



Ministère de la Justice Department of Justice
Canada Canada

DOCUMENT DE RÉFÉRENCE

**ANALYSE DES OPTIONS
CONCERNANT LA MODIFICATION
DE LA RÉGLEMENTATION LÉGALE
DE LA GARDE ET DU DROIT DE
VISITE DES ENFANTS**

2001-FCY-2F

Canada

**Analyse des options concernant la modification
de la réglementation légale de la garde
et du droit de visite des enfants**

Préparé par :
Brenda Cossman
Faculté de droit
Université de Toronto

Présenté à la :
Section de la famille, des enfants et des adolescents
Ministère de la Justice du Canada

*Les opinions exprimées dans ce document sont uniquement celles de l'auteure
et ne représentent pas nécessairement celles
du ministère de la Justice du Canada.*

Also available in English

© Brenda Cossman, 2001.

Les opinions exprimées dans ce document sont uniquement celles de l'auteure et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada.

Pour obtenir la permission de reproduire la totalité ou une partie de ce rapport, veuillez communiquer directement avec l'auteure à la Faculté de droit de l'Université de Toronto.

Pour plus de renseignements sur ce rapport, veuillez appeler le ministère de la Justice du Canada, au 1-888-373-2222.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--------------------|--|
| INTRODUCTION | 1 |
| I | OBJECTIFS ET DÉFIS DE LA RÉFORME..... 4 |
| | Objectifs..... 4 |
| | Défis..... 6 |
| | Autres administrations 36 |
| II | PREMIÈRE OPTION : GARDE ET DROIT DE VISITE 58 |
| | L'intérêt de l'enfant 58 |
| | Les responsabilités parentales..... 66 |
| | Violence, conflits graves et exercice inadéquat des responsabilités parentales..... 68 |
| | Les ententes parentales 80 |
| | Référence aux services d'aide..... 87 |
| | Avantages et désavantages de cette option 91 |
| III | DEUXIÈME OPTION : LA RESPONSABILITÉ PARENTALE ET LES ORDONNANCES PARENTALES..... 95 |
| | La responsabilité parentale 96 |
| | Les ordonnances parentales 99 |
| | Les ententes parentales 121 |
| | Les services de règlement des différends et les autres services..... 128 |
| | Avantages et désavantages de cette option 129 |
| IV | TROISIÈME OPTION : LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES 137 |
| | Le partage des responsabilités parentales 138 |
| | Les ordonnances parentales 147 |
| | Les ententes parentales 156 |
| | Services de règlement des différends..... 159 |
| | Avantages et désavantages de cette option 159 |

| | | |
|------|---|-----|
| V | CONSÉQUENCES DE LA RÉFORME POUR LES AUTRES TEXTES LÉGISLATIFS | 172 |
| | La législation fédérale..... | 172 |
| | Les lois provinciales et territoriales | 179 |
| | Conclusion | 191 |
| VI | INCIDENCE DE LA RÉFORME SUR LES ORDONNANCES ET LES ENTENTES EXISTANTES | 193 |
| VIII | CONCLUSION..... | 194 |
| | La terminologie..... | 194 |
| | Établir l'équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la responsabilité parentale..... | 195 |
| | Le pouvoir de prendre des décisions..... | 196 |
| | La cohabitation et l'accès..... | 198 |
| | Violence, conflits graves et exercice inadéquat des responsabilités parentales..... | 199 |
| | Les ententes parentales | 200 |
| | Les services connexes au divorce | 201 |
| | Les attentes raisonnables de modifications législatives..... | 201 |

INTRODUCTION

Alors que leurs parents tentent avec difficulté de restructurer leur relation, la séparation et le divorce bouleversent la vie des enfants. Les conflits juridiques entourant les arrangements parentaux peuvent être longs et source d'amertume. La population canadienne s'interroge de plus en plus sur la capacité du régime juridique de faciliter, d'une manière qui soit favorable à l'intérêt supérieur des enfants, la restructuration des relations parentales à la suite de la séparation et du divorce.

Le gouvernement fédéral a donc mis sur pied le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants en 1997 et lui a confié le soin d'étudier cette question. Le Comité a publié son rapport, *Pour l'amour des enfants*, en 1998; il y recommandait une réforme en profondeur du droit régissant la garde et le droit de visite¹. Dans sa réponse au Comité mixte spécial, énoncée dans un document intitulé *Stratégie de réforme*, le gouvernement a réitéré la nécessité de modifier les règles de droit actuelles².

Le présent document de recherche vise à évaluer trois options de réforme : la première se fonde sur la terminologie actuelle en matière de garde et de droit de visite, la deuxième propose un modèle neutre axé sur la responsabilité parentale et les ordonnances parentales, tandis que la troisième se fonde sur un modèle de partage des responsabilités parentales.

C'est sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant que nous analysons ces trois options, conformément aux obligations internationales qu'impose au Canada la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Selon l'article 3 de cette convention, toute mesure prise à l'égard d'un enfant « doit tenir pleinement compte de l'intérêt supérieur de celui-ci ». Dans chaque modèle, la norme générale guidant la restructuration des relations parentales et le règlement des litiges entre les parents doit donc continuer de s'appuyer sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Une question épineuse reste à résoudre : comment devrait-on définir cette norme générale — ou comment déterminer ce qui est exactement dans l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque la relation entre les parents prend fin?

Le présent document débute par un examen des objectifs de la réforme ainsi que des défis particuliers que pose toute réforme de la réglementation légale de la garde des enfants et du droit de visite. Cette première section passe en revue plusieurs thèmes et enjeux qui sont repris tout au long du document et que doivent prendre en compte les options de réforme. Parmi les enjeux, soulignons l'importance de protéger les enfants contre la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales; le rôle des ententes à caractère privé et des ententes parentales dans le règlement des conflits durant la séparation et le divorce; enfin, l'importance de tout un éventail de services de soutien en cas de divorce. Cette section traite également des questions plus générales que soulève chaque option de réforme, notamment le rôle que pourrait jouer un changement de terminologie en vue de réduire les conflits et de promouvoir

¹ Parlement du Canada, *Pour l'amour des enfants : Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants*, décembre 1998.

² *Réponse du gouvernement du Canada au Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants : Stratégie de réforme*, mai 1999.

la coopération, de même que le rôle général du droit lorsqu'on veut encourager et favoriser l'évolution des attitudes et des comportements des parents en instance de divorce.

La deuxième section du document décrit les façons dont d'autres administrations ont tenté de relever les défis inhérents à la modification des règles régissant la garde et le droit de visite. Une attention particulière sera accordée aux réformes instaurées au Royaume-Uni, en Australie, dans les États de Washington et du Maine, mais nous intégrerons aussi des exemples tirés d'ailleurs. Nous nous inspirerons ensuite de l'expérience de ces autres autorités législatives lorsque nous examinerons et évaluerons les trois options de réforme.

Dans la troisième section, nous procédons à l'analyse des trois options. Pour chacune, nous examinons divers aspects : d'abord sa forme, c'est-à-dire comment elle pourrait ou devrait être structurée. Nous explorons les choix qui doivent être pris en considération dans la conception des modèles en tentant d'évaluer les avantages et les inconvénients des divers choix et approches stratégiques. Cette discussion nous permettra ensuite d'évaluer les forces et les faiblesses relatives de chaque option, compte tenu de la mesure où chacune respecterait les principes directeurs de la réforme ainsi que ses objectifs généraux.

Le présent document envisage essentiellement la modification de la *Loi sur le divorce*. Cependant, comme la garde et le droit de visite font partie d'un champ de compétences mixtes réparties entre les autorités fédérales et provinciales, tout ce qui touche les dispositions de la *Loi sur le divorce* relatives à la garde et au droit de visite pourrait avoir de lourdes répercussions sur les provinces et les territoires. En effet, la *Loi sur le divorce* régit les conflits en matière de garde et de droit de visite dans les couples en instance de divorce, mais ceux qui mettent en cause des parents non mariés ou des parents mariés qui sont séparés sans avoir engagé une action en divorce tombent sous le coup des lois provinciales et territoriales³. Bien qu'il existe des écarts déjà importants entre les lois provinciales et territoriales pertinentes, d'une part, et la *Loi sur le divorce*, d'autre part (ainsi qu'entre les différents textes législatifs provinciaux et territoriaux), les règles de droit en vigueur se fondent toutes sur les termes « garde » et « droit de visite ». Toute réforme de la *Loi sur le divorce* qui délaisse cette terminologie en faveur de termes comme « responsabilité parentale » ou « le partage des responsabilités parentales » risque d'entraîner de sérieux problèmes pour le système de droit de la famille si elle ne fait pas l'objet d'une coordination rigoureuse avec les provinces et les territoires.

Le partage des compétences sème depuis longtemps la confusion chez les parents aux prises avec des conflits relevant du droit de la famille, quand les parents ne savent pas si ces conflits relèvent des lois fédérales ou du droit provincial ou territorial et ne savent pas non plus s'ils doivent s'adresser à une cour provinciale ou supérieure. Une modification des lois fédérales régissant la garde et le droit de visite qui ne serait pas assortie d'un engagement à apporter des changements

³ Voir les lois suivantes : Alberta — *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, Colombie-Britannique — *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, Manitoba — *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, Nouveau-Brunswick — *Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales*, L.N.-B. 1980, Terre-Neuve — *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, T.N.-O. — *Domestic Relations Act*, R.S.N.W.T. 1988, Nouvelle-Écosse — *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, Ontario — *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, Île-du-Prince-Édouard — *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988, Saskatchewan — *Children's Law Act*, S.S. 1990, Yukon — *Children's Act*, N.S.Y. 1986. Au Québec, c'est le *Code civil du Québec*, L.Q. 1994, qui régleme les conflits parentaux; il fait l'objet d'un document d'information distinct.

semblables aux règles provinciales ou territoriales ne ferait qu'ajouter à la confusion et à la frustration qu'expriment souvent les parents. Les couples non mariés et les couples mariés qui se sont séparés mais n'ont pas encore engagé une action en divorce seraient visés par les lois provinciales ou territoriales relatives à la garde et au droit de visite, tandis que les couples en instance de divorce seraient assujettis aux dispositions fédérales concernant la responsabilité parentale ou le partage des responsabilités parentales.

Bien qu'il n'entre pas dans la portée du présent document d'examiner les lois provinciales et territoriales en détail, toute réforme de la *Loi sur le divorce* ne peut, de façon réaliste, s'effectuer qu'à la suite de consultations étroites avec les provinces et les territoires. Chaque administration devra alors examiner les conséquences, pour son propre cadre législatif, des modifications proposées. Les choix stratégiques dont s'accompagnent la conception et la réforme du droit régissant la garde et le droit de visite, de même que les avantages et les inconvénients des trois options de réforme suggérées, s'appliqueraient aux initiatives de réforme tout aussi bien des autorités fédérales que provinciales et territoriales.

I OBJECTIFS ET DÉFIS DE LA RÉFORME

OBJECTIFS

Lorsqu'on évalue les trois options proposées, il faut d'abord considérer les objectifs de la réforme. Plusieurs principes directeurs sous-tendent cette réforme et la présente section commence par un bref aperçu de ces principes, tels qu'ils ont été énoncés par le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, de même que dans la réponse du gouvernement au Comité mixte spécial. Nous tentons ici de donner forme à ces principes et à circonscrire les objectifs de réforme sous-jacents. Nous nous appuyons ensuite sur ces principes directeurs et objectifs pour évaluer et élaborer les options de réforme.

Le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille a énoncé les principes directeurs qui doivent régir toute réforme des règles en matière de garde et de droit de visite.

- Il faut s'assurer que l'intérêt supérieur et le bien-être des enfants sont primordiaux.
- L'approche choisie doit reconnaître qu'il n'existe aucun modèle idéal qui s'applique à tous les enfants en matière d'exercice des responsabilités parentales après la séparation et qui tient compte de la façon dont les enfants et les adolescents, à différentes étapes de leur développement, vivent la séparation et le divorce.
- Il faut appuyer des mesures qui protègent les enfants contre la violence, les conflits, les mauvais traitements et les difficultés économiques.
- Il faut reconnaître qu'il est à l'avantage des enfants et des adolescents de pouvoir nouer et maintenir des rapports étroits avec les deux parents, lorsqu'il est possible de le faire en toute sécurité et dans un contexte sain.
- Il faut reconnaître qu'il est à l'avantage des enfants et des adolescents de pouvoir nouer et maintenir des rapports étroits avec leurs grands-parents et d'autres membres de leur famille étendue, lorsqu'il est possible de le faire en toute sécurité et dans un contexte sain.
- La culture et la religion peuvent avoir une influence positive sur la vie des enfants.
- Il faut promouvoir des mécanismes non antagonistes de règlement des conflits, tout en conservant l'intervention des tribunaux comme solution de dernier recours.
- Il faut énoncer clairement dans les lois les responsabilités à l'égard du soin à donner aux enfants.
- Il faut reconnaître le chevauchement des compétences relatives à la garde et au droit de visite au Canada et s'efforcer de faire en sorte que les dispositions législatives et les services soient coordonnés et complémentaires.

Dans son document intitulé *Stratégie de réforme*, le gouvernement a énoncé des principes semblables pour orienter la réforme des règles en matière de garde et de droit de visite. Ces principes sont les suivants :

- l'optique de l'enfant : l'adoption de réformes centrées sur l'enfant qui cherchent à réduire le plus possible les répercussions négatives du divorce sur les enfants et font en sorte que le droit de la famille met l'accent non plus sur les droits parentaux mais bien sur les responsabilités des parents;
- le maintien de rapports étroits : il est de l'intérêt de l'enfant de pouvoir établir et maintenir des rapports étroits avec son père et sa mère ainsi qu'avec les membres de sa famille étendue;
- la gestion des conflits : l'approche choisie doit viser à limiter les conflits entre les parents et à favoriser la coopération de ces derniers, mais reconnaître également l'existence de degrés divers entre les conflits qui peuvent surgir à l'occasion d'une action en séparation et en divorce, puis élaborer des réponses spécifiques permettant de résoudre ces conflits en fonction de leur degré de gravité;
- l'absence de solution universelle : il n'existe aucun modèle applicable à tous les enfants en ce qui a trait à l'exercice des responsabilités parentales après la séparation et toute stratégie de réforme doit offrir la souplesse qui répond aux besoins de chaque famille aux prises avec une séparation ou un divorce.

D'après ces grands principes, il est possible d'énumérer plusieurs objectifs généraux qui orienteront la réforme de la réglementation légale de la garde d'enfants et du droit de visite. La réforme vise à réduire les conflits et les litiges entre parents, à encourager la coopération parentale et à favoriser l'établissement de rapports étroits entre les enfants et leurs parents à la suite de la séparation et du divorce. En même temps, elle doit tenir compte des besoins de chaque famille, notamment de la nécessité de protéger les enfants contre les conflits graves, la violence et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales.

D'un point de vue général, la réforme se veut éducative et incitative. Elle vise également à établir des normes : les règles de droit relatives à la garde et au droit de visite devraient fixer des normes et des principes généraux qui orientent les parents en instance de séparation et de divorce de manière à ce qu'ils puissent restructurer leurs relations de parents dans un sens qui favorise l'intérêt supérieur de l'enfant. Autrement dit, le législateur cherche à modifier l'attitude des parents. Suivant en cela l'exemple des réformes législatives mises sur pied en Grande-Bretagne et en Australie, réformes dont nous traitons en détail plus loin, la réforme canadienne a principalement pour but de changer la façon dont les parents s'occupent de leurs enfants et règlent leurs conflits après une séparation ou un divorce.

Ces principes généraux permettent de croire, plus particulièrement, que la réforme est censée influencer sur les relations entre les parents et les enfants après une séparation, encourageant les parents à continuer de participer véritablement à la vie de leurs enfants. La réforme vise également à faciliter la résolution des conflits parentaux, à inciter les parents à s'entendre. Ces deux objectifs sont toutefois soumis au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est-à-dire que

le maintien des relations et les ententes parentales de coopération ne doivent être favorisés que dans la mesure où ils sont compatibles avec la protection de l'intérêt supérieur des enfants.

Par ailleurs, toute réforme doit répondre aux besoins des enfants dont les parents ne peuvent s'entendre ni coopérer, et elle doit fournir aux tribunaux des principes clairs à appliquer pour le règlement des conflits qui perdurent. La réforme législative doit donc aspirer à la clarté des dispositions mises en place, de manière à ce que les tribunaux puissent s'appuyer sur des principes clairs et prévisibles pour résoudre les conflits parentaux dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ces objectifs généraux, de même que les principes directeurs spécifiques, sont pris en considération lorsque nous examinons ci-après chacune des options de réforme. Le présent document évalue la mesure dans laquelle chaque option peut permettre d'atteindre ces objectifs et de respecter ces principes.

DÉFIS

Compte tenu de ces principes directeurs et objectifs de réforme, il est possible de déterminer un certain nombre de questions qui doivent être prises en considération lorsque vient le moment de modifier les règles relatives à la garde et au droit de visite.

- À quoi peut-on raisonnablement s'attendre lorsqu'on modifie la terminologie?
- Que désigne la notion de responsabilité parentale et comment cette responsabilité doit-elle être répartie entre les parents?
- Comment les pouvoirs décisionnels doivent-ils être répartis entre les parents?
- Comment les enfants peuvent-ils être protégés contre la violence, les situations très conflictuelles et un exercice inadéquat des responsabilités parentales?
- Comment les parents peuvent-ils être encouragés à résoudre leurs conflits eux-mêmes, tout en conservant l'intervention des tribunaux comme solution de dernier recours?
- La *Loi sur le divorce* devrait-elle mentionner expressément les ententes parentales ou les services de soutien en cas de divorce, par exemple l'éducation parentale et la médiation?
- En fin de compte, quel rôle peut jouer la loi pour favoriser la coopération entre les parents dans le règlement des conflits et l'exercice des responsabilités parentales après un divorce?

Voilà les questions et les défis qui se posent pour toute option de réforme et qui constituent le propos du présent document.

Terminologie

Une des principales difficultés consiste à choisir une terminologie appropriée pour la réglementation légale des responsabilités parentales après un divorce. Ainsi, pour chaque option, nous nous interrogeons sur l'opportunité d'utiliser divers termes : garde et droit de visite,

responsabilité parentale et exercice conjoint des responsabilités parentales. De fait, au moins comme point de départ, les grandes différences entre ces trois options tiennent aux écarts de terminologie. Lorsqu'on envisage une réforme des règles en vigueur sur la garde et le droit de visite, il faut se demander s'il est nécessaire de modifier la terminologie. Le cas échéant, quels termes offriraient la meilleure solution?

Les termes « garde » et « droit de visite » ont fait l'objet de nombreuses critiques ces dernières années. Les expressions utilisées, tirées du droit pénal et du droit des biens, sont considérées inappropriées par bien des gens lorsqu'on parle de la restructuration des relations parentales à la suite d'une rupture. Selon de nombreux commentateurs, ces termes dénotent une mentalité d'affrontement caractéristique des conflits en matière de garde et de droit de visite, mentalité selon laquelle il est nécessaire de déterminer un gagnant et un perdant⁴ : les parents se font la lutte pour savoir qui sera le « vrai » parent gardien et qui doit se contenter du rôle secondaire du parent ayant des « droits de visite ». Le Comité mixte spécial a mentionné l'« effet destructeur » de la terminologie actuelle en recommandant qu'elle soit remplacée par des termes qui décriraient mieux les relations parentales après le divorce. Ce renouveau terminologique a pris un élan considérable depuis que le gouvernement fédéral a souscrit, dans sa réponse au comité, à la nécessité de modifier la terminologie de la loi⁵.

Il ne fait aucun doute que la terminologie en matière de garde et de droit de visite suscite des réactions émotives. Les parents qui s'opposent dans une affaire de séparation ou de divorce se retrouvent parfois à débattre de ces questions de terminologie plutôt qu'à se concentrer sur les intérêts de leurs enfants et sur les arrangements à conclure à leur sujet. Bien des arguments militent donc en faveur de toute réforme qui aiderait les parents à recentrer leur attention sur l'intérêt des enfants. Par ailleurs, il est important de faire preuve de réalisme quant à ce qu'un changement de terminologie permettrait d'accomplir.

Tout d'abord, il faut reconnaître que les tribunaux, au cours de la dernière décennie, ont étendu les droits des parents non gardiens et favorisent la participation continue des deux parents à la vie de leurs enfants⁶. Le parent non gardien ne se trouve donc plus complètement exclu du quotidien de ses enfants. Certaines critiques visant les termes « garde » et « droit de visite » découlent à tout le moins d'une mauvaise interprétation des règles de droit, qui ne se caractérisent plus aussi manifestement par la recherche d'un vainqueur absolu.

Deuxièmement, rien ne permet de croire que les nouveaux termes ne s'assortiront pas rapidement eux aussi d'un bagage émotif, tout comme ceux qu'ils auront remplacés. L'évaluation de ce risque dépendra de la nature précise des réformes mises en œuvre. Même si l'expression « responsabilité parentale » peut sembler neutre et attrayante, on ne peut examiner dans l'abstrait l'aptitude de cette nouvelle terminologie à réduire les conflits entre les parents : la réussite est

⁴ Voir Nicholas Bala et Susan Miklas, *Rethinking Decisions about Children: Is the « Best Interests of the Child » Approach Really in the Best Interest of Children?*, Toronto, Policy Research Centre on Children, Youth and Families, 1993; Rhonda Freeman « Parenting After Divorce: Using Research to Inform Decision-making About Children » (1998) 15, *Canadian Journal of Family Law* 79.

⁵ *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*. Voir particulièrement la décision *Gordon c. Goertz* [1996] 2 R.C.S. 27, où la Cour suprême du Canada, à la majorité, a rejeté toute présomption en faveur du parent gardien dans les décisions concernant le changement de résidence.

⁶ Miklas et Bala, note 4 *supra*, p. 95 à 115.

tributaire de la nature particulière du régime légal ainsi que des ordonnances parentales envisagées. Par exemple, un modèle qui remplace les ordonnances de garde et de visite par des ordonnances de résidence et de contact (comme c'est le cas au Royaume-Uni, situation qui sera examinée dans le détail ci-après) pourrait seulement déplacer le conflit, car les nouvelles ordonnances peuvent fort bien susciter autant de réactions émotives que celles qu'elles remplacent.

Les termes actuels n'ont en soi rien qui justifie une telle émotivité : c'est plutôt le fait qu'ils sont utilisés dans les cas de conflits entre parents depuis de nombreuses années. S'il se peut que ces antécédents conflictuels aient pu rendre ces termes irrécupérables, il est important de ne pas oublier que ce ne sont pas les expressions elles-mêmes, mais plutôt les années de conflits auxquelles elles ont donné lieu qui ont engendré ce qui est maintenant considéré comme un problème terminologique. De surcroît, si la « responsabilité parentale » ou même le « partage des responsabilités parentales » peuvent sembler prometteurs pour atténuer les conflits parentaux, il est tout à fait possible que ces nouvelles expressions se retrouvent au cœur de batailles juridiques féroces dans l'avenir⁷. En effet, ces termes ne sont pas dénués de toute connotation péjorative : la notion de responsabilité parentale est souvent associée aux lois visant à rendre les parents responsables des actes négligents ou criminels de leurs enfants. Et de son côté, le partage des responsabilités parentales est devenu lié de très près aux groupes de défense des droits des pères qui militent vigoureusement en faveur de la garde partagée obligatoire.

Troisièmement, les connotations péjoratives des notions de « garde » et de « droit de visite » ne sont pas le seul facteur, ni nécessairement le facteur le plus important, dans les conflits qui opposent les parents en instance de séparation ou de divorce. Richard Chisholme fait valoir, dans son évaluation de l'incidence possible des changements terminologiques apportés à la *Family Law Reform Act* 1995 de l'Australie, qu'il est peu probable que l'attitude de la plupart des parents envers leurs enfants et leurs propres responsabilités soit sensiblement imputable aux termes « gardien », « garde » et « droit de visite » utilisés par le législateur. Il est plus vraisemblable que les parents seront davantage influencés par d'autres éléments, comme les soins dont ils ont été l'objet de la part de leurs parents lorsqu'ils étaient enfants, les attitudes et les pratiques de leurs pairs, les médias, leurs propres traits de caractère et besoins particuliers, de même que les conséquences sur le plan émotif de la rupture de leur relation⁸. Les changements de terminologie ne semblent donc s'assortir d'aucun effet magique : l'emploi de nouveaux termes peut éliminer une source de conflits, mais il en reste beaucoup d'autres. Par conséquent, il existe au moins une raison de ne pas conclure qu'une modification de la terminologie à proprement parler est susceptible de provoquer une évolution notable du comportement des parents en cas de rupture.

Il est également important de tenir compte des vastes répercussions d'un changement terminologique sur d'autres régimes législatifs, que ce soit les lois fédérales, provinciales ou territoriales. En effet, bien des textes législatifs mentionnent la garde et le droit de visite, et si ces termes sont remplacés par d'autres, il sera sans doute nécessaire de modifier toutes ces autres

⁷ Brenda Cossman et Roxanne Mykitiuk, « Child Custody and Access—Discussion Paper » (1998), *Canadian Journal of Family Law* 13, p. 22.

⁸ Richard Chisholme, « Assessing the Impact of the Family Law Reform Act, 1995 » (1996), 10 *Australian Journal of Family Law* 177, p. 193.

dispositions législatives⁹. Une partie des changements requis seraient raisonnablement mineurs, une simple révision des termes employés, par exemple, mais le remplacement des ordonnances sur la garde et le droit de visite par les ordonnances parentales s'assortit de conséquences plus graves.

Certains régimes législatifs exigent notamment la désignation d'un parent gardien. La *Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail*, par exemple, qui régit l'aide sociale, ne permet le versement d'une aide qu'au parent gardien de l'enfant : les deux parents ne peuvent pas obtenir d'assistance pour le même enfant, peu importe l'entente de garde. En outre, le législateur définit arbitrairement le parent gardien, c'est-à-dire le principal pourvoyeur de soins à l'enfant, comme étant la personne qui reçoit la prestation fiscale pour enfants du gouvernement fédéral. Si le parent avec qui l'enfant habite ne reçoit pas cette prestation, il ne pourra être admissible à l'aide sociale.

Selon les directives du gouvernement provincial, si l'Agence des douanes et du revenu du Canada détermine que chaque parent est un principal pourvoyeur de soins, la prestation fiscale sera séparée entre les deux, chacun la recevant pendant six mois. Le parent serait donc admissible à l'aide sociale durant le mois où il reçoit la prestation. Malheureusement, dans les ententes de garde partagée ou les arrangements de partage des responsabilités parentales, il est rare que la garde soit confiée à un parent au mois. Si le régime parental choisi s'écarte des notions de « garde » et de « droit de visite » pour privilégier la responsabilité parentale ou le partage des responsabilités parentales, ces problèmes ne seraient qu'aggravés pour les parents ayant besoin d'aide sociale.

Les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* se fondent également sur la désignation d'un parent gardien et d'un parent non gardien, puisque le calcul des obligations de soutien envers l'enfant se fonde sur le revenu du second. L'emploi d'une nouvelle terminologie exigerait donc une réévaluation, et même une réforme, des lignes directrices. Si le régime parental choisi permettait de continuer à déterminer un parent gardien, avec qui l'enfant vit plus de 60 % du temps, les lignes directrices ne nécessiteraient qu'une légère modification terminologique¹⁰. Cependant, si ce n'est pas le cas et que l'enfant habite avec chaque parent au moins 40 % du temps, les lignes directrices devront être révisées. En plus, toute modification des lignes directrices aurait des conséquences non seulement pour la *Loi sur le divorce*, mais aussi pour toutes les provinces et territoires qui ont harmonisé le libellé de leurs lois avec les lignes directrices.

Un changement de terminologie pratiqué dans la *Loi sur le divorce* pourrait également avoir de graves retombées advenant que les provinces et les territoires n'apportent pas de changements semblables. Les couples non mariés qui se sont séparés et les époux qui se sont séparés sans demander le divorce demeureraient assujettis aux dispositions provinciales portant sur la garde et le droit de visite, tandis que les couples divorcés tomberaient sous l'empire du nouveau régime parental. Cette situation ne ferait qu'aggraver la confusion régnant dans le système de droit de la

⁹ Voir la partie V ci-dessous, où nous discutons des conséquences de la réforme sur les lois fédérales et provinciales qui emploient les termes garde et droits de visite.

¹⁰ L'article 9 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* prévoit une exception pour la garde partagée, qui survient lorsqu'un parent exerce son droit de visite auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année.

famille et pourrait aussi avoir des conséquences imprévues. Ainsi, la décision de se séparer ou de se divorcer pourrait être déterminée par le point de vue du parent quant aux lois — fédérales, provinciales ou territoriales — qui lui seraient les plus favorables dans les circonstances.

Il est important de souligner que nous *ne nous opposons pas* à l'emploi de termes nouveaux : nous tentons plutôt d'en souligner les possibles limites. Il semble effectivement y avoir, dans le public, un appui considérable pour le recours à une terminologie nouvelle et moins génératrice de conflits. Si les termes « garde » et « droit de visite » créent un obstacle pour les parents en instance de séparation ou de divorce, ce motif peut, à lui seul, justifier leur abandon. Les experts en transition familiale cherchent souvent à éviter les termes actuels lorsqu'ils aident des parents qui se séparent ou qui divorcent, et ils essaient d'amener les parents à se concentrer sur les besoins réels des enfants plutôt que sur des concepts juridiques abstraits. Il faut quand même être réaliste quant à l'effet éventuel d'un changement terminologique. Rhonda Freeman, par exemple, préconise le recours à des termes nouveaux. En même temps, elle reconnaît que la langue elle-même ne suffira pas à combler les lacunes d'un système antagoniste lorsqu'on cherche à résoudre les conflits parentaux après le divorce¹¹. La suppression des termes « garde » et « droit de visite » peut éliminer un obstacle dans le processus de résolution des conflits entre les parents, mais elle ne peut faire disparaître les conflits eux-mêmes.

Lorsque nous examinons les trois options de réforme dans le présent document, nous nous penchons expressément sur les avantages et inconvénients relatifs des termes *garde et droit de visite*, *responsabilité parentale* et *partage des responsabilités parentales*, tout en gardant à l'esprit qu'il peut y avoir des limites à ce que des termes peuvent accomplir en soi. Même si un changement de terminologie ne peut à lui seul transformer en profondeur les attitudes et les comportements des parents ni réduire les conflits et promouvoir la coopération, la formulation de chaque option de réforme présente néanmoins ses forces et faiblesses relatives, qui doivent être soupesées.

Responsabilité parentale

Un deuxième thème sous-tend l'analyse de chaque option de réforme : comment la loi peut-elle le mieux favoriser le principe de la responsabilité parentale? Par cette question, on vise en partie à faire valoir une perspective davantage axée sur l'enfant, qui met l'accent sur la responsabilité parentale plutôt que sur les droits des parents. On cherche de plus à encourager la participation continue des parents à la vie de leurs enfants, en faisant ressortir le fait que le père comme la mère continuent d'assumer leur rôle et possèdent des responsabilités envers leurs enfants même après la séparation ou le divorce. Quoique la deuxième option ait recours effectivement aux termes « responsabilité parentale », on doit, dans chacune des options de réforme considérées, déterminer la façon dont ce principe sera intégré à la *Loi sur le divorce*. Pour chaque option, on doit également se demander s'il est opportun de définir le principe de la responsabilité parentale et, le cas échéant, comment il faut procéder : quelles sont les responsabilités des parents à l'endroit de leurs enfants et comment ces responsabilités devraient être expressément définies. De plus, on tente de déterminer fondamentalement la manière dont les différentes dimensions de

¹¹ Rhonda Freeman, *Families in Transition*, « Custody and Access: A Response to the Department of Justice Discussion Paper », manuscrit non publié, 1993, p. 4. Voir également Freeman, note 4 *supra*, p. 109, où l'auteure fait valoir les avantages d'un changement de terminologie.

la responsabilité parentale devraient être réparties entre les parents. Les réponses varieront en fonction de chaque option, d'où des préoccupations différentes.

Le régime actuel ne fait pas mention de la responsabilité parentale : il est donc critiqué parce qu'il met l'accent sur les droits plutôt que sur les responsabilités. Il faut alors se demander s'il est possible d'adopter une position axée sur l'enfant, qui mettrait l'accent sur les responsabilités des parents plutôt que sur leurs droits, dans un modèle qui continue de répartir ces responsabilités en fonction de la garde et du droit de visite.

Les deux autres options se fondent plus particulièrement sur le principe de la responsabilité parentale, bien qu'elles divergent considérablement quant au mode de répartition de cette responsabilité. Le modèle neutre n'énonce aucune hypothèse sur la façon dont les divers aspects de la responsabilité parentale devraient être répartis entre le père et la mère, mais insiste plutôt pour que la répartition s'effectue, dans tous les cas, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par contre, le modèle fondé sur le partage des responsabilités parentales présume qu'il est généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant que la responsabilité parentale, du moins certains de ses aspects, soit répartie entre le père et la mère. Ces deux modèles diffèrent dans la façon dont la responsabilité parentale est compensée par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les trois options sont donc différentes dans la façon dont elles répondent aux défis que pose ce principe de la responsabilité parentale. Dans un régime axé sur la garde et le droit de visite, il faut décider s'il est même possible d'intégrer ce principe.

Dans le modèle neutre, la difficulté réside dans le choix des critères de répartition de la responsabilité parentale. Les différents aspects de cette responsabilité doivent-ils être répartis en fonction de critères différents?

Dans le modèle fondé sur le partage des responsabilités, il faut déterminer les aspects de la responsabilité parentale qui seront partagés, puis fixer les critères selon lesquels les aspects non partagés doivent être répartis. De plus, si le partage des responsabilités parentales est généralement présumé être dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ce modèle devra s'assortir d'exceptions à la règle, c'est-à-dire énumérer les circonstances où le partage des responsabilités parentales ne peut être présumé répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant.

En bout de ligne, avant d'arrêter son choix sur une option, il faudra mettre de l'avant le principe de la responsabilité parentale, le définir et en répartir les aspects.

Pouvoir décisionnel

Un autre thème étroitement lié au précédent sous-tend l'analyse de chaque option, soit la répartition d'un aspect spécifique de la responsabilité parentale, le pouvoir décisionnel. Le régime mis en place par la *Loi sur le divorce* permet que soit prononcée une ordonnance de garde exclusive ou conjointe. Dans le premier cas, le parent gardien est investi du pouvoir décisionnel à l'égard de l'enfant, bien qu'il ait l'obligation de fournir à l'autre parent des renseignements sur la santé, l'éducation et le bien-être de l'enfant. Dans le cas d'une garde partagée, les deux parents assument le pouvoir décisionnel.

La répartition de ce pouvoir dans un cas de garde exclusive est devenue l'objet d'une immense controverse et s'avère souvent un des points les plus litigieux entre les parents : le parent non gardien s'oppose alors à la façon dont l'ordonnance exclusive l'empêche de participer aux principales décisions touchant les enfants. Ces parents réclament que la loi soit révisée pour leur permettre de continuer à participer à ces décisions.

Même si le régime actuel laisse effectivement aux parents la possibilité de négocier une entente de garde conjointe, au sein de laquelle le pouvoir décisionnel est partagé, il ne les oblige pas à le faire, et les tribunaux ont été réticents à ordonner cette forme de garde contre les souhaits des parents. Toute tentative visant à mettre en œuvre un régime obligatoire de garde partagée, où les deux parents détiennent légalement le pouvoir décisionnel, s'est aussi révélée très controversée.

Avant de modifier le régime actuel, où le parent gardien est investi du pouvoir décisionnel à l'endroit de l'enfant, il faudra déterminer avec soin la répartition de ce pouvoir. L'adoption d'un régime fondé sur le partage des responsabilités parentales est largement motivée par le désir de donner aux parents non gardiens une plus grande capacité de participer aux décisions. Mais cette obligation de partage du pouvoir décisionnel suscite une vive opposition, semblable à la controverse engendrée par le régime de garde partagée obligatoire qui a déjà été proposé.

Même si l'on atteignait une forme de consensus en faveur du partage des responsabilités parentales, les nouvelles dispositions législatives devraient énoncer rigoureusement la nature de ce pouvoir partagé. Par exemple, les parents seront-ils tenus de se consulter pour toutes les décisions ou seulement pour les décisions importantes? Dans ce dernier cas, quelles seraient-elles? D'habitude, les parents estiment que les questions relatives aux soins médicaux, à l'éducation et à la religion sont « importantes ». Un régime où les responsabilités parentales sont partagées pourrait rendre obligatoire l'exercice partagé du pouvoir décisionnel dans ces trois domaines.

Il resterait tout de même à résoudre la question des décisions quotidiennes. Le parent avec qui l'enfant habite devrait être investi de pouvoir de décision en ce domaine, mais il faudra aussi limiter ce pouvoir. Quel genre de décisions doivent être prises conjointement? Quel genre de décisions pourraient être prises indépendamment?

Même dans un modèle de responsabilité parentale neutre, il faudra prêter une attention particulière à la répartition du pouvoir décisionnel : ce pouvoir devra être partagé expressément au moyen d'une entente ou d'une ordonnance judiciaire. Ces ententes ou ordonnances devront être très précises quant à l'étendue du pouvoir décisionnel accordé à un parent ou aux deux, ainsi qu'à l'égard de la façon dont les décisions doivent être prises conjointement, le cas échéant.

En outre, si un certain degré de partage du pouvoir décisionnel était présumé ou rendu possible au moyen d'une entente ou d'une ordonnance judiciaire, il y aurait lieu de se demander dans quelles circonstances ce partage serait inapproprié. En particulier, comment la violence familiale, les situations très conflictuelles ou un exercice inadéquat des responsabilités parentales affecteraient-ils cette répartition du pouvoir décisionnel?

Le pouvoir décisionnel est devenu un des points les plus délicats dans la conception d'un régime visant à résoudre les conflits parentaux.

En dernière analyse, le choix de modèle s'effectuera en fonction de trois approches fondamentalement différentes au problème de la répartition du pouvoir décisionnel, particulièrement ce qui touche les principales décisions. Dans un régime fondé sur la garde et le droit de visite, le pouvoir de prendre les principales décisions est accordé au parent gardien. Dans un régime axé sur la responsabilité parentale, tout le pouvoir décisionnel serait réparti entre les parents selon l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un régime où les responsabilités parentales sont exercées conjointement, les parents posséderaient tous deux le pouvoir de prendre les principales décisions, à moins qu'il n'existe une raison de limiter ce pouvoir. Lorsque nous examinons les trois options de réforme, nous évaluons ici, plus expressément, les avantages et les inconvénients relatifs de ces trois différentes structures du partage du pouvoir décisionnel dans le cadre de la *Loi sur le divorce*.

Résidence et contact

Toute option de réforme doit également régler un point primordial, soit le temps de résidence de l'enfant avec chaque parent. Dans l'analyse des trois options de réforme, nous nous demandons comment la loi peut le mieux répartir ce temps, d'une manière qui favorise l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris son besoin de stabilité, les soins physiques nécessaires et sa relation continue avec les deux parents.

Résidence

Peu importe le régime choisi, les parents doivent décider où l'enfant habitera. À l'heure actuelle, l'enfant vit avec le parent qui en a la garde. En cas de garde conjointe, il peut habiter avec les deux parents, mais c'est plus souvent uniquement le pouvoir décisionnel qui est partagé. En règle générale, l'horaire de résidence dans le cas d'une garde conjointe ressemble étroitement à celui d'une garde exclusive, où l'enfant habite la plupart du temps avec un parent et rend visite à l'autre les fins de semaine ainsi que les jours de congé. Il n'est pas sûr que ce soit cette répartition du temps de résidence qui constitue la principale cible des critiques formulées à l'égard du régime actuel : c'est plutôt la répartition du pouvoir décisionnel et du droit de visite qui est contestée. Lorsqu'ils demandent d'être plus impliqués dans la vie de leurs enfants, les parents non gardiens visent parfois à obtenir un temps de résidence égal, mais ils cherchent plus fréquemment à participer plus étroitement aux décisions et à jouir d'un droit de visite plus souple. Par conséquent, il n'est pas clair que la réforme devra inclure une modification du mode de répartition du temps de résidence.

Toutefois, au sein d'un nouveau régime, il faudra quand même que les parents s'entendent sur le lieu de résidence de l'enfant. Si celui-ci n'est plus choisi en fonction de la garde, le régime parental doit comprendre une méthode pour fixer ce choix. Il y a lieu de prévoir des ordonnances parentales d'un genre nouveau expressément capables de tenir compte de cette dimension de la responsabilité parentale. Dans un régime neutre, aucune hypothèse n'est formulée quant aux modalités de résidence qui servent le mieux l'intérêt de l'enfant : il faut plutôt que cet intérêt soit évalué indépendamment dans chaque cas.

Un régime axé sur le partage des responsabilités parentales, même s'il part de l'hypothèse qu'il est généralement préférable pour les enfants que les deux parents s'impliquent dans leur quotidien, ne suppose pas nécessairement que le temps résidence doive être égal. Même si un consensus ne se dégage pas toujours sur ce point, la plupart des administrations qui ont adopté

les termes ou l'esprit du partage des responsabilités parentales n'exigent pas que la résidence soit aussi partagée entre les deux parents. Comme nous le verrons en détail plus loin, on permet plutôt que l'enfant habite chez l'un ou l'autre parent, ou les deux. Bien qu'il ne soit pas obligatoire que la résidence soit partagée, même un régime fondé sur le partage des responsabilités parentales doit établir des critères permettant de répartir cet aspect de la responsabilité des parents et de décider où habitera l'enfant.

Le choix d'une option de réforme ne s'articule pas essentiellement autour de la fixation du lieu de résidence de l'enfant. Même si la détermination du lieu de vie de l'enfant doit faire partie du régime parental et que ce sujet est traité dans l'analyse de chaque option de réforme, on ne peut affirmer que les trois options conceptualisent cette question de manière très différente.

Contact

La réforme des règles relatives à la garde et au droit de visite doit s'attaquer à un point litigieux, soit le droit de visite ou les contacts entre l'enfant et le parent avec qui il ne vit pas. Un des principes directeurs de la réforme consiste à reconnaître qu'il est à l'avantage de l'enfant de pouvoir nouer et maintenir des rapports étroits avec ses deux parents, lorsqu'il est possible de le faire en toute sécurité et dans un contexte sain. La difficulté consiste à savoir comment la réforme peut le mieux traduire ce principe dans les dispositions législatives.

Dans le passé, le droit de visite était présumé appartenir au parent. Cette notion a évolué pour faire en sorte qu'on attache plus d'importance aux avantages, pour l'enfant, de nouer des rapports étroits avec ses parents. Parfois, ce rapport est perçu comme un droit de l'enfant. Par exemple, le paragraphe 9(3) de la *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant* oblige les États parties à respecter « le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. »¹². D'autres n'utilisent pas les notions de droit, préférant définir le rapport en fonction du bien-être de l'enfant, c'est-à-dire comme une composante importante de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La *Loi sur le divorce* énonce le principe du contact maximum. Le paragraphe 16(10) stipule que le tribunal doit appliquer « le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt ». Par conséquent, le législateur oblige le tribunal à tenir compte « du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact ». La Cour suprême du Canada a toutefois décidé ce qui suit à l'égard de ce principe : « Le contact maximum n'est toutefois pas un objectif absolu et doit être limité chaque fois que le bien-être de l'enfant l'exige¹³. » La Cour a souligné que le droit de visite doit être déterminé selon l'intérêt supérieur de l'enfant. Même si cet intérêt supérieur exige généralement une relation continue avec les deux parents, ce droit doit être évalué du point de vue privilégié de l'enfant. Dès que la relation avec le parent qui n'a pas la garde entre en conflit avec le meilleur intérêt de l'enfant, la poursuite et la protection de cet intérêt doivent avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent¹⁴.

¹² Paragraphe 9(3) de la *Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant*.

¹³ *Young c. Young* [1993], 4 R.C.S. 3.

¹⁴ *Ibid.*

Dans le cadre de la réforme, on doit donc se demander comment favoriser le mieux le principe général qui consiste à préserver des rapports étroits entre les parents et l'enfant tout en protégeant l'intérêt supérieur de celui-ci. Certaines administrations ont tenté de favoriser le contact fréquent et continu en énonçant une présomption en faveur du contact dans leurs dispositions législatives¹⁵, tandis que d'autres ont fait du contact un droit de l'enfant¹⁶. La difficulté consiste cependant à équilibrer cette présomption ou ce droit par rapport aux autres intérêts des enfants. Dans le cas, au moins, de certaines autorités législatives qui ont adopté cette présomption, des observateurs ont fait valoir qu'un objectif important, soit celui de protéger les enfants contre la violence, les conflits et les mauvais traitements, avait été compromis¹⁷.

Chaque option de réforme doit donc tenter de préserver un bon équilibre entre la création de rapports étroits et la protection de l'enfant. La *Loi sur le divorce* devrait-elle inclure un principe général en faveur du contact? Le cas échéant, comment ce principe devrait-il être présenté? Comme une présomption? Un énoncé de principe général? Un élément du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant? Dans le régime actuel, axé sur la garde et le droit de visite, la règle relative aux parents qui acceptent librement de coopérer en vue de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait-elle être conservée ou révisée? Dans un régime fondé sur la responsabilité parentale, comment le temps de résidence de l'enfant devrait-il être réparti et, plus particulièrement, selon quels critères devrait-on fixer le temps que passe l'enfant chez le parent avec qui il n'habite pas? De même, lorsque les responsabilités parentales sont exercées conjointement, quels principes et critères devraient servir à répartir entre les parents le temps de résidence de l'enfant? Même si chaque option de réforme doit prévoir une façon de déterminer le droit de visite ou le degré de contact, les options peuvent présenter certaines différences notables. Un régime parental neutre, par exemple, pourrait être difficile à concilier avec la présomption ou le droit de contact. Il s'agit en effet d'un régime qui ne présume pas qu'une répartition particulière des responsabilités parentales sert toujours l'intérêt supérieur de l'enfant, car il insiste plutôt pour que ces décisions soient prises en fonction de cet intérêt dans chaque cas. Le défi en l'espèce consiste donc à déterminer les critères sur lesquels se fonderaient ces décisions dans chaque cas.

Par contre, le partage des responsabilités parentales implique que le partage de ces responsabilités entre les parents ainsi que le contact continu et fréquent servent généralement l'intérêt supérieur de l'enfant. Le défi est alors double : une présomption en faveur du contact serait-elle contraire au principe directeur voulant qu'il n'existe aucun modèle parental idéal applicable à tous les enfants et, par conséquent, rejeterait-elle le recours aux présomptions d'ordre judiciaire? Comment une approche qui suppose que le contact sert généralement l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait-elle protéger celui-ci contre des préjudices pouvant résulter de contacts qui interviennent en situation de violence, de conflits graves et en cas d'exercice inadéquat des responsabilités parentales?

¹⁵ Au Royaume-Uni, la *Family Law Act* de 1996 contient une présomption en faveur du contact, confirmant ainsi la jurisprudence qui avait solidement établi une présomption semblable. Voir la discussion ci-après aux notes 101 à 105.

¹⁶ En Australie, le législateur énonce le principe général selon lequel les enfants possèdent le droit de maintenir des contacts réguliers avec les deux parents. Voir la discussion ci-après aux notes 109 et 110.

¹⁷ Felicity Kaganas, « Contact, Conflict and Risk », dans S.A. Scater et C. Piper (dir.), *Undercurrents of Divorce* (Aldershot, Dartmouth Publishing, 1999). Voir la discussion ci-après aux notes 101 à 105.

Lorsque nous examinons chaque option de réforme, nous considérons les façons dont on peut structurer les règles relatives au contact en vue de maintenir un juste équilibre entre la volonté de favoriser des rapports valables entre l'enfant et ses parents et la nécessité de protéger l'enfant contre tout préjudice.

Violence familiale, conflits graves et exercice inadéquat des responsabilités parentales

Un autre principe directeur de la réforme consiste à protéger les enfants contre la violence, les conflits et les mauvais traitements. Les ouvrages traitant des répercussions de la séparation et du divorce sur les enfants mettent en lumière les effets préjudiciables de l'exposition à la violence, aux conflits et aux mauvais traitements. Toute réforme des règles régissant la garde et le droit de visite doit donc se pencher sur le compte que le législateur doit tenir de familles où les conflits sévissent à l'état endémique, de celles qui ont des antécédents de violence ou dont les parents possèdent des compétences inadéquates. Une bonne partie des demandes de réforme des lois en matière de garde et de droit de visite ces dernières années se sont fondées sur le désir de réduire les conflits parentaux et d'encourager la coopération entre les parents durant la séparation et le divorce. Mais, comme en conviennent désormais les juristes et les experts en développement de l'enfant, il existe une foule de familles pour lesquelles la coopération est un idéal, au mieux, presque inatteignable et au pire, dangereux. Les familles en proie à des conflits graves, à la violence ou un exercice inadéquat des responsabilités parentales, voire les trois, ne peuvent être considérées sous le même angle en ce qui concerne la coopération : des approches spécifiques s'imposent dans leur cas.

Violence

Le système de droit de la famille a fait l'objet de critiques de plus en plus nombreuses en raison de son incapacité à prendre la violence familiale au sérieux dans la résolution des conflits de garde et de droit de visite¹⁸. À l'heure actuelle, la *Loi sur le divorce* ne mentionne aucunement la pertinence de la violence dans le règlement de ces litiges, et les approches adoptées par les tribunaux face à la violence n'ont pas été cohérentes¹⁹.

Toutefois, les ouvrages traitant des conséquences de la séparation et du divorce pour les enfants ont montré les effets négatifs de l'exposition à la violence²⁰. Il peut être terriblement traumatisant pour les enfants d'être témoins de violence entre les parents, et pareille expérience peut s'accompagner d'une foule de troubles liés au stress post-traumatique. Les recherches ont

¹⁸ Dans le contexte américain, voir le projet sur la violence familiale du National Council of Juvenile and Family Court Judges, « Family Violence in Child Custody Statutes: An Analysis of State Codes and Legal Practice », (1995) 29 Fam. L. Q. 197.

¹⁹ Décisions où les tribunaux ont tenu compte de la violence, par exemple : *Young c. Young* (1989) 19 R.F.L.(3d) 227, *Renaud c. Renaud* (1989) 22 R.F.L.(3d) 366. Exemple d'une décision où le juge n'a pas accordé beaucoup d'importance à ce facteur : *Allen c. Allen* [1995] S. J. 410.

²⁰ Sur la question des préjudices causés aux enfants exposés à la violence interparentale et aux mauvais traitements, voir P. Jaffe, D. Wolfe et S. Wilson, *Children of Battered Women* (Newbury Park, Sage, 1990), J. Johnston et L. Campbell, « Parent-Child Relationships in Domestic Violence Families Disputing Custody » (1993) 31 *Family and Conciliation Courts Review* 282, E. Peled, P. Jaffe et J. Edelson (dir.), *Ending the Cycle of Violence: Community Responses to Children of Battered Women* (Newbury Park Ca., Sage, 1995), H.A. Davidson « Child Abuse and Domestic Violence: Legal Connections and Controversies » (1995), 29 Fam. L. Q. 357, D.G. Saunders, « Child Custody Decisions in Families Experiencing Woman Abuse » (1994) 39 *Social Work* 1.

commencé à faire état d'un accroissement des problèmes de comportement, d'anxiété et de dépression, ainsi que d'une estime de soi plus faible chez les enfants ayant été témoins de violence entre leurs parents²¹.

Le Comité mixte spécial a affirmé que, façon générale, on reconnaissait l'existence du traumatisme vécu par les enfants exposés à la violence :

Les enfants qui assistent à des scènes de violence entre leurs parents en gardent des séquelles. Lorsqu'il y a de la violence entre les parents, les possibilités que cette violence ne s'aggrave au moment de la séparation sont élevées, et cela pose des risques réels pour la sécurité du conjoint et des enfants. Il est clair qu'il faut tenir compte de la présence de violence ou des risques de violence dans les décisions sur les arrangements parentaux²².

Malgré cette déclaration, le Comité mixte spécial n'a formulé aucune recommandation spécifique relativement à la violence²³. Il a toutefois signalé que la plupart des témoins « ont préconisé une modification de la *Loi sur le divorce* et l'adoption de lois provinciales en droit de la famille qui tiennent compte de la violence familiale dans les décisions relatives à la garde et au droit de visite, et souhaitent que ce soit là un point à considérer par le juge²⁴. »

Allant plus loin que le Comité mixte spécial, le gouvernement fédéral a affirmé dans sa réponse qu'il importe « d'indiquer clairement que toutes les composantes du régime de droit de la famille doivent tenir compte des cas de violence familiale touchant un enfant ou un membre de sa famille. La sécurité de toutes les parties en cause doit être le principe directeur²⁵. »

Par conséquent, il est primordial que toute réforme en matière de garde et de droit de visite se penche expressément sur la question de la violence. Au moment de concevoir et d'évaluer les trois options, il faut se demander comment la présence ou le risque de violence doit être pris en considération dans le règlement des conflits parentaux et comment la *Loi sur le divorce* devrait être modifiée à cette fin.

Exigences en matière de preuve

Toute option de réforme qui s'assortirait de règles ou de présomptions spécifiques relativement à la violence familiale aurait à se pencher sur la question du degré de preuve nécessaire en ce domaine. Les États américains qui ont adopté de telles règles imposent des degrés différents de

²¹ *Ibid.*

²² *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 78.

²³ Contrairement à l'opinion qu'expriment la grande majorité des experts sur la question des enfants, le rapport du Comité note, à la p. 81, ce qui suit : « Certains membres ont fait valoir que le Comité avait eu trop peu de témoignages sur l'incidence et le rôle de la violence familiale dans les procédures de séparation et de divorce. Aux fins de cette étude, cependant, il faut avant tout se pencher sur les répercussions de la violence chez les enfants témoins d'actes de violence. Les données à ce sujet sont moins équivoques, et le Comité exhorte tous les gouvernements à les examiner attentivement et à faire en sorte que les mesures législatives obligent les professionnels en droit et en santé mentale intervenant dans l'élaboration des ententes parentales à faire de même si les circonstances le réclament. »

²⁴ *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 82.

²⁵ *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*, p. 19.

preuve. Comme l'a fait observer l'American Law Institute, les normes de preuve concernant les mauvais traitements varient énormément²⁶ : dans certains États, les tribunaux considèrent ainsi toute évidence de violence familiale²⁷, tandis que d'autres exigeront des éléments de preuve crédibles²⁸ ou des éléments de preuve clairs et convaincants²⁹. En Ohio, le législateur oblige le tribunal à déterminer si un parent a été reconnu coupable ou a plaidé coupable à des accusations de violence familiale avant que puisse entrer en jeu la présomption contre le partage des responsabilités parentales, mais il permet également au juge de tenir compte des antécédents ou des risques de violence familiale lorsqu'il détermine l'opportunité d'ordonner le partage des responsabilités familiales³⁰.

Le Comité mixte spécial a recommandé que seuls des « antécédents de violence évidents » puissent être pris en compte pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Il ne s'est pas prononcé toutefois sur la norme de preuve exigée pour établir ces « antécédents évidents »³¹. Comme le reconnaît le gouvernement dans sa réponse au rapport du Comité, « exiger une preuve de déclaration de culpabilité serait une norme très élevée en droit de la famille, dans les cas de violence conjugale, où l'agression se produit souvent en privé et où les victimes tendent, pour diverses raisons, à dissimuler ou à nier le fait qu'elles ont été agressées³². »

La *Loi sur le divorce* pourrait énoncer expressément la norme de preuve en cas de violence familiale en précisant, par exemple, que le tribunal pourrait conclure à l'existence de violence familiale s'il peut s'appuyer sur des éléments de preuve crédibles. Ainsi, le législateur exigerait davantage qu'une simple affirmation de violence non étayée par un conjoint avant qu'une présomption ou un principe puisse entrer en jeu. La loi pourrait aussi mentionner expressément que la norme de preuve est la même qu'en matière civile, c'est-à-dire que la présence de violence familiale devra être établie selon la prépondérance des probabilités. Même s'il est bien connu qu'il s'agit là de la même norme de preuve applicable sous le régime de la *Loi sur le divorce*, une mention spécifique pourrait éviter qu'une simple accusation de violence suffise à mettre en jeu des présomptions ou des principes en matière de violence.

Conflits graves

Les conflits graves entre parents constituent un facteur de risque important pour les enfants dans les cas de séparation ou de divorce. Les experts en développement de l'enfant s'entendent de plus en plus pour dire que les conflits entre les parents constituent une source importante de

²⁶ Voir la discussion dans l'ouvrage de l'American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, projet d'ébauche n° 3, partie I (20 mars 1998), chapitre 2, « Principles Governing the Allocation of Custodial and Decision making Responsibility for Children. » Soumis par le Conseil aux membres de l'American Law Institute, aux p. 224 et 225.

²⁷ Alaska Stat., par. 25.20.090(8), 25.24.250(7).

²⁸ Colorado Rev. Stat. S. 14-10-124. La loi du Dakota du Nord exige des « éléments de preuve crédibles » de violence conjugale, N.D. Cent. Code, par. 14-09-06.2(1).

²⁹ Oklahoma Stat. Ann. Tit. 10, art. 21.1.

³⁰ Ohio Rev. Code Ann., par. 3109.04(F)(1),(2).

³¹ *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 45.

³² *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*.

malaise chez les enfants qui vivent une situation de divorce ou de séparation³³. Par exemple, les travaux de Janet Johnston ont permis d'estimer que les enfants dont les familles vivent de graves conflits sont de quatre à cinq fois plus susceptibles d'éprouver des problèmes émotifs et de comportement à proportions cliniquement significatives³⁴.

Le Comité mixte spécial décrit les familles où les conflits sévissent à l'état endémique comme celles qui sont incapables d'effectuer sans heurt la transition difficile que suppose la séparation et le divorce.

Certaines familles semblent toutefois ne pas pouvoir s'en sortir, l'un des parents ou les deux paraissant résolu à maintenir un tel degré de conflit et de tension qu'il devient impossible de prendre des décisions concernant les responsabilités parentales ou les biens sans une intervention majeure des professionnels. On estime que ces cas représentent entre 10 et 20 % des divorces. Presque tous les intervenants en droit de la famille reconnaissent que chez bon nombre de ces couples, les conflits sont tellement profonds qu'il n'y aura probablement jamais de solutions judiciaires à leurs problèmes. Ces couples perpétueront leurs rapports d'opposition peu importe les conséquences pour la vie de leurs enfants, leur remariage ou les frais juridiques exorbitants³⁵.

[Traduction]

Ces familles se caractérisent par un taux élevé de litiges interminables, par l'incapacité à communiquer, le manque de souplesse et de coopération, les accusations d'exercice inadéquat des responsabilités parentales et un degré extrêmement élevé de colère, de méfiance et d'amertume³⁶.

Les ouvrages sur les familles à haute incidence de conflits font ressortir plusieurs problèmes et enjeux entourant la résolution des conflits parentaux au moment du divorce. Les recherches de Johnston sur les divorces à caractère conflictuel montrent qu'il est fort peu probable que les parents en situation de conflit grave fassent preuve de coopération dans leur rôle de parents³⁷. Les travaux dans ce domaine ont commencé à montrer que la coopération entre les parents n'est pas un objectif pertinent pour les familles vivant des conflits graves. Les auteurs d'ouvrages sur

³³ Sur la question des préjudices causés aux enfants exposés à de graves conflits parentaux, voir Janet Johnston « The High Conflict Divorce » (1994) 4 *The Future of Children* 165; J. Johnston et L. Campbell *Impasses of Divorce: The Dynamics and Resolution of Family Conflict* (New York, The Free Press, 1988); J. Johnston et V. Roseby, *In the Name of the Child: A Developmental Approach to Understanding and Helping Children of Conflicted and Violent Divorce* (New York, The Free Press, 1997). Voir également Diane Lye, « Scholarly Research on Post-Divorce Parenting and Child Wellbeing », rapport à la Gender and Justice Commission de l'État de Washington, décembre 1998; l'auteure, dans le cadre d'une étude sur la *Parenting Act* de cet État, a passé cette recherche en revue.

³⁴ Janet Johnston, *High Conflict and Violent Divorcing Parents in Family Court: Findings on Children's Adjustment and Proposed Guidelines for the Resolution of Custody and Visitation Disputes* (San Francisco, Judicial Council of California, 1992).

³⁵ *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 73.

³⁶ Voir Freeman (1998), note 4 *supra*, Lamb, Sternberg et Thompson, « The Effects of Divorce and Custody Arrangements on Children's Behavior, Development and Adjustment » (1997) 35 *Family and Conciliation Courts Review* 396.

³⁷ Johnston « High Conflict Divorce », note 33 *supra*.

les enfants et le divorce s'entendent également de plus en plus pour dire que le partage des responsabilités parentales et le contact continu avec les parents peuvent avoir des effets négatifs sur les enfants au sein de familles aux prises avec un taux élevé de conflits :

[Traduction]

Les recherches récentes indiquent que la garde physique conjointe et les contacts fréquents avec le parent n'ayant pas la garde s'assortissent de graves conséquences négatives pour les enfants dans des situations très conflictuelles et qu'on ne favorise pas ainsi la coopération entre les parents³⁸.

Ce dont ces familles ont besoin, c'est plutôt de la rupture encore plus définitive de la relation entre les parents en opposition.

De nombreux experts ont aussi mis en lumière les défis que posent ces familles pour le système de droit de la famille, particulièrement lorsque la garde et le droit de visite sont la cause de différends. Johnston et Roseby, par exemple, ont décrit les difficultés qu'engendrent ces familles pour le système, pour elles-mêmes et les enfants :

[Traduction]

Les familles aux prises avec de graves conflits mobilisent les énergies des avocats, des médiateurs, des évaluateurs des modalités de garde, des conseillers et même des juges. Malgré l'attention accrue dont ils sont l'objet, ces clients sont plus susceptibles que n'importe qui de faire preuve d'hostilité et d'ingratitude face à l'intervention des professionnels. Ils omettent de verser les frais et honoraires requis, prétendent être victimes de préjugés de la part des fonctionnaires judiciaires et essaient même parfois d'intenter des poursuites ou de porter plainte pour faute professionnelle³⁹.

Ce qui est encore plus troublant, c'est que souvent, ces familles ne semblent pas résoudre leurs conflits malgré l'attention supplémentaire qu'on leur accorde et la quantité exceptionnelle de ressources privées et publiques qui leur sont consacrées. Leurs enfants continuent donc d'être exposés à un stress constant et aux perturbations causées par l'opposition des parents, la colère incessante de ces derniers et leur manque de confiance mutuelle⁴⁰.

En conséquence, on porte une attention croissante aux approches visant à répondre aux besoins spéciaux des familles à haute incidence de conflits. Ces familles ne seront pas en mesure de résoudre leurs différends par la coopération, l'éducation ou des solutions de base. D'autres formes d'intervention sont donc nécessaires pour leur venir en aide. De nombreux experts font valoir la pertinence d'une intervention rapide et du dépistage des cas difficiles; on insiste beaucoup sur l'établissement de services appropriés destinés de façon particulière à ces familles. Le Comité mixte spécial, par exemple, a recommandé que « les gouvernements fédéral,

³⁸ Lye, note 33 *supra*, p. 25.

³⁹ Janet Johnston et Vivienne Roseby, *In the Name of the Child: A Developmental Approach to Understanding and Helping Children of Conflicted and Violent Divorce* (New York, The Free Press, 1997), p. 222.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 222 et 223.

provinciaux et territoriaux unissent leurs efforts pour favoriser l'établissement de modèles efficaces permettant de dépister rapidement les séparations très conflictuelles. Les familles en cause devraient recevoir rapidement une aide spécialisée et avoir accès à des services destinés à améliorer le sort des enfants⁴¹. » Il s'agit là d'importantes initiatives qui devraient bénéficier d'un large soutien.

Toutefois, il est très rare qu'on pense à mentionner dans les lois les besoins des familles aux prises avec un taux élevé de conflits, l'accent étant mis presque exclusivement sur les services. C'est dans la *Parenting Act*⁴² de l'État de Washington qu'on retrouve l'un des rares exemples de régimes législatifs qui font mention du genre de facteurs susceptibles de limiter la coopération au sein d'une famille à haute incidence de conflits. Cette loi, que nous examinons plus en détail ci-après, relève certaines circonstances où le degré de conflit entre les parents devrait être pris en considération lorsqu'on cherche à résoudre les différends entre le père et la mère. Ainsi, un tribunal ne devrait pas ordonner le partage du pouvoir décisionnel lorsque la conduite de l'un des parents peut être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, y compris la tendance chez le parent fautif à susciter des rapports d'opposition qui risquent de nuire gravement au développement psychologique de l'enfant.

Le nouveau consensus relatif aux conséquences négatives des conflits graves pour les enfants a été reconnu et consacré comme principe directeur dans la réforme des dispositions touchant la garde et le droit de visite. Le gouvernement fédéral a en effet conclu, dans sa *Stratégie de réforme*, qu'il fallait « poser comme principe général que, s'il existe depuis longtemps un conflit grave empreint d'émotivité, des solutions de rechange aux arrangements parentaux nécessitant de la collaboration et des décisions conjointes pourraient être dans l'intérêt de l'enfant⁴³. »

Lorsqu'on cherche à concevoir et à évaluer des options de réforme, il faut se demander comment le régime légal doit traiter les familles où sévit un taux élevé de conflits. Peut-on ou devrait-on tenter de répondre aux besoins de ces familles au moyen des services en matière de divorce? Les lois elles-mêmes doivent-elles refléter les besoins des familles? Le cas échéant, comment? Il existe bien des façons dont les besoins particuliers de ces familles pourraient être intégrés au régime législatif. Les choix dépendraient de la nature du régime adopté : par exemple, s'il encourage le maintien des relations et des contacts fréquents entre les enfants et les parents à la suite de la séparation ou du divorce et (ou) fait du partage des responsabilités parentales la norme, le régime devrait clairement isoler les besoins des familles aux prises avec de graves conflits de même que les circonstances où les contacts continus ou le partage des responsabilités parentales cessent d'être indiqués.

Exercice inadéquat des responsabilités parentales

Une troisième source de préoccupation touche la protection des enfants contre le comportement inapproprié des parents, par exemple la négligence, l'omission grave de s'acquitter de ses responsabilités parentales et la toxicomanie. Toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et afin de s'assurer que les enfants ne sont pas exposés à un comportement nocif, le régime législatif pourrait faire état des circonstances où les soins prodigués par les parents tombent en deçà d'un

⁴¹ Recommandation 32, *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 74.

⁴² La *Parenting Act* de l'État de Washington ne mentionne pas expressément les familles vivant de graves conflits.

⁴³ *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*, p. 18.

minimum essentiel. Si le législateur a décidé de favoriser de façon générale les contacts entre les enfants et les parents, il devra préciser les circonstances où le comportement d'un parent devient tellement inapproprié qu'on ne peut plus croire que les contacts servent l'intérêt supérieur de l'enfant. Le régime pourrait définir les situations particulières où la relation entre un parent et son enfant ne répond plus à l'intérêt supérieur de l'enfant, entre autres la négligence, un manquement grave aux responsabilités parentales, des problèmes émotifs ou psychologiques, ou la toxicomanie.

Il existe toutefois peu de précédents législatifs qui s'appliquent à ce problème. Très peu d'administrations ont cherché à inclure dans leur réglementation les besoins d'enfants qui ont été l'objet, de la part des parents, d'un comportement inapproprié. Le défi consiste à définir les circonstances où l'exercice inadéquat des responsabilités parentales pose un risque pour les enfants et à déterminer les conséquences de cette situation pour l'attribution de la responsabilité parentale.

L'établissement d'exigences en matière de preuve, notamment l'existence de « preuves crédibles », peut également aider à éliminer les inquiétudes exprimées par le Comité mixte spécial relativement aux accusations injustifiées de mauvais traitements⁴⁴. Bien que la création possible d'infractions en cas de fausses accusations dépasse la portée du présent document, il reste possible de modifier la *Loi sur le divorce* de manière à supprimer toute mesure incitant un parent à porter faussement des accusations de ce genre. Si un tribunal, pour conclure à l'existence d'actes de violence, a besoin d'éléments plus probants qu'une simple affirmation, c'est-à-dire de « preuves crédibles », un parent peut être dissuadé d'accuser injustement l'autre sans preuves à l'appui.

Résumé

La violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales constituent donc d'importants facteurs à prendre en compte dans le cadre de la réforme législative qui vise à améliorer la résolution des conflits entre les parents en instance de séparation ou de divorce. La mention expresse des besoins des enfants qui ont été victimes de violence ou subi le préjudice de conflits graves au sein de leur famille ou encore ont été l'objet de mauvais traitements de la part de leurs parents pourrait permettre d'atteindre les objectifs d'éducation que se propose la réforme, donnant ainsi une orientation et des directives aux juges, aux avocats et aux autres intervenants du système de justice familiale. Il sera important d'examiner comment chaque option de réforme tient compte de la situation et des besoins propres aux enfants qui ont été victimes de violence ou subi les préjudices de graves conflits ou d'un exercice inadéquat des responsabilités parentales. Si le régime préconise, dans l'ensemble, la coopération des parents et favorise le maintien des relations entre les enfants et leurs parents, il faudra porter une attention particulière aux besoins spéciaux des familles où la coopération peut s'avérer impossible et où des rapports fréquents peuvent être préjudiciables aux enfants. Lorsque nous analysons chaque

⁴⁴ *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, pp. 85-90. Comme l'ont fait remarquer le Comité mixte spécial, puis le gouvernement fédéral dans sa réponse, cette question reste difficile parce que l'on est mal renseigné sur les taux de fausses accusations au Canada. Des recherches plus poussées sont nécessaires à ce sujet pour déterminer la fréquence de telles accusations et établir la réponse stratégique appropriée, s'il y a lieu. Ces questions débordent le cadre du présent document.

option de réforme, nous envisageons les diverses façons dont le régime pourrait être conçu en vue de tenir compte des besoins et de la dynamique qu'on retrouve dans ces familles.

