il apparaît évident que le projet de loi C-422 au mieux ignore et au pire nie bon nombre de situations vécues par les familles du pays. Pour cette raison, l'Association nationale Femmes et Droit s'oppose, comme beaucoup d'autres organisations de femmes revendiquant l'égalité, au projet de loi C-422, tout comme nous avons par le passé contesté d'autres projets de loi et motions similaires.

Le projet de loi C-422 prétend faire quatre choses:

- préciser que le Parlement reconnaît l'intérêt pour la société de s'assurer que les enfants ne perdent pas, sans raison valable, un de leurs parents, et remplacer la notion de « garde d'enfants » par celle de « temps parental »

---

<sup>1</sup> Cette analyse s'inspire de la recherche menée par le Réseau des femmes ontariennes sur la garde légale des enfants dans son Mémoire au Comité fédéral, provincial et territorial en droit de la famille sur la garde, les droits de visite et la pension alimentaire pour enfants, juin 2001, corédigé par Andrée Côté, Pamela Cross, Carole Curtis et Eileen Morrow.

- définir les « intérêts de l'enfant » comme mieux servis par un engagement maximal continu des deux parents auprès de lui, engagement instauré dans la *Loi sur le divorce* par une présomption réfutable de partage égal du rôle parental, comme point de départ de l'examen judiciaire
- préciser les décisions relatives au déménagement pour qu'elles reconnaissent le droit de l'enfant à une relation continue avec les deux parents et imposent au père ou à la mère qui déménage de justifier une modification de l'entente de partage du temps parental
- prévoir la collecte systématique de statistiques judiciaires<sup>2</sup>.

L'analyse et les recommandations qui suivent portent sur les deux premiers des objectifs ainsi affirmés.

### **Contexte:**

Le projet de loi C-422 n'est pas tombé du ciel lorsque M. Vellacott l'a présenté plus tôt cette année. Depuis 1997, des consultations, comités spéciaux, projets de loi gouvernementaux et privés et déclarations publiques se sont succédés en rafale, souvent orchestrés ou largement influencés par un lobby des « droits des pères » de plus en plus puissant.

#### Le lobby des droits des pères

Ces organisations partisans sont devenues extrêmement actives en 1997, en réaction à l'introduction par l'administration fédérale des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*. Ces lignes directrices ont profondément modifié le régime de pensions alimentaires pour enfants au Canada. Beaucoup de pères, qui sont le plus souvent le parent payant une pension alimentaire et qui ont vu leurs obligations alimentaires augmenter en raison des lignes directrices, ont ouvertement manifesté leur rancœur.

Ils se sont rapidement saisis d'une des exceptions à la législation: les lignes directrices permettaient un calcul très différent du montant de pension alimentaire si l'enfant passait au moins 40 pour cent de son temps avec chaque parent.

Misant sur cette « règle des 40 % », les partisans des droits des pères ont commencé à réclamer l'adoption d'une présomption de garde conjointe, ou *partage du rôle parental*. Ils ont mis sur pied une campagne média jouant sur les émotions et allégué que les tribunaux de la famille discriminaient les pères en octroyant systématiquement la garde aux

---

<sup>2</sup> *Backgrounder for Equal Parenting Private Member's Bill C-422*, Maurice Vellacott, juin 2009.

mères. Ils ont légitimé leur revendication en se présentant eux-mêmes comme victimes de discrimination sexuelle, dans un système judiciaire qui, à les croire, était pétri de préjugés favorables à l'égard des femmes. En utilisant un « discours de plainte personnelle »<sup>3</sup>, ils ont réussi à se poser en victimes. Ils ont également organisé une campagne de pression vigoureuse et menaçante, tant au palier provincial que national, et un réseau de groupes régionaux.

Ils ont bénéficié d'appuis importants au Sénat, où un certain nombre de sénatrices et de sénateurs ont menacé de bloquer l'adoption des lignes directrices sur les pensions alimentaires si l'on ne procédait pas immédiatement à un examen des questions de garde et de droit de visite.

Pour assurer l'adoption des lignes directrices sur les pensions alimentaires, Alan Rock, alors ministre de la Justice, a mis sur pied le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite composé de membres de la Chambre des communes et du Sénat. Ce comité a tenu dans tout le pays des audiences sur la garde et le droit de visite. Les représentantes d'organisations de femmes qui y ont témoigné ont fait face à une hostilité manifeste durant plusieurs de ces audiences. La violence envers les femmes et les agressions sexuelles d'enfants ont été systématiquement minimisées, sans jamais être reconnues comme des éléments cruciaux.

Le rapport intitulé *Pour l'amour des enfants*, publié par le Comité mixte en 1998, a recommandé l'adoption d'une présomption en faveur du partage des responsabilités parentales et celle d'une liste de critères pour définir « l'intérêt de l'enfant ». Mais on y a fait fi du problème de la violence dans la famille, en mettant plutôt l'accent sur un maximum de contact entre l'enfant et les deux parents. Le rapport proposait des punitions extrêmement sévères pour les parents gardiens qui ne faciliteraient pas le temps d'accès des parents non gardiens.

