

# **MÉMOIRE**

**AU COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES DROITS DE LA PERSONNE  
OBJET : PROJET DE LOI C-78 (Loi modifiant la Loi sur le divorce, et d'autres lois)**

**INTÉRÊT SUPÉRIEUR = PRÉSUMPTION DE PARTAGE ÉGAL DU RÔLE PARENTAL**

## **PRÉSENTÉ CONJOINTEMENT PAR :**

<b>ANCQ</b>	<b>Action des nouvelles conjointes et des nouveaux conjoints du Québec</b>
<b>CAFE</b>	<b>Association canadienne pour l'égalité</b>
<b>CEPC</b>	<b>Conseil canadien de l'égalité parentale (CEPC Canadian Equal Parenting Council)</b>
<b>L4SP</b>	<b>Lawyers for Shared Parenting</b>
<b>LW4SP</b>	<b>Leading Women For Shared Parenting (Canada)</b>
<b>R.E.A.L</b>	<b>Real Women of Canada</b>

**1-11-2018**

## Table des matières

<b>I INTRODUCTION .....</b>	<b>3</b>
<b>II PARTAGE DU RÔLE PARENTAL.....</b>	<b>6</b>
1. Données probantes en sciences sociales.....	8
2. Adoption par d'autres administrations .....	12
3. Soutien de la population .....	14
4. Arguments opposés .....	16
<b>III DÉFINITION DE L'« INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT » .....</b>	<b>20</b>
<b>IV RÉINSTALLATION ET MOBILITÉ.....</b>	<b>22</b>
<b>V RÉSUMÉ .....</b>	<b>22</b>
<b>ANNEXE A : MODIFICATIONS PROPOSÉES À L'ARTICLE 16 DU PROJET DE LOI C-78.....</b>	<b>25</b>
<b>RÉSUMÉ DE LA PRÉSENTATION .....</b>	<b>Error! Bookmark not defined.</b>

## I INTRODUCTION

Nous félicitons le gouvernement de s'être engagé à harmoniser les lois fédérales et provinciales, à intégrer les obligations internationales de La Haye et à améliorer l'efficacité et l'efficience des procédures réciproques nationales.

Même si ces changements sont louables, nous estimons qu'ils constituent une réponse inadéquate à un système de justice familiale désuet et conflictuel que les Canadiens, les juristes, les universitaires et les parlementaires qualifient couramment depuis des années de « brisé » ou de « en crise<sup>1</sup> ». Le régime fédéral de divorce, qui a 33 ans, a été rendu désuet à la fois par les résultats de la recherche en sciences sociales concernant l'« intérêt de l'enfant » et par les changements dans les normes et les attitudes de la société, malgré certains changements apportés au fil des ans<sup>2</sup>. Nous reconnaissons que la collaboration fédérale-provinciale-territoriale est nécessaire pour apporter les changements législatifs, structurels et financiers requis de fond en comble, en ce qui concerne les questions de divorce et de séparation. Nous encourageons le gouvernement à apporter ces changements à plus long terme au-delà du projet de loi C-78, mais nous estimons qu'il peut et devrait profiter de cette occasion générationnelle qu'offre le projet de loi C-78 pour apporter des changements qui se font attendre depuis longtemps à la *Loi sur le divorce*, notamment en ce qui concerne la définition de « l'intérêt de l'enfant ».

---

<sup>1</sup> Commission du droit de l'Ontario, *Voices from a broken family justice system: sharing consultations results – Highlights*. September 2010 (2010); selon un rapport, l'accès à la justice au Canada est « catastrophique », ce qui exige des changements d'ici 2030, CTV News.htm (« The civil justice system is too badly broken for a quick fix »; « Access to justice in Canada is being described as « abysmal » in a new report from the Canadian Bar Association, which also calls for much more than « quick fix » solutions. »); Kirk Makin, « A program to fix our ailing family courts », *Globe and Mail* (11 mars 2011) (ancien juge en chef de l'Ontario Winkler : « Everywhere I go, there is a constant refrain: The family-law system is broken and it's too expensive. »).

<sup>2</sup> Le critère de l'intérêt de l'enfant a été ajouté à la *Loi sur le divorce* en 1985. En 1997, les Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants ont été créées et assorties de l'exigence législative de faire rapport au Parlement dans les cinq ans. Le changement le plus ambitieux a été la modernisation du droit de la famille par l'entremise du projet de loi C-22 en 2002. Le projet de loi a été sévèrement critiqué pour ne pas avoir inclus les recommandations sur le partage du rôle parental du rapport de 1998 intitulé *Pour l'amour des enfants*, rédigé par le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, et est mort au *Feuilleton*. Le projet de loi C-78 contient de nombreuses similitudes et omissions structurelles par rapport au projet de loi C-22.

***Notre principale recommandation est d'adopter une présomption réfutable de partage égal du rôle parental.*** Parfois, on parle simplement de « partage parental », le concept est le suivant :

- 1) entièrement justifié par la recherche en sciences sociales comme étant l'arrangement privilégié pour les enfants après la dissolution, sauf dans les cas d'abus, de négligence ou de violence;
- 2) les Canadiens, indépendamment de leur sexe, de leur âge, de leur région géographique ou de leur appartenance à un parti, l'appuient en grande majorité et de façon constante;
- 3) a été recommandé par le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants dès 1998 (mais ne constitue pas une présomption réfutable);
- 4) a été mise en œuvre avec succès dans de nombreux secteurs de compétence;
- 5) a été déposé dans 20 États américains en 2018.

Les Canadiens ont de plus en plus renoncé au système de justice familiale en tant qu'arbitre indépendant, ayant recours à leurs propres ententes de partage du rôle parental en dehors de « l'ombre de la loi ». Même les associations du barreau, qui sont peut-être les opposants les plus virulents au partage égal du rôle parental, sont confrontées au consensus incontournable des sciences sociales (dont ils ont tendance à faire fi). Ils en sont maintenant réduits en grande partie à argumenter les prétendus démerites d'un mécanisme de « présomption réfutable » – une proposition d'arrière-garde ironique compte tenu de son utilisation régulière dans d'autres domaines du droit de la famille et du droit civil.

Nous avons parlé à de nombreux députés au cours des 10 à 15 dernières années. Nous sommes convaincus qu'en votre for intérieur, vous appuyez le concept de partage égal du rôle parental. Dans un sondage statistique informel que nous avons mené auprès des députés au cours d'une session parlementaire précédente, nous avons déterminé que le partage égal du rôle parental serait adopté par un vote libre et exempt de toute influence politique. Depuis, la question du partage du rôle parental a été incluse dans les plateformes politiques des conservateurs et des

verts. Pour le Parti libéral, l'ancien chef Michael Ignatieff appuie officiellement le partage du rôle parental<sup>3</sup>, tout comme le premier ministre Justin Trudeau<sup>4</sup>.

Notre message simple sur le partage égal du rôle parental est le suivant :  
« Il est temps... en fait, il est plus que temps. »

Nous définissons le partage égal du rôle parental selon les paramètres suivants :

Le partage égal du rôle parental est :

- a) la garde légale conjointe (responsabilité parentale);
- b) la garde physique conjointe (temps parental);
- c) le maximum de temps possible pour l'enfant avec chaque parent (environ 50 %);
- d) la manifestation la plus concrète de l'intérêt de l'enfant;
- e) assujetti à un examen fondé sur des données probantes de la sécurité de l'enfant.

Le défi consiste à traduire ces principes généraux en lois applicables qui seront facilement compréhensibles pour tous. Nous espérons que les modifications que nous proposons (voir l'annexe A) permettront d'atteindre cet objectif.

---

<sup>3</sup> M. Ignatieff, *The Rights Revolution* (House of Anansi Press Toronto, 2000), p. 106 (« Ces groupes ont demandé que le régime de "garde et d'accès" créé par la *Loi sur le divorce* de 1985 soit remplacé par un régime de "parent partagé" dans lequel les deux parents ont des droits égaux pour élever leurs enfants. Ce sont des suggestions sensées et attendues depuis longtemps, et le fait qu'elles soient formulées montre que les hommes et les femmes luttent pour corriger la révolution des droits, afin que l'égalité fonctionne pour tous [...] Face à ces problèmes, les libéraux doivent aussi assumer leurs responsabilités. Reconnaissons que la révolution des droits doit porter une part du blâme pour l'éclatement de la famille et ses conséquences dans notre société. » [TRADUCTION]).