Choix privés et ententes parentales

Un sixième thème sous-tend l'analyse de chaque option de réforme, soit celui de l'équilibre approprié entre le fait d'encourager les parents à s'entendre sur tout ce qui touche les enfants, d'une part, et la nécessité d'une intervention judiciaire dans les décisions relatives à l'intérêt supérieur des enfants, d'autre part. Ou, de façon plus générale, comment assurer un équilibre entre les ententes à caractère privé et le pouvoir discrétionnaire des tribunaux? Dans quelle mesure la loi devrait-elle inciter les parents à s'entendre en privé et respecter ces ententes? Faut-il obliger les tribunaux à faire preuve de retenue face aux décisions des parents? Ou bien est-il nécessaire, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, que les tribunaux conservent leur pouvoir discrétionnaire d'exercer un contrôle sur ces ententes privées? Le cas échéant, selon quels critères ce contrôle s'effectuerait-il?

Une question connexe est celle de savoir jusqu'à quel point la loi devrait encourager les parents à conclure des ententes à caractère privé. L'importance croissante accordée aux ententes parentales soulève une question paradoxale : dans quelle mesure un régime législatif devrait-il forcer les parents à s'entendre et à coopérer? En effet, plus souvent qu'autrement, les parents engagés dans un processus de séparation et de divorce s'opposent sur tout, leurs enfants y compris. Soutenus par diverses mesures d'intervention et d'aide de la part d'experts, bon nombre d'entre eux seront capables d'établir une relation axée sur la coopération. Par exemple, une éducation parentale axée sur une atténuation des conflits en vue des intérêts supérieurs des enfants et qui aide les parents à acquérir les compétences nécessaires pour mieux s'occuper de leurs enfants après la séparation peut, dans bien des cas, favoriser une meilleure coopération entre les parents. Il en va de même de la médiation et d'autres formes primaires de résolution des conflits qui amènent les parents à s'entendre. La question la plus importante, cependant, a trait à la mesure dans laquelle c'est le législateur qui devrait tenter de favoriser de telles ententes et relations de coopération. Dans quelle mesure la loi devrait-elle encourager certaines approches dans le règlement des conflits parentaux qui exigent que le père et la mère parviennent à un consensus sur leurs arrangements relatifs à leurs enfants?

Ententes parentales

Ces questions figurent à l'avant-plan des ententes parentales. Une entente parentale est un document dans lequel les parents prennent des arrangements à l'égard des enfants. En règle générale, elle comporte une description détaillée des responsabilités parentales et de leur répartition, y compris l'horaire de résidence des enfants, et l'attribution du pouvoir décisionnel. Elle peut également prévoir le versement d'une pension alimentaire pour enfants.

Le Comité mixte spécial a reconnu et confirmé le rôle important que peuvent jouer ces ententes dans la restructuration des relations parentales durant la séparation et le divorce. Du point de vue du Comité, les ententes parentales « peuvent permettre aux parents de s'éloigner des étiquettes pour se concentrer sur l'emploi du temps de l'enfant, ses activités et ses véritables besoins. » Le Comité a souligné que les ententes parentales « tiennent compte des activités et de l'emploi du

temps de l'enfant, mais peuvent aussi constituer un dossier utile à mesure que l'enfant grandit et que ses besoins et ses intérêts changent⁴⁵. »

Ces ententes ont gagné en popularité et commencent à être utilisées dans le régime actuel par bien des évaluateurs et d'autres experts en matière de transition familiale. Avec l'aide de ces experts, les parents peuvent s'entendre sur les arrangements relatifs aux enfants puis tenter de donner forme à ces arrangements au moyen d'une entente parentale. L'entente elle-même laisse souvent de côté les notions de garde et de droit de visite pour répartir plutôt les diverses dimensions de la responsabilité parentale entre les deux parents.

Malgré le recours accru aux ententes parentales, la *Loi sur le divorce* ne contient aucune disposition en reconnaissant expressément l'existence : ces ententes ne sont ni encouragées ni exclues dans le régime actuel. En outre, les lois en vigueur laissent aux tribunaux le pouvoir d'examiner les ententes privées au moment du divorce afin de déterminer si elles sont conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien que les tribunaux ne substituent pas communément leur opinion à celle des parents, ils ont le pouvoir de le faire. La *Loi sur le divorce* n'offre aucune directive sur la façon de traiter ces ententes privées.

L'American Law Institute a fait observer qu'aux États-Unis, les ententes parentales servent de plus en plus à encourager les parents à planifier les modalités relatives aux enfants en cas de divorce et à permettre le règlement des conflits après la rupture du mariage sans recours aux tribunaux⁴⁶. Bien des États ont modifié leurs lois pour reconnaître expressément le rôle des ententes parentales dans la résolution des différends en matière de garde. Nombre de ceux qui ont intégré des renvois aux ententes parentales ont abandonné les notions de garde et de droit de visite; il s'agit d'un modèle de réforme que nous examinerons plus en détail dans les parties II et III du présent document. Soulignons qu'au moins quelques États ont reconnu les ententes parentales dans le cadre du régime légal fondé sur la garde et le droit de visite.

Facultatif ou obligatoire?

L'on pourrait faire des ententes parentales un choix ou une obligation pour les parents en instance de divorce. La loi pourrait être modifiée afin de permettre aux parties de conclure une telle entente ou d'exiger le dépôt d'une entente parentale avant l'ordonnance sur la garde ou le droit de visite. Une troisième solution consiste à laisser aux tribunaux le soin d'obliger les parents qui demandent une ordonnance de s'entendre au préalable. L'Illinois, par exemple, exige que les parents présentent une entente sur le partage des responsabilités parentales avant que la garde partagée ne puisse être ordonnée.

Aux États-Unis — où les ententes parentales sont de plus en plus répandues et où elles ont été expressément intégrées dans le droit de la famille des États — deux États, le Montana et Washington, exigent une entente parentale dans tous les cas⁴⁷. Plusieurs autres États obligent les parents à soumettre une entente écrite avant que le tribunal n'ordonne le partage de la

⁴⁵ *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 31.

⁴⁶ American Law Institute, note 26 *supra*, *Introductory Discussion to the Principles Governing the Allocation of Custodial and Decision-making Responsibility for Children*, p. 75.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 75. Mont.Code Ann., par. 4-4-234(1); Wash. Rev. Code Ann., par. 26.09.181(1) (West Supp. 1996).

responsabilité physique à l'égard de l'enfant⁴⁸. Au Texas, la garde partagée doit faire l'objet d'une entente parentale, mais le tribunal peut rendre son ordonnance sans que les parties aient déposé l'entente en question⁴⁹. Ailleurs, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'exiger le dépôt d'une entente parentale, peu importe le mode de répartition de la responsabilité parentale⁵⁰.

Si l'entente parentale était facultative, elle viendrait compléter l'ordonnance parentale. Les parents seraient encouragés à résoudre leurs différends eux-mêmes au moyen d'une telle entente : lorsqu'ils n'y parviennent pas, ils pourraient demander une ordonnance judiciaire. En revanche, si l'entente parentale était obligatoire, les parents en instance de séparation et de divorce ne pourraient demander d'ordonnance sans avoir présenté au préalable une entente parentale. Dans les régimes actuellement en vigueur où c'est le cas, ces ordonnances prennent la forme d'une entente parentale. Dans cette éventualité, les ententes parentales ne complètent pas simplement le régime de garde et de droit de visite, le partage des responsabilités parentales ou la répartition de la responsabilité parentale : elles constituent plutôt l'outil fondamental servant au règlement des conflits entre les parents — qu'il y ait consensus ou contestation.

Les deux options présentent des avantages, et l'une ou l'autre permettrait d'atteindre les objectifs de la réforme. Dans un régime obligatoire, il faudrait que les parents essaient au moins de résoudre leurs conflits au moyen d'une entente parentale. Même si cet effort de coopération échoue, les parents sont tenus de se concentrer sur l'attribution d'aspects spécifiques de la responsabilité parentale dans l'intérêt supérieur des enfants. Dans un régime facultatif, même si les ententes parentales ne sont pas obligatoires, les parents sont encouragés à considérer au moins la possibilité de résoudre leurs différends à l'aide d'une entente. Une mention expresse des ententes parentales dans la *Loi sur le divorce* pourrait offrir une consécration symbolique des efforts d'un vaste ensemble d'experts en matière de transition familiale — avocats, médiateurs ou conseillers — en vue d'inciter les parents qui se séparent ou divorcent à accorder la priorité aux besoins réels de leurs enfants.

Contenu de l'entente parentale

Si la *Loi sur le divorce* reconnaît les ententes parentales (facultatives, obligatoires ou ordonnées par le tribunal), il faudra déterminer quel devra être leur contenu. Aux États-Unis, les détails mentionnés et les points visés par les ententes parentales varient énormément. Selon l'American Law Institute, c'est dans les États qui exigent une entente parentale comme condition de la garde partagée que l'on retrouve les documents les plus détaillés. Dans les États où subsiste un plus grand pouvoir discrétionnaire, les prescriptions relatives au contenu des ententes sont habituellement moins nombreuses⁵¹. Toutefois, il peut être avantageux de donner des instructions précises à l'égard du contenu, même lorsque les ententes sont facultatives. Si la mention des ententes parentales vise à encourager les parents à se concentrer sur le partage de leurs responsabilités, il serait utile de leur donner autant de directives que possible sur le contenu de leur entente.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 75. Il s'agit de l'Alabama, de l'Arizona, de l'Illinois, du Massachusetts, du Missouri, du Nouveau-Mexique, de l'Ohio et de l'Oklahoma.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, la Californie, Washington (D.C.), le Nevada, le New Jersey, la Pennsylvanie et le Michigan.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 76, 78.

Degré de retenue judiciaire

Si la *Loi sur le divorce* reconnaît les ententes parentales (facultatives, obligatoires ou ordonnées par le tribunal), il faudra déterminer dans quelle mesure les tribunaux doivent faire preuve de retenue face à ces ententes. Actuellement, en droit, les tribunaux ont le pouvoir d'examiner les ententes privées au moment du divorce pour déterminer si elles sont conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant⁵². En pratique, cependant, les tribunaux sont réticents à intervenir et à modifier les arrangements convenus par les parties.

Une mention expresse des ententes parentales dans la *Loi sur le divorce* soulève deux questions. Premièrement, les tribunaux continueront-ils à exercer leur pouvoir général d'examen de ces ententes à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et à écarter une entente qui, à leurs yeux, ne respecte pas ce critère? Deuxièmement, les tribunaux seraient-ils tenus d'user d'une plus grande retenue face à ces ententes privées?

Ces questions en suscitent d'autres, de portée générale, relativement à la relation appropriée entre le pouvoir judiciaire discrétionnaire et les ententes privées : les tribunaux devraient-ils obligatoirement faire preuve de retenue à l'égard des décisions des parties? Quelle norme d'examen utiliseraient-ils face à ces ententes? L'intérêt supérieur de l'enfant ou un autre critère plus strict, notamment le préjudice causé à l'enfant? Dans bien des administrations, la tendance veut qu'un tribunal entérine l'entente parentale à moins qu'il estime que celle-ci ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant⁵³. L'American Law Institute a même recommandé une retenue plus stricte envers les ententes prises par les parents concernant leurs enfants, exigeant que les tribunaux adoptent une entente à moins d'être convaincus a) qu'elle n'a pas été conclue en connaissance de cause ou volontairement ou b) qu'elle serait préjudiciable à l'enfant⁵⁴.

Limites

Si la *Loi sur le divorce* mentionne expressément les ententes parentales et oblige les tribunaux à user de retenue face à ces ententes, il serait important d'établir des limites visant ces ententes privées.

⁵² Par exemple, l'article 2 de la *Loi sur l'obligation alimentaire* du Manitoba dispose que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale du tribunal dans toutes les procédures engagées en application de la présente loi ». La *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario prévoit de même que toutes les questions relatives à la garde et aux droits de visite doivent être tranchées en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les ententes de séparation portant sur les enfants sont également assujetties à ce principe par les lois provinciales. Par exemple, la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario permet aux parents en instance de séparation de s'entendre sur la garde et le droit de visite. Selon le paragraphe 56(1) de cette loi, tout contrat de ce genre doit favoriser l'intérêt de l'enfant. Outre leur pouvoir légal, les cours supérieures jouissent d'une compétence *parens patriae*, issue des cours de chancellerie britanniques, qui accorde aux tribunaux un vaste pouvoir de protection des enfants.

⁵³ Voir, par exemple, le D.C.Code Ann., al.16-911(a-2)(6)(A)(Supp.1996), où le législateur enjoint au tribunal d'entériner par ordonnance tout arrangement de garde qui est le résultat d'une entente entre les deux parents, à moins que des preuves claires et convaincantes ne montrent que cet arrangement ne sert pas l'intérêt supérieur d'un enfant mineur. Au New Jersey, le tribunal doit ordonner la mise en œuvre d'un arrangement de garde sur lequel les parents se sont entendus, sauf si cet arrangement est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. (N.J.Stat. Ann., al. 9:2-4(d) (West 1993). Voir aussi, par exemple, La.Civ.Code Ann., art.132 (West Supp. 1996), N.M.Stat. Ann., al.40-4-9.1(D), N.C.Gen.Stat., al.50-13.1(g), Wis.Stat. Ann., al.767.11(112)(a) (West 1993).

⁵⁴ Art. 2.07, American Law Institute, note 26 *supra*, p. 81.

Par exemple, il y aurait lieu de tenir compte de la violence, des conflits graves ou de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales dans l'examen et l'application des ententes. Ces trois éléments pourraient constituer des facteurs pris en considération par le tribunal dans son examen ou bien des exceptions au principe de retenue. Ils pourraient aussi être reconnus comme des limites expresses à l'énoncé général de principe encourageant les parents qui se séparent à conclure une entente parentale.

Modification

Il faudra aussi s'attarder sur la norme d'examen régissant la modification d'une entente parentale. L'article 17 de la *Loi sur le divorce* autorise en ce moment la modification d'une ordonnance sur la garde ou le droit de visite lorsqu'est survenu « un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant » s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le faire⁵⁵. Les tribunaux se sont appuyés sur l'existence d'un changement important survenu dans la situation de l'enfant⁵⁶. Les ententes portant sur la garde et le droit de visite ne peuvent pas, à strictement parler, être modifiées : en l'absence d'une ordonnance judiciaire, les parties doivent déposer une demande en application de l'article 16 de la *Loi sur le divorce* (ou des dispositions correspondantes dans les lois provinciales). Les tribunaux ne sont aucunement liés par ces ententes, mais ils ont généralement appliqué un critère semblable, soit le changement important dans la situation de l'enfant⁵⁷.

Quel critère peut justifier la modification d'une entente parentale? Plus particulièrement, les tribunaux devraient-ils permettre une telle modification, si la situation n'a pas changé, dans le cas où les parents sont d'accord pour modifier leur entente? Toute option de réforme fondée sur des ententes parentales devra répondre à cette question.

Résumé

Lorsque nous examinons chaque option de réforme, nous nous demandons jusqu'à quel point le modèle permet de préserver un équilibre entre les ententes privées et le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, puis nous déterminons les difficultés que suscite chaque option pour atteindre cet équilibre. Nous étudions les façons dont les ententes parentales pourraient être intégrées dans un régime législatif fondé sur la garde et le droit de visite, le partage des responsabilités parentales ou la répartition de la responsabilité parentale, de même que le rôle de ces ententes au sein de l'un ou l'autre régime. Nous nous interrogeons particulièrement sur le bien-fondé de rendre les ententes ou facultatives, auquel cas elles s'ajouteraient aux ordonnances parentales, ou bien obligatoires, auquel cas elles deviendraient en quelque sorte des ordonnances parentales.

Services de soutien connexes en matière de divorce

Un autre principe directeur sous-tend la réforme : le législateur cherche à privilégier les démarches non conflictuelles axées sur la coopération dans le règlement des différends

⁵⁵ Certaines lois provinciales et territoriales incluent expressément cette norme de modification pour des ordonnances de garde et de droit de visite. L'article 29 de la *Loi portant réforme du droit de la famille* de l'Ontario, par exemple, dispose qu'un tribunal ne doit modifier une ordonnance « que si un changement important de circonstances influe ou est susceptible d'influer sur l'intérêt véritable de l'enfant ».

⁵⁶ Voir *Gordon c. Goertz* [1996] R.C.S. 27.

⁵⁷ Voir la discussion dans *Young c. Young*.

parentaux. On s'est surtout préoccupé ces dernières années de la gamme de services de soutien offerts aux parents en instance de divorce de manière à atténuer les conflits. Ces services, qui vont de la médiation et de l'arbitrage jusqu'à l'éducation parentale et à l'évaluation, ont pris de plus en plus d'importance dans la résolution des différends en matière de garde. Selon la *Loi sur le divorce*, un avocat a l'obligation de renseigner son client sur les services de médiation qui existent⁵⁸. La loi ne mentionne aucun autre service de soutien offert aux parents qui divorcent⁵⁹. Dans le cadre d'une réforme, on doit se demander si la loi devrait mentionner ces services et, le cas échéant, de quelle manière. Cette question s'inscrit dans le thème précisé à la section sur les choix privés et les ententes parentales puisqu'elle concerne aussi la mesure où la *Loi sur le divorce* peut encourager les parents à coopérer afin de régler leurs conflits.

Éducation parentale

Cette solution est de plus en plus populaire⁶⁰ : ainsi, dans de nombreux États américains, le tribunal peut obliger les parents à suivre un programme d'éducation parentale⁶¹. En Alberta, les cours de ce genre sont obligatoires, et les parents sont tenus d'y assister avant de présenter une demande de divorce. Cette obligation recueille l'adhésion d'un large éventail d'experts. Par exemple, la section nationale du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien (ABC) souscrit au choix de l'Alberta et recommande que les couples en instance de séparation soient tenus de suivre un programme d'éducation parentale financé par le gouvernement avant d'entamer le processus judiciaire relatif à la garde et au droit de visite.

Le Comité mixte spécial a également recommandé que tous les parents qui veulent obtenir une ordonnance parentale soient obligés de recevoir une formation. Cette dernière les aiderait à mieux comprendre leurs réactions et celles de leurs enfants après la séparation, les besoins de ceux-ci à différentes étapes de leur développement et les avantages de la coopération entre les parents après le divorce; elle les renseignerait aussi sur leurs droits et responsabilités de même que sur les avantages de la médiation et d'autres formes de règlement des conflits. Bien que cette recommandation soit manifestement liée à celles qui visent l'abandon de la terminologie axée sur la garde et le droit de visite ainsi que la mise en place d'un système fondé sur le partage

⁵⁸ Selon le paragraphe 9(2) de la *Loi sur le divorce*, « Il incombe également à l'avocat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation. »

⁵⁹ Au paragraphe 9(1), l'avocat est tenu de discuter avec son client des possibilités de réconciliation et de le renseigner sur les services de consultation ou d'orientation matrimoniales qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux à se réconcilier. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'un renvoi à des services conçus pour aider des couples en instance de divorce, mais plutôt pour prévenir la rupture du mariage.

⁶⁰ Voir l'ouvrage de Médiation familiale Canada, *Families in Transition: Children of Separation and Divorce*, qui traite des programmes d'éducation parentale qui existent au pays.

⁶¹ American Law Institute, note 26 *supra*, p. 97. Par exemple, à Washington (D.C.), en Floride, à Hawaï, dans l'Illinois, au Tennessee et au Wyoming, le législateur autorise le tribunal à ordonner ou à demander aux parents de participer à un cours sur les compétences parentales. À ce jour, seulement quelques États obligent les parents à le faire. En Iowa, les parents doivent suivre durant la procédure un cours où on les sensibilise aux besoins des enfants ou de l'autre partie. Au New Hampshire, la loi exige des parents qu'ils participent à un cours de quatre heures pour réduire au minimum les conséquences négatives du processus judiciaire et de la séparation sur les enfants. Dans l'Utah, il existe un cours de compétences parentales obligatoire visant à sensibiliser les parents aux besoins de leurs enfants durant et après le divorce.

des responsabilités parentales et les ententes parentales, il serait néanmoins possible d'y donner suite dans un régime fondé sur la garde et le droit de visite.

Un grand nombre d'experts en développement de l'enfant soulignent la valeur de l'éducation des parents dans la résolution des conflits qui les opposent. Rhonda Freeman affirme, notamment, que les interventions éducatives dès le début de la séparation peuvent aider les parents à faire des choix judicieux quant à la façon dont ils prendront soin de leurs enfants après le divorce⁶². Selon Freeman, les recherches montrent que, pour certains parents, une seule entrevue ou des documents éducatifs suffisent à provoquer un changement limité. Pour qu'elles soient efficaces, les interventions de ce genre cibleraient des variables qui sont reconnues pour déterminer l'adaptation des enfants au divorce (par exemple, les conflits parentaux, la garde partagée, le deuil, les relations parents-enfants) et l'acquisition de compétences (comme la négociation et la monoparentalité)⁶³.

Malgré des divergences notables en pratique dans tout le Canada, les séances d'information sont de plus en plus souvent imposées au début de la procédure de divorce. Leur contenu diffère aussi grandement : certaines donnent un aperçu des règles de droit et du processus de divorce, tandis que d'autres privilégient les effets du divorce sur les enfants.

Si l'on s'entend de plus en plus sur le fait que l'éducation parentale joue un rôle utile et constructif dans la résolution des conflits entre parents qui se séparent ou divorcent, il reste à savoir si la *Loi sur le divorce* devrait reconnaître expressément ou imposer les séances de formation destinées aux parents.

Le passage à un système où les parents qui se séparent ou divorcent sont encouragés à suivre des cours d'éducation parentale ou y sont forcés soulève des questions de compétence et de financement. Tout d'abord, qui serait responsable de l'offre de ces cours? À l'heure actuelle, la situation varie d'une province ou d'un territoire à l'autre, compte tenu des partenariats établis entre les tribunaux de la famille, le ministère de la Justice du Canada, les procureurs généraux des provinces et les ministères provinciaux des services à l'enfance et à la famille. Lorsque ces programmes relèvent des tribunaux ou y sont associés, ils entrent dans la sphère de compétences des provinces et ils ont alors une incidence sur les ressources de ces dernières.

Ensuite, comment financer ces programmes? Bon nombre des cours existants profitent d'un financement public. L'ABC a recommandé que les sources de financement soient gouvernementales, et de solides arguments justifient cette proposition, particulièrement si l'éducation parentale devient obligatoire. Les coûts supplémentaires associés au divorce ne sont pas négligeables pour les familles à faible revenu. Au moins, on devrait prévoir subventionner les coûts des programmes d'éducation parentale dans leur cas, tout en réservant la possibilité d'exiger des frais graduels aux participants. Les conséquences seraient lourdes sur le plan des ressources et, là encore, il serait important de déterminer l'ordre de gouvernement qui supporterait les coûts.

⁶² Freeman, note 4 *supra*, p. 109.

⁶³ *Ibid.*, p. 125.

Troisièmement, il faudra établir des normes nationales à l'égard de ces programmes, tant du point de vue de leur contenu que des compétences des personnes responsables de leur mise en œuvre.

La mention expresse des besoins des enfants qui ont vécu de la violence familiale, des conflits graves ou les mauvais traitements de leurs parents contribuera aussi à la réalisation des objectifs généraux d'éducation de la réforme législative tout en donnant des directives aux juges, aux avocats et aux autres membres du système de justice en matière de droit de la famille.

Médiation et résolution primaire des conflits

Dans la médiation, une tierce partie neutre aide les parties en conflit à s'entendre. Certains experts et observateurs ont proposé un recours accru à la médiation pour résoudre les différends en droit de la famille. À la lumière de l'importance grandissante de la médiation en matière civile, certains pensent que cet outil devrait être obligatoire dans les conflits familiaux également. Le Comité mixte spécial, par exemple, a recommandé que les parents qui divorcent soient encouragés à se prêter à au moins une séance de médiation qui les aidera à conclure une entente parentale⁶⁴.

La vaste majorité des différends en droit de la famille y compris les conflits sur la garde et le droit de visite — sont résolus sans l'intervention des tribunaux, grâce à une forme quelconque de règlement⁶⁵. L'administration du droit de la famille met déjà énormément l'accent sur la résolution des conflits en instaurant de nombreuses étapes tout au long du processus. Moins de 5 % se rendent jusqu'au procès. Certains moyens, comme la médiation, les conférences de règlement payées par l'aide juridique et divers types de conférences de règlement gérées par les tribunaux, sont déjà couramment employés. Une gamme de services de médiation volontaire

⁶⁴ Recommandation 14, *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 33.

⁶⁵ Comme le soulignait le rapport final de l'équipe de révision de la justice civile de l'Ontario (Toronto, Cour de justice de l'Ontario et ministère du Procureur général, novembre 1996) à la page 90, un large éventail de services de règlement extrajudiciaire des conflits sont déjà offerts en droit de la famille : « À l'heure actuelle, il existe dans le domaine du droit de la famille une grande diversité de modèles de prestation des services de RED. Quelques palais de justice comptent des médiateurs parmi leur personnel. Les nouveaux emplacements de la Cour de la famille (c'est-à-dire les emplacements de la Cour unifiée de la famille) offrent des services de médiation sous-traités par le gouvernement. Une multitude de ressources communautaires offrent une diversité de services de counselling et de médiation, à des prix qui varient énormément, y compris plusieurs services que l'on peut obtenir gratuitement. Le Régime d'aide juridique impose aujourd'hui la tenue d'une conférence en vue d'un règlement avant d'autoriser l'inscription d'un certificat au rôle; mais, dans un grand nombre de causes, les parties paient ces services elles-mêmes. »

sont offerts dans tout le pays afin d'aider les parents qui divorcent ou se séparent à résoudre leurs mécontentements sur la garde et le droit de visite⁶⁶.

Bien que la médiation gagne en popularité, nombre de personnes restent prudentes quant au rôle qui devrait lui être réservé. Diverses études gouvernementales sur le rôle qu'elle joue dans les conflits en droit de la famille ont conclu que la médiation doit effectivement être offerte, mais sans être obligatoire⁶⁷. De graves inquiétudes ont été exprimées quant à l'inopportunité de la médiation en cas de violence conjugale.

La seule mention de la médiation dans la *Loi sur le divorce* se retrouve au paragraphe 9(2), selon lequel l'avocat est tenu d'informer son client des services de médiation offerts. Plusieurs provinces mentionnent la médiation et la conciliation dans leurs lois. Par exemple, en Ontario et à Terre-Neuve, les régimes législatifs permettent au tribunal de nommer un médiateur dans les dossiers de garde et de droit de visite, à la demande des parties⁶⁸. En Saskatchewan, la *Children's Law Act* laisse au tribunal la possibilité de nommer un médiateur si le demandeur ou l'intimé le demande⁶⁹. Le législateur du Nouveau-Brunswick autorise le juge à délivrer une ordonnance obligeant l'offre de services de conciliation aux parties. Seule l'Île-du-Prince-Édouard permet au tribunal d'obliger les parties à se soumettre à la médiation⁷⁰.

D'autres administrations sont allées beaucoup plus loin, accordant une importance croissante à la médiation et à la résolution primaire des conflits pour régler les différends et intégrant ces

⁶⁶ Bon nombre de ces programmes facultatifs sont financés par le gouvernement et ciblent les parents à faible revenu. Par exemple, en Alberta, la médiation volontaire subventionnée par la province est offerte aux parties ayant des enfants mineurs et un revenu inférieur à 40 000 \$. En Colombie-Britannique, les centres de justice familiale procurent des services de médiation aux parents à faible revenu en instance de séparation, tandis qu'au Manitoba, le Service de conciliation familiale s'occupe de la médiation en vue de résoudre les questions de garde et de droit de visite. Les parents peuvent demander l'aide directement ou être recommandés par les tribunaux. Le paragraphe 47(1) de la *Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, L.M. 1988-1989, autorise le juge à renvoyer tout point en litige à un médiateur. En Ontario, les services de médiation peuvent aider à résoudre des points qui peuvent découler de la rupture de la famille, moyennant, la plupart du temps, des droits d'utilisation déterminés en fonction de la capacité financière du client. Ce service est expressément autorisé par l'article 31 de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, qui permet au tribunal de nommer un médiateur lorsqu'il est question de garde et de droits de visite.

⁶⁷ Par exemple, dans son rapport de février 1989, le Comité consultatif du Procureur général de l'Ontario sur la médiation en droit de la famille parvenait à la conclusion que la médiation devait être volontaire et mise à la disposition des parents dans le but de résoudre les questions touchant la famille, y compris la violence. Le rapport final de l'équipe de révision de la justice civile de l'Ontario, précité à la note 65, a également exprimé certaines inquiétudes relatives aux limites de la médiation en droit de la famille, signalant que l'« on ne saurait négliger l'acrimonie qui sépare les parties, ni les problèmes possibles d'influence induite d'un conjoint sur l'autre et les déséquilibres de pouvoir. Tous ces aspects sont susceptibles de fausser le mécanisme de règlement comme solution de rechange pour la résolution du différend, et même de rendre les circonstances peu propices à l'application de telles méthodes. » L'équipe a aussi conclu que la médiation, quoiqu'elle ait un rôle à jouer dans la résolution de certains conflits en droit de la famille, ne devrait pas être *obligatoire* dans ce contexte.

⁶⁸ Art. 31, *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, et art. 37, *Children's Law Act*, R.S.N.1990, ch. C-13, modifiée par. S.N.1995, ch. 27.

⁶⁹ Les par. 10(1) *Children's Law Act*, S.S.1990, par. 37(1) of *Children's Act* (Terre-Neuve), par. 58(1) *Family Law Act* (T.N.-O.), par. 10(1) *Children's Law Act* (Saskatchewan) et par. 42(1) *Children's Act* (Yukon) permettent aussi aux tribunaux de nommer un médiateur à la demande des parties. L'article 3 de la *Family Relations Act* (Colombie-Britannique) autorise le juge à nommer un conseiller familial pour résoudre le conflit.

⁷⁰ Art. 3, *Family Law Reform Act*, R.S.P.E.I.1988, ch. F-3, partie II.

principes dans leurs lois. Toute réforme des règles en matière de garde et de droits de visite doit répondre à la question suivante : dans quelle mesure la loi devrait-elle traiter expressément du rôle de la médiation et des méthodes extrajudiciaires de règlement des conflits?

La mention de la médiation et d'autres solutions extrajudiciaires dans la *Loi sur le divorce*, sans que la médiation soit obligatoire, est compatible avec les principes directeurs de la réforme, qui sont notamment la promotion de mécanismes non antagonistes de résolution des conflits et le recours en dernier ressort aux tribunaux. Le fait d'encourager la médiation, qui reste facultative, est aussi conforme aux principes stratégiques énoncés par le gouvernement fédéral, soit modifier le système de droit de la famille pour mieux reconnaître les besoins divers découlant de la résolution des conflits et l'importance de mettre au point un éventail de services qui répondent à ces besoins.

Lorsque nous examinons chacune des options de réforme, nous nous demandons si une telle mention des services connexes peut être intégrée à la *Loi sur le divorce* et, le cas échéant, comment.

Attentes raisonnables à la suite de modifications législatives

Une dernière question cruciale : que peut-on, de façon réaliste, espérer d'une réforme des lois? Les objectifs de la réforme, c'est-à-dire d'atténuer les conflits entre les parents et d'accroître la coopération au sein d'un couple qui se sépare ou qui divorce, particulièrement en encourageant les changements d'attitudes, ces objectifs, s'ils sont louables, présentent un défi de taille pour toute réforme législative. Il y a lieu de s'interroger sur la mesure dans laquelle une réforme des lois — en général ou une des trois options envisagées ici — peut permettre d'atteindre ces objectifs.

D'autres administrations où les règles régissant la garde et le droit de visite ont été remaniées en profondeur avaient aussi en tête de modifier les attitudes et les comportements. Là où les termes de « garde » et de « droit de visite » ont été remplacés par l'exercice conjoint des responsabilités parentales ou par les ententes parentales, on espérait apporter des changements fondamentaux dans l'approche adoptée par les parents envers leurs enfants durant la séparation et le divorce. On cherchait à réduire les conflits parentaux et à favoriser une meilleure coopération dans l'exercice des responsabilités parentales, de façon à faire en sorte que le père comme la mère puissent continuer de jouer un rôle actif dans la vie de leurs enfants après la rupture.

Il n'est pas du tout certain que ces objectifs aient été atteints. L'évolution survenue dans d'autres administrations sera décrite plus en détail ci-après, mais les recherches sur l'incidence des réformes montrent que, du moins en certains endroits, les conflits restent tout aussi nombreux entre les parents qui divorcent ou se séparent. Ainsi, un commentateur a écrit que les réformes du droit au Royaume-Uni n'avaient pas réussi à atténuer les conflits entourant les enfants au moment du divorce, et ce malgré l'introduction du concept de « responsabilité parentale » qui

survit au-delà de la dissolution du mariage⁷¹. Plusieurs administrations ont même plutôt connu une augmentation du taux de litiges à la suite des réformes⁷².

De nombreuses raisons ont été données pour expliquer ce phénomène. Par exemple, toute modification apportée à un régime légal est susceptible d'engendrer de nouvelles ambiguïtés et d'autres sources de confusion quant à la nature précise des règles juridiques qui devront être éclaircies par les tribunaux. Par ailleurs, on a souvent affirmé que le phénomène pouvait également s'expliquer par les attentes irréalistes que créent les réformes : les parents qui conservent des « contacts » avec l'enfant (nouvelle terminologie pour désigner l'ancien droit de visite) ont souvent mal interprété ces réformes en croyant qu'ils avaient obtenu de nouveaux droits, qu'ils se sont empressés de faire valoir. Nombre de professionnels du système de justice familiale dans ces administrations ont signalé l'« amertume accrue » et les « espoirs déçus » de ces parents, qui donnent lieu à un nombre accru de recours judiciaires⁷³.

Par ailleurs, ces administrations n'ont pas encore constaté de changement important dans la façon dont la responsabilité parentale est partagée. Les recherches sur les retombées des réformes au Royaume-Uni, en Australie et dans l'État de Washington ont révélé que l'attribution de la responsabilité parentale reste essentiellement la même⁷⁴. Or ces administrations ont toutes remplacé les notions de garde et de droit de visite par la responsabilité parentale et les ententes parentales.

La réforme semble donc avoir décuplé les attentes, d'une part, mais sans modifier la répartition de la responsabilité parentale, d'autre part. Et les attentes plus grandes, du moins dans certains contextes, ont entraîné non pas davantage de coopération mais plutôt une hausse du nombre de dossiers contestés et de litiges.

Il serait possible d'instaurer un régime légal qui souligne l'importance de la coopération et encourage les parents à résoudre leurs différends de la manière la moins conflictuelle possible. La loi pourrait être modifiée de manière à ne pas constituer un obstacle au règlement des conflits par la coopération. Et il se peut que l'emploi de termes autres que « garde » et « droits de visite », de même que le recours à la médiation et à d'autres techniques de règlement primaire en lieu et place de recours judiciaires puissent contribuer à faire en sorte que la loi n'entrave plus une résolution des conflits axée sur la coopération entre les parents.

La réforme législative joue également un rôle symbolique primordial : par l'exhortation et l'établissement d'une norme, le législateur peut faire passer des messages percutants sur le processus de séparation et de divorce, en mettant l'accent sur l'importance de la coopération parentale, sur le règlement non conflictuel des différends et sur la participation continue des deux

⁷¹ Jeremy Roche, « Children and Divorce: A Private Affair? », Sclater et Piper, note 17 *supra*.

⁷² H. Rhoades, R. Graycar et M. Harrison, *The Family Law Reform Act 1995: Can Changing Legislation Change Legal Culture, Legal Practice and Community Expectation? Interim Report*, avril 1999 (Université de Sydney et le Tribunal de la famille d'Australie) (ci-après le « rapport préliminaire »). Gwynn Davis, « Privatising the Family » [1998] *Family Law* 614.

⁷³ Pour l'Australie, voir le rapport préliminaire, *ibid.* Pour le Royaume-Uni, voir Roche, note 71 *supra* et Davis, *ibid.*

⁷⁴ Rapport préliminaire, *ibid.*, Dunne. Cette étude non publiée est décrite dans le rapport de l'American Law Institute, note 26 *supra*, p. 75, Lye, cité par le Comité mixte spécial.

parents, ce qui peut avoir une certaine influence sur les attitudes des parents dans la résolution de leurs conflits. Commentant les réformes instituées en Australie, Richard Chisholme a avancé l'idée que c'est dans la manière dont les nouvelles dispositions présentent les questions que doivent examiner les parents et les autres intervenants auprès des enfants⁷⁵ qu'une loi peut le mieux modifier les attitudes dans le sens souhaité. En privilégiant comme elles le font la coopération et la participation continue, ces dispositions peuvent formuler ces questions de façon inédite et permettre aux parents de même qu'aux professionnels d'aborder les conflits sous une nouvelle optique.

Cependant, comme l'affirmait Chisholme, et des travaux de recherche ultérieurs commencent à étayer ses arguments, le degré de modification des attitudes qui suivra la réforme d'une loi est tributaire en grande partie de l'attitude des avocats et autres professionnels. Peu de parents qui divorcent ou se séparent prennent le temps de s'asseoir pour lire eux-mêmes la loi : ils se fieront plutôt aux conseils de leurs avocats et d'autres personnes qu'ils consultent.

[Traduction]

La variable déterminant la réalisation des principaux objectifs d'une loi sera l'enthousiasme, l'ouverture d'esprit et les compétences de ceux qui travaillent directement avec les parents, notamment les avocats, les greffiers, les conseillers et les médiateurs communautaires ou judiciaires.

Un facteur important, donc, de la capacité d'une réforme législative à entraîner une modification des attitudes dans la direction souhaitée sera l'attitude des professionnels en matière de divorce. Et nombre de ces personnes sont déjà de chauds partisans des démarches axées sur la coopération pour le règlement des conflits parentaux.

Il est également vital de reconnaître qu'aucune loi ne peut *forcer* les parents à coopérer. Un régime qui insiste sur la coopération et sur la participation continue du père et de la mère à la vie de leurs enfants peut donner de bons résultats chez certains parents qui sont en mesure de collaborer malgré leurs mésententes. En revanche, ce régime ne pourra forcer des personnes dont les chemins ont complètement divergé à s'entendre. Neal et Smart ont formulé les commentaires suivants en rapport avec les réformes au Royaume-Uni :

[Traduction]

En droit de la famille, on semble présumer que l'éducation conjointe des enfants favorisera la collaboration, mais nos études montrent que le seul lien de causalité, s'il y en a un, se manifeste dans l'autre sens : c'est l'existence entre les parents de relations de collaboration et d'attention pour les enfants qui semble favoriser la conclusion d'ententes parentales et les soutenir dans le temps⁷⁶.

Dans le contexte de la séparation et du divorce, il est important que le droit ne perde pas complètement de vue un fait très réel, soit que la relation entre les parents s'est rompue. Les

⁷⁵ Chisholme, note 8 *supra*, p. 195.

⁷⁶ Bren Neale et Carol Smart, « In Whose Best Interest? Theorising Family Life Following Parental Separation or Divorce », dans Selater et Piper (dir.), note 17 *supra*.

couples se séparent parce qu'ils ne s'entendent plus, et le processus de séparation s'accompagne souvent d'un éventail d'émotions — la dénégation, la colère, la culpabilité et la dépression — qui ne font qu'exacerber l'antagonisme des ex-conjoints. Bon nombre de couples peuvent passer outre à leurs bouleversements émotifs et nouer des liens de coopération en ce qui concerne les soins à prodiguer à leurs enfants. Certains y parviendront d'eux-mêmes, d'autres auront besoin d'aide et d'encouragement, de la part d'avocats, de conseillers ou de médiateurs. Bien des couples, cependant, n'y parviennent pas, et aucun encouragement ne réussira à modifier cette situation dans les familles à haute incidence de conflit, où les parents persistent à s'affronter. Il y a des limites à ce que la réforme des lois peut accomplir : un régime légal peut encourager les parents qui se séparent à collaborer, mais il ne peut les y obliger.

Une distinction s'impose sans doute entre le fait d'encourager une approche non antagoniste pour le règlement des conflits entre parents et la promotion d'une relation parentale axée sur la coopération. Le système peut être conçu de manière à décourager les méthodes fondées sur l'affrontement. Les parents peuvent être incités, par l'entremise d'une gamme de services, à tenter de résoudre leurs différends sans recourir aux tribunaux. Et au moins certains changements apportés aux règles de droit et de pratique en matière de garde peuvent contribuer à réduire le recours à une procédure de nature judiciaire pour résoudre les conflits parentaux. Cependant, il est beaucoup moins clair que le système peut être conçu pour encourager l'harmonie dans les relations entre les parents après le divorce. Comme l'ont fait observer Maccoby et Mnookin, l'exercice conjoint des responsabilités parentales est quelque chose qui doit se construire et qui ne peut simplement perpétuer les formes qui existaient avant la séparation⁷⁷. Leur recherche portant sur les réformes du droit du divorce en Californie, où la garde conjointe est expressément autorisée, a permis de constater que, si la plupart des parents étaient en mesure de régler leurs différends par des méthodes non antagonistes, la majorité n'étaient pas capables de nouer par contre des liens de collaboration pour l'exercice conjoint de leurs responsabilités⁷⁸.

La réforme des lois ne modifiera vraisemblablement pas la façon dont les couples structurent, dans le cadre de leur relation, leur vie et les arrangements relatifs aux enfants, et ce facteur continue d'être un des plus déterminants dans la réorganisation des liens parentaux après la séparation. Maccoby et Mnookin font valoir depuis longtemps que l'influence réelle du droit est limitée pour ce qui est de la modification des comportements après le divorce⁷⁹. La structure adoptée par les parents pour s'occuper de leurs enfants quand ils sont ensemble joue encore un rôle critique dans la répartition de la responsabilité parentale après le divorce. La nécessité de préserver, du point de vue des enfants, la stabilité et la continuité, de même que les attentes de la société face aux parents, font en sorte que ces derniers eux-mêmes sont susceptibles de conserver après leur séparation les arrangements qui étaient les leurs auparavant :

⁷⁷ E. Maccoby et R. Mnookin, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody* (Cambridge, Harvard University Press, 1992), p. 276.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 279.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 279.

[Traduction]

À moins que le droit de la famille ne puisse modifier les rôles antérieurs au divorce, il est douteux qu'il puisse avoir une influence beaucoup plus grande sur le partage des responsabilités entre les parents après le divorce : en règle générale, la plupart des couples divorcés se trouveront à attribuer à la mère la responsabilité des soins primaires⁸⁰.

Maccoby et Mnookin reconnaissent que le système peut envenimer les relations entre les parents en accordant la priorité aux mécanismes antagonistes de résolution des conflits. Ils appuient donc les efforts déployés en vue d'atténuer la nature conflictuelle des recours traditionnels en matière de divorce⁸¹. Cependant, ils s'interrogent sur la mesure dans laquelle le droit de la famille peut modifier sensiblement la façon dont la majorité des parents se partagent la responsabilité des soins quotidiens avant comme après la séparation⁸².

Répetons encore une fois que ces arguments ne sont pas invoqués pour contester le bien-fondé de la réforme : nous tentons seulement de faire preuve de réalisme quant à ce qu'elle peut raisonnablement accomplir. Un régime juridique peut établir des normes; il peut chercher à faire passer un message sans équivoque quant aux comportements jugés acceptables. Ce rôle symbolique a sa place, mais la réforme peut également engendrer des attentes irréalistes qui provoqueront des conflits. Et la réforme des lois ne peut éliminer les conflits pour tous les parents qui se séparent ou qui divorcent. Elle ne peut non plus transformer la structure mise en place par les parents, dans le cadre de leur relation, pour s'occuper de leurs enfants.

Il sera primordial de rester conscient de ces limites au moment d'évaluer chaque option de réforme. En examinant la capacité de chacune de favoriser l'atteinte des objectifs de la réforme, nous devons tenir compte de l'impossibilité, pour une réforme législative, de réaliser tous ses objectifs.

AUTRES ADMINISTRATIONS

Ces dernières années, de nombreuses administrations étrangères ont tenté de relever des défis semblables et ont entrepris de modifier en profondeur les règles en matière de garde et de droit de visite. Bon nombre d'entre elles ont laissé tomber les termes de « garde » et de « droit de visite » pour les remplacer par de nouveaux régimes permettant la résolution des conflits entre les parents durant la séparation et le divorce. Par exemple, au Royaume-Uni et en Australie, la garde et le droit de visite ont cédé la place à un régime fondé sur la résidence, les contacts, les ordonnances spécifiques et les ordonnances spéciales. Plusieurs États américains ont également commencé à écarter les ordonnances de garde et de visite au profit de divers genres d'ordonnances parentales. Le Montana, par exemple, vient de substituer les termes *responsabilité parentale* et *entente parentale* à la *garde* et de remplacer le *droit de visite* par les *contacts parentaux* dans toutes ses lois régissant les relations familiales⁸³; le Michigan a aussi

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 281.

⁸² *Ibid.*, p. 280.

⁸³ Mont.Code Ann., art. 40-4-201, 40-4-205; 40-4-212 (1997).

remplacé l'expression *garde physique* par *temps parental*⁸⁴. De son côté, la Floride a instauré un régime axé sur l'exercice conjoint des responsabilités parentales, tandis que l'État de Washington a remplacé la garde et le droit de visite par un régime de répartition des fonctions parentales conformément à une entente parentale. L'American Law Institute recommandait récemment que les ordonnances de garde et de visite laissent la place à un régime qui exige le partage des responsabilités de garde et du pouvoir décisionnel, principalement dans le cadre d'ententes parentales.

Comme il est impossible ici de passer soigneusement en revue tous ces faits nouveaux, nous porterons une attention particulière aux réformes du Royaume-Uni, de l'Australie et des États de Washington et du Maine, ainsi qu'aux propositions de l'American Law Institute. Nous examinerons aussi brièvement les répercussions connues de ces réformes législatives, puis nous nous servirons de ces renseignements pour examiner et évaluer les trois options de réforme.

La *Children Act* de 1989 du Royaume-Uni

Aperçu général

Au Royaume-Uni, la *Children Act* de 1989 a remplacé la garde et le droit de visite par un régime fondé sur la responsabilité parentale et diverses ordonnances parentales.

Responsabilité parentale

La notion de « responsabilité parentale », censée remplacer les droits parentaux, désigne l'ensemble des droits, obligations, pouvoirs et responsabilités que la loi attribue au parent dans sa relation avec l'enfant et avec ses biens⁸⁵. Les parents mariés et les mères célibataires possèdent automatiquement cette responsabilité, qui n'est pas touchée par la modification de l'état matrimonial des parents. Les pères non mariés peuvent aussi acquérir la responsabilité parentale⁸⁶. Lorsque plus d'une personne possède cette responsabilité, chacune peut agir seule et sans l'autre dans l'exercice de sa responsabilité⁸⁷. D'après les commentateurs, il s'agit d'un régime de responsabilité conjointe mais indépendante, car l'un ou l'autre parent peut agir unilatéralement lorsqu'il exerce sa responsabilité face à l'enfant, sans consulter l'autre⁸⁸.

Ordonnances parentales

La *Children Act* crée des ordonnances de résidence (où le tribunal détermine la personne avec qui l'enfant vivra), des ordonnances de contact (imposant à la personne avec qui l'enfant vit de

⁸⁴ Mich. Comp. Laws, art. 722.27a (West supp. 1997).

⁸⁵ Royaume-Uni, *Children Act*, 1989, ch. 41, art. 8.

⁸⁶ Par. 2(1) Lorsque le père et la mère de l'enfant étaient mariés l'un à l'autre au moment de la naissance de l'enfant, ils assument chacun la responsabilité parentale. Si le père n'est pas marié à la mère, il ne possède aucune responsabilité parentale envers l'enfant, à moins de l'avoir acquise conformément à la loi.

⁸⁷ Par. 2(7), *Children Act*.

⁸⁸ Dewar, « The Family Law Reform Act 1995 (Cth) et *Children Act* 1989 (R.-U.) Comparer avec « Twins or Distant Cousins?—A Practitioner's Perspective » (1996) 10 *Australian Journal of Family Law* 48, p. 20. Le rapport sur le droit de la famille de la Commission du droit du Royaume-Uni, *Review of Child Law and Guardianship and Custody* (1988), contenait une recommandation sur la nécessité du partage de la responsabilité parentale, mais de façon autonome : [Traduction] « Que les parents cohabitent ou non, il semble irréalisable et peu souhaitable d'imposer une obligation légale de consultation. » Dans ce régime législatif, les parents ayant des responsabilités parentales ont donc chacun un pouvoir décisionnel sur l'enfant, mais ils peuvent l'exercer indépendamment.

permettre à l'enfant de se rendre ou de séjourner chez la personne désignée dans l'ordonnance, ou de permettre à cette dernière et à l'enfant d'avoir des contacts), des ordonnances sur les mesures interdites (interdisant à qui que ce soit de prendre, sans le consentement du tribunal, les mesures que pourraient prendre des parents exerçant leurs responsabilités envers un enfant et qui seraient de l'ordre indiqué dans l'ordonnance) et des ordonnances spécifiques (donnant des directives en vue de trancher une question précise qui a été soulevée ou qui pourrait l'être relativement à l'un ou l'autre des aspects de la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant)⁸⁹.

Présomption contre la délivrance d'une ordonnance judiciaire

Dans sa définition générale du bien-être de l'enfant, la *Children Act* de 1989 dispose que le tribunal, lorsqu'il s'interroge sur l'opportunité de délivrer une ordonnance, ne doit pas rendre l'ordonnance, sauf s'il considère que celle-ci servirait mieux l'intérêt de l'enfant⁹⁰. Cette présomption en faveur de la non-délivrance traduit le principe favorable aux ententes privées dans la loi et le parti pris contre toute intervention judiciaire dans le règlement des différends impliquant les enfants. Le régime vise à encourager les parties à s'entendre sans recourir aux tribunaux⁹¹; il a restructuré la relation entre les ententes privées et les ordonnances judiciaires d'une manière qui privilégie considérablement les premières.

Présomption en faveur des contacts

La *Children Act* n'établit aucune présomption en faveur des contacts, mais les tribunaux ont choisi d'appliquer une telle présomption d'une manière très marquée dans leurs décisions⁹². La Cour d'appel de l'Angleterre a ainsi statué que les contacts ne devaient pas être empêchés à moins de raisons valables : les tribunaux doivent donc tenir compte du développement à moyen et à long terme de l'enfant et non pas accorder d'importance excessive aux problèmes à court terme, notamment l'instabilité psychiatrique courante du parent avec qui l'enfant n'habite pas⁹³. Cette présomption a été confirmée par la suite dans la *Family Law Act* de 1996, qui complète les dispositions de la *Children Act* dans le cadre de la séparation et du divorce : selon l'alinéa 11(4)c), le bien-être de l'enfant est mieux servi par des contacts réguliers avec les personnes investies de la responsabilité parentale.

Autres

La *Children Act* ne contient aucune mention de la pertinence éventuelle de la violence dans le règlement des conflits parentaux⁹⁴. Malgré l'importance accordée aux ententes privées, elle ne fait non plus aucunement référence aux ententes parentales.

⁸⁹ Art. 8, *Children Act*. C'est ce qu'on appelle les « ordonnances fondées sur l'article 8 ».

⁹⁰ Par. 1(5), *Children Act*.

⁹¹ Dewar, « Distant Cousins », note 88 *supra*, p. 21.

⁹² Voir Re H (Minors) (Access) [1992] 1 FLR 148; Re M (Contact et supervision) [1998] 1 FLR 727.

⁹³ Re M, *Ibid.*

⁹⁴ La définition du bien-être de l'enfant au paragraphe 11(4) de la *Family Law Act* inclut toutefois la mention du [Traduction] « risque auquel l'enfant est exposé en raison des éléments suivants : (i) l'endroit où vit la personne chez qui l'enfant habite déjà ou habitera; (ii) un tiers avec qui cette personne habite ou se propose d'habiter; (iii) tout autre arrangement relatif aux soins donnés à l'enfant et à son éducation. » Le législateur s'attarde expressément à la violence dans la résidence familiale et autorise les ordonnances en cas de mauvais traitements.

Évaluation des réformes au Royaume-Uni

Les réformes au Royaume-Uni visaient à favoriser une implication continue des parents, en particulier les pères, dans la vie de leurs enfants après la séparation et le divorce. On espérait ainsi que le changement de terminologie aiderait à réduire les conflits parentaux et à confirmer le maintien de la responsabilité des deux parents après la rupture, tout en croyant que ce changement entraînerait aussi une évolution des attitudes qui encouragerait le parent avec qui l'enfant n'habite pas à garder le contact⁹⁵.

Nombre de commentateurs ont accueilli favorablement le changement, et certains indices du moins laissent croire que les réactions à la nouvelle terminologie utilisée dans la loi sont très positives jusqu'à maintenant⁹⁶. Cependant, la loi a aussi été l'objet de plusieurs critiques. Par exemple, la définition de la responsabilité parentale a été contestée non seulement pour son caractère général, mais aussi parce qu'elle ramène inévitablement aux notions de droits et d'obligations que le terme « responsabilité » était censé remplacer⁹⁷.

Les recherches portent à croire qu'il n'y a pas eu de réduction marquée des conflits parentaux à la suite de ces réformes. On note toutefois une hausse considérable des litiges relativement aux ordonnances de contact.

Bien que le nombre d'ordonnances de contact ait baissé durant la première année d'existence de la *Children Act*, il a ensuite progressé de 117 % entre 1992 et 1996⁹⁸. Les ordonnances de résidence et les ordonnances spécifiques se sont également multipliées⁹⁹. Les recherches montrent que la disponibilité des ordonnances spécifiques a pu encourager le recours plus fréquent aux tribunaux en cas de différends mineurs¹⁰⁰.

On a aussi exprimé certaines inquiétudes quant à la façon dont les contacts ont été traités : les tribunaux anglais ont établi une solide présomption en faveur des contacts. Plusieurs études ont constaté que les avocats aussi bien que les médiateurs avaient tendance à juger que la violence familiale n'est pas pertinente dans le prononcé d'une ordonnance de contact ou qu'ils avaient aussi tendance à informer leurs clients que c'est là l'opinion des tribunaux¹⁰¹. Ces derniers ont aussi refusé de considérer pertinent le degré de conflit entre les parents et ont jugé que les femmes qui s'opposent aux contacts entre leurs enfants et le père faisaient preuve d'une hostilité implacable¹⁰². Ils ont donc adopté une approche qu'ils qualifient de « robuste » en matière de contacts, c'est-à-dire qu'ils appliquent la présomption en faveur des contacts malgré l'opposition

⁹⁵ Voir Neale et Smart, « Experiments with Parenthood? » (1997) 31 *Sociology* 201.

⁹⁶ Family Law Council, *Letter of Advice to the Attorney General on the Operation of the (U.K.) Children Act, 1989*, mars 1994.

⁹⁷ N.V. Lowe, « The Meaning and Allocation of Parental Responsibility—A Common Lawyer's Perspective » (1997) 11 *International Journal of Law, Policy and the Family* 192, 195.

⁹⁸ Davis, note 72 *supra*; rapport préliminaire, note 74 *supra*, p. 41.

⁹⁹ Davis, *Ibid.*

¹⁰⁰ Rapport préliminaire, p. 46.

¹⁰¹ Marianne Hester et Lorraine Radford, *Domestic Violence and Child Contact Arrangements in England and Denmark* (Polity Press, 1996); C. Smart, « Good and Bad Lawyers? Struggling in the Shadow of the New Law » (1997) 19 *Journal of Social Welfare Law* 377; Viktor Hall, « Domestic Violence and Contact » [1997] *Family Law* 813.

¹⁰² Kaganas, note 17 *supra*. Voir par exemple Re: W [1994] 2 FLR 441 et Re: O [1995] 2 FLR 124.

véhémente du parent avec qui l'enfant habite, y compris ceux qui ont été victimes de violence familiale¹⁰³. Plus récemment, cette approche a évolué, la Cour d'appel ayant accepté que les contacts puissent être restreints si le père risque de causer aux enfants des dommages corporels directs ou un préjudice indirect en représentant un risque de blessures pour la mère¹⁰⁴. Malgré tout, bien des gens s'inquiètent de la possibilité que la présomption en faveur des contacts ait préséance sur la nécessité de protéger les enfants contre la violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales¹⁰⁵.

La *Family Law Reform Act* de l'Australie

Aperçu général

En Australie, les concepts de garde et de droit de visite ont également cédé la place à un régime fondé sur la responsabilité parentale et les ententes parentales. La *Family Law Reform Act* de 1995 a modifié en profondeur la partie VII de la *Family Law Act* portant sur la résolution des conflits parentaux durant la séparation et le divorce. Même si la réforme s'inspirait de la *Children Act* du Royaume-Uni, le régime législatif australien présente des caractéristiques qui lui sont propres¹⁰⁶.

Responsabilité parentale

La *Family Law Reform Act* se fonde sur le principe de la responsabilité parentale, c'est-à-dire l'ensemble des obligations, des pouvoirs et des responsabilités que la loi impose aux parents à l'égard de leurs enfants¹⁰⁷. C'est ce principe qui a remplacé les anciens pouvoirs de « tutelle » (responsabilité à long terme) et de « garde » (responsabilité des soins quotidiens). Contrairement à la *Children Act* du Royaume-Uni, le législateur australien ne définit pas la responsabilité parentale en fonction des droits des parents : dans la nouvelle loi, tous les parents sont investis de la responsabilité parentale, qui n'est pas touchée par la séparation et le divorce. En plus, toujours contrairement à la *Children Act*, la responsabilité parentale ne dépend pas du mariage des parents — tous les parents ayant cette responsabilité, peu importe leur état matrimonial.

Ordonnances parentales

La *Family Law Reform Act* a adopté un régime similaire, remplaçant les ordonnances de garde et de visite par les ordonnances parentales, qui sont des ordonnances prononcées en application de la partie VII de la *Family Law Act* en vue de déterminer avec qui l'enfant habitera, les contacts qu'il aura avec d'autres personnes, la pension alimentaire pour enfants et d'autres aspects de la responsabilité parentale. La loi établit aussi des ordonnances spécifiques : les ordonnances de

¹⁰³ Dans *Re: P* [1996] 2 FLR 314, la Cour d'appel a rendu une ordonnance relative à des droits de visite supervisée en faveur d'un père qui avait menacé de tuer ses enfants et qui avait été emprisonné pour tentative de meurtre sur leur mère. La Cour a statué que les torts causés aux enfants par l'absence de leur père pesaient plus lourd que ceux qu'ils subiraient en raison de la menace pour la santé de leur mère.

¹⁰⁴ *Re: D* [1997] 2 FLR 48.

¹⁰⁵ Il existe par exemple des cas de mères qui ont été emprisonnées pour avoir refusé tout droit de visite au père, même lorsque celui-ci avait été reconnu coupable de violence familiale. Selon la Cour d'appel, les torts que subiraient les enfants en raison de l'absence de leur père étaient plus graves que ceux qui leur seraient causés par l'emprisonnement de leur mère. Voir *Re: N* [1996] E.W.J. Voir Kaganas, note 17 *supra*.

¹⁰⁶ Family Law Council, note 96 *supra*.

¹⁰⁷ Art. 61C, *Family Law Act*, 1995.

résidence (qui désignent la ou les personnes avec qui l'enfant doit habiter), les ordonnances de contact (qui fixent les contacts entre l'enfant et d'autres personnes), les ordonnances alimentaires pour enfants et les ordonnances spéciales (qui traitent de tout aspect de la responsabilité parentale autre que la résidence, les contacts ou la pension alimentaire).

En vertu des nouvelles dispositions législatives, une ordonnance parentale n'enlève ni ne réduit aucunement la responsabilité parentale, à moins d'indication contraire expresse dans l'ordonnance ou, au besoin, pour donner effet à l'ordonnance¹⁰⁸.

Les tribunaux doivent rendre ces ordonnances en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Celui-ci est défini à l'article 68F, d'après une liste de facteurs que le tribunal doit prendre en considération, dont les suivants :

- Les souhaits de l'enfant;
- La nature de la relation de l'enfant avec les deux parents;
- Les difficultés pratiques et les dépenses occasionnées par des contacts avec un parent;
- La capacité de chaque parent de répondre aux besoins de l'enfant;
- La maturité, le sexe et les antécédents de l'enfant;
- La nécessité de protéger l'enfant contre les dommages physiques ou psychologiques pouvant être causés par des mauvais traitements ou par son exposition directe ou indirecte aux mauvais traitements ou à la violence envers un tiers;
- L'attitude et les responsabilités dont font preuve les parents;
- Tout acte de violence impliquant l'enfant ou un membre de sa famille;
- Le fait qu'il serait préférable de rendre l'ordonnance la moins susceptible de mener à l'introduction d'autres recours à l'égard de l'enfant;
- D'autres faits ou circonstances qui sont pertinents de l'avis du tribunal.

Objet de la loi

La nouvelle loi ajoute une clause décrivant l'objet de la loi à la partie VII de la *Family Law Act*. Ainsi, l'article 60B dispose que [Traduction] « la présente partie a pour objet de veiller à ce que les enfants reçoivent des soins parentaux adéquats et satisfaisants de même qu'à faire en sorte que les parents s'acquittent de leurs obligations et de leurs responsabilités concernant les soins à donner aux enfants, leur bien-être et leur développement¹⁰⁹. La loi indique en outre que ces objectifs s'appuient sur certains principes, à moins que ces derniers ne soient contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, soit que l'enfant a le droit de connaître ses deux parents et de

¹⁰⁸ Art. 61D.

¹⁰⁹ Par. 60B(1).

recevoir des soins de son père comme de sa mère, qu'il a le droit d'avoir des contacts réguliers avec les deux parents et toute autre personne jouant un rôle important dans les soins à lui donner, dans son bien-être et son développement, que les parents ont tous deux des obligations et des responsabilités concernant les soins à lui donner, son bien-être et son développement et qu'ils doivent s'entendre à l'égard de l'exercice de leurs responsabilités parentales envers lui¹¹⁰.

La loi comporte certains autres énoncés de ses objectifs dans d'autres dispositions, qui sont discutés ci-après.

Violence

La *Family Law Reform Act* comprend plusieurs dispositions visant à garantir les enfants de toute violence. Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant s'applique en fonction expressément de facteurs liés à la violence¹¹¹. Selon le paragraphe 68F(2), le tribunal doit prendre en considération les éléments suivants :

[Traduction]

- a) La nécessité de protéger l'enfant contre des dommages physiques ou psychologiques causés ou pouvant être causés par :
 - (i) soit le fait pour l'enfant d'être victime de mauvais traitements, de violence ou d'un autre comportement
 - (ii) soit le fait pour l'enfant d'être directement ou indirectement exposé aux mauvais traitements, à la violence ou à un autre comportement dirigé contre une autre personne;
- b) Tout acte de violence familiale impliquant l'enfant ou un membre de sa famille;
- c) Toute ordonnance sur la violence familiale qui s'applique à l'enfant ou à un membre de sa famille¹¹².

La violence familiale est expressément définie dans la loi comme étant une conduite ou les menaces de la part de quiconque envers un bien ou une personne membre de sa famille qui suscite une crainte chez cette personne ou un autre membre de sa famille pour son bien-être ou sa sécurité¹¹³.

La loi australienne comprend également une disposition qui vise expressément la violence familiale et les ordonnances parentales. L'article 68K dispose que le tribunal, lorsqu'il s'interroge sur l'ordonnance à prononcer, doit veiller, dans la mesure où il est possible de le faire en accordant la préséance à l'intérêt supérieur de l'enfant, à ce que son ordonnance : a) soit compatible avec toute ordonnance sur la violence familiale et b) n'expose personne à un risque inacceptable de violence familiale¹¹⁴.

¹¹⁰ Par. 60B(2).

¹¹¹ Art. 68F.

¹¹² Par. 68F(2).

¹¹³ Par. 60D(1).

¹¹⁴ Par. 68K.

Diverses dispositions cherchent aussi à faire en sorte que les ordonnances de contact ne soient pas incompatibles avec les ordonnances sur la violence familiale¹¹⁵. Même si le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant exige que le tribunal tienne compte de la violence familiale ou d'une ordonnance sur la violence familiale lorsqu'il rend son ordonnance en application de la loi, l'article 68S donne préséance aux ordonnances de contact sur les ordonnances sur la violence familiale qui n'y sont pas conformes. D'après l'article 68R, le tribunal qui prononce une ordonnance de contact non compatible avec une ordonnance sur la violence familiale doit expliquer en détail son ordonnance de contact, l'obligation créée par cette ordonnance, les conséquences qui font suite au non-respect, les motifs de son incompatibilité avec l'ordonnance sur la violence familiale et les circonstances où l'ordonnance délivrée en vertu de la *Family Law Act* peut être modifiée ou révoquée¹¹⁶. L'article 68T permet aussi au tribunal d'exercer la compétence dont il est investi par les lois d'État en matière de violence familiale pour modifier, écarter ou suspendre les arrangements de contact pris par ordonnance ou conformément à une entente parentale. Il peut seulement le faire si, en même temps, il rend une ordonnance sur la violence familiale¹¹⁷.

Médiation et règlement primaire des conflits

La *Family Law Act* encourage l'utilisation de la médiation et des services de counselling pour résoudre les différends en droit de la famille en général et les conflits parentaux en particulier. Selon la loi, il s'agit de méthodes « primaires » de règlement des conflits et cette expression laisse entendre que ces solutions doivent être mises à profit par les couples en instance de séparation ou de divorce avant l'intervention des tribunaux. La partie III de la loi régit l'emploi général des services de médiation ou de counselling. L'objectif fondamental de cette partie consiste à inciter les gens à se servir de méthodes primaires pour résoudre leurs conflits (par exemple le counselling, la médiation, l'arbitrage ou d'autres méthodes de conciliation ou de réconciliation), afin de régler les points qui nécessiteraient autrement une ordonnance, pourvu que les mécanismes soient appropriés dans les circonstances et qu'une démarche convenable soit suivie (articles 14 et 14A). L'article 14F exige que le tribunal informe les couples de l'existence de ces méthodes, et il est du devoir du juge de veiller à ce que les parties, à toutes les étapes de leurs différends, soient avisées des mécanismes primaires de règlement des conflits qui leur sont offerts¹¹⁸.

¹¹⁵ Les ordonnances relatives à la violence familiale sont définies ainsi : [Traduction] « Toute ordonnance délivrée en application d'une loi prescrite d'un État ou d'un territoire en vue de mettre une personne à l'abri de la violence familiale. » La division 11 de la *Family Law Act* traitant de la relation entre les ordonnances de contact et les ordonnances relatives à la violence familiale vise expressément a) à résoudre les incohérences entre les ordonnances de contact prévues à la division 11 et les ordonnances relatives à la violence familiale; b) à faire en sorte que les ordonnances de contact prévues à la division 11 n'exposent aucune personne à de la violence familiale; c) à respecter les droits d'un enfant à visiter, régulièrement, ses deux parents dans le cas où (i) le droit de visite est limité par le prononcé ou la modification d'une ordonnance relative à la violence familiale et (ii) il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir des contacts avec les deux parents régulièrement. (Art. 68Q, *Family Law Act*)

¹¹⁶ Art. 68R, *Family Law Act*.

¹¹⁷ La loi est compliquée du fait que les ordonnances visées à l'art. 68R sont régies par la norme de l'intérêt supérieur de l'enfant, alors que pour les ordonnances visées à l'art. 68T cette norme constitue seulement un facteur parmi d'autres, qui comprennent aussi l'intérêt de la partie qui doit être protégée contre la violence.

¹¹⁸ L'art. 14G de la *Family Law Act* impose une obligation semblable aux avocats.

La partie VII de la loi, qui traite expressément des enfants et des conflits parentaux, contient aussi certaines dispositions encourageant le recours aux mécanismes primaires de règlement des différends. Comme nous l'avons précisé, l'énoncé des objectifs de la loi mentionne que les parents devraient s'entendre sur les soins à donner aux enfants. L'article 63B dispose en plus que les parents doivent être encouragés à s'entendre sur les questions concernant leur enfant plutôt qu'à demander une ordonnance judiciaire. Les parents sont incités dans la partie VII à recourir au counselling; l'article 62B impose aux tribunaux et aux avocats l'obligation d'informer les parties qui ont intenté une action en divorce de l'existence de services de counselling en rapport avec les ordonnances visées à la partie VII. L'article 65F, de son côté, exige que les parents rencontrent un conseiller famille/enfant pour discuter de certains points avant l'ordonnance¹¹⁹; cette rencontre a pour but de leur permettre de trouver d'autres façons de résoudre le conflit.

Ententes parentales

La *Family Law Reform Act* traite des ententes parentales. Selon le régime australien, les parents sont encouragés et autorisés à établir des ententes parentales, mais ils n'y sont pas obligés. Comme nous l'avons mentionné, la loi les incite fortement à s'entendre eux-mêmes sur les soins à donner aux enfants¹²⁰.

Le législateur australien ne prescrit rien de particulier quant au contenu de l'entente parentale : il précise simplement qu'elle peut servir à déterminer a) la ou les personnes avec qui l'enfant habitera; b) les contacts entre l'enfant et d'autres personnes; c) la pension alimentaire pour enfants; d) tout autre aspect touchant la responsabilité parentale. Il n'est pas obligatoire que l'entente répartisse le pouvoir décisionnel ni qu'elle s'assortisse d'un mécanisme pour la résolution des conflits. Le Family Law Council s'est demandé si la loi devait donner d'autres directives sur le contenu des ententes parentales; il est parvenu à la conclusion que, même s'il peut être utile d'établir une liste des points que les parents pourraient fixer généralement dans une entente, il n'est pas nécessaire que la loi contienne un modèle en tant que tel. La forme de chacune sera essentiellement tributaire des souhaits des parents¹²¹.