En mars 2001, le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille a entrepris, en collaboration avec le ministère de la Justice, une nouvelle consultation nationale au sujet de la garde et du droit de visite.

#### Réformes législatives précédentes:

En novembre 2002, le ministre de la Justice d'alors, Martin Cauchon, a déposé le projet de loi C-22, qui modifiait de manière significative les dispositions de garde et de droit de visite de la *Loi sur le divorce*.

---

<sup>3</sup> C. Bertoia, J. Drakich, "The Fathers' Rights Movement: Contradictions in Rhetoric and Practice" (1993) *Journal of Family Issues* 592.

Ce projet de loi offrait des innovations prometteuses, notamment des critères servant à mieux déterminer « l'intérêt de l'enfant », la reconnaissance de la pertinence de la violence familiale pour la sécurité et le bien-être de l'enfant et l'élimination de la règle du contact maximum (ou principe du maximum de coopération), tout en n'introduisant pas de présomption de partage de responsabilité parentale ou de médiation obligatoire malgré des pressions considérables en ce sens de la part de certains groupes d'intérêts spéciaux.

Le projet de loi C-22 est mort au feuillet lors de la dissolution du Parlement à l'occasion d'une élection fédérale et il n'a pas été déposé de nouveau par le gouvernement élu.

L'année dernière, en juin 2008, le député Maurice Vellacott a déposé la motion M-483, dans laquelle il suggérait au gouvernement de modifier la *Loi sur le divorce* pour s'assurer « que les enfants jouissent de l'égalité des responsabilités parentales de la mère et du père après une séparation ou un divorce ».

Le gouvernement n'a pas présenté de projet de loi en ce sens. M. Vellacott a donc lui-même déposé le projet de loi C-422 au printemps 2009, au titre de projet de loi d'initiative parlementaire. Même si ce type de projet obtient généralement peu de succès, celui-ci est différent. Il a reçu l'appui de Rob Nicholson, député conservateur de Niagara (Ontario) et ministre fédéral de la Justice. Et Raymonde Folco, députée libérale de Laval les Îles (Québec) a également manifesté son soutien. Comme cela s'est produit par le passé, le projet devrait rallier d'autres appuis au sein des Libéraux.

Même si Michael Ignatieff n'a pas commenté publiquement le projet de loi C-422, il a écrit dans un livre intitulé *La révolution des droits*, en référence aux groupes favorables au partage des responsabilités parentales, « que ce sont là des propositions sensées qui se font attendre depuis longtemps et que le fait qu'elles soient formulées montre que les hommes et les femmes s'efforcent de corriger la révolution des droits de manière que l'égalité fonctionne pour tout le monde ».

#### La perspective de l'égalité des femmes:

L'égalité fait loi au Canada. Le gouvernement canadien s'est engagé, tant au pays qu'à l'étranger, à évaluer l'impact de ses politiques et de ses lois sur les femmes au moyen d'une analyse comparative selon le sexe. En mai 1995, les ministres fédérale-provinciales-territoriales de la condition féminine ont convenu de « l'importance d'entreprendre une analyse sexospécifique à titre d'élément intégral du processus des politiques gouvernementales ». Quelques mois plus tard, Condition féminine

Canada publiait *À l'aube du XXIe siècle : Plan fédéral pour l'égalité entre les sexes*, qui stipule que : « le gouvernement fédéral veillera, quand il y a lieu, à ce que les différences entre les sexes soient prises en considération dans les grands enjeux et les possibilités d'action<sup>4</sup>. » On y lit en particulier:

Une démarche fondée sur les différences entre les sexes assure que, dans l'élaboration, l'analyse et l'application des politiques, on tienne compte de la différence entre les sexes, soit de la nature des relations entre les hommes et les femmes, ainsi que des réalités sociales, de leurs attentes et des circonstances financières différentes des femmes et des hommes. On reconnaît aussi que certaines femmes peuvent être encore plus désavantagées que d'autres en raison de leur race, leur couleur, leur orientation sexuelle, leur situation socio-économique, leur origine régionale, leur capacité ou leur âge. Une analyse comparative entre les sexes respecte la diversité et en tient compte<sup>5</sup>.

À l'échelle internationale, le Canada a participé à l'élaboration, en 1995, du Plan d'action du Commonwealth sur les sexes et le développement, qui préconise un système de gestion qui tienne compte de la sexospécificité. Il a aussi endossé le Programme d'action de Beijing (PAB), où l'on demande aux gouvernements de « s'assurer, avant d'arrêter une politique, que l'on a évalué ses incidences sur les femmes et les hommes ». En particulier, le PAB demande aux gouvernements de procéder à une « analyse des politiques et des programmes tenant compte des différences entre les sexes » et de « promouvoir une perspective qui tienne compte des différences entre les sexes dans l'ensemble des lois et des politiques adoptées<sup>6</sup> ». Enfin, le Canada a endossé le document *Further actions and initiatives to implement the Beijing Declaration and the Platform for Action*, qui a été adopté par l'Assemblée générale spéciale des Nations Unies le 10 juin 2000.