<sup>4</sup> Réponse du premier ministre Trudeau au Parlement, <https://youtu.be/zlKhsqJhLL0> à 0:55 (« [...] nous pouvons continuer à [...] jeter des bases solides pour l'avenir de nos enfants en [...] appuyant l'égalité des responsabilités parentales [...] » [TRADUCTION]).

Nous proposons des modifications seulement dans deux domaines :

1. Définition de « l'intérêt supérieur de l'enfant » (ISE). L'ISE a été indéterminée et arbitraire<sup>5</sup>, et manque de critères définitifs concrets pour orienter la prise de décisions judiciaires. Conformément aux constatations des sciences sociales et en intégrant les critères de la CNUDE à l'article proposé du projet de loi C-78 qui porte sur les « considérations principales », *nous proposons qu'une présomption réfutable pour le partage égal du rôle parental soit ancrée sur le critère de l'ISE*. Nous appuyons l'énumération des divers facteurs dans le projet de loi actuel. Le point de départ, cependant, devrait être le partage égal du rôle parental.
2. Réinstallation et mobilité. L'amendement proposé qui étend les droits présomptifs à un « parent principal » lorsque l'enfant bénéficie d'un peu de temps avec l'autre parent fait passer l'intérêt supérieur de l'enfant à l'intérêt du parent principal et, peut-on soutenir, à l'utilité judiciaire. Nous recommandons *qu'il incombe toujours au parent qui déménage d'établir que le déménagement est dans l'intérêt supérieur de l'enfant*, peu importe le temps dont l'enfant bénéficie actuellement avec l'autre parent.

Nous approfondissons nos recommandations dans les sections suivantes et incluons le texte législatif proposé à l'**annexe « A »**.

## **II PARTAGE DU RÔLE PARENTAL**

Il n'est pas controversé d'affirmer qu'un enfant bénéficie de la participation active des deux parents, que ce soit dans une famille intacte, divorcée ou séparée. Le Canada est de plus en plus considéré comme un cas aberrant en raison de la préférence des tribunaux, par ailleurs non fondée sur le plan scientifique, pour le régime standard de garde par un seul parent (p. ex., une soirée en semaine et une fin de semaine sur deux) – plus récemment, il a été rebaptisé « garde conjointe

---

<sup>5</sup> ES Scott et RE Emery, « Gender Politics and Child Custody: The puzzling Persistence of the Best-Interest Standard » (2014) 77 Law Contemp Probs 69, p. 69 (vague, indéterminée); Clinton H Rodham, « Children Under the Law » (1973) Harv Educ Rev à 21 (coquille vide); A Charlow, « Awarding Custody: The Best Interests of the Child and Other fictions » (1987) 5 Policy Rev 25, p. 1 (Parce que la norme de « l'intérêt de l'enfant » est plus une platitude vague qu'une norme juridique ou scientifique, elle est sujette à des abus tant par les juges qui l'administrent que par les parents qui l'utilisent pour promouvoir leurs propres intérêts [TRADUCTION]); N Bala, « A Report From Canada's 'Gender War Zone': Reforming The Child-Related Provisions Of The Divorce », p. 67-199 (le concept d'« intérêt de l'enfant » est très malléable et les défenseurs de presque n'importe quelle position dans ce domaine peuvent habituellement présenter leurs arguments pour promouvoir cet objectif); N Bala, « Bringing Canada's Divorce Act into the new millennium: enacting a child-focused parenting law » (2014) 40 Queens LJ 425 à 470 (vague).

(légale) », mais avec le même effet. En tant que nation, nous déplorons la séparation d'un enfant de son parent migrant de l'autre côté d'une frontière internationale pas si loin de nous, et *pourtant, nous séparons régulièrement les enfants d'un parent apte dans les procédures de divorce et jugeons qu'il en va « de l'intérêt supérieur » de l'enfant.*

Le partage du rôle parental est défini dans la recherche moderne comme la garde légale conjointe (responsabilité parentale partagée) et la garde physique conjointe (temps parental) où les enfants vivent avec chaque parent au moins 35 % du temps<sup>6</sup>. Cependant, les recherches démontrent clairement que plus les enfants passent près de 50 % du temps avec chaque parent, meilleurs sont les résultats<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Les chercheurs sur le partage du rôle parental ont généralement convenu que 35 % est le seuil « moyen » minimum pour le partage du rôle parental en tant que terme technique aux fins des discussions sur la recherche et les politiques. Il ne s'agit pas d'établir un seuil inférieur en deçà duquel il n'y a plus d'avantage lié au partage du rôle parental puisque les effets d'un temps parental semblable varient selon l'enfant et le contexte.

<sup>7</sup> WV Fabricius, « Equal Parenting Time: The Case for a Legal presumption » (2019) *Handbook of Children and the Law* (éd. : Dwyer JG) Oxf Univ Press (manuscrit accompagné d'un exposé des auteurs). Remarque : les parties en caractères gras et italiques ont été ajoutées par les auteurs.

– à la page 8 du manuscrit :

Les résultats de nombreuses études réalisées dans de nombreux pays occidentaux montrent clairement ***qu'une augmentation du temps consacré au rôle parental est liée à une plus grande sécurité de la relation père-enfant divorcée*** (pour les examens de ces études, voir Fabricius et coll., 2010, p. 225-227; Fabricius et coll., 2012, tableau 7.2; et Fabricius et coll., 2016, tableau 4.1).

À la page 11 du manuscrit :

Un seul examen (de 19 études; Baude, Pearson et Drapeau, 2016) a comparé la garde physique exclusive à deux seuils pour la garde physique conjointe; c'est-à-dire de 30 à 35 % de temps passé avec le père, contre 40 à 50 %. ***Les enfants qui avaient presque autant de temps parental (40 à 50 %) présentaient une meilleure adaptation comportementale (p. ex., agressivité, problèmes de comportement) et sociale (p. ex., aptitudes sociales, acceptation sociale) que les enfants en garde physique exclusive, tandis que ceux dont le temps parental était partagé de 30 à 35 % ne présentaient pas ces caractéristiques.***

À la page 15 du manuscrit :

Toutefois, ***lorsque le temps parental est à peu près le même (45 %), l'insécurité au sujet des conflits entre les parents n'était pas plus grande dans les familles en situation de conflit grave que dans les familles très peu litigieuses.***

## 1. Données probantes en sciences sociales

Les données sur le partage du rôle parental ne sont pas nouvelles. Dès le milieu des années 1970, les chercheurs documentaient les avantages de l'augmentation du temps passé auprès du père par rapport au modèle de la garde maternelle qui était alors la norme, ce qui a servi de base à l'enchâssement d'une participation accrue du père dans les lois américaines et européennes sur la garde.

---

Aux pages 15 et 16 du manuscrit :

En revanche, si le temps parental est égal, même si le changement dans les circonstances est plus important que dans le cas d'un partage à 35 %, il y a moins de place pour l'insécurité quant à l'engagement du père envers une présence continue, car cet engagement se manifeste par la disponibilité d'un foyer équivalent pour l'enfant. Ainsi, ***l'égalité du temps parental, en soi, a probablement un sens pour protéger l'enfant contre l'insécurité inhérente au conflit parental.***

À la page 16 du manuscrit :

Plusieurs recherches indiquent que la réduction du temps parental avec le père menace la sécurité émotionnelle en empêchant les enfants d'avoir des interactions quotidiennes suffisantes pour les rassurer qu'ils sont importants pour leur père. Les résultats corrélatifs de nombreuses études montrent qu'une ***augmentation du temps parental avec les pères, y compris dans le cadre d'une garde partagée égale, est associée à une amélioration de la sécurité émotionnelle dans la relation père-enfant.*** Aucune de ces études n'a révélé que la sécurité de la relation mère-enfant diminuait avec l'augmentation du temps parental avec le père. ***Cela signifie que les enfants de parents divorcés qui ont les meilleures relations à long terme avec les deux parents sont ceux qui ont eu le même temps parental avec chacun des parents.***

Aux pages 16 et 17 du manuscrit :

***L'égalité du temps parental semble protéger les enfants contre l'insécurité causée par les conflits entre les parents. Ces données ne sont disponibles que depuis peu parce que nous n'avons été en mesure d'étudier des échantillons plus importants de familles en situation de conflit grave où le rôle parental est partagé également que depuis peu.***