Si les parents décident de négocier une entente parentale, elle doit être déposée au tribunal. Selon l'article 63E, ce dernier possède un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'examen d'une entente parentale, qu'il entérinera seulement si elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Même lorsqu'elle est enregistrée au greffe, l'entente ne sera appliquée par le tribunal que si ce dernier la juge compatible avec l'intérêt de l'enfant.

Finalement, la loi australienne ne permet pas la modification d'une entente parentale enregistrée au greffe; elle doit plutôt être révoquée par les parties¹²². Le législateur énumère alors les

¹¹⁹ À moins que le juge ne soit convaincu qu'il est urgent de rendre l'ordonnance ou qu'il n'existe d'autres circonstances spéciales, notamment la violence familiale, la participation à une rencontre serait inappropriée. Voir le par. 65F(2), *Family Law Act*.

¹²⁰ Voir l'al. 60B(2)d) et l'art. 63B, notes 109 et 110 *supra*.

¹²¹ Family Law Council, note 96 *supra*, p. 14.

¹²² Art. 63D, *Family Law Act*.

pouvoirs du tribunal d'annuler une entente parentale¹²³. Si les deux parties veulent modifier leur entente, elles peuvent en demander la révocation, puis conclure une nouvelle entente parentale. Si seulement l'une des deux parties souhaite la modification, elle peut présenter une demande de révocation (en invoquant la fraude, la contrainte, l'influence indue ou l'intérêt supérieur de l'enfant)¹²⁴.

Évaluation

Un rapport préliminaire sur la *Family Law Reform Act* a tenté d'évaluer certains des effets immédiats et à long terme de la loi sur une période de trois ans.

Litiges

Les statistiques des tribunaux de la famille laissent croire qu'il y a eu une augmentation des demandes d'ordonnances de résidence, d'ordonnances de contact et d'ordonnances spéciales depuis l'entrée en vigueur de la loi. Ces chiffres montrent aussi une progression constante des demandes faisant suite au non-respect présumé de l'ordonnance visant l'enfant (voir le tableau 1).

Tableau 1 Ordonnances parentales en Australie

| Année | Nombres d'ordonnances de contact demandées ¹²⁵ | Nombre d'ordonnances de résidence et d'ordonnances spéciales demandées ¹²⁶ | Nombre d'ordonnances faisant suite au non-respect de l'ordonnance visant l'enfant ¹²⁷ |
|-----------|---|---|--|
| 1994-1995 | 14 144 | 13 315 | s.o. |
| 1995-1996 | 13 814 | 12 595 | 786 |
| 1996-1997 | 21 897 | 33 304 | 1 434 |
| 1997-1998 | 23 958 | 38 411 | 1 659 |

Les avocats interrogés dans le cadre de cette étude étaient également persuadés qu'il y avait eu une intensification des litiges entre parents à la suite d'ordonnances parentales.

[Traduction]

La majeure partie de ces litiges avaient été introduits par des pères chez qui l'enfant n'habitait pas. Certains ont affirmé que ce phénomène s'expliquait par les espoirs déçus et l'amertume croissante des pères qui avaient cru obtenir plus de droits en vertu de ces réformes ou qui estimaient que les mères ne partageaient pas adéquatement les

¹²³ L'art. 63H, *Family Law Act*, dispose qu'un tribunal peut écarter une entente enregistrée s'il est convaincu que le consentement de la partie a été obtenue de manière frauduleuse, sous la contrainte ou par une influence indue, si les parties veulent annuler l'entente ou qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le faire.

¹²⁴ Selon le par. 63H(3), un tribunal peut, en vertu du par. 65D(2), rendre une ordonnance parentale qui met en vigueur, modifie, suspend ou révisé des dispositions d'une entente parentale qui ont le même effet qu'une ordonnance parentale. Le par. 65D(2) autorise le tribunal à prononcer une ordonnance parentale qui met en vigueur, modifie, suspend ou révisé la totalité ou une partie d'une ordonnance parentale antérieure.

¹²⁵ Rapport préliminaire, note 72 *supra*, p. 41.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 46. La hausse du nombre de ces demandes depuis la réforme traduit aussi une augmentation de ces demandes en pourcentage de toutes les ordonnances demandées.

¹²⁷ *Ibid.*

responsabilités décisionnelles. D'autres ont déclaré que les différends étaient attribuables aux pères qui s'attendaient à ce que les mères s'occupent de presque tout mais qui saisissaient la moindre occasion pour critiquer les soins qu'elles donnaient aux enfants ou le manque de consultation dans les décisions quotidiennes¹²⁸.

Les avocats interviewés par les auteurs de l'étude australienne ont également fait savoir que certaines des demandes faisaient suite à des manquements mineurs ou « techniques » aux ordonnances, demandes qu'on n'aurait jamais vues avant les réformes¹²⁹.

Contacts

Le régime australien établit le principe général que l'enfant a le droit d'avoir des contacts réguliers avec ses deux parents, principe qui s'appliquerait seulement dans le cas où il n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁰. Ce droit de contact est un des aspects les plus controversés de la *Family Law Reform Act* de 1995. Bien que certains aient pu faire valoir qu'il s'agissait d'une évolution positive visant à faire en sorte que le parent avec qui l'enfant n'habite pas puisse s'impliquer dans la vie de son enfant, d'autres se disent inquiets des risques d'abus.

[Traduction]

Tout d'abord, on a craint que les réformes fournissent au parent non gardien qui souhaitait harceler son ancien conjoint la possibilité de demander des ordonnances relatives aux détails des soins que l'autre donne aux enfants. Deuxièmement, conjugué aux prescriptions légales de partage et d'entente entre les parents, le droit de l'enfant en matière de contacts était vu comme un autre moyen d'exercer des pressions sur la mère qui s'inquiète avec raison du bien-être de son enfant dans une entente qui compromet sa propre sécurité et l'intérêt supérieur de l'enfant¹³¹.

Contrairement aux tribunaux du Royaume-Uni, toutefois, le Tribunal de la famille de l'Australie a statué que le droit de l'enfant en matière de contacts était restreint par son intérêt supérieur¹³². Les dispositions du paragraphe 60B(2) ont été interprétées par le tribunal de manière non pas à créer une présomption en faveur des contacts mais plutôt à établir un contexte pour l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le rapport préliminaire a permis de constater que le pourcentage d'ordonnances refusant les contacts durant les audiences provisoires avait considérablement baissé depuis l'entrée en vigueur de la réforme. En revanche, le taux de refus dans les ordonnances provisoires n'avait pas changé notablement.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 51.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 51.

¹³⁰ Par. 60B(2), *Family Law Act*.

¹³¹ Rapport préliminaire, note 72 *supra*, p. 14.

¹³² *In the Matter of B and B: Family Law Reform Act, 1995*, Appeal No. NA 35 of 1996 No.TV 1833 of 1996, séance plénière du Tribunal de la famille d'Australie (Full Court of The Family Court of Australia) (décision rendue en juillet 1997).

[Traduction]

Même si la majorité des demandes provisoires de contact soulèvent l'existence d'un risque de dommages pour l'enfant, habituellement en raison de la violence conjugale, il est rare dorénavant que les contacts soient refusés durant l'audience sur les mesures provisoires. Dans certaines régions, les ordonnances postérieures à la réforme permettant à l'enfant de vivre une semaine avec chaque parent jusqu'à l'ordonnance finale sont assez fréquentes et ont été rendues malgré des accusations de violence conjugale. Les tribunaux ont justifié ces ordonnances en expliquant qu'il serait injuste de créer un statu quo en faveur d'un parent avant que les accusations n'aient été entendues au stade final¹³³.

Selon le rapport, il est clair que cette modification dans les ordonnances provisoires est au moins en partie imputable aux principes mis de l'avant par la réforme, particulièrement le droit aux contacts énoncé à l'alinéa 60B(2)b) et l'idée d'une « égalité » entre les parents, qui serait conforme à l'esprit des réformes¹³⁴. Bien que l'incidence de ce droit aux contacts n'ait pas été aussi marquée qu'au Royaume-Uni, il semble exister au moins certaines raisons de s'interroger sur la façon dont le principe est mis en application en cas de violence familiale, surtout à l'étape provisoire.

Ententes parentales

Le rapport préliminaire montre que les ententes parentales ne sont pas utilisées. De fait, l'étude fait même état d'une baisse des ententes privées depuis l'entrée en vigueur des réformes.

[Traduction]

C'est au chapitre des ententes parentales que les modifications législatives semblent avoir eu, au plus, des conséquences minimales sur la pratique des avocats. Seulement trois des avocats interviewés avaient aidé les parties à rédiger une entente parentale, et seulement une de ces ententes avait été ensuite enregistrée au greffe. De même, une vaste majorité des avocats qui ont répondu aux questionnaires (91 %) ont signalé qu'ils utilisaient moins souvent les ententes parentales que les ententes familiales antérieures à la réforme. Cette constatation est étayée par les statistiques du Tribunal de la famille, où le nombre d'ententes parentales est de loin inférieur aux ententes familiales enregistrées avant la réforme¹³⁵.

Les avocats ont souvent mentionné la lourdeur des formalités d'enregistrement et de modification du régime australien pour justifier le non-recours à ces ententes.

Les modifications apportées à la *Family Law Act* en vue d'inclure les ententes parentales semblent donc ne pas avoir permis d'atteindre les objectifs généraux, soit d'encourager les ententes privées et de réduire les conflits.

¹³³ Rapport préliminaire, note 72 *supra*, p. ix.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Selon le rapport préliminaire, en 1997-1998, 352 ententes parentales ont été enregistrées pour l'ensemble du pays, comparativement à 1008 ententes relatives aux enfants enregistrées en 1995-1996 et 1088 en 1994-1995.

Dispositions sur la violence

Ces dispositions, qui visent à établir le rapport entre les ordonnances rendues par le Tribunal de la famille et les ordonnances sur la violence familiale prononcées par les tribunaux sommaires en vertu des lois d'État, ont été critiquées en raison de leur complexité injustifiée. Le rapport préliminaire a constaté que les tribunaux se servaient rarement des dispositions de la division 11 de la loi. Les juges et les avocats ont déclaré que cette division était trop complexe et trop lourde. Le rapport cite un examen récent du fonctionnement de la division 11, qui a conclu que l'article 68R était rarement utilisé¹³⁶. Un examen des jugements non publiés a permis de conclure également que, si l'existence des ordonnances sur la violence familiale est généralisée dans les procédures sur les contacts, la division 11 est rarement invoquée par le tribunal lorsque vient le moment de déterminer les arrangements appropriés au chapitre des contacts, et aucun des jugements n'a mentionné l'article 68K¹³⁷.

La *Domestic Relations Act* du Maine

Ordonnances sur les droits et les responsabilités des parents

Dans la *Domestic Relations Act*, le législateur du Maine remplace les ordonnances sur la garde et le droit de visite par des ordonnances sur les droits et les responsabilités des parents. La loi dispose qu'une ordonnance judiciaire accordant des droits et des responsabilités aux parents doit attribuer des droits et responsabilités répartis, partagés ou exclusifs.

Les premiers sont définis comme suit :

[Traduction]

Responsabilités à l'égard de divers aspects du bien-être de l'enfant qui sont réparties entre les parents, celui à qui une responsabilité particulière est confiée ayant le droit de contrôler cet aspect. Les responsabilités peuvent être divisées de façon exclusive ou proportionnelle. Les aspects du bien-être de l'enfant pour lesquels la responsabilité peut être répartie comprennent la résidence physique principale de l'enfant, les contacts avec les parents, la pension alimentaire, l'éducation, les soins médicaux et dentaires, l'enseignement religieux, les limites et dépenses de déplacements ainsi que tout autre aspect des droits et responsabilités des parents. Le parent qui assume une responsabilité pour un aspect particulier du bien-être de l'enfant peut être tenu d'informer l'autre parent de l'évolution importante de cet aspect¹³⁸.

Les droits parentaux partagés sont définis comme suit :

[Traduction]

(5) La totalité ou la quasi-totalité des aspects du bien-être de l'enfant demeurent la responsabilité et le droit conjoints des deux parents, de sorte que le père comme la mère

¹³⁶ Kearney McKenzie & Associates, Review of Division 11: Report (février 1998), à la p. ii, cité dans le rapport préliminaire, note 72 *supra*, p. 53.

¹³⁷ Rapport préliminaire, note 72 *supra*, point 54f.

¹³⁸ Art. 1501, *Domestic Relations Act*.

conservent des responsabilités et des droits égaux, qu'ils se consultent tous deux et prennent des décisions concertées à l'égard du bien-être de l'enfant. Il peut s'agir notamment de l'éducation, de l'enseignement religieux, des soins médicaux, dentaires et mentaux, des déplacements, du gardiennage et de la résidence. Les parents partageant leurs droits et responsabilités doivent se garder mutuellement informés de tout changement important ayant une incidence sur le bien-être de l'enfant et se consulter au préalable dans la mesure du possible pour toute décision touchant ce bien-être¹³⁹.

Le partage des droits et responsabilités peut inclure l'attribution de la résidence principale de l'enfant à un seul parent et les droits relatifs aux contacts avec l'autre, ou encore partager les soins résidentiels primaires entre les deux parents¹⁴⁰.

Les droits parentaux exclusifs sont définis comme suit :

[Traduction]

(6) Un parent possède tous les droits et responsabilités à l'égard de tous les aspects du bien-être de l'enfant, à l'exception possible du droit et de la responsabilité à l'égard de la pension alimentaire.

La loi n'établit aucune présomption ou préférence en faveur d'une de ces trois ordonnances. Le paragraphe 1653(D)(1) stipule que le tribunal devrait fonder sa décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁴¹. Il précise toutefois ce qui suit : [Traduction] « lorsque les parents se sont entendus sur le partage de leurs droits et responsabilités ou qu'ils s'entendent à l'audience, le tribunal doit prononcer une ordonnance en conséquence, à moins que des éléments de preuve importants montrent qu'il ne devrait pas rendre cette ordonnance. »¹⁴² L'article dispose en outre que le tribunal doit motiver sa décision de ne pas ordonner le partage des droits et responsabilités dont avaient convenu les parents. Le régime du Maine crée donc une présomption favorable à l'application des ententes parentales survenues entre le père et la mère.

Violence

La *Domestic Relations Act* du Maine contient plusieurs dispositions visant expressément la violence familiale, notamment l'énoncé général suivant de la conclusion et de l'intention du législateur concernant les relations entre les membres de la famille lorsqu'il s'agit de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant :

[Traduction]

La législature estime que la violence familiale constitue un crime grave contre l'individu et la société, qu'elle engendre un environnement familial malsain et dangereux, donnant lieu à des mauvais traitements de plus en plus prononcés, dont des actes de violence qui se soldent

¹³⁹ Art. 1501, *Domestic Relations Act*.

¹⁴⁰ Par. 1653 D(1), *Domestic Relations Act*.

¹⁴¹ L'intérêt supérieur de l'enfant est défini au par. 1653(3), où figure une liste des facteurs qui doivent être pris en considération.

¹⁴² Al. 1653(2)(A), *Domestic Relations Act*.

souvent par un homicide au sein de la famille, et qu'elle crée un environnement peu propice au développement normal de l'enfant¹⁴³.

La pertinence de la violence familiale est visée très précisément au paragraphe 1653(6) :

[Traduction]

Un tribunal peut accorder la résidence primaire d'un enfant mineur ou des contacts avec un enfant mineur à un parent qui a commis des actes de violence familiale *uniquement* si le tribunal estime que les contacts sont dans l'intérêt supérieur de l'enfant et que des mesures adéquates sont prises pour assurer la sécurité de l'enfant et celle du parent qui est victime de violence. [L'italique est de nous.]

La loi traite aussi abondamment des conditions qui entourent les contacts parents-enfants dans le contexte de la violence familiale, établissant et autorisant un éventail de mesures de protection bien précises¹⁴⁴. Le tribunal peut ainsi imposer une série de restrictions et de conditions en ce qui a trait aux contacts, y compris la supervision obligatoire, la nécessité de les tenir dans un cadre protégé et l'interdiction des séjours de nuit. Il peut aussi ordonner des mesures de protection supplémentaires, notamment que l'adresse de l'enfant et de la victime de la violence reste confidentielle.

Aucun document d'évaluation de l'incidence de la loi du Maine n'était disponible.

¹⁴³ Al. 1653(1)(B), *Domestic Relations Act*.

¹⁴⁴ Selon l'al. 1653(6)(B), dans les cas de violence familiale, le tribunal peut prendre les mesures suivantes : (1) ordonner l'échange de l'enfant dans un cadre protégé; (2) ordonner des contacts supervisés par une autre personne ou organisation; (3) comme condition préalable aux contacts, ordonner au parent qui a commis des actes de violence de participer à un programme d'intervention en matière de violence familiale ou à toute autre forme désignée de counselling puis de terminer le programme d'intervention ou le processus de counselling à la satisfaction du tribunal; (4) ordonner à l'un ou l'autre parent de s'abstenir d'avoir en sa possession ou de consommer de l'alcool ou des substances contrôlées, ou les deux, durant les visites de l'enfant et pendant les 24 heures précédant les contacts; (5) ordonner au parent qui a commis des actes de violence familiale de payer les frais de supervision des contacts; (6) interdire toute visite où l'enfant doit passer la nuit chez un des parents; (7) imposer toute autre condition jugée nécessaire pour la sécurité de l'enfant, de la victime des actes de violence ou de tout autre membre de la famille ou du ménage.

Le par. 1653(6) dispose également ce qui suit : [Traduction] « C. Le tribunal peut exiger de la part du parent qui a commis des actes de violence un cautionnement en garantie du retour et de la sécurité de l'enfant; D. Le tribunal peut ordonner que l'adresse de l'enfant et de la victime reste confidentielle; E. Le tribunal ne peut obliger la victime de la violence à participer à des séances de counselling avec l'autre parent.; F. Si le tribunal permet à un membre de la famille ou du ménage de superviser les contacts avec le parent, il établira les conditions à observer durant les contacts. Les conditions comprennent les suivantes, notamment : (1) réduire au minimum les circonstances où c'est la famille du parent qui a commis les actes de violence qui supervise les visites; (2) veiller à ce que les contacts ne nuisent pas à la relation de l'enfant avec le parent avec qui il habite principalement; (3) assurer la sécurité et le bien-être de l'enfant; (4) exiger que la supervision soit confiée à une personne physiquement et mentalement capable de s'en acquitter et qui ne possède aucun antécédent criminel ni antécédent de violence ou de négligence. »

La *Parenting Act* de 1987 de l'État de Washington

Aperçu général

Dans l'État de Washington, la *Parenting Act* de 1987 a remplacé la garde et le droit de visite par un régime fondé sur les ententes parentales. La loi constitue un code exhaustif réglementant les pratiques parentales après la séparation et le divorce. Elle prescrit le contenu des ententes parentales, les critères dont devraient se servir les tribunaux pour évaluer et approuver ces ententes ou répartir les fonctions parentales en cas d'absence d'entente entre les parents, ou les deux. Elle contient également des dispositions détaillées sur les limites entourant la répartition des fonctions parentales dans le cadre des ententes. La loi débute par l'énoncé de principe suivant :

[Traduction]

Les parents ont la responsabilité de prendre les décisions et d'exercer les fonctions parentales nécessaires pour prendre soin de leurs enfants mineurs et leur permettre de s'épanouir. Dans toute procédure prévue dans le présent chapitre et mettant en cause les parents, le tribunal accordera préséance à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il doit déterminer et répartir les responsabilités parentales. L'État reconnaît l'importance fondamentale des liens parent-enfant pour le bien-être de l'enfant, et la relation entre celui-ci et chacun de ses parents devrait être favorisée à moins d'être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est dans l'intérêt de l'enfant que soit conclu l'arrangement parental répondant le mieux à la croissance, à la santé et à la stabilité émotionnelles ainsi qu'aux besoins physiques de l'enfant. En outre, l'intérêt supérieur de l'enfant est respecté lorsque l'interaction entre un parent et un enfant est modifiée seulement dans la mesure rendue nécessaire par la nouvelle relation des parents ou en vue de protéger l'enfant contre un préjudice physique, mental ou émotionnel.

Ententes parentales

L'entente parentale constitue le point central de la loi de l'État de Washington. Le législateur exige que tous les parents en instance de séparation déposent une entente parentale qui répartit les fonctions parentales¹⁴⁵.

La loi définit les fonctions parentales comme étant les aspects de la relation parent-enfant où le parent prend les décisions et exerce les fonctions nécessaires pour prendre soin de l'enfant et l'aider à s'épanouir. Les fonctions parentales incluent ce qui suit :

- (a) Préserver une relation affectueuse, stable et cohérente avec l'enfant;
- (b) Répondre aux besoins quotidiens de l'enfant, comme la nourriture, les vêtements, les soins physiques et l'hygiène personnelle, l'encadrement, les soins de santé et le

¹⁴⁵ Les objectifs de l'entente parentale sont énoncés au par. 26.09.184(1) : « il s'agit de donner les soins physiques nécessaires à l'enfant, de préserver sa stabilité émotionnelle, de répondre à l'évolution de ses besoins au fur et à mesure qu'il grandit tout en réduisant le plus possible la nécessité d'apporter des modifications futures à l'entente, d'attribuer les pouvoirs décisionnels et responsabilités de chaque parent, de réduire l'exposition de l'enfant aux conflits parentaux nuisibles, d'encourager les parents, s'il y a lieu, à s'acquitter de leurs responsabilités par consentement et non par une intervention judiciaire et de protéger de toute autre façon l'intérêt supérieur de l'enfant. »

- gardiennage, la participation à des activités appropriées compte tenu du développement de l'enfant et de la situation socio-économique de sa famille;
- (c) Veiller à l'éducation de l'enfant, c'est-à-dire lui fournir les services d'appui essentiels;
 - (d) Aider l'enfant à établir et à préserver des relations interpersonnelles appropriées;
 - (e) Exercer un jugement approprié relativement au bien-être de l'enfant, conformément à son niveau de développement ainsi qu'à la situation socio-économique de la famille;
 - (f) Subvenir aux besoins financiers de l'enfant¹⁴⁶.

Toutes les ententes parentales doivent comporter un calendrier de séjour, une répartition du pouvoir décisionnel et un mécanisme de résolution des conflits entre les parents¹⁴⁷.

La loi prévoit que l'entente parentale doit attribuer le pouvoir décisionnel à une des parties ou aux deux en ce qui concerne l'éducation de l'enfant, les soins de santé et l'enseignement religieux. Les parties peuvent y intégrer un accord sur les soins à donner à l'enfant et sur son épanouissement dans certains domaines. Peu importe l'attribution du pouvoir décisionnel, l'un ou l'autre parent peut prendre les décisions en cas d'urgence touchant la santé ou la sécurité de l'enfant. La loi dispose également que chaque parent peut prendre des décisions sur les soins quotidiens donnés à l'enfant lorsqu'il habite chez lui; dans le cas où aucun consensus ne se dégage, les parties doivent en toute bonne foi tenter de résoudre la question au moyen du processus de résolution des conflits¹⁴⁸.

Sur le plan de la résidence, l'entente parentale doit prévoir un calendrier de séjour qui désigne le foyer de chaque parent où l'enfant doit habiter certains jours précis de l'année, y compris les jours fériés, les anniversaires des membres de la famille, les vacances et toute autre occasion spéciale¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Par. 26.09.004(3), *Parenting Act* 1987.

¹⁴⁷ Selon le par. 26.09.184(2), *Parenting Act*, l'entente parentale permanente doit contenir des dispositions permettant la résolution des conflits futurs entre parents, l'attribution du pouvoir décisionnel et le calendrier de séjour de l'enfant.

¹⁴⁸ Par. 26.09.184(4).

¹⁴⁹ Par. 26.09.184(5). La loi précise aussi les conditions et les principes directeurs en matière de résolution des conflits. Le par. 26.09.184(3) dispose que le processus de règlement des conflits peut comporter du counselling, de la médiation ou de l'arbitrage par une personne ou un organisme spécifique ou bien le recours aux tribunaux. Il énonce ensuite les principes directeurs de la résolution des conflits : a) il faut privilégier la mise en œuvre de l'entente parentale; b) à moins d'une urgence, les parents doivent utiliser le processus désigné pour régler les conflits relatifs à la mise en œuvre de l'entente, sauf s'ils touchent le soutien financier; c) un document doit donner forme à toute entente issue du counselling ou de la médiation et consigner la sentence arbitrale, dont copie doit être donnée à chaque partie; d) si le tribunal conclut qu'un parent s'est servi du processus de règlement des conflits sans raison valable ou qu'il en a perturbé le déroulement, il peut ordonner à ce parent de rembourser les honoraires d'avocat de l'autre parent et lui imposer des sanctions financières qu'il versera à ce dernier; e) les parties possèdent un droit de révision du processus de règlement des conflits devant une cour supérieure; f) les dispositions a) à e) de ce paragraphe seront reprises dans le décret.

Critères pour la répartition des fonctions parentales

La *Parenting Act* de l'État Washington présente une caractéristique qui lui est propre : elle fixe des critères pour l'évaluation de la répartition des différents aspects de la responsabilité parentale dans l'entente parentale. Bien que l'intérêt supérieur de l'enfant demeure le principe directeur général, la loi recense des facteurs spécifiques qui doivent être pris en compte dans l'attribution du pouvoir décisionnel et la détermination de l'endroit où habitera l'enfant.

Résolution des conflits. En prescrivant un processus de résolution des conflits, le législateur enjoint au tribunal de considérer tous les facteurs pertinents, dont les différences entre les parents qui restreindraient considérablement leur participation efficace au processus désigné; les souhaits des parents ou leurs ententes; s'ils se sont entendus, le fait que l'entente est le résultat d'une décision éclairée et volontaire; les différences dans la situation financière des parents qui peuvent nuire à leur capacité de participer pleinement au processus de résolution des conflits¹⁵⁰.

Pouvoir décisionnel. Il incombe au tribunal d'approuver l'entente sur l'attribution du pouvoir décisionnel s'il estime qu'elle est le résultat d'une décision éclairée et volontaire. Le tribunal confiera à une seule personne ce pouvoir décisionnel si les parents rejettent une prise de décisions conjointe ou si l'un des deux s'y oppose pour des motifs valables.

Dans la répartition du pouvoir décisionnel entre les parents, la loi enjoint alors au tribunal de considérer la participation antérieure de chacun dans la prise de décisions, le fait que les parents ont montré leur capacité et leur désir de coopérer pour prendre les décisions, et la distance géographique, dans la mesure où elle peut affecter leur capacité à prendre des décisions conjointes au moment opportun¹⁵¹.

Calendrier de séjour. Sur ce plan, la loi enjoint au tribunal d'ordonner des arrangements résidentiels qui encouragent le maintien, par chaque parent, d'une relation affectueuse et stable avec l'enfant, compatible avec son développement et la situation socio-économique de la famille. Le tribunal doit aussi prendre en considération ce qui suit :

- (i) La vigueur relative, la nature et la stabilité de la relation de l'enfant avec chaque parent, y compris la responsabilité plus grande assumée par un parent dans l'exercice de ses fonctions relatives aux besoins quotidiens de l'enfant;
- (ii) Les ententes entre les parties, pourvu qu'elles soient le fruit d'une décision éclairée et volontaire;
- (iii) Le comportement antérieur du parent et son potentiel dans l'exercice futur de ses fonctions parentales;
- (iv) Les besoins émotionnels et le niveau de développement de l'enfant;
- (v) La relation de l'enfant avec ses frères et sœurs ainsi qu'avec d'autres adultes importants dans sa vie, sa présence dans son milieu physique, son école ou d'autres activités importantes;
- (vi) Les souhaits des parents et ceux de l'enfant suffisamment mûr pour exprimer une préférence raisonnée et autonome quant à son calendrier de séjour;

¹⁵⁰ Par. 26.09.187(1).

¹⁵¹ Al. 26.09.187(2)c).

(vii) L'horaire de travail de chaque parent, compte tenu des accommodements compatibles avec ces horaires.

Le facteur (i) doit avoir préséance¹⁵².

Tout en énumérant une longue liste de facteurs qui doivent être pris en considération lorsqu'il faut déterminer où l'enfant habitera, le régime de Washington accorde la plus grande importance à la relation de l'enfant avec le parent avec lequel il est destiné à habiter, y compris la question de savoir lequel des deux parents est le principal responsable des soins à donner à l'enfant¹⁵³.

Restrictions frappant les ententes parentales

La *Parenting Act* de 1987 de l'État de Washington établit quelques restrictions frappant les ententes parentales provisoires et permanentes : toutes les dispositions mentionnées plus haut sur la désignation d'un processus de règlement des différends, la répartition du pouvoir décisionnel et le calendrier de séjour de l'enfant font l'objet de ces restrictions. Ces dernières visent à garantir la protection des enfants et des parents vulnérables face aux préjudices que peuvent causer la violence, les mauvais traitements émotifs, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales.

La loi dispose que l'entente parentale ne peut exiger la prise de décisions conjointe ni la désignation d'un mécanisme de résolution des conflits autre qu'un tribunal et que le temps de séjour de l'enfant chez un parent peut être limité si ce parent a eu un des comportements suivants :

- (a) abandon délibéré qui se poursuit pendant une longue période ou le refus appréciable d'exercer ses fonctions parentales;
- (b) mauvais traitements de nature physique, sexuelle ou émotionnelle envers l'enfant;
- (c) gestes de violence conjugale au sens légal, ou voies de fait causant des lésions corporelles graves ou engendrant la crainte de telles lésions¹⁵⁴.

Le temps de séjour chez un parent est également limité si celui-ci a été reconnu coupable, à l'âge adulte, d'une infraction sexuelle à une des lois de l'État en la matière¹⁵⁵. Le législateur a décidé que le séjour de l'enfant chez son père ou sa mère sera limité également si le parent habite avec une personne qui a eu un des comportements énoncés¹⁵⁶.

Toute limite imposée par le tribunal au temps de séjour de l'enfant chez un parent sera calculée raisonnablement, de manière à protéger l'enfant contre des dommages ou des mauvais traitements physiques, sexuels ou émotionnels qui pourraient découler de ses contacts avec le

¹⁵² Al. 26.09.187(3)a), *Parenting Act*.

¹⁵³ La Cour suprême de l'État, toutefois, a statué que cette disposition n'établissait aucune présomption en faveur du pourvoyeur de soins principal. In re Marriage of Kovacs (1993) 121 Wash.2d 795, 854 P.2d 629.

¹⁵⁴ Par. 26.09.191(1), al. (2)(a), *Parenting Act*.

¹⁵⁵ Al. 26.09.191(2)a).

¹⁵⁶ Al. 26.09.191(2)b). Le législateur enjoint au tribunal de limiter les contacts permis par ailleurs en application de la loi si le parent a été reconnu coupable d'être un prédateur sexuel en vertu de la disposition pertinente de la loi de l'État (2c)). Il prévoit aussi une présomption réfutable selon laquelle le parent reconnu coupable d'une infraction sexuelle prévue par une loi de l'État présente un risque pour l'enfant (2d)). Voir généralement les al. 26.09.191(2)b) à n).

parent qui demande à ce qu'il séjourne chez lui. Si le tribunal constate que la limite n'assurera pas une protection adéquate, il peut empêcher tout contact avec le parent¹⁵⁷. Dans le cas où le tribunal est convaincu que les contacts avec le parent ne causeront aucun dommage physique, sexuel ou émotionnel à l'enfant et que la probabilité que les mauvais traitements se répètent est tellement faible qu'il ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'imposer des limites, le tribunal n'est pas tenu de le faire¹⁵⁸.

La loi prévoit par ailleurs que le tribunal *peut* limiter toute disposition contenue dans l'entente parentale, advenant un des facteurs suivants : a) négligence ou non-exécution appréciable des fonctions parentales; b) déficience émotionnelle ou physique à long terme qui perturbe l'exercice des fonctions parentales; c) déficience physique à long terme résultant de la toxicomanie qui perturbe l'exercice des fonctions parentales; d) utilisation abusive des conflits par un parent qui crée des risques de préjudices graves au développement psychologique de l'enfant; e) accès nié par un parent à l'enfant pendant une longue période sans raison valable; f) autres facteurs ou conduites qui, de l'avis exprès du tribunal, nuisent à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵⁹.

Le régime législatif de l'État de Washington s'intéresse non seulement à la violence comme facteur limitatif, mais il est aussi un des seuls à mentionner les facteurs qui nuiraient à la coopération dans une famille à haute incidence de conflits. C'est aussi un des rares régimes à traiter expressément des problèmes associés à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales, comme la négligence, la non-exécution appréciable des fonctions parentales et la toxicomanie. La désignation d'un mécanisme de règlement des conflits autre que le tribunal, la prise de décisions mutuelle et même le calendrier de séjour de l'enfant sont expressément limités par l'existence d'un abandon délibéré ou le refus de s'acquitter de ses responsabilités parentales, de même que des mauvais traitements physiques, sexuels ou émotionnels. La loi laisse également au tribunal un pouvoir discrétionnaire considérable pour restreindre par ailleurs le processus de résolution des différends, le partage des décisions et le calendrier de séjour de l'enfant s'il constate l'existence d'un des comportements ou préjudices visés.

Évaluation du texte législatif

Une vaste évaluation de la loi de l'État de Washington est en cours en ce moment, et les résultats n'en sont pas encore disponibles. Plusieurs petites études portent à croire jusqu'à maintenant que la loi s'est traduite par certains changements dans l'attribution du pouvoir décisionnel, sans modifier toutefois notablement les calendriers de séjour des enfants.

¹⁵⁷ Sous-al. 26.09.191(2)(m)(i), *Parenting Act*.

¹⁵⁸ Au chapitre du règlement des conflits, la loi dispose qu'un tribunal ne doit pas ordonner un mécanisme non judiciaire si une des conditions énumérées à l'art. 26.09.191 est présente ou si le tribunal estime qu'une partie n'a pas la capacité financière requise. Le législateur prévoit également que, lorsque le tribunal ordonne le recours à un mécanisme de règlement des conflits, il doit tenir compte des points suivants : a) les désaccords entre les parents qui limiteraient considérablement leur participation véritable au processus désigné; b) les souhaits ou les ententes des parents et si ces dernières sont conclues volontairement et en connaissance de cause; c) les différences entre la situation financière des parents qui peuvent nuire à leur capacité de participer volontairement à un processus donné.

¹⁵⁹ Par. 26.09.191(3), *Parenting Act*.

Au moyen de 300 dossiers, Jane Ellis a étudié les retombées de la *Parenting Act* durant ses premières années d'existence¹⁶⁰. Elle a constaté une hausse marquée du nombre d'ordonnances ou d'ententes parentales qui prévoyaient la prise de décision conjointe¹⁶¹. Les arrangements de séjour chez les deux parents avaient progressé de 3 à 20 %, tandis que la garde accordée à la mère avait baissé de 79 à 70 % et aux pères, de 18 à 10 %. Cependant, Ellis a découvert que les parents n'avaient recours qu'à un éventail limité d'horaires de séjour différents pour la semaine. Ainsi, dans 41 % des dossiers, l'enfant séjournait toutes les deux fins de semaine chez le parent avec qui il n'habitait pas et, dans 26 % des cas, s'ajoutait une journée de visite la semaine ou toutes les deux semaines. Les modalités de contact n'étaient pas notablement différentes de celles qui sont habituellement négociées dans les régimes de garde et de droit de visite.

Le docteur John Dunne, psychiatre et membre du comité de rédaction de la *Parenting Act*, a effectué une étude plus récente, mais de plus petite envergure. Elle portait sur 50 couples ayant divorcé durant la première année où les ententes parentales étaient devenues obligatoires dans l'État de Washington et sur 50 familles qui avaient vécu un divorce l'année précédente. Cette étude n'a mis en lumière aucun effet positif de la loi sur la qualité de la relation entre l'enfant et ses parents après le divorce¹⁶². Dunne fait remarquer que certaines des exigences légales spécifiques ont pu empêcher d'atteindre les objectifs, par exemple le fait que les parents doivent négocier tant une entente parentale provisoire qu'une entente permanente.

Diane Lye procède actuellement à une évaluation des conséquences de la *Parenting Act*; elle a comparé devant le Comité mixte spécial. Dans ses observations, elle a distingué l'incidence de la loi sur les parents ayant de bons moyens financiers, le temps et l'argent nécessaires pour rencontrer des experts et mettre au point des ententes qui répondent réellement à leurs besoins, d'une part, et sur les parents à faible revenu que la loi désavantage, d'autre part¹⁶³.

Propositions de l'American Law Institute

L'American Law Institute (ALI) vient de publier un projet de propositions relatives aux règles régissant les enfants en cas de dissolution de la famille¹⁶⁴. Dans ses propositions, l'organisme recommande l'adoption d'un régime parental très semblable à celui qu'a instauré la *Parenting Act* de l'État de Washington, axé fondamentalement sur les ententes parentales : l'ALI recommande que tous les parents en instance de divorce ou de séparation qui demandent une ordonnance parentale soient tenus de présenter une entente parentale. Les ententes conjointes doivent aussi être approuvées par le tribunal; si le père et la mère ne peuvent pas s'entendre, ce dernier formulera l'entente à laquelle ils seront assujettis¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Jane Ellis, « Plans, Protections, and Professional Intervention: Innovations in Divorce Custody Reform and the Role of Legal Professionals » 24 U.Mich. J.L.Ref.65 (1990).

¹⁶¹ *Ibid.* Ellis a constaté qu'il y avait eu une augmentation de 27 % avant l'entrée en vigueur de la loi, grimpa jusqu'à 69 % par la suite.

¹⁶² L'étude non publiée est décrite dans le rapport de l'American Law Institute, note 26 *supra*, p. 75.

¹⁶³ Le Comité reprend directement dans son rapport les observations de Lye : « Les personnes à faible revenu, les immigrants ou les gens pour qui l'anglais est une langue seconde sont souvent désavantagés par le système parce qu'ils ne peuvent se permettre de consacrer ni le temps ni l'argent nécessaires pour obtenir les services dont ils ont besoin pour que le système fonctionne pour eux. » *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 29.

¹⁶⁴ ALI, note 26 *supra*.

¹⁶⁵ Voir l'art. 2.06, *ibid.*

Une entente parentale doit énoncer les arrangements de garde, préciser la durée du séjour de l'enfant avec chaque parent et les détails du pouvoir décisionnel, en spécifiant quel parent doit prendre les décisions importantes relatives à l'éducation de l'enfant, aux soins de santé et à d'autres sujets d'importance. L'entente doit également désigner un mécanisme de résolution des différends.

Si les parents sont dans l'impossibilité de parvenir à une entente, l'ALI propose des critères que le tribunal devrait prendre en considération dans l'élaboration de l'entente. La répartition de la responsabilité en matière de garde doit être déterminée en fonction de la « règle d'approximation », c'est-à-dire que le tribunal effectuera cette répartition pour faire en sorte que la proportion du temps passé par l'enfant avec chacun reflète à peu près le temps que consacraient le père et la mère aux soins donnés à l'enfant avant la séparation¹⁶⁶. L'attribution du pouvoir décisionnel, par contre, doit être faite en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, compte tenu spécifiquement des éléments suivants : a) la répartition de la responsabilité de garde; b) le degré de participation de chaque parent aux décisions antérieures touchant l'enfant; c) les souhaits des parents; d) la capacité et le niveau de coopération dont les parents ont fait preuve dans la prise de décisions concernant l'enfant; e) les ententes antérieures des parties; f) l'existence de facteurs limitatifs¹⁶⁷.

Comme la loi de l'État de Washington, les propositions de l'ALI s'assortissent d'une série de facteurs qui limiteraient l'attribution de la responsabilité parentale. Il s'agit notamment des mauvais traitements, de la négligence et de l'abandon de l'enfant, de la violence conjugale, de la toxicomanie et de l'ingérence persistante dans l'exercice des droits de visite¹⁶⁸. Si un parent a commis l'un ou l'autre de ces actes, le tribunal devra imposer des limites qui seront raisonnablement calculées pour protéger l'enfant ou l'autre parent contre tout risque de préjudice. Ces limites comprennent la restriction de la responsabilité parentale, le séjour supervisé, l'échange protégé, le refus d'accorder la responsabilité parentale pour des séjours de nuit et la réussite d'un programme pour parents violents ou toxicomanes. L'ALI recommande également que le tribunal, si le parent a commis un de ces actes, ne puisse pas attribuer la responsabilité de séjour ou le pouvoir décisionnel à ce parent sans avoir conclu par écrit expressément que l'enfant et l'autre parent peuvent être adéquatement protégés.

¹⁶⁶ Art. 2.09. L'ALI explique, à la p. 114, que la norme d'approximation est conçue pour correspondre raisonnablement bien aux attentes et aux préférences véritables des parties. La façon dont les parents choisissent de partager leur responsabilité avant la rupture fait en sorte que les négociations se fondent sur leur propre vécu. L'art. 2.09 énumère plusieurs autres objectifs, dont l'obligation de s'assurer que la fréquence de contacts de l'enfant avec ses parents ne tombe pas en-deçà d'un minimum fondamental présumé, indépendamment du partage qui existait préalablement à la séparation.

¹⁶⁷ Par. 2.10(1).

¹⁶⁸ Par. 2.13(1).

II PREMIÈRE OPTION : GARDE ET DROIT DE VISITE

Actuellement, la common law au Canada est fondée sur les concepts de garde et de droit de visite ou d'accès, et ce sont ces termes ou concepts que l'on retrouve aussi bien dans la *Loi de 1985 sur le divorce* que dans la législation provinciale ou territoriale concernant les différends entre conjoints¹⁶⁹. Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur le divorce* permet au tribunal de rendre une ordonnance relative soit à la garde des enfants, soit à l'accès auprès des enfants, soit aux deux. Le paragraphe 16(4) lui permet de rendre une ordonnance relative à la garde conjointe des enfants. La *Loi sur le divorce* ne définit pas les termes de garde et d'accès avec beaucoup de précision. La garde est définie comme étant « le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache »¹⁷⁰. Le terme accès n'est pas défini, sinon pour préciser dans la version française qu'il inclut le droit de visite, mais le paragraphe 16(5) prévoit que « l'époux qui obtient un droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant », sauf ordonnance contraire du tribunal.

La *Loi sur le divorce* prévoit que les décisions relatives à la garde et à l'accès doivent être prises uniquement en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Les lois provinciales relatives à la garde et à l'accès ont aussi comme principe directeur le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce critère est abordé dans la partie qui suit.

La première option de réforme de la *Loi sur le divorce* serait de continuer à travailler avec ce modèle fondé sur la garde et le droit de visite. On retiendrait la terminologie actuelle tout en précisant les aspects particuliers de la *Loi* qui nécessitent une réforme. Ainsi, cette option permettrait d'envisager la possibilité (1) de mieux définir l'intérêt de l'enfant afin de dresser une liste plus complète de facteurs à considérer, (2) d'inclure une liste des différentes responsabilités parentales, (3) d'incorporer une référence aux ententes de partage des responsabilités parentales et (4) d'incorporer une référence aux services de règlement des conflits et autres services en matière de divorce.

L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Aux termes de la *Loi de 1985 sur le divorce*, le seul critère dont le tribunal doit tenir compte pour déterminer la question de la garde et de l'accès est l'intérêt de l'enfant. Le paragraphe 16(8) de la *Loi sur le divorce* stipule qu'en rendant une ordonnance relative à la garde et à l'accès, « le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation ».

Aux termes du paragraphe 16(9), « le tribunal ne tient pas compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère ». Le paragraphe 16(10) prévoit de plus qu'en rendant une ordonnance relative à la garde ou à l'accès, « le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact ».

¹⁶⁹ Voir note 3.

¹⁷⁰ Paragraphe 2(1), *Loi sur le divorce*.

De nombreux observateurs ont fait remarquer que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant était trop vague et fournissait aux tribunaux trop peu d'indications quant aux facteurs qu'ils devaient prendre en compte, leur permettant ainsi de rendre des décisions fondées sur leurs opinions personnelles¹⁷¹. Certains ont proposé tout simplement de rejeter ce critère, alors que d'autres ont fait valoir qu'il pouvait être précisé, soit en articulant des présomptions, soit en dressant une liste plus exhaustive de facteurs à considérer.

Nous retiendrons ici cette deuxième possibilité — dresser une liste plus élaborée de facteurs à examiner pour déterminer quel est le véritable intérêt de l'enfant. Nous examinerons les propositions mises de l'avant par le Comité mixte spécial, de même que les facteurs qui sont présentement articulés dans la législation provinciale ainsi que les recommandations formulées par l'Association du Barreau canadien et les efforts déployés par d'autres administrations en vue d'élaborer une définition plus satisfaisante de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Recommandations du Comité mixte spécial

Le Comité mixte spécial a recommandé que la *Loi sur le divorce* soit modifiée afin d'inclure une liste de facteurs à considérer en vue de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est noté dans le rapport que selon de nombreux témoins, « la présence d'une liste de critères directeurs améliorerait la prévisibilité des résultats et encouragerait l'examen des facteurs considérés particulièrement importants pour le bien-être de l'enfant¹⁷² ». Le Comité a recommandé la liste suivante de critères :

- 16.1 la solidité, la nature et la stabilité des relations qui existent entre l'enfant et les personnes habilitées à exercer les responsabilités parentales à son égard ou à demander une ordonnance en ce sens;
- 16.2 la solidité, la nature et la stabilité des relations qui existent entre l'enfant et les autres membres de sa famille qui habitent avec lui, d'une part, et les personnes qui s'occupent de lui et de son éducation, d'autre part;
- 16.3 les points de vue de l'enfant, lorsqu'ils peuvent être raisonnablement définis;
- 16.4 la capacité et la volonté de chaque demandeur d'ordonnance de pourvoir à l'éducation de l'enfant, à son développement, aux nécessités de sa vie et à ses besoins spéciaux;
- 16.5 les liens culturels et la religion de l'enfant;

¹⁷¹ Pour une critique relative au critère de l'intérêt véritable de l'enfant, voir Robert Mnookin « Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy » (1975) 39 *Law and Contemp. Probs.* 226, Jon Elster « Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child » (1987) 54 *Chicago Law Review* 1, Mary Ann Glendon « Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law » (1986) 60 *Tulane Law Review* 1365.

¹⁷² *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 43.

- 16.6 l'importance et l'avantage pour l'enfant de la responsabilité parentale conjointe, permettant aux deux parents de demeurer activement présents dans sa vie après la séparation;
- 16.7 l'importance des rapports entre l'enfant, ses frères et sœurs, ses grands-parents et les autres membres de la famille élargie;
- 16.8 les ententes parentales proposées par les parents;
- 16.9 la capacité pour l'enfant de s'adapter aux ententes parentales proposées;
- 16.10 la volonté et la capacité de chacune des parties de faciliter et d'encourager une relation étroite et continue entre l'enfant et l'autre parent;
- 16.11 tout antécédent prouvé de violence familiale perpétrée par la partie réclamant une ordonnance parentale;
- 16.12 aucun des deux parents ne doit bénéficier d'un traitement de faveur fondé exclusivement sur son sexe;
- 16.13 la volonté démontrée par chaque parent d'assister aux séances prescrites d'éducation des parents;
- 16.14 tout autre facteur jugé pertinent par le tribunal dans un conflit donné relatif à l'exercice conjoint du rôle de parent¹⁷³.

Cette liste de critères pose certaines limites à notre première option, à savoir une réforme de la *Loi* dans le cadre du régime actuel de garde et d'accès. La liste de facteurs suggérés par le Comité mixte spécial présuppose d'autres changements à la *Loi*, notamment en ce qui a trait au partage des responsabilités parentales et aux ententes parentales. La présente option de réforme exclut le premier de ces changements, qui sera discuté plus loin dans le cadre de la troisième option. Quant aux ententes parentales, il s'agit d'une question connexe mais distincte qui pourra être incluse ou non dans la présente option, ainsi que l'élaboration du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, selon la décision stratégique qui sera prise à ce sujet.

Il y a aussi lieu de noter que la liste dressée par le Comité mixte spécial ne fait aucune référence à la continuité des rapports ou aux rapports antérieurs avec l'enfant. Il s'agit d'une omission significative, et l'importance de ce facteur pour la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant est discutée plus loin.

Autres facteurs possibles

La *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario fournit une liste plus complète de facteurs à considérer pour définir l'intérêt supérieur de l'enfant et déterminer les questions de

¹⁷³ Recommandation 16, *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 45.

garde et d'accès. Le paragraphe 24(2) de la *Loi* stipule que le tribunal « étudie 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 voie de 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 proposé en ce qui concerne l'éducation de l'enfant et les soins à lui donner;
- f) le caractère permanent et stable de la cellule familiale où l'enfant serait éventuellement placé;
- g) 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 »¹⁷⁴.

Dans ses recommandations, la Section nationale du droit de la famille de l'ABC a suggéré une liste de facteurs qui inclut tous ceux qui sont énumérés dans la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, ainsi que les suivants :

- la capacité de chaque personne demandant la garde ou un droit d'accès d'agir comme père ou mère et de s'acquitter des responsabilités parentales définies dans la présente loi;
- le rôle joué par chacune des personnes cherchant à obtenir la garde dans les soins donnés à l'enfant depuis sa naissance;
- tout acte de violence familiale perpétré par l'une ou l'autre des parties demandant à obtenir la garde ou un droit d'accès;
- l'importance et l'avantage pour l'enfant d'entretenir des relations suivies avec ses parents.

¹⁷⁴ Le paragraphe 31(2) de la *Newfoundland Children's Act* contient la même liste de critères pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 30 de la *Loi sur l'enfance* du Yukon inclut une liste de facteurs très semblables, sauf pour les liens du sang ou les liens découlant de l'adoption, tout comme le paragraphe 129(2) de la *Children and Family Services Relations Act* du Nouveau-Brunswick.

Ces exemples n'épuisent en aucune façon la liste des facteurs possibles qui pourraient servir à définir le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, la recommandation de l'Association du Barreau canadien est utile pour définir ce critère dans le cadre de notre première option. En effet, contrairement aux recommandations du Comité mixte spécial, l'explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant s'applique directement au régime actuel fondé sur le droit de garde et le droit d'accès. La recommandation de l'ABC permet d'élaborer la définition déjà incluse dans la législation provinciale en y ajoutant plusieurs facteurs importants.

D'abord, elle ajouterait une référence aux responsabilités parentales, et viserait ainsi à assujettir le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant à une articulation de la responsabilité parentale (nous discuterons de ce point plus en détail dans la section qui suit). Cela respecte manifestement le principe directeur général qui consiste à promouvoir une approche axée sur l'enfant en mettant l'accent sur les responsabilités plutôt que sur les droits des parents.

Deuxièmement, elle ajouterait une référence à la violence familiale, respectant ainsi le principe directeur qui consiste à protéger les enfants contre la violence et les mauvais traitements.

Troisièmement, elle ajouterait une référence à l'importance, pour l'enfant, de maintenir des liens continus avec son père et sa mère, ce qui respecterait le principe directeur général à l'effet de promouvoir le maintien de relations significatives avec les deux parents après le divorce.

Enfin, elle ajouterait une référence aux soins donnés à l'enfant. L'importance de ce facteur dans la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant est discutée plus en détail un peu plus loin.

La continuité des soins

Plusieurs des entités administratives qui ont dressé une liste de facteurs à considérer pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ont inclus celui de la continuité des soins et du rôle qu'entend jouer à ce chapitre chaque personne demandant la garde de l'enfant.

Même si la législation provinciale ne mentionne pas spécifiquement la question des soins dispensés dans le passé, plusieurs lois provinciales contiennent des dispositions visant la continuité et la stabilité. Par exemple, la loi du Nouveau-Brunswick fait référence à « l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin ». Les lois de l'Ontario et de Terre-Neuve font toutes deux état de « la durée de la période pendant laquelle l'enfant a vécu dans un foyer stable » et de « la capacité et la volonté de chaque personne qui demande 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 ».

Principal pourvoyeur de soins ou soins antérieurs

Aux États-Unis, seule la Virginie occidentale applique une présomption judiciaire en faveur du principal pourvoyeur de soins, mais il est spécifiquement requis dans plusieurs entités administratives de tenir compte des soins prodigués par le passé avant de prendre des décisions sur le partage des responsabilités parentales. La loi de la Louisiane exige de prendre en compte [Traduction] « la responsabilité exercée auparavant par chacune des parties relativement aux soins et à l'éducation de l'enfant ». En vertu de la loi du New Jersey, il faut prendre en considération [Traduction] « la quantité et la qualité du temps passé avec l'enfant avant la séparation et après ». En Virginie, il faut considérer [Traduction] « le rôle que le père et la mère

ont joué et joueront dans l'éducation et les soins donnés à l'enfant¹⁷⁵ ». Au Minnesota, la loi prévoit que le tribunal, en déterminant quel est le véritable intérêt de l'enfant, devrait tenir compte du principal pourvoyeur de soins, mais que cela ne devrait pas constituer une présomption. Plusieurs autres États exigent que les tribunaux tiennent compte des soins donnés par le père et la mère avant de rendre une ordonnance de garde conjointe ou exclusive¹⁷⁶. La *Parenting Act* de l'État de Washington oblige le tribunal chargé de déterminer les modalités entourant la résidence de l'enfant à accorder toute l'attention requise à [Traduction] « la qualité, la nature et la stabilité relatives de la relation entre l'enfant et chacun de ses parents, et à vérifier si l'un ou l'autre a assumé une plus grande part de responsabilité relativement aux soins donnés en réponse aux besoins quotidiens de l'enfant¹⁷⁷ ».

Principe du rapprochement

Récemment, la question de la continuité a été abordée sous l'angle d'un nouveau concept, celui du rapprochement¹⁷⁸. En vertu de cette règle, les ententes relatives au partage des responsabilités parentales après la séparation ou le divorce devraient se rapprocher des arrangements qui existaient à cet égard entre le père et la mère avant la séparation ou le divorce. L'American Law Institute a récemment recommandé que cette règle serve de base pour l'attribution de la responsabilité relative à la garde. L'institut est d'avis que cette mesure peut favoriser l'atteinte de plusieurs objectifs importants, notamment des ordonnances plus prévisibles et plus aisées à rendre, tout en préservant une plus grande stabilité pour l'enfant. Elle permet de prendre en compte la façon dont les soins étaient prodigués dans le passé et d'en reconnaître l'importance en faisant en sorte que la famille reconstituée après le divorce se rapproche de ce modèle.

[Traduction]

La règle du rapprochement est conçue de manière à correspondre assez fidèlement aux attentes et aux préférences des parties... Les choix que les conjoints ont faits dans le partage des responsabilités lorsqu'ils vivaient ensemble viennent ancrer les négociations dans leur propre expérience vécue¹⁷⁹.

L'institut reconnaît que ni la vie de l'enfant, ni celle du père ou de la mère ne peuvent être les mêmes après la séparation. La séparation oblige les conjoints à modifier leurs horaires de travail et à assumer d'autres obligations afin de prendre soin de leurs enfants. Il faut donc que l'approche soit souple et ne tente pas de simplement reproduire les arrangements parentaux qui

¹⁷⁵ Voir aussi le Vermont et l'Arizona.

¹⁷⁶ Voir ALI note 26 *supra*, p. 154.

¹⁷⁷ Article 26.09.187(3)(i) de la *Parenting Act* de l'État de Washington. La Cour suprême de l'État a statué que cette disposition n'équivalait pas à une présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins : *Kovacs c. Kovacs*, 854 P.2d 629. (Wash. 1993).

¹⁷⁸ L'idée du principe ou de la règle du rapprochement a été formulée pour la première fois par Elizabeth Scott dans « Pluralism, Parental Preferences and Child Custody » (1992) 80 Cal.L.Rev. 615.

¹⁷⁹ Voir ALI note 26 *supra*, p. 114.

existaient avant la séparation. Il s'agit plutôt de se servir de ces arrangements comme base pour restructurer la relation parentale¹⁸⁰.

Importance de la continuité

Les notions de soins antérieurs, de principal pourvoyeur de soins ou de rapprochement ont toutes pour but d'accorder l'importance voulue à la continuité des soins dont l'enfant a besoin après la séparation et le divorce. Même si différents régimes juridiques traitent de ce facteur de manière très variée, soit en créant une présomption, soit en l'incluant dans une liste de facteurs, il y a un consensus très large sur le fait que la stabilité et la continuité doivent au moins être prises en compte lorsqu'on examine les besoins des enfants après la séparation et le divorce.

Le gouvernement fédéral canadien reconnaît l'importance de la continuité et de la stabilité. Dans le document *Stratégie de réforme*, le gouvernement formule le principe général selon lequel « il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de conclure les ententes de partage des responsabilités parentales les plus propices au développement ainsi qu'à la santé et à la *stabilité* émotives de l'enfant, de même qu'à son intégrité physique, compte tenu de son âge et du stade de son développement¹⁸¹ » (C'est nous qui soulignons.).

Étant donné le principe directeur général voulant qu'il n'existe pas de modèle de partage des responsabilités parentales après la séparation qui soit valable pour tous les enfants, et qu'en conséquence il n'y a pas lieu d'introduire une présomption en faveur d'un modèle en particulier, on ne peut réformer la *Loi sur le divorce* de manière à inclure une présomption en faveur du premier pourvoyeur de soins. Par contre, rien n'interdit d'en tenir compte comme *facteur* permettant de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Au contraire, tout indique qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de considérer ce facteur, et qu'il devrait être inclus dans la liste de facteurs devant servir à expliciter le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La règle des parents coopératifs

Le paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce*, souvent appelé la règle des « parents coopératifs », établit le principe selon lequel « l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt », et exige que le tribunal tienne compte de la volonté de chaque époux de faciliter les contacts entre l'enfant et l'autre époux. Cette disposition part du principe voulant qu'il est avantageux pour l'enfant de conserver le maximum de contacts avec ses deux parents après la séparation et le divorce.

Le principe est controversé. Plusieurs commentateurs ont fait valoir que la règle des parents coopératifs pouvait être injuste ou dangereuse dans un contexte de violence familiale, quand l'un des époux craignant la violence de l'autre se tait de peur de compromettre ses chances d'obtenir

¹⁸⁰ Comme nous l'avons indiqué dans les notes 162-168, les recommandations de l'American Law Institute ont été formulées dans le cadre spécifique du remplacement des notions de garde et de droit de visite par un régime fondé sur les ententes parentales et l'attribution de la responsabilité relative à la garde et à la prise de décision. Selon l'institut, la règle du rapprochement ne devrait s'appliquer que pour l'attribution de la responsabilité relative à la garde. Toutefois, l'idée de prendre en compte les soins prodigués dans le passé et de tenter de se rapprocher le plus possible des arrangements parentaux qui existaient avant la séparation pourrait aussi s'appliquer à un régime fondé sur la garde et l'accès, soit comme présomption ou simplement comme facteur à considérer.

¹⁸¹ *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*, p. 6.

la garde¹⁸². D'autres sont d'avis que cette disposition vise à promouvoir un principe important, celui du droit d'un enfant de demeurer en contact avec ses deux parents.

Certains commentateurs ont avancé que la *Loi sur le divorce* devrait contenir une présomption en faveur du maintien de la relation entre l'enfant et ses parents. Par exemple, Miklas et Bala ont plaidé que [Traduction] « il devrait y avoir une présomption selon laquelle il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il ait des contacts fréquents et prévisibles avec ses deux parents, selon un horaire qui s'accorde avec ses besoins de développement, à moins qu'il puisse être démontré que cela constitue un risque considérable pour son bien-être physique ou émotif¹⁸³ ». Selon ces auteurs, le maintien de cette relation serait un droit de l'enfant. Tout en favorisant un principe semblable, cette présomption serait différente de la règle actuelle des parents coopératifs dans la mesure où elle [Traduction] « impose moins de 'biais' au processus de litige et de négociation en réduisant la pression qui s'exerce sur l'un des époux pour démontrer sa volonté de faciliter l'exercice du droit de visite dans un différend portant sur la garde¹⁸⁴ ».

Le Comité mixte spécial a jugé que les arguments pour et contre la règle actuelle des parents coopératifs avaient chacun leur mérite respectif, et a recommandé que « le principe d'un maximum de communication soit inclus dans la liste des critères utilisés pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant proposée par le Comité et soit ajouté à la *Loi*. Ainsi, le principe du maximum de communication serait pris en considération par les juges et les parents, mais pourrait être pondéré par d'autres critères importants relatifs à l'intérêt de l'enfant¹⁸⁵ ».

La recommandation du Comité mixte spécial a beaucoup de mérite. Contrairement à la position mise de l'avant par Miklas et Bala, cette option est conforme à la recommandation du Comité mixte spécial, avalisée par le gouvernement fédéral, de ne pas introduire de présomption dans la *Loi*. De plus, en ajoutant ce principe général du maximum de communication à la liste des facteurs définissant l'intérêt supérieur de l'enfant, on permettrait aux tribunaux de jauger différents facteurs contradictoires. Ainsi, la facilitation du contact avec l'autre époux ne serait plus un facteur isolé, mais il serait plutôt tenu compte du fait qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un contact avec ses deux parents, et ce facteur, comme l'a fait remarquer le Comité mixte spécial, serait évalué à la lumière d'autres critères également importants. En particulier, les tribunaux pourraient apprécier le principe du maximum de communication par rapport à d'autres principes directeurs, comme l'importance de protéger les enfants contre la violence, les conflits et les mauvais traitements.

Par ailleurs, on pourrait modifier la *Loi sur le divorce* de manière à y inclure une déclaration de principe générale encourageant le maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents après le divorce. Cette déclaration pourrait faire l'objet d'un article général ou faire partie d'une liste de responsabilités parentales, comme nous l'indiquons dans la section qui suit. S'il s'agit d'une déclaration générale, il serait toutefois important que le principe du maximum de communication soit assujéti à l'intérêt supérieur de l'enfant, sinon on risque d'être confronté aux mêmes problèmes qu'avec la règle actuelle des parents coopératifs. De plus, les principes directeurs

¹⁸² Susan Boyd, « Whither Feminism? The Department of Justice Public Discussion Paper on Custody and Access » (1995) 12 Can.J.Fm.L. 357.

¹⁸³ Bala et Miklas, note 4 *supra*, p. 136.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 136.

¹⁸⁵ *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 52.

indiquent clairement que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant doit demeurer au centre de la réforme et que le maintien et le développement des relations entre l'enfant et ses deux parents doivent être favorisés seulement si « c'est possible de le faire en toute sécurité et dans un contexte positif ».

Évaluation

Même si le fait d'inclure une telle liste de facteurs dans la *Loi* fournirait vraisemblablement des directives plus claires aux tribunaux, cette liste [Traduction] « accorderait aussi invariablement aux juges autant de discrétion et de souplesse qu'une déclaration de principe plus succincte, puisque les facteurs ne sont pas classés par ordre d'importance, et qu'il est clairement dit que la liste n'est pas exhaustive et que les facteurs ne sont que des circonstances *parmi d'autres* dont le tribunal doit tenir compte¹⁸⁶ ». L'American Law Institute a récemment noté que [Traduction] « au cours de la dernière décennie, on a généralement tenté de rendre le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant plus concret en précisant les facteurs à considérer pour l'appliquer. Toutefois, l'énumération détaillée des multiples facteurs qui déterminent l'intérêt supérieur de l'enfant ne nous fournit guère plus de certitude si ces facteurs ne sont pas classés par ordre de priorité¹⁸⁷ ». Il est aussi important de noter qu'en pratique, les différences entre les législations provinciales, territoriales et fédérale n'ont pas d'effets vraiment importants même s'il existe des différences considérables quant aux détails fournis¹⁸⁸.

Il n'y a donc pas lieu de croire qu'une explicitation détaillée du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant permettra vraiment d'augmenter la prévisibilité du résultat des différends entourant la garde et ainsi de les réduire.

Sur un plan plus général toutefois, l'inclusion d'une liste plus précise de facteurs pourrait fournir de précieux conseils aux ex-époux qui tentent de restructurer le partage de leurs responsabilités parentales sans recourir aux tribunaux. Dans la mesure où la réforme vise des objectifs pédagogiques et cherche à fixer des normes, elle attirerait ainsi leur attention sur les facteurs particuliers qu'ils devraient prendre en compte en redéfinissant leurs responsabilités parentales respectives après le divorce. De même, l'explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant aurait pour avantage d'indiquer aux tribunaux les types de facteurs à considérer et à soupeser dans chaque cas.

LES RESPONSABILITÉS PARENTALES

Le régime actuel axé sur la garde a été critiqué car il met l'accent sur les droits des parents à l'égard de leurs enfants plutôt que sur leurs responsabilités envers eux. Certains ont fait valoir que l'idée de responsabilité parentale est davantage axée sur l'enfant en attirant l'attention sur les besoins de l'enfant et sur la responsabilité qui incombe aux parents de satisfaire ces besoins. Même si cette idée de responsabilité parentale est à la base des solutions de rechange au modèle fondé sur la garde et l'accès qui sont proposées dans la deuxième et la troisième option, elle pourrait être incorporée au régime actuel axé sur la garde et l'accès. Ainsi, la *Loi sur le divorce*

¹⁸⁶ Bala et Miklas, note 4 *supra*, p. 12.

¹⁸⁷ American Law Institute, note 26 *supra*, p. 3.

¹⁸⁸ Bala et Miklas, note 4 *supra*, p. 13.

pourrait être modifiée si on y ajoutait une référence aux responsabilités parentales ainsi qu'une définition.

La Section nationale du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien, dans son mémoire présenté au Comité mixte spécial, recommandait de modifier la *Loi sur le divorce* en y ajoutant une description des responsabilités parentales. De façon plus spécifique, elle a recommandé [Traduction] « que le paragraphe 16(5) de la *Loi sur le divorce* dispose qu'à moins que le tribunal ne rende une ordonnance à l'effet contraire dans l'intérêt de l'enfant, le père et la mère ont à l'égard de leurs enfants les responsabilités suivantes :

- conserver des liens d'affection, de soins et d'appui avec l'enfant;
- subvenir aux besoins quotidiens de l'enfant, y compris le logement, la nourriture, les vêtements, les soins corporels et d'hygiène, les soins de santé, la garde et la supervision ainsi que les autres activités correspondant au niveau de développement de l'enfant et aux ressources dont dispose le père ou la mère;
- consulter l'autre parent sur les questions importantes relatives à la santé, l'éducation, la religion et le bien-être de l'enfant;
- encourager l'enfant à développer des relations interpersonnelles appropriées;
- favoriser l'accès de l'autre parent auprès de l'enfant ou passer du temps avec l'enfant tel que convenu entre les deux parents ou conformément à l'ordonnance de la cour de manière à ne pas perturber l'enfant sans raison et à ne pas causer d'inconvénient ou de coût inutile pour l'autre parent;
- exercer un jugement approprié relativement au bien-être de l'enfant, compatible avec son niveau de développement et les ressources dont dispose le père ou la mère;
- fournir à l'enfant un appui financier¹⁸⁹ ».

Évaluation

De façon générale, l'ajout d'une liste des responsabilités parentales viserait à favoriser les aspects éducatifs et pédagogiques de la réforme. Une telle liste permettrait d'attirer l'attention des époux sur des aspects particuliers de leur rôle comme parents et pourrait les aider à restructurer leurs relations et leurs tâches parentales sans recourir aux tribunaux. En principe, elle devrait aider les parents à penser d'abord aux besoins des enfants et à la responsabilité qui leur incombe de répondre à ces besoins.

Cependant, l'incorporation d'une telle liste dans le cadre législatif actuel pourrait créer un certain nombre de difficultés juridiques, et on peut douter qu'elle puisse s'inscrire dans le cadre d'un régime axé sur le droit de garde et le droit de visite.

¹⁸⁹ Section nationale du droit de la famille, Association du Barreau canadien, mémoire présenté au Comité mixte spécial.

Suivant la recommandation de la Section nationale du droit de la famille de l'ABC, la *Loi sur le divorce* préciserait que tous les parents sont investis de ces responsabilités à l'égard de leurs enfants, sauf ordonnance contraire de la cour. Même si la liste de responsabilités parentales peut sembler relativement inoffensive, elle soulèverait d'importantes questions de droit. Par exemple, quel lien y aurait-il entre ces responsabilités parentales et les droits et responsabilités découlant des ordonnances relatives à la garde et au droit de visite? L'ajout de cette liste de responsabilités parentales viendrait-il modifier de façon significative les droits et les responsabilités conférés par une ordonnance de garde exclusive? Faudrait-il que ce type d'ordonnance précise que les responsabilités parentales sont conférées exclusivement au conjoint ayant la garde? Par exemple, parmi la liste des responsabilités parentales suggérées, il y a l'obligation de consulter l'autre conjoint sur les principales décisions concernant la santé, l'éducation, la religion et le bien-être de l'enfant. Cette obligation viendrait-elle restreindre l'autorité accordée par ailleurs au conjoint ayant la garde? Faudrait-il que le tribunal lui confère cette autorité de manière spécifique?

Ces questions ne sont pas accessoires, mais sont directement liées à l'attribution de l'autorité parentale dans un régime de droit de garde et de visite. L'énoncé général selon lequel les deux conjoints ont ces responsabilités envers leurs enfants constitue un pas vers un nouveau type de régime parental, mais un pas inavoué. En d'autres termes, on vise à atteindre les objectifs d'un régime parental qui met l'accent sur le maintien et le partage des responsabilités envers les enfants sans abandonner pour autant les concepts de garde et d'accès. On peut donc se demander si une liste de responsabilités parentales est compatible avec le régime actuel fondé sur la garde et l'accès ou si elle peut s'y arrimer. Il faut insister sur le fait que cet argument ne vise pas à nier la possibilité d'inclure une liste de responsabilités parentales dans le cadre de cette option de réforme, mais à souligner les problèmes que cela pose dans un régime qui continuerait d'être fondé sur le droit de garde et le droit de visite.