En l'absence d'une analyse et d'une stratégie globales, toutes les législations adoptées en matière de garde et de droit de visite contribueront à reconduire l'inégalité des femmes. Elles ne les habilitent pas à prendre des décisions relatives à la garde et au droit de visite qui soient dans leur intérêt ou dans l'intérêt supérieur de leurs enfants, deux intérêts inextricablement liés.

---

<sup>4</sup> Condition féminine Canada 1995, *À l'aube du XXIe siècle : Plan fédéral pour l'égalité entre les sexes*, Ottawa CFC, par. 35.

<sup>5</sup> *Ibid* par 23

<sup>6</sup> Nations Unies, Rapport sur la Quatrième conférence mondiale sur les femmes, Beijing, Chine 4-15 septembre 1995. *Plan d'action de Beijing*, par. 204.

De fait, tant qu'elles demeurent le principal pourvoyeur de soins aux enfants, l'égalité des femmes **est** dans l'intérêt des enfants et toute réforme du droit peut et doit simultanément prendre en compte et favoriser tant les intérêts à l'égalité des enfants que ceux des femmes.

### **La Loi sur le divorce**

La *Loi sur le divorce* a subi sa dernière réforme en profondeur en 1986. Les dispositions qui régissent la garde et le droit de visite sont désuètes et auraient dû être révisées depuis longtemps. Ces dispositions posent des défis et des obstacles importants aux femmes ayant des enfants, particulièrement, mais pas seulement, pour celles qui quittent des situations de violence. Ces problèmes sont notamment:

- i. l'absence de tout critère explicite dans l'application du test de l'intérêt de l'enfant;
- ii. la disposition du maximum de contact, souvent appelée « règle du parent coopératif », inscrite à l'article 16;
- iii. l'absence de toute disposition traitant spécifiquement de la violence envers les femmes et les enfants;
- iv. l'interdiction absolue de considérer la conduite antérieure d'une personne, sauf l'on peut prouver qu'il existe un lien direct entre cette conduite et l'intérêt des enfants.

### **La réalité des mères, des pères et des enfants au Canada**

Les partisans des régimes de partage égal du rôle parental font grand cas de l'évolution du rôle des pères dans les familles canadiennes et des papas à la maison qui passent au moins autant de temps avec les enfants que les mamans. Celles d'entre nous qui travaillent à la réalisation de l'égalité des femmes connaissent de tels hommes et espèrent un mouvement continu et significatif envers une plus grande égalité en matière de responsabilités familiales et domestiques entre les femmes et les hommes.

Toutefois, toute réforme du droit doit refléter et reconnaître la réalité plutôt que quelques exceptions individuelles ou espoirs d'éventuels changements. La réforme du droit de la famille doit prendre en compte que, dans la majorité des familles canadiennes, les femmes continuent d'être responsables de la majorité des soins aux enfants, de la gestion du ménage et des tâches domestiques, avant comme après la séparation. Toute réforme du droit doit d'abord favoriser l'égalité des femmes dans la famille et dans l'ensemble de la société.

« Une femme qui a des enfants est toujours une mère, qu'elle soit au travail ou au foyer avec ses enfants. La présence d'enfants façonne la vie des femmes

beaucoup plus qu'elle ne touche celle de la plupart des hommes, en ce qui concerne à la fois leurs choix de vie et leurs chances dans la vie<sup>7</sup>. »

Dans la vaste majorité des cas, les femmes continuent à être les principales responsables des soins aux enfants et accomplissent la plupart des travaux ménagers. Selon l'Enquête sociale générale de 2005, les femmes consacrent 4,3 heures par jour, contre 2,5 pour les hommes, aux travaux ménagers et soins aux enfants non rémunérés<sup>8</sup>. Elles le font alors que de plus en plus de femmes, particulièrement celles qui ont des jeunes enfants, occupent un emploi à l'extérieur de la maison: en 2004, 65 % des femmes ayant des enfants de moins de trois ans occupaient un emploi, plus de deux fois le taux d'emploi des femmes de la même catégorie il y a 30 ans<sup>9</sup>.

Les femmes s'absentent plus souvent du travail que les hommes en raison de responsabilités familiales: au cours d'une semaine normale en 2004, 5 % des employées, comparativement à seulement 2 % des hommes, se sont absentes pour cause de responsabilités familiales. Dans l'ensemble, cette année-là, les employées ont perdu en moyenne 10 jours de travail pour remplir ce type d'engagements, comparativement à 1,5 jour pour les hommes<sup>10</sup>.

L'inégalité et les désavantages que continuent à vivre les femmes sur le marché de l'emploi (les femmes ne gagnent toujours que 73 cents pour chaque dollar gagné par les hommes), combinés à une lourde charge non rémunérée de travail ménager et de soins prodigués aux enfants et autres membres de la famille, place les femmes en situation d'inégalité sociale et économique face à leurs conjoints, en plus d'accroître leur dépendance.