Cependant, d'après une quarantaine d'années de recherche, un consensus scientifique solide s'est dégagé<sup>8</sup>, à savoir que le ***partage du rôle parental donne de meilleurs résultats<sup>9</sup> pour les enfants que le rôle parental unique sur presque toutes les mesures du bien-être***, soit le développement scolaire et cognitif; la dépression, l'anxiété, la satisfaction générale, l'estime de soi; le comportement des pairs, la toxicomanie, l'hyperactivité; les problèmes de santé et psychosomatiques, les relations parents-enfants ou autres relations familiales. De plus – et contrairement aux affirmations faites par les opposants au fil des ans selon lesquelles le partage du rôle parental n'est justifié que dans des conditions limitées, spéciales ou même idéales – la garde physique conjointe (GPC) produit des résultats supérieurs à la garde physique exclusive (GPE) indépendamment de ce qui suit :

- la qualité de la relation parent-enfant (c.-à-d. que même les parents plus ou moins adéquats sont bénéfiques);
- le revenu des parents (c.-à-d. que les pensions alimentaires en GPC ne sont pas liées au niveau de vie);
- le niveau de conflit (sauf dans les situations de conflit extrême, les situations litigieuses d'intensité faible à modérée justifient la GPC).

---

<sup>8</sup> *Ibid.*; L. Nielsen, « Joint Versus Sole Physical Custody: Children's Outcomes Independent of Parent-Child Relationships, Income, and Conflict in 60 Studies » (2018) 59:4 J Divorce remarriage 247, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10502556.2018.1454204> (méta-analyse de 60 études. « Dans 34 des 60 études, les enfants en GPC avaient de meilleurs résultats que les enfants en GPE sur toutes les mesures du bien-être. Dans 14 études, les enfants en GPC avaient de meilleurs résultats sur certaines mesures et des résultats égaux sur d'autres. Dans six études, les résultats des enfants en GPC et en GPE ne présentaient pas de différences importantes. Dans six autres études les résultats des enfants en GPC étaient moins bons par rapport à une mesure, mais meilleurs ou équivalents par rapport à toutes les autres mesures. Aucune des 60 études ne faisait état de moins bons résultats chez les enfants en GPC par rapport à toutes les mesures du bien-être. ») [TRADUCTION].

<sup>9</sup> En revanche, les corrélations moins favorables pour les familles monoparentales ont été documentées dès 1998 : 63 % de suicides chez les adolescents, 70 % de jeunes dans les établissements d'État, 71 % de décrochage scolaire au niveau secondaire, 75 % des enfants dans les centres de désintoxication pour dépendances à des substances chimiques, 85 % des jeunes qui sont en prison, 85 % des enfants qui présentent des troubles du comportement et 90 % des enfants sans abri et fugueurs. Voir la National Parents Organization, « National Parents Organization Celebrates Landmark Kentucky Shared Parenting Law » (27 avril 2018), Salle de nouvelles de GlobeNewswire, <http://globenewswire.com/news-release/2018/04/27/1489324/0/en/National-Parents-Organization-Celebrates-Landmark-Kentucky-Shared-Parenting-Law.html>. Pour une analyse détaillée, voir Rebecca O'Neill, "Experiments in Living: The fatherless Family" (2002) 20, <http://civitas.org.uk/pdf/Experiments.pdf>.

De même, le partage du rôle parental, y compris les nuits, s'est avéré scientifiquement bénéfique pour les nourrissons et les tout-petits (même moins d'un an), même lorsque les parents ne sont pas d'accord<sup>10</sup>.

La question du partage du rôle parental a fait l'objet de controverses, de fausses déclarations et de désinformation au fil des ans, mais tout doute raisonnable aurait dû être écarté avec la publication de « Consensus de Warshak » (le Consensus)<sup>11</sup> en 2014 sur le partage du rôle parental et sur le partage des nuits par 110 éminents chercheurs et praticiens. Les *sept recommandations du Consensus appuient le partage du rôle parental comme arrangement de choix dans des circonstances normales, même pour les nourrissons et les tout-petits, et même dans des situations de conflit modéré*; le partage du rôle parental peut être contre-indiqué dans des situations de conflit prolongé ou extrême, de violence, de négligence ou de grave déficience des compétences parentales, mais même ici où une certaine forme de protection est indiquée, cela « ne devrait pas être utilisé pour priver la majorité des enfants élevés par deux parents aimants de continuer à recevoir ces soins après la séparation de leurs parents<sup>12</sup> ».

*Le « consensus de Warshak » représente la norme d'excellence en recherche sur le partage du rôle parental.* Près de quatre ans après sa publication, ce document traduit en 18 langues demeure l'un des articles les plus téléchargés de la revue et a éclairé les délibérations législatives dans plusieurs pays. Plus important encore, « aucun article, y compris la seule critique du Consensus (McIntosh et coll.<sup>13</sup>), n'a

---

<sup>10</sup> R.A. Warshak, « Social science and parenting plans for young children: A consensus report », 2014. 20:1 Psychol Public Policy Law 46, <http://doi.apa.org/getdoi.cfm?doi=10.1037/law0000005>; WV Fabricius & Go Woon Suh, « Should infants and toddlers have frequently night parenting time with father? The policy debate and new data. » (2017) 23:1 Psychol Public Policy Law 68, <http://doi.apa.org/getdoi.cfm?doi=10.1037/law0000108>.

<sup>11</sup> R.A. Warshak, « Stemming the tide of misinformation: International consensus on shared parenting and over nighting » (2017) 30 J Am Acad Matrim Law 177.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 203 [TRADUCTION].

<sup>13</sup> J.E. McIntosh, B.M. Smyth, M.A. Kelaher, « Responding to concerns about a study of infant overnight care postseparation, with comments on consensus: Reply to Warshak (2014) » (2015) 21:1 Psychol Policy Law 111, <http://psycnet.apa.org/buy/2015-03981-005>.

À noter que **les propres travaux de McIntosh ont été déconstruits et il a été démontré qu'ils n'étaient pas fondés**. Voir L. Nielsen, *supra* note 8, p. 260-261; cf. L. Nielsen, « Re-examining the research on parental conflict, coparenting, and custody arrangements » (2017) 23:2 Psychol Public Policy Law 211, <http://doi.apa.org/getdoi.cfm?doi=10.1037/law0000109>, p. 215 et 217; Linda Nielsen, « Pop Goes the Woosle: Being misleading by Research on Child Custody and Parenting Plans », (2015) 56:8 J Divorce Remarriage 595, <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10502556.2015.1092349> (presque tout le document constitue une analyse critique très perspicace et frappante du travail de McIntosh, démontrant sa méthodologie erronée et ses constatations suspectes).

explicitement relevé des erreurs dans le rapport ou contesté l'une ou l'autre de ses conclusions et recommandations<sup>14</sup> ».

La communauté des sciences sociales a rapidement changé sa position sur les présomptions en matière de partage du rôle parental. Le partage du rôle parental a été appuyé<sup>15</sup> à l'exercice de réflexion de janvier 2013 de l'Association for Family & Conciliation Courts (AFCC), et la majorité des experts convoqués ont appuyé une présomption de rôle codécisionnel, mais pas de temps parental<sup>16</sup>. La dernière étape vers une présomption de partage du rôle parental, y compris le temps parental, a été franchie trois ans plus tard par un groupe d'experts convoqué à l'International Conference on Shared Parenting (Conférence internationale sur le partage du rôle parental) de 2017<sup>17</sup> :

Les preuves sont maintenant suffisamment profondes et cohérentes pour permettre aux spécialistes des sciences sociales de recommander provisoirement un plan de GP aux décideurs [...] ces déclarations sont explicitement faites avec prudence [...] [Nous] nous attendons à ce que les chercheurs continuent d'étudier la question [...] les utilisateurs de cette recherche doivent être attentifs aux nouvelles constatations qui continuent de renforcer les conclusions ici – ou peut-être qui s'y opposent. Nous pourrions caractériser à juste titre l'état actuel de la preuve comme étant « la prépondérance de la preuve » (c.-à-d. beaucoup plus de preuves en faveur de la présomption que contre elle). Un grand nombre d'études, de diverses forces présumées, suggèrent que, en moyenne, la GP procurera des avantages aux enfants, et peu d'études, voire aucune, montrent qu'elle leur causera du tort.