Comme dans le cas de l'explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'ajout d'une liste de responsabilités parentales n'est donc pas susceptible de produire des résultats plus prévisibles et ainsi de réduire les litiges. Au contraire, cela pourrait les multiplier en introduisant une plus grande incertitude dans le régime fondé sur la garde et l'accès. Au-delà d'une certaine utilité pédagogique, les avantages à espérer de cette liste demeurent incertains, tout comme l'usage qu'en feraient les tribunaux au moment de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant et d'accorder le droit de garde et le droit de visite.

VIOLENCE, CONFLITS GRAVES ET EXERCICE INADÉQUAT DES RESPONSABILITÉS PARENTALES

L'un des défis que doit relever toute réforme du régime fondé sur la garde et l'accès est de protéger les enfants contre la violence, les conflits et les mauvais traitements. L'actuelle *Loi sur le divorce* ne contient aucune disposition particulière concernant la violence, les conflits graves ou l'exercice inadéquat des responsabilités parentales, ainsi que la résolution des différends entourant la garde et le droit de visite. Dans cette partie, nous examinerons les modifications qui pourraient être apportées à la *Loi sur le divorce* afin d'y introduire une référence à ces questions dans le cadre du régime actuel fondé sur la garde et l'accès.

La violence

Il s'agit de déterminer comment tenir compte de la présence ou du risque de violence pour résoudre les différends relatifs au partage des responsabilités parentales, et comment la *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée à cette fin. Nous examinons deux options de réforme : (1) inclure la violence familiale comme élément du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant; (2) inclure des dispositions particulières précisant les mesures que les tribunaux doivent prendre en cas de violence familiale. Nous examinons ensuite les conditions qui pourraient s'appliquer à l'exercice du droit de visite et les conséquences de la violence familiale sur les ententes parentales et les services à l'intention des personnes divorcées.

Il y a lieu de noter que toute stratégie de réforme qui viserait spécifiquement la violence familiale en lien avec le règlement d'un différend relativement à la garde ou à l'accès pourrait inclure une référence aux éléments de preuve requis en matière de violence familiale (comme une preuve crédible) comme nous en avons discuté plus haut¹⁹⁰.

Éléments du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée et comporter une référence à la violence familiale dans l'explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme l'ont suggéré la Section nationale du droit de la famille de l'ABC ainsi que le Comité mixte spécial.

De nombreuses administrations ont adopté cette approche, faisant de la violence et des mauvais traitements des facteurs dont il fallait tenir compte au moment de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. La *Family Law Act* de l'Australie, par exemple, comprend les éléments qui suivent :

[Traduction]

g) la nécessité de protéger l'enfant contre les souffrances physiques ou psychologiques causées ou susceptibles d'être causées (1) par l'exposition aux abus, aux mauvais traitements, à la violence ou autre comportement, ou (2) par l'exposition directe ou indirecte aux abus, à la violence ou autres comportements dirigés contre une autre personne ou pouvant l'affecter;...

i) toute violence familiale mettant en cause l'enfant ou un membre de sa famille;

j) toute ordonnance en matière de violence familiale qui s'applique à l'enfant ou à un membre de sa famille¹⁹¹.

De même, la *Domestic Relations Act* de l'État du Maine prévoit ce qui suit :

[Traduction]

L) L'existence, passée ou présente, de violence conjugale entre les parents, et les incidences de cette violence sur : (1) l'équilibre psychologique de l'enfant; (2) la sécurité physique de l'enfant;

¹⁹⁰ Voir la discussion aux notes 26-32 *supra*.

¹⁹¹ Par. 68F(2), *Family Law Act* de l'Australie, 1995.

M) Tout antécédent de violence faite à un enfant par la mère ou le père;

N) Tous les autres facteurs ayant des incidences raisonnables sur le bien-être physique et psychologique de l'enfant¹⁹².

Le New Jersey, le Michigan, le Montana, la Pennsylvanie, le Rhode Island, le Vermont et le Wyoming stipulent aussi que les tribunaux doivent tenir compte de la violence familiale lorsqu'ils ont à déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ou à rendre une ordonnance de garde. Plusieurs États stipulent aussi que l'existence avérée de violence familiale devrait être le principal facteur pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant et rendre l'ordonnance de garde¹⁹³.

Le paragraphe 31(3) de la *Children's Law Act* de Terre-Neuve porte directement sur la question de la violence :

[Traduction]

Lorsqu'il évalue les capacités parentales d'une personne, le tribunal vérifie si cette personne s'est déjà comportée de manière violente envers :

- a) son époux ou son enfant;
- b) le père ou la mère de son enfant;
- c) un autre membre du ménage.

Par ailleurs, le tribunal ne doit prendre en compte le comportement passé de la personne que s'il estime qu'il a une incidence sur ses capacités parentales¹⁹⁴.

Cette disposition pourrait servir de modèle pour inclure une référence à la violence dans la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la *Loi sur le divorce*.

Cette inclusion de la violence comme facteur à prendre en compte pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant constituerait une nette amélioration par rapport au régime actuel. Cependant, elle a l'inconvénient de ne pas préciser de quelle manière la violence devrait être prise en compte.

¹⁹² Par. 1653(3), *Domestic Relations Act* de l'État du Maine.

¹⁹³ En Iowa, [Traduction] « un passé avéré de violence familiale... l'emporte » sur tout autre facteur pour accorder la garde. Iowa Code Ann. S.598.41(2)(c) (West Supp. 1997). En Géorgie, la loi prévoit que si le tribunal a conclu à l'existence de violence familiale, il doit [Traduction] « tenir compte en tout premier lieu de la sécurité et du bien-être de l'enfant et de l'adulte victime de violence familiale ». (Ga.Code Ann S.19-9-1(2) (Supp. 1997).

¹⁹⁴ Paragraphe 31(3), *Children's Law Act* de Terre-Neuve. Il y a plusieurs années, la législature de l'Ontario adoptait des modifications à la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, mais celles-ci ne sont jamais entrées en vigueur. Une de ces modifications, très semblable à la disposition de la loi terre-neuvienne, visait directement la violence : [Traduction] « Lorsqu'il évalue les capacités parentales d'une personne, le tribunal vérifie si cette personne a déjà usé de violence envers son époux ou son enfant, le père ou la mère de son enfant ou un autre membre du ménage », article 77 modifiant le paragraphe 24(3) de la L.P.R.D.E.

Dispositions spécifiques visant la violence familiale

Par ailleurs, la *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée et inclure des dispositions plus précises sur l'incidence de la violence familiale.

Présomptions et principes

L'approche retenue par certaines administrations a été d'établir une présomption réfutable ou simple comme quoi la violence est incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant ou milite contre l'attribution de la garde de l'enfant à l'auteur de la violence. C'est ce qu'ont fait bon nombre d'administrations américaines, et plusieurs présument également qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'accorder la garde exclusive de celui-ci à l'auteur de violence familiale¹⁹⁵. On retrouve une présomption militante contre l'attribution de la garde conjointe en cas de violence familiale avérée en Arizona, au Colorado, en Floride, en Idaho, en Iowa, au Minnesota, au Texas et à Washington D.C. Il y a une présomption contre l'attribution tant de la garde exclusive que de la garde conjointe en cas de violence familiale en Alabama, au Delaware, à Hawaï, en Oklahoma et dans le Dakota du Nord¹⁹⁶.

L'un des principes directeurs sur lesquels s'appuie la réforme est la reconnaissance du fait qu'il n'existe pas de modèle idéal applicable à tous les enfants en ce qui concerne l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. En effet, le gouvernement du Canada et le Comité mixte spécial conviennent « qu'aucun modèle d'arrangement entre les parents après le divorce ne sera idéal pour tous les enfants et rejette[nt] le recours à toute présomption légale¹⁹⁷ ». Cette position a été adoptée notamment en ce qui a trait aux présomptions en faveur de certains arrangements parentaux comme la garde conjointe ou la préséance donnée au principal pourvoyeur de soins. Le Comité mixte spécial était d'avis que toute présomption de cette nature pourrait occulter les différences significatives qui existent entre les familles, ou encore avoir pour effet d'obliger des familles, par ailleurs capables de conclure un arrangement amical, à faire appel au tribunal afin d'éviter l'application de la formule normalisée d'arrangement entre parents.

On pourrait conclure de cette position qu'elle exclut toute autre possibilité d'envisager le recours à une présomption, même en cas de violence. Il existe cependant des différences importantes entre les présomptions en faveur de certains arrangements parentaux comme la garde conjointe ou la préséance donnée au principal pourvoyeur de soins, et les présomptions concernant la violence. Dans le premier cas, il s'agit d'une présomption générale qui s'appliquerait aux arrangements parentaux de toutes les familles canadiennes. Dans le second cas, il s'agit d'une présomption très spécifique visant seulement les familles qui ont connu des incidences de violence. Dans les situations de violence, il y aurait lieu de considérer que les enfants, de façon générale, n'ont aucun intérêt à continuer d'être exposés à une mère ou à un père violent, ou du moins pas sans supervision. Il est donc tout à fait justifié de conclure que la position générale contre les présomptions légales en faveur d'un type particulier d'arrangement parental ne s'applique pas dans le cas plus précis de la violence.

¹⁹⁵ ALI, note 26 *supra*, p. 219.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 219-221.

¹⁹⁷ *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*, p. 10.

La *Loi sur le divorce* pourrait ainsi être modifiée et inclure une présomption voulant que la violence n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, une présomption contre l'attribution de la garde à la mère ou au père violent, ou les deux. La présomption pourrait aussi militer contre l'attribution de la garde conjointe en situation de violence familiale.

On pourrait aussi modifier la *Loi sur le divorce* pour y incorporer une ferme déclaration de principe contre la violence familiale, sans toutefois aller jusqu'à en faire une présomption. Ce pourrait être dans l'énoncé des objectifs généraux, ou dans le contexte de l'explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme nous l'avons indiqué plus haut. On pourrait aussi procéder par un énoncé des objectifs spécifiques en matière de violence familiale. Plusieurs administrations, l'Australie tout particulièrement, incluent de nombreux énoncés des objectifs poursuivis dans leurs textes législatifs. Ainsi, chaque division de la loi est précédée de l'énoncé de son objet. Une section distincte de la *Loi sur le divorce* portant sur la violence pourrait inclure un tel énoncé des objectifs précisant que les enfants doivent être protégés contre la violence familiale et les menaces de violence familiale. Ce serait peut-être une façon d'éviter de recourir à une présomption légale tout en indiquant aux tribunaux que la violence doit être prise au sérieux.

Ainsi, la *Domestic Relations Act* du Maine inclut la déclaration générale qui suit concernant les conclusions du législateur au sujet des relations entre les membres de la famille et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant :

[Traduction]

La législature estime que la violence familiale constitue un crime grave contre l'individu et la société, qu'elle engendre un environnement familial malsain et dangereux, donnant lieu à des mauvais traitements de plus en plus prononcés, dont des actes de violence qui se soldent souvent par un homicide au sein de la famille, et qu'elle crée un environnement peu propice au développement normal de l'enfant¹⁹⁸.

Mais on ne sait trop comment les tribunaux interpréteraient une déclaration de principe aussi générale. Par exemple, les tribunaux en tireraient-ils la conclusion, en y ajoutant la liste d'éléments à considérer pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, que l'attribution de la garde conjointe est généralement contre-indiquée dans les situations de violence familiale? Ou que l'attribution de la garde exclusive à un parent violent n'est pas sage dans les situations de violence familiale? L'un des objectifs de la réforme législative en matière de violence familiale est de « mieux sensibiliser le public et les professionnels et [de contribuer] à la formation des juges, des avocats et d'autres intervenants du système de justice ainsi qu'à celle des victimes, des auteurs de crimes et du public¹⁹⁹ ». Même si une déclaration de principe générale constituerait une nette amélioration par rapport au régime actuel en matière de violence, en indiquant clairement aux tribunaux qu'ils doivent prendre la violence familiale au sérieux, cette déclaration ne leur indiquerait pas de quelle manière la violence doit être prise en compte.

¹⁹⁸ Alinéa 1653(1)(B), *Domestic Relations Act* de l'État du Maine.

¹⁹⁹ *Stratégie de réforme* note 2 *supra*, p. 20.

Le degré de protection le plus élevé serait donc fourni par une présomption indiquant comment la violence doit être prise en compte. Il reste que toute réforme de la *Loi sur le divorce* qui ajouterait une condamnation ferme de la violence améliorerait grandement la loi actuelle. Les tribunaux conserveraient la discrétion de déterminer de quelle manière ils auraient à tenir compte d'une telle déclaration générale de principe contre la violence, mais il est bien possible que dans la pratique, si les juges prennent cette déclaration au sérieux, il y ait très peu de différence entre la présomption et la déclaration de principe.

La garde conjointe

Si le régime de la *Loi sur le divorce* axé sur la garde et l'accès continue de permettre l'attribution de la garde conjointe, la violence familiale pourrait être incluse comme facteur spécifique en limitant la pertinence. La violence familiale compromet sérieusement le climat de collaboration nécessaire à la garde partagée²⁰⁰. De plus, la garde conjointe peut engendrer des situations où l'enfant ou l'un des époux courrait de graves risques. Comme il a été noté plus haut, plusieurs administrations aux États-Unis ont établi une présomption militant contre l'attribution de la garde conjointe en cas de violence. Cette présomption fournirait la meilleure protection aux enfants.

Par ailleurs, la nouvelle *Loi sur le divorce* pourrait inclure une déclaration de principe générale comme : « L'ordonnance rendue par le tribunal ne peut prévoir la garde conjointe des enfants à charge lorsque la conduite de l'un des époux risque de leur causer un préjudice ». La *Loi* pourrait ensuite inclure la violence familiale au nombre des facteurs contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, ou simplement au nombre des facteurs que le tribunal doit prendre en compte avant de déterminer s'il est indiqué d'accorder la garde conjointe. Encore une fois, si le texte législatif inclut une ferme déclaration de principe et mentionne spécifiquement la violence familiale comme facteur que le tribunal doit prendre en compte en considérant la garde partagée, il se peut bien que dans la pratique, il y ait peu de différence entre la présomption et la déclaration de principe. Tout dépendra finalement de l'interprétation qu'en donneront les tribunaux.

La règle des parents coopératifs

Dans le cadre du régime actuel axé sur la garde et l'accès, la violence familiale aurait d'importantes conséquences pour la règle des parents coopératifs. La recherche en matière de violence familiale montre que cette règle énoncée au paragraphe 16(10) de la *Loi* est tout à fait contre-indiquée dans le cas des couples séparés ou en instance de divorce qui ont connu la violence. Si le paragraphe 16(10) devait être retenu dans la nouvelle *Loi sur le divorce*, il serait peut-être souhaitable d'ajouter une disposition particulière pour répondre aux besoins uniques de ces familles.

Par ailleurs, si le paragraphe 16(10) était incorporé à l'explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant ou reformulé sous forme de déclaration de principe générale encourageant le maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents après le divorce, il serait tout aussi

²⁰⁰ Pour une discussion détaillée, voir Lee Khachaturian « Family Violence Shared Parental Responsibilities: Dangerous Bedfellows » (1999) 44 *Wayne Law Review* 1745. Voir note 20 *supra*.

important d'ajouter une référence spécifique aux besoins uniques des familles qui ont fait l'expérience de la violence.

Conditions entourant l'exercice du droit d'accès

La *Loi sur le divorce* pourrait aussi être modifiée de manière à inclure des dispositions plus précises stipulant des conditions entourant l'exercice du droit d'accès dans les situations de violence familiale. Plusieurs États prévoient que si une ordonnance de garde ou une ordonnance attributive du droit de visite est rendue lorsque des incidents de violence familiale se sont produits, les tribunaux doivent s'assurer que les moyens de protection appropriés sont en place pour l'enfant et l'époux²⁰¹. D'autres États stipulent que les tribunaux doivent fixer des modalités entourant l'exercice du droit d'accès qui assurent la meilleure protection possible pour l'enfant et l'époux²⁰².

En certains endroits, on exige que l'accès soit supervisé lorsqu'il existe un contexte de violence familiale. En Louisiane, lorsqu'un des époux a des antécédents de violence familiale, la loi stipule que [Traduction] « le tribunal ne permet à cet époux qu'un accès supervisé auprès de l'enfant, à la condition de suivre et de compléter un programme de traitement ». Au Minnesota, la loi stipule que le tribunal doit envisager les visites surveillées si l'époux qui exerce son droit de visite est visé par une ordonnance de protection en raison d'antécédents de violence familiale. Dans le Dakota du Nord, la loi prévoit que seules les visites surveillées sont permises dans le cas d'un conjoint s'étant rendu coupable d'un incident grave de violence familiale, ou lorsqu'il y a eu un contexte de violence familiale au cours de la période précédant le procès.

La *Domestic Relations Act* de l'État du Maine nous fournit un autre modèle. Cette loi comporte des dispositions détaillées sur les conditions qui doivent entourer les rapports entre parents et enfants dans un contexte de violence familiale et sur les mesures de protection particulières qui peuvent ou doivent être prises. Ainsi, la loi stipule les conditions que le tribunal peut imposer à l'exercice du droit de visite, comme ordonner que l'échange de l'enfant ait lieu dans un endroit protégé, que la visite soit supervisée et que la personne ayant commis un acte de violence familiale assume les frais de la supervision²⁰³. Le tribunal peut aussi interdire les visites avec coucher, ordonner à l'auteur d'un acte de violence familiale de participer à un programme d'intervention ou de counselling, ordonner au parent de s'abstenir de toute consommation d'alcool ou d'autre substance réglementée avant et pendant la visite. Elle stipule aussi que le tribunal peut exiger une garantie du parent coupable de violence familiale afin d'assurer le retour de l'enfant en toute sécurité²⁰⁴ ou ordonner que l'adresse de l'enfant et de la victime soit tenue

²⁰¹ Par exemple, la législation de l'Alabama prévoit que le droit de visite ne peut être accordé [Traduction] « que si le tribunal conclut que les mesures appropriées pour assurer la sécurité de l'enfant ou de l'époux victime de violence conjugale ou familiale peuvent être prises ». À Washington D.C., la loi prévoit également que le droit de visite n'est accordé que si [Traduction] « l'enfant et le parent qui en a la garde peuvent être convenablement protégés contre les torts que pourrait lui causer l'autre partie ».

²⁰² Par exemple, la loi de l'Arizona stipule que [Traduction] « le tribunal fixe des modalités entourant l'exercice du droit de visite qui assurent la meilleure protection à l'enfant et au conjoint victime de violence contre toute récidive de violence ». Des dispositions très semblables ont été adoptées au Missouri, au New Hampshire, au Dakota du Nord, au Rhode Island et au Wyoming.

²⁰³ Alinéa 1653(6)(B), *Domestic Relations Act* de l'État du Maine.

²⁰⁴ Alinéa 1653(6)(C), *Domestic Relations Act*.

secrète²⁰⁵. La loi prévoit expressément que le tribunal ne peut ordonner à la victime de violence familiale de participer à des séances de counselling conjointement avec l'auteur de la violence. Enfin, elle énumère d'autres conditions que le tribunal peut fixer s'il autorise la visite surveillée à un membre de la famille ou du ménage²⁰⁶.

La loi du New Hampshire énumère de façon similaire les mesures particulières qui peuvent être fixées par ordonnance afin de protéger les victimes de violence familiale²⁰⁷.

La *Loi sur le divorce* pourrait donc être modifiée de manière à y ajouter une liste semblable de mesures que le tribunal pourrait fixer afin de protéger les victimes de violence familiale, en mettant l'accent sur les conditions devant entourer l'exercice du droit d'accès.

Violence, ententes parentales et services

Si la *Loi sur le divorce* est modifiée, il pourrait aussi être nécessaire d'y inclure des dispositions particulières concernant la violence pour ce qui est des ententes parentales et des services de résolution des conflits, point que nous aborderons ci-dessous. Ainsi, la présence de violence pourrait constituer une exception particulière, soit à la règle voulant qu'en son absence, on s'en remette aux arrangements privés entre les parties, soit à la règle de l'éducation parentale obligatoire, soit aux deux. Ou alors on devrait peut-être fournir aux familles ayant fait l'expérience de la violence des programmes spéciaux d'éducation parentale qui répondent mieux à leurs besoins particuliers et aux défis soulevés par la séparation et le divorce. De même, dans le contexte de la médiation ou de tout autre service, la violence pourrait être un élément spécifique justifiant que l'on déroge à la règle qui consiste à encourager le règlement à l'amiable des différends. Le traitement réservé à la question de la violence dépendra toutefois des orientations politiques qui seront choisies en matière d'ententes parentales, lesquelles sont discutées plus en détail dans les parties qui suivent sur les ententes parentales et les services de règlement des conflits.

Conflits graves

Même si on a accordé une attention croissante à la nécessité d'offrir des interventions et des services appropriés aux familles vivant un conflit grave, on s'est peu préoccupé d'adapter la législation afin de répondre aux besoins de ces familles. Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'un des rares textes législatifs où l'on retrouve une référence aux types de facteurs susceptibles d'entraver la coopération dans les familles connaissant un conflit grave est la *Parenting Act* de l'État de Washington²⁰⁸. Cette loi stipule qu'en rendant une ordonnance de prise de décision conjointe dans le cadre d'une entente permanente sur le partage des responsabilités parentales, le tribunal doit examiner si les époux ont fait preuve de leur capacité et de leur volonté de collaborer ensemble aux prises de décision concernant leur enfant. Dans les articles exposant les restrictions, la loi stipule que le tribunal ne doit pas rendre une ordonnance de prise de décision conjointe lorsque la conduite du père ou de la mère est susceptible d'être préjudiciable à l'enfant, notamment [Traduction] « l'exploitation abusive du conflit par le parent,

²⁰⁵ Alinéa 1653(6)(D), *Domestic Relations Act*.

²⁰⁶ Alinéa 1653(6)(F) *Domestic Relations Act*. Voir la discussion à la note 144 *supra*.

²⁰⁷ New Hampshire N.H.Rev.Stat. Ann. S458:16.

²⁰⁸ La *Parenting Act* de l'État de Washington ne mentionne pas expressément les familles éprouvant de conflits graves.

qui risque de nuire gravement au développement psychologique de l'enfant ». Dans la loi de l'État de Washington cependant, le concept d'« entente parentale » a remplacé ceux de « garde » et d'« accès ». Pour le reste, on ne trouve guère d'autre référence et à peu près aucun précédent touchant les besoins des familles vivant un conflit grave dans le cadre du régime axé sur la garde et l'accès. Dans les lignes qui suivent, nous proposons plusieurs suggestions qui vont dans ce sens.

L'intérêt supérieur de l'enfant

L'idée voulant que l'exposition aux conflits graves cause des torts aux enfants pourrait être incorporée à l'explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Déclaration de principe générale

Autre possibilité, l'idée voulant que l'exposition aux conflits graves cause des torts aux enfants pourrait être incorporée à la *Loi sur le divorce* sous forme de déclaration de principe ou d'énoncé d'objectif, sur le modèle des dispositions de la loi de l'État du Maine relatives à la violence.

La garde conjointe

Si le régime fondé sur la garde et l'accès de la *Loi sur le divorce* continue de permettre les ordonnances de garde conjointe, les considérations que l'on retrouve dans la loi de l'État de Washington pourraient servir à restreindre les conditions dans lesquelles une telle ordonnance est appropriée. Par exemple, une des conditions pour que la garde partagée soit accordée pourrait être que les époux aient fait preuve de leur capacité et de leur volonté de collaborer ensemble, alors qu'un motif explicite pour la refuser pourrait être la conduite préjudiciable de l'un des parents à l'égard de l'enfant, y compris une exploitation abusive du conflit.

La règle des parents coopératifs

Dans le cadre du régime actuel fondé sur la garde et l'accès, l'un des problèmes qui se posent pour les familles vivant un conflit grave est la règle des parents coopératifs. Selon les recherches menées auprès de ces familles, il semblerait que la règle des parents coopératifs énoncée au paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce* soit tout à fait inadéquate pour ces familles en instance de séparation et de divorce. Si le paragraphe 16(10) est conservé dans la nouvelle *Loi*, il peut être souhaitable d'ajouter une référence spécifique aux besoins particuliers des familles éprouvant un conflit grave.

Par ailleurs, si le paragraphe 16(10) est incorporé à l'explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant ou remplacé par une déclaration de principe générale favorisant le maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents après le divorce, il serait encore une fois important d'inclure une référence aux besoins particuliers des familles éprouvant un conflit grave.

Ententes parentales et services de règlement des différends

Si la *Loi sur le divorce* est modifiée de manière à inclure une référence aux ententes parentales ou autres services destinés aux parents, il peut être souhaitable ou nécessaire d'ajouter des dispositions particulières touchant les besoins spéciaux des familles éprouvant un conflit grave, comme il en est discuté plus bas. Par exemple, si une référence aux ententes parentales ou aux services de médiation est incorporée à la *Loi*, il serait important de référer aux besoins

particuliers de ces familles. Celles-ci ne devraient pas être encouragées à conclure des ententes de partage des responsabilités parentales fondées sur la collaboration ni à résoudre leurs différends selon une formule coopérative. Ainsi, le conflit grave pourrait constituer une exception spécifique à la règle voulant que les époux soient incités à conclure des ententes parentales ou à résoudre leurs différends par la médiation.

Exercice inadéquat des responsabilités parentales

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée pour s'attaquer spécifiquement au problème de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. En vue de favoriser l'objectif général consistant à promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant et à veiller à ce que les enfants ne soient pas exposés à des comportements qui leur seraient préjudiciables, le cadre législatif pourrait tenir compte des circonstances où le comportement des parents se situe en deçà d'un certain seuil minimum, comme le fait de négliger ses enfants ou de manquer à un grand nombre de responsabilités parentales, les troubles émotifs ou les troubles de la personnalité qui entravent l'exercice des responsabilités parentales, les déficiences liées à la consommation de drogues, d'alcool ou de toute autre substance.

C'est ce que l'on retrouve aussi bien dans la *Parenting Act* de l'État de Washington que dans les recommandations de l'ALI. Même si dans l'un ou l'autre cas, on n'utilise pas expressément les termes d'« exercice inadéquat des responsabilités parentales », on y définit bel et bien les comportements des parents qui restreindraient l'attribution de la responsabilité parentale dans le cadre d'un projet d'accord parental. La loi de l'État de Washington stipule que le tribunal ne doit pas rendre une ordonnance relative à la prise de décision conjointe et que le temps durant lequel l'enfant pourra résider avec un de ses parents doit être limité si ce dernier [Traduction] « a délibérément abandonné ses enfants pendant un certain laps de temps ou a clairement refusé d'accomplir ses tâches de parent²⁰⁹ ». La loi stipule en outre que le tribunal *peut* exclure toute disposition d'un projet d'accord parental s'il y a eu a) négligence ou refus clair d'accomplir ses tâches parentales, b) une détérioration prolongée de la capacité physique ou émotive d'accomplir ses tâches parentales, ou c) une détérioration prolongée de la capacité d'accomplir ses tâches parentales résultant de la consommation d'alcool ou de drogue²¹⁰. Les recommandations de l'ALI permettraient aux tribunaux de restreindre l'attribution des responsabilités parentales s'ils concluent qu'un des époux [Traduction] « a) a maltraité, négligé ou abandonné un enfant, au sens de la loi de l'État » ou « c) a consommé de la drogue, de l'alcool ou toute autre substance de manière à nuire à sa capacité d'accomplir ses tâches parentales²¹¹ ».

Ainsi, la *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée de manière à tenir compte de ces comportements parentaux que l'on pourrait qualifier d'inacceptables.

²⁰⁹ Ces facteurs limitant l'attribution de la prise de décision conjointe ainsi que le temps de résidence de l'enfant avec un de ses parents sont énoncés aux par. 26.09.191(1) et (2) de la *Parenting Act*.

²¹⁰ Le paragraphe se termine en énonçant une disposition générale : [Traduction] « f) tout autre facteur ou conduite que le tribunal estime contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

²¹¹ Paragraphe 2.13(1) des propositions de l'ALI, note 26 *supra*, p. 210. Selon ces propositions, le tribunal devrait alors [Traduction] « fixer des limites raisonnables en vue de protéger l'enfant », et une liste des conditions ou des limites qui pourraient être imposées est également proposée.

L'intégration de la question de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales dans le régime actuel axé sur la garde et l'accès pourrait prendre les mêmes formes que celles suggérées pour ce qui est de la violence et des conflits graves. Ainsi, le comportement inacceptable pourrait constituer :

- a) un facteur dont il faut tenir compte en déterminant l'intérêt supérieur de l'enfant;
- b) un facteur faisant l'objet d'une déclaration de principe ou d'un énoncé d'objectif;
- c) un facteur militant contre l'attribution de la garde conjointe;
- d) un facteur restreignant l'application de la règle des parents coopératifs;
- e) un facteur restreignant l'application du principe selon lequel les époux doivent être encouragés à conclure des ententes parentales ou à résoudre leurs conflits par des mesures de règlement à l'amiable;
- f) tous ces facteurs à la fois.

Enfin, la *Loi* pourrait contenir une liste des conditions s'appliquant à l'exercice du droit de visite, dont l'une serait que les visites doivent être supervisées d'une certaine manière dans les situations où le comportement d'un parent est jugé inacceptable.

Évaluation

L'intégration des concepts de violence, de conflits graves ou d'exercice inadéquat des responsabilités parentales dans le cadre du régime actuel de la *Loi sur le divorce* axé sur la garde et l'accès présente donc des choix très similaires.

Facteur pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant

La violence, les conflits graves ou les comportements inacceptables pourraient constituer des facteurs que le tribunal devrait prendre en compte pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. L'inclusion de ces facteurs serait une nette amélioration par rapport au régime actuel, mais ne constitue peut-être pas la meilleure manière de protéger les enfants car elle a l'inconvénient de ne pas préciser de quelle *manière* la violence, les conflits graves ou l'exercice inadéquat des responsabilités parentales doivent être pris en compte. L'importance relative de ces facteurs au moment d'accorder la garde ou le droit d'accès continuerait de relever de la discrétion judiciaire.

Un article ou un paragraphe distinct de la Loi

La violence, les conflits graves et les comportements inacceptables des parents pourraient faire l'objet d'un article ou d'un paragraphe distinct. Le texte pourrait inclure une déclaration générale selon laquelle la violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, et préciser ensuite de quelle manière ces facteurs doivent être pris en compte.

C'est la présomption qui fournirait la meilleure protection à l'enfant. Par exemple, il pourrait y avoir une présomption contre l'attribution de la garde de l'enfant à un parent coupable de violence familiale ou qui ne s'acquitte pas adéquatement de ses responsabilités parentales. Il pourrait aussi y avoir une présomption contre l'attribution de la garde conjointe en cas de violence, de conflit grave ou d'exercice inadéquat des responsabilités parentales.

Autre solution, l'article pourrait inclure une ferme déclaration de principe selon laquelle la violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, et que le tribunal *tiendra compte* de ces facteurs en accordant la garde et le droit d'accès. Cet article pourrait fournir des directives plus claires en stipulant aussi les types d'ordonnances et de restrictions qui pourraient être appropriées dans les circonstances (comme les restrictions s'appliquant à la garde exclusive, à la garde conjointe et au droit d'accès).

Une disposition particulière comme celle-là présente l'avantage d'attirer spécifiquement l'attention des juges, des avocats et des parties sur les besoins spéciaux des enfants ayant une mère ou un père violent, des parents ayant un conflit grave ou ayant des compétences parentales insuffisantes. L'objectif visant à protéger les enfants serait mieux servi en créant une présomption comme nous l'avons mentionné, ou du moins en incluant une ferme déclaration de principe affirmant que l'exposition de l'enfant à la violence, aux conflits graves ou à l'exercice inadéquat, de la part de son père ou de sa mère, de leurs responsabilités parentales est contraire à son intérêt. Cette disposition devrait aussi faire état des difficultés particulières que ces facteurs engendrent pour la garde partagée et la règle des parents coopératifs, deux concepts qui mettent l'accent sur le maximum de communications avec les deux parents. L'objectif visant à protéger les enfants serait mieux servi en créant une présomption ou en incluant une déclaration de principe générale contre la garde partagée ou le principe du maximum de communications dans un contexte de violence, de conflit grave ou d'exercice inadéquat des responsabilités parentales de la part d'un parent.

Conditions entourant l'exercice du droit d'accès

Que la question de la violence, des conflits graves ou de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales fasse partie des facteurs à considérer pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ou qu'elle fasse l'objet d'un article spécifique, la *Loi sur le divorce* pourrait aussi être modifiée sans difficulté dans le cadre actuel fondé sur la garde et l'accès de manière à inclure une liste des conditions entourant l'exercice du droit d'accès que le tribunal pourrait fixer. Cette approche a le mérite d'inciter directement les juges, les avocats et les parties à envisager les types de restrictions et de mesures protectrices qui pourraient être prescrites.

Violence familiale et éléments de preuve nécessaires

Que la question de la violence, des conflits graves ou de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales fasse partie des facteurs à considérer pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ou qu'elle fasse l'objet d'un article spécifique, la *Loi sur le divorce* pourrait inclure des définitions de ces termes et fixer des normes de preuve comme la nécessité d'une preuve crédible pour établir l'existence de violence, de conflit grave ou d'exercice inadéquat des responsabilités parentales de la part d'un parent.

LES ENTENTES PARENTALES

Les ententes parentales sont devenues de plus en plus populaires et de nombreux spécialistes en matière de garde d'enfants et de transition familiale ont commencé à y avoir recours dans le cadre du régime actuel axé sur la garde et l'accès. Ces experts travaillent avec les parties en instance de séparation en vue de conclure un accord sur le partage des responsabilités à l'égard des enfants, et d'inscrire cet accord dans une entente parentale. L'entente elle-même évite souvent la terminologie de garde et de droit d'accès ou de visite, et attribue plutôt un certain nombre de responsabilités parentales à chacun des parents. Malgré le recours de plus en plus fréquent aux ententes parentales, celles-ci ne sont pas officiellement reconnues dans la *Loi sur le divorce*.

Le régime actuel de la *Loi sur le divorce* axé sur la garde et l'accès pourrait donc être modifié de manière à faire référence aux ententes parentales. Il faudrait alors examiner plusieurs questions connexes : (1) Les ententes devraient-elles être optionnelles ou obligatoires? (2) Quel devrait être leur contenu obligatoire? (3) Quel degré de retenue les tribunaux devraient-ils avoir à leur égard? (4) Quelles seraient leurs limites? (5) Comment pourraient-elles être modifiées?

Optionnelles ou obligatoires?

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée pour permettre aux parties de conclure des ententes parentales, ou pour obliger les époux en instance de divorce à déposer une entente parentale avant de demander au tribunal de rendre une ordonnance relative à la garde ou au droit d'accès. Une troisième possibilité serait d'accorder aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'obliger les époux en instance de divorce qui veulent obtenir une ordonnance relative à la garde ou au droit d'accès à déposer une entente parentale.

L'option obligatoire serait la plus difficile à intégrer dans le régime actuel axé sur la garde et l'accès. Les ententes parentales ont pour but d'encourager les parents à partager leurs responsabilités parentales de la manière qui correspondra le mieux aux besoins particuliers de leur famille et de leurs enfants. Un régime obligatoire, comme celui prévu dans la *Parenting Act* de l'État de Washington, vise à se soustraire à la problématique de la garde et de l'accès et à inciter les parents à partager leurs responsabilités de la manière qui correspondra le mieux aux besoins uniques de leurs enfants. Un régime qui continue de reposer sur les concepts de garde et de droit de visite pourrait certainement encourager les parents à conclure leurs propres ententes. Mais il serait difficile d'insister pour qu'ils le fassent, s'ils ne sont pas d'accord, et d'obliger ensuite les tribunaux à trancher en attribuant la garde et le droit d'accès. L'idée de l'entente parentale obligatoire est d'aller au-delà de la garde et de l'accès même lorsque les époux ne sont pas d'accord. Le régime de l'État de Washington, par exemple, enjoint les tribunaux à rendre leurs ordonnances dans les termes d'une entente parentale permanente, et précise les types de facteurs qu'ils devraient prendre en compte en partageant les responsabilités parentales dans le cadre de ces ententes.

De plus, un régime obligatoire exigerait que soit explicité le contenu des ententes, les critères à utiliser pour les réviser, les restrictions devant leur être imposées ainsi que les critères requis pour les modifier. Même si un certain nombre de ces questions peuvent être réglées lorsque les ententes sont optionnelles, les régimes optionnels n'ont généralement pas eu besoin d'être

encadrés par autant de détails législatifs. Il n'est pas certain qu'une réforme législative d'une telle envergure serait compatible avec la présente option ou qu'il y ait lieu de l'envisager.

Les ententes parentales obligatoires comportent de nombreux avantages, mais elles s'inscrivent mieux dans les options deux et trois discutées plus en détail ci-après. Pour ce qui est du régime actuel axé sur la garde et l'accès, les ententes optionnelles ou conclues par suite d'une ordonnance du tribunal sont plus appropriées.

Ainsi, il serait possible de modifier la *Loi sur le divorce* pour qu'elle permette aux époux de conclure des ententes parentales ou pour donner aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'inciter les époux à déposer une entente parentale. Ce pouvoir discrétionnaire pourrait avoir une portée générale (pour tous les parents demandant au tribunal de rendre une ordonnance relative à la garde ou à l'accès), ou il pourrait s'appliquer seulement aux demandes de garde partagée²¹².

Contenu obligatoire

Les exigences quant au contenu des ententes parentales sont plus ou moins directement reliées à leur caractère optionnel ou obligatoire. En général, les exigences sont moins nombreuses dans le cas des ententes optionnelles, et plus détaillées dans le cas des régimes obligatoires.

Par exemple, le régime australien, optionnel, n'impose aucune exigence quant au contenu. Il prévoit plutôt que l'entente parentale peut préciser : a) la ou les personnes avec qui l'enfant vivra; b) les communications que l'enfant aura avec une ou plusieurs autres personnes; c) la pension alimentaire qui sera versée; d) tout autre aspect des relations parentales. Il n'est pas nécessaire que l'entente parentale attribue le pouvoir de décision ou inclue un mécanisme de règlement des conflits.

À l'opposé, la *Parenting Act* de 1987 de l'État de Washington, un régime obligatoire, exige que l'entente précise un calendrier de résidence pour l'enfant, attribue le pouvoir de décision et inclue un mécanisme de résolution des conflits²¹³. La loi précise même de façon plutôt détaillée différentes exigences entourant chacun de ces éléments²¹⁴.

Si le régime des ententes parentales optionnelles (ou imposées à la discrétion du tribunal) était retenu, il pourrait quand même être avantageux de déterminer, de façon générale, le genre de

²¹² Comme nous l'avons déjà mentionné, un certain nombre d'administrations aux États-Unis obligent les époux qui demandent au tribunal de rendre une ordonnance de garde conjointe de déposer une entente parentale. Voir les notes 48-49 *supra*.

²¹³ Le paragraphe 26.09.184(2) de la *Parenting Act* stipule que [Traduction] « l'entente parentale permanente doit comprendre un dispositif pour faciliter le règlement des futurs conflits entre les ex-époux, attribuer le pouvoir de décision et préciser les modalités entourant la résidence de l'enfant ».

²¹⁴ Par exemple, pour ce qui est du pouvoir décisionnel, la loi stipule que l'entente parentale [Traduction] « doit attribuer le pouvoir de décision en matière d'éducation, de santé ou de religion à l'une des parties ou aux deux. Les parties peuvent incorporer des dispositions relatives à ces questions, et à d'autres, dans leurs ententes » (paragraphe 26.09.184(4), *Parenting Act*, 1987). En ce qui a trait à la résidence, la loi stipule que l'entente parentale [Traduction] « doit inclure un calendrier précisant chez lequel de leurs parents les enfants résideront à différents moments de l'année, notamment durant les congés fériés, les anniversaires des membres de la famille, les vacances et autres occasions spéciales » (paragraphe 26.09.184(5)).

questions que l'entente parentale *pourrait* inclure. La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée de manière à inclure une disposition affirmant que les époux en instance de divorce peuvent conclure une entente par laquelle ils conviennent du partage de leurs responsabilités parentales envers leurs enfants, et qui viserait notamment les modalités entourant la résidence et les contacts avec l'enfant, l'attribution du pouvoir de décision (pour les grandes questions d'ordre médical, scolaire ou religieux), les obligations alimentaires et un mécanisme de résolution des conflits²¹⁵. Même si ces questions n'étaient pas obligatoires, l'inclusion d'une telle liste dans la loi pourrait contribuer à attirer l'attention des parents sur les besoins de leurs enfants et la nécessité de collaborer ensemble en vue d'y répondre. Ainsi, de telles dispositions législatives pourraient favoriser l'atteinte des objectifs pédagogiques et incitatifs de la réforme.

Degré de retenue judiciaire

Si la *Loi sur le divorce* était modifiée pour reconnaître les ententes parentales (optionnelles, obligatoires ou à la discrétion du tribunal), il faudrait examiner dans quelle mesure les tribunaux seraient tenus de s'incliner devant ces ententes. Comme nous l'avons mentionné, en vertu de la loi actuelle, les tribunaux peuvent réviser les ententes conclues en privé par les parties au moment du divorce pour vérifier si elles sont dans l'intérêt supérieur de l'enfant²¹⁶. En pratique toutefois, ils sont extrêmement réticents à intervenir et à modifier un accord relatif à la garde convenu entre les parties.

En vertu de la loi australienne (un régime optionnel), le tribunal conserve un pouvoir discrétionnaire considérable lorsqu'il révisé les ententes parentales. La loi prévoit que l'entente serait avalisée par le tribunal, mais seulement si celui-ci, après avoir examiné toute l'information pertinente, estime qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le faire²¹⁷. Et même si l'entente est avalisée, le tribunal ne doit pas l'appliquer s'il estime que cela serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Une retenue beaucoup plus grande est recommandée par l'American Law Institute (qui recommande un régime obligatoire d'entente parentale). L'institut propose que si les époux conviennent d'une ou de plusieurs modalités relatives au partage de leurs responsabilités parentales, le tribunal devrait les avaliser à moins de conclure spécifiquement a) que l'entente n'est pas faite en toute connaissance de cause ou en toute liberté, ou b) qu'elle causerait un tort à l'enfant. Si la loi comportait une disposition allant dans ce sens, les tribunaux devraient s'incliner davantage devant les ententes parentales qu'en vertu de la loi actuelle, qui leur permet de réviser toutes les ententes privées entre les parties pour vérifier si elles servent l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans la pratique toutefois, les tribunaux répugnent à modifier les ententes convenues entre les parties. L'American Law Institute fait remarquer que les tribunaux [Traduction] « n'ont ni le temps ni les ressources voulues pour étudier de près les ententes convenues entre les époux en instance de divorce au sujet de leurs enfants, de sorte que leur examen est souvent *pro forma* ». Dans ses recommandations, l'institut souligne que les

²¹⁵ Ainsi, la référence aux ententes parentales pourrait ressembler aux dispositions de la Partie IV de *la Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario qui définissent les contrats de mariage, les contrats de cohabitation et les accords de séparation. La loi précise qu'un couple peut conclure un tel accord et énonce les questions qu'il est possible (mais non obligatoire) d'y inclure.

²¹⁶ Voir la discussion à la note 52 *supra*.

²¹⁷ Art. 63E, *Family Law Act* de l'Australie.

tribunaux sont peut-être mal placés pour trouver à redire aux opinions des parents sur ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'enfant. Les exceptions à la règle générale de retenue devraient donc porter les tribunaux à se concentrer sur les questions les plus importantes : s'assurer que l'entente est bel et bien volontaire, et qu'elle ne cause pas de tort à l'enfant.

Le degré de retenue proposé par l'American Law Institute — se retenir d'intervenir à moins que l'entente ne cause un tort à l'enfant — est élevé. Plusieurs administrations aux États-Unis ont tenté de trouver un équilibre entre la reconnaissance des ententes convenues entre les parties et la possibilité d'intervenir au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, la loi de plusieurs États prévoit que le tribunal doit rendre une ordonnance reconnaissant l'entente relative à la garde convenue entre les époux, quelle qu'elle soit, sauf si elle est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant²¹⁸. En vertu de cette exigence de retenue, il existerait donc une présomption en faveur de la reconnaissance de l'entente convenue entre les parties, à moins que le tribunal ne conclue que l'entente est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette retenue serait donc plus grande que celle de l'Australie (reconnaître les ententes seulement si elles sont dans le meilleur intérêt de l'enfant) mais moins élevée que celle proposée par l'American Law Institute (reconnaître les ententes à moins qu'elles ne causent du tort).

La loi doit fournir certaines garanties que les ententes parentales convenues entre les parties seront respectées par les tribunaux. Si l'on veut encourager les parties à régler d'elles-mêmes leurs différends et à conclure des ententes parentales, il faudra les assurer que les tribunaux ne vont pas systématiquement intervenir et rejeter ces ententes. Si celles-ci sont régulièrement renversées par les tribunaux, les parties n'auront guère d'incitatif à entreprendre les difficiles négociations devant leur permettre de conclure une entente par elles-mêmes.

Mais il existe aussi des raisons valables pour souhaiter que le tribunal conserve le pouvoir prépondérant d'annuler les ententes, ou certaines parties d'entre elles, qui seraient contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autant plus que les principes directeurs font de l'intérêt supérieur de l'enfant la pierre angulaire de toute réforme législative. L'approche retenue par plusieurs administrations aux États-Unis de reconnaître les ententes parentales conclues entre les parties à moins qu'elles soient contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant constitue peut-être alors une manière raisonnable de concilier ces intérêts divergents. On attendrait normalement que les tribunaux s'en remettent aux ententes conclues entre les parties, à moins qu'il n'existe une bonne raison pour ne pas le faire.

²¹⁸ Plusieurs États prévoient que le tribunal doit s'incliner devant une entente convenue entre les époux relative à la garde, à moins qu'elle soit contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. La loi du New Jersey précise que [Traduction] « le tribunal doit rendre une ordonnance reconnaissant toute entente relative à la garde qui a été convenue entre les deux époux à moins qu'elle ne soit contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant » (N.J.Stat. Ann S. 9:2-4(d)). La loi de la Louisiane stipule que si les époux s'entendent sur celui qui aura la garde, le tribunal doit attribuer la garde conformément à cette entente à moins que l'intérêt supérieur de l'enfant ne s'y oppose » (La.Civ.Code Ann Art.132.) La loi de Washington D.C. stipule de la même manière que le tribunal doit rendre une ordonnance [Traduction] « reconnaissant toute entente relative à la garde convenue entre les deux époux à moins d'une preuve claire et convaincante indiquant que cette entente ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant à charge » (D.C.Code Ann. S.16-911(a-2)(6)(A)). Certains États, dont la Géorgie, le Kansas et le Massachusetts, exigent que le tribunal en arrive à des conclusions spécifiques, rédigées par écrit, avant de rejeter une entente parentale.

Par ailleurs, certains textes législatifs contiennent des exceptions et des restrictions spécifiques justifiant que le tribunal intervienne et rejette une entente parentale ou une de ses dispositions. Ils sont abordés dans la partie qui suit.

Restrictions

Si la *Loi sur le divorce* était modifiée de manière à faire spécifiquement référence aux ententes parentales tout en obligeant les tribunaux à faire preuve d'une certaine retenue judiciaire devant ces ententes conclues entre les parties, il serait important de déterminer certaines restrictions quant à l'application de ces ententes.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, il serait important de considérer la pertinence de la violence, des conflits graves ou de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales au moment de réviser ou de faire appliquer les ententes parentales. Ces facteurs pourraient faire partie des considérations que le tribunal devrait prendre en compte lorsqu'il examine une entente parentale. Ou alors ils pourraient constituer des exceptions ou des restrictions spécifiques à ces ententes. Par exemple, la *Loi* pourrait préciser que les tribunaux ne devraient ou ne doivent pas reconnaître l'entente parentale, en totalité ou en partie, s'il est établi que l'un des époux s'est rendu coupable de violence physique ou émotive, s'il existe un conflit grave entre les époux ou s'il y a exercice inadéquat des responsabilités parentales de la part des parents.

Modification des ententes

Si les ententes parentales sont intégrées à la *Loi sur le divorce*, il faudra établir des règles pour permettre leur modification. Comme nous l'avons mentionné, la loi actuelle exige que la situation ait substantiellement changé pour qu'une ordonnance ou un accord entre les parties puisse être modifié²¹⁹.

Il faut se demander s'il y a lieu de suivre la même règle pour modifier les ententes parentales, qui constituent, en fait, une forme particulière d'accord de séparation.

Les dispositions relatives à la modification des ententes parentales varient considérablement selon les administrations. En Australie, la loi ne permet pas la modification d'une entente parentale qui a été reconnue par un tribunal, mais exige que les parties révoquent l'entente²²⁰. Si les deux parties veulent modifier leur entente, elles peuvent demander au tribunal de la révoquer et en conclure une nouvelle. Si seulement une des parties veut faire modifier l'entente, elle peut présenter une demande pour que celle-ci soit révoquée, demander une ordonnance relative au partage des responsabilités parentales, ou les deux à la fois²²¹.

L'American Law Institute a recommandé qu'un tribunal ne devrait modifier une entente parentale que si les parties sont d'accord, [Traduction] « à moins de conclure que l'entente n'a

²¹⁹ Si les parties veulent modifier un accord de séparation, elles doivent présenter au tribunal une demande relative à la garde des enfants conformément à l'article 16 de la *Loi sur le divorce* (ou aux dispositions applicables de la loi provinciale correspondante). Avant de modifier un accord existant, les tribunaux exigeront normalement la preuve qu'un changement important de circonstances est survenu pour justifier cette modification. Voir la discussion aux notes 55-57.

²²⁰ Art. 63D, *Family Law Act*. Voir la discussion à la note 122 *supra*.

²²¹ Par. 63H(3), par. 65D(2) *Family Law Act*.

pas été faite volontairement ou en toute connaissance de cause, ou qu'elle risque de causer un tort à l'enfant²²² ». En l'absence d'accord entre les parties, l'institut suggère que le tribunal ne devrait modifier une entente parentale que s'il constate que la situation a considérablement changé et que la modification est nécessaire au bien-être de l'enfant. Il suggère aussi que dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal devrait pouvoir modifier une entente s'il constate que celle-ci ne produit pas les résultats prévus et qu'elle est manifestement et de manière spécifique dommageable pour l'enfant, et ce, même si la situation n'a pas substantiellement changé.

Aux termes de la *Parenting Act* de l'État de Washington, le tribunal ne doit pas modifier une entente parentale à moins de constater que la situation de l'enfant ou de la partie visée par la motion a substantiellement changé et que la modification est nécessaire pour servir l'intérêt supérieur de l'enfant²²³. La loi précise en outre les critères précis qui devront être pris en compte pour modifier différents éléments de l'entente parentale. Les règles sont particulièrement strictes pour les modifications relatives à la résidence, ne permettant au tribunal de modifier le calendrier de résidence que dans des circonstances limitées, y compris lorsque les parties sont d'accord²²⁴. Les changements aux mécanismes de règlement des conflits et les modifications mineures aux calendriers de résidence ne sont permis que si la situation a substantiellement changé²²⁵.

Comme l'a fait remarquer l'American Law Institute, [Traduction] « les règles pour modifier une entente parentale doivent concilier les avantages de la stabilité et les inconvénients de la rigidité ». L'approche australienne de ne pas autoriser les modifications et d'exiger plutôt que les parties annulent leur entente et repartent de zéro est inutilement contraignante et rigide. Certaines modifications aux ententes parentales devraient être permises. Permettre qu'une entente parentale puisse être modifiée lorsqu'il y a un changement important de situation serait compatible avec les pratiques actuelles. Cette règle du changement important de situation est bien établie en droit, et pourrait facilement s'appliquer au régime des ententes parentales obligatoires ou optionnelles.

Cependant, il reste deux questions auxquelles il faut répondre. D'abord, y a-t-il d'autres restrictions qui devraient être imposées relativement à certains éléments de l'entente parentale,

²²² Section 2.19, ALI note 26 *supra*, p. 331. Il s'agit de la même règle s'appliquant à l'approbation initiale de l'entente parentale par le tribunal.

²²³ Par. 26.09.260(1), *Parenting Act*.

²²⁴ Le par. 26.09.260(2) de la *Parenting Act* stipule que le tribunal doit maintenir le calendrier de résidence de l'enfant établi dans l'entente parentale, sauf si : a) les parents conviennent de le modifier; b) l'enfant s'est intégré à la famille de la partie demanderesse avec le consentement de l'autre partie, modifiant ainsi substantiellement ce qui avait été prévu dans l'entente parentale; c) le milieu dans lequel se trouve l'enfant est préjudiciable à sa santé physique, psychologique ou émotionnelle, et que le tort susceptible d'être causé par un changement de milieu est supplanté par les avantages découlant d'un tel changement; d) le tribunal a reconnu la partie visée par la motion coupable d'outrage au tribunal au moins deux fois en trois ans pour manquement à une condition relative au calendrier de résidence ou l'a reconnue coupable d'obstruction relativement à la garde. La loi prévoit qu'une condamnation pour obstruction constitue un changement de situation important.

²²⁵ Al. (4)a)et b), *Parenting Act*. Une modification mineure du calendrier de résidence est un changement qui ne modifie pas le lieu de résidence prévu de l'enfant la plupart du temps, et qui ne dépasse pas 24 jours complets par année civile ou 5 jours complets par mois civil. Une modification mineure pourrait aussi être justifiée par un déménagement ou un changement de l'horaire de travail d'une des parties, rendant le calendrier de résidence convenu dans l'entente parentale d'application difficile.

par exemple le calendrier de résidence de l'enfant? La loi de l'État de Washington fournit un exemple intéressant d'effort visant à concilier les avantages particuliers de la stabilité de la résidence et la flexibilité requise pour s'ajuster aux nouvelles situations, et pourrait constituer un modèle utile.

Deuxièmement, la modification devrait-elle être permise si les parties sont d'accord, même en l'absence de changement important de situation? Si l'objectif poursuivi par une entente parentale est de fournir un outil flexible, conçu spécifiquement par les couples confrontés à la séparation dans le but de répondre à leurs besoins particuliers, il y a lieu de permettre aux parties de modifier leur entente de gré à gré (sous réserve des restrictions générales discutées plus haut). Les parents doivent pouvoir apporter les changements et les modifications qu'ils estiment être dans l'intérêt supérieur de leurs enfants. Les recommandations formulées par l'American Law Institute semblent donc très convaincantes. Les parents pourraient modifier leurs ententes parentales de gré à gré si la modification ne cause aucun tort à leur enfant. Autre possibilité, les tribunaux pourraient conserver plus de discrétion et permettre les modifications de gré à gré, à la condition que celles-ci soient dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Options de réforme

Les modifications particulières qu'il faudrait apporter pour réformer la *Loi sur le divorce* de manière à reconnaître les ententes parentales dépendraient des solutions que l'on donnerait aux questions que nous avons soulevées plus haut.

Facteurs pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée de manière à simplement inclure une référence aux ententes parentales dans la liste des facteurs à prendre en compte pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle mesure signalerait aux époux confrontés à la séparation et au divorce qu'ils peuvent conclure une telle entente et qu'elle serait prise en compte par le tribunal. Sans réforme additionnelle, les ententes parentales demeureraient optionnelles, et la loi ne préciserait aucune autre exigence quant à leur contenu ou à la retenue judiciaire dont les tribunaux devraient faire preuve à l'égard de ces ententes conclues entre les parties. Une telle mesure fournirait cependant peu de balises aux parties et aurait donc une valeur pédagogique limitée.

Nouvel article sur les ententes parentales

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée par l'ajout d'un nouvel article (ou paragraphe) qui donnerait plus de détails sur la valeur légale des ententes parentales. Une telle approche serait nécessaire si les ententes parentales étaient rendues obligatoires, mais elle pourrait aussi être utilisée dans le cadre d'un régime optionnel. L'article pourrait préciser le contenu obligatoire des ententes, le degré de retenue judiciaire (s'il y a lieu), les restrictions et les règles permettant de les modifier.

Il y a lieu de noter que ces deux options ne s'excluent pas mutuellement. Si un nouvel article venait s'ajouter précisant les règles entourant les ententes parentales, il pourrait aussi les mentionner comme un des facteurs à prendre en compte pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.

Résumé et évaluation

Si on devait inclure une référence aux ententes parentales dans la *Loi sur le divorce* sans modifier le régime actuel axé sur la garde et l'accès, les grands objectifs de la réforme seraient mieux servis par l'ajout d'un nouvel article portant expressément sur les ententes parentales. Une telle approche fournirait plus de balises aux parties et aux tribunaux quant à l'utilité et aux limites de ce type d'arrangement pour régler les différends autour du partage des responsabilités parentales.

Comme nous l'avons indiqué dans la discussion qui précède, les ententes parentales s'intégreraient mieux dans le régime actuel si elles demeuraient optionnelles. L'approche obligatoire cadre mal avec un régime qui s'appuie à la fin sur les concepts de garde et de droit d'accès dans les cas contestés. L'article sur les ententes parentales pourrait contenir une définition générale de la nature des ententes parentales et préciser les différentes questions pouvant faire l'objet de ce type d'entente. On favoriserait ainsi les grands objectifs pédagogiques de la réforme en attirant l'attention des parties confrontées à la séparation et au divorce sur le calendrier de résidence de l'enfant, l'attribution du pouvoir de décision et le processus de règlement des conflits.

L'article pourrait aussi préciser les critères de la retenue judiciaire (entente conclue « librement et en connaissance de cause », dans « l'intérêt supérieur de l'enfant » ou ne causant « aucun tort à l'enfant »), les exceptions (violence, conflit grave, exercice inadéquat des responsabilités parentales) et les règles pour modifier les ententes parentales.

Il a lieu de noter aussi que l'ajout d'une liste de responsabilités parentales dans la *Loi sur le divorce*, comme nous l'avons mentionné, pourrait être particulièrement utile si l'idée des ententes parentales était également intégrée au texte législatif. Malgré les autres difficultés liées à l'intégration d'une telle liste à la *Loi*, elle aurait l'avantage de fournir aux parents en instance de divorce des indications sur le type de questions pouvant et devant faire partie d'une entente parentale.

RÉFÉRENCE AUX SERVICES D'AIDE

On a consacré beaucoup d'attention ces dernières années aux différents services d'aide offerts aux personnes en instance de divorce. Ces services, allant de la médiation et l'arbitrage à l'éducation des parents et à l'évaluation de leurs capacités parentales, sont devenus de plus en plus importants pour le règlement des conflits entourant la garde des enfants. La *Loi sur le divorce* oblige actuellement les avocats à informer leurs clients de la disponibilité des services de médiation²²⁶. La *Loi* ne mentionne aucun autre service²²⁷. La question que nous posons dans la

²²⁶ Aux termes du par. 9(2) de la *Loi sur le divorce*, « Il incombe également à l'avocat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation ».

²²⁷ Le par. 9(1) oblige les avocats à discuter avec leurs clients des possibilités de réconciliation et de les renseigner sur les services de consultation ou d'orientation matrimoniales qui sont susceptibles de les aider à se réconcilier. Il ne s'agit donc pas d'une référence aux services conçus pour aider les couples qui divorcent mais plutôt aux services visant à prévenir le divorce.

présente section est la suivante : y a-t-il lieu de modifier la *Loi sur le divorce* pour inclure une référence à ces services d'aide?

Éducation des parents

Même si l'utilité des mesures visant à éduquer les parents confrontés au divorce fait de plus en plus consensus, on peut se demander s'il y a lieu de modifier la *Loi sur le divorce* afin qu'elle reconnaisse spécifiquement les cours de formation offerts aux parents ou les rende obligatoires.

Options de réforme

Programmes obligatoires

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée de manière à obliger tout parent demandant la garde ou un droit d'accès à participer à un programme de formation parentale.

Comme nous l'avons mentionné, obliger ou encourager les parents en instance de divorce à suivre des cours soulèverait des questions de compétence et de financement. Il serait difficile de rendre la participation à ces cours obligatoire aux termes de la *Loi sur le divorce* si le gouvernement fédéral n'est pas en mesure de garantir que les cours sont offerts et facilement accessibles partout au pays.

Ordonnance du tribunal lorsque disponible

Autre possibilité, la *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée pour permettre aux tribunaux d'obliger les parents à suivre des cours de formation, comme le font plusieurs entités administratives aux États-Unis. Par exemple, la loi de la Floride prévoit qu'un tribunal peut obliger les parents à suivre un cours destiné à [Traduction] « éduquer, former et aider les parents qui divorcent quant aux conséquences du divorce sur les parents et leurs enfants²²⁸ ». De même, l'American Law Institute recommande que [Traduction] « la cour devrait user de sa discrétion et n'ordonner un service que s'il est indiqué et approprié compte tenu de sa disponibilité, de sa qualité et de son coût²²⁹ ». En raison des grandes difficultés que poserait l'établissement de programmes de formation obligatoires sur le plan des compétences et des ressources, la proposition de l'American Law Institute offre peut-être la seule solution raisonnable.

La médiation et le mode amiable de règlement des conflits

La médiation est devenue une méthode de plus en plus populaire pour régler les différends relatifs au partage des responsabilités parentales. La grande majorité des conflits en droit de la famille, y compris ceux qui portent sur la garde des enfants, sont réglés sans l'intervention du

²²⁸ Fla.Stat. Ann S.61.21(2) (West.Supp. 1996).

²²⁹ ALI note 26 *supra*, p. 93.

tribunal, grâce à différents modes amiables de règlement²³⁰. De nombreux services de médiation volontaire sont disponibles partout au pays pour aider les époux en instance de divorce à régler leurs conflits entourant la garde ou l'accès²³¹. Cependant, la seule référence à la médiation que l'on trouve dans la *Loi sur le divorce* est celle, comme nous l'avons dit, qui est énoncée au par. 9(1), qui oblige les avocats à informer leurs clients de la disponibilité des services de médiation. Plusieurs provinces font référence aux services de médiation et de conciliation dans leur législation. D'autres pays, comme l'Australie, accordent une importance beaucoup plus grande à la médiation, à la consultation ou autre mode amiable de règlement des différends. Les parties confrontées à la séparation et au divorce sont incitées à recourir à ces méthodes pour essayer de régler leurs litiges avant de demander au tribunal d'intervenir²³².

La question qui se pose est de savoir si et comment la *Loi sur le divorce* peut être modifiée dans le cadre du régime actuel de la garde et de l'accès de manière à accorder une place plus importante à la médiation ou aux autres modes de règlement extrajudiciaire des conflits.

²³⁰ Comme l'équipe de révision de la justice civile de l'Ontario l'a fait remarquer, il existe déjà de nombreuses techniques de règlement extrajudiciaire des différends (RED) en droit de la famille : [Traduction] « À l'heure actuelle, il existe toute une panoplie de services de RED en place dans le domaine du droit de la famille. En certains endroits, la cour dispose de médiateurs sur place. Le nouveau tribunal unifié de la famille offre des services de médiation fournis au gouvernement par contrat. Divers organismes communautaires offrent toute une gamme de services de consultation et de médiation à des prix très variés, y compris un certain nombre de services disponibles gratuitement. L'aide juridique exige maintenant la tenue d'une rencontre de médiation avant d'autoriser le certificat permettant de s'adresser au tribunal; mais dans un grand nombre de cas, les parties paient elles-mêmes pour ces services » (Révision de la justice civile, Rapport complémentaire et final, p. 79).

²³¹ Plusieurs de ces programmes volontaires sont financés par le gouvernement et visent à aider les familles à faible revenu. Par exemple, en Alberta, un service de médiation volontaire subventionné par le gouvernement est disponible pour les parties ayant des enfants de moins de 18 ans et un revenu de moins de 40 000 \$. En Colombie-Britannique, les centres de justice familiale fournissent des services de médiation aux parents confrontés à la séparation ayant des revenus modestes. Au Manitoba, la Conciliation familiale offre des services de médiation afin d'aider les couples à régler leurs problèmes de garde et d'accès. Les personnes peuvent faire une demande elles-mêmes ou être référées par les tribunaux. En Ontario, des services de médiation sont disponibles pour régler les problèmes résultant de l'échec du mariage, la plupart comportant des frais d'utilisation variant en fonction de la capacité de payer des personnes intéressées. Ces services sont expressément autorisés en vertu de l'art. 31 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, qui permet au tribunal de nommer un médiateur dans les affaires portant sur la garde et l'accès.

²³² Comme nous l'avons mentionné, la *Family Law Act* de l'Australie encourage le recours au règlement préalable (*primary*) des conflits pour résoudre les différends familiaux en général et parentaux en particulier. La partie III de la loi invite les parties à recourir aux mécanismes de règlement extrajudiciaire des conflits comme la consultation, la médiation, l'arbitrage ou autres méthodes de conciliation et de réconciliation pour régler les questions pouvant par ailleurs faire l'objet d'une ordonnance du tribunal, à la condition que les mécanismes appropriés aux circonstances soient en place et que les procédures indiquées soient suivies. La partie VII de la loi, qui porte plus particulièrement sur les conflits entourant les enfants et l'exercice des responsabilités parentales, comprend aussi un certain nombre de dispositions encourageant le recours au mode amiable de règlement des différends. La loi mentionne le principe général selon lequel [Traduction] « les époux devraient s'entendre sur les soins futurs à donner aux enfants », et ils sont invités à [Traduction] « s'entendre sur les questions touchant leurs enfants plutôt que chercher à obtenir une ordonnance du tribunal ». La loi australienne oblige les tribunaux et les avocats à conseiller les parties sur les modes amiables de règlement des différends. Elle oblige aussi les parents à participer à une conférence en compagnie d'un conseiller familial afin de discuter de l'affaire avant qu'une ordonnance soit rendue sur le partage des responsabilités parentales. Le but de la conférence est d'explorer d'autres manières de régler le conflit. Voir la discussion aux notes 118-119 *supra*.

Options de réforme

Il y aurait différentes façons de modifier la *Loi sur le divorce* de manière à ce que les parties soient incitées, mais non forcées à envisager la médiation ou un autre mode amiable de règlement de leur différend.

Séances d'information

D'abord, si la *Loi*, comme nous l'avons indiqué, était modifiée pour enjoindre aux époux confrontés à la séparation d'assister à une séance générale d'information ou de formation, ils seraient sensibilisés par le fait même aux avantages et aux inconvénients de la médiation. Il se peut que cette séance d'information obligatoire soit suffisante pour inciter les époux à considérer la possibilité de régler leur différend relatif au partage de leurs responsabilités parentales par la médiation, et qu'aucune réforme additionnelle ne soit nécessaire.

Autre possibilité, la *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée de manière à permettre au tribunal d'exiger spécifiquement que les époux soient informés au sujet de la médiation. Selon les recommandations de l'American Law Institute, la *Loi* pourrait stipuler que [Traduction] « le tribunal pourrait informer les époux, ou exiger qu'ils s'informent au sujet de... la médiation ou autre mode de règlement extrajudiciaire pouvant les aider à conclure une entente ». L'institut recommande en outre que ces services ne devraient pas être prescrits à moins qu'ils ne soient [Traduction] « disponibles gratuitement ou à un coût raisonnable compte tenu des moyens financiers de chaque époux. Lorsque la capacité de payer d'un des époux est beaucoup plus grande que celle de l'autre, le tribunal peut lui ordonner de payer les frais de l'autre époux, en totalité ou en partie²³³ ».

Déclaration de principe

En outre (ou sinon), la *Loi* pourrait être modifiée de manière à inclure un énoncé général des objectifs visés, y compris le principe voulant que les époux soient invités à conclure leurs propres ententes. La *Family Law Act* de l'Australie comprend une déclaration de principe semblable à l'article portant sur le règlement des conflits relatifs au partage des responsabilités parentales²³⁴. Même si une telle déclaration n'aurait pas pour effet d'obliger les parties à recourir à la médiation pour régler leurs différends, elle pourrait contribuer à l'atteinte de l'objectif pédagogique de la réforme législative.

Nomination des médiateurs

Enfin, la *Loi* pourrait aussi (ou sinon) être modifiée afin de permettre aux tribunaux de nommer un médiateur dans les affaires de garde et d'accès, à la demande des parties. Les lois de l'Ontario et de Terre-Neuve pourraient servir de modèle en l'occurrence.

²³³ ALI note 26 *supra*, p. 92-93.

²³⁴ Art. 63B, *Family Law Act*.

Évaluation

À bien des égards, les tribunaux font déjà abondamment appel à toute une gamme de services destinés à inciter les parties à résoudre leurs conflits à l'extérieur de la salle d'audience. À défaut d'exiger la médiation obligatoire, on peut se demander ce que ces modifications proposées viendraient vraiment changer en pratique dans les affaires portant sur la garde et l'accès, alors que les parties se voient déjà offrir de multiples occasions de régler leurs conflits par la médiation. Il y aurait peut-être quand même certains avantages à inclure une référence à la médiation et autres services dans la *Loi sur le divorce*. Cela favoriserait d'abord l'objectif pédagogique de la réforme à ce chapitre, en incitant tous les époux en instance de séparation et de divorce à au moins songer à régler leur différend autour de la garde par la médiation. L'inclusion de ces types de services de médiation dans la *Loi sur le divorce* pourrait aussi contribuer à établir des normes nationales plus uniformes quant à la disponibilité de la médiation et autres services partout au pays.