Cette dépendance économique des femmes exacerbe en retour leur vulnérabilité au pouvoir et au contrôle que peuvent exercer un conjoint après un divorce, de même que leur vulnérabilité aux comportements instables et à la violence d'ex-partenaires.

Les femmes deviennent encore plus vulnérables sur le plan économique après la séparation. Deux fois plus de mères seules que de pères seuls

---

<sup>7</sup> Christa Freiler, Felicity Stairs et Brigitte Kitchen avec Judy Cerny 2001 *Les mères en tant que soutiens économiques et dispensatrices de soins: La responsabilité à l'égard des enfants, la politique sociale et le régime fiscal*, CFC, p. 5.

<sup>8</sup> *Le Quotidien*, le mercredi 19 juillet 2006.

<sup>9</sup> *Femmes au Canada: Rapport statistique fondé sur le sexe* 2006 Condition féminine Canada p 107.

<sup>10</sup> *Ibid.* p 115.

d'enfants de moins de 18 ans vivent sous le seuil de pauvreté: 47 % de femmes, comparativement à 22 % d'hommes<sup>11</sup>.

Avant de se pencher sur le projet de loi C-422, il est important d'examiner la réalité des dispositions de garde et d'accès aux termes de la loi actuelle. Présentement, 44 % des cas de garde d'enfants qui aboutissent devant les tribunaux donnent lieu à une ordonnance de garde partagée; soit plus du double du pourcentage enregistré au milieu des années 1990 et quatre fois plus qu'à la fin des années 1980. La proportion de la garde exclusive accordée à la mère est passée de plus de 70 % à la fin des années 1980 à 44 % en 2003<sup>12</sup>.

Autrement dit, même en l'absence d'une législation imposant d'emblée un régime de partage égal du rôle parental, les tribunaux ordonnent ce type de partage dans près de la moitié des cas qui leur sont soumis.

### **Violence envers les femmes dans la famille<sup>13</sup>**

La violence envers les femmes et les enfants au sein de la famille est une réalité bien ancrée dans la vie canadienne, même si son omniprésence continue d'être passée sous silence dans la plupart des efforts de réforme du droit dans ce pays.

Un rapport publié en 2000 par Statistique Canada révèle que les femmes étaient 5 fois plus susceptibles que les hommes d'avoir subi des blessures pendant une agression et de devoir recourir à des soins médicaux, 5 fois plus susceptibles de craindre pour leur vie, 5 fois plus susceptibles d'avoir été étranglées et 3 fois plus susceptibles de devoir s'absenter du travail en raison de violence ou de mauvais traitements infligés par un partenaire intime.

Même un coup d'oeil rapide à ces conclusions indique que la violence subie par les femmes et par les hommes n'est ni semblable ni équivalente. De plus, les femmes sont plus susceptibles d'être victimes de harcèlement criminel et d'agression sexuelle, et de souffrir d'importantes répercussions psychologiques de la violence qu'elles subissent, quelle qu'en soit la forme<sup>14</sup>.

Les différences sexospécifiques sont nettement évidentes dans les cas d'homicides. L'Enquête sociale générale de 2007 indique que les auteurs d'homicides ou de tentatives d'homicide contre leur partenaire intime étaient en très grande majorité des hommes (82 % d'hommes, 18 % de femmes).

---

<sup>11</sup> *Profil de la pauvreté 2002- 2003* 2006 Conseil national du bien-être social, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, p. 12.

<sup>12</sup> *Femmes au Canada 2006*, p. 42.

<sup>13</sup> Adapté de *Transformer nos collectivités: Rapport du Conseil consultatif de lutte contre la violence familiale*, Direction générale de la condition féminine de l'Ontario 2009, pp. 21-24

<sup>14</sup> Holly Johnson, *Mesure de la violence faite aux femmes: tendances statistiques, 2006* Statistique Canada, p. 7.

Les récentes tentatives de présenter la violence intrafamiliale comme neutre, bidirectionnelle, mutuelle ou ciblant également les femmes et les hommes ne correspondent pas aux recherches approfondies menées dans ce domaine, et cela peut prêter à confusion. Ce mouvement en faveur d'un langage bidirectionnel ou neutre témoigne d'une intense lutte politique pour modifier la perception de la violence contre les partenaires intimes. Il entraîne de graves conséquences dans la réalité en privilégiant certains types d'interventions à l'égard de la violence et des mauvais traitements et en excluant d'autres. Le langage utilisé a un effet sur la recherche, les politiques, les lois et la perception publique de la violence.

### **Violence envers les femmes après la séparation:**

La violence que vivent les femmes dans leurs relations intimes ne se termine pas avec la relation. Elle peut parfois se poursuivre pendant des années. Elle prend de nouvelles formes, telles le harcèlement criminel et l'intimidation juridique, dans un effort de l'agresseur pour continuer à exercer son pouvoir et son contrôle sur son ex-partenaire; idéalement, pour l'inciter à revenir avec lui.