---

<sup>14</sup> R.A. Warshak, *précité*, note 11, p. 207.

<sup>15</sup> MK Pruett et JH Difonzo, « Closing the Gap: Research, Policy, Practice, and Shared Parenting: Closing the Gap » (2014) 52:2 *fam Court Rev* 152, <http://doi.wiley.com/10.1111/fcre.12078>, p. 174 (« Nous croyons que, lorsque tous les dangers potentiels sont pris en compte, le partage du rôle parental offre aux familles des occasions inégalées de se réorganiser et de soutenir leur meilleur arrangement après la séparation afin que les enfants continuent d'être élevés par des parents dont la collaboration ouvre la voie à un avenir familial solide. » [TRADUCTION]).

<sup>16</sup> MK Pruett et JH Difonzo, *précité*, note 15. Voir le Consensus, point 11 : « Au lieu d'une présomption de temps parental, une liste détaillée des facteurs doit être prise en considération dans chaque cas. » [TRADUCTION]

<sup>17</sup> SL Braver et ME Lamb, « Shared Parenting After Parental Separation: The Views of 12 Experts » (2018) 59:5 *J Divorce remarriage* 372, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10502556.2018.1454195>, p. 8 [TRADUCTION].

Le groupe d'experts a ajouté<sup>18</sup> :

Tous les panélistes se sont toutefois montrés, à juste titre, prudents à l'égard d'une norme universelle, en mettant en garde contre le fait que les exceptions à une présomption de GP doivent être reconnues comme des bases appropriées de réfutation. Parmi les facteurs qui devraient mener à de telles exceptions, il y a les risques crédibles pour l'enfant de maltraitance ou de négligence, la trop grande distance entre le domicile des parents, la menace d'enlèvement par un parent et une surveillance déraisonnable ou excessive. De plus, certains enfants ayant des besoins spéciaux peuvent avoir besoin des soins d'un parent seul.

Un autre facteur de réfutation possible était le sujet d'une discussion plus approfondie, soit la simple existence de la violence entre partenaires intimes (VPI). On fait remarquer que la compréhension de la VPI est de plus en plus sophistiquée, principalement en raison des travaux de Johnson... Il a fait la distinction entre quatre modèles distincts de VPI, dont un seul, la violence coercitive (le modèle stéréotypé de la violence masculine), devrait empêcher la GP... Les chercheurs, les évaluateurs de la garde et les tribunaux doivent examiner non seulement s'il y a des preuves de la VPI, mais aussi sa nature, lorsqu'ils examinent les répercussions sur les plans de partage du rôle parental.

L'argument en faveur d'une présomption réfutable pour le partage du rôle parental repose sur des recherches approfondies qui dépassent de loin<sup>19</sup> le fondement utilisé pour justifier l'adoption de la norme de garde parentale exclusive. Nous soutenons que les arguments ont été présentés au moyen de recherches empiriques.

## **2. Adoption par d'autres administrations**

Le partage du rôle parental, où les enfants vivent au moins un tiers du temps avec un parent, est devenu courant en Europe et de plus en plus fréquent aux États-Unis.

En Europe, il a atteint près de 50 % en Suède, 30 % en Norvège et en Hollande, 20 % en Allemagne et au Danemark, 37 % en Belgique, 28 % en Espagne (40 % en Catalogne), 11 % en Slovaquie, 17 % en France. Aux États-Unis, le taux connu

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 9 [TRADUCTION].

<sup>19</sup> J. Kelly, « Examining resistance to joint custody » dans *Jt Custody Shar Parent* (Guilford, 1991), p. 55-56 (dès 1991, le chercheur a noté ce qui suit : « Il est ironique et intéressant que nous ayons soumis la garde partagée à un niveau et à une intensité d'examen qui n'ont jamais été orientés vers l'entente traditionnelle post-divorce [la garde légale et physique exclusive de la mère et deux fins de semaine chaque mois de visite du père] [...] malgré les preuves croissantes que les ententes traditionnelles de garde exclusive étaient moins propices à l'éducation et à la stabilité des enfants et des familles. » [TRADUCTION]).

est de 35 % au Wisconsin, 46 % dans l'État de Washington, 30 % en Arizona, 27 % en Californie<sup>20</sup>.

Le Kentucky a été le premier État à adopter une présomption réfutable explicite de partage du rôle parental en avril 2018<sup>21</sup>; en outre, cinq secteurs de compétence américains (Nouveau-Mexique, Iowa, Floride, DC et Arizona<sup>22</sup>) expriment une préférence pour la garde physique partagée<sup>23</sup>. De plus, 20 États ont actuellement des projets de loi sur le partage du rôle parental dans une législature ou les deux<sup>24</sup>. En février 2018, 20 États américains envisageaient d'adopter une loi sur le partage égal du rôle parental<sup>25</sup>.

Les statistiques canadiennes sur le partage du rôle parental sont relativement inégales et difficiles à comparer aux normes internationales en raison du seuil de 40 % du temps parental imposé par l'article 9 des *Lignes directrices fédérales sur*

---

<sup>20</sup> L. Nielsen, précité, note 8; aussi « Petição em Prol Da Presunção Jurídica Da Residência Alternada Para Crianças De Pais E mães Separados ou Divorciados », <https://igualdadeparental.org/peticao/>.

<sup>21</sup> HB 528, <http://www.lrc.ky.gov/record/18RS/HB528.htm>.

<sup>22</sup> WV Fabricius et coll., « What Happens When There Is presumptive 50/50 Parenting Time? An Evaluation of Arizona's New Child Custody Statute » (2018) 59:5 J Divorce remarriage 414, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10502556.2018.1454196>. (Les lois enjoignent aux tribunaux de « maximiser » le temps parental de l'enfant avec chaque parent, un peu comme le projet de loi C-78. Contrairement au Canada, l'adoption de la loi en 2013 a été précédée de 10 années de séances de formation à l'intention des législateurs, des professionnels et des tribunaux. L'étude indique que la loi fonctionne comme une présomption réfutable de partage égal du temps parental en pratique). À l'exception d'une poignée de cas particuliers, le paragraphe 16(10) actuel du Canada n'a pas suscité de préférence importante pour la garde physique partagée. Pour une exception, voir : le juge Price dans *Folahan c. Folahan*, 2013 Carswell (Ontario) 7094, 2013 ONSC 2966, [2013] O.J. no 2450 (Ont. S.C.J.), qui a déclaré ce qui suit :

Le contact avec les deux parents est le droit des enfants et non le droit des parents. Lorsque, en l'espèce, un parent plaide pour un contact inégal entre les enfants et chacun de leurs parents, il incombe à ce parent de réfuter la présomption [TRADUCTION].

<sup>23</sup> National Parenting Organization, « 2014 Shared Parenting Report Card » (2014), <https://nationalparentsorganization.org/information-resources/2016-06-21-19-01-25> (selon l'analyse des données du rapport).

<sup>24</sup> « Even in Legislative 'Short Session' – Number of States Pursuing Shared Parenting Remains Strong », *Leading Women for Shared Parenting*, <http://lw4sp.org/blog/> (1. Kansas 2. Missouri 3. New York 4. Vermont 5. Michigan 6. New Jersey 7. New Hampshire 8. Virginie-Occidentale 9. Caroline du Sud 10. Connecticut 11. Alabama 12. Massachusetts 13. Minnesota 14. Illinois 15. Maryland 16. Iowa 17. Dakota du Sud 18. Wisconsin 19. Washington et 20. Caroline du Nord).

<sup>25</sup> <http://lw4sp.org/definition-of-equally-shared-parenting/>, Resources – 2018 Legislative PDF.

*les pensions alimentaires pour enfants* (bien que le soutien soit un contexte différent).

Comme environ 95 % des causes sont réglées à l'extérieur des tribunaux, les statistiques indiquent que les Canadiens sont de plus en plus attirés par les ententes de partage du rôle parental, avec un taux national estimé à 22 % et une variation régionale élevée<sup>26</sup> : C.-B. : 30 %, Alb. : 9 %, Ont. : 5-14 % et QC<sup>27</sup> : 22 à 26 %.