Résumé et évaluation : services en matière de divorce

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée de manière à inclure une référence à l'éducation parentale, à la médiation ou aux deux dans le cadre du régime actuel axé sur la garde et l'accès. Ces deux services pourraient faire l'objet d'un nouvel article portant sur les services en matière de divorce. L'article pourrait stipuler que le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'obliger les époux à participer à un programme de formation et à s'informer au sujet des services de médiation. Il pourrait aussi mentionner que le tribunal a le pouvoir de nommer un médiateur à la demande des parties. L'article pourrait également traiter des questions de compétence et de coût en précisant que le tribunal ne doit exercer sa discrétion et ordonner les services que s'il est faisable et approprié de le faire, compte tenu de la disponibilité locale, de la qualité et du coût des services. L'article pourrait aussi traiter spécifiquement de la question des coûts en stipulant que les services ne doivent être prescrits que s'ils sont disponibles à un coût raisonnable compte tenu des moyens financiers de chaque époux, et permettre au tribunal d'ordonner que l'un des époux paie les frais de l'autre, en totalité ou en partie.

De telles modifications à la *Loi sur le divorce* ne sont pas susceptibles de modifier profondément la pratique actuelle, les programmes de formation parentale devenant de plus en plus souvent obligatoires et les époux étant déjà fortement encouragés à recourir à la médiation pour régler leurs différends. À cet égard, ces modifications ne seraient pas vraiment nécessaires. Mais il pourrait y avoir certains avantages à apporter ces changements. Une référence spécifique à l'éducation des parents et à la médiation dans la *Loi* pourrait contribuer à l'atteinte des objectifs pédagogiques et incitatifs poursuivis par la réforme législative. Même si ces changements ne feraient que rendre la *Loi sur le divorce* conforme à la pratique existante, cela pourrait être utile en sensibilisant les époux confrontés à la séparation et au divorce aux mérites de l'éducation parentale et de la médiation. Il pourrait y avoir aussi une valeur symbolique dans une réforme qui ferait en sorte que la *Loi sur le divorce* corresponde mieux à la réalité.

AVANTAGES ET DÉSAVANTAGES DE CETTE OPTION

Les grands objectifs de la réforme législative en matière de garde et d'accès sont, comme nous l'avons indiqué, d'encourager la collaboration entre les époux, de favoriser le maintien de relations profondes entre les enfants et leurs parents après la séparation et le divorce, et de

réduire les conflits et les procédures judiciaires opposant les époux. Les objectifs sont en partie pédagogiques et incitatifs — la loi en matière de garde et d'accès devrait établir des normes générales qui servent de guide aux époux et les encouragent à restructurer leur relation de manière à servir au mieux l'intérêt supérieur de leurs enfants. En même temps, la réforme doit veiller à ce que les enfants soient à l'abri de la violence, des conflits, des mauvais traitements et autres comportements susceptibles de leur nuire. La réforme doit encourager les époux à conclure leurs propres ententes tout en fournissant aux tribunaux des orientations claires pour résoudre les conflits qui persistent entre des époux qui sont incapables de collaborer et d'en venir à une entente.

La présente option est en mesure de favoriser au moins certains de ces objectifs. Il serait possible de fournir un certain encouragement à la coopération entre les époux afin de résoudre leurs différends relatifs au partage de leurs responsabilités parentales. Inclure une explicitation du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, une liste de responsabilités parentales, une description des ententes parentales ainsi qu'une référence aux services en matière de divorce pourrait aider les parents à mieux concentrer leur attention sur les besoins de leurs enfants. Ces modifications dans le cadre du régime actuel fondé sur la garde et l'accès pourraient promouvoir les objectifs pédagogiques et incitatifs de la réforme en établissant des règles générales qui aideraient les époux confrontés à la séparation ou au divorce à restructurer leurs relations parentales. De plus, la réforme pourrait certainement favoriser l'objectif général qui consiste à protéger les enfants en faisant état des besoins particuliers des enfants ayant connu la violence familiale, les conflits graves ou subi les effets d'un exercice inadéquat des responsabilités parentales.

La grande question est de savoir si cette réforme va assez loin dans la poursuite de ces objectifs, dans le cadre de la loi actuelle, ou si une réforme plus ambitieuse comme celle envisagée dans l'option deux ou l'option trois est nécessaire. On ne peut répondre à cette question qu'en comparant les avantages et les inconvénients de la présente option à ceux des deux autres.

La présente option conserve les termes de garde et d'accès. D'une manière un peu paradoxale, cela constitue sa principale force en même temps que sa plus grande faiblesse.

Terminologie insidieuse et conflictuelle?

Comme nous l'avons mentionné, les termes *garde* et *droit de visite* ou *droit d'accès* ont fait l'objet de nombreuses critiques. Cette terminologie favoriserait l'idée selon laquelle le divorce produit un gagnant et un perdant et constituerait une source de conflits entre les parents. Le problème en serait un de statut — l'époux qui obtient la garde étant le « vrai » parent de l'enfant, alors que l'autre qui n'a qu'un droit d'accès est relégué à un statut de deuxième ordre, avec peu de droits et de responsabilités. Les époux se disputent au sujet des enfants précisément parce que, dans le cadre de la garde et de l'accès, les enjeux sont aussi élevés.

Les tribunaux ont accru les droits des parents non gardiens au cours des dix dernières années et ont favorisé la participation continue du père et de la mère à la vie de leurs enfants. Les parents non gardiens ne sont plus complètement exclus de la vie de leurs enfants. Malgré ce changement toutefois, le parent non gardien continue, à tort, d'être perçu dans la société comme un parent de deuxième classe. La perception des enjeux devient ainsi un facteur peut-être plus déterminant que les enjeux eux-mêmes, analysés de façon objective.

La terminologie de la garde et de l'accès est devenue lourde de connotations émotives. Il arrive parfois que les époux se disputent sur des mots plutôt que de se concentrer sur les besoins de leurs enfants et les moyens à prendre pour les satisfaire. Toute réforme qui aiderait les parents à faire porter leur attention sur les intérêts de leurs enfants serait donc la bienvenue. En même temps, il faut être réaliste quant aux résultats à attendre d'un simple changement de terminologie. Si les termes *garde* et *accès* sont devenus si chargés, c'est au moins en partie parce que ce sont ces termes qui ont été utilisés pendant de si nombreuses années dans les luttes que se sont livrées les parents au sujet de leurs enfants. Si ces luttes se poursuivent en utilisant une nouvelle terminologie, celle-ci risque de devenir aussi lourde d'émotions que l'ancienne. Aussi, la terminologie n'est pas la seule source de conflit. Les parents se disputent au sujet de leurs enfants pour bien des raisons — la peur, la colère, la vengeance, l'anxiété, l'insécurité et la culpabilité, mais aussi par amour et par affection. Il n'est pas du tout certain qu'en changeant de terminologie, on éliminera ces sources de conflit.

Ces problèmes de terminologie et de statut parental de deuxième ordre pourraient être réglés en partie par un régime qui encouragerait les parties à conclure des ententes parentales, dans lesquelles elles se partageraient les responsabilités parentales en fonction de leur propre évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces ententes parentales n'utiliseraient plus la terminologie de la garde et du droit d'accès et elles pourraient, par ailleurs, aider les époux à résoudre leurs propres conflits par l'éducation parentale et les modes amiables de règlement des différends.

Cependant, la terminologie de la garde et de l'accès continuerait de s'appliquer dans le cas des parents en instance de séparation ou de divorce qui ne peuvent s'entendre sur le partage de leurs responsabilités parentales. Les termes *garde* et *accès* demeureraient en usage dans le cas des litiges portés devant les tribunaux et continueraient d'être utilisés dans les ordonnances rendues par ces tribunaux. Par conséquent, le parent ayant obtenu un droit d'accès aux termes d'une telle ordonnance pourrait continuer de se sentir comme un parent de seconde zone. L'ajout d'une liste de responsabilités parentales n'apporterait donc guère de solution au problème de la terminologie dans les affaires *contestées* entourant la garde et l'accès. Même si l'ajout d'une liste de responsabilités parentales et d'une référence aux ententes parentales ainsi que le recours à l'éducation parentale et aux modes amiables de règlement des différends sont susceptibles d'aider un plus grand nombre de parents à régler leurs conflits par eux-mêmes, la terminologie axée sur la garde et l'accès continuerait de jeter de l'huile sur le feu dans le cas des affaires contestées.

Éviter l'incertitude et réduire les litiges

Il faut examiner s'il y a plus d'inconvénients à conserver la terminologie axée sur la garde et l'accès qu'à la changer. L'abandon de cette terminologie engendrera toute une gamme d'incertitudes et d'ambiguïtés non anticipées dans le régime législatif qui, par voie de conséquence, feront augmenter le nombre de litiges. Il est vrai que toute réforme crée de l'incertitude, et que même les modifications visant l'intérêt supérieur de l'enfant — l'importance accordée aux responsabilités parentales, aux ententes parentales et à la protection des enfants — sont susceptibles de créer une telle incertitude. Mais les problèmes liés à une réforme qui s'inscrirait dans le cadre du régime actuel axé sur la garde et l'accès sont insignifiants si on les

compare au degré d'incertitude qui sera tout vraisemblablement engendrée si l'on abandonne complètement les termes de *garde* et d'*accès*²³⁵.

Éviter de perturber les autres textes législatifs

En continuant de travailler dans le cadre du régime actuel axé sur la garde et l'accès, on évite les réformes législatives majeures qui seraient autrement nécessaires pour modifier les nombreuses lois fédérales et provinciales qui reposent sur la terminologie de la garde et du droit de visite ou d'accès. Si ces termes étaient abandonnés, il faudrait réviser toutes ces lois et décider s'il y a lieu de toutes les modifier. Dans bien des cas, la modification serait de nature purement terminologique²³⁶, mais il y a un certain nombre de lois qu'il faudrait modifier plus en profondeur pour les rendre conformes à un nouveau régime parental. Par exemple, et d'une importance particulière dans le domaine du droit de la famille, les Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants sont structurées en fonction du régime actuel fondé sur la garde et l'accès. Les lois sur l'enlèvement international et interprovincial des enfants sont aussi structurées en fonction du régime actuel. Même si nous discuterons de cette question plus en détail dans les options deux et trois ainsi que dans la partie V ci-après, nous pouvons déjà entrevoir que l'abandon de la terminologie de la garde et de l'accès risque de rendre nécessaire une réforme en profondeur d'un grand nombre de lois.

²³⁵ Voir aux notes 95-105 et 125-129 *supra* la discussion sur les études relatives aux impacts de la réforme au R.-U. et en Australie, qui démontrent qu'il y a eu une augmentation significative des demandes en vue d'obtenir des ordonnances relatives au partage des responsabilités parentales.

²³⁶ Voir la partie V pour une discussion des lois qui s'appuient sur la terminologie actuelle de garde et de droit d'accès ou de visite.

III DEUXIÈME OPTION : LA RESPONSABILITÉ PARENTALE ET LES ORDONNANCES PARENTALES

Un certain nombre de pays ont abandonné les régimes parentaux fondés sur les notions de garde et de droit de visite pour adopter des régimes fondés sur les notions de responsabilité parentale, d'ordonnances et d'ententes parentales. La responsabilité parentale est une notion large qui vise à désigner toute la gamme des obligations et des pouvoirs que les parents ont à l'égard de leurs enfants. Ce deuxième modèle de réforme énumère les différentes composantes de la responsabilité parentale et autorise les parties et les tribunaux à répartir ces éléments entre les parents. La répartition de la responsabilité parentale pourrait découler d'une ordonnance parentale prononcée par un tribunal ou d'une entente parentale élaborée par les parents. Un tel modèle ne privilégie aucune répartition particulière de la responsabilité parentale. Il contiendrait une liste d'éléments (qui prendrait la forme, peut-on présumer, d'un énoncé des divers aspects de l'intérêt de l'enfant) dont les parties et les tribunaux devraient tenir compte pour répartir la responsabilité parentale.

La présente section traite de trois questions distinctes mais connexes : (1) la définition de la responsabilité parentale, (2) la nature des ordonnances parentales et (3) l'objet des ententes parentales. Nous y exposons les différentes façons dont une *Loi sur le divorce* réformée pourrait définir et préciser la responsabilité parentale, les ordonnances et les ententes parentales. Nous décrivons les aspects essentiels de la problématique d'un régime axé sur une notion neutre de la responsabilité parentale. Nous évaluons enfin les avantages et les inconvénients d'un tel modèle de réforme.

Il convient de signaler, à titre d'avertissement, que la présente section se fonde sur l'expérience qu'ont connue un certain nombre de pays qui ont remplacé les notions de garde et de droit de visite par celles de responsabilité parentale, d'ordonnances et d'ententes parentales. C'est ce qui explique que notre analyse comparative s'appuie fréquemment sur des pays qui n'ont pas véritablement adopté un modèle neutre de la responsabilité parentale mais qui utilisent la notion d'exercice conjoint de la responsabilité parentale dans leurs textes législatifs. Par exemple, la *Children Act* 1989 du Royaume-Uni (Loi du R.-U. de 1989 sur les enfants) et la *Family Law Reform Act* 1995 de l'Australie (Loi australienne de 1995 sur la réforme du droit de la famille) font tous deux appel à la notion d'exercice conjoint de la responsabilité parentale. La *Maine Domestic Relations Act* (Loi sur les relations familiales du Maine) fait également référence au partage de la responsabilité parentale comme étant une mesure pouvant être prise par ordonnance. On pourrait penser, à première vue, qu'il serait préférable d'analyser la troisième option à la lumière de l'expérience de ces administrations, mais il nous a paru souhaitable et utile d'examiner ces différents régimes avec l'examen de la deuxième option. L'étude de la situation qui existe dans chacune de ces administrations peut être fort utile lorsqu'il s'agit de préciser la portée, le contenu et la répartition de la responsabilité parentale selon la deuxième option de

réforme²³⁷. Les diverses façons dont ces administrations ont axé leur régime sur la notion de partage de la responsabilité parentale sont examinées dans le cadre de l'analyse de la troisième option, ci-dessous. Dans la présente section, l'étude se fonde sur ces administrations, ainsi que sur d'autres, pour examiner la gamme des possibilités et des difficultés que soulève un régime législatif fondé sur un modèle neutre de la responsabilité parentale²³⁸.

LA RESPONSABILITÉ PARENTALE

Comme nous en avons discuté dans l'étude de l'option un, l'introduction de la notion de responsabilité parentale a pour but de centrer davantage sur l'enfant les dispositions relatives au divorce en privilégiant les besoins des enfants et la responsabilité qu'ont les parents de répondre à ces besoins. Cependant, à la différence de la première option, dans ce modèle, la responsabilité parentale a pour objet de remplacer les notions de garde et de droit de visite pour restructurer le rôle des parents au cours de la séparation et du divorce. La question centrale examinée dans la présente section est celle de la définition de la responsabilité parentale. Nous commençons par examiner la façon dont la responsabilité parentale a été définie dans d'autres administrations et examinons ensuite s'il convient de donner une définition générale ou spéciale de cette expression.

L'expérience étrangère

Envisagé sous son aspect le plus général, la notion de « responsabilité parentale » est très large et vise à englober tous les pouvoirs et les obligations que possèdent les parents à l'égard de leurs enfants. La *Children's Act* du Royaume-Uni, par exemple, à laquelle nous nous sommes référé ci-dessus, définit la responsabilité parentale comme désignant « tous les droits, devoirs, pouvoirs, responsabilités que le droit attribue à un parent à l'égard de son enfant et de ses biens²³⁹. » La loi australienne utilise une définition semblable selon laquelle cette notion comprend « tous les pouvoirs, devoirs, responsabilités que le droit accorde aux parents à l'égard de leurs enfants²⁴⁰. » La définition utilisée dans la loi du R.-U. a été critiquée non seulement parce qu'elle est très générale mais aussi parce qu'elle « renvoie immédiatement aux notions de droits et obligations que celle de “responsabilité” devait remplacer²⁴¹. » Certains estiment que la définition australienne constitue une amélioration par rapport à l'autre définition parce qu'elle omet le terme « droits » mais qu'elle est quand même trop générale²⁴².

²³⁷ Sur certains points, ces régimes sont d'une utilité quelque peu limitée lorsque l'on adopte un modèle neutre de la responsabilité parentale. Cependant, ces régimes peuvent néanmoins être très utiles lorsqu'il s'agit de concevoir et d'évaluer un régime fondé sur la responsabilité parentale. Par exemple, ils peuvent aider à définir la responsabilité parentale. Ils sont par contre moins utiles pour ce qui est de la répartition, au moyen des ordonnances parentales, de la responsabilité parentale. Tout cela est examiné ci-dessous de façon plus détaillée.

²³⁸ Nous prendrons soin d'indiquer au cours de cette analyse comment les dispositions particulières des régimes législatifs adoptés par des pays comme le Royaume-Uni et l'Australie sont étroitement fondées sur la notion de partage de la responsabilité parentale et sont par conséquent d'une utilité limitée pour l'élaboration de ce deuxième modèle.

²³⁹ Art. 8 de la *Children's Act*, 1989 du Royaume-Uni, ch. 41.

²⁴⁰ Article 61C de la *Family Law Reform Act* 1995 de l'Australie.

²⁴¹ N.V. Lowe « The Meaning and Allocation of Parental Responsibility—A Common Lawyer's Perspective » (1997) 11 *International Journal of Law, Policy and the Family* 192, 195.

²⁴² Lowe, *ibid.*

Par contre, la *Children Act* écossaise (Loi sur les enfants), bien qu'elle s'inspire de la loi du R.-U., contient une définition plus complète, et beaucoup moins générale, de la responsabilité parentale. Le paragraphe 1(1) se lit ainsi :

- Le parent assume, à l'égard de son enfant, la responsabilité de :
- (a) protéger et favoriser sa santé, son développement et son bien-être;
 - (b) lui fournir, en fonction de son degré de développement, des directives et des conseils;
 - (c) lorsque l'enfant ne vit pas avec lui, maintenir des relations personnelles et avoir des contacts réguliers avec lui;
 - (d) agir en qualité de représentant légal de l'enfant dans la mesure où cela est conforme au présent article et dans l'intérêt de l'enfant.

La *Domestic Relations Act* du Maine utilise l'expression « attribution des responsabilités et droits parentaux » et énumère dans la définition les divers types de responsabilités qui peuvent être attribuées aux parents :

Les aspects du bien-être de l'enfant dont la responsabilité peut être répartie comprennent la résidence physique principale, les contacts avec l'autre parent, l'entretien, l'éducation, les soins médicaux et dentaires, l'éducation religieuse, les limites et les frais des déplacements ainsi que tout autre aspect des droits et des responsabilités parentales.

Dans le même ordre d'idées, les recommandations de la Section nationale du droit de la famille de l'Association du Barreau canadien en matière de responsabilité parentale contiennent une liste plus complète des facteurs à prendre en considération. Comme nous l'avons mentionné au sujet de la première option ci-dessus, l'Association recommande que la *Loi sur le divorce* soit modifiée en y insérant une déclaration indiquant que, sauf ordonnance judiciaire fondée sur l'intérêt de l'enfant, tous les parents ont des responsabilités envers leurs enfants. Les recommandations de l'ABC concernaient la première option, et visaient donc le régime actuel de garde et de droit de visite, mais elles pourraient néanmoins s'avérer fort utiles pour définir les composantes de la responsabilité parentale dans le cadre de l'option deux²⁴³. La liste présentée par l'ABC semble s'inspirer étroitement de la *Parenting Act* 1987 (Loi sur les parents) de l'État de Washington, qui définit les fonctions parentales comme étant [Traduction] « les aspects de la relation parent-enfant où le parent prend les décisions et exerce les fonctions nécessaires à l'entretien et à la croissance de l'enfant. » Ces fonctions comprennent ce qui suit :

- (g) entretenir une relation d'affection stable, cohérente et stimulante avec l'enfant;
- (h) veiller aux besoins quotidiens de l'enfant, qu'il s'agisse de son alimentation, de ses vêtements, de son entretien physique et de sa toilette, de sa surveillance, de sa santé ou de sa garde, et entreprendre d'autres activités conformes à son niveau de développement et à la situation économique et sociale de la famille;
- (i) veiller à l'éducation de l'enfant, y compris, s'il y a lieu, tout enseignement spécial ou autre type d'éducation conforme à l'intérêt de l'enfant;
- (j) aider l'enfant à développer et à entretenir des relations interpersonnelles valables;

²⁴³ Voir à la note 189 *supra*.

- (k) prendre les décisions qui s'imposent eu égard au bien-être de l'enfant, en fonction de son niveau de développement et de la situation sociale et économique de la famille;
- (l) subvenir aux besoins de l'enfant sur le plan financier²⁴⁴.

Le régime de l'État de Washington privilégie l'élaboration d'ententes parentales pour l'attribution des fonctions parentales mais l'on pourrait fort bien avoir recours à cette définition des fonctions parentales pour formuler une définition détaillée de la responsabilité parentale.

Évaluation : Définition générale ou détaillée?

Il est utile de tenir compte de l'expérience du Royaume-Uni et de l'Australie dans ce domaine pour définir la notion de responsabilité parentale dans le cadre de la deuxième option. Comme nous l'avons noté, les régimes du R.-U. et de l'Australie comprennent tous les deux une définition très générale de la responsabilité parentale qui n'en précise aucunement les dimensions particulières. La généralité et l'imprécision de cette notion ont fait l'objet de vives critiques. Dans le cas du R.-U., John Eekelaar, par exemple, a fait remarquer que « la responsabilité parentale est une des notions les plus complexes à saisir que l'on retrouve dans la *Children's Act* 1989²⁴⁵. » Les tribunaux ont été amenés, de façon répétée, à déterminer la portée et le contenu de la notion de responsabilité parentale. Le lord juge Ward a fait remarquer dans une certaine affaire que les appels concernant les demandes présentées par des pères non mariés qui souhaitent se voir attribuer la responsabilité parentale aux termes de la loi « sont devenus un domaine restreint dont la croissance accélérée découle d'un malentendu²⁴⁶. » Le Tribunal de la famille australien a fait également remarquer que la définition de la responsabilité parentale de la *Family Law Act*, telle qu'elle a été modifiée par la *Family Law Reform Act* 1995, « n'offre guère d'utilité puisqu'elle se fonde sur la common law et sur les lois applicables pour en préciser le contenu²⁴⁷. »

Avec un modèle neutre, il est nécessaire que la responsabilité parentale soit définie de façon plus précise. Tout d'abord, une définition plus détaillée pourrait favoriser l'objectif général de réduction des conflits et des litiges. Une définition imprécise de la responsabilité parentale risque davantage de susciter des litiges concernant sa portée et son contenu. Ce risque est encore plus grand dans le cas d'un régime légal, comme celui qui a été adopté par le R.-U. et l'Australie, qui prévoit le partage de la responsabilité parentale. Si cette autorité doit être partagée entre les parents, il faut évidemment que les parents puissent savoir, avec un minimum de précision, ce qu'il y a exactement à partager. Dans un modèle neutre de la responsabilité parentale, une définition trop générale risque également de faire problème. Comme nous en discuterons dans la section qui suit, dans ce modèle, la responsabilité parentale doit être expressément répartie soit par les tribunaux sous la forme d'une ordonnance parentale, soit par les parties par le biais d'une entente parentale.

²⁴⁴ Paragraphe 26.09.004(3) de la *Parenting Act* 1987.

²⁴⁵ John Eekelaar « Parental Responsibility—A New Legal Status? » (1996) 112 *The Law Quarterly Review* 233

²⁴⁶ Ces appels découlent d'un aspect particulier de la *Children's Act*, qui n'accorde des responsabilités parentales qu'aux pères qui ont épousé la mère de leurs enfants. Il est toutefois possible d'attribuer aux pères non mariés certaines responsabilités parentales. Voir la discussion à la note 86 *supra*.

²⁴⁷ *In the Matter of B and B*, note 132 *supra*.

Une définition vague risque également d'augmenter le nombre des litiges. Les parents séparés ne connaissant pas la portée et le contenu de la responsabilité parentale risquent davantage de demander aux tribunaux de prononcer des ordonnances sur cette question que de tenter de régler eux-mêmes ces questions par le biais d'une entente parentale. Avec une définition vague, les tribunaux vont être obligés de préciser progressivement la portée et le contenu de la responsabilité parentale. En attendant que les tribunaux aient précisé clairement le sens de cette notion, l'incertitude qui en entoure le contenu risque d'inciter les parents à solliciter l'intervention des tribunaux. En outre, une définition formulée par les tribunaux risque également d'être modifiée par eux, ce qui laisse entrevoir la possibilité de nouveaux procès à l'avenir. À court terme, il est inévitable qu'une réforme législative d'une telle ampleur suscite un certain nombre de litiges. Les tribunaux seront nécessairement amenés à interpréter le sens exact des nouvelles dispositions et les rapports qu'elles entretiennent. Cependant, si ces notions sont formulées de façon plus détaillée, en particulier une notion aussi essentielle pour ce modèle que celle de responsabilité parentale, il est certain que le travail des tribunaux et des parents en sera facilité pour ce qui est de la formulation des ordonnances et des ententes parentales.

Deuxièmement, une définition plus précise pourrait faciliter la réalisation de l'objectif éducatif plus général de la réforme législative qui consiste à encourager les parents à essayer de restructurer eux-mêmes leurs relations en cas de séparation et de divorce. L'adoption de la notion de responsabilité parentale vise à aider les parents séparés à se concentrer sur les besoins de leurs enfants et sur la responsabilité qui leur incombe de combler ces besoins. La possibilité de réaliser cet objectif dans le cadre d'une réforme législative est une question qui est elle-même controversée, et sur laquelle nous reviendrons plus loin. Il s'agit toutefois là d'un objectif dont la réalisation ne pourrait être que facilitée par l'adoption d'une notion de la responsabilité parentale qui précise, de la façon la plus détaillée possible, ces besoins et ces responsabilités.

LES ORDONNANCES PARENTALES

Dans cette option de réforme, les ordonnances de garde et de droit de visite seraient remplacées par des ordonnances parentales. La présente section traite des choix et des problèmes que soulève l'élaboration d'un régime législatif d'ordonnances parentales. Nous y examinons les différents types d'ordonnances parentales qui pourraient être retenus dans un tel régime, les rapports à établir entre les ordonnances parentales et la responsabilité parentale, ainsi que les critères à appliquer pour l'élaboration et la modification des ordonnances parentales, notamment, l'importance à attribuer à la violence, aux situations conflictuelles et à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales dans ces ordonnances.

Types d'ordonnances

Les pays qui ont choisi de remplacer les ordonnances de garde et de droit de visite par les ordonnances parentales ont dans l'ensemble tendance à répartir les ordonnances parentales en plusieurs catégories. Nous examinons dans cette section trois modèles possibles d'ordonnances parentales. Le premier s'inspire des modèles qu'ont adoptés le R.-U. et l'Australie en matière d'ordonnances de résidence, de contact et d'ordonnances spéciales. Le deuxième se fonde sur le modèle qu'a adopté l'État du Maine, à savoir les ordonnances d'attribution de la responsabilité parentale. Le troisième est inspiré des modèles d'ordonnances de calendrier de séjour et

d'attribution d'un pouvoir décisionnel adoptés par l'État de Washington et proposés par l'American Law Institute.

Ordonnances de résidence, de contact et ordonnances spéciales

Le R.-U. et l'Australie ont tous deux adopté un régime dans lequel les ordonnances de garde et de droit de visite sont remplacées par les ordonnances de résidence, de contact et par les ordonnances spéciales et à objectif spécial.

La *Children's Act* du R.-U. prévoit les ordonnances de résidence (qui désignent la personne avec laquelle l'enfant va habiter), les ordonnances de contact (selon lesquelles la personne avec qui habite l'enfant doit autoriser celui-ci à rendre visite ou à demeurer avec la personne dont le nom figure dans l'ordonnance ou à avoir des contacts avec celle-ci), les ordonnances sur les mesures interdites (qui précisent que les mesures que pourrait prendre un parent pour s'acquitter de ses responsabilités parentales envers un enfant et qui sont visées par l'ordonnance ne peuvent être prises sans le consentement du tribunal), et les ordonnances spéciales (qui donnent des directives sur la façon de régler une question précise qui concerne un aspect des responsabilités parentales à l'égard d'un enfant et qui s'est posée ou qui est susceptible de se poser).

La *Family Law Reform Act* de l'Australie remplace les ordonnances de garde et de droit de visite par les ordonnances parentales, définies d'une façon générale comme étant les ordonnances prises aux termes de la Partie VII de la Loi qui traite de la ou des personnes avec lesquelles l'enfant va vivre, des contacts entre l'enfant et d'autres personnes, de l'entretien de l'enfant et des autres aspects de la responsabilité parentale. La Loi prévoit également des ordonnances plus spéciales : les ordonnances de résidence (précisant la personne avec laquelle l'enfant va habiter), les ordonnances de contact (précisant les contacts à établir entre un enfant et une ou plusieurs autres personnes) et les ordonnances spéciales (précisant les aspects de la responsabilité parentale qui ne concernent pas la résidence, les contacts ni l'entretien de l'enfant).

Les ordonnances répartissant l'autorité et les droits parentaux

Selon les dispositions législatives de l'État du Maine, l'ordonnance judiciaire attribuant l'autorité et les droits parentaux doit préciser si cette autorité et ces droits sont partagés ou s'ils sont attribués exclusivement à l'un des parents. L'attribution de l'autorité et des droits parentaux est définie de la façon suivante :

[Traduction]

... le pouvoir de s'occuper des divers aspects de la vie de l'enfant est réparti entre les parents, le parent qui s'est vu attribuer une responsabilité particulière ayant le droit de contrôler cet aspect de la vie de son enfant. La responsabilité parentale peut être attribuée de façon exclusive ou partagée. Les aspects de la vie d'un enfant pour lesquels l'autorité peut être répartie comprennent la résidence principale, les contacts parent-enfant, l'entretien, l'éducation, les soins médicaux et dentaires, la formation religieuse, le territoire à l'intérieur duquel l'enfant peut voyager et les frais correspondants à ces déplacements et tout autre aspect de l'autorité et des droits parentaux. Le parent qui s'est vu attribuer la responsabilité parentale à l'égard d'un certain aspect de la vie de l'enfant

peut être tenu d'informer l'autre parent lorsqu'il survient des changements importants dans ce domaine.

Les ordonnances fixant le calendrier de séjour et attribuant un pouvoir décisionnel

Le troisième modèle de répartition de la responsabilité parentale est inspiré de la *Parenting Act* de l'État de Washington et des recommandations de l'American Law Institute. Le régime de l'État de Washington exige que les ententes parentales précisent le lieu où l'enfant va résider ainsi que le titulaire de la responsabilité parentale. Le régime proposé par l'ALI exige également que soit attribuée la « responsabilité en matière de garde » de l'enfant (à savoir, la garde physique et la surveillance de l'enfant) ainsi que le pouvoir de prendre des décisions importantes à son égard. Ces deux modèles privilégient les ententes parentales mais il est possible de concevoir un régime d'ordonnances parentales qui serait fondé sur l'attribution de ces deux composantes de la responsabilité parentale : les ordonnances fixant le calendrier de séjour, dans lesquelles le tribunal répartit entre les parents les périodes de résidence de l'enfant chez chacun d'entre eux ainsi que les ordonnances accordant à un des parents le pouvoir de prendre les décisions importantes concernant l'enfant.

L'ordonnance fixant le calendrier de séjour a l'avantage d'éviter de reprendre les termes d'ordonnances de résidence et de contact, qui risquent de devenir aussi chargés émotionnellement que les termes d'ordonnances de garde et de droit de visite utilisés actuellement. Les ordonnances fixant le calendrier de séjour détermineraient en fait à l'intérieur d'une même ordonnance les aspects résidence et contact, en précisant les périodes que l'enfant doit passer avec chacun de ses parents. Les ordonnances attribuant un pouvoir décisionnel préciseraient alors le titulaire du pouvoir de prendre les décisions importantes concernant l'enfant, à l'exception de celles qui concernent la résidence de l'enfant.

Les ententes parentales

Une quatrième façon de concevoir les ordonnances parentales serait d'élaborer un régime d'ententes parentales obligatoires, qui obligerait les parents qui se séparent ou qui divorcent à présenter une entente parentale. Dans le cas où les parents n'arriveraient pas à s'entendre sur une entente parentale, le tribunal serait alors tenu de prononcer une ordonnance parentale qui prendrait la forme d'une entente parentale. Un tel régime modifierait complètement le système actuel parce qu'il viserait essentiellement à inciter les parents à résoudre leurs différends en élaborant des ententes parentales. Les tribunaux pourraient être tenus d'approuver ces ententes et ne pourraient imposer des ordonnances qu'en dernier recours. C'est pourquoi cette option est examinée plus loin, dans l'analyse des ententes parentales plutôt que dans celle des ordonnances parentales à laquelle nous procédons actuellement.

Nous examinons maintenant comment l'on pourrait concevoir un régime fondé sur la responsabilité parentale qui utiliserait ces trois modèles d'ordonnances parentales.

Évaluation

Un régime fondé sur des ordonnances de résidence, de contact et des ordonnances spéciales n'exige pas vraiment que la responsabilité parentale soit attribuée spécifiquement. Si le pouvoir de prendre des décisions peut être attribué dans une ordonnance spéciale et si les décisions quotidiennes sont prises par le parent qui s'occupe de l'enfant, cette approche se fonde pour le

reste sur l'idée que, d'une façon générale, la responsabilité parentale et le pouvoir de prendre les décisions importantes en particulier seront partagés²⁴⁸. Sur ce point, ce régime d'ordonnances parentales s'appuie sur l'idée qu'une entente parentale dans laquelle la responsabilité parentale est partagée est dans l'intérêt des enfants. À ce titre, ce régime fait appel au type d'ordonnances parentales qui est le moins compatible avec un modèle neutre de la responsabilité parentale. En outre, les termes de résidence et de contact ressemblent de façon frappante aux mots garde et accès et il est possible que la terminologie utilisée dans ces nouvelles ordonnances devienne très rapidement aussi chargée émotionnellement que la terminologie actuelle.

Un régime fondé sur des ordonnances d'attribution de la responsabilité parentale n'est pas fondé sur l'idée que certaines ententes parentales sont dans l'intérêt de l'enfant mais autorisent plutôt les parents et les tribunaux à répartir la responsabilité parentale comme ils l'estiment approprié. Pour cette raison, ce type d'ordonnances parentales est tout à fait compatible avec un modèle neutre de la responsabilité parentale. Parallèlement, un régime basé sur les ordonnances fixant le calendrier de séjour et attribuant le pouvoir décisionnel ne privilégie aucun type d'entente parentale et est donc également compatible avec un modèle neutre de la responsabilité parentale. Ces deux façons de concevoir les ordonnances parentales évitent le recours à une terminologie susceptible d'être chargée émotionnellement comprenant les termes résidence et contact, et qui pourrait déboucher sur l'attribution d'un statut de parent de première et de seconde classe.

Rapport entre la responsabilité parentale et les ordonnances parentales

Un modèle fondé sur la responsabilité parentale doit nécessairement régler la question du rapport à établir entre les ordonnances parentales et la responsabilité parentale. La responsabilité parentale est-elle antérieure à une ordonnance parentale et peut-elle lui survivre, sauf ordonnance contraire? La responsabilité parentale peut-elle découler de certains types d'ordonnances parentales? Les ordonnances parentales sont-elles nécessaires pour attribuer expressément les diverses composantes de la responsabilité parentale?

La question du rapport entre les ordonnances parentales et la responsabilité parentale est spécialement importante dans le contexte particulier du pouvoir décisionnel. Si la responsabilité parentale est définie comme comprenant « tous les pouvoirs, devoirs, responsabilités que les règles de droit attribuent aux parents à l'égard de leurs enfants », alors la responsabilité parentale comprend nécessairement le pouvoir de prendre des décisions concernant l'enfant. L'attribution de ce pouvoir est une question centrale et souvent délicate des différends qui opposent les parents. Il convient donc d'examiner la façon dont les ordonnances parentales peuvent influencer la répartition de ce pouvoir entre les parents. Ce pouvoir peut-il survivre au prononcé d'une ordonnance parentale, sauf ordonnance contraire? Ce pouvoir peut-il découler de certains types d'ordonnances parentales? Les ordonnances parentales devraient-elles attribuer expressément ce pouvoir décisionnel?

Étant donné qu'un des principes directeurs de la réforme législative est de préciser par voie législative les obligations juridiques des parents à l'égard des enfants, il est absolument nécessaire que ces aspects essentiels soient réglés pour pouvoir élaborer un modèle législatif. Si ces aspects ne sont pas réglés, il en résultera une confusion inutile qui suscitera automatiquement des litiges.

²⁴⁸ Le rapport entre les ordonnances parentales et la responsabilité parentale est examiné dans la section qui suit.

La responsabilité parentale survit aux ordonnances parentales

On pourrait décider que la responsabilité parentale et le pouvoir décisionnel survivent au prononcé d'une ordonnance parentale, sauf ordonnance contraire. Dans le régime australien, par exemple, [Traduction] « les parents d'un mineur de 18 ans sont titulaires de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant » et cette autorité parentale se maintient « malgré les changements pouvant survenir dans les rapports entre les parents de l'enfant²⁴⁹. » La Loi stipule expressément que cette autorité parentale n'est pas modifiée par une ordonnance de résidence, de contact ou d'une autre nature, sauf dans la mesure, le cas échéant, où le prévoit l'ordonnance ou lorsque cela est nécessaire pour pouvoir exécuter l'ordonnance.

Le problème que pose cette méthode, pour ce qui est de la deuxième option en matière de réforme, est qu'elle part du principe que la responsabilité parentale doit être partagée et se rapproche donc davantage de l'idée de partage de la responsabilité parentale que prévoit l'option trois. Cette méthode se fonde sur l'hypothèse que la responsabilité parentale en général et le pouvoir décisionnel en particulier doivent être exercés par les deux parents et sur le principe que ces deux parents continuent à assumer la responsabilité parentale, même après leur séparation, à moins qu'une ordonnance judiciaire ne prévoit le contraire.

L'idée fondamentale de cette deuxième option en matière de réforme est qu'il ne faut pas décider à l'avance de la façon dont la responsabilité parentale devrait être répartie entre les parents. Un modèle neutre de la responsabilité parentale et des ordonnances parentales — c'est-à-dire, un modèle qui n'est pas fondé sur le principe selon lequel la responsabilité parentale est partagée et doit l'être — exige que l'on établisse un autre rapport entre la responsabilité parentale et les ordonnances parentales. Cette méthode consistant à faire survivre aux ordonnances parentales la responsabilité parentale et le pouvoir décisionnel sera examinée à nouveau au cours de l'analyse de l'option trois.

La responsabilité parentale découlant de certaines ordonnances parentales

Il serait possible d'adopter un deuxième principe d'après lequel la responsabilité parentale en général et le pouvoir décisionnel en particulier découleraient de certains types d'ordonnances, en particulier des ordonnances de résidence.

Ce principe d'après lequel la responsabilité parentale deviendrait l'accessoire d'une ordonnance de résidence, serait très sujet à controverse et compromettrait probablement l'objectif général consistant à réduire autant que possible les conflits entre parents. La notion de résidence serait rapidement perçue comme très proche de la notion juridique actuelle de garde. En fait, le parent cohabitant aurait à la fois la garde légale et la garde physique de l'enfant. L'ordonnance de résidence deviendrait donc une ordonnance où « tout va au gagnant », comme l'est l'ordonnance de garde dans notre droit actuel. Cela risquerait d'amener un parent en cours de séparation à contester une demande d'ordonnance de résidence, non pas parce qu'il veut que l'enfant habite avec lui mais parce qu'il veut continuer à exercer son autorité parentale à l'égard de l'enfant.

Cependant, la personne qui a la garde physique d'un enfant a besoin d'accomplir les actes usuels et ne devrait pas être tenue de consulter l'autre parent pour ce type de décision. Ce genre de

²⁴⁹ Par. 61C(1), (2) de la *Family Law Act* de l'Australie.

problème se poserait bien sûr à l'égard des ordonnances de résidence, mais la personne bénéficiant d'une ordonnance de contact doit également être en mesure d'accomplir les actes usuels nécessaires à l'éducation de l'enfant²⁵⁰.

Dans un modèle fondé sur les ordonnances fixant le calendrier de séjour et attribuant le pouvoir décisionnel, le pouvoir d'accomplir les actes usuels devrait être confié à la personne qui s'occupe de l'enfant, pour que celle-ci n'ait pas constamment à consulter l'autre parent. Le pouvoir de prendre les décisions importantes à l'égard de l'enfant serait attribué dans une autre ordonnance. On ne pourrait pas dire que la responsabilité parentale découle d'un type d'ordonnances particulier selon cette méthode.

Attribution de la responsabilité parentale dans les ordonnances parentales

Une troisième méthode consisterait à attribuer expressément dans les ordonnances parentales la responsabilité parentale. La loi n'énoncerait aucun principe devant inspirer le partage de la responsabilité parentale après une séparation et un divorce. Elle n'énoncerait aucun principe d'après lequel la responsabilité parentale en général et le pouvoir décisionnel en particulier devraient être partagés entre les parents ou devraient découler de certains types particuliers d'ordonnances parentales. Elle prévoirait plutôt que les diverses composantes de la responsabilité parentale, y compris le pouvoir décisionnel, devraient être réparties dans une ordonnance parentale. Les tribunaux attribueraient alors le pouvoir décisionnel en fonction de l'intérêt de l'enfant. (Les différents aspects de cette notion sont examinés dans la section suivante.)

Cependant, avec cette méthode, le parent qui a la garde physique de l'enfant doit quand même pouvoir prendre les décisions usuelles à son égard sans avoir à consulter l'autre parent. Cette méthode devrait préciser, pour ce qui est de l'attribution d'un pouvoir décisionnel, quelles sont, le cas échéant, les décisions qui doivent être prises conjointement par les parents (notamment celles qui portent sur des problèmes médicaux graves, sur l'éducation et la religion) et quelles sont les décisions quotidiennes qui doivent nécessairement relever du parent qui s'occupe de l'enfant.

Cette méthode est celle qui est la plus conforme à un modèle neutre qui n'est fondé sur aucun a priori pour ce qui est de l'attribution de la responsabilité parentale. Avec un modèle axé sur la

²⁵⁰ Les régimes du R.-U. et de l'Australie prévoient tous deux que la responsabilité parentale survit aux ordonnances parentales; cependant, certaines dispositions autorisent l'accomplissement des actes usuels. Dans la *Children's Act* du R.-U., le parent exerçant la responsabilité parentale peut agir seul, sans consulter l'autre parent. Cela autorise le parent qui a la garde physique de l'enfant à prendre toutes les décisions le concernant.

Selon les dispositions législatives australiennes, l'ordonnance de résidence n'accorde pas à la personne qui en bénéficie un pouvoir de décision exclusif sur les questions courantes. Seule une ordonnance spéciale contenant une disposition en ce sens autoriserait un parent à prendre seul ces décisions ou à assumer la responsabilité parentale à long terme. Le Tribunal de la famille de l'Australie a cependant jugé, en formation plénière, dans l'affaire *B. c. B.*, note 132 *supra*, que le parent cohabitant et le parent contact doivent pouvoir prendre des décisions sur les problèmes courants lorsqu'ils s'occupent seuls de l'enfant sans avoir à consulter l'autre parent. Cependant, les parents sont tenus de se consulter lorsqu'il s'agit de prendre des décisions médicales, ou en matière d'éducation et de religion. Dans ce régime, le pouvoir de prendre des décisions courantes à l'égard de l'enfant découle de la présence de l'enfant et non d'une ordonnance parentale particulière, tandis que les décisions importantes doivent se prendre à deux.

responsabilité parentale, les ordonnances parentales devraient expressément attribuer la responsabilité parentale, notamment le pouvoir décisionnel à l'égard de l'enfant.

Un modèle d'ordonnances parentales fondé soit sur l'autorité et les droits parentaux ou sur les modèles de calendrier de séjour et du pouvoir décisionnel serait le plus conforme à cette approche neutre, qui ne préjuge aucunement de la façon dont la responsabilité parentale devrait être attribuée. En fait, avec ces deux modèles, les ordonnances parentales devraient expressément attribuer la responsabilité parentale, notamment le pouvoir de prendre les décisions importantes.

La responsabilité parentale en l'absence d'une ordonnance (ou d'une entente) parentale

Un tel modèle devrait aborder une autre question, celle de l'influence sur la responsabilité parentale en général et sur le pouvoir décisionnel en particulier de l'absence d'une ordonnance judiciaire ou d'une entente privée. Par exemple, que se passerait-il si les parties ne prennent aucune mesure — c'est-à-dire, si elles ne concluent aucune entente et ne demandent pas d'ordonnance judiciaire? Parallèlement, quelle serait la situation juridique durant cet intervalle — c'est-à-dire, dans le cas où un couple qui se sépare ou divorce négocie une entente mais n'en a pas encore conclu une et qu'aucune ordonnance judiciaire n'a été prononcée?

Selon les lois provinciales, la garde ou la tutelle est habituellement partagée également entre les parents (en particulier lorsque les parents ont vécu ensemble et viennent de se séparer), à moins qu'une ordonnance judiciaire ou une entente ne prévoient le contraire²⁵¹.

Un modèle basé sur la responsabilité parentale pourrait adopter un principe comparable. La responsabilité parentale serait conjointement assumée par les parents jusqu'à ce qu'une ordonnance ou une entente prévoient le contraire. En cas de séparation des parents, on pourrait

²⁵¹ Par exemple, l'article 3 de la *Children's Law Act* de la Saskatchewan stipule que « sauf ordonnance contraire d'un tribunal et sous réserve du par. (3), les parents d'un enfant ont la garde légale conjointe de celui-ci et possèdent envers lui des droits, des pouvoirs et des devoirs égaux. »

Le paragraphe 20 (1) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance de l'Ontario* stipule que « Sauf dispositions contraires de la présente partie, le père et la mère ont, à l'égard de leur enfant, un droit de garde égal. » Cette loi précise en outre au paragraphe 20 (4) que si les parents d'un enfant sont séparés et que l'enfant vit avec son père ou sa mère avec le consentement, même tacite, ou l'acquiescement de l'autre, le droit que l'autre personne a de faire valoir son droit de garde et ses droits accessoires, mais non son droit de visite, est suspendu jusqu'à ce qu'un accord de séparation ou une ordonnance prévoient le contraire.

L'article 21 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique prévoit que la mère et le père d'un enfant ont la garde légale conjointe de leur enfant, sauf si un tribunal en ordonne autrement. Il précise en outre que la mère et le père qui se sont séparés après avoir cohabité demeurent cotuteurs de l'enfant mais que le parent qui élève l'enfant est le tuteur légal de l'enfant, sauf ordonnance contraire d'un tribunal.

Certaines provinces ont adopté des dispositions applicables aux parents qui n'ont pas cohabité depuis la naissance de l'enfant. Par exemple, le paragraphe 3(2) de la loi de la Saskatchewan stipule que « lorsque les parents n'ont pas cohabité depuis la naissance de l'enfant, la personne avec qui l'enfant réside est le tuteur de celui-ci. » L'article 39 de la *Loi sur l'obligation alimentaire* du Manitoba stipule que « Sous réserve du paragraphe (2), les droits des parents relatifs à la garde et à la direction de leurs enfants sont conjoints. Toutefois, le parent avec qui l'enfant demeure exerce seul le droit de garde et de direction de l'enfant lorsque les parents n'ont jamais cohabité après sa naissance. » L'article 21 de la loi de la Colombie-Britannique prévoit que si la mère et le père n'ont pas cohabité depuis la naissance de l'enfant, ou au cours des dix derniers mois ayant précédé la naissance de celui-ci, la mère en a la garde exclusive. »

adopter des dispositions semblables pour la responsabilité parentale en général et le pouvoir décisionnel en particulier qui serait exercé par le parent chez qui réside l'enfant (pour autant que l'autre parent y ait consenti, de façon expresse ou implicite). Il faudrait alors prévoir des ordonnances parentales (ou des ententes, élément qui est examiné plus loin dans la section traitant des ententes parentales) pour attribuer expressément les diverses composantes de la responsabilité parentale.

On pourrait penser que cette approche est très semblable au modèle basé sur le partage de la responsabilité parentale — c'est-à-dire, celui selon lequel la responsabilité parentale est partagée sauf disposition contraire d'une ordonnance judiciaire —, mais il existe certaines différences subtiles mais importantes entre ces deux approches. Les dispositions législatives australiennes stipulent que la responsabilité parentale est partagée sauf disposition contraire d'une ordonnance. Ce modèle fondé sur la responsabilité parentale pourrait prévoir que celle-ci est partagée sauf disposition contraire d'une ordonnance. Un tel régime pourrait également exiger que les ordonnances parentales répartissent clairement la responsabilité parentale, y compris le pouvoir décisionnel. En outre, comme nous l'avons noté, cette approche est conforme à la pratique actuelle selon laquelle la garde des enfants est partagée jusqu'à ce qu'une ordonnance judiciaire, une entente (ou un consentement implicite) prévienne le contraire.

Cependant, la répartition des compétences législatives dans ce domaine vient compliquer la situation. En effet, la *Loi sur le divorce* ne s'applique aux litiges concernant la garde et le droit de visite des enfants à charge qu'au moment du divorce. Avant que le divorce ne soit demandé, les litiges concernant la garde et le droit de visite sont régis par les lois provinciales. Si le jugement de divorce est muet au sujet de la garde et du droit de visite, l'ordonnance prononcée aux termes d'une disposition législative provinciale demeure valide. En outre, si aucune ordonnance judiciaire n'a été prononcée, que ce soit en vertu du droit provincial ou du droit fédéral, la situation est régie par le droit provincial. Autrement dit, selon le droit fédéral, c'est le droit provincial qui s'applique par défaut (c.-à-d., en l'absence d'entente ou ordonnance)²⁵².

En l'absence d'ordonnance parentale, le droit fédéral n'a qu'un effet très limité sur la question de la responsabilité parentale. Il ne peut s'appliquer aux couples qui se séparent mais qui n'ont pas encore présenté une demande de divorce. En fait, les parents qui n'ont pas conclu d'entente ou qui ne sont pas visés par une ordonnance provinciale sont régis par le droit provincial.

En théorie, la *Loi sur le divorce* pourrait s'appliquer dès le dépôt d'une demande de divorce. Il serait toutefois important que le droit fédéral n'ait pas automatiquement pour effet d'invalider les ordonnances qui ont pu être rendues aux termes d'une loi provinciale à l'égard des parents qui se séparent²⁵³. Cela entraînerait en effet une situation chaotique pour les couples qui ont décidé de conclure des ententes aux termes du droit provincial. La *Loi sur le divorce* pourrait prévoir des

²⁵² Cet aspect soulève toute une série de questions délicates au sujet des compétences législatives fédérales et provinciales, notamment à propos des critères applicables en matière de suprématie fédérale dans le contexte du droit familial, problème qui n'entre pas dans le cadre de cette étude.

²⁵³ Les couples ont souvent recours aux dispositions provinciales pour régler leurs différends. Ils peuvent ensuite présenter une demande de divorce dans le seul but d'obtenir le divorce et non pas pour réviser les ententes déjà conclues. Si la *Loi sur le divorce* essayait d'établir une position de base — c'est-à-dire, de répartir la responsabilité parentale en l'absence d'une entente ou d'une ordonnance — il serait essentiel que cette position de base n'ait pas préséance sur les ordonnances provinciales.

règles de base qui s'appliqueraient à tous les couples qui se séparent et qui n'ont pas conclu d'entente ou qui ne sont visés par aucune ordonnance rendue aux termes du droit provincial ou du droit fédéral. Elle pourrait créer des règles de base fédérales²⁵⁴.

Cependant, ce n'est pas parce que la *Loi sur le divorce* pourrait prévoir des règles de base que c'est là une recommandation à suivre. Il est difficile de savoir si une telle modification de la situation actuelle comporterait des avantages. Il serait important de savoir qui assume la responsabilité parentale en l'absence d'une ordonnance judiciaire ou d'une entente. Il est toutefois loin d'être clair que ce sont les dispositions fédérales qui devraient régir ce type de situation.

En outre, cet aspect montre combien il est essentiel que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux s'entendent pour réformer le droit régissant la garde et le droit de visite et soient prêts à collaborer à la mise en œuvre d'une telle réforme. Si les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux s'entendaient pour modifier leurs lois en s'inspirant du modèle basé sur la responsabilité parentale, on pourrait modifier les lois provinciales et territoriales pour établir les règles de base souhaitées (selon lesquelles la responsabilité parentale serait partagée jusqu'à ce qu'une entente ou une ordonnance prévoie le contraire). Cependant, si le gouvernement fédéral décidait d'adopter un tel modèle sans l'accord des provinces et des territoires, ce serait toujours le droit provincial qui définirait les règles de base en matière de garde et de droit de visite.

Avant de prévoir dans la *Loi sur le divorce* l'attribution de la responsabilité parentale en l'absence d'une ordonnance judiciaire ou d'une entente, il conviendrait d'examiner soigneusement la façon dont interagissent les dispositions fédérales, provinciales et territoriales dans ce domaine de compétence partagée. Il faudrait procéder à des consultations approfondies entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et obtenir leur collaboration. À elle seule, la Loi fédérale sur le divorce ne peut établir ces règles de base.

Résumé et évaluation

Un modèle neutre axé sur la responsabilité parentale pourrait prendre la forme d'un régime où la responsabilité parentale est expressément attribuée par une ordonnance parentale. Un tel régime devrait néanmoins prévoir la répartition de la responsabilité parentale en l'absence d'ordonnance ou d'entente parentale. Cependant, compte tenu des complications qu'entraîne la répartition des compétences dans ce domaine, il faudrait procéder à des consultations tripartites approfondies et obtenir la collaboration de tous les gouvernements intéressés pour mettre en place un tel régime.

Les critères applicables aux ordonnances

Le critère général sur lequel doivent être axées les ordonnances parentales est l'intérêt de l'enfant. Cette affirmation pose cependant la question de savoir s'il y a lieu de préciser davantage la notion d'intérêt de l'enfant. Sur bien des points, l'analyse effectuée ici ressemble à celle qui a été faite pour le critère de l'intérêt de l'enfant sous la première option : la liste des

²⁵⁴ La *Loi sur le divorce* pourrait régler cette question en créant un cadre pour les ordonnances provisoires, ou les ententes parentales provisoires, que les parents en instance de divorce pourraient utiliser pour régir leurs ententes sur une base provisoire. Il faudrait alors que les parents obtiennent une ordonnance judiciaire et ce cadre ne pourrait être utilisé en l'absence d'une telle ordonnance.

éléments qui déterminent l'intérêt de l'enfant ne serait pas nécessairement différente ici. L'élaboration d'un modèle axé sur l'autorité et les ordonnances parentales dans le cadre de la seconde option soulève toutefois un certain nombre de questions particulières. Un tel régime devrait-il comprendre une liste générale, figurant dans la loi, des éléments à prendre en considération pour toutes les ordonnances parentales ou devrait-il préciser les facteurs particuliers à prendre en considération selon le type d'ordonnance parentale concerné?

Les éléments qui permettent de déterminer l'intérêt de l'enfant

Une méthode consisterait à énumérer les éléments dont il faut tenir compte pour prononcer les ordonnances parentales, quelle qu'en soit la nature. La *Family Law Act* de l'Australie, par exemple, contient une liste complète des éléments à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance parentale²⁵⁵. De la même façon, la *Children's Act* du R.-U. contient une liste d'éléments, même s'ils sont peut-être moins nombreux.

La présente option en matière de réforme pourrait adopter une liste d'éléments semblable à celle qui a été examinée lorsque nous avons étudié le critère de l'intérêt de l'enfant pour la première option (en apportant les modifications qui s'imposent à la terminologie de la garde et du droit de visite). Le critère de l'intérêt de l'enfant pourrait s'appuyer sur la liste des éléments contenus dans la *Children's Law Reform Act* ou dans les recommandations de la Section nationale du droit de la famille de l'ABC, telles qu'elles sont reproduites en détail plus haut. Il serait également tout aussi important de tenir compte de la continuité de la prestation des soins fournis à l'enfant.

Utilisation d'éléments spécifiques pour des ordonnances spécifiques

Une deuxième méthode consisterait à énumérer les éléments spécifiques qu'il conviendrait de prendre en considération pour certains types spécifiques d'ordonnances parentales. On retrouve cette approche dans la *Parenting Act* de l'État de Washington qui énonce les critères permettant d'évaluer l'attribution des différentes composantes de la responsabilité parentale au sein d'une entente parentale.

Par exemple, parmi les facteurs à considérer pour l'attribution du pouvoir décisionnel, la Loi invite le tribunal à tenir compte des antécédents de chacun des parents en matière de participation à l'exercice du pouvoir décisionnel, à examiner si les parents ont manifesté la capacité et la volonté de collaborer pour prendre des décisions ainsi que la proximité géographique des lieux de résidence des parents, dans la mesure où cela peut influencer leur capacité à prendre conjointement des décisions rapidement.

Pour ce qui est de la résidence de l'enfant, la Loi invite le tribunal à formuler des dispositions concernant la résidence « qui encouragent chaque parent à entretenir une relation affectueuse stable et stimulante avec l'enfant, en fonction du niveau de développement de l'enfant et de la situation sociale et économique de la famille. » Le tribunal est également invité à tenir compte d'une série de facteurs, notamment les ententes conclues entre les parties, les antécédents de chacun des parents en matière d'exercice des fonctions parentales et leur capacité à les exercer à l'avenir, les besoins affectifs de l'enfant, les relations entre l'enfant et ses frères et sœurs et

²⁵⁵ Art. 68F de la *Family Law Act* de l'Australie.

d'autres adultes, les souhaits des parents et de l'enfant, et l'horaire de travail des parents. Il existe toutefois un élément qui joue un rôle déterminant, à savoir, « la force relative, la nature et la stabilité de la relation de l'enfant avec chacun des parents, en se demandant si l'un des parents a assumé une plus grande responsabilité à l'égard des fonctions parentales associées aux besoins quotidiens de l'enfant²⁵⁶. »

Les divers éléments prévus par le régime de l'État de Washington pour l'attribution de la résidence et celle du pouvoir décisionnel sont repris dans les recommandations présentées récemment par l'American Law Institute. Pour ce qui est de la fixation du calendrier de séjour de l'enfant (ou de ce que l'ALI appelle la responsabilité en matière de garde), l'ALI recommande le recours à la règle du parallélisme — c'est-à-dire, il faut essayer de reproduire le plus fidèlement possible les arrangements parentaux qui existaient avant la séparation et le divorce. Sur ce point, les recommandations de l'ALI sont remarquablement semblables au régime de l'État de Washington qui accorde une importance déterminante à « la force relative, la nature et la stabilité de la relation de l'enfant avec chacun des parents, en se demandant si l'un des parents a assumé une plus grande responsabilité à l'égard des fonctions parentales associées aux besoins quotidiens de l'enfant » pour ce qui est de l'attribution de l'horaire de résidence de l'enfant. Ces deux régimes accordent une importance particulière à la continuité et à la stabilité des soins donnés aux enfants.

Cependant, ni le régime de l'État de Washington ni les recommandations de l'ALI n'accordent cette importance à la continuité des soins fournis pour ce qui est de l'attribution du pouvoir décisionnel. Le régime de l'État de Washington accorde plutôt une importance particulière au fait que les parents ont démontré qu'ils étaient en mesure d'agir conjointement. Les recommandations de l'ALI privilégient également la mesure dans laquelle les parents ont déjà participé à la prise de décisions dans le passé et sur leur capacité à collaborer ensemble pour ce qui est de la prise de décisions²⁵⁷. Si les recommandations de l'ALI visent là aussi à s'aligner sur les ententes antérieures à la séparation, ce sont ici les arrangements en matière de prise de décisions antérieurement à la séparation qui sont privilégiés ici.

L'avantage d'une telle méthode est qu'elle permet de choisir des éléments spécialement conçus pour les diverses composantes de la responsabilité parentale. Les types d'éléments à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant à l'égard d'une ordonnance de résidence sont peut-être différents de ceux dont il y aurait lieu de tenir compte lorsqu'il s'agit de prononcer une ordonnance spéciale ou une ordonnance attribuant un pouvoir décisionnel. Cette méthode offre donc l'avantage de réduire, en partie au moins, les problèmes d'incertitude associés à l'existence

²⁵⁶ Al. 26.09.187(3)a) de la *Parenting Act* de l'État de Washington. Il convient de noter que malgré cette disposition, la Cour suprême de l'État de Washington a jugé que la *Parenting Act* ne crée pas de présomption en faveur du prestataire de soins principal. Voir *In re Kovacs* (1993) 854 P.2d 629.

²⁵⁷ La recommandation 2.10(1) de l'ALI, note 26 *supra*, affirme que le tribunal « doit attribuer le pouvoir de prendre les décisions importantes au nom de l'enfant, y compris les décisions en matière de santé et d'éducation, à un des parents ou aux deux parents, selon ce qui est dans l'intérêt de l'enfant compte tenu a) de leur attribution de la responsabilité en matière de garde, b) du niveau de participation qu'ont eu chacun des parents dans les décisions prises antérieurement pour le compte de l'enfant, c) des souhaits des parents, d) de la capacité et de la collaboration dont les parents ont fait preuve dans leur prise de décisions pour le compte de l'enfant, e) des ententes antérieures conclues par les parties et f) de l'existence d'éléments limitatifs ».

d'une liste détaillée d'éléments à prendre en compte pour appliquer le critère de l'intérêt de l'enfant²⁵⁸.

L'élaboration d'une liste d'éléments spéciaux applicables à des aspects particuliers de la responsabilité parentale est peut-être davantage compatible avec un modèle étroitement inspiré des régimes utilisés dans l'État de Washington et recommandé par l'ALI (c.-à-d. ordonnances fixant le calendrier de séjour et attribuant le pouvoir décisionnel), mais cette méthode pourrait également être appliquée à un régime qui serait fondé sur d'autres types d'ordonnances parentales. Par exemple, un régime axé sur l'attribution de l'autorité et des droits parentaux pourrait être conçu pour que soient appliqués des facteurs différents aux différents aspects de la responsabilité parentale.

Un régime comprenant des ordonnances de résidence, de contact et des ordonnances spéciales pourrait également prévoir l'utilisation d'éléments spéciaux. Il serait par contre plus difficile de distinguer dans un tel régime les éléments qui se rapportent à la résidence de ceux qu'il faudrait appliquer pour l'attribution du pouvoir décisionnel. Dans les régimes du R.-U. et de l'Australie, le pouvoir décisionnel est présumé partagé, sauf disposition contraire d'une ordonnance judiciaire. Comme nous l'avons noté ci-dessus, l'adoption du principe voulant que la responsabilité parentale survive à une ordonnance parentale rendrait une telle méthode inadaptée à l'option deux. Par contre, il serait tout à fait possible d'établir une distinction entre un certain nombre de facteurs spéciaux dont il faudrait tenir compte pour les ordonnances de résidence, les ordonnances de contact et les ordonnances spéciales. Nous allons examiner ci-dessous certains de ces facteurs.

Présomption ou principe favorable aux contacts entre l'enfant et ses parents

Plusieurs pays se sont orientés vers l'adoption d'un principe favorisant les contacts entre l'enfant et ses parents. Au R.-U., la *Family Law Act* (Loi sur le droit de la famille) de 1996 énonce expressément l'existence d'une présomption favorisant ce genre de contact. L'alinéa 11(4)c) prévoit que l'intérêt de l'enfant exige que celui-ci ait des contacts réguliers avec les personnes qui exercent de la responsabilité parentale à son égard. Cette disposition n'a fait que reprendre ce qui représentait déjà une tendance en droit familial. La Cour d'appel de l'Angleterre avait déjà élaboré une présomption « très forte » en faveur de ces contacts²⁵⁹. La Cour a déjà jugé qu'il ne fallait empêcher les contacts entre l'enfant et ses parents que lorsqu'il existait des raisons impérieuses de le faire et que les tribunaux devaient tenir compte du développement de l'enfant à moyen et long terme et ne pas accorder une importance excessive aux problèmes à court terme, comme l'instabilité psychiatrique actuelle du parent à visiter²⁶⁰. De nombreux commentateurs ont vivement critiqué cette attitude à l'égard des contacts de l'enfant avec ses parents, et ont soutenu que l'on compromettrait souvent l'intérêt de l'enfant en insistant sur la préservation des contacts avec ses parents. On a reproché en particulier aux tribunaux de ne pas

²⁵⁸ Voir l'analyse, aux notes 186 à 188 *supra*.

²⁵⁹ Voir *Re H (Minors) (Access)* [1992] 1 FLR 148; *Re M (Contact: supervision)* [1998] 1 FLR 727.

²⁶⁰ *Re M, ibid.*

avoir concilié le principe général de la préservation des contacts avec l'objectif aussi important de la protection des enfants²⁶¹.

Le régime australien adopte comme principe général que « les enfants ont le droit d'avoir des contacts réguliers avec leurs deux parents. » Ce principe doit être appliqué « sauf lorsqu'il est contraire à l'intérêt de l'enfant²⁶². » Ce droit d'entretenir de tels contacts a constitué un des aspects les plus controversés de la *Family Law Reform Act* de 1995. La plupart des commentateurs ont vu là une évolution positive, favorisant les contacts entre le parent non cohabitant et ses enfants, mais d'autres craignaient que ce principe ne donne lieu à des abus²⁶³. Le Tribunal de la famille australien a toutefois souligné que le droit de l'enfant à avoir des contacts avec ses parents doit être exercé en tenant compte du principe de l'intérêt de l'enfant²⁶⁴. Les tribunaux ont jugé que cette Loi ne créait pas de présomption en faveur de contacts entre l'enfant et ses parents et qu'elle déterminait uniquement le contexte dans lequel il convenait de déterminer l'intérêt de l'enfant.

Comme nous en avons discuté ci-dessus, le nombre des ordonnances refusant d'autoriser ces contacts au cours des audiences sur mesures provisoires a diminué sensiblement en Australie, ce qui n'est pas le cas du nombre des ordonnances définitives dans lesquelles ces contacts ont été refusés, qui est demeuré inchangé²⁶⁵. Le changement observé pour ce qui est des ordonnances provisoires s'explique en partie par le principe, contenu dans cette Loi, reconnaissant le droit de l'enfant à avoir des contacts avec ses parents²⁶⁶. La reconnaissance d'un tel droit à l'enfant n'a pas eu un effet aussi prononcé en Australie qu'au R.-U., mais les données indiquent qu'il y a lieu de s'inquiéter de la façon dont ces droits sont exercés dans un contexte de violence familiale, en particulier à l'étape des mesures provisoires.

Si l'on décidait de réformer la *Loi sur le divorce* pour qu'elle s'inspire d'un modèle neutre de la responsabilité parentale, cette Loi ne devrait pas énoncer de présomption en faveur de ces contacts. Il existe une différence sensible entre le modèle neutre de la responsabilité parentale qui n'émet aucune hypothèse sur la façon dont il convient d'aménager l'exercice de la responsabilité parentale et une présomption en faveur de tels contacts, qui se fonde sur l'idée qu'un certain type d'entente parentale est toujours dans l'intérêt des enfants. En outre, l'expérience du R.-U. semble indiquer qu'il y a lieu de craindre qu'une présomption en faveur de

²⁶¹ Voir d'une façon générale Kaganas, note 17 *supra*, C. Smart et B. Neale « Arguments Against Virtue—Must Contact be Enforced? » [1997] *Fam Law* 332. Les tribunaux ont généralement ordonné la poursuite des contacts, même en présence de ce qu'ils ont appelé « l'implacable hostilité » de la part du parent cohabitant, le plus souvent la mère.

²⁶² Paragraphe 60B(2) de la *Family Law Act*.

²⁶³ « On a d'abord pensé que ces réformes allaient donner au parent qui voulait harceler son ancien partenaire la possibilité de demander des ordonnances décrivant en détail les soins à donner à l'enfant. Deuxièmement, combiné aux directives législatives invitant les parents à "s'entendre" sur les arrangements parentaux, on a vu dans le droit de l'enfant à des contacts avec ses parents un moyen d'exercer des pressions sur la mère qui craint légitimement pour son enfant en vue de l'amener à accepter une entente qui compromet sa propre sécurité et l'intérêt de l'enfant. » Rapport provisoire, p. 14.

²⁶⁴ *In the Matter of B v. B*, note 132 *supra*.

²⁶⁵ Comme nous en avons discuté ci-dessus, les tribunaux hésitent à créer une situation de fait au moment de prononcer une ordonnance provisoire lorsqu'il y a des allégations de violence non établies à ce stade de l'instance. Rapport provisoire, note 72 *supra*, p. ix.

²⁶⁶ *Ibid.*

ces contacts ne permette pas toujours d'en arriver à l'équilibre souhaitable entre l'établissement de relations solides entre l'enfant et ses parents et la sécurité de l'enfant.

La question de savoir si la *Loi sur le divorce* devrait contenir un énoncé de principe en faveur de ces contacts est plus difficile à résoudre. Un tel énoncé serait conforme à la ligne directrice voulant que la réforme proposée reconnaisse que les enfants ont besoin d'établir et de conserver de bonnes relations avec leurs deux parents pour pouvoir se développer harmonieusement.

Il est toutefois important d'examiner comment cette présomption en faveur des contacts pourrait être appliquée en pratique. Il convient de noter que la *Children Act* du R.-U. n'énonce pas de présomption en faveur de ces contacts et qu'il ne contient pas non plus d'énoncé concernant ce droit à des contacts. En fait, cette « présomption très forte » a été créée par la jurisprudence (qui a été confirmée par la suite par la *Family Law Act*). La reconnaissance d'un droit à ces contacts dans la *Loi sur le divorce* risque d'amener les tribunaux à créer, de la même façon, une « présomption très forte » en ce sens. Les tribunaux australiens ont, par contre, été plus prudents et n'ont pas reconnu cette présomption. Cependant, la reconnaissance du droit à de tels contacts a eu pour effet de faire hésiter les tribunaux à refuser ce type de contacts. Même s'il n'établit pas vraiment de présomption, le régime légal en vigueur, et la façon dont il a été interprété par les tribunaux, semble tout de même fondé sur l'hypothèse que certains types d'ententes parentales sont dans l'intérêt des enfants. Dans ce régime, il faut donc démontrer que les contacts demandés ne sont pas dans l'intérêt de l'enfant, si l'on veut que le tribunal les refuse.