La garde et le droit de visite sont l'arène où s'exprime le plus souvent cette violence post-séparation, les enfants devenant des armes aux mains de l'agresseur.

La majorité des lois sur le droit de la famille au Canada, y compris la *Loi sur le divorce*, ne traitent pas adéquatement le problème de la violence envers les femmes. Trop souvent, les lois elles-mêmes ou leur interprétation par les tribunaux au moment des ordonnances de garde et d'accès perpétuent les mythes et les stéréotypes en exigeant des contacts continus et intenses, et même une collaboration, entre la femme et son agresseur.

Le droit de la famille doit offrir des protections aux femmes et aux enfants en:

- excluant les arrangements de garde partagée dans les cas de violence envers les femmes
- exigeant que la violence et les sévices commis envers la mère deviennent un facteur important dans le test de l'intérêt de l'enfant
- éliminant les dispositions du maximum de contact qui ne tiennent pas compte de la sécurité des femmes
- appuyant des régimes de droit de visite qui protègent les femmes de contacts continus et non supervisés avec l'agresseur lors des échanges d'enfants
- instaurant des mesures visant à empêcher les agresseurs d'utiliser le droit de la famille et ses tribunaux pour continuer à harceler et violenter leur ancienne partenaire.

Malheureusement, le projet de loi C-422 fait exactement le contraire.

## **Analyse du projet de loi C-422:**

Nota: Cette analyse ne porte que sur les aspects du projet de loi C-422 qui traitent de garde et de droit de visite. Elle ne doit pas être considérée comme une analyse complète de l'ensemble du projet de loi.

### Ce que dit le projet de loi:

1. Le projet de loi abroge tout recours aux notions de garde et droits de visite pour les remplacer par des expressions telles que rôle parental, temps parental, responsabilité parentale et ordonnances parentales.
2. Il établit comme un de ses principes le droit des enfants de connaître leurs deux parents et de recevoir des soins de chacun d'eux.
3. Il établit une présomption en faveur du partage égal du rôle parental:  
« . . . lorsqu'il rend une ordonnance parentale, . . . le tribunal
  - (a) applique la présomption selon laquelle le partage égal du temps parental entre les époux est dans l'intérêt de l'enfant à charge;
  - (b) applique la présomption selon laquelle le partage égal de la responsabilité parentale est dans l'intérêt de l'enfant à charge. »
4. La présomption peut 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. »
5. Toutefois, même si la présomption est réfutée, le tribunal « applique néanmoins le principe selon lequel l'enfant à charge devrait avoir avec chaque époux le plus de contact possible compatible avec son propre intérêt. »
6. Le projet de loi établit des critères à prendre en compte pour déterminer l'intérêt de l'enfant en offrant une liste de critères « fondamentaux », suivie d'une liste de critères « additionnels ».
7. La liste des critères « fondamentaux » comprend, entre autres facteurs, « l'avantage pour l'enfant de maintenir des relations significatives avec son père et sa mère et d'avoir le plus de contact possible avec chacun d'eux », de même que « la volonté de chaque époux d'encourager et d'appuyer le maintien de la relation parent-enfant avec l'autre époux » et « la protection de l'enfant contre les sévices physiques et psychologiques du fait de mauvais traitements, de négligence ou d'aliénation de l'affection parentale ».

8. La liste des critères « additionnels » comprend, entre autres facteurs, « tout geste de violence familiale commis en présence de l'enfant ».

9. Dans le cas où le tribunal rend une décision qui ne prévoit pas un partage égal du temps parental ou de la responsabilité parentale, il doit expliquer de façon détaillée les motifs de sa décision.

#### Définitions:

1. Le « partage égal de la responsabilité parentale » s'entend notamment de la responsabilité conjointe pour la prise de décisions à long terme et de la responsabilité des soins quotidiens pendant le temps parental attribué. Sont exclues de la présente définition les décisions importantes prises par le père ou la mère en cas d'urgence.

2. Le « temps parental » s'entend, relativement à chaque époux et à un enfant, des jours et des moments pendant lesquels l'époux se voit confier le principal soin de l'enfant et la responsabilité de veiller à ses besoins quotidiens.

#### Ce que cela signifie pour les femmes et les enfants:

1. En droit de la famille, les présomptions juridiques ne sont pas des solutions appropriées. Même si le concept de règles générales peut sembler attrayant au premier abord, il reste qu'en en application, ces règles ne fonctionnent pas et s'avèrent injustes. Les intérêts de l'enfant dépendent beaucoup de la situation particulière de chaque enfant et de sa famille. L'on ne peut prendre de décisions appropriées à propos de la garde et de l'accès sans examiner en profondeur chaque cas individuel.