### 3. Soutien de la population

Les Canadiens, comme les citoyens d'autres pays, sont fortement en faveur du partage égal du rôle parental. Dès 2000, un sondage commandé par le ministère de la Justice a révélé ce qui suit :

Une majorité écrasante d'entre eux sont d'avis que le gouvernement doit encourager les ententes de garde conjointe ou partagée. Dans l'ensemble, 71 % des Canadiens sont d'accord. Il est intéressant de noter qu'il n'y a pas de division entre les sexes sur ce point : les femmes et les hommes sont d'accord en nombre égal<sup>28</sup>.

En fait, des sondages subséquents indiquent que les Canadiens sont relativement uniformes dans leur appui au partage du rôle parental, quel que soit leur sexe, leur âge, leur région géographique ou leur affiliation politique.

***De plus, comme le résume le tableau ci-dessous, les Canadiens ont toujours été d'ardents défenseurs d'une présomption réfutable du partage du rôle parental***

---

<sup>26</sup> N. Bala et coll., « Shared Parenting in Canada: Increasing Use But Continued Controversy: Shared Parenting in Canada » (2017) 55:4 Fam Court Rev 513, <http://doi.wiley.com/10.1111/fcre.12301>; L. Nielsen, *supra* note 8, p. 1 (par exemple, au Wisconsin, la GPC est passée de 5 % en 1986 à plus de 35 % en 2012 [Meyer, Cancian & Cook, 2017]. Dès 2008, 46 % des parents dans l'État de Washington [George, 2008] et 30 % en Arizona [Venohr & Kaunelis, 2008] avaient des arrangements de GPC. La GPC est passé à près de 50 % en Suède [Bergstrom et coll., 2013], 30 % en Norvège [Kitterod et Wiik, 2017] et aux Pays-Bas [Poortman et Gaalen, 2017], 37 % en Belgique [Vanassche, Soderman Derck, Clerck & Matthis, 2017], 26 % au Québec et 40 % en Colombie-Britannique [Bala et coll., 2017] et 40 % dans la région de Catalogne en Espagne [Flaquer, 2017]. Au moins 20 États américains songent à réviser leurs lois sur la garde des enfants afin d'appuyer davantage le concept de la garde physique conjointe.

<sup>27</sup> Des données anecdotiques provenant de praticiens du Québec indiquent que le partage égal des responsabilités parentales existe déjà pour les enfants de plus de 3 ans, ainsi que pour les enfants plus jeunes si le nourrisson n'est plus allaité et que les parents étaient déjà des fournisseurs de soins égaux.

<sup>28</sup> *Pollara Report*, 2000 (commandé par le gouvernement fédéral et obtenu dans le cadre d'une demande d'accès à l'information. Copie mise à la disposition des auteurs).

*dans les enquêtes menées au cours de la dernière décennie, 74 % d'entre eux étant d'accord (environ 87 % des répondants) – un ratio de 6,4 pour 1 rarement observé dans des enquêtes sociales.*

<b>CANADA (2007-2017) : SONDAGES SUR LA PRÉSUMPTION DU PARTAGE DU RÔLE PARENTAL</b>					
QUESTION — Comment qualifiez-vous votre appui ou votre opposition aux lois fédérales et provinciales pour créer une présomption d'égalité parentale dans les affaires de garde d'enfants?					
Année	Fortement/ quelque peu en faveur	Fortement/ quelque peu opposé	Incertain	Appui parmi les personnes décidées	Ratio appui/ opposition
2007	79,1 %	14,1 %	6,9 %	85,0 %	5,6
2009	78,0 %	9,7 %	12,3 %	88,9 %	8,0
2017	69,5 %	13,2 %	17,3 %	84,0 %	5,3
<b>TOTAL</b>	<b>73,8 %</b>	<b>11,5 %</b>	<b>14,8 %</b>	<b>86,6 %</b>	<b>6,4</b>

Voici un aperçu plus détaillé utilisant la même question que ci-dessus pour deux sondages canadiens ventilés par région, sexe, âge et, pour 2014, le parti pour lequel le répondant a voté :

### 2017

(Nanos)

PAR RÉGION		PAR SEXE		PAR ÂGE		PAR PARTI VOTÉ	
Atlantique	75 %	Homme	78 %	18-34	68 %	Libéral	S.O.
Québec	66 %	Femme	62 %	35-54	72 %	Conservateur	S.O.
Ontario	71 %			55 plus	68 %	NPD	S.O.
Ouest	70 %					Bloc	S.O.
(indécis)	16 %	(indécis)	17 %	(indécis)	17 %	Vert	S.O.
CANADA	70 %	CANADA	70 %	CANADA	70 %	CANADA	

### 2014

(Omnipoll)

PAR RÉGION		PAR SEXE		PAR ÂGE		PAR PARTI VOTÉ	
Atlantique	68 %	Homme	75 %	18-34	71 %	Libéral	72 %
Québec	67 %	Femme	69 %	35-54	71 %	Conservateur	76 %
Ontario	73 %			55 plus	74 %	NPD	72 %
Ouest	73 %					Bloc	61 %
						Vert	71 %
(indécis)	16 %	(indécis)	18 %	(indécis)	18 %	(indécis)	17 %
CANADA	72 %	CANADA	72 %	CANADA	72 %	CANADA	72 %

Voici un extrait d'un sondage effectué dans le monde entier<sup>29</sup> :

Région	Pays	Résultats du sondage
Europe	Belgique 2012	70 % en faveur de la GP
	Hollande 2012	71 % en faveur de la GP
	Royaume-Uni 2013	84 % en faveur de la GP
États-Unis	Massachusetts 2004	86 % en faveur de la GP
	Dakota du Nord	43 % (2006) 66 % (2012) 60 % (2014) avec 26 % d'indécis
	Maryland 2016	63 % en faveur de la GP
CANADA	Pollara 2000	71 % en faveur de la GP
	Omnipoll 2014	72 % en faveur de la GP
	Nanos 2017	70 % en faveur de la GP

#### 4. Arguments opposés<sup>30</sup>

Les opposants au partage du rôle parental – notamment à son établissement juridique – ont soulevé au fil des ans plusieurs arguments qui tendent à être fondés sur des mythes et des stéréotypes. Ces arguments ont été réfutés ou affaiblis par des recherches approfondies. Cette section résume les principaux arguments.

<sup>29</sup> Tous les résultats ont été extraits de Leading Women 4 Shared Parenting, [http://lw4sp.org/polling-voting/#USAND2017\\_V](http://lw4sp.org/polling-voting/#USAND2017_V). Aussi, les résultats d'enquêtes commandées – Pollara par le gouvernement fédéral et les autres par des organismes privés.

<sup>30</sup> E. Kruk, « Arguments Against a presumption of Shared Physical Custody in Family Law » (2018) 59:5 J Divorce remarriage 388, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10502556.2018.1454201>.

La première vague d'arguments visait à remettre en question la nécessité ou la validité du partage du rôle parental :

- a. La théorie désuète de Bowlby sur les « *attaches uniques* » a été utilisée comme base pour discréditer la nécessité que les deux parents s'investissent après la séparation. Bowlby lui-même a reconnu que sa théorie était erronée.
- b. Les pères désirent le partage du rôle parental seulement pour **réduire les obligations alimentaires**. Les recherches ont montré que les instincts paternels et maternels réfutent tout autant cette affirmation. De plus, les promoteurs ont affirmé que les économies réalisées au titre des pensions alimentaires pour enfants étaient fondées sur la réduction des transferts de pensions alimentaires pour enfants, mais ils ont omis d'inclure les coûts directs de l'entretien d'une deuxième résidence pour enfants comme facteur de coût compensatoire. L'argument était irrémédiablement erroné dès le départ, car les coûts directs de la pension alimentaire pour enfants (transferts plus coûts directs du ménage) sont plus élevés dans le cas du partage du rôle parental en raison des coûts fixes liés à l'entretien d'une résidence supplémentaire permettant d'accueillir l'enfant.
- c. **L'argument d'effet de « Yo-Yo »** soutenait que les enfants subiraient un préjudice psychologique en « rebondissant » entre deux ménages. Cela a été réfuté par des recherches montrant que la plupart des enfants s'adaptaient facilement et avaient des résultats égaux ou supérieurs dans un environnement de double résidence.
- d. Même si la reconnaissance du partage du rôle parental peut être bénéfique dans certaines circonstances, les opposants soutiennent qu'elle n'est **pas appropriée pour les jeunes enfants**. Comme nous l'avons mentionné plus haut, il y a maintenant un fort consensus sur le fait que le partage du rôle parental est non seulement approprié, mais qu'il offre un facteur de protection aux nourrissons, aux tout-petits et aux jeunes enfants<sup>31</sup>.