On pourrait penser que le droit d'avoir des contacts entre l'enfant et ses parents est susceptible de favoriser l'établissement de relations solides entre l'enfant et le parent avec lequel il ne réside pas, mais l'expérience d'autres pays indique que lorsque l'on en fait une présomption, un principe ou un droit, cela peut nuire à d'autres aspects comme la nécessité de protéger les enfants contre la violence, les situations conflictuelles et les agressions. Le droit à de tels contacts peut avoir pour effet de renforcer les contacts qu'a un enfant avec le parent avec lequel il ne réside pas. Cependant, il est toutefois difficile de savoir si un tel droit ne pourrait favoriser l'établissement de bonnes relations que lorsque cela ne compromet pas la sécurité de l'enfant. Si l'on veut inclure dans la Loi un énoncé général favorisant de tels contacts, il serait alors important que la Loi mentionne également les restrictions pouvant être apportées à un tel droit. Ces restrictions sont analysées de façon plus approfondie dans la section ci-dessous qui porte sur la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales.

Une troisième option consisterait à inclure le principe favorisant le maintien de bonnes relations entre l'enfant et ses parents à l'intérieur du critère de l'intérêt de l'enfant. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le Comité mixte spécial recommandait d'insérer le principe du maximum de contacts que l'on trouve à l'heure actuelle au paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce* dans le critère de l'intérêt de l'enfant, de façon à pouvoir l'apprécier et le concilier avec les autres éléments. Un modèle neutre axé sur la responsabilité parentale pourrait adopter une méthode semblable, et inclure le principe des contacts dans une liste des éléments à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant et pour répartir certains aspects de la responsabilité parentale. L'idée de favoriser l'établissement et la préservation de bonnes relations entre les parents et leurs enfants, lorsque cela est sécuritaire et positif, pourrait ainsi figurer dans une liste des éléments déterminant l'intérêt de l'enfant qui serait contenue dans la loi.

Présomption favorable ou défavorable à l'égard des ordonnances judiciaires

Dans la définition générale qu'elle donne de l'intérêt de l'enfant, la *Children Act* de 1989 du R.-U. stipule que lorsque le tribunal envisage de prononcer une ordonnance, « il ne rendra aucune ordonnance à moins de considérer que l'intérêt de l'enfant est mieux servi ainsi qu'autrement²⁶⁷. » Ce principe de « non-intervention » reflète la volonté que l'on retrouve dans cette Loi du R.-U. de laisser les parties régler elles-mêmes leurs différends ainsi qu'une prévention contre toute intervention judiciaire lorsque les enfants font l'objet d'un litige. Le régime du R.-U. vise à encourager les parties à s'entendre sur l'éducation de leurs enfants, sans recourir aux tribunaux²⁶⁸. Le régime en vigueur au R.-U. a réaménagé le rapport entre les pouvoirs accordés aux parties et ceux des tribunaux pour favoriser nettement les premiers²⁶⁹.

La loi australienne ne contient pas de dispositions semblables. Le Family Law Council s'est prononcé contre l'adoption du principe de « non-intervention » contenu dans la *Children Act* parce qu'il était « trop inflexible²⁷⁰ ».

Toute réforme de ce domaine se donne comme objectif essentiel d'encourager les parents qui se séparent et qui divorcent à conclure des arrangements pour leurs enfants sans recourir aux tribunaux. En invitant les tribunaux à ne prononcer une ordonnance que lorsque cela est dans l'intérêt de l'enfant, la disposition législative en vigueur au R.-U. indique clairement que les tribunaux ne devraient pas être chargés de régler les questions triviales qui opposent les parents. Ce régime invite en fait les parents à régler ces questions entre eux et à ne pas recourir aux tribunaux pour leur soumettre la moindre mésentente parentale. Il est toutefois difficile de savoir si une présomption de non-intervention est la meilleure façon de réaliser cet objectif. On pourrait penser que le régime du R.-U. va trop loin pour ce qui est des pouvoirs accordés aux parties.

Sur ce point, les dispositions australiennes concilient peut-être mieux l'initiative laissée aux parties et l'intervention des tribunaux. La *Family Law Act* contient un certain nombre de dispositions qui encouragent expressément les parents à collaborer et à conclure des ententes concernant leurs enfants. L'article 60B affirme que la Loi a notamment pour objet que « les parents [s'entendent] sur leur rôle de parents à l'égard de leurs enfants » et l'article 63B stipule que « les parents d'un enfant sont encouragés a) à s'entendre sur les questions concernant l'enfant et à ne pas demander aux tribunaux d'intervenir. » Cependant, les critères applicables au prononcé d'une ordonnance parentale ne contiennent aucune présomption privilégiant les parties ou la non-intervention judiciaire. Lorsqu'un des parents demande une ordonnance parentale, il n'existe pas de présomption contre le prononcé d'une telle ordonnance; par contre, il faut que l'ordonnance soit rendue dans l'intérêt de l'enfant.

²⁶⁷ Par. 1(5) de la *Children Act*.

²⁶⁸ Dewar, « Distant Cousins », note 88 *supra*.

²⁶⁹ Comme nous en avons discuté ci-dessus, certains éléments indiquent que le nombre des ordonnances judiciaires a augmenté depuis l'adoption de ces réformes. Le nombre des ordonnances de contact et des ordonnances spéciales a augmenté sensiblement. Voir Davis, *supra*, note 72, p. 615, 617.

²⁷⁰ Family Law Council, *Avis au procureur général sur le fonctionnement de la (U.K.) Children Act 1989*, mars 1994, p. 5. [Traduction] « Le conseil estime que la disposition du R.-U. est trop inflexible et pense qu'il serait préférable d'obliger les tribunaux à décider si, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, il ne serait pas souhaitable de ne pas prononcer d'ordonnance. »

Si l'on réforme la *Loi sur le divorce* pour y inclure une disposition qui encourage les parents à conclure des ententes (comme cela va être examiné ci-après dans les sections qui portent sur les ententes parentales et le principal mode de règlement des différends), il n'existe aucun motif d'intérêt général voulant que l'on insère également une présomption contre les ordonnances dans les critères permettant de déterminer l'intérêt des enfants. Il est par contre important que ces dispositions continuent à prévoir la possibilité de recourir aux tribunaux pour les parents qui n'arrivent pas à conclure leurs propres ententes. L'importance accrue accordée aujourd'hui au sein du système de justice familiale aux arrangements, à la médiation et aux autres formes de règlement des litiges est telle que lorsque les parents demandent à un tribunal de rendre une ordonnance parentale, ils ont déjà épuisé les autres moyens de résoudre leurs différends. Lorsque tous les efforts déployés pour régler ces différends ont échoué, il ne devrait pas y avoir de présomption voulant que les tribunaux s'abstiennent de rendre des ordonnances parentales. Il y a une limite à ce que la Loi peut décréter pour obliger les parties à résoudre elles-mêmes leurs différends. Lorsque les parents demandent à un tribunal de rendre une ordonnance parentale, celui-ci devrait prononcer la ou les ordonnances qu'il estime être, d'après lui, dans l'intérêt de l'enfant. Une présomption de non-intervention serait tout à fait inappropriée dans le cas des familles en situation conflictuelle, pour lesquelles les tribunaux doivent bien souvent prendre des mesures détaillées, comme nous en discutons en détail plus loin.

Résumé et évaluation

Dans la mesure du possible, il convient de préférer à un critère légal général des critères mieux adaptés aux différentes composantes de la responsabilité parentale. Une liste générale de critères légaux ayant la même importance ne favorise pas la certitude ou la prévisibilité, ce que peuvent par contre faire des critères spéciaux adaptés aux différentes composantes de la responsabilité parentale. Une telle méthode permet ainsi aux parties et aux tribunaux de privilégier les facteurs particuliers qui influent sur la répartition de certains aspects de la responsabilité parentale.

Un régime fondé sur la responsabilité parentale ne devrait pas créer de présomption en faveur des contacts de l'enfant avec ses parents. Une telle présomption se fonde sur l'idée que certains types d'arrangements parentaux sont toujours dans l'intérêt de l'enfant. À ce titre, cette présomption n'est pas conforme à un modèle neutre de la responsabilité parentale qui ne privilégie aucune répartition particulière de la responsabilité parentale.

Un régime fondé sur les responsabilités parentales ne devrait pas non plus contenir de présomption de non-intervention des tribunaux. Il y a certes lieu d'encourager les parents à résoudre leurs différends et à les dissuader de s'adresser aux tribunaux pour régler des problèmes triviaux, mais il convient de laisser aux tribunaux leur pouvoir de prononcer des ordonnances dans l'intérêt des enfants.

La violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales

Compte tenu des orientations et des objectifs visant à protéger les enfants contre la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales, les critères applicables aux ordonnances parentales doivent également répondre aux besoins particuliers des enfants qui connaissent ces difficultés. Les besoins des enfants qui ont connu la violence, les situations conflictuelles ou l'exercice inadéquat des responsabilités parentales sont certes uniques

et la terminologie légale doit expressément tenir compte de ces besoins, mais les motifs d'intérêt général qui exigent que la loi fasse référence à la violence, aux situations conflictuelles et à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales sont semblables.

Tout d'abord, les critères applicables aux ordonnances parentales devraient faire référence à la violence, aux situations conflictuelles et à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. Ces éléments pourraient être soit mentionnés dans une liste générale des éléments légaux permettant de déterminer l'intérêt de l'enfant ou à titre d'aspects ou de restrictions particulières dont il faut tenir compte pour attribuer certaines composantes spéciales de la responsabilité parentale. Deuxièmement, et nous en avons discuté dans la section portant sur la première option, la *Loi sur le divorce* pourrait comprendre des dispositions spéciales imposant des restrictions au droit de visite lorsqu'il y a violence, situation conflictuelle ou exercice inadéquat des responsabilités parentales. Troisièmement, aspect qui a également été analysé dans la section traitant de la première option, la *Loi sur le divorce* pourrait comprendre des dispositions spéciales en matière de violence pour ce qui est des ententes parentales et des services reliés au divorce.

Critères applicables aux ordonnances parentales

La *Loi sur le divorce* pourrait mentionner la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales soit dans une liste générale des éléments légaux permettant de déterminer l'intérêt de l'enfant ou à titre d'éléments particuliers applicables à des ordonnances parentales particulières.

Liste générale d'éléments légaux

Selon la première méthode, la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales pourraient être incorporées dans une liste des éléments à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Les tribunaux tiendraient compte de cette liste générale et légale des éléments à prendre en considération pour répartir la responsabilité parentale dans le cadre des ordonnances parentales²⁷¹.

La violence. Un certain nombre de pays ont inclus la violence et la maltraitance dans les éléments à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant²⁷². Comme nous en avons discuté ci-dessus, la *Family Law Act* de l'Australie inclut, par exemple, les facteurs suivants : « (g) la nécessité de protéger l'enfant contre les préjudices physiques ou psychologiques qui peuvent découler du fait (1) qu'il est l'objet de sévices, de mauvais traitements ou d'autres comportements, ou qu'il y est exposé; ou (2) qu'il est exposé directement ou indirectement à des sévices, des mauvais traitements, de la violence ou à d'autres comportements dirigés contre une autre personne ou ayant des effets sur elle;... (i) les actes de

²⁷¹ Autrement dit, les tribunaux tiendraient compte de tous ces facteurs dans un régime fondé sur les ordonnances de résidence, de contact, les ordonnances spéciales et spécifiques, les ordonnances attribuant l'autorité et les droits parentaux, les ordonnances fixant le calendrier de séjour et attribuant le pouvoir décisionnel.

²⁷² Voir l'analyse aux notes 18 à 25 et 190 à 194 *supra*.

violence familiale visant l'enfant ou un membre de sa famille; (j) toute ordonnance sur la violence familiale qui concerne l'enfant ou un membre de sa famille²⁷³. »

La loi de l'État du Maine prévoit de la même façon que lorsque le tribunal doit attribuer des droits et responsabilités parentaux, il doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant, ce qui comprend : « (L) les actes de violence commis par les parents, antérieurement ou dans le présent, et comment cette violence touche : (1) l'enfant sur le plan affectif; (2) sur le plan physique; (M) les antécédents des parents en matière d'agression d'enfants; (N) tous les autres éléments qui peuvent influencer la santé physique et psychologique de l'enfant²⁷⁴. »

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée de façon à inclure des références semblables à la violence dans la définition générale de l'intérêt de l'enfant.

Situations conflictuelles. Le cas unique des familles en situation conflictuelle pourrait être mentionné dans une liste générale des éléments à prendre en considération. Il n'existe pas de précédent législatif pour inclure une référence aux situations conflictuelles dans la définition générale de l'intérêt de l'enfant, mais la *Loi sur le divorce* pourrait contenir un énoncé général indiquant qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de vivre dans une situation conflictuelle.

Exercice inadéquat des responsabilités parentales. Là encore, il n'y a pas de précédent législatif pour inclure une référence à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales dans une disposition concernant l'intérêt de l'enfant²⁷⁵, mais la *Loi sur le divorce* pourrait mentionner les problèmes associés à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales comme constituant un élément à prendre en considération pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Cette loi pourrait comprendre, à titre d'énoncé général de principe, une affirmation selon laquelle il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'être exposé à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. En s'inspirant de la *Parenting Act* de l'État de Washington, on pourrait définir l'exercice inadéquat des responsabilités parentales comme étant, par exemple : a) le délaissement d'un enfant ou l'inexécution, de la part des parents, de leurs fonctions parentales, b) un handicap affectif ou physique durable empêchant l'exécution des fonctions parentales, et c) un handicap durable causé par la toxicomanie et empêchant l'exécution des fonctions parentales²⁷⁶.

Facteurs particuliers applicables aux ordonnances spéciales

Une deuxième approche consisterait à faire référence à la violence, aux situations conflictuelles et à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales parmi les éléments particuliers qui doivent être pris en considération pour attribuer des composantes particulières de la responsabilité parentale lorsqu'il s'agit de prononcer certains types d'ordonnances parentales.

²⁷³ Par. 68F(2) de la *Family Law Act* de 1995 de l'Australie. La Loi définit également expressément la violence familiale comme étant : « le comportement réel ou appréhendé d'une personne envers un membre de la famille, ou contre les biens de cette personne, qui amène celle-ci ou un autre membre de la famille à craindre pour sa sécurité personnelle. » Par. 60D(1) de la *Family Law Act*.

²⁷⁴ Par. 1653(3) de la *Domestic Relations Act* de l'État du Maine.

²⁷⁵ La Loi de l'État de Washington contient une référence à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales, mais pas dans la liste générale des facteurs permettant de déterminer l'intérêt de l'enfant. Cette notion figure à titre de restriction ou de limitation à l'attribution de fonctions parentales dans le cadre d'ententes parentales.

²⁷⁶ *Parenting Act*. Voir également l'analyse des propositions de l'ALI au sujet de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales, note 168 *supra*.

La violence. La violence pourrait figurer parmi les facteurs particuliers dont il faut tenir compte pour attribuer les composantes de la responsabilité parentale et pour prononcer certains types d'ordonnances parentales. Il pourrait être prévu qu'elle constitue un élément dont le tribunal doit tenir compte pour fixer le calendrier de séjour de l'enfant (pour les ordonnances de résidence et de contact, les ordonnances fixant le calendrier de séjour et attribuant la responsabilité parentale) et dans l'octroi d'un pouvoir décisionnel (pour les ordonnances spéciales ou les ordonnances sur les mesures interdites, les ordonnances attribuant un pouvoir décisionnel ou les ordonnances attribuant la responsabilité parentale).

Pour ce qui est du calendrier de séjour, la *Loi sur le divorce* pourrait énoncer une présomption selon laquelle la résidence ou le droit à des contacts ne peut être attribué à l'auteur d'actes de violence familiale. Elle pourrait également réduire la durée du séjour de l'enfant chez cette personne. La *Parenting Act* de l'État de Washington, par exemple, stipule que la durée du séjour de l'enfant chez le parent *devra* être limitée s'il est établi que celui-ci a agressé un enfant physiquement, sexuellement, psychologiquement, a commis antérieurement des actes de violence familiale, des voies de fait ou une agression sexuelle ayant causé des lésions corporelles graves ou la crainte d'un tel préjudice²⁷⁷. La *Loi sur le divorce* pourrait également permettre que l'enfant ne réside ou n'ait des contacts avec une telle personne que si cela est dans l'intérêt de l'enfant, et qu'il soit possible d'assurer sa sécurité et celle du parent²⁷⁸. La loi pourrait aussi prévoir une réduction de la durée du séjour de l'enfant chez une telle personne. Ces différentes possibilités ne diffèrent qu'en ce qui concerne le niveau de sécurité prévu, et le degré selon lequel le cadre législatif estime que la durée du séjour de l'enfant devrait ou pourrait être limitée en fonction d'un constat de violence.

On pourrait avoir recours à la même gamme d'options pour ce qui est de l'attribution d'un pouvoir décisionnel. La Loi pourrait prévoir une présomption contre l'attribution d'un pouvoir décisionnel à l'auteur d'actes de violence. Elle pourrait également créer dans ce cas une présomption contre le partage du pouvoir décisionnel. La Loi de l'État de Washington, par exemple, stipule que les tribunaux ne doivent pas attribuer un pouvoir de décision conjoint lorsque l'un des parents a agressé physiquement, sexuellement ou affectivement un enfant, ou possède des antécédents de violence familiale, ou d'agressions sexuelles graves causant des lésions corporelles graves ou que l'on craint qu'un tel préjudice soit causé²⁷⁹. La *Loi sur le divorce* pourrait exiger des tribunaux qu'ils tiennent compte des antécédents de violence pour attribuer le pouvoir décisionnel, et les autoriser à limiter l'attribution d'un pouvoir décisionnel au père ou à la mère qui a commis des actes de violence familiale ou, le cas échéant, aux deux parents. Là encore, ces options diffèrent quant au niveau de protection considéré comme étant approprié et la mesure dans laquelle le cadre législatif adopte l'idée qu'il y a lieu de limiter le pouvoir décisionnel d'un des parents lorsqu'il y a eu violence.

²⁷⁷ De plus, s'il semble, aux yeux du tribunal, que les limites imposées à la durée des séjours de l'enfant ne permettront pas de protéger celui-ci adéquatement contre les abus et les mauvais traitements que pourrait lui occasionner un contact avec le parent en question, le tribunal interdira au parent tout contact avec l'enfant.

²⁷⁸ Une disposition semblable existe dans la *Domestic Relations Act* de l'État du Maine, Art. 1653(6).

²⁷⁹ Article 26.09.191

Situations conflictuelles. Les situations conflictuelles pourraient également figurer dans la liste à titre d'éléments spécifiques à prendre en considération pour répartir la responsabilité parentale dans le cadre des ordonnances parentales.

L'éventail des options qui peuvent être retenues pour cet élément sont semblables à celles qui peuvent l'être pour la violence. Par exemple, pour ce qui est de la résidence, la *Loi sur le divorce* pourrait créer une présomption contre l'alternance de la résidence de l'enfant lorsqu'il existe une situation très conflictuelle entre les parents. Elle pourrait également limiter le temps passé par un enfant auprès de son père ou de sa mère lorsqu'il existe une situation conflictuelle, et permettre l'interdiction de tout contact entre l'enfant et l'un des parents.

Pour ce qui est du pouvoir décisionnel, la Loi pourrait de la même façon créer une présomption contre le partage du pouvoir décisionnel dans les situations conflictuelles. Par exemple, la *Parenting Act* de l'État de Washington prévoit que les tribunaux ne doivent pas ordonner le partage du pouvoir décisionnel lorsque le comportement d'un des parents cause un préjudice à l'enfant, notamment [Traduction] « lorsque le parent fait un usage abusif de la situation conflictuelle, ce qui risque d'entraver gravement le développement psychologique de l'enfant²⁸⁰. » De la même façon, la *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée pour y insérer une disposition interdisant aux tribunaux d'attribuer un pouvoir décisionnel conjoint ou mutuel lorsqu'un des parents a fait un usage abusif de la situation conflictuelle. Il serait également possible d'utiliser un critère légèrement moins exigeant, interdisant aux tribunaux d'ordonner le partage du pouvoir décisionnel lorsque les parents ont montré une incapacité grave à collaborer et à communiquer.

La gravité de la situation conflictuelle pourrait également constituer un facteur à prendre en considération pour l'attribution du pouvoir décisionnel. Là encore, la *Parenting Act* de l'État de Washington stipule que lorsqu'un tribunal s'apprête à prononcer une ordonnance prévoyant un pouvoir décisionnel conjoint dans une entente parentale, il doit déterminer si les parents ont montré qu'ils avaient la capacité et la volonté de collaborer l'un avec l'autre pour prendre les décisions concernant l'enfant. La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée dans le même sens pour exiger que les parents démontrent leur capacité de collaborer, ce qui serait un facteur qui influencerait l'attribution du pouvoir décisionnel dans une ordonnance parentale.

L'exercice inadéquat des responsabilités parentales. La *Loi sur le divorce* pourrait inclure l'exercice inadéquat des responsabilités parentales parmi les éléments à prendre en considération pour attribuer la responsabilité parentale dans le cadre d'une ordonnance parentale. L'exercice inadéquat des responsabilités parentales pourrait être un élément à prendre en considération pour la fixation du calendrier de séjour de l'enfant et le pouvoir décisionnel.

Pour ce qui est de la résidence, en s'inspirant du régime de l'État de Washington, la *Loi sur le divorce* pourrait prévoir que la durée du séjour d'un enfant avec un des parents sera restreinte si ce dernier a adopté un des comportements suivants : a) « abandon délibéré pendant une période prolongée ou refus appréciable d'exercer les fonctions parentales²⁸¹. » La Loi pourrait également

²⁸⁰ Al. 26.09.191(3)e) de la *Parenting Act*.

²⁸¹ Ces facteurs figurent aux par. 26.09.191(1) et (2), et tendent à limiter l'attribution d'un pouvoir décisionnel conjoint ainsi que la durée de la résidence d'un enfant avec un de ses parents.

accorder aux tribunaux le pouvoir de limiter l'attribution des différentes composantes des fonctions parentales dans un certain nombre de circonstances, notamment lorsqu'il y a : a) inexécution ou exécution incomplète des fonctions parentales essentielles, b) un problème affectif ou physique durable qui nuit à l'exécution des fonctions parentales, c) un problème à long terme découlant de la toxicomanie entravant l'exécution des fonctions parentales. La *Loi sur le divorce* pourrait également prévoir que la durée du séjour passé par l'enfant chez un parent *pourrait* être réduite.

Pour ce qui est du pouvoir décisionnel, la Loi pourrait prévoir que les tribunaux ne peuvent attribuer un pouvoir décisionnel conjoint lorsqu'un des parents a adopté un des comportements figurant dans la liste ci-dessus. Elle pourrait également prévoir que le pouvoir décisionnel de ce parent *pourrait* être limité.

Évaluation : Éléments généraux ou spéciaux?

Toute référence à la violence, aux situations conflictuelles et à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales dans la *Loi sur le divorce* constituerait une amélioration importante, mais la méthode consistant à inclure ces éléments dans le critère de l'intérêt de l'enfant n'est peut-être pas la méthode la plus efficace pour assurer la protection des enfants. Cette méthode a pour désavantage de ne pas préciser la façon dont il convient de tenir compte de la violence, des situations conflictuelles et de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. Cette méthode aurait pour effet de confier aux tribunaux la question de l'importance à accorder à ces aspects pour l'attribution de la responsabilité parentale et le prononcé des ordonnances parentales.

L'avantage qu'offre la seconde méthode est qu'elle ne se contente pas de déclarer que la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales sont des éléments qui touchent la répartition de la responsabilité parentale et qu'elle précise davantage la façon dont il convient de tenir compte de ces aspects. Quel que soit le type particulier d'ordonnance parentale adoptée, cette méthode aurait l'avantage de préciser les cas dans lesquels il est approprié de limiter la durée du séjour de l'enfant et les contacts. Il serait très utile, pour réaliser l'objectif consistant à protéger les enfants, que le régime législatif retenu précise que la résidence et les contacts pourraient en fait être limités, voire interdits, en cas de violence, de situations conflictuelles et d'exercice inadéquat des responsabilités parentales. Par exemple, la Loi pourrait attribuer aux tribunaux le pouvoir de refuser les contacts entre un enfant et ses parents, plutôt que présumer qu'il est toujours dans l'intérêt de l'enfant d'avoir des contacts avec ses parents, même si l'un d'entre eux est violent, agressif ou s'acquitte mal de ses responsabilités.

Il conviendrait de préciser clairement la façon dont la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales devraient influencer la répartition de la responsabilité parentale. Un régime légal qui fournirait des directives détaillées à ce sujet contribuerait très efficacement à la protection des enfants.

La violence est un élément qui devrait influencer sur la répartition du séjour de l'enfant, les contacts et le pouvoir décisionnel. La méthode qui protégerait le mieux les enfants consisterait à déclarer, à titre de présomption ou de principe, qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'être exposé à des actes de violence familiale, et qu'il est possible de limiter la durée du séjour de l'enfant, les contacts et le pouvoir décisionnel d'un parent violent. La Loi devrait reconnaître la *possibilité* de

refuser tout contact entre l'enfant et ce parent, à moins qu'il ne soit possible d'éviter que l'enfant en subisse un préjudice. Elle devrait également contenir une liste des mesures de protection dont pourraient être assortis les contacts parents-enfant.

La Loi devrait également mentionner que les situations conflictuelles sont préjudiciables aux enfants. En outre, les tribunaux ne devraient pas inviter les parents à collaborer lorsque la situation familiale est très conflictuelle et, en règle générale, ils ne devraient pas ordonner dans ce genre de situation le partage de l'autorité décisionnelle. La Loi devrait reconnaître la possibilité de restreindre le pouvoir décisionnel en cas de situation conflictuelle.

La Loi devrait également reconnaître que l'exercice inadéquat des responsabilités parentales de la part de l'un ou l'autre des parents est un élément qui permet de limiter le temps passé par l'enfant avec lui, les contacts avec lui et son pouvoir décisionnel.

L'encadrement des contacts

La *Loi sur le divorce* pourrait également prévoir que l'ordonnance de contact prononcée dans un cas de violence familiale ou d'exercice inadéquat des responsabilités parentales doit être assortie de mesures de protection pour l'enfant et pour le parent²⁸². Comme nous en avons discuté dans la première option, la Loi pourrait énumérer une série de mesures de protection dont pourraient être assorties les ordonnances de contact. Par exemple, la *Domestic Relations Act* de l'État du Maine décrit en détail les conditions dont peuvent être assortis les contacts entre l'enfant et ses parents dans les cas de violence familiale et autorise le recours à un large éventail de mesures de protection. Cette Loi autorise notamment les tribunaux à ordonner que l'enfant soit remis par un parent à l'autre dans un lieu protégé, à prévoir des services de counselling obligatoires, des droits de visite supervisés, à répartir les coûts entraînés par les visites supervisées et à fixer les modalités de l'exercice d'un droit de visite supervisé, lorsque la surveillance est assurée par un membre de la famille²⁸³.

L'élaboration d'une liste du genre de mesures de protection qui pourraient être prises dans les cas de violence, de situations conflictuelles ou d'exercice inadéquat des responsabilités parentales pourrait renforcer l'aspect formateur de la réforme. Une telle liste de conditions pourrait aider les tribunaux à examiner des mesures de protection qui n'auraient peut-être pas été envisagées autrement et les inviter à adapter soigneusement l'ordonnance prononcée aux besoins particuliers de l'enfant concerné.

Les ententes parentales et les services de divorce

Comme nous en avons discuté dans la première option, la *Loi sur le divorce* pourrait également préciser l'effet de la violence, des situations conflictuelles et de l'exercice inadéquat des

²⁸² Comme nous en avons discuté dans l'option un, un certain nombre d'États américains font mention de la violence familiale pour ce qui est des ordonnances de visite ou d'accès. Certaines lois prévoient que les tribunaux qui prononcent des ordonnances de contact doivent prendre des dispositions qui protègent l'enfant et le parent. Certaines exigent que les ordonnances de contact soient assorties d'une supervision de l'enfant et de l'auteur des actes de violence (voir, par exemple, les lois de la Louisiane, du Minnesota et du Dakota du Nord). Voir les notes 201 à 207 *supra*. Un régime fondé sur les ordonnances parentales pourrait s'inspirer de la façon dont ces régimes de garde et d'accès tiennent compte de la violence familiale.

²⁸³ Les articles de la *Domestic Relations Act* de l'État du Maine sont examinés plus haut, aux notes 143 et 144 *supra*.

responsabilités parentales sur les ententes parentales et les services de divorce. Si cette Loi était modifiée pour faire référence aux ententes parentales et aux services de divorce, il serait important qu'elle indique dans quelle mesure la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales peuvent justifier une exception à la règle générale qui vise à encourager les parents à résoudre eux-mêmes leurs différends par le biais des ententes parentales, de l'éducation parentale et de la médiation.

La modification des ordonnances parentales

À l'heure actuelle, le paragraphe 17(4) de la *Loi sur le divorce* prévoit la modification des ordonnances de garde ou d'accès lorsqu'il s'est produit un changement « dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge », et lorsque cette modification est dans l'intérêt de l'enfant. La plupart des États américains utilisent un critère comparable qui permet de modifier l'ordonnance de garde lorsqu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant et que la modification est dans l'intérêt de ce dernier²⁸⁴. Aucune raison déterminante ne pousse à modifier cette norme; celle-ci ne pose apparemment aucun problème particulier et il est toujours souhaitable de préserver une norme bien établie et raisonnablement prévisible.

LES ENTENTES PARENTALES

Dans cette deuxième option en matière de réforme, les ententes parentales ne viendraient pas simplement s'ajouter au régime de garde et d'accès mais feraient partie d'un régime plus général visant à remplacer les termes de garde et de droit de visite.

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, toute réforme qui viserait à incorporer des ententes parentales dans la *Loi sur le divorce* devrait régler un certain nombre de questions connexes : (1) le caractère obligatoire ou facultatif des ententes parentales, (2) le contenu obligatoire des ententes parentales, (3) le degré de retenue dont devraient faire preuve les tribunaux à l'égard des ententes parentales et les critères permettant aux tribunaux d'intervenir à leur endroit, (4) les limitations ou les restrictions touchant les ententes parentales et (5) la modification des ententes parentales.

Caractère facultatif ou obligatoire des ententes parentales

Comme nous en avons discuté dans la section ci-dessus traitant de la première option, la *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée pour prévoir des ententes parentales et encourager les parties à en élaborer. La *Loi sur le divorce* pourrait aussi être modifiée pour obliger les parents qui divorcent à présenter des ententes parentales avant de demander une ordonnance parentale ou au lieu d'en demander une. Une troisième solution consisterait à donner aux tribunaux le pouvoir d'obliger les parents qui divorcent et qui demandent une ordonnance parentale à présenter une entente parentale.

La loi australienne est un exemple de la première méthode qui encourage les parents à s'entendre à l'amiable sur la façon dont leurs enfants seront élevés à l'avenir. Le régime de l'État de Washington est un exemple de la seconde méthode qui oblige tous les parents qui se séparent à

²⁸⁴ Voir la discussion concernant l'ALI, note 26 *supra*.

présenter des ententes parentales. Plusieurs États américains ont retenu la troisième méthode qui consiste à donner aux tribunaux le pouvoir d'exiger une entente parentale²⁸⁵.

Facultatives ou obligatoires, les ententes parentales sont conformes à l'esprit d'un modèle neutre de la responsabilité parentale. Aucune de ces deux modalités ne suppose qu'on ait choisi une façon particulière de répartir la responsabilité parentale et elles permettent toutes deux aux parties de construire leurs propres arrangements parentaux. Ces deux modalités sont compatibles avec les objectifs généraux de la réforme — à savoir, inciter les parents à résoudre leurs propres différends au sein d'un processus suffisamment souple pour répondre aux besoins particuliers de chaque famille.

Les premières recherches effectuées dans les pays qui font appel aux ententes parentales dans leurs textes législatifs ne démontrent pas clairement s'il est préférable que ces ententes soient facultatives ou obligatoires. Dans le régime australien, les parties n'utilisent pas les ententes parentales qui sont facultatives, bien que cela puisse s'expliquer par un système d'enregistrement très complexe²⁸⁶. Dans le régime de l'État de Washington, les ententes parentales obligatoires n'ont pas modifié de façon sensible l'issue des litiges familiaux²⁸⁷. Les régimes obligatoires ont toutefois modifié le processus de règlement des différends parentaux. Dans ce processus, les parents doivent déposer des ententes parentales détaillées, ce qui les oblige à s'intéresser à la répartition des différentes composantes de la responsabilité parentale.

Un régime d'ententes parentales obligatoires, inspiré de la *Parenting Act* de l'État de Washington permettrait de réaliser la plupart des objectifs que recherche une réforme législative axée sur un modèle neutre de la responsabilité parentale. Un tel régime inciterait les parents à collaborer à la résolution des différends qui les opposent et à utiliser un mode de règlement extrajudiciaire des différends, tout en préservant les attributions qui appartiennent aux tribunaux en dernier recours, en tant qu'instances chargées de protéger l'intérêt des enfants. De toute évidence, un régime obligatoire incite davantage les parents à essayer de collaborer mais il ne les y oblige pas. Les parents qui n'arrivent pas à s'entendre sur une entente parentale peuvent déposer leur propre plan parental auprès du tribunal et demander une ordonnance sous la forme d'une entente parentale.

Un régime d'ententes parentales facultatives pourrait être intégré à la *Loi sur le divorce* de la même façon que cela a été analysé pour la première option. La Loi pourrait contenir une disposition encourageant les parents à déposer des ententes parentales et ensuite formuler le cadre général de ces ententes : le contenu souhaitable, les critères de révision, les restrictions et la norme applicable en matière de modification²⁸⁸. Si les parents ne s'entendent pas et ne déposent pas d'entente parentale, ils pourraient alors présenter une demande d'ordonnance parentale. Cette méthode est compatible avec les trois approches aux ordonnances parentales

²⁸⁵ En Californie, au Nevada, au New Jersey, en Pennsylvanie et au Michigan, les tribunaux ont le pouvoir d'obliger les parents qui divorcent et qui sollicitent une ordonnance à présenter une entente parentale.

²⁸⁶ Rapport provisoire, note 72 *supra*. Le Rapport provisoire note qu'en 1997-1998, 352 ententes parentales ont été enregistrées à l'échelle du pays. Par comparaison, 1 008 ententes concernant les enfants avaient été enregistrées en 1995-1996 et 1 088 en 1994-1995. Voir l'analyse de ces chiffres, aux notes 125 à 134 *supra*.

²⁸⁷ L'étude non publiée est décrite dans le document de l'ALI, note 26 *supra*, à la p. 75. Voir l'analyse, aux notes 160 à 163 *supra*.

²⁸⁸ Voir l'analyse, aux notes 212 à 225 *supra*.

examinées ci-dessus et viendrait compléter de façon utile un régime fondé sur la responsabilité parentale.

Par contre, des ententes parentales obligatoires déboucheraient sur un modèle fort différent de responsabilité parentale. Selon cette modalité, les ententes parentales deviendraient le principal moyen de résoudre les litiges parentaux. Dans les deux États américains qui ont adopté les ententes parentales obligatoires, les tribunaux doivent formuler leurs ordonnances sous la forme d'ententes parentales. Les ententes parentales obligatoires ne constituent pas un simple complément aux trois approches aux ordonnances parentales examinées ci-dessus mais constituent à elles seules une solution distincte. Un régime d'ententes parentales obligatoires devrait être élaboré à partir de sa propre notion de la responsabilité parentale.

Dans l'analyse des ententes parentales qui suit, nous essayons de faire ressortir la mesure dans laquelle les plans obligatoires constituent une solution très différente de celle des ententes facultatives, qui a été examinée dans le cadre de la première option.

Le contenu

Le contenu des ententes parentales dépend en partie de leur caractère facultatif ou obligatoire. Comme nous en avons discuté ci-dessus, les régimes facultatifs comprennent moins d'exigences en matière de contenu que les régimes obligatoires²⁸⁹.

La *Parenting Act*, 1987, de l'État de Washington oblige tous les parents qui se séparent à déposer une entente parentale et exige que ce plan fixe les périodes de résidence de l'enfant, répartisse le pouvoir décisionnel et prévoie un mécanisme de règlement des différends²⁹⁰. Cette Loi expose ensuite, de façon relativement détaillée, les conditions se rapportant à chacun de ces aspects. Par exemple, pour ce qui est du pouvoir décisionnel, la Loi stipule que le plan [Traduction] « doit attribuer le pouvoir décisionnel à l'une ou l'autre des parties pour ce qui est de l'éducation, des soins médicaux et de la formation religieuse de l'enfant. Les parties peuvent insérer une entente concernant les soins à donner à l'enfant dans ces domaines précis, ou dans d'autres, dans leur plan parental²⁹¹. » Sur le plan de la résidence, la Loi stipule que le plan [Traduction] « doit comprendre une répartition des périodes de résidence qui détermine chez lequel des deux parents chaque enfant mineur habitera aux différents jours de l'année, et doit contenir des dispositions concernant les jours fériés, les anniversaires des membres de la famille, les vacances et les autres occasions spéciales²⁹². »

Si les ententes parentales étaient obligatoires, il y aurait lieu d'en préciser le contenu de façon détaillée. On pourrait s'inspirer des modalités prévues par la *Parenting Act* de l'État de

²⁸⁹ Comme nous en avons discuté ci-dessus, le régime australien, qui autorise les parents, sans les y forcer, à conclure des ententes parentales, ne prévoit aucun contenu obligatoire. Il stipule toutefois qu'une entente parentale peut traiter de la résidence, des contacts, de l'entretien et des autres aspects des responsabilités parentales. Il n'est pas obligatoire que le plan parental attribue le pouvoir décisionnel ni qu'il comprenne un mécanisme de règlement des différends. Voir l'analyse, aux notes 120 à 124 *supra*.

²⁹⁰ Le paragraphe 26.09.184(2) de la *Parenting Act* de l'État de Washington stipule que « Le plan parental définitif contient des dispositions concernant le règlement des différends qui pourraient opposer les parents à l'avenir, l'attribution du pouvoir décisionnel et le calendrier de séjour de l'enfant. »

²⁹¹ Paragraphe 26.09.184(4) de la *Parenting Act*.

²⁹² Paragraphe 26.09.184(5) de la *Parenting Act*.

Washington. Il serait également utile d'insérer une définition détaillée de la responsabilité parentale (ou de ce que cette Loi appelle « les fonctions parentales ») de façon à aider les parents à envisager les différents éléments à répartir.

Comme nous en avons discuté sous la première option ci-dessus, même avec des ententes parentales facultatives, il sera tout de même avantageux de préciser, de façon générale, le genre de questions que *pourrait* comprendre une entente parentale. La *Loi sur le divorce* pourrait stipuler que les parents qui divorcent peuvent conclure une entente concernant leurs enfants, entente qui préciserait notamment les périodes de résidence de leur enfant (calendrier de séjour et de contacts), la répartition du pouvoir décisionnel (pour des questions comme les problèmes médicaux graves, l'éducation et la religion), déterminerait les obligations alimentaires et comprendrait un mécanisme de règlement des différends. Sans être obligatoire, une liste contenue dans la Loi aiderait les parents à déterminer les besoins de leurs enfants et à collaborer pour y répondre.

La retenue judiciaire : les critères d'intervention

Si la *Loi sur le divorce* était modifiée pour adopter des ententes parentales obligatoires ou facultatives, il conviendrait de préciser le genre de retenue dont les tribunaux devraient faire preuve à l'égard de ces ententes privées. Selon le droit actuel, les tribunaux ont le pouvoir de réviser les ententes privées au moment du divorce en vue de déterminer si elles correspondent à l'intérêt de l'enfant. Si l'on adoptait un modèle axé sur la responsabilité parentale, les tribunaux pourraient continuer à exercer ce pouvoir ou l'on pourrait exiger de leur part une plus grande retenue à l'égard des ententes conclues par les parents dans le cadre d'une entente parentale. Il y aurait donc lieu de préciser la norme applicable en matière d'intervention judiciaire ainsi que le niveau de retenue souhaité à l'égard de ces ententes privées; le seul fait d'adopter un modèle axé sur la responsabilité parentale ne réglerait pas ces questions.

Comme nous en avons discuté dans le cas de la première option, il serait important de concilier la retenue dont les tribunaux devraient faire preuve à l'endroit des ententes conclues par les parties avec leur obligation générale de protéger l'intérêt de l'enfant. Si le critère d'intervention est trop permissif et que les tribunaux en arrivent à modifier fréquemment les ententes parentales établies conjointement, les parents qui se séparent ou qui divorcent ne seront guère encouragés à entreprendre les négociations bien souvent difficiles qu'exige une telle entente²⁹³. Parallèlement, il est également important que toutes les ententes parentales continuent d'être assujetties à la norme générale de l'intérêt de l'enfant. La solution retenue par certains États américains selon laquelle les tribunaux sont tenus de donner effet aux ententes parentales consensuelles à moins qu'elles soient contraires à l'intérêt de l'enfant représente peut-être alors un équilibre raisonnable entre ces intérêts divergents. Les tribunaux s'attacheraient alors à donner effet aux ententes privées, sauf lorsqu'il existe une bonne raison de ne pas le faire.

Le cadre législatif pourrait également préciser les cas dans lesquels les ententes parentales, ou leurs dispositions, peuvent être annulées par les tribunaux. La *Parenting Act* de l'État de

²⁹³ Cette question de la motivation s'applique également aux régimes d'ententes parentales obligatoires. Dans un tel régime, les parents sont tenus de déposer une entente parentale mais ils ne sont pas tenus de déposer un plan conjoint. Il serait par conséquent important de ne pas adopter une norme d'intervention qui dissuade en pratique les parents d'essayer de négocier leurs propres ententes parentales dans le cadre d'une entente parentale conjointe.

Washington énonce toute une série de restrictions obligatoires et discrétionnaires dont font l'objet les ententes parentales. Ces restrictions seront abordées plus loin dans la section traitant des « Restrictions ».

Avec un régime obligatoire, il conviendrait de se pencher sur les critères d'intervention à retenir dans le cas où les parents n'arrivent pas à s'entendre. Lorsque les parents n'arrivent pas à s'entendre sur une entente parentale, les tribunaux doivent alors rendre leur ordonnance sous la forme d'une entente parentale. Les régimes des États de Washington et du Montana prévoient tous deux que le plan parental doit être fixé en fonction de l'intérêt de l'enfant. Comme nous en avons discuté ci-dessus, le régime de l'État de Washington prévoit des critères très précis que les tribunaux doivent appliquer pour approuver chacune des trois composantes d'une entente parentale : le calendrier de séjour de l'enfant, la répartition du pouvoir décisionnel et un mécanisme de règlement des différends²⁹⁴.

Si l'on retenait la solution des ententes parentales obligatoires, le cadre législatif devrait lui aussi fixer les critères qu'utiliseraient les tribunaux pour formuler une entente parentale, en l'absence d'entente entre les parents. Les considérations générales applicables ici sont très semblables à celles qui ont été examinées à propos du critère applicable aux ordonnances parentales ci-dessus, dans laquelle la solution à retenir serait celle qui fournit les directives les plus précises sur la répartition des différentes composantes de la responsabilité parentale. Si le contenu des ententes parentales était semblable à celui que prévoit la Loi de l'État de Washington, qui exige un calendrier de résidence, la répartition du pouvoir décisionnel et un mode de règlement des différends, il serait très utile que le régime établisse des critères précis qui aideraient les tribunaux à répartir chacun de ces trois éléments. Là encore, l'on pourrait s'inspirer très utilement des critères précis utilisés dans le régime de l'État de Washington, qui ont été examinés en détail ci-dessus.

Les restrictions

Si l'on modifiait la *Loi sur le divorce* pour qu'elle fasse expressément référence aux ententes parentales, et si l'on demandait aux tribunaux de faire preuve d'une certaine retenue à l'égard de ces ententes privées, il serait important de déterminer les limites qu'il convient d'apporter à l'initiative des parties. Comme nous en avons discuté ci-dessus, il serait important de considérer l'effet de la violence, des situations conflictuelles et de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales lorsqu'il s'agit de réviser et de mettre en œuvre les ententes parentales. Les cas de violence familiale, de situations conflictuelles et d'exercice inadéquat des responsabilités parentales pourraient figurer parmi les éléments dont il faut tenir compte lorsqu'il s'agit de réviser des ententes parentales. On pourrait également y trouver des restrictions spéciales au principe voulant que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des ententes conclues par les parties. Ces restrictions pourraient être obligatoires ou discrétionnaires.

La *Parenting Act* de l'État de Washington prévoit, de façon très détaillée des restrictions obligatoires et discrétionnaires aux ententes parentales. Par exemple, la Loi stipule que le plan parental « *n'exige pas* de pouvoir décisionnel conjoint ni ne désigne un processus de règlement des différends autre que l'intervention du tribunal » et que « la durée du séjour d'un enfant avec

²⁹⁴ Voir l'analyse, notes 147 à 149 *supra*.

un parent est *limitée* s'il est constaté que le parent a eu un des comportements suivants » [l'italique est de nous] :

- (d) abandon délibéré pendant une période prolongée ou refus appréciable d'exercer les fonctions parentales;
- (e) mauvais traitements, exploitation sexuelle ou manipulation émotionnelle à l'égard de l'enfant;
- (f) antécédents de violence familiale selon la définition... ou voies de fait ou agression sexuelle causant des lésions corporelles graves ou la crainte de préjudice en découlant [sic]²⁹⁵.

La Loi établit également une liste des éléments qui peuvent compromettre l'intérêt de l'enfant et qui, s'ils sont présents, autorisent le tribunal à interdire ou à limiter une disposition du plan parental. Ces éléments comprennent notamment le manque de soins, les problèmes affectifs à long terme, la toxicomanie, l'absence de liens affectifs solides entre le parent et l'enfant, une utilisation abusive de la situation conflictuelle, et le refus sans raison valable de laisser l'autre parent avoir accès à l'enfant pour de longues périodes²⁹⁶.

C'est en fait parce que les ententes parentales sont obligatoires dans tous les cas et que le contenu de ces ententes est décrit de façon aussi détaillée que le régime de l'État de Washington prend bien soin de définir les circonstances particulières qui permettent d'adopter des ententes parentales qui s'éloignent de ces conditions normalement très strictes ainsi que celles dans lesquelles les tribunaux peuvent annuler certaines dispositions de ces ententes. Si l'on adoptait un régime comprenant des ententes parentales obligatoires semblables, il serait important d'énumérer les circonstances qui viennent limiter les ententes parentales et l'initiative des parties. Sur ce point, la Loi de l'État de Washington constituerait un excellent modèle dont on pourrait utilement s'inspirer.

Un régime d'ententes parentales facultatives n'aurait pas à être aussi détaillé, mais il serait tout de même très intéressant qu'il définisse une série de restrictions comparables dont pourraient être assorties les ententes parentales. Les parents séparés qui ont adopté un de ces comportements sont de toute façon moins fréquemment susceptibles de déposer des ententes parentales mais il serait tout de même important de donner aux tribunaux le pouvoir de modifier certaines dispositions des ententes parentales, s'ils constataient l'existence de telles circonstances.

La modification des ententes parentales

Comme nous en avons discuté ci-dessus, si la *Loi sur le divorce* adoptait les ententes parentales, il faudrait préciser le critère permettant de les modifier.

Les conditions autorisant la modification de ces ententes doivent concilier l'avantage que constitue la stabilité avec la souplesse et l'adaptabilité nécessaires. Comme nous en avons discuté dans le cas de la première option, il paraît tout à fait souhaitable d'autoriser la modification des ententes parentales. Cela serait conforme à la pratique actuelle qui permet la modification d'une entente parentale lorsqu'il est survenu un changement important dans la

²⁹⁵ Paragraphes 26.09.191(1) et (2) de la *Parenting Act*.

²⁹⁶ Paragraphe 26.09.191(3) de la *Parenting Act* 1987.

situation des parties. La notion de changement important dans la situation des parties est bien établie et pourrait être facilement appliquée à un régime d'ententes parentales obligatoires ou facultatives.

En outre, il serait conforme à l'objectif général consistant à encourager la collaboration entre les parents et à introduire une certaine souplesse dans les ententes parentales d'autoriser les modifications lorsque les parents y consentent. D'une façon générale, il convient d'autoriser les parents à apporter les modifications sur lesquelles ils s'entendent et qui sont dans l'intérêt de leurs enfants. Les tribunaux devraient toutefois conserver le pouvoir d'examiner ces demandes, pour veiller à ce que la modification soit acceptée de façon consciente et volontaire, et qu'elle soit dans l'intérêt des enfants.

Évaluation

Le choix de recourir aux ententes parentales facultatives dans un régime axé sur la responsabilité parentale comporte peu d'aspects négatifs. Les ententes parentales facultatives peuvent encourager les parents séparés qui divorcent à négocier leurs propres ententes parentales, en tenant compte des besoins particuliers de leurs enfants. Ces ententes facultatives sont conformes à un bon nombre des grandes orientations de la réforme — à savoir, encourager les parents à résoudre leurs différends en utilisant des mécanismes non antagonistes, et tenir compte de la diversité des familles canadiennes et des besoins de leurs enfants. Le seul véritable désavantage que comporte un régime facultatif est le risque que les ententes parentales ne soient pas utilisées. Le cas de l'Australie, où l'utilisation des ententes parentales a diminué depuis les réformes, indique qu'il est important d'éviter de mettre sur pied un régime trop lourd qui aurait un effet dissuasif sur les parents. En particulier, le cas de l'Australie indique que l'obligation d'enregistrer les ententes parentales en utilisant un processus très lourd a dissuadé les parents de les utiliser et que pareille obligation ne devrait pas être retenue. Comme nous en avons discuté dans le cas de la première option, si l'on réformait la *Loi sur le divorce* pour y introduire les ententes parentales facultatives, cette Loi devrait préciser le contenu que devraient avoir ces ententes ainsi que les normes de révision, notamment les restrictions applicables aux ententes parentales.

Les ententes parentales obligatoires constituent une méthode tout à fait différente de résoudre les litiges parentaux. Si toutes les ordonnances parentales devaient prendre la forme d'ententes parentales, la *Loi sur le divorce* devrait contenir le genre de détails que l'on retrouve dans la *Parenting Act* de l'État de Washington et dans les propositions de l'American Law Institute. Un tel régime devrait être plus détaillé; il devrait prévoir des exigences plus strictes en matière de contenu, préciser davantage les critères de révision et décrire de façon détaillée les restrictions dont peuvent faire l'objet les ententes parentales.

Les ententes parentales obligatoires comportent de nombreux avantages. Un tel choix pourrait encourager les parents à collaborer, les aider à s'attacher à répartir la responsabilité parentale, tout en leur donnant une flexibilité considérable pour ce qui est de la conception d'ententes parentales adaptées aux besoins spéciaux de leurs enfants. Cette solution encourage vivement les parents à conclure leurs propres ententes sans recourir à un processus accusatoire, et préserve les tribunaux comme instance de dernier recours pour les couples séparés et en instance de divorce qui ne peuvent s'entendre sur les ententes parentales. Cette solution peut également protéger les enfants contre la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités

parentales, pourvu que le cadre législatif précise suffisamment les restrictions applicables. Cette approche est très conforme à l'esprit du modèle neutre de la responsabilité parentale. Elle n'est pas basée sur un modèle idéal d'exercice de la responsabilité parentale après la séparation mais elle encourage les parents à négocier des ententes individualisées.

LES SERVICES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET LES AUTRES SERVICES

Un régime légal fondé sur un modèle basé sur la responsabilité parentale et les ordonnances parentales pourrait faire également référence aux divers services de règlement des différends et aux autres services. Les considérations générales qui inciteraient à prévoir ce genre de services sont très semblables à celles qui ont été examinées dans le cadre de la première option.

L'adoption d'un modèle axé sur la responsabilité parentale ne semble pas empêcher que la Loi fasse référence à ces services.

L'éducation des parents

On pourrait modifier la *Loi sur le divorce* pour obliger tous les parents qui demandent une ordonnance parentale à suivre un cours d'éducation des parents ou pour autoriser les tribunaux à obliger les parents à suivre un tel cours. Comme nous en avons discuté plus haut, compte tenu des graves questions de compétence législative et de ressources que pose l'établissement de programmes obligatoires, il serait plus réaliste que le cadre législatif adopté accorde aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans ce domaine et précise que les tribunaux ne peuvent exercer leur pouvoir et ordonner le recours à des services que lorsque cela est faisable et approprié, compte tenu de la situation locale, ainsi que de la qualité et du coût de ces services.

La médiation et les autres services de règlement des différends

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée pour accorder une plus grande importance à la médiation et aux autres modes de règlement des différends. Comme nous en avons discuté dans le cas de l'option un, il suffirait peut-être que la réforme envisagée encourage ou oblige les parents séparés et en instance de divorce à participer à un programme d'éducation des parents au cours duquel seraient abordés les avantages qu'offrent ces mécanismes de règlement des différends.

La Loi pourrait être également modifiée pour y insérer une déclaration générale indiquant que l'objectif recherché est d'encourager les parents à conclure leurs propres ententes et à utiliser d'abord les modes de règlement des différends avant de demander aux tribunaux de formuler des ordonnances parentales. Un tel objectif général est tout à fait conforme à un régime fondé sur la responsabilité parentale qui accorde une importance considérable aux ententes parentales — qu'elles soient facultatives ou obligatoires —, élément qui encourage les parents à utiliser des mécanismes de règlement des différends pour négocier ces ententes parentales avant de demander aux tribunaux d'élaborer des ordonnances parentales. Le recours aux mécanismes de règlement des différends serait donc ainsi relié à l'utilisation des ententes parentales.

Comme nous en avons discuté dans le cas de la première option, il est difficile de savoir si ces réformes entraîneraient vraiment des changements importants dans la pratique actuelle en matière de garde et de droit de visite contestés, où les parties ont déjà été invitées et encouragées à résoudre leurs différends par le biais de la médiation. Cependant, il serait peut-être utile que la

Loi sur le divorce mentionne la médiation et les autres services de ce genre. Une telle mention pourrait renforcer l'objectif formateur de la réforme législative dans ce domaine en encourageant les parents séparés et en instance de divorce à examiner la possibilité de régler leurs différends par la médiation. La décision de modifier la *Loi sur le divorce* pour qu'elle reflète mieux la pratique actuelle a peut-être aussi une valeur symbolique.

AVANTAGES ET DÉSAVANTAGES DE CETTE OPTION

Cette réforme législative vise notamment à réduire le contentieux et les conflits parentaux, à encourager la collaboration entre les parents ainsi qu'à favoriser l'établissement de bonnes relations entre les enfants et leurs parents après une séparation ou un divorce. Elle vise également à protéger les enfants contre la violence, les situations conflictuelles et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. Cette réforme a aussi pour but d'éduquer la population et d'élaborer des normes : le droit devrait énoncer des principes qui aident les parents séparés et en instance de divorce à restructurer leurs relations en faisant jouer un rôle essentiel à l'intérêt de leurs enfants. La réforme devrait inciter les parents à régler leurs différends en concluant leurs propres ententes et les amener à bien s'occuper de leurs enfants. Parallèlement, la réforme doit également répondre aux besoins des enfants dont les parents séparés et en instance de divorce n'arrivent pas à s'entendre, tout en fournissant aux tribunaux des principes clairs permettant de régler les litiges familiaux. Enfin, la réforme doit s'inspirer de l'idée qu'il n'existe aucun modèle de relations parentales qui puisse répondre aux besoins de tous les enfants et que le droit doit donc comporter une certaine souplesse de façon à pouvoir s'adapter aux situations diverses des familles.

Comme nous en avons discuté plus haut, il est difficile de savoir si une réforme législative, quelle qu'elle soit, est susceptible de donner les résultats souhaités, puisqu'il y a des limites à ce qu'une réforme peut accomplir. Il est peu probable que les modifications terminologiques et législatives puissent supprimer les conflits à l'origine des différends entre les parents. En outre, le fait d'introduire une réforme législative s'accompagne le plus souvent, au départ du moins, d'une augmentation et non d'une diminution du contentieux familial. La modification des textes législatifs entraîne toujours une certaine incertitude et une nouvelle série d'attentes (qu'elles soient réalistes ou non) qui suscite davantage de litiges. Cela crée également des tensions entre les divers principes dont s'inspire la réforme. Un régime qui privilégie la flexibilité risque de ne pas favoriser la précision et la prévisibilité. Par contre, un régime qui tente de fixer des normes de collaboration entre les parents après le divorce risque d'être mal adapté aux situations conflictuelles qui opposent des parents incapables de s'entendre.

Si l'on garde ces limitations à l'esprit, la question que l'on doit se poser est de savoir dans quelle mesure un régime fondé sur la responsabilité parentale est susceptible de favoriser la réalisation des grands objectifs de la réforme.

L'analyse que nous venons d'effectuer débouche sur deux modèles très différents de responsabilités parentales. Le premier modèle est fondé sur les ordonnances parentales, à laquelle il est possible d'ajouter des ententes parentales facultatives. Le second modèle est fondé sur des ententes parentales obligatoires, qui obligent tous les parents à déposer un plan, toutes les ordonnances parentales étant prononcées par le tribunal sous la forme d'ententes parentales. Ces deux modèles peuvent être conformes à l'esprit de la responsabilité parentale tout en permettant

de réaliser l'essentiel des objectifs de la réforme. Cependant, ces modèles s'opposent quant à l'importance du rôle accordé aux ententes parentales pour résoudre les litiges familiaux. L'analyse qui suit des avantages et des inconvénients qu'offre cette option en matière de réforme vise également à souligner les mérites respectifs de chacun de ces deux modèles.

La terminologie

La plupart des avantages et des inconvénients qu'entraîne l'abandon des termes de garde et de droit de visite et l'adoption de l'expression responsabilité parentale ont, pour la plupart, été déjà examinés au cours de l'analyse des avantages et des inconvénients de la modification terminologique mentionnée ci-dessus.

Il faut apprécier les avantages qu'offre l'utilisation du terme responsabilité parentale par rapport aux principaux inconvénients qu'entraînent les autres options en matière de réforme : la responsabilité parentale constitue un terme moins chargé que ceux de garde et de droit de visite et s'accompagne d'une souplesse plus grande que ne le fait le partage des responsabilités parentales.

Les principaux inconvénients que comporte cette option de réforme portent sur le niveau d'incertitude qu'un tel changement entraînerait ainsi que sur les répercussions qu'elle pourrait avoir sur toute une série de dispositions législatives fédérales et provinciales.

Une réduction des conflits?

Il convient d'examiner les avantages associés à un modèle fondé sur la responsabilité parentale par rapport aux inconvénients que comporte le régime actuel de garde et de droit de visite. Comme nous en avons discuté ci-dessus, les termes de garde et de droit de visite sont, aujourd'hui, chargés sur le plan des émotions ainsi que sur le plan juridique, ce qui entraîne des conflits entre les parents ainsi qu'un sentiment d'aliénation parce que tout va au gagnant. Par conséquent, le principal avantage de l'adoption d'un modèle axé sur la notion de responsabilité parentale est qu'il s'accompagne nécessairement de l'abandon d'une terminologie sujette à controverse.

Il faut donc se demander si la notion de responsabilité parentale risque de susciter moins de conflits que celles de garde et de droit de visite. Dans la mesure où les conflits parentaux découlent de la lutte pour obtenir la garde des enfants, et pour éviter de se voir attribuer le statut de seconde classe du parent visiteur, il est possible que le recours à l'expression responsabilité parentale constitue une nette amélioration. En se contentant de répartir entre les parents cette responsabilité, ce modèle pourrait éviter l'apparition de termes sujets à controverse. Les deux parents conservent leurs rôles, même s'ils peuvent se voir attribuer chacun à des degrés et à des niveaux divers la responsabilité parentale.

La mesure dans laquelle un modèle axé sur la responsabilité parentale pourra réduire ces conflits dépendra du genre d'ordonnance parentale adopté. Par exemple, les termes ordonnance de résidence, ordonnance de contact et ordonnance spéciale pourraient rapidement devenir aussi chargés sur le plan affectif et politique que ceux de garde et de droit de visite. Les ordonnances de résidence et de contacts ressemblent beaucoup, sur de nombreux points, aux ordonnances de garde et de droit de visite. Dans la mesure où les conflits portent sur les étiquettes qui accordent

aux parents un statut de parent de première ou de deuxième classe, il est peu probable que les ordonnances de résidence et de contact constituent une amélioration sensible. Il s'agit donc de savoir si ces ordonnances de résidence et de contact vont effectivement entraîner des résultats différents. Le nouveau régime va-t-il amener les parents non cohabitants à avoir davantage de contacts avec leurs enfants? Le nouveau régime va-t-il déboucher sur une répartition différente de la responsabilité parentale? Si le nouveau régime n'entraîne, en pratique, aucun changement important, alors le processus de réforme n'aura servi qu'à susciter des attentes irréalistes et qu'à renforcer le niveau de frustration des parents.

Un régime fondé sur la répartition de la responsabilité et des droits parentaux pourrait toutefois éviter le problème d'étiquetage que soulèvent les termes utilisés dans le régime axé sur le droit de garde et sur le droit de visite. Dans un tel régime, les ordonnances parentales ne font que répartir les différentes composantes de la responsabilité et des droits parentaux. De la même façon, un régime qui aurait recours aux ordonnances fixant le calendrier de séjour et attribuant le pouvoir décisionnel exige que ces composantes de la responsabilité parentale soient réparties entre les parents. Ces deux types d'ordonnances parentales évitent les connotations de parents de première et de seconde catégorie.

Un régime axé sur les ententes parentales obligatoires pourrait également éviter ces étiquettes sujettes à controverse. La responsabilité parentale est répartie au sein des ententes parentales, sans que l'on ait recours aux termes de résidence et de contact. Dans une affaire contestée, le tribunal répartit l'hébergement de l'enfant ainsi que le pouvoir décisionnel en élaborant une entente parentale.

Parallèlement, les ordonnances parentales (y compris les ordonnances parentales faisant partie d'une entente parentale) doivent toutefois préciser l'endroit où l'enfant doit habiter. S'il est possible d'éviter que l'ordonnance utilise une des étiquettes sujettes à controverse, il est quand même nécessaire de déterminer avec quel parent l'enfant va résider et quels contacts il aura avec l'autre parent. En conséquence, il y aura un parent cohabitant et un autre qui aura des contacts avec lui. Un régime axé sur la responsabilité parentale ne peut éviter que le tribunal prenne cette décision difficile et souvent controversée.

De la même façon, un régime axé sur les ordonnances attribuant la responsabilité parentale, les ordonnances fixant le calendrier de séjour et attribuant le pouvoir décisionnel, ou les ententes parentales établies par les tribunaux doit également répartir le pouvoir de décision. Un tel régime peut prévoir le partage des grandes décisions, mais les actes usuels doivent nécessairement pouvoir être pris par le parent avec lequel l'enfant habite. En outre, aucune de ces deux catégories d'ordonnance parentale n'est basée sur l'idée que le pouvoir décisionnel doit être partagé mais envisage plutôt une série de cas où le partage de ce pouvoir décisionnel serait inapproprié. Par conséquent, aucun de ces deux types d'ordonnance parentale ne permet de résoudre la question complexe et controversée de savoir quel parent doit pouvoir prendre des décisions à l'égard de l'enfant.

Un modèle axé sur la responsabilité parentale ne peut, en fin de compte, aider les parents à éviter ces questions contestées lorsqu'il s'agit de résoudre les différends qui les opposent. C'est pourquoi cette nouvelle terminologie pourrait devenir aussi chargée émotionnellement et juridiquement que les termes de garde et de droit de visite qu'elle tente de remplacer.

L'avantage qu'offre cependant un modèle axé sur la responsabilité parentale, en particulier un modèle qui ne serait pas fondé sur les ordonnances de résidence et de contact, est qu'il évite d'utiliser ces étiquettes dans le texte même de l'ordonnance. En outre, en ne précisant pas les diverses composantes de la responsabilité parentale, ce modèle permet de s'éloigner, quelque peu du moins, du carcan de la garde et du droit de visite, système dans lequel il n'y a qu'un seul gagnant. S'il est vrai que le pouvoir de poser les actes usuels est nécessairement attribué à la personne chez qui habite l'enfant, il n'en va pas nécessairement de même pour les décisions importantes. Le pouvoir décisionnel peut être attribué de façon séparée et en fonction d'autres critères.

Un régime plus souple et plus flexible?

La notion de responsabilité parentale offre un autre avantage, à savoir qu'elle permet d'éviter la plupart des restrictions qui accompagnent l'expression partagée des rôles parentaux (qui sera analysée de façon plus détaillée ci-dessous). La notion de responsabilité parentale n'est fondée sur aucun a priori au sujet de la façon de répartir cette autorité entre les parents. Elle ne présuppose même pas que cette autorité doit être partagée. Elle ne présuppose pas non plus que cette autorité ne doit jamais être partagée. Elle invite simplement les parties et les tribunaux à répartir cette autorité en fonction de l'intérêt de l'enfant. C'est une solution qui peut s'adapter aux diverses situations familiales parce qu'elle donne aux parents une latitude considérable lorsqu'il s'agit d'élaborer leurs propres ententes parentales. C'est une solution qui tient compte de la diversité, notamment pour ce qui est des différences culturelles, religieuses et ethniques, dans la conception des rôles parentaux. Dans la mesure où ce modèle de la responsabilité parentale ne favorise aucun type d'entente parentale particulière mais autorise les parents et les tribunaux à mettre sur pied les ententes qui répondent le mieux à l'intérêt des enfants, on peut dire que ce modèle est fondé sur l'idée qu'aucune solution particulière ne convient à tous. Les modèles axés sur les ordonnances parentales et les ententes parentales obligatoires favorisent la diversité et la flexibilité des ententes parentales.

Cependant, ce que la responsabilité parentale apporte en termes de souplesse, elle risque de le perdre sur le plan de la prévisibilité et de la certitude. Une méthode de solution des différends parentaux qui peut déboucher sur une large gamme d'ententes parentales possibles risque de ne guère favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges parentaux et par conséquent risque peu de réduire les conflits et les litiges entre les parents. Ce manque de prévisibilité serait encore renforcé si les critères à appliquer pour répartir la responsabilité parentale figuraient dans une liste des éléments déterminant l'intérêt de l'enfant qui seraient fixés dans la loi. Comme nous l'avons vu dans le cas de la première option, le fait d'élaborer une liste d'éléments d'égale importance n'améliore guère la prévisibilité des résultats.

On pourrait tenter de réduire l'incertitude qu'entraîne un modèle fondé sur la notion de responsabilité parentale en énumérant les éléments spéciaux dont il faut tenir compte pour répartir les différentes composantes de la responsabilité parentale. De cette façon, les critères à appliquer seraient mieux adaptés à l'ordonnance particulière envisagée (y compris les ordonnances qui prennent la forme d'ententes parentales). Par exemple, lorsqu'il s'agit de répartir les périodes de résidence de l'enfant, on pourrait tenir compte de facteurs comme les antécédents des parents en matière d'éducation de leur enfant, et attribuer une importance considérable à la façon dont ils s'occupent de leur enfant. Mais lorsqu'il s'agit de répartir le

pouvoir décisionnel, des éléments comme les antécédents des parents en matière de collaboration pour la prise de décision et la capacité dont ils ont fait preuve pour collaborer dans ce domaine devrait jouir d'une importance plus grande. En précisant les éléments particuliers dont il doit être tenu compte pour répartir certains aspects précis de la responsabilité parentale, ce modèle de la responsabilité parentale pourrait préserver la souplesse qu'il apporte en matière d'ententes parentales sans sacrifier les objectifs de précision et de prévisibilité que recherche une telle réforme.

Terminologie pas tout à fait neutre

Si le terme de responsabilité parentale est plus neutre que l'expression partage des rôles parentaux, il convient de noter que cette expression (*parental responsibility*, en anglais) a au moins une connotation regrettable, sous sa forme anglaise. On utilise de plus en plus le terme de « *parental responsibility* » (responsabilité parentale) pour indiquer que les parents peuvent être parfois tenus responsables des actes de leurs enfants. Les lois sur la responsabilité parentale obligent habituellement les parents à accepter une certaine responsabilité pour les actes commis par leurs enfants. La *Loi sur la responsabilité parentale* du Manitoba, par exemple, tient les parents responsables des actes commis par leurs enfants concernant les biens d'autrui²⁹⁷. Aux É.-U., les lois tiennent habituellement responsables les parents lorsqu'ils ne surveillent pas suffisamment leurs enfants²⁹⁸. Dans ce contexte, la notion de responsabilité parentale a donc une connotation plus menaçante, puisqu'elle ne fait pas référence aux devoirs, obligations et pouvoir des parents à l'égard de leurs enfants mais plutôt au manque de surveillance exercée sur les enfants délinquants.

Incertitude, conflits et litiges

La réforme de la garde et du droit de visite des enfants a pour principaux objectifs de réduire les conflits entre les parents séparés et en instance de divorce et de mettre sur pied un régime légal qui aide les parents à collaborer davantage dans l'intérêt de leurs enfants. Le principal désavantage de cette option en matière de réforme est qu'elle entraîne nécessairement une série d'incertitudes et d'ambiguïtés juridiques qui vont à leur tour augmenter le nombre des litiges. L'on pourrait toutefois prendre certaines mesures pour essayer de réduire cette ambiguïté, cette confusion et cette incertitude. Par exemple, le régime retenu pourrait tenter de définir de façon relativement précise la notion de responsabilité parentale tout en énumérant les critères spéciaux à prendre en considération pour attribuer les diverses composantes de la responsabilité parentale. Cependant, le seul souci de la précision ne peut empêcher l'incertitude qui accompagne les grandes réformes.