De surcroît, aujourd'hui en 2009, nous sommes en mesure de constater dans d'autres territoires les failles des présomptions en faveur du partage des responsabilités parentales. L'Angleterre, l'Australie et certains États américains ont mis en oeuvre de tels régimes, et les résultats ne sont pas positifs. Des juges, des avocates et avocats, des défenseures des droits des femmes et des familles signalent une augmentation des litiges, les familles se retrouvant encore et encore devant les tribunaux en raison de la confusion causée par le nouveau vocabulaire de la responsabilité parentale. Les conflits parentaux sont en hausse et les femmes concèdent leurs droits économiques pour s'assurer de décisions appropriées en matière de garde.

2. Il n'est pas souhaitable d'éliminer le vocabulaire de la garde et des droits de visite. Ce changement viendrait bouleverser la manière dont nous concevons le rôle parental après le divorce et il créerait énormément de confusion chez les gens et les tribunaux qui s'efforceraient de

comprendre les concepts vagues de partage égal de la responsabilité parentale et de temps parental. Et la confusion mène à plus de litiges, ce qui n'est jamais dans l'intérêt de l'enfant.

3. La création de deux niveaux de priorité pour déterminer l'intérêt de l'enfant ne pourra pas, dans les faits, garantir le respect de leurs véritables intérêts. Il est remarquable que l'on ne s'occupe que d'avenir dans les facteurs énumérés comme critères fondamentaux: les avantages pour l'enfant de maintenir une relation significative avec ses deux parents et les autres membres de sa famille, la volonté de chaque parent de faciliter la relation de l'enfant avec l'autre parent et la protection de l'enfant contre une éventuelle aliénation de l'affection parentale.

Nulle part dans cette liste de critères fondamentaux n'est-il fait mention du rôle parental passé ou de l'importance du maintien du statu quo pour l'enfant. Il est de connaissance judiciaire que le maintien d'un mode de vie familial est extrêmement important pour les enfants. Il est aussi fermement établi que le comportement passé est l'un des meilleurs indicateurs du comportement futur – autrement dit, il est plus utile, pour déterminer les capacités de chaque parent à jouer efficacement son rôle parental, d'examiner le rôle que chacun d'eux a joué par le passé que de s'en remettre à des promesses sur ce qu'un parent a l'intention de faire à l'avenir.

Il n'est pas dans l'intérêt d'un enfant de forcer des parents à un partage des responsabilités parentales si ceux-ci ne l'ont pas fait durant leur mariage. La continuité des soins, les liens principaux créés et la stabilité sont des éléments extrêmement importants au bien-être d'un enfant après une séparation ou un divorce. Il est dans l'intérêt d'un enfant que les ententes concernant le « rôle parental » après une séparation ou un divorce reflètent la situation réelle qui existait lorsque la famille était intacte, afin que la vie des enfants ne soit pas trop bouleversée par la séparation de leurs parents et que leurs attentes ne soient pas constamment déçues.

4. Malgré les affirmations de M. Vellacott à l'effet que l'on n'imposera pas de présomption en faveur d'un partage égal du rôle parental dans les cas de violence familiale, le projet de loi C-422 ne prévoit aucune protection de ce genre. Un des critères « additionnels » s'appliquant à l'intérêt de l'enfant parle de « tout geste de violence familiale commis *en présence* de l'enfant ». Cette déclaration est hautement problématique pour au moins trois raisons.

D'abord, classer ce critère dans la liste des critères secondaires offre une voie de sortie à tout juge qui ne souhaite pas considérer la violence quand

vient le temps de rendre une décision appropriée quant au partage du « rôle parental ».

Puis, l'absence de toute définition de l'expression « violence familiale » garantit qu'elle sera mal comprise et appliquée de manière inefficace. En particulier, l'absence de toute analyse sexospécifique de ce à quoi ressemble la violence intrafamiliale semble être une grave erreur, qui mettra en danger des femmes et des enfants.

Enfin, la portée de cette disposition est tellement restreinte qu'elle en devient pratiquement inutile. Les enfants n'ont pas à être « présents » pour être significativement et négativement affectés par la violence commise par leur père à l'encontre de leur mère. Les lois sur la protection de l'enfance et certaines lois provinciales régissant la garde et le droit de visite reconnaissent que c'est le fait d'être *exposé* à la violence et aux mauvais traitements qui doit être pris en compte. Cela inclut le fait d'être présent mais également celui de vivre dans un milieu où sévit la violence.

Les enfants qui vivent dans des foyers où leur père agresse leur mère se sentent souvent eux-mêmes violentés. Des études montrent que ces enfants sont à risque de vivre des niveaux élevés de stress, d'anxiété et de faible estime de soi. Leurs résultats scolaires et leurs relations avec d'autres enfants peuvent en être affectés. Certains enfants peuvent devenir exagérément soumis, tandis que d'autres deviendront vindicatifs et agressifs. Des études montrent également que si les mères de ces enfants sont à l'abri de futures agressions et obtiennent le soutien et les ressources dont elles ont besoin pour s'occuper de leurs enfants, les répercussions de la violence qu'elles ont vécue en seront d'autant amoindries<sup>15</sup>.