Les arguments de la deuxième vague commencent généralement par une proposition générale selon laquelle *le partage du rôle parental est trop dangereux en raison des risques de violence, d'abus, d'incidence sur la santé mentale ou de conflit*. La prémisse sous-jacente de la politique est que les questions touchant la

---

<sup>31</sup> RA Warshak, précité, note 10; JE McIntosh, B.M. Smyth & MA Kelaheer, précité, note 13; RA Warshak, précité, note 11.

minorité<sup>32</sup> des situations de dissolution devraient s'appliquer à la majorité comme mesure de précaution. Bien qu'ils soient souvent exagérés, ces arguments ont exigé des chercheurs qu'ils puissent faire la distinction entre des circonstances sûres et dangereuses et fournir des conseils nuancés aux décideurs. Ces réponses ont été trouvées dans les recherches les plus récentes, notamment :

- a. Le partage du rôle parental est généralement la meilleure option dans la plupart des cas sans facteurs atténuants et ne devrait pas être automatiquement exclu lorsque ces facteurs existent;
- b. Les types de violence doivent être distingués pour en arriver à des décisions parentales, compte tenu du fait que la moitié de la violence pour la première fois se produit pendant la dissolution et est temporaire<sup>33</sup>;
- c. Bien que les conflits extrêmes excluent le partage du rôle parental, les enfants en situation hautement conflictuelle ne s'en tirent pas moins bien dans le cadre du partage du rôle parental que dans le cadre de la garde exclusive, et souvent mieux. Le facteur clé est la force de la relation parent-enfant<sup>34</sup>;
- d. Des interventions spéciales comme le rôle parental parallèle, la médiation thérapeutique, les programmes d'éducation parentale et la coordination parentale devraient être prises en considération dans les situations de conflit grave<sup>35</sup>.

La recherche en sciences sociales a pour conséquence que les praticiens du droit et les décideurs judiciaires doivent être appuyés par des programmes de formation appropriés dans leur travail.

Enfin, les **arguments de la troisième vague concèdent que le partage du rôle parental est avantageux pour la plupart des enfants, mais il faut faire preuve de prudence contre l'utilisation de toute présomption**, en insistant sur le fait que la norme discrétionnaire et individualisée d'« intérêt supérieur » doit être

---

<sup>32</sup> Par exemple, N. Bala, précité, note 5 (seulement 8 % des signalements allèguent la violence familiale par l'un ou l'autre des conjoints ou les deux); selon E. Kruk, précité, note 30, p. 8, ce pourcentage passe à 75 %. De plus, seulement 10 à 20 % des cas sont considérés comme des cas de « conflit grave » selon N. Bala, précité, note 5.

<sup>33</sup> E. Kruk, précité, note 30, p. 8.

<sup>34</sup> L. Nielsen, précité, note 13 (méta-analyse du conflit dans la prise de décisions sur les arrangements parentaux).

<sup>35</sup> E. Kruk, précité, note 30, p. 8.

maintenue. Les contre-arguments à la présomption réfutable du partage du rôle parental se divisent généralement en quatre catégories :

- a. « Une solution polyvalente » est un argument trop étroit. Cet argument laisse entendre que toute présomption limitera exagérément le pouvoir discrétionnaire des juges ou la prise de décisions individualisée. Il ne tient pas compte du fait qu'une présomption est un point de départ juridique dans un cadre généralement applicable qui peut être contredit par des éléments de preuve propres à une affaire. Il est certain que la présomption d'innocence comme fondement du droit n'a pas nui aux conclusions de culpabilité. Les présomptions réfutables sont déjà couramment utilisées en droit de la famille en matière d'égalisation, dans les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants et, de fait, dans les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux. Dans le cas des pensions alimentaires pour enfants, par exemple, plus de 40 % des pensions diffèrent des *lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*<sup>36</sup>. Cette expression souvent invoquée et non corroborée sonne creux.
- b. « Pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Cette allégation commune non corroborée représente un argument émotif dénué de substance logique. Étant donné que l'ISE n'est pas défini (voir la section C ci-dessous), il est tout aussi valable de postuler le contraire, ce qui en fait un argument vide de sens.
- c. Augmentation des risques de litige. Cet argument éculé, utilisé pour discréditer le partage du rôle parental ou une présomption réfutable, n'a pas encore été étayé par des faits et fait plutôt dans l'alarmisme. En fait, les données disponibles appuient la conclusion contraire<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> LD Bertrand et coll., Enquête sur les ordonnances de pensions alimentaires pour enfants : Rapport final de la phase 2 : Rapport final (2004– FCY-7E), 2004–FCY-7E (Ottawa, Canada : ministère de la Justice), p. vi.

<sup>37</sup> R Kaspiew et coll., Requête déposée auprès du tribunal du droit de la famille de 2004-05 à 2012-13 (Melbourne, Vic, Australian Institute of Family Studies, 2015), p. 22-23, « les questions concernant les enfants [...] reflètent une diminution d'environ 25 % [...] des demandes pour toutes les catégories [...] ont diminué de 14 % » [TRADUCTION]; WV Fabricius et coll., « What Happens When There Is presumptive 50/50 Parenting Time? An Evaluation of Arizona's New Child Custody Statute » (2018) 59:5 J Divorce remariage 414, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10502556.2018.1454196>, 12-13. Même si elle n'est pas rédigée comme telle, la nouvelle loi fonctionne comme une présomption réfutable de l'égalité du temps parental... et a « un effet neutre sur le conflit parental et le conflit juridique ». Les deux sources font état de changements dans la composition des types de signalement et d'augmentations relatives des allégations de violence familiale et de toxicomanie.

- d. La présomption met davantage l'accent sur les droits des parents. Aucune donnée n'appuie cette allégation, qui laisse entendre à tort que les droits des parents et de l'enfant sont binaires plutôt que complémentaires, comme le stipule la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*<sup>38</sup>. La présomption ne l'emporte pas non plus sur les considérations d'aide sociale primordiales d'un enfant.

En somme :

Une présomption juridique de partage du rôle parental fondée sur une base de données de recherche solide définissant les besoins et les intérêts des enfants dans la transition du divorce fournit une ligne directrice claire et cohérente pour la prise de décisions judiciaires. Cette présomption établit clairement la règle du défaut, élimine la spéculation sur la conduite future comme fondement des décisions de garde, limite le pouvoir discrétionnaire des juges, améliore la détermination et la prévisibilité des résultats, et réduit les litiges et les conflits continus entre les parents<sup>39</sup>.

### III DÉFINITION DE L'« INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT »

La *Loi sur le divorce* repose sur le facteur prépondérant de l'« intérêt supérieur de l'enfant » (ISE). Toutefois, avant le projet de loi C-78, il n'y avait pas de définition de l'ISE, ce qui a prêté le flanc à de nombreuses critiques au fil des ans, selon lesquelles la norme est arbitraire, injuste et indéterminée, entre autres<sup>40</sup>. Les

---

<sup>38</sup> Par exemple, l'article 7 stipule que l'enfant [...] a le droit [...] d'être pris en charge par ses parents, tandis que l'article 9 stipule que les États parties veillent à ce qu'aucun enfant ne soit séparé de ses parents [...], sauf lorsque [...] cette séparation est nécessaire [...]. Cette détermination peut être nécessaire dans un cas particulier où les parents vivent séparément [...].

<sup>39</sup> E. Kruk, *précité* note 30, p. 10.

<sup>40</sup> N. Bala, « Bringing Canada's Divorce Act into the new millennium: enacting a child-focused parenting law » (2014) 40 *Queens LJ* 425, p. 470 (« Dans la plupart des pays, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est un concept central pour le règlement des différends après la séparation des parents et il est approuvé par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Ce critère est approprié, car il reconnaît que les décisions doivent être prises en fonction d'une évaluation des besoins de l'enfant et doivent être axées sur l'intérêt de l'enfant plutôt que sur les droits des parents. Bien que le critère de l'intérêt supérieur soit au cœur de la prise de décisions; ses limites doivent être reconnues – il est vague et, en l'absence d'une nouvelle formulation des principes ou des facteurs dont il faut tenir compte, les décisions des juges qui appliquent ce critère peuvent être imprévisibles ou refléter leurs préjugés et expériences personnelles, tandis que les négociations des parents seront moins structurées et les règlements plus difficiles à conclure en raison de l'absence d'orientation législative. » [TRADUCTION]).

apologistes défendent le statut non défini de l'ISE en affirmant que chaque affaire doit être traitée au cas par cas, ce qui alimente les critiques qui soutiennent à juste titre que le pouvoir discrétionnaire absolu non seulement viole les principes fondamentaux du droit, mais usurpe aussi le rôle constitutionnel du Parlement en tant qu'organe législatif. En termes simples, les lois ouvertes sont intrinsèquement inconstitutionnelles, et le Parlement ne peut ni abdiquer ni déléguer son pouvoir – directement ou indirectement – à d'autres organes du gouvernement.