On constate que les pays qui ont entrepris de réformer dans ce sens les règles en matière de garde et droit de visite ont connu un tel effet. Comme nous en avons discuté ci-dessus, la recherche

²⁹⁷ L'article 3 de la *Loi sur la responsabilité parentale*, ch. 61, L.M. 1996, stipule : « le père ou la mère d'un enfant qui s'approprie, endommage ou détruit délibérément des biens appartenant à autrui est responsable de la perte subie par le propriétaire par suite de l'acte de l'enfant; de plus le propriétaire des biens peut intenter une action civile sous le régime de la présente loi contre le père ou la mère de l'enfant, afin d'obtenir, pour la perte qu'il a subie, des dommages-intérêts ne dépassant pas 5 000 \$. »

²⁹⁸ De nombreux États américains ont adopté des lois concernant la responsabilité des parents. On trouvera une analyse générale de ces lois dans Jason Dimitri « Parental Responsibility Statutes—and the Programs that Must Accompany Them » 27 *Stetson L.Rev* 655.

effectuée au sujet du R.-U. et de l'Australie montre que les réformes ne semblent pas avoir réduit de façon significative les conflits opposant les parents en instance de divorce. Les litiges concernant les ordonnances de résidence et de contact se sont plutôt multipliés²⁹⁹. Comme Jeremy Roche l'a fait remarquer, les réformes n'ont « pas réussi à réduire l'intensité des litiges concernant les enfants que suscite le divorce³⁰⁰. » Les demandes d'ordonnances de contact ont augmenté de façon dramatique, tout comme les demandes présentées à la suite de la violation d'une ordonnance parentale³⁰¹. Certains expliquent cette augmentation, en partie du moins, par les attentes irréalistes qu'ont suscitées ces réformes, en particulier chez les parents non cohabitants. Il est également évident qu'une partie des conflits et des litiges s'explique par la confusion et l'ambiguïté créées par les termes utilisés dans la loi ainsi que l'omission de la part du législateur de tenter de résoudre une série de questions difficiles, qui vont du sens à attribuer à l'expression autorité parentale à l'attribution du pouvoir décisionnel et au droit de déménager.

Répercussions générales d'une telle réforme sur les autres lois

Enfin, l'abandon des termes de garde et de droit de visite aura des répercussions importantes sur toute une série de dispositions législatives fédérales et provinciales. C'est peut-être là le principal inconvénient d'une réforme qui rejette les notions de garde et de droit de visite, puisqu'un bon nombre de lois fédérales et provinciales utilisent ces termes de garde et de droit de visite. Si la *Loi sur le divorce* renonçait à ces termes pour retenir ceux de responsabilité parentale et d'ordonnances parentales, il faudrait peut-être modifier toutes les lois qui font référence aux notions de garde et de droit de visite³⁰². Certaines lois n'appelleraient que des changements mineurs, mais cela aurait des conséquences plus graves pour d'autres lois.

Les Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfant, par exemple, sont fondées sur un régime de garde et de droit de visite, dans lequel les obligations relatives à ces pensions sont calculées en fonction du revenu du parent non gardien. Les Lignes directrices permettent que l'on s'écarte des montants prévus dans le cas où la garde est partagée, c'est-à-dire, lorsqu'un enfant habite avec l'autre parent pendant au moins 40 % du temps. Un régime fondé sur la répartition de la responsabilité parentale devrait tenir compte des répercussions de l'attribution du temps de résidence de l'enfant sur les Lignes directrices. Si l'enfant continue à vivre avec le parent cohabitant pendant plus de 60 % du temps, alors les Lignes directrices pourraient continuer à s'appliquer. Cependant, si, à la suite de la répartition de l'hébergement de l'enfant, un des parents ne l'héberge pas pendant plus de 60 % du temps, il faudrait modifier les montants prévus par les lignes directrices.

Il y a d'autres lois qui utilisent les termes de garde et de droit de visite en attribuant des droits ou responsabilités aux « parents gardiens » ou aux « parents non gardiens ». Par exemple, les lois actuelles sur l'enlèvement d'enfant international et interprovincial sont fondées sur les notions de garde et de droit de visite. La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les articles 282 et 283 du *Code criminel* concernant les enlèvements interprovinciaux ont pour but de protéger contre l'enlèvement illégal d'un enfant en

²⁹⁹ Roche, note 71 *supra*.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Voir l'analyse ci-dessus aux notes 98 à 100 et 125 à 129.

³⁰² On trouvera une étude des dispositions législatives fédérales et provinciales touchées par ces changements dans la Partie V ci-dessous.

contravention avec une ordonnance de garde ou relative au droit de visite. Si l'on décidait de renoncer à l'utilisation des termes de garde et de droit de visite pour adopter un régime de responsabilité parentale, il faudrait examiner soigneusement les répercussions qu'une telle décision pourrait avoir sur ces dispositions réprimant l'enlèvement d'enfants. Cet aspect est examiné de façon plus détaillée dans la Partie V ci-dessous.

D'autres lois exigent que soit désigné le parent gardien ou le principal pourvoyeur de soins. Par exemple, les indemnités prévues par des ententes relatives à la garde conjointe, dans lequel il n'y a pas de parent gardien ou de principal pourvoyeur de soins, cause déjà des problèmes aux parents qui cherchent à se faire attribuer les indemnités prévues par cette loi. Avec un régime prévoyant l'attribution de la responsabilité parentale, il serait plus difficile d'identifier le parent gardien ou le principal pourvoyeur de soins et par conséquent cela constituerait un autre obstacle pour les parents qui souhaitent obtenir des indemnités d'aide sociale.

Cependant, un modèle fondé sur la responsabilité parentale n'empêche pas qu'un des parents soit désigné de façon analogue à un parent gardien. Par exemple, si l'on adoptait les termes d'ordonnance de résidence et de « parent résidentiel » (*residential-parent*), il serait possible de modifier la plupart de ces dispositions législatives pour qu'elles utilisent également ces termes. L'expression parent résidentiel pourrait remplacer l'expression parent gardien, sans que cela compromette gravement l'intégrité de ces divers régimes. Sur ce point, il est possible que la terminologie associée à la responsabilité parentale puisse plus facilement s'adapter que celle qui est associée au partage des responsabilités parentales, comme nous en discuterons dans le cas de la troisième option ci-dessous.

On pourrait également envisager d'adopter une disposition qui autoriserait les parents à désigner un parent gardien aux fins des lois fédérales et provinciales qui exigent une telle désignation. La *Parenting Act* de l'État de Washington contient une disposition qui permet que soit désigné le titulaire de la garde de l'enfant à l'égard des autres lois de l'État. Cette disposition stipule : « uniquement pour l'application des autres lois étatiques et fédérales qui exigent que soit désigné le titulaire du droit de garde, le plan parental désigne le parent avec lequel l'enfant va passer la plus grande partie de son temps et qui sera donc le gardien de l'enfant³⁰³. » La disposition stipule expressément que « cette désignation n'a aucun effet sur les droits et responsabilités qu'assument les parents selon le plan parental³⁰⁴. »

Une telle disposition serait utile pour les parents séparés et en instance de divorce qui réussissent à s'entendre sur ce point et pourrait donc utilement faire partie des listes de dispositions que pourraient contenir les ententes parentales. Cependant, une telle mesure risque de soulever de vifs litiges entre les parents qui ne réussissent pas à s'entendre sur la façon d'élever leurs enfants. En revenant en fait à l'utilisation du terme « parent gardien », une telle disposition aurait pour

³⁰³ Article 26.09.285 de la *Parenting Act* de l'État de Washington.

³⁰⁴ Cet article prévoit également qu'en l'absence d'une telle désignation, le parent avec lequel l'enfant va résider la plupart du temps est réputé être le gardien de l'enfant aux fins de ces lois fédérales et étatiques. Le Montana qui a adopté un régime de plan parental obligatoire prévoit également qu'une entente parentale définitive peut « désigner un parent à titre de gardien de l'enfant, pour la seule application des lois fédérales et étatiques qui exigent que soit désigné le titulaire du droit de garde, cette décision n'ayant toutefois aucun effet sur les droits et les responsabilités attribués aux parents par le plan parental. » Montana Code, Title 40 Family Law, Chapter Four Termination of Marriage, Child Custody, Support, Part 2, Support, Custody, Visitation and Related Provisions, s. 40-4-234(2)(a).

effet de réintroduire le terme qui est à l'origine de tant de différends parentaux. Nous examinons de façon plus détaillée dans la Partie V ci-dessous cette présomption.

IV TROISIÈME OPTION : LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES

La troisième possibilité de réforme serait un modèle de partage des responsabilités parentales comme le recommandait dans son rapport le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants. Plusieurs administrations ont récemment remplacé leur régime de garde et d'accès et ont adopté la notion de partage des responsabilités parentales. Ce modèle présente maintes similitudes avec l'option de la responsabilité parentale dans la mesure où l'on ne parle plus de garde et d'accès mais plutôt d'une répartition des responsabilités parentales au moyen d'ordonnances parentales et d'ententes parentales. Toutefois, à la différence de l'option de la responsabilité parentale, le modèle du partage des responsabilités part du principe que ces responsabilités parentales sont et doivent être *partagées*.

L'une des questions les plus difficiles à résoudre à cet égard consiste à savoir ce qu'on entend par partage des responsabilités parentales. Cette notion n'est pas claire du tout mais, si on veut en faire l'assise du régime législatif, il est essentiel de la définir avec précision. Un régime de partage des responsabilités parentales repose sur l'idée que les responsabilités parentales doivent être partagées par les parents. Cela soulève diverses questions : quels aspects des responsabilités parentales faut-il partager? Les parents sont-ils censés partager toutes les responsabilités parentales? Sont-ils censés partager également les besoins matériels de l'enfant, ainsi que le pouvoir de décision au sujet de l'enfant? Sinon, y a-t-il certains aspects seulement des responsabilités parentales qui doivent être partagés? Si tel est le cas, lesquels? Si les parents ne partagent que certains aspects des responsabilités parentales, qui assumera les autres? Il s'agit là de questions difficiles mais cruciales auxquelles il faut répondre pour concevoir et évaluer un modèle de réforme fondé sur l'idée du partage des responsabilités parentales.

Cette partie commence par une analyse de la portée et du sens de l'expression *partage des responsabilités parentales*. On y examine ensuite le rôle des ordonnances parentales et des ententes parentales dans le cadre de ce modèle. On analyse comment on pourrait définir et préciser le partage des responsabilités parentales, les ordonnances parentales et les ententes parentales dans le cadre d'une *Loi sur le divorce* réformée. On met en relief les choix et problèmes reliés à l'élaboration d'un modèle fondé sur ce concept de partage des responsabilités parentales. Finalement, on analyse les avantages et inconvénients de ce modèle.

Malgré des différences importantes, bon nombre des questions générales que pose ce modèle de partage des responsabilités parentales sont très similaires à celles envisagées dans le cadre du modèle de la responsabilité parentale. Dans les deux cas, on doit se pencher sur la portée et le sens du partage des responsabilités parentales, ainsi que des ordonnances et des ententes de partage des responsabilités parentales. Comme l'indique la deuxième option ci-dessus, cette partie est également consacrée à tout l'éventail des relations possibles entre les ordonnances de partage des responsabilités parentales et les ententes de partage des responsabilités parentales. Bien que certaines administrations ayant adopté un modèle de partage des responsabilités parentales privilégient un mode de règlement privé par le truchement d'ententes parentales, rien dans ce modèle ne l'exige de manière inhérente. On fait appel dans cette partie à des exemples tirés de bon nombre des mêmes administrations que pour le modèle de la responsabilité

parentale, mais en mettant désormais l'accent sur les aspects reliés au partage des responsabilités parentales dans les dispositifs législatifs.

LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES

Le Comité mixte spécial recommandait de « ne plus employer les termes “garde” et “accès” dans la *Loi sur le divorce* et de les remplacer par l'expression “partage des responsabilités parentales”, qui correspond non seulement au sens donné à ces deux termes, mais qui doit être interprétée comme englobant aussi toutes les significations, les droits, les obligations et les interprétations dont ils sont assortis »³⁰⁵. Plusieurs autres administrations ont aussi adopté un modèle fondé sur le partage des responsabilités parentales. En Australie, par exemple, où l'on a remplacé les notions de garde et d'accès par celle de responsabilité parentale, la loi exige que les parents partagent ces responsabilités. Au Royaume-Uni, on parle de responsabilités parentales communes. Dans cette partie, nous allons examiner la portée et le sens de l'expression *partage des responsabilités parentales*.

Sens du partage des responsabilités parentales

Différence entre partage des responsabilités parentales et garde conjointe

La question cruciale que pose cette troisième option est le sens donné à l'expression *partage des responsabilités parentales*. Il importe notamment de déterminer si elle a un sens différent de la garde conjointe. La « garde légale conjointe » décrit un système de garde au sein duquel les deux parents conservent le pouvoir de décision au sujet de l'enfant³⁰⁶. La « garde physique conjointe » décrit un système au sein duquel l'enfant réside pendant des périodes relativement égales avec chacun des parents.

Bien que les études portent à penser que la garde conjointe est souvent bénéfique pour les enfants, elles montrent aussi que c'est lorsqu'elle est volontaire qu'elle est le plus efficace³⁰⁷. La garde conjointe exige un degré élevé de coopération et de communication entre les parents.

³⁰⁵ Recommandation 5, *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 27.

³⁰⁶ Typiquement, la garde légale conjointe ne concerne pas le domicile de l'enfant — ce qui veut dire que l'enfant continue de résider avec un parent et qu'il peut largement visiter l'autre parent.

³⁰⁷ Voir, par exemple, Maccoby et Mnookin, *Dividing the Child*, note 77 *supra*, qui concluent aux pages 284-285 que « la garde conjointe peut très bien fonctionner lorsque les parents sont capables de coopérer ». Judith Wallerstein et Blakeslee, dans *Second Chances : Men, Women and Children a Decade After Divorce* (New York: Ticknor and Fields, 1989), affirment de même, p. 304, que « la garde conjointe... peut être utile dans les familles où elle a été choisie volontairement par les deux parents et où elle est adéquate pour l'enfant... Hélas, lorsque la garde conjointe est imposée par le tribunal à des parents qui se sont battus pour obtenir la garde des enfants, ce sont les membres les plus vulnérables de la famille qui subissent les principales conséquences de la lutte — les enfants sans recours et sans défense ». Dans *Divided Families : What Happens to Children When Parents Part* (Cambridge : Harvard University Press, 1991), Frank Furstenberg et Andrew Cherlin affirment, p. 75-76, que « la garde physique conjointe ne doit être encouragée que dans les cas où les deux parents donnent volontairement leur accord ». Voir aussi J. Goldstein « In Whose Best Interest? » in J. Folberg (dir.), *Joint Custody and Shared Parenting* (New York; Guildford Press, 1991). Bala et Miklas, note 4 *supra*, ont de même conclu, p. 114, « que bon nombre d'études prouvent que si les parents sont forcés à accepter ce type d'arrangement, que ce soit par un juge ou par un autre professionnel, cela peut être moins efficace que lorsque les parents désirent au moins dans une certaine mesure faire l'essai de ce type d'arrangement ».

Malgré des divergences d'opinions, les experts semblent convenir qu'on ne peut imposer ce type de coopération et de communication contre leur gré à des parents en cours de séparation ou de divorce. En outre, des parents qui vont jusqu'à s'adresser aux tribunaux pour obtenir la garde sont peu susceptibles de développer le type de relation de collaboration et de confiance qui est nécessaire pour qu'un système de garde conjointe soit bénéfique aux enfants. Ces réserves ressortent d'ailleurs clairement de la réticence des tribunaux à imposer la garde conjointe contre le gré des parents. Les décisions d'appel de la fin des années 70 et du début des années 80 contiennent bien des réserves sur les ordonnances de garde conjointe³⁰⁸. Depuis lors, la tendance a clairement été de ne pas imposer la garde conjointe lorsqu'il y a un conflit sérieux entre les parties³⁰⁹.

Le débat sur la garde conjointe est de plus en plus axé sur le postulat qu'une entente parentale est toujours préférable pour les enfants. Ici encore, même si les experts sont d'avis partagé, on semble considérer de plus en plus qu'il n'existe pas d'entente parentale après le divorce qui soit d'office préférable pour les enfants³¹⁰. Le gouvernement fédéral a explicitement endossé cette approche. L'un des principes fondamentaux figurant dans sa réponse au Rapport du Comité mixte spécial est précisément qu'il « n'existe pas de solution unique et universelle ». Dans sa réponse, le gouvernement indique « qu'il est reconnu qu'il n'existe pas de modèle idéal applicable à tous les enfants en ce qui concerne l'exercice des responsabilités parentales après la séparation »³¹¹. En conséquence, ajoute-t-il, il n'appuie aucune présomption, notamment en faveur de la garde conjointe³¹².

Si le partage des responsabilités parentales doit constituer l'assise de la réforme de la garde et de l'accès, il est important de vérifier si on peut le différencier de la garde conjointe, notamment d'une présomption en faveur de la garde conjointe.

Nous allons donc examiner dans la partie qui suit les recommandations du Comité mixte spécial. Nous verrons ainsi dans quelle mesure elles peuvent être différenciées d'un modèle fondé sur une présomption de garde conjointe. Dans les parties suivantes, nous verrons comment l'idée du partage des responsabilités parentales a été intégrée à d'autres régimes législatifs. Encore une fois, l'analyse consistera à se demander dans quelle mesure des modèles législatifs ont été ou

³⁰⁸ *Baker c. Baker*, (1979) 23 O.R.(2d) 391 (C.A.O.); *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Zwicker c. Morine* (1980) 38 N.S.R.(2d) 236. (N.S.C.A.)

³⁰⁹ *Archer c. Cornfoot* (1990) 28 R.F.L.(3d) 447. Toutefois, la jurisprudence est relativement plus partagée lorsqu'il s'agit pour un tribunal d'imposer la garde conjointe en l'absence d'accord parental. Dans plusieurs cas, les tribunaux sont allés jusqu'à imposer une ordonnance de garde conjointe dans des cas contestés. Voir *Nurmi c. Nurmi* (1988) 16 R.F.L.(3d) 201, *Surka c. Surka* (1992) 40 R.F.L.(3d) 208.

³¹⁰ Voir Diane Lye « Scholarly Research on Post-Divorce Parenting and Child Wellbeing », Report to the Washington State Gender and Justice Commission, examinant les recherches consacrées aux responsabilités parentales après le divorce. À la page 25, elle conclut que « l'absence, dans les recherches effectuées jusqu'à présent, de preuves claires et convaincantes en faveur d'un arrangement parental particulier après le divorce permet de penser que (i) des solutions passe-partout, par exemple des présomptions juridiques en faveur de tel ou tel arrangement, sont susceptibles de causer du tort à certaines familles. Bon nombre de chercheurs s'opposent explicitement à ce type d'approche ».

³¹¹ *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*, p. 3.

³¹² *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*, p. 10-11.

pourraient être conçus en utilisant la terminologie du partage des responsabilités parentales d'une manière qui le différencie d'une présomption en faveur de la garde conjointe.

Comité mixte spécial

Le Comité mixte spécial a recommandé de « ne plus employer les termes “garde” et “accès” dans la *Loi sur le divorce* et de les remplacer par l'expression “partage des responsabilités parentales”, qui correspond non seulement au sens donné à ces deux termes, mais doit être interprétée comme englobant aussi toutes les significations, les droits, les obligations et les interprétations dont ils sont assortis »³¹³. Le Comité n'a cependant pas proposé de définition claire du partage des responsabilités parentales. Dans sa description, le « partage des responsabilités parentales » doit « réunir dans une même notion tous les droits et les responsabilités qui se retrouvent dans les deux termes existants, la garde et l'accès, et laisser aux parents et aux juges le soin de décider du partage ». Le Comité a aussi tenté de faire une distinction entre le partage des responsabilités parentales et une présomption en faveur de la garde physique conjointe. Il dit qu'il « ne veut pas par là présumer qu'un partage égal du temps, ou ce qu'on appelle couramment une garde physique conjointe, est dans le meilleur intérêt de l'enfant. Le Comité reconnaît que les ententes relatives au partage du temps et à la résidence peuvent varier d'une famille à l'autre »³¹⁴. Il ajoute qu'il « déterminerait au cas par cas si un partage égal du temps parental est dans l'intérêt d'un enfant en particulier, moyennant une évaluation complète des circonstances de l'enfant et de ses parents »³¹⁵. Plus loin dans le rapport, le Comité souligne à nouveau que les présomptions juridiques en faveur de l'un ou l'autre des parents ou d'un arrangement parental donné ne sont pas dans l'intérêt des enfants. Après avoir examiné les avantages de la garde conjointe, il conclut que « toutefois, l'adoption de mesures législatives qui imposeraient ou normaliseraient la garde conjointe en cas de divorce ferait fi du fait que l'arrangement ne convient peut-être pas à toutes les familles, notamment à celles qui ont connu la violence ou dans lesquelles les rôles des deux parents sont très différents ».

En même temps, le Comité décrit aussi le nouveau régime de partage des responsabilités parentales de la manière suivante :

En vertu du nouveau régime et de la nouvelle terminologie formulée par le Comité, les deux parents continueront, dans la plupart des cas après une séparation ou un divorce, à jouer à l'égard des enfants leurs rôles de décideurs comme avant la séparation³¹⁶.

Bien que le Comité mixte spécial ait pris la peine de préciser qu'il n'établit pas de présomption en faveur de la garde *physique* conjointe, ce passage permet de penser que le partage des responsabilités parentales tel qu'il l'envisage est une présomption en faveur de la garde *légal* conjointe. La notion de partage des responsabilités parentales endossée par le Comité se caractérise par le pouvoir de décision juridique partagé; or, le partage du pouvoir de décision juridique constitue en fait la définition même de la garde légale conjointe. Les recommandations du Comité expriment donc une présomption en faveur d'un type particulier de garde — le partage du pouvoir de décision juridique — même si le Comité s'en défend. Il est donc difficile

³¹³ Recommandation 5, *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 31.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.*, p. 38.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

de concilier ce principe fondamental avec l'idée sans cesse réitérée par le Comité que la *Loi sur le divorce* ne devrait contenir aucune présomption.

La notion de partage des responsabilités parentales manque de clarté. D'aucuns qui la défendent envisagent un régime de garde physique conjointe, alors que d'autres n'envisagent qu'une garde légale conjointe. Cette divergence d'opinion explique peut-être l'absence de définition claire du partage des responsabilités parentales, même chez ceux qui le recommandent. L'ambiguïté entourant cette expression est également directement reliée au fait qu'elle est très proche de l'idée de garde conjointe et au consensus apparent rejetant toute présomption en faveur de la garde conjointe. Si le partage des responsabilités parentales n'a pas été mieux défini, il semble que ce soit précisément parce que la définition serait trop proche de l'idée même que l'on a rejetée.

Le sens du partage des responsabilités parentales dans d'autres administrations

On trouve la notion de partage des responsabilités parentales, sous des formes différentes, dans les lois de plusieurs autres administrations. Certaines de celles-ci ont adopté cette terminologie d'une manière qui semble ressembler beaucoup à une présomption en faveur de la garde conjointe. D'autres l'ont adoptée en faisant une distinction beaucoup plus claire par rapport à toute présomption en faveur de la garde conjointe.

Floride

La loi de la Floride dispose que « le tribunal ordonne que la responsabilité parentale d'un enfant mineur est partagée par les deux parents sauf s'il estime que le partage de la responsabilité parentale serait contraire à l'intérêt de l'enfant »³¹⁷. Le partage des responsabilités parentales est défini comme une relation imposée par le tribunal qui permet aux deux parents de conserver tous leurs droits et responsabilités de parents à l'égard de l'enfant mais qui les amènent aussi à se concerter pour que les grandes décisions concernant l'enfant soient prises ensemble³¹⁸. Bien que le législateur floridien ait utilisé la terminologie du partage des responsabilités parentales, celle-ci est généralement décrite comme étant une présomption en faveur de la garde légale conjointe³¹⁹.

La loi de la Floride n'impose pas le partage du lieu de résidence de l'enfant³²⁰. En effet, le lieu de résidence de l'enfant continue d'être attribué au parent qui a la garde, ou parent résidentiel principal³²¹.

³¹⁷ Fla.Stat.Ann.S.61.13(2)(a)(2) (West Supp.1998).

³¹⁸ Section 61.046(11)).

³¹⁹ Voir, par exemple, la discussion de l'ALI, note 26 *supra*, p. 200, mentionnant la Floride parmi les États ayant une présomption en faveur de la garde légale conjointe.

³²⁰ Voir *Frey c. Wagner* (1983) 433 So.2d 60. Avant le 1^{er} juillet 1997, les tribunaux de la Floride considéraient qu'il existait une présomption voulant que la garde physique à tour de rôle n'était pas bénéfique à l'enfant. La loi a maintenant été modifiée pour permettre au tribunal d'ordonner la garde à tour de rôle si c'est dans l'intérêt de l'enfant. Selon certains analystes, il n'est pas encore évident que cette modification ait renversé la présomption.

³²¹ Voir Florida Statutes 1995, S.61.046(3), où le parent qui a la garde est défini comme étant « le parent chez qui l'enfant a sa résidence principale ». Les parents sont généralement désignés comme parents résidentiel et non résidentiel, ou parents résidentiel primaire et secondaire.

Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, l'attribution des responsabilités parentales dépend de l'état matrimonial des parents. On ne trouve pas la terminologie du partage des responsabilités parentales dans la *Children Act* mais celle-ci intègre l'idée du partage des responsabilités parentales lorsque le père et la mère de l'enfant sont mariés³²². Selon la loi, si plus d'une personne possède une responsabilité parentale, « chacune peut agir seule et sans l'autre pour assumer cette responsabilité »³²³. Ce modèle est décrit comme un modèle de « responsabilité conjointe mais indépendante », au sein duquel chaque parent peut agir unilatéralement pour s'acquitter de sa responsabilité parentale³²⁴.

La loi n'impose pas de garde physique partagée ou de résidence partagée. La résidence continue d'être décidée séparément de la responsabilité parentale, par le truchement d'ordonnances de résidence.

Australie

En Australie, on ne trouve pas l'expression *partage des responsabilités parentales* dans la *Family Law Act* mais l'idée du partage des responsabilités est exprimée dans la loi. Celle-ci contient en effet la déclaration de principe que « les parents partagent les fonctions et responsabilités concernant les soins, le bien-être et le développement de leurs enfants » et que « les parents devraient s'entendre au sujet de l'avenir de leurs enfants »³²⁵. La loi dispose que « chacun des parents d'un enfant de moins de 18 ans détient une responsabilité parentale envers l'enfant ». Le paragraphe (2) dispose que cette responsabilité parentale continue d'exister « même s'il y a des changements dans la nature des relations entre les parents de l'enfant »³²⁶. La loi dispose par ailleurs que la responsabilité parentale n'est aucunement modifiée par une ordonnance de résidence, de contact ou autre sauf sur indication contraire explicite dans l'ordonnance ou si cela est nécessaire pour assurer l'exécution de l'ordonnance³²⁷.

Comme en Grande-Bretagne, le régime australien n'impose pas de partage en matière de garde physique ou de résidence. La résidence continue d'être décidée séparément par le truchement d'ordonnances de résidence.

Des analystes se sont demandé si la *Family Law Act* a créé une présomption en faveur du partage des responsabilités parentales³²⁸. Richard Chisholme, par exemple, affirme qu'il est extrêmement douteux que la loi impose réellement une présomption de partage des

³²² S.2(1) U.K. *Children Act*. « Lorsque le père et la mère d'un enfant sont mariés l'un à l'autre au moment de la naissance de l'enfant, ils possèdent chacun une responsabilité parentale ». Les pères non mariés n'ont pas de responsabilité parentale à moins qu'ils ne l'acquièrent conformément à la loi.

³²³ S.2(7), *Children Act*.

³²⁴ Dewar, note 88 *supra*, p. 20.

³²⁵ Section 60B(2)(c), (d), *Australia Family Law Act*.

³²⁶ S.61C(1), (2) *Family Law Act*.

³²⁷ S.61D(2) *Family Law Act*.

³²⁸ Voir Chisholme, note 8 *supra*. Voir aussi Dewar, note 88 *supra*, sur l'ambiguïté concernant la manière dont les responsabilités parentales doivent être partagées, et Richard Ingleby, « The Family Law Reform Act—a Practitioner's Critique » (1996) 10 *Australian Journal of Family Law* 48, sur l'ambiguïté concernant l'expression « responsabilité parentale ».

responsabilités parentales et, même si tel était le cas, que cette présomption ait beaucoup de valeur³²⁹. La question de savoir si la loi impose ou non cette présomption dépend peut-être de l'incidence des ordonnances parentales sur les responsabilités parentales. Comme nous l'avons indiqué, la loi dispose que la responsabilité parentale n'est aucunement modifiée par l'ordonnance parentale, sauf indication contraire explicite. De ce fait, la responsabilité parentale continue d'être partagée après l'émission d'une ordonnance parentale, sauf si celle-ci définit de manière quelconque la responsabilité des parents. Cela pourrait être considéré comme créant au moins une faible présomption en faveur du partage des responsabilités parentales, étant donné que ces responsabilités doivent être partagées tant qu'une ordonnance judiciaire ou une entente privée ne comporte pas d'indication différente. Il ne s'agit par contre pas d'une présomption aussi forte que celle que l'on trouve dans la loi de la Floride étant donné que l'on n'exige aucunement que les tribunaux imposent le partage des responsabilités parentales ni que les parties devront négocier ce partage dans des ententes parentales. La description la plus exacte du système australien est donc peut-être que le partage des responsabilités parentales est la position par défaut.

On s'est aussi demandé si le régime australien impose un modèle de partage conjoint ou indépendant des responsabilités parentales — c'est-à-dire si les parents peuvent exercer leur pouvoir de décision indépendamment l'un de l'autre ou en étant obligés de se consulter. Le Tribunal de la famille de l'Australie s'est penché sur cette question :

[Traduction]

En l'absence d'une ordonnance portant sur des questions particulières, nous croyons peu vraisemblable que le législateur ait eu pour objectif que les parents séparés ne puissent exercer leurs pouvoirs, en tout ou en partie, ou s'acquitter de leurs responsabilités parentales, en tout ou en partie, qu'ensemble, dans tous les domaines. Cela n'est jamais le cas lorsque les parents vivent ensemble, pour ce qui est des préoccupations quotidiennes, et il suffit d'évoquer cette idée dans le cas de parents vivant séparément pour en saisir pleinement l'irréalisme.

D'un point de vue pratique, c'est soit le parent qui a la garde soit le parent de contact qui prendra les décisions individuelles sur de telles questions lorsqu'il assume seul la responsabilité physique de l'enfant. En revanche, il est évident que les parents devraient se consulter sur les questions importantes touchant l'enfant, par exemple sur une opération chirurgicale importante, les études, la religion, etc. Nous pensons que cela correspond à l'intention du législateur³³⁰.

En conséquence, selon l'interprétation du tribunal, le régime australien autorise une prise de décision indépendante sur les questions quotidiennes mais exige une prise de décision commune sur des questions telles que les soins médicaux, les études ou la religion. Si tel était vraiment l'objectif souhaité, cette répartition particulière des responsabilités parentales aurait pu être exprimée plus clairement dans la loi elle-même.

³²⁹ Chisholme, note 8 *supra*, p. 181.

³³⁰ *In the Matter of B and B*, note 132 *supra*.

Maine

La *Domestic Relations Act* de l'État du Maine envisage un modèle relativement différent fondé sur des droits parentaux individuels, attribués ou partagés. Les droits parentaux partagés sont définis au paragraphe 1501(5) de la manière suivante :

[Traduction]

(5). « Droits et responsabilités parentaux partagés » signifie que la plupart ou la totalité des aspects du bien-être de l'enfant reste la responsabilité et le droit conjoints des deux parents, c'est-à-dire que les deux parents conservent des droits et responsabilités parentaux égaux et que les deux se consultent et prennent des décisions communes au sujet du bien-être de l'enfant. Les questions touchant le bien-être de l'enfant comprennent, mais sans y être limitées, l'enseignement, l'éducation religieuse, les soins médicaux et dentaires, la santé mentale, les voyages, les services de garde et le lieu de résidence. Les parents qui partagent des droits et responsabilités parentaux se tiendront mutuellement informés de tout changement important concernant le bien-être de l'enfant et se consulteront à l'avance, dans toute la mesure du possible, au sujet des décisions relatives au bien-être de l'enfant.

La loi ne comporte cependant pas de présomption en faveur d'un tel partage des responsabilités parentales. Elle met plutôt en opposition les responsabilités partagées et les droits et responsabilités individuels, lesquels désignent le fait « que l'un des parents s'est vu accorder des droits et responsabilités parentaux exclusifs en ce qui concerne tous les aspects du bien-être de l'enfant, à l'exception possible du droit et de la responsabilité concernant la pension alimentaire »³³¹.

La loi dispose par ailleurs que « si les parents se sont entendus sur l'octroi de droits et responsabilités parentaux partagés ou parviennent à une telle entente devant le tribunal, celui-ci entérinera cette entente dans sa décision sauf s'il a des indications importantes qu'il ne devrait pas le faire ». Cette disposition précise que le tribunal doit énoncer les raisons pour lesquelles il n'entérinerait pas une entente de partage des droits et responsabilités parentaux entre les parents. En conséquence, la *Domestic Relations Act* du Maine crée une présomption en faveur de l'exécution des ententes de partage des responsabilités parentales négociées volontairement par les parents. En ce sens, la loi du Maine est de nature hybride puisqu'elle conjugue certains des avantages potentiels du partage de la responsabilité parentale mais sans aller jusqu'à en faire une présomption juridique devant s'imposer même contre le gré des parents. Cette loi ne fait pas non plus du partage des responsabilités parentales la position par défaut. Elle se contente plutôt d'endosser le partage comme l'une des solutions possibles en matière d'arrangements parentaux, en indiquant aux tribunaux d'entériner simplement les ententes de partage des responsabilités parentales auxquelles sont parvenus les parents.

Résumé et évaluation

Il convient de mentionner que, dans toutes ces approches, l'aspect des responsabilités parentales qui doit être partagé entre les parents est le pouvoir de décision. Aucun des trois modèles

³³¹ Section 1501(6) *Domestic Relations Act* de l'État du Maine.

n'impose ou n'envisage explicitement le partage du lieu de résidence. La Floride et le Maine indiquent précisément que le partage des responsabilités parentales porte sur le pouvoir de décision à l'égard de l'enfant. Alors que le Royaume-Uni et l'Australie définissent plus vaguement la responsabilité parentale, les analystes et la jurisprudence portent à croire que celle-ci englobe un pouvoir de décision commun mais pas un lieu de résidence partagé ou commun. En conséquence, toutes ces dispositions concernant le partage des responsabilités parentales exigent que le lieu de résidence de l'enfant soit déterminé séparément, en fonction du meilleur intérêt de l'enfant.

Cette analyse permet de dégager trois modèles intégrant à des degrés divers une notion de partage des responsabilités parentales.

Présomption de partage des responsabilités parentales (Floride)

Les régimes législatifs ayant intégré la notion de partage des responsabilités parentales d'une manière qui ressemble le plus à une présomption en faveur d'une garde légale conjointe ne semblent pas adéquats pour fonder la réforme de la *Loi sur le divorce*. Les principes directeurs de la réforme prévoient en effet qu'il ne faut pas intégrer de présomptions dans la Loi. Or, la loi de la Floride établit clairement une présomption en faveur d'une garde légale conjointe.

Position par défaut

Les régimes législatifs qui ont intégré la notion de partage des responsabilités parentales d'une manière qui reflète une présomption faible, ou une position par défaut, en faveur du partage sont peut-être des modèles plus pertinents. Les lois britannique et australienne peuvent toutes deux être considérées comme des exemples de ces présomptions faibles, ou positions par défaut, en faveur du partage des responsabilités parentales. Cela dit, ces régimes ne sont pas non plus sans inconvénients.

Comme nous l'indiquons dans le contexte de la deuxième option, les régimes britannique et australien comprennent tous deux une définition très générale de la responsabilité parentale, sans en aborder les aspects particuliers. Ce caractère général et vague de la définition a suscité de nombreuses critiques. Dans le contexte britannique, par exemple, John Eekelaar a fait remarquer que « la responsabilité parentale est l'un des concepts les plus flous de la *Children's Act* de 1989 »³³². En conséquence, les tribunaux ont été appelés à fixer la portée et la teneur de la responsabilité parentale.

Remarque qui vaut aussi pour le contexte australien. Bien que maints analystes se soient réjouis de l'effort déployé pour recentrer la législation australienne sur la garde parentale de l'enfant vers un système plus axé sur l'enfant lui-même, en encourageant les parents à établir leurs propres ententes en coopération, d'autres ont critiqué les nombreuses incertitudes engendrées par la réforme législative. Beaucoup ont dit que la responsabilité parentale était définie de manière trop vague. Comme l'affirme Ingleby, personne ne sait vraiment ce que veut dire la notion de responsabilité parentale³³³. De même, Dewar affirme que la loi n'indique pas clairement comment la responsabilité parentale doit être partagée. Elle n'indique pas non plus clairement si

³³² John Eekelaar « Parental Responsibility—A New Legal Status? » (1996) 112 *The Law Quarterly Review* 233.

³³³ Richard Ingleby, note 328 *supra*.

la responsabilité parentale est indépendante ou coopérative et si le parent avec qui réside l'enfant possède une quelconque liberté d'action unilatérale, complètement indépendante de la prise de décision commune et des responsabilités parentales communes³³⁴. Le tribunal de la famille de l'Australie a par ailleurs constaté que la définition de la responsabilité parentale dans la *Family Law Act*, telle que modifiée par la *Family Law Reform Act* de 1995, « donne peu d'indications utiles étant donné qu'elle dépend de la common law et des textes législatifs pertinents pour trouver son sens »³³⁵.

Toutefois, comme nous l'avons aussi indiqué au sujet de la deuxième option, il serait possible de concevoir un régime fondé sur l'idée de responsabilité parentale avec une définition plus exhaustive de cette responsabilité. La loi écossaise contient une définition précise de la responsabilité parentale, et la loi de l'État de Washington contient une description très détaillée des fonctions parentales³³⁶. L'une ou l'autre pourrait être utilisée comme fondement d'une définition plus exhaustive de la responsabilité parentale.

En outre, les limites de cette approche, que nous avons indiquées dans le cadre de la deuxième option, ne sont plus des obstacles dans le cadre de la troisième. L'un des problèmes que présentait un régime d'ordonnances de résidence et de contact, par rapport à un modèle neutre à l'égard des responsabilités parentales, était qu'il supposait un certain degré de partage des responsabilités parentales. En conséquence, un régime fondé sur des ordonnances de résidence et de contact correspondrait mieux au modèle de partage des responsabilités parentales de la troisième option.

Aucune présomption

L'approche hybride, qui parle de partage des responsabilités parentales en même temps que de responsabilités parentales individuelles ou attribuées, pourrait aussi être un modèle utile. La loi du Maine, selon laquelle le partage des responsabilités parentales est l'une des options possibles en matière d'arrangements parentaux, est un modèle permettant d'intégrer le langage du partage des responsabilités parentales dans un régime législatif sans établir de présomption en faveur d'un arrangement parental donné. À cet égard, le modèle est peut-être plus proche de la deuxième option, mais tout en utilisant expressément le langage du partage des responsabilités parentales. Il intègre le langage du partage des responsabilités parentales mais ne crée pas de présomption générale en sa faveur. Comme nous l'avons expliqué, la loi prévoit cependant une présomption en faveur des arrangements privés de partage des responsabilités parentales — c'est-à-dire que, si les parents s'entendent pour partager les responsabilités, le tribunal doit entériner cette entente à moins qu'il ne possède de sérieuses raisons de ne pas le faire.

Comparaison des modèles

La première option établit une forte présomption législative en faveur d'un pouvoir de décision partagé. Elle semble aller à l'encontre du principe directeur voulant que la *Loi sur le divorce* ne comporte pas de présomptions. La deuxième option peut être considérée comme établissant une présomption plus faible, ou une position par défaut, en faveur d'un pouvoir de décision partagé.

³³⁴ Dewar, note 88 *supra*.

³³⁵ *In the Matter of B and B*, note 132 *supra*.

³³⁶ Voir note 146, *supra*.

Bien que l'on puisse affirmer qu'elle n'établit pas, strictement parlant, de présomption en faveur de la garde légale conjointe, cette approche inciterait probablement les parents à s'attendre à partager le pouvoir de décision sur les questions importantes, sauf si une entente ou une ordonnance judiciaire prévoyait le contraire. L'effet est le même qu'une présomption en faveur de la garde légale conjointe. La troisième option établit simplement que le partage du pouvoir de décision est l'un des arrangements parentaux possibles et elle ne diffère pas sensiblement du régime actuel.

En conséquence, les deux options qui déboucheraient sur un changement notable par rapport au régime actuel porteraient toutes deux atteinte au principe directeur voulant que la *Loi sur le divorce* ne comporte aucune présomption. La première option est une présomption. La deuxième n'est pas formulée sous forme de présomption mais elle en a l'effet. Bien que l'on puisse sans doute envisager de formuler le partage du pouvoir de décision sous forme de principe plutôt que de présomption juridique, il faut savoir que cela reviendrait quand même, sur le plan pratique, à établir un type particulier d'arrangement parental comme modèle de préférence pour les parents divorcés.

LES ORDONNANCES PARENTALES

Le Comité mixte spécial a recommandé un régime de partage des responsabilités parentales et d'ententes parentales obligatoires. Il ne s'est pas penché précisément sur la question des ordonnances parentales, si ce n'est pour dire que celles-ci devraient toutes avoir la forme d'ententes parentales. Le régime recommandé en est un qui encourage les parents à établir leur propre entente. S'il leur est impossible de s'entendre, ils devraient avoir la possibilité de « faire une demande de modalités de partage des responsabilités parentales en vertu de la *Loi sur le divorce*. Les juges chargés d'établir ces modalités pourront tenir compte du plan parental déposé devant le tribunal par chaque parent et rendre, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, une ordonnance sous la forme d'une entente parentale. Cette entente, quoique imposée par la loi, aura l'avantage de tenir compte des besoins et des intérêts de l'enfant tout en étant souple et adaptable. » Le Comité a recommandé en outre que ces « modalités de partage des responsabilités parentales » soient fixées en fonction d'une liste révisée de critères pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant³³⁷.

L'approche du Comité mixte spécial ne fait pas de distinction entre les ententes parentales et les ordonnances parentales. Elle semble plutôt suivre l'approche de la *Parenting Act* de l'État de Washington, dans laquelle toutes les ordonnances parentales prennent la forme d'ententes parentales. Toutefois, cette *Parenting Act* n'endosse pas une approche de partage des responsabilités parentales. Elle n'utilise pas la terminologie du partage des responsabilités parentales et n'exige pas en fait que tel ou tel aspect des responsabilités parentales soit partagé. Le Comité mixte spécial semble confondre et fusionner des approches législatives différentes : il veut endosser une approche de partage des responsabilités parentales (comme l'Australie et le Royaume-Uni), et une approche d'entente parentale obligatoire (comme l'État de Washington), mais il n'indique pas précisément comment un tel régime serait conçu et il n'aborde pas en détail les problèmes et tensions qui résulteraient d'une tentative de fusion de ces deux approches très différentes.

³³⁷ Recommandations 15 et 16, *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 44.

Il serait possible de concevoir un régime fondé sur la *Parenting Act* de l'État de Washington, dans lequel l'entente parentale serait le principal outil de résolution des différends entre les parents. Ce n'est cependant pas une approche qui impose le partage des responsabilités mais plutôt une approche qui permet aux parents qui se séparent de décider eux-mêmes comment répartir au mieux les différents aspects de leurs responsabilités parentales. Ce n'est pas non plus une approche qui envisage des « modalités de partage des responsabilités parentales ». Tout régime exigeant que le pouvoir de décision soit partagé dans une entente parentale constituerait un écart notable par rapport à un régime axé sur les choix privés et sur la souplesse requise pour s'adapter aux circonstances particulières de chaque famille.

En contrepartie, il serait également possible de concevoir un régime fondé sur les approches britannique et australienne en matière de partage des responsabilités parentales, qui prévoient que la responsabilité parentale est partagée à moins qu'une entente parentale ou une ordonnance parentale ne prévoie le contraire. Toutefois, ni le Royaume-Uni ni l'Australie n'exigent que les parents qui divorcent déposent une entente parentale, ni que les parents qui déposent une entente parentale partagent nécessairement les responsabilités parentales ou le pouvoir de décision.

Les recommandations du Comité mixte spécial en matière d'ententes parentales obligatoires, de partage des responsabilités parentales et d'ordonnances parentales ne sont pas réalistes sur le plan juridique. Il convient d'entreprendre une analyse beaucoup plus détaillée des aspects particuliers et des relations existant entre le partage des responsabilités parentales, les ordonnances de partage des responsabilités parentales et le rôle potentiel des ententes parentales. Il serait peut-être possible de saisir l'esprit des recommandations du Comité — visant un régime intégrant la terminologie du partage des responsabilités parentales et encourageant les parents qui se séparent ou qui divorcent à coopérer et à négocier leurs propres ententes — mais un tel régime juridique devrait être conçu de manière beaucoup plus attentive et précise. Dans les parties qui suivent, nous allons examiner les options envisageables pour un tel modèle.

Les questions relatives à la nature et au rôle des ordonnances parentales dans le cadre d'un modèle de partage des responsabilités parentales sont très similaires à celles, concernant les ordonnances parentales, soulevées au sujet du modèle des responsabilités parentales examiné en détail pour la deuxième option. Le modèle devrait également répondre aux questions concernant les différents types d'ordonnances parentales que l'on pourrait adopter en vertu d'un tel régime, la relation entre les ordonnances parentales et le partage des responsabilités parentales, et les critères d'élaboration et de modification des ordonnances parentales, notamment en envisageant précisément la pertinence, pour de telles ordonnances, de la violence, des conflits graves et de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales.

Types d'ordonnances

Les administrations qui ont établi des mécanismes de partage des responsabilités parentales nous offrent trois modèles d'ordonnances.

Présomption en faveur d'une ordonnance de partage des responsabilités parentales

La loi de la Floride permet aux tribunaux d'émettre des ordonnances de responsabilité parentale partagée ou individuelle. En vertu de cette loi, le tribunal peut tenir compte de la volonté explicite des parents et accorder à l'un des deux la responsabilité ultime d'aspects particuliers du

bien-être de l'enfant, ou répartir ces responsabilités entre les parties en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces aspects peuvent comprendre la résidence principale, l'éducation, les soins médicaux et dentaires et toute autre question que le tribunal estime être unique pour la famille considérée. Toutefois, la loi dispose que « le tribunal ordonnera que la responsabilité parentale à l'égard d'un mineur soit partagée par les deux parents sauf s'il estime que cela serait préjudiciable à l'enfant ».

Il convient de souligner à nouveau que le partage des responsabilités parentales s'applique au pouvoir de décision et non pas à la résidence. Le lieu de résidence de l'enfant continuera d'être décidé en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant³³⁸, et on parle toujours dans la loi de parent gardien et de parent non gardien, notamment lorsqu'il s'agit de répartir le temps de résidence de l'enfant. Le parent gardien est celui chez qui l'enfant a sa résidence principale.

Catégories d'ordonnances parentales

En Australie et au Royaume-Uni, qui ont adopté la terminologie du partage des responsabilités parentales, les ordonnances parentales sont réparties en plusieurs catégories. En Australie, on a prévu des ordonnances de résidence, de contact et spéciales. Au Royaume-Uni, il peut y avoir des ordonnances de résidence, de contact, de mesures prohibées et de questions particulières. Ces deux régimes ont été examinés en détail à la deuxième option ci-dessus.

Pas de partage des responsabilités parentales; l'ordonnance de partage des responsabilités parentales est une possibilité

La *Domestic Relations Act* du Maine permet au tribunal de rendre une ordonnance attribuant les responsabilités parentales en fonction des droits et responsabilités attribués à chaque parent, des droits et responsabilités parentaux partagés ou des droits et responsabilités parentaux individuels. Dans ce dispositif hybride, l'ordonnance de partage des responsabilités parentales n'est que l'une des différentes ordonnances pouvant être émises par le tribunal. En cas de décision de partage des droits et responsabilités parentaux, la loi prévoit que la décision « peut inclure soit l'attribution de la résidence principale de l'enfant à un parent et l'octroi de droits de contact à l'autre parent, ou le partage de la résidence principale de l'enfant entre les deux parents ». Une ordonnance de partage des responsabilités parentales dans ce contexte n'exige donc pas le partage du lieu de résidence mais elle le permet.

Comparaison des modèles

C'est dans la loi de la Floride que l'on trouve la plus forte présomption en faveur des ordonnances de partage. Par contre, il n'existe pas de présomption en faveur des ordonnances de partage des responsabilités parentales dans les régimes australien ou britannique. De fait, aucun des deux n'envisage d'ordonnances de partage des responsabilités parentales en soi. Les deux partent plutôt d'une présomption que la responsabilité parentale sera partagée ou commune. Les deux régimes autorisent et encouragent les parents à parvenir à une entente de partage des responsabilités parentales mais les deux prévoient aussi que des ordonnances parentales peuvent limiter explicitement ce partage au moyen d'une ordonnance de mesures prohibées ou spéciales (Royaume-Uni) ou d'une ordonnance spéciale (Australie).

³³⁸ L'article 61.13, 3 énonce les critères que les tribunaux doivent prendre en considération pour cerner l'intérêt de l'enfant.

À la différence de la loi australienne, la loi britannique comprend aussi, comme nous l'avons indiqué, une « présomption de non-ordonnance »³³⁹. En conséquence, on trouve dans le régime britannique une forte préférence en faveur des arrangements privés, alors que la loi australienne préserve un plus grand rôle pour les tribunaux en matière de résolution des différends parentaux, nonobstant l'encouragement législatif du partage des responsabilités parentales. La préférence plus nette en faveur des arrangements privés, conjuguée à l'attribution conjointe de la responsabilité parentale, pourrait sembler créer une présomption légèrement plus forte en faveur des responsabilités parentales communes ou partagées. Si le partage des responsabilités parentales est effectivement la position par défaut en vertu de la loi (c'est-à-dire la position juridique qui s'applique si les tribunaux ne décident pas autrement), et si les tribunaux sont invités à ne pas émettre d'ordonnances sauf si cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ce dispositif en est peut-être un dans lequel il est plus probable que la responsabilité parentale restera partagée. Toutefois, dans ce système, les parents ont la liberté de négocier d'autres arrangements et, lorsque les tribunaux décident en fait d'agir, eux aussi sont autorisés à rendre des ordonnances limitant ou modifiant le partage des responsabilités parentales.

Encore une fois, la législation du Maine est un modèle faisant référence aux ordonnances de partage des responsabilités parentales sans présomption en faveur d'un type d'arrangement particulier. Toutefois, le dispositif autorise le tribunal à rendre des ordonnances de partage des responsabilités parentales. La loi contient une présomption en faveur de l'exécution des ententes de partage établies par les parents. Il n'existe aucune présomption — pour ou contre — le partage des responsabilités parentales en l'absence de telle entente entre les parents. Dans ce cas, il appartient au tribunal de prendre la décision en fonction de l'intérêt de l'enfant. Malgré la différence terminologique, c'est le modèle qui ressemble le plus à la *Loi sur le divorce* actuelle, qui autorise le tribunal à rendre des ordonnances de garde individuelle ou commune en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Finalement, chacun des régimes exige, à sa manière particulière, qu'une décision distincte soit prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant. Une ordonnance de partage des responsabilités parentales selon les modèles de la Floride et du Maine n'exige pas que la résidence soit partagée mais plutôt que le lieu de résidence de l'enfant soit fixé, en permettant qu'il soit attribué à l'un des parents ou aux deux. De même, les régimes britannique et australien exigent que le lieu de résidence de l'enfant et les contacts avec l'autre parent soient établis dans les ordonnances parentales, quelle que soit la décision prise en matière de responsabilité parentale commune ou partagée.

Relation entre l'ordonnance parentale et la responsabilité parentale

Les trois modèles sont différents en ce qui concerne la relation entre les ordonnances parentales et la responsabilité parentale, et le degré de clarté dans l'établissement de cette relation.

Présomption d'ordonnance de partage des responsabilités parentales

En Floride, le partage des responsabilités parentales est une relation imposée par le tribunal au sein de laquelle les deux parents conservent la plénitude de leurs droits et responsabilités à

³³⁹ Voir notes 90-91 *supra*.

l'égard de l'enfant. C'est le résultat d'une ordonnance judiciaire et il ne semble pas exister indépendamment de celle-ci³⁴⁰.

Responsabilité parentale partagée avec éventail d'ordonnances parentales particulières

En vertu des lois britannique et australienne, la responsabilité parentale est au départ commune ou partagée. La loi australienne dispose que chaque parent détient une responsabilité parentale, que cette responsabilité continue malgré tout changement de relation entre les parents, et qu'elle n'est pas affectée par une ordonnance de résidence, de contact ou autre sauf dans la mesure où cela est expressément indiqué dans l'ordonnance ou est nécessaire pour assurer l'exécution de l'ordonnance. Dans ce régime, donc, la responsabilité parentale continue d'être partagée à moins qu'une ordonnance judiciaire ou une entente privée n'en décide autrement.

La relation entre la responsabilité parentale et les ordonnances parentales en vertu de la *Children Act* britannique est similaire, bien que la relation ne soit pas établie de manière aussi détaillée dans la loi. Quiconque possède une responsabilité parentale peut agir unilatéralement pour l'exercer, à condition de ne pas enfreindre une ordonnance judiciaire³⁴¹. Le parent ayant obtenu une ordonnance de résidence ou de contact en sa faveur est autorisé à prendre des décisions indépendantes au sujet de l'enfant, à moins que ce pouvoir ne soit limité par une ordonnance de mesures prohibées ou une ordonnance de questions particulières.

Pas de partage des responsabilités parentales; l'ordonnance de partage des responsabilités parentales est une possibilité

Au Maine, on ne suppose pas que la responsabilité parentale est partagée étant donné qu'elle sera explicitement attribuée dans le cadre de l'une des trois ordonnances possibles. Dans ce contexte, la responsabilité parentale partagée constitue une attribution particulière de la responsabilité parentale en vertu de laquelle le pouvoir de décision est partagé et le lieu de résidence peut l'être aussi mais ne l'est pas obligatoirement. Toutefois, la responsabilité parentale peut aussi être accordée à l'un des deux parents, au moyen d'une ordonnance de responsabilité parentale individuelle, ou être répartie autrement entre les parents dans le cadre d'une ordonnance de responsabilité parentale répartie. La position par défaut de la loi — c'est-à-dire la position qui prévaut avant toute ordonnance judiciaire — semble être la responsabilité parentale commune³⁴².

La relation entre responsabilité parentale et ordonnances parentales devrait être exprimée très clairement dans la loi.

Critères des ordonnances parentales

Encore une fois, le critère général d'émission d'une ordonnance parentale doit être l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme nous l'avons indiqué pour la deuxième option ci-dessus, la question qui se pose est de savoir dans quelle mesure l'intérêt de l'enfant devrait être explicité.

³⁴⁰ Toutefois, en Floride comme dans beaucoup d'autres administrations, les deux parents sont considérés, avant la dissolution du mariage, comme étant les gardiens naturels communs des mineurs, ayant des droits communs et égaux de garde, de soin et de contrôle. Loi de la Floride, S.744.301(1).

³⁴¹ Section 2(7), U.K. *Children Act*.

³⁴² L'article 1651 de la *Domestic Relations Act* du Maine dispose que les parents sont les gardiens juridiques communs de l'enfant et qu'ils « ont droit ensemble au soin, à la garde, au contrôle, aux services et aux gains de leurs enfants ».

Bon nombre des questions de fond et des choix à faire sont directement parallèles à ceux de la deuxième option. La question particulière à laquelle il faut répondre est de savoir si les critères d'émission des ordonnances parentales dans le cadre d'un modèle de partage des responsabilités parentales doivent être sensiblement différents des critères examinés pour la deuxième option.

Critères généraux ou particuliers

Comme pour la deuxième option, les critères d'émission d'ordonnances parentales pourraient être énoncés sous forme de liste générale de facteurs à prendre en considération pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant (comme dans les modèles britannique et australien). Sinon, on pourrait indiquer dans la loi les facteurs précis à prendre en considération pour chaque catégorie particulière d'ordonnances parentales et pour l'attribution d'aspects particuliers des responsabilités parentales (comme dans le cas de la loi de l'État de Washington). La manière dont les critères particuliers seraient établis dépendrait en partie de l'approche retenue en matière d'ordonnances parentales.

Présomption en faveur d'une ordonnance de partage des responsabilités

Ce modèle, dans lequel le partage des responsabilités parentales correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant, est peut-être le moins susceptible de se prêter à des critères précis. La présomption est que le pouvoir de décision sera partagé par les parents. Dans la loi de la Floride, cependant, il n'existe pas de présomption similaire en ce qui concerne le lieu de résidence de l'enfant. Ce modèle pourrait donc encore bénéficier de l'identification de critères particuliers au sujet du lieu de résidence de l'enfant. En outre, malgré la présomption, la loi de la Floride autorise le tribunal à attribuer des aspects particuliers du pouvoir de décision. Il serait donc possible d'indiquer les facteurs précis dont le tribunal doit tenir compte pour attribuer tel ou tel aspect du pouvoir de décision.

Partage de la responsabilité parentale avec une gamme d'ordonnances parentales particulières

Comme nous l'avons dit, les régimes britannique et australien n'indiquent pas de critères particuliers pour attribuer des aspects particuliers de la responsabilité parentale mais comportent plutôt une liste générale de facteurs à prendre en considération pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Il serait toutefois possible, avec ce modèle, d'identifier les facteurs particuliers dont les tribunaux devraient tenir compte pour émettre des types particuliers d'ordonnances parentales. Par exemple, si l'on retenait l'approche britannique et australienne en matière d'ordonnances parentales, il serait possible, comme on l'indique pour la deuxième option ci-dessus, d'identifier les critères particuliers dont devraient tenir compte les tribunaux pour émettre des ordonnances de résidence et de contact, ainsi que des ordonnances spéciales, de mesures prohibées et de questions particulières³⁴³.

Les avantages de l'identification de critères particuliers dans le cadre d'un modèle de partage des responsabilités parentales seraient les mêmes que ceux indiqués pour la deuxième option.

³⁴³ Voir notes 89 et 101 *supra*.

Ordonnance de partage des responsabilités parentales comme ordonnance possible

Si une ordonnance de partage des responsabilités parentales était l'une des ordonnances qu'un tribunal pouvait émettre, on pourrait indiquer dans la loi dans quels contextes précis elle serait adéquate. La loi du Maine prévoit qu'un tribunal peut rendre une ordonnance de partage des droits parentaux lorsque les parties se sont entendues à ce sujet, à moins que le tribunal ne possède des raisons contraires importantes. Toutefois, la loi n'indique pas si et quand de telles ordonnances de partage des responsabilités parentales peuvent être émises contre le gré des parents. Elle donne plutôt simplement au tribunal l'indication d'émettre une ordonnance de responsabilités parentales individuelles, attribuées ou partagées en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ce modèle soulève à nouveau la question de savoir s'il est approprié de rendre une ordonnance de partage des responsabilités parentales contre le gré des parties. Comme nous l'avons indiqué, les tribunaux ont été réticents à ordonner la garde conjointe contre le gré des parents. Les experts conviennent que c'est lorsqu'elle est volontaire que la garde conjointe est le plus efficace, étant donné qu'elle exige un degré élevé de coopération et de communication³⁴⁴. Un régime législatif autorisant un tribunal à rendre une ordonnance de partage des responsabilités parentales pourrait donc identifier les cas précis dans lesquels un tel partage serait adéquat ou ne le serait pas. On pourrait y indiquer précisément les facteurs dont le tribunal devrait tenir compte pour ordonner le partage du pouvoir de décision.

Un régime fondé sur une ordonnance de partage des responsabilités parentales comme étant l'une des diverses catégories d'ordonnances possibles pourrait aussi identifier les facteurs à prendre en considération pour attribuer le lieu de résidence de l'enfant.

Comme nous l'avons indiqué, identifier les critères en fonction desquels on pourrait ordonner le partage des diverses responsabilités parentales offrirait l'avantage d'attirer l'attention des tribunaux sur les facteurs précis qui pourraient faciliter ou saper le partage du pouvoir de décision et du lieu de résidence. Encore une fois, plus les critères sont précis, plus les tribunaux et les parties possèdent d'indications concrètes pour résoudre les différends parentaux.

Critères particuliers pour des aspects particuliers de la responsabilité parentale

Les trois modèles pourraient donc être conçus pour inclure des critères particuliers d'attribution d'aspects particuliers de la responsabilité parentale. Si tel était le cas, un régime de partage des responsabilités parentales pourrait s'inspirer des facteurs identifiés dans la *Parenting Act* de l'État de Washington.

Pouvoir de décision

Comme nous l'avons indiqué, le dispositif de l'État de Washington permet au tribunal d'ordonner l'attribution du pouvoir de décision à un seul parent s'il constate que les deux parents sont opposés à un pouvoir de décision mutuel, ou qu'un parent s'y oppose pour des raisons valables. La loi permet en outre au tribunal de tenir compte, dans la répartition du pouvoir de décision, des antécédents de chaque parent en matière de participation à la prise de décision, du

³⁴⁴ Voir note 307 *supra*.

fait que les parents ont démontré l'aptitude et la volonté de coopérer dans la prise des décisions, et de la proximité des parents l'un avec l'autre, dans la mesure où cela pourrait influencer sur leur aptitude à prendre des décisions mutuelles opportunes.

C'est dans le contexte du modèle du Maine que l'identification de ce critère serait la plus importante, étant donné qu'une ordonnance de partage du pouvoir de décision serait simplement l'une des trois ordonnances possibles pour le tribunal. À titre de comparaison, le modèle de la Floride et le modèle R.-U.-Australie supposent le partage du pouvoir de décision. Des critères précis pourraient être établis pour réfuter la présomption de partage du pouvoir de décision, critères qui auraient pour effet pratique de limiter cette présomption. Nous examinons cette limitation dans la partie qui suit, consacrée à la violence, aux conflits graves et à l'exercice inadéquat des responsabilités parentales.

Lieu de résidence

Les trois approches du partage des responsabilités parentales exigent une décision distincte en ce qui concerne le lieu de résidence de l'enfant (résidence et contact ou calendrier de résidence). Il serait donc important d'indiquer clairement dans la loi les facteurs à prendre en considération pour attribuer cet aspect de la responsabilité parentale. Un régime de partage pourrait de même emprunter les facteurs particuliers identifiés dans le dispositif de l'État de Washington en ce qui concerne l'attribution du lieu de résidence de l'enfant³⁴⁵. Comme nous l'avons indiqué, stabilité et continuité devraient au minimum faire partie des facteurs pertinents à ce sujet³⁴⁶.

Violence, conflits graves et exercice inadéquat des responsabilités parentales

Comme pour les autres options de réforme, les principes directeurs généraux et les objectifs consistant à protéger les enfants contre la violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales exigent que l'on traite, dans la *Loi sur le divorce*, des besoins uniques des enfants de ces familles en instance de séparation ou de divorce. De fait, il est d'autant plus important de protéger les enfants contre ces phénomènes dans le cadre d'un régime juridique fondé sur l'idée du partage des responsabilités parentales. Cette option de réforme suppose en effet qu'un certain degré de partage des responsabilités parentales est avantageux pour l'enfant, que les deux parents doivent continuer d'exercer certaines de ces responsabilités après le divorce et que le législateur doit encourager le maintien des relations avec les deux parents. Cette option est donc axée sur la coopération et la continuité, les parents devant être encouragés à établir leurs propres ententes au sujet de leurs enfants et devant continuer à entretenir des relations sérieuses avec les enfants après la séparation et le divorce. Tous ces principes sont lourdement remis en question lorsqu'il y a violence, conflits graves et exercice inadéquat des responsabilités parentales³⁴⁷. L'existence de l'un ou l'autre de ces facteurs rendra la coopération difficile, voire impossible. Les recherches montrent par ailleurs que le maintien des contacts avec les deux parents risque de ne pas être dans l'intérêt de l'enfant. Il sera donc très important d'indiquer comment les familles ayant connu de la violence, des conflits graves ou un exercice inadéquat

³⁴⁵ Voir note 146 *supra*.

³⁴⁶ Voir notes 175-181 *supra*.

³⁴⁷ On trouvera une analyse des problèmes du partage des responsabilités parentales et de la violence familiale dans Khachaturian, note 200 *supra*, indiquant que tous les postulats relatifs aux avantages du partage des responsabilités parentales et de la garde conjointe disparaissent en cas de violence familiale. Khachaturian examine ce dilemme dans le contexte d'une législation proposée au Michigan sur le partage des responsabilités parentales.

des responsabilités parentales devraient être traitées dans le cadre d'un régime au demeurant axé sur la coopération et la continuité.

La manière dont ces facteurs pourraient être pris en considération dans le régime législatif dépendra en partie du modèle de partage des responsabilités parentales retenu. Les approches envisagées ont toutes comme thème général le souci de limiter le partage des responsabilités parentales dans les cas de violence, de conflit grave et d'exercice inadéquat des responsabilités parentales, pour offrir ensuite certaines indications permettant de choisir un arrangement parental différent.

Présomption d'ordonnance de partage des responsabilités parentales

Dans un modèle fondé sur une présomption en faveur d'une ordonnance de partage des responsabilités parentales, la violence familiale, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales doivent être explicitement mentionnés comme facteurs réfutant la présomption.

Ces facteurs peuvent ensuite être pris en compte pour établir d'autres arrangements parentaux. Les options seront alors similaires à celles examinées pour la deuxième option — établir une présomption contre la résidence et le contact, ou donner au tribunal le pouvoir d'imposer des limites de résidence ou de contact. Cette approche permettrait aussi d'établir la gamme des conditions de protection possibles pour le contact.

Partage des responsabilités parentales avec ordonnances parentales

Dans un modèle fondé sur le dispositif R.-U.-Australie, la violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales pourraient être identifiés comme facteurs à prendre en considération pour les ordonnances parentales.

Comme nous l'indiquons pour la deuxième option ci-dessus, la violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales pourraient soit être inclus comme facteurs généraux dans l'intérêt supérieur de l'enfant, soit être inclus comme facteurs pour des ordonnances parentales particulières. Encore une fois, les options seraient similaires à celles examinées pour la deuxième option — établir une présomption contre la résidence et le contact, ou donner au tribunal le pouvoir de limiter la résidence ou le contact. Ce cadre législatif pourrait aussi fixer les limites du pouvoir de décision, en établissant des limites soit obligatoires soit facultatives au pouvoir de décision partagé dans le contexte de la violence, des conflits graves et de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. On pourrait aussi fixer certaines conditions au contact.

Ordonnance facultative de partage des responsabilités parentales

Dans un dispositif fondé sur le modèle du Maine, violence, conflits graves et exercice inadéquat des responsabilités parentales pourraient être identifiés comme des facteurs à prendre en considération pour choisir entre les trois types d'ordonnances relatives aux droits et responsabilités des parents : individuelles, partagées ou attribuées.

Cette approche pourrait inclure une limite générale pour les ordonnances de partage des responsabilités parentales, en indiquant par exemple que le tribunal n'émettra pas d'ordonnance

de partage des droits et responsabilités parentaux dans les cas de violence familiale, de conflits graves ou d'exercice inadéquat des responsabilités parentales. Autre possibilité : la limite pourrait être fixée plus étroitement, en indiquant par exemple que le tribunal n'émettra d'ordonnance de partage des responsabilités parentales que si pareille ordonnance est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et que des dispositions adéquates peuvent être prises pour assurer la sécurité de l'enfant et du parent.

Comme pour les autres modèles de partage des responsabilités parentales, on pourrait définir de manière plus précise, dans le régime législatif, la pertinence de la violence, des conflits graves et de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. On pourrait ici aussi établir une présomption contre la résidence et le contact, ou donner au tribunal le pouvoir de limiter le droit de résidence ou de contact. On pourrait établir des limites similaires au pouvoir de décision. Cette approche pourrait aussi englober la gamme des conditions de protection possibles pour le contact.

LES ENTENTES PARENTALES

Les questions relatives à la nature et au rôle des ententes parentales dans un modèle de partage des responsabilités parentales sont très semblables à celles concernant les ententes parentales dans le cadre du modèle de responsabilité parentale examiné en détail pour la deuxième option. Dans ce modèle, il conviendrait d'examiner les mêmes questions, à savoir : (1) si les ententes parentales sont facultatives ou obligatoires; (2) la teneur obligatoire des ententes parentales; (3) le degré de réserve judiciaire envers les ententes parentales, et les critères en vertu desquels ces ententes seraient examinées par les tribunaux; (4) les limites ou restrictions aux ententes parentales; et (5) la révision ou modification des ententes parentales. La plupart de ces questions ne diffèrent pas beaucoup des approches examinées et recommandées à la deuxième option. Il y a par contre une question particulière qui se pose au sujet du régime des responsabilités parentales partagées : dans quelle mesure ce régime est ou pourrait être compatible avec des ententes parentales obligatoires.

Facultatives ou obligatoires?

Dans le régime recommandé par le Comité mixte spécial, les ententes parentales deviendraient l'instrument central de résolution des différends entre les parents. Le Comité recommande que l'on modifie la *Loi sur le divorce* pour exiger de toutes les parties demandant une ordonnance parentale à un tribunal qu'elles déposent devant celui-ci un projet d'entente parentale³⁴⁸. Il recommande également que toutes les ordonnances parentales soient formulées sous forme d'ententes parentales³⁴⁹.