L'exposition des enfants à la violence et l'impact de cette violence doivent être pris en compte pour déterminer à qui accorder la garde et l'accès après une séparation ou un divorce. Malheureusement, beaucoup de juges et autres spécialistes du droit ont tendance à sous-estimer l'impact sur les enfants de la violence envers les femmes. Pour les femmes qui quittent des relations marquées par la violence, les contacts importants qu'exige le partage concerté des responsabilités parentales peuvent être dangereux et mettre leur vie en danger. Beaucoup d'hommes violents prennent leurs enfants en « otage » dans leurs tentatives de punir leur ex-partenaires d'avoir mis fin à la relation. Le partage du rôle parental donne aux hommes plus de pouvoir et de contrôle sur leurs enfants et sur la mère de leurs enfants, sans les obliger à contribuer au soutien ou à l'éducation de leurs enfants. C'est pourquoi, l'obligation de partage des responsabilités parentales et le principe du « maximum de contact » entre

---

<sup>15</sup> Voir, en général, le travail du psychologue pour enfants Peter Jaffe.

l'enfant et les deux parents posent de graves problèmes aux femmes et à leurs enfants.

5. Le projet de loi permettrait de réfuter la présomption de partage égal du rôle parental « s'il est établi que l'intérêt de l'enfant serait considérablement mieux servi » par un arrangement différent. Cependant, l'absence de toute directive pouvant aider à établir cette réfutation, combinée à un modèle de détermination de l'intérêt de l'enfant totalement inefficace et une incompréhension flagrante de la violence intrafamiliale, crée un vide juridique très grave. La loi précise en outre que, même si la présomption peut être réfutée, le tribunal « applique néanmoins le principe selon lequel l'enfant à charge devrait avoir avec chaque époux le plus de contact possible compatible avec son propre intérêt ».

### **Conclusion:**

Le projet de loi C-422 est habilement rédigé. Ses quelques références à la violence familiale, sa liste de critères à appliquer pour déterminer l'intérêt de l'enfant, la mention dans ses principes des droits des enfants, tout cela semble, fût-ce superficiellement, aborder des préoccupations soulevées par le passé en regard de projets de loi similaires.

Le dépôt du projet de loi en pleine montée du conservatisme et même du fondamentalisme politique, au moment où le nombre d'allégations d'aliénation parentale contre les mères atteint des sommets inégalés dans les tribunaux de la famille et lorsque de moins en moins de femmes sont représentées juridiquement devant les tribunaux, crée une situation pour le moins troublante. Le projet de loi propose un mode de gestion des conflits parentaux post-séparation qui a de quoi approvoiser la classe politique, les médias, les juges, les spécialistes du droit et le public.

À vrai dire, même des médias progressistes se rallient à cette approche du partage de rôle parental après la séparation<sup>16</sup>.

En principe, le concept des deux parents partageant à long terme les responsabilités à l'égard des enfants est sans conteste une très bonne idée. Beaucoup de femmes luttent quotidiennement pour convaincre leurs conjoints qu'ils ont, en fait, des responsabilités parentales à l'égard des enfants durant le mariage et après une séparation ou un divorce. Malheureusement, comme on l'a dit plus tôt, ce sont encore les femmes qui s'acquittent de la plupart des travaux ménagers et des soins prodigués aux enfants, organisent leur horaire de travail en fonction des besoins de leurs enfants et s'absentent du travail pour s'occuper d'enfants malades.

---

<sup>16</sup> Voir [rabble.ca](http://rabble.ca) pour une discussion animée sur le projet de loi C-422

En réalité, après une séparation, beaucoup de femmes doivent également s'assurer que leurs enfants ont le nécessaire en termes de vêtements, livres, jouets et autres nécessités lors de leurs séjours chez leur père.

La plupart des mères apprécieraient un engagement accru des pères après un divorce, à condition de ne pas mettre ainsi en danger le bien-être ou la sécurité de leurs enfants.

L'Association nationale Femmes et Droit, et d'autres organisations de femmes revendiquant l'égalité, appuient des modifications à la *Loi sur le divorce* qui reconnaîtront et reflèteront la diversité et les réalités des familles de notre pays, y compris la réalité de la violence exercée envers les femmes et les enfants dans la famille, telle que décrite plus tôt. En particulier, nous appuyons des modifications qui:

- maintiennent le vocabulaire de la garde et des droits de visite
- éliminent les dispositions de présomption du maximum de contact inscrites au paragraphe 16
- établissent des critères significatifs pour déterminer l'intérêt de l'enfant, y compris l'obligation de prendre en compte:
  - la violence et les mauvais traitements dans la famille (voir à l'annexe 1 un bon exemple de test des véritables intérêts de l'enfant inscrit dans la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario)
  - la sécurité et le bien-être de l'enfant et de sa mère
  - les réalités pratiques de la vie de l'enfant, y compris les soins quotidiens, l'existence ou non d'une relation des deux parents avec l'enfant, et la présence ou non d'un climat de coercition, de violence ou de peur
  - l'exercice ou non du rôle parental de manière responsable par le passé
  - le maintien d'une continuité et d'une stabilité dans les soins prodigués à l'enfant
  - la qualité de la relation concrète entre l'enfant et un parent et la portée du maintien de cette relation
  - la qualité de la relation entre les parents, en prenant en compte que les conflits entre eux réduisent pour les enfants les avantages de contacts avec les deux parents
  - les diverses réalités et pratiques parentales des familles au Canada, et l'héritage culturel et racial de l'enfant
  - le point de vue de l'enfant, s'il peut être clairement déterminé que l'enfant n'a pas été manipulé, menacé ou autrement contraint.

De plus, le gouvernement fédéral doit absolument régler le problème que pose l'accès des femmes à une représentation juridique de qualité, sans

égard à leur statut économique, en assurant aux provinces et territoires des budgets suffisants pour le financement de l'aide juridique en droit de la famille. En l'absence d'une représentation juridique adéquate devant les tribunaux de la famille, même les réformes du droit positives, comme celles que nous suggérons ici, n'auront qu'un impact minimal sur les conditions des femmes et des enfants.

Amender la *Loi sur le divorce* et améliorer l'accès à l'aide juridique sont des moyens de s'assurer que lorsque qu'elles tentent d'échapper à des situations marquées par la violence, les femmes et leurs enfants ne sont pas condamnées à continuer à vivre cette violence en se voyant imposer un « partage égal du rôle parental » qui mette à chaque jour en danger leur sécurité et leur bien-être.

De telles modifications ne feraient en aucun cas obstacle aux ententes de garde conjointe avec partage égal du temps parental dans les familles où les deux parents étaient activement engagés auprès de l'enfant avant la séparation et où l'intérêt de leurs enfants constitue aujourd'hui une priorité pour les deux parents.

En matière de garde, les femmes et les enfants méritent des lois qui respectent leur droit à vivre à l'abri de la violence et de toute menace de violence. Faute de répondre à ces critères de base, le projet de loi C-422 doit être rejeté.

## ANNEXE A

### LOI PORTANT RÉFORME DU DROIT DE L'ENFANCE (Ontario)

#### **Test de l'intérêt véritable de l'enfant:**

24(1) Le bien-fondé d'une requête relative à la garde ou au droit de visite présentée en vertu de la présente partie est établi en fonction de l'intérêt véritable de l'enfant, conformément aux paragraphes (2), (3) et (4).

(2) Le tribunal prend en considération l'ensemble de la situation et des besoins de l'enfant, notamment :

- (a) l'amour, l'affection et les liens affectifs qui existent entre l'enfant et :
  - (i) chaque personne qui a le droit de garde ou de visite, ou qui demande la garde ou le droit de visite,
  - (ii) les autres membres de la famille de l'enfant qui habitent avec lui,
  - (iii) les personnes qui soignent et éduquent l'enfant;
- (b) le point de vue et les préférences de l'enfant, s'ils peuvent être raisonnablement déterminés;
- (c) la durée de la période pendant laquelle l'enfant a vécu dans un foyer stable;
- (d) la capacité et la volonté de chaque personne qui demande, par requête, la garde de l'enfant de lui donner des conseils, de s'occuper de son éducation, de lui fournir les objets de première nécessité et de satisfaire ses besoins particuliers;
- (e) tout projet mis de l'avant pour l'éducation de l'enfant et les soins à lui donner;
- (f) le caractère permanent et stable de la cellule familiale où l'on propose de placer l'enfant;
- (g) l'aptitude de chaque personne qui demande, par requête, la garde ou le droit de visite à agir en tant que père ou mère;
- (h) les liens du sang ou les liens établis en vertu d'une ordonnance d'adoption qui existent entre l'enfant et chaque personne qui est partie à la requête.

(3) La conduite antérieure d'une personne est seulement prise en considération :

- (a)** soit conformément au paragraphe (4);
- (b)** soit si le tribunal est convaincu que la conduite est par ailleurs pertinente pour ce qui est de l'aptitude de cette personne à agir en tant que père ou mère.

(4) Lorsque le tribunal évalue l'aptitude d'une personne à agir en tant que père ou mère, il examine si elle a jamais usé de violence ou infligé des mauvais traitements à l'endroit de l'une des personnes suivantes :

- (a) son conjoint;
- (b) le père ou la mère de l'enfant visé par la requête;

- (c) un membre de sa maisonnée;
- (d) un enfant quelconque.

(5) Pour l'application du paragraphe (4), tout acte accompli en légitime défense ou pour protéger une autre personne ne doit pas être considéré comme un acte de violence ou un mauvais traitement.

Pour plus d'information, veuillez contacter Pamela Cross

courriel: [pcross@xplornet.com](mailto:pcross@xplornet.com)

téléphone: 613-382-8573

cellulaire: 613-328-1851