Par conséquent, nous recommandons que la nature ouverte de la norme de l'ISE (qui, selon nous, est encore trop ouverte dans sa forme actuelle) soit corrigée ***en définissant la norme en fonction de deux principes de présomption :***

***(1) Il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de jouir d'un temps égal avec chaque parent;***

***(2) Il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que chaque parent assume une responsabilité parentale égale pour les décisions importantes qui touchent le bien-être de l'enfant.***

Nous sommes d'avis que cette définition est conforme au consensus des sciences sociales dont il a été question plus haut et à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CNUDE)<sup>41</sup>, plus précisément :

- Article 3 : Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents [...]; Article 7 : L'enfant a [...] le droit [...] d'être élevé par eux;
- Article 9 : Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents [...], sauf lorsque [...] cette séparation est nécessaire [...]. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers [...] lorsqu'ils [les parents] vivent séparément [...];
- Article 18 : Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune [...] <sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990) [CNUDE], 20 novembre 1989.

<sup>42</sup> M. Widrig, *Rethinking the Child's Best Interests Standard based on a human rights perspective* (Boston – International Conference on Shared Parenting, 2017).

#### IV RÉINSTALLATION ET MOBILITÉ

Nous reconnaissons que les rédacteurs du projet de loi C-78 ont manifestement beaucoup réfléchi à la question de la résolution équitable et rapide des problèmes de réinstallation<sup>43</sup>. Nous félicitons les rédacteurs de leurs efforts. Nous remarquons (avec un certain degré d'ironie) que les rédacteurs n'ont pas eu de problème avec les parties du projet de loi C-78 portant sur la réinstallation pour stipuler différentes *présomptions* selon le scénario. Si nous devons appliquer des présomptions en matière de réinstallation, nous maintenons que *ces présomptions devraient se voir attribuer la même valeur*. Il faut toujours mettre l'accent sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Imposer le « fardeau » à un parent qui a peu de temps à consacrer au domicile pour empêcher la réinstallation est potentiellement cruel pour l'enfant qui a actuellement peu de temps avec ce parent. Voir le paragraphe 16.93(2). Le fardeau de la preuve devrait toujours incomber au parent qui se propose de déménager et de perturber ainsi le temps de résidence de l'enfant avec le parent « B », peu importe la durée à domicile.

#### V RÉSUMÉ

Bien que nous félicitons le gouvernement d'avoir apporté des changements appropriés pour harmoniser les lois fédérales avec les lois provinciales, intégrer les processus intergouvernementaux et promouvoir le règlement extrajudiciaire des différends, nous estimons que le projet de loi est inadéquat compte tenu des changements sociaux spectaculaires et des résultats de la recherche en sciences sociales depuis 1985.

Notre mémoire, ainsi que le libellé du texte législatif proposé à l'annexe A, formule les recommandations suivantes :

1. L'adoption d'une présomption réfutable de partage égal du rôle parental, conformément à la recherche en sciences sociales et à l'appui solide de la population;
2. L'intégration d'une définition de la norme de l'intérêt supérieur de l'enfant jusqu'à présent non définie comme exigeant une présomption de partage égal du rôle parental tout en tenant compte des autres facteurs mentionnés dans le projet de loi C-78;
3. Le réexamen des considérations relatives à la réinstallation en imposant toujours le fardeau de la preuve à la partie qui propose la réinstallation.

---

<sup>43</sup> Voir les articles 16.9 à 16.95 proposés dans le projet de loi C-78.

En outre, les rapports universitaires auxquels on renvoie dans ce document sont accessibles en ligne à l'adresse suivante<sup>44</sup> :

<https://drive.google.com/drive/folders/1TeZQ9LGzKuKZwrSeyhqF9xVNSB77-EAE?usp=sharing>

Le présent document est respectueusement soumis au nom des six organisations suivantes :

<a href="#">ANCQ</a>	<p>Action des nouvelles conjointes et des nouveaux conjoints du Québec</p> <p>L'ANCQ est un organisme québécois sans but lucratif qui se consacre à la lutte contre la discrimination sociale et juridique à l'égard des familles reconstituées, notamment en droit de la famille. Fondée en 1999, l'ANCQ compte actuellement 3 500 membres. L'ANCQ est un ardent défenseur de la présomption réfutable du partage du rôle parental.</p> <p>Personne-ressource : M<sup>me</sup> Lise Bilodeau  <a href="mailto:lise_bilodeau@yahoo.ca">lise_bilodeau@yahoo.ca</a>          418-847-3176</p>
<a href="#">CAFE</a>	<p>Canadian Association for Equality</p> <p>Le CAFE est un organisme de bienfaisance voué à l'éducation qui s'est engagé à atteindre l'égalité pour tous les Canadiens, indépendamment du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de l'expression de genre, de la situation de famille, de la race, de l'ethnicité, des croyances, de l'âge ou de l'incapacité. Il se concentre actuellement sur les domaines de l'égalité entre les sexes sous-étudiés dans la culture contemporaine, comme, le statut, la santé et le bien-être des garçons et des hommes.</p> <p>Personne-ressource : M. Brian Ludmer  <a href="mailto:brian@ludmerlaw.com">brian@ludmerlaw.com</a>          416-781-0334</p>
<a href="#">CEPC</a>	<p>Conseil canadien de l'égalité parentale</p> <p>Le CEPC est une fédération de défense des droits de la famille qui regroupe 26 organismes représentant les enfants, les mères, les pères, les grands-parents et les deuxièmes conjoints et conjointes et qui a quatre objectifs principaux, soit le partage égal du rôle parental après la dissolution; la réforme du droit de la famille fondée sur l'égalité des sexes; la reconnaissance de la violence familiale comme dysfonctionnement social sans genre; la reconnaissance des droits des parents et des enfants conformément aux déclarations de l'ONU.</p> <p>Personne-ressource : M. Glenn Cheriton  <a href="mailto:president@canadianepc.com">president@canadianepc.com</a>          613-523-2444</p>
<a href="#">L4SP</a>	<p>Lawyers for Shared Parenting</p> <p>L4SP est une association d'avocats qui milite en faveur d'une présomption</p>

<sup>44</sup> Google Drive ne prend pas en charge tous les types de navigateurs et fonctionne mieux avec Internet Explorer ou Chrome. Besoin d'aide : [contact.gwpiskor@gmail.com](mailto:contact.gwpiskor@gmail.com).

	<p>réfutable pancanadienne prévue dans la loi en faveur d'un partage égal du rôle parental pour les enfants de parents divorcés ou séparés.          Personne-ressource : M. Gene C. Colman  <a href="mailto:gene@complexfamilylaw.com">gene@complexfamilylaw.com</a>          416-635-9264</p>
<a href="#">LW4SP</a>	<p>Leading Women For Shared Parenting (Canada)          LW4SP est une organisation internationale de 150 femmes influentes dans les médias et la politique qui consacrent leur temps et leur nom pour appuyer le partage égal du rôle parental comme modèle par défaut pour les parents qui divorcent ou se séparent.          Personne-ressource : M<sup>me</sup> Paulette MacDonald  <a href="mailto:kidsneed2parents@gmail.com">kidsneed2parents@gmail.com</a>          289-240-0665</p>
<a href="#">R.E.A.L</a>	<p>Real Women of Canada          REAL Women of Canada est une organisation nationale de femmes, constituée en société en 1983, dont la mission est de promouvoir l'égalité, l'avancement et le bien-être des femmes, que ce soit à la maison, au travail ou dans la collectivité. REAL Women of Canada est une ONG consultant auprès du Conseil économique et social des Nations Unies, un membre du caucus des ONG en droits de la famille à l'ONU et un partenaire actif au Congrès mondial des familles.          Personne-ressource : M<sup>me</sup> Diane Watts  <a href="mailto:realwena@rogers.com">realwena@rogers.com</a>          613-236-4001</p>

**Auteurs principaux :**

- Gene C. Colman, B.A., LL.B., avocat en droit de la famille, Toronto, admis au barreau en 1979, courriel : [gene@complexfamilylaw.com](mailto:gene@complexfamilylaw.com)
- George W. Piskor MA.Sc., SM, LL.M., P.Eng, courriel : [gwpiskor@gmail.com](mailto:gwpiskor@gmail.com)

## **ANNEXE A : MODIFICATIONS PROPOSÉES À L'ARTICLE 16 DU PROJET DE LOI C-78**

### **1 Le paragraphe 16(2) de l'article 12 du projet de loi est étoffé et se lit maintenant comme suit :**

(2) Lorsqu'il examine les facteurs visés au paragraphe (3), le tribunal accorde la priorité à la sécurité, à la sécurité et au bien-être physique, émotionnel et psychologique de l'enfant en vertu de deux principes de présomption :

- i. il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de jouir d'un temps égal avec chaque parent;
- ii. il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que chaque parent assume une responsabilité parentale égale pour les décisions importantes qui touchent le bien-être de l'enfant.

### **2 À l'article 12 du projet de loi, renuméroter le paragraphe proposé à 16(6) intitulé « Ordonnance parentale et ordonnance de contact » comme étant le paragraphe 16(10).**

### **3 À l'article 12 du projet de loi, insérer les nouveaux paragraphes 16(6) à 16 (9) suivants :**

#### **Réfutation des présomptions**

(6) Les principes de présomption énoncés au paragraphe 16(2) peuvent être réfutés sur la base d'une preuve étayant que la réponse aux besoins de l'enfant serait substantiellement améliorée par une ordonnance différente.

#### **Facteurs de réfutation**

(7) Les facteurs qui peuvent réfuter les principes de présomption énoncés au paragraphe 16(2), lorsque ces facteurs ne peuvent être autrement pris en compte ou atténués, sont les suivants :

- (a) Un parent n'a pas la capacité parentale de base en raison de problèmes de toxicomanie, de maladie mentale ou d'autres déficiences importantes;

- b) l'ordonnance proposée exposerait un enfant ou un parent à un risque de violence familiale;
- c) Les parents vivent trop loin l'un de l'autre pour faciliter un régime de partage égal du temps.

### **Respect des principes**

(8) Lorsque les circonstances prévues au paragraphe (7) exigent une dérogation aux principes de présomption énoncés au paragraphe 16(2), le tribunal :

- (a) confie néanmoins à chaque conjoint le maximum de temps et de responsabilités parentales possible dans les circonstances;
- (b) peut ordonner un partage égal du temps, sans partage égal de la responsabilité parentale, pour les grandes décisions, et inversement.

### **Motifs écrits**

(9) Le tribunal fournit par écrit les motifs de l'ordonnance qui déroge aux principes énoncés au paragraphe 16(2).

**4 À l'article 12 du projet de loi, supprimer les titres et le contenu des paragraphes 16.93 (1) à (3) inclusivement et les remplacer par le paragraphe 16.93 comme suit :**

#### **Fardeau de la preuve – réinstallation**

16.93 Si les parties à l'instance se conforment en grande partie à une ordonnance, à une décision arbitrale ou à une entente, il incombe à la partie qui a l'intention de réinstaller l'enfant de prouver que la réinstallation serait dans l'intérêt supérieur de celui-ci.

**5 À l'article 12 du projet de loi, supprimer le texte suivant du paragraphe 16.94 :**

(1) et (2)

## RÉSUMÉ DU MÉMOIRE (conformément au Guide)

### RECOMMANDATIONS<sup>45</sup>

- 1. Recommandation principale :** présomption réfutable – partage égal du rôle parental (« PRPERP »).
- 2. Intérêt supérieur de l'enfant (« ISE ») :** la PRPERP devrait ancrer le test de l'ISE.
- 3. Réparation de la définition de l'ISE :** La nature ouverte de la norme de l'ISE devrait être réparée en **définissant la norme en fonction de deux principes de présomption :**

*(1) ISE = profiter d'un temps égal avec chaque parent;*

*(2) ISE = chaque parent assumera une responsabilité parentale égale pour les décisions importantes qui ont une incidence sur le bien-être de l'enfant.*

- 4. 2<sup>e</sup> recommandation :** Le fardeau de la preuve devrait incomber unilatéralement au parent qui propose de déménager.

### LA RECHERCHE EN SCIENCES SOCIALES ÉTABLIT CE QUI SUIT :

- 5. Séparation :** La séparation routinière d'un « parent apte » de l'enfant ne devrait pas être considérée comme un ISE.
- 6. Pourcentage de temps :** Plus nous approchons de 50 % de temps passé à domicile = meilleurs résultats pour les enfants.
- 7. Axes des résultats :** PERP = de meilleurs résultats sur de multiples axes : éducation, cognitif, dépression, anxiété, satisfaction, estime de soi, comportement des pairs, toxicomanie, hyperactivité, problèmes de santé et psychosomatiques, relations parent-enfant ou famille, et ainsi de suite!
- 8. Les résultats du PERP sont meilleurs,** même indépendants des autres facteurs, puisque la garde physique conjointe (GPC) produit des résultats supérieurs à la garde physique exclusive (GPE), indépendamment de ce qui suit :
  - a. la qualité de la relation parent-enfant (c.-à-d. que même les parents plus ou moins adéquats sont bénéfiques);

---

<sup>45</sup> Texte législatif recommandé à l'annexe A.

- b. le revenu des parents (c.-à-d. que les pensions alimentaires en GPC ne sont pas liées au niveau de vie);
- c. le niveau de conflit (sauf dans les situations de conflit extrême, les situations litigieuses d'intensité faible à modérée justifient la GPC).

**9. Rapport sur le Consensus de Warshak** = norme par excellence du partage égal des responsabilités parentales : largement traduit, téléchargé à de nombreuses reprises, et a éclairé la législation dans plusieurs pays.

**10. Arguments opposés** : Sans appuis scientifiques ou logiques. Les arguments changent.

Les sciences sociales les ont discrédités :

- a. Théorie de l'attachement unique – le principal auteur de la théorie a lui-même reconnu l'erreur;
- b. La motivation du père est de réduire le montant de la pension alimentaire pour enfants – le coût de la pension alimentaire pour enfants est en fait plus élevé avec un PERP;
- c. Effet de Yo-yo – la plupart des enfants s'adaptent à deux domiciles;
- d. Ne convient pas aux jeunes enfants – le PERP est un facteur de protection pour les nourrissons, les tout-petits et les jeunes enfants;
- e. Le PERP est trop dangereux – risques de violence, d'abus, de problème de santé mentale ou de conflit – les facteurs qui affectent la minorité ne devraient pas dicter la politique de la majorité;
- f. Le PERP pourrait être avantageux, mais nous ne devrions pas utiliser ces présomptions :
  - i. Une solution polyvalente est trop étroite – d'autres présomptions juridiques fonctionnent.
  - ii. Pas dans l'ISE – L'ISE n'est pas défini;
  - iii. Risque accru de litige – non appuyé par des faits. Le PERP réduit les litiges;

- iv. Le PERP est axé sur les droits des parents – les droits des parents et de l'enfant ne sont pas binaires selon la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (en particulier les articles 3, 9 et 12).

### **11. Avantages du PERP**

- a. définit clairement la règle de défaut;
- b. élimine les hypothèses sur la conduite future comme fondement des décisions,
- c. limite le pouvoir discrétionnaire des juges,
- d. améliore la détermination et la prévisibilité des résultats,
- e. réduit les litiges et les conflits entre les parents.

### **ET C'EST DE LA BONNE POLITIQUE!**

**12. Ailleurs :** Les administrations du monde entier ont adopté des formes de PERP ou envisagent activement de légiférer. Même au Canada – la Colombie-Britannique et le Québec ont tendance à privilégier le PERP.

**13. Appui de la population canadienne au PRPERP : 70 à 74 % des personnes interrogées; 87 % chez les décidés. Fort appui, peu importe le parti, le sexe, l'âge, l'endroit.**