Les recommandations du Comité mixte spécial, conjuguées à l'adoption de la notion de partage des responsabilités parentales, sont sans précédent. Les deux seules administrations qui ont imposé des ententes parentales obligatoires ne parlent pas de partage des responsabilités

³⁴⁸ Recommandations 11, 13, *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 33.

³⁴⁹ Recommandation 11, *ibid.*

parentales³⁵⁰ et celles qui en parlent n'ont pas d'ententes parentales obligatoires. L'Australie, par exemple, autorise et encourage l'utilisation d'ententes parentales mais sans les exiger. Au Royaume-Uni, fait paradoxal, malgré la présomption législative en faveur d'arrangements privés, on ne parle pas explicitement d'ententes parentales.

De plus, comme nous l'avons mentionné, le Comité mixte spécial ne fait aucune distinction entre les ententes parentales et les ordonnances parentales; il affirme plutôt que toutes les ordonnances parentales devraient être formulées sous forme d'ententes parentales. À cet égard, il semble suivre la *Parenting Act* de l'État de Washington, en vertu de laquelle les ordonnances parentales sont formulées sous forme d'ententes parentales. Mais, comme nous l'avons mentionné, la *Parenting Act* n'est pas fondée sur l'idée du partage des responsabilités parentales et n'exige pas que les parents partagent des fonctions parentales quelconques.

Dans un régime d'ententes parentales obligatoires comme ceux de l'État de Washington et du Montana, il peut être logique d'exiger que les ordonnances parentales prennent la forme d'ententes parentales. Toutefois, il n'est pas évident qu'un régime d'ententes parentales obligatoires soit entièrement compatible avec un régime de partage des responsabilités parentales. L'un des objectifs clés d'un régime d'ententes parentales obligatoires est de donner aux parents beaucoup de souplesse pour adapter leurs arrangements après le divorce en fonction des besoins de leurs enfants. Par contre, l'un des objectifs clés d'un régime de partage des responsabilités parentales est de veiller à ce que les parents partagent leurs responsabilités parentales d'une certaine manière. Bien qu'un régime d'ententes parentales obligatoires autorise les parents à répartir leur pouvoir de décision comme ils le jugent bon, un régime de partage des responsabilités parentales a tendance à exiger (ou à permettre, comme dans l'approche du Maine) que le pouvoir de décision fondamental soit partagé entre les parents.

Quel serait donc le rôle ou le sens du partage des responsabilités parentales dans un régime d'ententes parentales obligatoires? Les ententes parentales partiraient-elles du postulat que le pouvoir de décision fondamental serait partagé (pour les grandes questions d'ordre médical, éducatif et religieux), les autres aspects des responsabilités parentales étant ensuite répartis? Les parents seraient-ils autorisés à s'écarter du pouvoir de décision partagé? Pour quelles raisons? Comment les tribunaux répartiraient-ils le pouvoir de décision en l'absence d'entente parentale? Les tribunaux retourneraient-ils simplement à la présomption du pouvoir de décision partagé?

Si l'on envisageait les ententes parentales en insistant pour que certains aspects des responsabilités parentales soient partagés (c.-à-d., le pouvoir de décision fondamental), cela représenterait une divergence notable par rapport à l'idée que les parents devraient pouvoir adapter leurs fonctions parentales après le divorce en fonction des besoins particuliers de leurs enfants. Même si les parents étaient autorisés à s'écarter du postulat du partage du pouvoir de décision, ils seraient fort peu incités à aller dans cette voie, voire pas du tout. Si les tribunaux revenaient au pouvoir de décision partagé en l'absence d'entente parentale, aucun parent ne serait incité à s'entendre sur moins que le partage du pouvoir de décision.

³⁵⁰ Comme nous l'avons indiqué, l'État de Washington et le Montana ont tous les deux des ententes parentales obligatoires mais aucun ne parle de partage des responsabilités parentales. On fait plutôt référence dans leurs lois aux fonctions parentales, en permettant aux parents qui se séparent de se répartir les divers aspects des responsabilités parentales.

Une approche différente des ententes parentales dans le cadre d'un régime de partage des responsabilités parentales pourrait engendrer des résultats similaires (les parents ne s'entendant sur rien de moins que le partage du pouvoir de décision). Toutefois, par définition, cette approche ne s'appliquerait qu'aux parents qui s'entendraient de toute façon sur des arrangements parentaux, et la tension entre les deux approches pourrait être moins prononcée.

Les ententes parentales, dans le cadre d'un modèle de partage des responsabilités parentales, perdraient une partie de la souplesse qu'elles auraient dans le cadre du modèle de la responsabilité parentale. Les parents partiraient de la présomption que les grandes décisions seraient partagées, et ils pourraient ensuite négocier les autres détails importants de leurs arrangements parentaux. Les ententes pourraient définir le calendrier résidentiel de l'enfant ou son temps de résidence, la répartition du pouvoir de décision sur les questions moins importantes, ainsi que le processus proposé pour résoudre les différends. À ce titre, les ententes parentales auraient encore un rôle important à jouer.

Une autre approche pourrait consister à adopter un régime d'ententes parentales obligatoires au sein duquel les parents seraient tenus de répartir leur responsabilité parentale, en l'appelant simplement « partage des responsabilités parentales ». Dans cette approche, il n'y aurait aucune exigence que tel ou tel aspect particulier des responsabilités parentales soit partagé. Si les parents ne parvenaient pas à s'entendre, le tribunal serait tenu de répartir les divers aspects de la responsabilité parentale en fonction des critères pertinents. Cette approche reviendrait au fond à adopter celle de la *Parenting Act* de l'État de Washington en l'appelant « partage des responsabilités parentales ». Ce serait toutefois une approche qui ressemblerait plus à un régime d'ententes parentales obligatoires dans le cadre de la deuxième option — c'est-à-dire, un modèle neutre de responsabilité parentale. La seule différence concernerait l'appellation. Il n'est pas évident que cela saisirait bien l'esprit du partage des responsabilités parentales et cela ne donnerait certainement pas satisfaction aux groupes réclamant le partage des responsabilités parentales.

Teneur

Le Comité mixte spécial a recommandé une entente parentale « qui détaillera les responsabilités de chacun des parents à l'égard des enfants en ce qui concerne la résidence, les soins, le processus de prise de décisions et leur sécurité financière, de même que le mécanisme de résolution des conflits auquel les parties doivent recourir »³⁵¹. Ici encore, le Comité semble suivre, de manière très générale, la *Parenting Act* de l'État de Washington, qui exige qu'une entente parentale comprenne le calendrier résidentiel de l'enfant, le pouvoir de décision et le processus de règlement des différends.

Comme nous l'indiquons pour la deuxième option ci-dessus, alors qu'un régime d'ententes parentales obligatoires devrait nécessairement contenir des exigences de contenu détaillées, un régime d'ententes parentales facultatives offrirait l'avantage de fournir des indications au moins générales sur le genre de questions qui pourraient ou devraient être réglées dans l'entente parentale³⁵². La teneur proposée par le Comité mixte spécial semble adéquate.

³⁵¹ Recommandation 11, *Pour l'amour des enfants*, note 1 *supra*, p. 34.

³⁵² Voir notes 231-215 et 291-294 *supra*.

Critères d'examen et limites des arrangements privés

La question de la réserve judiciaire envers les ententes parentales et des critères pertinents pour approuver les ententes a été longuement examinée ci-dessus. La norme d'examen et le degré de réserve à l'égard de ces ententes privées doivent être énoncés avec précision dans le cadre législatif. De plus, comme nous l'avons déjà mentionné, il faut indiquer précisément dans la loi les limites des arrangements privés et les circonstances particulières dans lesquelles un tribunal pourrait ou devrait passer outre à une entente parentale ou à l'une de ses dispositions³⁵³.

Comme nous l'avons indiqué au sujet de la deuxième option ci-dessus, la *Parenting Act* de l'État de Washington constitue un bon modèle en ce qui concerne les limites des arrangements privés et l'indication des circonstances dans lesquelles un tribunal pourrait passer outre aux dispositions d'une entente parentale. Les mêmes critères d'examen et les mêmes limites conviendraient pour la troisième option.

Variation et modification

La variation et la modification des ententes parentales ont été longuement examinées dans le cadre de la deuxième option. L'approche et la norme de variation retenue pour la deuxième option devraient aussi s'appliquer à la troisième.

SERVICES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Un régime législatif fondé sur le partage des responsabilités parentales pourrait aussi comprendre certaines indications concernant des services de règlement de différends et d'autres types de services. Les choix à faire à ce sujet sont les mêmes que ceux examinés au sujet de la première option et qui ont trouvé un écho dans la deuxième. Dans un régime de partage des responsabilités parentales, on pourrait s'attendre à ce que l'on mette encore plus l'accent sur la résolution en coopération des différends parentaux; toutefois, les options de réforme sont les mêmes que celles examinées plus haut. Des services d'éducation des parents, des services de médiation et des services primaires de règlement des différends pourraient être intégrés à la *Loi sur le divorce* de manière à encourager les parents à envisager ces options et à offrir aux tribunaux la latitude nécessaire pour obliger les parents à suivre des programmes d'éducation parentale, des sessions d'information sur les avantages de la résolution primaire des différends ou les deux lorsque de tels programmes sont disponibles.

AVANTAGES ET DÉSAVANTAGES DE CETTE OPTION

Les objectifs de la réforme législative englobent la volonté de réduire les conflits et litiges entre les parents, d'encourager les parents à coopérer et de favoriser des relations bénéfiques entre les enfants et les parents suite à la séparation et au divorce, tout en protégeant les enfants contre les

³⁵³ Le Comité mixte spécial ne s'est penché sur aucune de ces questions. Son rapport ne contient rien sur les critères que devrait appliquer un tribunal pour examiner un plan parental. L'importance que le Comité accorde aux ententes parentales et au fait que les parents devraient établir leurs propres ententes en coopération permet de penser que les tribunaux devraient laisser la primauté à ces ententes privées, mais le Comité ne le dit pas explicitement. Il ne parle pas non plus des limites éventuelles des ententes parentales ni du pouvoir éventuel du tribunal de passer outre à telle ou telle disposition d'une entente parentale du fait de l'existence de telles limites.

conflits graves, la violence et un exercice inadéquat des responsabilités parentales. Nous allons donc maintenant évaluer dans quelle mesure on pourrait s'attendre à ce qu'un régime de partage des responsabilités parentales puisse raisonnablement contribuer à ces objectifs.

Un langage moins plombé?

Un argument central en faveur du langage du partage des responsabilités parentales est qu'il contribue à réduire les conflits entre les parents en s'écartant du langage chargé d'émotivité et de victoire à tout prix qu'est celui de la garde et de l'accès. Comme nous l'avons mentionné, on dit aujourd'hui que le langage de la garde et de l'accès est trop chargé d'émotion et qu'il contribue en fait aux conflits et aux différends entre les parents. Dans cette optique, le langage du partage des responsabilités parentales devrait contribuer à réduire les conflits entre les parents et à favoriser une approche coopérative pour résoudre les différends. Par exemple, le Comité mixte spécial estimait « qu'il faut se tourner vers une nouvelle terminologie moins lourde pour atténuer l'aspect conflictuel du divorce ». En outre, selon lui, le « partage des responsabilités parentales » est précisément une telle terminologie « moins lourde ».

Nous avons déjà discuté des limites de la réforme terminologique. On peut légitimement se demander si un simple changement de terminologie permettrait d'éliminer les conflits qui fondent bon nombre de différends parentaux³⁵⁴. Toutefois, s'il est vrai que le langage de la garde et de l'accès est peut-être un obstacle à la résolution des différends entre les parents, il vaut la peine de se demander si on pourrait trouver un langage différent qui contribuerait à une résolution plus harmonieuse des différends parentaux. La question est donc de savoir si la terminologie du partage des responsabilités parentales répond à cet objectif.

L'argument en faveur du langage du partage des responsabilités parentales est qu'il est moins chargé d'émotion que le langage actuel de la garde et de l'accès, ce qui le rend plus favorable à une résolution en coopération des différends parentaux. Le problème de cet argument est que le Comité mixte spécial a peut-être sous-estimé la charge émotionnelle qu'il y a déjà dans cette nouvelle terminologie.

Tout d'abord, les connotations de l'expression « partage des responsabilités parentales » font que le concept est très difficile à distinguer du langage de la garde conjointe. Comme nous l'avons dit, le partage des responsabilités parentales est étroitement relié à l'idée de la garde légale conjointe — c'est-à-dire à une présomption en faveur d'un pouvoir de décision partagé. Même s'il est possible de différencier, à des fins juridiques, le partage de la responsabilité parentale d'une telle présomption, il risque d'être difficile de surmonter le fait que ces deux expressions sont étroitement associées dans l'esprit du public. De même, le langage de la garde conjointe est extrêmement chargé et controversé.

Deuxièmement, le langage du partage des responsabilités parentales est étroitement associé à l'une des parties prenantes dans les débats publics, à savoir les groupes de défense des droits des pères. Il sera très difficile de dissocier le langage du partage des responsabilités parentales du programme politique de cette partie prenante. Si le but de la réforme est de trouver une nouvelle terminologie, moins chargée d'émotion, pour permettre aux parents qui se séparent de régler

³⁵⁴ Voir notes 4-8 *supra*.

leurs différends au sujet des enfants, il ne semble pas que le langage du partage des responsabilités parentales soit la bonne solution.

Troisièmement, le langage du partage des responsabilités parentales n'est peut-être pas aussi centré sur l'enfant que le langage de la responsabilité parentale. Il continue d'y avoir dans ce langage une connotation de droits parentaux qui, bien que subtile, sous-entend que les parents ont droit à une part de l'enfant. C'est un langage qui rappelle les connotations de propriété qu'il y avait dans le langage de la garde et de l'accès.

Comme l'indique la réponse du gouvernement du Canada au Comité mixte spécial, « Le défi consiste à trouver un terme qui respecterait ces exigences et permettrait en même temps d'éviter les problèmes que posent actuellement les termes “garde” et “accès” et les diverses connotations et interprétations associées au terme “partage”. Les termes retenus devront être compatibles avec l'approche centrée sur l'enfant et être soigneusement définis pour que leur sens et leur emploi soient clairs tant pour les tribunaux que pour les membres du public et acceptés par eux »³⁵⁵. En outre, ajoute le Comité, « il se pourrait qu'il faille trouver de nouveaux termes axés sur l'enfant pour décrire une variété de responsabilités et d'arrangements possibles, en vue de leur emploi dans les ententes de partage des responsabilités et les ordonnances des tribunaux »³⁵⁶.

Il se peut que l'esprit du partage des responsabilités parentales — l'idée que les deux parents continuent d'être parents après la séparation et le divorce et continuent donc d'avoir une responsabilité parentale — puisse être exprimé sans utiliser le langage du partage des responsabilités parentales lui-même. Par exemple, les lois britannique et australienne ne vont pas jusqu'à établir un régime explicitement fondé sur une présomption en faveur du partage des responsabilités parentales, mais toutes deux utilisent le langage de la responsabilité parentale. Le dispositif britannique indique que cette responsabilité parentale est commune, alors que le dispositif australien stipule que les parents partagent cette responsabilité parentale. Les deux régimes épousent l'idée que les parents continuent d'être parents après la séparation et le divorce et continuent d'avoir une responsabilité parentale. Il se peut que l'on puisse faire avancer cette idée sans avoir recours à des adjectifs tels que « partagé » ou « conjoint ». De fait, un modèle neutre de responsabilité parentale peut entériner ce principe sans utiliser le langage du « partage » et sans supposer aucunement que des aspects particuliers des responsabilités parentales devraient être attribués de manière particulière. Cela permettrait peut-être d'exprimer l'esprit voulu sans les écueils terminologiques.

Le partage des responsabilités parentales comme norme : promotion de relations positives ou présomption législative inflexible?

Un autre argument en faveur du partage des responsabilités parentales est qu'il exprimerait, selon certains, l'idée que la responsabilité parentale survit à la séparation et au divorce et que les deux parents continuent d'avoir des devoirs importants envers leurs enfants. Le partage des responsabilités parentales est destiné à affirmer le statut parental de chacun des parents après la séparation et le divorce, à entériner le fait que les deux parents sont et demeurent les « véritables » parents. Le partage des responsabilités parentales est donc préféré à cause de son contenu normatif — à cause de la norme de devoir parental après divorce qu'il établit. Il est

³⁵⁵ *Stratégie de réforme*, note 2 *supra*, p. 16.

³⁵⁶ *Ibid.*

destiné à influencer sur la manière dont les parents restructurent leur relation parentale après la séparation et le divorce de manière à promouvoir des relations positives entre les enfants et les deux parents.

La norme du partage des responsabilités parentales est donc destinée à faire partie de la fonction éducative ou normative de la réforme législative. On peut espérer que ce langage incitatif, que l'on trouve par exemple dans la législation australienne pour indiquer que les parents doivent coopérer, partager et s'entendre sur leurs tâches parentales, influencera et orientera les actes des parents séparés ou divorcés³⁵⁷. Comme l'indique le Tribunal de la famille de l'Australie :

[Traduction]

...les buts de la Loi de réforme sont des buts à long terme, éducatifs et normatifs. Autrement dit, il s'agit de modifier l'éthique entourant la séparation des parents en ce qui concerne la manière dont ils pensent et agissent dans leur rôle de parents, la manière dont ils résolvent les différends au sujet de leurs enfants, la manière dont les avocats agissent pour les parents (et les enfants), la manière dont le tribunal aborde le règlement des litiges et, de manière plus générale, l'attitude de la société dans son ensemble³⁵⁸.

Le langage du partage des responsabilités parentales est destiné à inciter les parents à continuer de s'impliquer dans la vie des enfants et à adopter des attitudes et des comportements de coopération pour leur permettre d'atteindre cet objectif à long terme.

Le partage des responsabilités parentales est une norme précieuse pour de nombreux parents qui se séparent ou qui divorcent. Comme dans le cas de la garde conjointe, c'est une idée qui fonctionne bien pour de nombreuses familles. La question la plus difficile à régler est de savoir si c'est une norme valable pour tous les parents séparés et divorcés, ou pour la plupart, et si l'on doit donc en faire une norme législative générale de comportement parental après la séparation.

Acceptation d'une diversité de modèles familiaux ou présomption législative?

Le Comité mixte spécial ainsi que le gouvernement, dans sa réponse, ont conclu qu'il n'existe pas de modèle idéal pour tous les enfants quant à l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. Tous deux ont donc rejeté l'idée d'une présomption législative. L'une des conditions de la réforme est donc de ne pas établir de présomption législative et d'instaurer un régime valide pour toute la diversité des familles aux prises avec la séparation et le divorce.

Il n'est pas du tout évident qu'un modèle de partage des responsabilités parentales puisse respecter ce critère. Comme nous l'avons dit, il est très difficile de distinguer le partage des responsabilités parentales de la garde légale conjointe — puisque c'est un modèle qui suppose le partage du pouvoir de décision entre les parents. De ce fait, il est difficile de ne pas conclure qu'un modèle de partage des responsabilités parentales serait un modèle fondé sur une présomption législative. Le modèle suppose qu'une forme particulière d'exercice des responsabilités parentales, dans laquelle le pouvoir de décision serait partagé entre les parents, sera conforme à l'intérêt des enfants.

³⁵⁷ Voir Chisholme, note 8 *supra*.

³⁵⁸ *In the Matter of B and B*, note 132 *supra*.

Comme nous l'avons dit, on peut isoler au moins trois approches pour intégrer le langage du partage des responsabilités parentales dans la loi : une présomption en faveur du partage des responsabilités parentales, une position par défaut de partage des responsabilités parentales, et une position de partage facultatif des responsabilités parentales.

Une approche fondée sur une présomption favorable au partage des responsabilités parentales irait clairement à l'encontre de l'interdiction des présomptions et supposerait qu'un modèle donné d'exercice des responsabilités parentales (dans lequel le pouvoir de décision est partagé) correspond généralement à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Une approche fondée sur une position de défaut de partage des responsabilités parentales offrirait relativement plus de souplesse en ce qui concerne les arrangements concrets. Comme nous l'avons indiqué, dans un tel régime, on part du principe que la responsabilité parentale est partagée et qu'elle continue de l'être tant qu'une ordonnance judiciaire ou une entente privée ne prévoit pas le contraire. Cette position offre cependant au moins la possibilité qu'une ordonnance judiciaire ou une entente privée prévoit le contraire, sous forme d'une ordonnance spéciale ou d'une ordonnance de questions particulières. Cette approche ne correspond peut-être pas encore à l'établissement d'une présomption légale en faveur de la garde légale conjointe ou du partage légal du pouvoir de décision. Elle pourrait être formulée sous forme de principe plutôt que de présomption législative. Il n'en reste pas moins que l'effet de ce principe serait d'établir une forme particulière d'exercice de la responsabilité parentale avec partage du pouvoir de décision qui deviendrait le modèle des relations après divorce, ce qui supposerait que cet arrangement parental est normalement dans l'intérêt de l'enfant. Certes, ce postulat pourrait être nuancé par un cadre législatif établissant les types particuliers de circonstances dans lesquelles le partage du pouvoir de décision ne serait pas adéquat, mais il n'en reste pas moins que l'on aurait quand même là un modèle général de relation parentale après le divorce.

Une approche fondée sur le partage facultatif des responsabilités parentales, dans laquelle le partage des responsabilités parentales serait l'une parmi plusieurs options possibles, serait l'approche la plus conforme à l'interdiction des présomptions et à la nécessité d'instaurer un régime souple pour tenir compte de la diversité des familles aux prises avec la séparation et le divorce. Toutefois, c'est l'approche qui ressemble le plus à la loi actuelle, dans laquelle la garde conjointe n'est que l'une parmi plusieurs ordonnances judiciaires possibles. Dans cette approche, donc, le partage des responsabilités parentales n'est pas établi comme norme mais plutôt comme une option possible parmi plusieurs.

Norme valable pour la promotion de relations parent-enfant positives?

Même si l'on pouvait établir qu'une norme de partage des responsabilités parentales n'était pas contraire à l'injonction contre les présomptions législatives, il faudrait encore se demander si le partage des responsabilités parentales est une norme vraiment valable, compte tenu de la diversité des familles aux prises avec la séparation ou le divorce.

Comme nous l'avons dit, le partage des responsabilités parentales, comme la garde conjointe, est peut-être une norme très utile pour certains parents qui se séparent mais il est loin d'être évident qu'elle le soit pour tous. Les familles en instance de séparation ou de divorce sont extrêmement diversifiées et ont toutes sortes de caractéristiques différentes, par exemple en ce qui concerne le degré de conflit avec lequel elles peuvent être aux prises. Selon le Family Law Council de

l'Australie, on peut isoler trois catégories de parents en instance de séparation : (1) les parents capables de s'entendre pour s'occuper de leurs enfants; (2) les parents qui ont besoin d'aide, sous forme de médiation, de conciliation ou d'autres services de soutien; et (3) les parents qui sont incapables de coopérer et de s'entendre au sujet des besoins à long terme de leurs enfants³⁵⁹.

C'est avec les parents de la première catégorie — parents qui sont capables de communiquer, de coopérer et de s'entendre dans l'intérêt de leurs enfants — que le partage des responsabilités parentales a le plus de chance de réussir.

Par contre, les chances de succès sont nulles avec les parents de la troisième catégorie — parents incapables de communiquer et de coopérer au sujet de leurs enfants. Des recherches ont clairement démontré que le partage des responsabilités parentales ne fonctionne pas dans les familles où il y a un degré élevé de conflit, catégorie qui comprend aussi les familles qui ont connu la violence ou un exercice inadéquat des responsabilités parentales. De fait, le partage des responsabilités parentales est une norme juridique extrêmement inappropriée pour ces familles. Certes, tout régime législatif doit prêter une attention importante aux besoins particuliers de ces familles, mais un régime fondé sur la norme du partage des responsabilités parentales risque d'opposer des obstacles particuliers à cette catégorie de familles. On risque par inadvertance de sous-estimer, de minimiser ou de dissimuler les problèmes que connaissent ces familles. Dès le départ, celles-ci seront peut-être encouragées à coopérer. Si elles ne parviennent pas à prouver de manière satisfaisante qu'elles connaissent des conflits graves, elles tomberont dans un système fondé sur ce qu'elles sont précisément incapables de faire : partager et coopérer.

Il n'est pas évident que le partage des responsabilités parentales soit une norme utile pour les parents de la deuxième catégorie, de loin la plus nombreuse. Ces familles connaissent peut-être certains conflits et ceux-ci sont loin d'être insurmontables. Il s'agit en fait de familles dont les conflits peuvent sans doute être résolus par un recours à divers types d'interventions. Un régime favorisant le recours aux techniques primaires de résolution des différends et d'intervention précoce peut s'avérer très efficace pour aider ces parents à parvenir à des ententes au sujet de leurs litiges sans avoir recours aux tribunaux. À cet égard, il pourrait être possible d'atteindre l'objectif d'encourager les parents à établir leurs propres ententes de coopération. La question qui se pose est de savoir si ces familles peuvent être aidées par une norme de partage des responsabilités parentales. On pourrait peut-être plutôt recommander à leur sujet une approche générale de résolution des différends encourageant l'intervention précoce et le développement des compétences de résolution des différends de manière coopérative, dans le cadre de la première et de la deuxième options.

L'idée que les parents continuent d'être parents et d'avoir une responsabilité à l'égard de leurs enfants après la séparation et le divorce pourrait aider ces familles à négocier des ententes parentales efficaces en évitant de tomber dans un conflit sur qui est le « véritable » parent. Cela pourrait aussi aider les parents à centrer leur attention sur la répartition entre eux des divers aspects de la responsabilité parentale, en mettant l'accent sur les besoins des enfants plutôt que

³⁵⁹ Le Conseil estimait que le but des réformes apportées à la partie VII de la *Family Law Act* devait être d'accroître le nombre de cas où « les parents qui se séparent réussissent à s'entendre au sujet de l'avenir à long terme de leurs enfants, soit par eux-mêmes soit avec une aide qui est moins dispendieuse et moins dommageable qu'une action en justice. » *Letter of Advice to the Attorney General*, note 270 *supra*, p. 6.

sur leur propre « droit » d'être parents. C'est une norme utile qui peut aider à promouvoir des relations parent-enfant positives dans ces familles après la séparation et le divorce. La question est de savoir si le langage du partage des responsabilités parentales est la meilleure manière d'exprimer cette norme. Le problème réside dans la confusion qui continue d'entourer cette expression. D'aucuns estiment que le partage des responsabilités parentales exprime cette idée de permanence de la responsabilité parentale alors que, pour d'autres, le partage des responsabilités parentales désigne la garde légale conjointe obligatoire voire, dans certains cas, la garde physique conjointe obligatoire. Cela nous ramène donc à un problème de terminologie : le langage du partage des responsabilités parentales est à la fois ambigu et plombé.

Encore une fois, il se peut que la norme de promotion de relations parent-enfant positives après la séparation et le divorce puisse être mieux exprimée par un langage différent. Par exemple, au Royaume-Uni et en Australie, la législation vise à promouvoir la coopération parentale et des relations parent-enfant positives après le divorce. Le régime britannique parle de responsabilité parentale et dispose que cette responsabilité parentale est à la fois commune et indépendante. Pour ce qui est du régime australien, il dispose que les deux parents ont une responsabilité parentale et que celle-ci ne change pas, même si la relation entre les parents change. Il indique aussi que « les parents partagent des devoirs et responsabilités concernant les soins, le bien-être et l'épanouissement de l'enfant »³⁶⁰.

De même, la *Parenting Act* de l'État de Washington, bien que se situant plus précisément au sein d'un modèle de responsabilité parentale neutre, contient un préambule qui s'ouvre sur ces mots : « Les parents ont la responsabilité de prendre les décisions et d'exercer les fonctions parentales nécessaires au soin et à l'épanouissement de leurs enfants mineurs ». Elle souligne par ailleurs l'importance d'entretenir la relation parent-enfant, sauf si cela est contraire à l'intérêt de l'enfant.

Il serait possible d'adopter des énoncés de politique similaires pour mettre l'accent sur la notion de responsabilité parentale sans qualifier le régime global de régime de partage des responsabilités parentales ni établir de présomption en faveur du partage des responsabilités parentales. La norme sous-jacente consistant à affirmer le statut parental des deux parents après la séparation et à favoriser les relations parent-enfant pourrait être mise en valeur dans le cadre d'un régime juridique n'employant pas explicitement le langage du partage des responsabilités parentales³⁶¹.

Finalement, il importe de tenir compte aussi des limites de la réforme du droit. Promouvoir des normes de coopération et d'action parentale par voie législative ne garantit aucunement un changement correspondant dans les attitudes et les comportements des parents. Les recherches effectuées jusqu'à présent n'ont pas démontré qu'une norme de partage des responsabilités parentales influe véritablement sur la manière dont la responsabilité parentale est répartie entre les parents. En fait, les recherches effectuées sur l'incidence de la législation britannique et australienne portent à croire que la répartition des responsabilités parentales reste foncièrement inchangée depuis la réforme. Les recherches n'ont pas révélé non plus de réduction importante

³⁶⁰ Divers analystes affirment qu'il y a une ambiguïté considérable sur la question de savoir si ce régime établit en fait une présomption en faveur du partage des responsabilités parentales. Voir Chisholme, note 8 *supra*, p. 180-181.

³⁶¹ Le risque est que cela produirait une ambiguïté sur la question de savoir si le régime établit ou non une présomption en faveur du partage des responsabilités parentales, chose qui resterait à être décidée par les tribunaux.

des conflits entre les parents. La loi peut encourager les parents qui se séparent à coopérer mais elle ne peut en aucun cas les y obliger.

L'esprit du partage des responsabilités parentales — qui est d'encourager la coopération et la contribution continue des parents dans l'intérêt des enfants — peut être une norme positive qu'il vaut la peine de favoriser pour de nombreuses familles aux prises avec une séparation ou un divorce. Toutefois, il faut bien comprendre que le pouvoir de la loi est limité et, par conséquent, prévoir des méthodes pour faire face au nombre non négligeable de cas pour lesquels coopération et action continue ne seront jamais qu'un idéal illusoire.

Réduction des conflits parentaux et du recours aux tribunaux

L'un des objectifs de la réforme, étroitement relié à ce que nous venons de dire sur le renforcement de la coopération parentale est de réduire le recours à la justice pour régler les différends entre les parents. L'une des questions importantes est donc de savoir si un régime de partage des responsabilités parentales est susceptible de réduire les conflits entre les parents et les poursuites judiciaires.

Clarté législative et prévisibilité

L'un des principes directeurs de la réforme est de clarifier d'un point de vue législatif les responsabilités légales relatives au soin des enfants. Quand les conflits parentaux doivent être réglés par les tribunaux, il importe que la loi fournisse à ces derniers le plus d'orientation possible. En outre, clarté et prévisibilité ne peuvent que réduire la nécessité de recourir aux tribunaux.

L'un des principaux problèmes qu'ont rencontrés les autres administrations ayant adopté un modèle de responsabilités parentales partagées ou communes vient de la confusion concernant le sens exact de l'expression *partage des responsabilités parentales*. Le manque de clarté à ce sujet, notamment sur la manière dont la responsabilité doit être partagée par les parents, s'est traduit, au moins dans l'immédiat, par une intensification des litiges dans le cadre de laquelle les tribunaux ont été appelés à interpréter et à clarifier les nouvelles règles juridiques. Si l'on ne définit pas plus clairement la portée et le sens de la responsabilité parentale — ce que c'est et comment on doit la partager —, on court un risque très réel de créer avec la réforme plus de problèmes qu'on ne pourra en résoudre. De fait, à moins d'une plus grande clarté, il existe un risque réel que l'introduction du concept de partage des responsabilités parentales mine l'un des objectifs mêmes de la réforme législative : réduire les conflits et les litiges. La réforme législative doit dans toute la mesure du possible éviter d'instaurer un nouveau régime incitant les parents à s'adresser aux tribunaux pour régler leurs différends.

Bien que le problème de la clarté législative et du risque d'ambiguïté créé par une réforme en profondeur soit commun à toutes les options envisageables, il risque d'être aggravé pour le partage des responsabilités parentales, précisément à cause de la confusion qui entoure cette expression. On constate un manque frappant de clarté dans la manière dont l'expression est utilisée. Dans certains cas, le partage des responsabilités parentales signifie la garde légale conjointe. Dans d'autres, c'est la garde physique conjointe. Dans d'autres encore, c'est quelque chose qui a vaguement à voir avec le devoir pour les parents de continuer à s'occuper de leurs enfants après le divorce. Même parmi ses partisans, le partage des responsabilités parentales est

rarement défini de manière exacte et précise, ce qui masque peut-être des divergences d'opinions à l'intérieur de ce groupe même.

La manière dont le Comité mixte spécial a utilisé le partage des responsabilités parentales ne fait que mettre ce problème en relief. En effet, le Comité a déclaré que le partage des responsabilités parentales comprend « tous les droits et les responsabilités qui se retrouvent dans les deux termes existants, la garde et l'accès ». S'il s'agit d'une définition, elle n'offre aucune indication quant à la manière dont ce pouvoir parental devrait être partagé par les parents. Telle qu'elle est utilisée par le Comité, l'expression *partage des responsabilités parentales* a quelque chose à voir avec le partage du pouvoir de décision (« maintenir, dans la plupart des cas, le rôle de décideurs des parents après le divorce ») et avec le devoir pour les parents de continuer à s'occuper de leurs enfants (« la loi doit assurer la survie des relations parent-enfant en cas d'échec du mariage »). En même temps, le Comité tient à souligner que le partage des responsabilités parentales n'est pas la garde physique conjointe (il ne recommande pas une présomption de partage égal du temps qui serait dans le meilleur intérêt des enfants) ni l'établissement d'une formule de répartition des responsabilités parentales (« par la nouvelle expression... le Comité entend... laisser aux parents et aux juges le soin de décider du partage »). Encore une fois, le sens du partage des responsabilités parentales reste extrêmement vague — on ne précise pas ce qui doit être partagé, ni comment.

Ces problèmes concernant l'imprécision de l'expression, quant à son sens et à sa portée ainsi qu'à sa relation avec les ordonnances parentales, pourraient en théorie être réglés par une rédaction minutieuse de la loi. Le partage des responsabilités parentales pourrait être défini de manière plus précise, et sa relation avec les ordonnances parentales être mieux articulée. Toutefois, il risque d'être très difficile d'obtenir un consensus sur le sens exact du partage des responsabilités parentales. Comme nous l'avons mentionné, il n'existe pas de consensus sur l'idée de garde physique conjointe et le Comité mixte spécial lui-même a rejeté l'idée que le partage des responsabilités parentales désigne la garde physique conjointe. La garde légale conjointe est aussi une idée extrêmement controversée.

Le partage des responsabilités parentales devrait être défini comme le partage du pouvoir de décision (en ce qui concerne les décisions importantes touchant par exemple les soins médicaux, l'éducation et la religion), le pouvoir relatif aux décisions quotidiennes continuant d'appartenir au parent chez qui réside l'enfant. Bien que cette approche ait l'avantage d'offrir une certaine clarté, elle repose sur l'idée controversée de la garde légale conjointe. Au minimum, cette approche exigerait que l'on définisse attentivement les limites de ce pouvoir de décision partagé — c'est-à-dire les circonstances dans lesquelles le partage du pouvoir de décision serait inapproprié.

Une autre solution consisterait à suivre les modèles britannique et australien, qui ne sont pas considérés comme établissant une présomption en faveur de la garde conjointe, qu'elle soit physique ou légale. Toutefois, comme nous l'avons indiqué, on constate une confusion considérable dans la jurisprudence en ce qui concerne le sens réel de l'idée de responsabilité parentale partagée ou conjointe. S'inspirer des modèles britannique et australien n'est donc pas la solution aux problèmes d'ambiguïté et de confusion législatives.

Réforme législative et recours aux tribunaux

Comme nous l'avons indiqué, toute réforme législative importante est susceptible d'engendrer un recours accru aux tribunaux, au moins dans l'immédiat. Cette prédiction concorde avec l'expérience qu'ont connue plusieurs administrations qui ont fait l'expérience du partage des responsabilités parentales.

Au Royaume-Uni et en Australie, où l'on a adopté des régimes de partage des responsabilités parentales avec un éventail d'ordonnances parentales, on n'a constaté aucune réduction des conflits parentaux et des litiges. Les études consacrées à l'incidence de la *Children Act* de 1989, au Royaume-Uni, ont permis de conclure que :

...les litiges concernant ce qu'on désigne maintenant comme des ordonnances de résidence ou de contact semblent s'être intensifiés. Dans les années 1990, on a constaté l'émergence du parent « implacablement hostile » et du parent qui « détourne » l'affection de l'enfant pour l'autre parent. La *Children Act* de 1989 n'a pas réussi à réduire les litiges concernant les enfants impliqués dans un divorce, malgré l'introduction d'un concept de « responsabilité parentale » qui survivrait à la fin du mariage³⁶².

Comme nous l'avons mentionné, le nombre d'ordonnances de contact au Royaume-Uni a augmenté de 117 % entre 1992 et 1996³⁶³. Des recherches préliminaires consacrées à l'incidence de la réforme en Australie ont révélé de même une augmentation du nombre de demandes d'ordonnances parentales et une augmentation du nombre de litiges portés devant les tribunaux au sujet d'allégations d'infraction aux ordonnances parentales (voir le tableau 1)³⁶⁴.

Plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer cet accroissement des poursuites. Bon nombre d'avocats, de conseillers et de médiateurs australiens ont évoqué des attentes irréalistes suscitées par la réforme. Même les professionnels qui étaient favorables à la réforme (conseillers et médiateurs) ont constaté que bon nombre de « parents de contact » (parents jouissant uniquement de droits de contact), qui étaient toujours en majorité écrasante des pères, ont mal interprété la réforme, ce qui « a provoqué leur colère et leur frustration et une intensification des poursuites intentées par des pères souhaitant rétablir leurs droits. Cette opinion est liée à la perception de certains parents de contact que la réforme leur avait “promis” du “temps égal” ou “la moitié du temps” avec leurs enfants »³⁶⁵. Des avocats ont aussi exprimé l'idée que la plupart des litiges avaient été intentés par des pères n'ayant pas obtenu que l'enfant réside avec eux.

Certains avocats ont dit que cela résultait « d'espoirs non réalisés » et d'une « amertume accrue » de pères qui s'attendaient à obtenir plus de droits parentaux avec la réforme, et (ou) qui reprochaient aux mères de ne pas partager le pouvoir de décision. D'autres ont affirmé que l'accroissement des litiges provenait de pères de contact qui s'attendaient à ce que les mères fassent « la part du lion du travail » mais qui « sautaient sur toutes les

³⁶² Roche, note 71 *supra*.

³⁶³ Voir Davis, note 72 *supra*.

³⁶⁴ *Interim Report*, note 72 *supra*.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 28. Ce passage décrit les réponses des conseillers. Toutefois, les auteurs du *Interim Report* ont trouvé des réponses similaires chez des avocats et des médiateurs, qui ont aussi souligné les attentes irréalistes de temps égal créées par la réforme.

occasions » pour contester la manière dont elles s’occupaient des enfants et (ou) protester contre le manque de consultation au sujet des décisions quotidiennes³⁶⁶.

Des avocats et des juges ont aussi constaté une augmentation importante du nombre de demandes triviales ou sans mérite, décrites comme étant « une perte de temps ». Un certain nombre de juges ont de même décrit certaines plaintes comme ayant été « déposées de manière prédominante par des pères agissant pour eux-mêmes et considérant que la réforme leur donnait “plus de droits qu’ils n’en ont”, notamment en ce qui concerne les questions de routine »³⁶⁷.

Des observations similaires ont été faites au sujet de l’augmentation des poursuites au Royaume-Uni, certains analystes affirmant que cela reflétait « un changement dans l’attitude des parents — et peut-être surtout des pères — contribuant à une tendance croissante à affirmer l’importance de leur rôle dans la vie de leurs enfants »³⁶⁸.

Toute réforme législative engendre inévitablement de nouvelles ambiguïtés et incertitudes juridiques qui produisent dans l’immédiate une augmentation du nombre des litiges. Il reste à voir si cette augmentation dans ces autres administrations constitue simplement une adaptation à court terme au nouveau régime juridique ou si les réformes s’avéreront en fin de compte inaptes à éliminer les conflits dans la résolution des litiges entre bon nombre de parents qui se séparent et qui divorcent.

Protéger les enfants

Un régime de partage des responsabilités parentales présente des problèmes particuliers du point de vue de l’objectif législatif général consistant à protéger les enfants contre le danger. La résolution des différends et la prise de décision en coopération ne sont tout simplement pas des normes appropriées pour ces familles. De fait, il peut y avoir des cas où il ne serait pas possible de favoriser des relations parent-enfant positives et où les contacts parent-enfant ne seraient pas dans l’intérêt des enfants. Un régime axé sur la promotion de la coopération parentale, de la prise de décision commune et de relations positives court le risque de marginaliser les besoins de ces enfants.

Tout régime qui tente de promouvoir une certaine idée du partage des responsabilités parentales doit comporter une exception claire et évidente en ce qui concerne les cas de violence, de conflit familial grave et d’exercice inadéquat des responsabilités parentales. Il serait crucial, comme nous l’avons indiqué, que le cadre législatif garantisse que ces familles ne tombent pas par inadvertance dans le régime du partage des responsabilités parentales.

La législation britannique constitue un échec à cet égard. Elle ne mentionne pas explicitement les besoins des enfants qui ont été confrontés à la violence, au conflit ou à l’exercice inadéquat des responsabilités parentales, et les résultats enregistrés illustrent les dangers que cela pose. La présomption d’une responsabilité parentale conjointe est devenue une présomption en faveur du contact, et des ordonnances de contact sont régulièrement émises dans des situations de violence, de conflit grave et d’exercice inadéquat des responsabilités parentales. La législation

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 51.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 52.

³⁶⁸ Voir Davis, note 72 *supra*.

australienne a produit de bien meilleurs résultats dans la mesure où le régime législatif envisageait explicitement les besoins particuliers des enfants ayant connu de la violence familiale. Toutefois, elle ne porte pas sur les situations de conflit grave ou d'exercice inadéquat des responsabilités parentales.

La *Parenting Act* de l'État de Washington, bien qu'elle ne soit pas fondée sur un modèle de partage des responsabilités parentales, demeure le meilleur modèle pour protéger les enfants contre ces dangers dans la répartition des responsabilités parentales. On pourrait l'utiliser comme modèle pour établir des exceptions à la présomption en faveur du partage du pouvoir de décision, ainsi que comme modèle pour établir des limites dans l'établissement du calendrier résidentiel de l'enfant dans un régime de partage des responsabilités parentales.

Incidence de la réforme sur d'autres lois

Finale­ment, une réforme axée sur un régime de partage des responsabilités parentales aurait une profonde incidence sur un grand nombre de lois fédérales et provinciales qui sont fondées sur le langage de la garde et de l'accès. Si la *Loi sur le divorce* abandonne ce langage en faveur du partage des responsabilités parentales, il faudra examiner et peut-être modifier toutes les lois faisant référence à la garde et à l'accès³⁶⁹. Certes, bon nombre de ces lois n'exigeraient que des changements mineurs mais d'autres devraient probablement être modifiées en profondeur.

Les Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, par exemple, supposent un régime de garde et d'accès dans lequel le calcul des pensions alimentaires dépend du revenu du parent qui n'a pas la garde. Elles permettent de s'écarter des montants établis en cas de garde partagée — c'est-à-dire lorsque l'enfant vit avec l'autre parent pendant au moins 40 % du temps. Un régime fondé sur le partage des responsabilités parentales pourrait vouloir dire que cette exception aux lignes directrices deviendrait la norme des arrangements parentaux.

L'avenir des Lignes directrices actuelles dépendrait du fait qu'un régime de partage des responsabilités parentales entraîne ou non une répartition sensiblement différente du temps résidentiel de l'enfant entre les parents. Si le régime de partage des responsabilités parentales mène simplement à accroître le pouvoir de décision du parent non résidentiel, les Lignes directrices actuelles pourraient être maintenues. Un régime de partage des responsabilités parentales dans lequel un parent résidentiel resterait identifiable (et avec qui l'enfant passerait plus de 60 % du temps) pourrait aussi être conforme aux Lignes directrices actuelles.

Par contre, si le partage des responsabilités parentales entraînait une augmentation importante du temps que l'enfant passe avec le parent non résidentiel, ce qui voudrait dire qu'il ne serait plus possible d'identifier clairement un parent résidentiel, il faudrait modifier les Lignes directrices. Si la plupart des arrangements parentaux finissaient par ressembler à un régime de garde physique partagée, l'enfant ne passant pas plus de 60 % de son temps avec l'un ou l'autre des parents, les Lignes directrices actuelles ne pourraient pas être maintenues. Dans un régime où l'enfant répartirait son temps de manière à peu près égale entre chaque parent, les Lignes directrices devraient tenir compte du revenu des deux parents et devraient être fondées sur une formule différente de celle qui existe actuellement.

³⁶⁹ On trouvera une analyse des lois fédérales et provinciales touchées par ces changements à la partie V.

De même, d'autres lois sont fondées sur le langage de la garde et de l'accès, en répartissant les droits ou responsabilités entre le parent qui a la garde et le parent qui obtient l'accès. Comme nous l'avons indiqué le partage des responsabilités parentales remet sérieusement en cause un certain nombre de dispositifs législatifs, par exemple celui de la loi *Ontario au travail*, qui se fonde sur la désignation d'un parent qui a la garde ou d'un parent primaire. Les arrangements de garde conjointe, lorsque le parent qui a la garde ou le parent primaire n'est pas identifiable, causent déjà des difficultés aux parents qui tentent de tirer parti de cette loi. Un régime de partage des responsabilités parentales ne ferait qu'intensifier les difficultés en accroissant la fréquence des arrangements de partage.

Un régime de partage des responsabilités parentales pourrait inclure une disposition permettant de désigner l'un des parents comme étant le parent qui a la garde ou le parent résidentiel aux fins des autres lois fédérales et provinciales. Toutefois, un modèle de responsabilité parentale n'empêche pas de désigner l'un des parents comme étant le parent qui a la garde. Comme nous l'avons indiqué, il serait possible de permettre aux parents, dans un régime de partage des responsabilités parentales, de désigner l'un d'entre eux comme étant le parent qui a la garde ou le parent résidentiel « uniquement dans le contexte des autres lois provinciales et fédérales qui exigent que l'on désigne qui a la garde, cette désignation ne touchant cependant en rien les droits ou responsabilités de chacun des parents en vertu de cette loi ». Une telle disposition peut être utile aux parents qui se séparent ou qui divorcent et qui sont capables de s'entendre sur les arrangements parentaux, ou sur une telle désignation, mais elle susciterait probablement de sérieuses difficultés aux parents qui sont incapables de s'entendre. En revenant à toutes fins utiles à l'expression *parent qui a la garde*, une telle disposition réintroduirait le langage même que l'on dit être à l'origine des conflits parentaux.

De plus, cette disposition n'en est pas une qui s'harmonise bien avec l'esprit du partage des responsabilités parentales. L'idée même d'un régime de partage des responsabilités parentales est que toutes les responsabilités parentales — généralement définies comme étant « tous les pouvoirs, devoirs et responsabilités que possèdent les parents à l'égard des enfants, de par la loi » — sont partagées entre les parents, sauf dans la mesure où une ordonnance parentale ou un plan parental prévoit autre chose. La disposition de désignation décrite ci-dessus peut être considérée comme un facteur modifiant sensiblement ce postulat du partage des responsabilités parentales en désignant l'un des parents comme étant le parent qui a la garde, ce qui revient à l'investir de tous les pouvoirs, devoirs et responsabilités créés par les lois qui exigent un parent qui a la garde.

Un régime de partage des responsabilités parentales exigerait donc probablement une révision et une reformulation approfondies d'un certain nombre de lois fédérales et provinciales qui reposent actuellement sur le langage de la garde et de l'accès.

V CONSÉQUENCES DE LA RÉFORME POUR LES AUTRES TEXTES LÉGISLATIFS

La présente section traite des conséquences, pour les principaux textes législatifs fédéraux, des réformes à la *Loi sur le divorce* qui écartent la terminologie de la garde et du droit de visite. Elle aborde aussi certaines des conséquences d'un tel changement au niveau provincial. Toutefois, les exemples employés dans cette section ne constituent pas un examen complet de tous les textes législatifs qui renvoient à la terminologie de la garde et du droit de visite. Comme nous l'indiquons ci-après, chaque gouvernement devrait entreprendre un examen de toutes les lois qui renvoient à la terminologie de la garde et du droit de visite, et examiner la façon de faire concorder ces lois avec la nouvelle terminologie employée dans le cadre de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. La présente section vise à illustrer la complexité de la tâche qui s'annonce et à proposer certaines solutions de réforme.

LA LÉGISLATION FÉDÉRALE

Un certain nombre de lois fédérales utilisent la langue ou le cadre de la garde et du droit de visite des enfants.

Le droit de la famille

Les lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants

Dans la *Loi sur le divorce*, les lignes directrices fédérales des pensions alimentaires pour enfants sont rédigées en fonction de la désignation des parents qui ont ou qui n'ont pas la garde dans la mesure où le calcul des obligations alimentaires pour enfants est fonction du revenu du parent qui n'a pas la garde. Les lignes directrices permettent que l'on s'écarte des montants prescrits dans les cas de garde partagée, c'est-à-dire lorsqu'un enfant vit avec l'autre parent au moins 40 % du temps³⁷⁰.

Si l'on veut écarter la terminologie de la garde et du droit d'accès, il faudrait réévaluer et probablement reformuler ces lignes directrices. Le maintien des lignes directrices dans leur formulation actuelle dépend de la possibilité qu'un nouveau régime parental se traduise par un agencement sensiblement différent du temps que l'enfant passe avec chacun des parents. Si un nouveau régime parental modifie simplement la terminologie de l'exercice des responsabilités parentales après le divorce et se traduit par un plus grand pouvoir décisionnel du parent non cohabitant ou des deux, la formulation actuelle des lignes directrices pourrait être conservée. Dans la mesure où il est possible de désigner un parent cohabitant, avec lequel l'enfant passe plus de 60 % de son temps, des modifications mineures d'ordre terminologique aux lignes directrices suffiraient. La mention de la résidence de l'enfant pourrait remplacer la mention de la garde physique.

Toutefois, si le nouveau régime parental se traduit par une augmentation importante du temps que l'enfant passe avec le parent non cohabitant, de sorte qu'il ne serait plus possible de désigner un parent cohabitant, alors il faudrait modifier les lignes directrices. Si la plupart des ententes

³⁷⁰ *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, article 9.

parentales prévoient une garde physique partagée dans laquelle l'enfant passe plus de 60 % de son temps avec un parent, le texte actuel des lignes directrices ne pourra pas être conservé. Dans un régime dans lequel l'enfant passe autant de temps avec un parent qu'avec l'autre, les lignes directrices devraient alors tenir compte du revenu des deux parents et devraient se baser sur une formule différente de celle actuellement prévue dans les lignes directrices.

Comme nous l'avons indiqué précédemment cependant, même les régimes qui ont établi une présomption en faveur d'un partage des responsabilités parentales n'ont pas appliqué la garde physique conjointe, et la plupart des administrations qui ont accepté sous une forme ou une autre le partage des responsabilités parentales n'ont pas constaté de changement au niveau du partage de la responsabilité des parents à l'égard des besoins quotidiens de l'enfant. Même dans ces régimes de partage des responsabilités parentales, il reste possible de désigner un parent cohabitant.

En supposant que les lignes directrices peuvent être maintenues, il faut encore se demander de quelle façon en rendre le texte compatible avec la terminologie des dispositions de la *Loi sur le divorce* qui traitent de la responsabilité parentale.

En ce qui concerne un bon nombre des lois fédérales et provinciales abordées ci-après qui emploient la terminologie de la garde et du droit de visite, on pourrait régler le problème au moyen d'une disposition déterminative, c'est-à-dire une disposition qui permet de désigner un parent comme gardien de l'enfant aux fins des autres lois provinciales et fédérales. Cependant, une telle disposition déterminative ne pourrait s'appliquer dans le contexte de la pension alimentaire pour enfants; les notions de garde et de pension alimentaire pour enfants sont trop intimement liées. L'horaire de la cohabitation de l'enfant et les dispositions d'ordre financier sont tous deux des aspects importants de la responsabilité parentale qui doit être répartie entre les parents au moment de la séparation et du divorce. De plus, la pension alimentaire pour enfants s'est avérée tout aussi controversée et contestée que la garde des enfants. Certes, dans tout litige qui oppose les parents, il est souvent difficile de déterminer sur quel aspect de la responsabilité parentale porte exactement le litige. Un litige au sujet de la garde peut en fait être un litige au sujet de la responsabilité financière.

Aussi bien en principe qu'en pratique, la pension alimentaire pour enfants est une question pour laquelle une disposition déterminative s'avérerait tout simplement inutile. Il faudrait plutôt modifier la terminologie des dispositions sur la pension alimentaire pour enfants dans la *Loi sur le divorce*. Il faudrait remplacer les termes parent gardien et parent non gardien par des termes qui reflètent le nouveau régime parental. La façon précise de le faire dépendrait évidemment de la terminologie particulière retenue pour ce nouveau régime. Toutefois, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la nature des lignes directrices existantes favorise clairement l'adoption d'un régime qui désignerait un parent cohabitant.

De plus, si l'on abandonne dans la *Loi sur le divorce*, la terminologie de la garde et du droit de visite en modifiant les lignes directrices en conséquence, et que les provinces ou certaines d'entre elles refusent d'emboîter le pas, les parents en instance de séparation et de divorce, et qui ont réglé certaines questions de partage de la responsabilité parentale en vertu de la loi provinciale avant de demander le divorce pourraient faire face à des difficultés. Par exemple, un parent pourrait obtenir une ordonnance de garde en vertu de la loi provinciale, puis demander le

divorce et présenter une demande de pension alimentaire pour l'enfant en vertu de la loi fédérale. Si la question de la garde ne se pose pas, alors la nouvelle terminologie et les ordonnances de la *Loi sur le divorce* ne pourront pas s'appliquer. La question de la pension alimentaire pour enfants devrait être tranchée conformément à une ordonnance de garde. Par conséquent, tout changement au plan terminologique dans la *Loi sur le divorce* devrait refléter le fait que, en raison de l'interaction entre les lois fédérales et provinciales dans ce domaine de compétence partagée, les parents qui ont obtenu des ordonnances de garde et des droits de visite pourraient toujours présenter des demandes de pension alimentaire en vertu d'une nouvelle *Loi sur le divorce* dans laquelle ces termes ne figurent plus. Ce n'est là qu'une des nombreuses difficultés qui nous attendent si le gouvernement fédéral écarte unilatéralement la terminologie de la garde et de droit de visite.

L'application

La *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, L.R.C. (1985), ch. 4 (2^e supp.) permet aux personnes qui ont obtenu une ordonnance familiale de demander à un tribunal la communication de renseignements qui faciliteront l'exécution de cette ordonnance. Ces ordonnances familiales comportent une disposition de garde (définie comme une disposition d'une ordonnance ou d'une entente accordant la garde d'un enfant) et un droit d'accès (un droit d'accès ou de visite à un enfant accordé dans une ordonnance ou une entente).

Si la terminologie de la garde et de droit de visite est abandonnée dans la *Loi sur le divorce*, cette Loi pourrait être modifiée par l'ajout d'une mention des nouveaux termes retenus. Par exemple, les définitions de la garde et du droit de visite pourraient être modifiées par l'ajout d'une mention de la nouvelles terminologie des ordonnances parentales (comme les ordonnances de cohabitation ou de contact). Dès lors que certaines provinces conservent la terminologie de la garde et du droit de visite, il serait important que la nouvelle terminologie visant la responsabilité parentale ne remplace pas celle de la garde et du droit de visite mais la complète tout simplement.

Ou encore, on pourrait inclure dans la *Loi sur le divorce* une disposition déterminative permettant qu'un parent soit désigné comme parent gardien aux fins de toutes les autres lois fédérales.

L'enlèvement international et interprovincial d'enfants

Le droit actuel en matière d'enlèvement international et interprovincial d'enfants repose sur les notions juridiques de garde et de droit de visite. Si la *Loi sur le divorce* est modifiée et les termes de garde et de droit de visite sont remplacés par les expressions responsabilité parentale ou partage des responsabilités parentales, il sera important d'examiner l'effet d'un tel changement sur la réglementation relative à l'enlèvement d'enfants.

Enlèvement international d'enfants

La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de 1983 est une convention internationale visant à remédier au problème du déplacement des enfants d'un pays à un autre. Elle a pour objectif de garantir le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement et de faire respecter dans les autres États les droits de garde et de visite existants dans un État.

Selon l'article 3, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite « lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour », et « que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, ... ou l'eût été si de tels événements n'étaient pas survenus ». De façon générale, l'enlèvement illicite consiste à enlever un enfant à la personne qui en a effectivement la garde. Le non-retour est le fait de garder l'enfant sans le consentement de la personne qui en a la garde.

La Convention prévoit qu'une personne dont les droits de garde ont été violés par l'enlèvement ou le non-retour illicite peut exiger le retour immédiat de l'enfant (articles 12 et 29). La Convention protège aussi, mais dans une mesure moindre, les droits de visite. L'article 21 permet au parent dont les droits de visite ont été violés d'obtenir l'aide qui lui permettra d'exercer ses droits de visite.

Les droits de garde et de visite sont définis à l'article 5. Le droit de garde comprend « le droit portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ». Le droit de visite comprend « le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle ».

Ainsi, la Convention utilise non seulement la terminologie de la garde et du droit de visite, mais elle prévoit également des niveaux de recours différents en fonction de cette terminologie. Si l'on écarte dans la *Loi sur le divorce* la terminologie de la garde et du droit de visite, il faudra préciser dans cette Loi la façon dont la nouvelle terminologie s'appliquera aux fins de la Convention.

D'autres pays qui ont écarté la terminologie de la garde et du droit de visite ont rencontré le même problème. En Australie par exemple, où la terminologie de la garde et du droit de visite a été remplacée par des ordonnances de cohabitation et d'accès, des dispositions de la *Family Law Reform Act* prévoient clairement que les dispositions de la Convention de La Haye s'appliquent toujours aux parents australiens. Le paragraphe 111B(4) de la *Family Law Reform Act* prévoit ce qui suit :

[Traduction]

111B(4) Aux fins de la Convention :

- (a) sous réserve d'une ordonnance judiciaire en vigueur, chacun des parents d'un enfant est considéré comme ayant la garde de l'enfant;
- (b) une personne qui a obtenu relativement à un enfant une ordonnance de cohabitation est considérée comme ayant la garde de l'enfant;
- (c) une personne qui, aux termes d'une ordonnance spécifique, est responsable des besoins quotidiens, du bien-être et du développement d'un enfant est considérée comme ayant la garde de l'enfant;
- (d) une personne qui a obtenu une ordonnance d'accès à un enfant est considérée comme ayant un droit de visite de cet enfant.

Selon la législation australienne, si les deux parents ont la responsabilité parentale, l'enlèvement de l'enfant par un des parents empêche l'autre d'exercer ses responsabilités à l'égard de l'enfant. Par conséquent, le parent qui enlève un enfant assume l'entière responsabilité des besoins d'un enfant sans égard à l'autre parent qui partage ses responsabilités³⁷¹.

La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée pour inclure une disposition semblable. Elle pourrait prévoir que « aux fins de la Convention », une personne qui a obtenu une ordonnance qui lui reconnaît une forme particulière de responsabilité parentale ou une ordonnance de partage des responsabilités parentales pourrait être considérée comme ayant la garde ou un droit de visite. Il faudrait que la Loi précise quels genres d'ordonnances accordant des responsabilités parentales ou un partage des responsabilités parentales pourraient conférer des droits de garde aux fins de la Convention, et quels genres d'ordonnances pourraient conférer des droits de visite ou d'accès aux fins de la Convention.

Enlèvements interprovinciaux

Les enlèvements interprovinciaux sont prévus au *Code criminel*. L'article 282 du *Code criminel* interdit au père, à la mère, au tuteur ou à une personne qui a la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de 14 ans d'enlever cette personne en contravention des dispositions d'une ordonnance relative à la garde de cette personne. L'article 283 interdit au père, à la mère, au tuteur ou à la personne qui a la garde ou la charge légale d'une personne âgée de moins de 14 ans d'enlever cette personne, qu'il y ait ou non une ordonnance de garde, dans l'intention de priver de la possession de cette personne le père, la mère, le tuteur ou la personne qui en a la garde ou la charge légale.

Là encore, si la terminologie de la garde et de droit de visite est remplacée par la responsabilité parentale ou le partage des responsabilités parentales, il faudrait modifier en conséquence les dispositions du *Code criminel* concernant l'enlèvement interprovincial. Les termes *ordonnance relativement à la garde* pourraient être remplacés (en l'absence d'une disposition semblable dans la législation provinciale) ou complétés par les termes *ordonnance prévoyant un rôle parental*. Une ordonnance prévoyant un rôle parental pourrait avoir une portée beaucoup plus large qu'une ordonnance de garde, mais l'article 282 interdit uniquement l'enlèvement d'un enfant « en contravention de » cette ordonnance.

Le problème subsiste toutefois à l'égard de l'expression « garde ou charge légale » qui, dans la loi actuelle, vise le parent qui a la garde. La *Loi sur le divorce* pourrait prévoir que, « pour les fins des articles 282 et 283 du *Code criminel* », une personne qui a obtenu une ordonnance parentale ou une ordonnance de partage des responsabilités parentales serait considérée comme ayant « la garde ou la charge légale » de l'enfant. Il faudrait que la Loi précise quels genres d'ordonnances parentales ou de partage des responsabilités parentales accorderaient cette garde ou charge légale aux fins du *Code criminel*.

³⁷¹ Family Law Council, Parental Child Abduction, A Report to the Attorney General Prepared by the Family Law Council, janvier 1998, sections 4.24 à 4.27.

Les autres lois

Un certain nombre de lois fédérales retiennent la terminologie de la garde et du droit de visite d'un enfant, et il faudrait examiner chacune d'elles si la terminologie de la garde et du droit de visite de la *Loi sur le divorce* est abandonnée.

Un certain nombre de lois fédérales utilisent la terminologie de la garde d'un enfant à l'égard du versement de prestations. Lorsque des sommes d'argent doivent être payées à une personne âgée de moins de 18 ans, certaines lois prévoient que le paiement doit être fait « à la personne qui a la garde et le contrôle » de l'enfant³⁷².

Dans l'établissement des règles de l'impôt sur le revenu relatives à la pension alimentaire, la *Loi de l'impôt sur le revenu* (1985), ch. 1 (5^e supp.) fait mention des enfants confiés à la garde d'une personne ou d'un contribuable.

Plusieurs lois fédérales emploient les notions de « garde et surveillance » en ce qui a trait aux droits ou aux obligations du père, de la mère ou du tuteur d'un enfant. Par exemple, la *Loi sur les jeunes contrevenants* définit le père ou la mère d'un enfant comme étant « toute personne qui assume, en droit ou en fait, la garde ou la surveillance de [celui-ci] ». De même, la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* définit le tuteur d'un enfant comme étant « toute personne — autre que son père ou sa mère — légalement tenue de subvenir à ses besoins ou qui en assume, en droit ou en fait, la garde ou la surveillance »³⁷³.

D'autres lois fédérales emploient la terminologie de la garde et de la surveillance des enfants à l'égard des droits et des obligations des établissements, comme les établissements d'aide à l'enfance, qui ont la garde et la surveillance d'un enfant³⁷⁴. Cet emploi particulier des notions de garde et de contrôle d'un enfant est reflété étroitement dans les lois provinciales sur le bien-être des enfants examinées plus en détail ci-après.

Les options de réforme – Changer la terminologie?

On ne peut régler les problèmes que posent ces diverses dispositions législatives fédérales en remplaçant tout simplement la terminologie de la garde et du droit de visite par la nouvelle terminologie de responsabilité parentale. Au contraire, le recours à la terminologie de la garde soulève des questions plus complexes et met en jeu l'interaction entre les lois fédérales et provinciales. Le recours à une nouvelle terminologie de la responsabilité parentale dans la *Loi sur le divorce* ne peut s'appliquer qu'à l'exercice de la responsabilité parentale après le divorce. Toutes les autres formes de responsabilité parentale (notamment pour les parents en union de fait, les parents mariés et les parents qui ne sont ni mariés ni en union de fait) continuent d'être régies par les lois provinciales. Si toutes les provinces ou certaines d'entre elles conservent dans leurs lois sur la famille qui traitent des enfants la terminologie de la garde et du droit de visite,

³⁷² Voir la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17, la *Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions*, L.R.C. (1985), ch. G-2, la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, et la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-11.

³⁷³ L.R.C. (1985), ch. R-10.

³⁷⁴ Voir, par exemple, la *Loi sur les allocations spéciales pour enfants*, 1992, ch. 48, et le *Régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-1.

les notions de garde et de surveillance d'un enfant dans toutes ces autres lois fédérales ne pourront être abandonnées puisque ces dispositions doivent s'appliquer sans égard à l'état matrimonial des parents de l'enfant.

Prenons le cas des dispositions prévoyant le paiement de sommes d'argent à la personne qui a la garde et la surveillance de l'enfant. Ces dispositions ne pourraient être simplement remplacées par la nouvelle terminologie de la responsabilité parentale de la *Loi sur le divorce*, en utilisant par exemple l'expression *parent cohabitant*. Dans ces dispositions législatives, la terminologie de la garde et de la surveillance de l'enfant doit s'appliquer à toute personne à laquelle la loi accorde des droits et des responsabilités à l'égard d'un enfant, qu'elle soit mariée, en union de fait, célibataire ou divorcée. L'expression *parent cohabitant*, cependant, s'applique uniquement à l'exercice de la responsabilité parentale après le divorce. Aussi longtemps que les provinces conservent la terminologie de la garde, cette notion doit être conservée dans les lois fédérales.

Il peut être possible d'*ajouter* dans certaines de ces lois fédérales une mention de la nouvelle terminologie de la responsabilité parentale. Par exemple, aux fins du paiement de sommes d'argent, la garde et la surveillance d'un enfant pourrait inclure un parent cohabitant. Cependant, la formulation précise d'un tel ajout pourrait dépendre d'un certain nombre de facteurs et pourrait ne pas être la même dans toutes les dispositions législatives. Il conviendrait peut-être de désigner le parent cohabitant comme la personne habilitée à recevoir ces sommes d'argent, mais cela conviendrait beaucoup moins dans le contexte de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, où la notion de parent peut englober toute personne habilitée à prendre des décisions. En outre, il est loin d'être certain que la nouvelle terminologie de la responsabilité parentale après la séparation conviendrait dans le contexte des enfants placés en établissement, une question abordée plus en détail ci-après.

Une disposition déterminative à caractère général

Une autre solution consisterait à insérer dans la *Loi sur le divorce* une disposition déterminative à caractère général pour indiquer celui des parents qui est désigné comme parent ayant la garde aux fins des autres lois fédérales et provinciales. Les parents et les tribunaux pourraient désigner un parent qui a la garde aux fins des lois provinciales et fédérales qui exigent une détermination relativement à la garde. La *Parenting Act* de l'État de Washington inclut une disposition qui permet la désignation d'un parent qui a la garde aux fins des autres lois de cet État. La disposition prévoit que [Traduction] « uniquement aux fins de toutes les autres lois fédérales ou de l'État qui exigent une désignation ou une détermination relative à la garde, un plan de garde doit désigner comme gardien de l'enfant le parent avec lequel l'enfant cohabite la plupart du temps »³⁷⁵. La disposition prévoit spécifiquement que [Traduction] « la désignation ne porte pas atteinte aux droits et aux responsabilités de l'un ou l'autre des parents en vertu de l'entente parentale ». L'article prévoit de plus qu'en l'absence d'une telle désignation, le parent avec lequel l'enfant cohabite la plupart du temps est réputé avoir la garde de l'enfant aux fins des lois fédérales et de l'État. Au Montana, qui applique un régime obligatoire de plan de garde, la loi prévoit qu'un plan de garde définitif peut inclure [Traduction] « la désignation d'un parent comme gardien de l'enfant, uniquement aux fins des autres lois fédérales et de l'État qui exigent

³⁷⁵ *Parenting Act* de l'État de Washington, article 26.09.285.

une désignation ou une détermination relative à la garde, mais la désignation ne porte pas atteinte aux droits et aux responsabilités des parents en vertu de l'entente parentale »³⁷⁶.

Une telle disposition concernant la désignation serait utile pour les parents en instance de séparation ou de divorce et qui peuvent s'entendre, et il pourrait être utile de l'inscrire dans une liste de dispositions susceptibles de figurer dans une entente parentale. Toutefois, une telle disposition pourrait s'avérer hautement litigieuse pour les parents qui ne peuvent s'entendre sur leur entente parentale. Si l'on revient effectivement à la terminologie du parent gardien, une telle disposition rétablirait la terminologie même que l'on affirme être à l'origine du conflit entre les parents.

En outre, comme nous l'avons indiqué précédemment, il ne s'agit pas d'une disposition qui convient commodément aux divers modèles de réforme. En particulier, on ne saurait affirmer qu'elle est compatible avec l'esprit du partage des responsabilités parentales. L'idée à la base du régime de partage des responsabilités parentales est que les responsabilités des parents, que l'on définit généralement comme « les attributions, les responsabilités et l'autorité que la loi confère aux parents à l'égard de leurs enfants » sont partagées entre le père et la mère, sauf dans la mesure où une ordonnance parentale ou une entente parentale prévoit autrement. Cette hypothèse à la base de la responsabilité parentale partagée peut sembler grandement restreinte par la disposition concernant la désignation, selon laquelle un parent est réputé être le parent gardien et qui confère par conséquent à cette personne toutes les attributions, les responsabilités et l'autorité que prévoient les lois qui exigent un parent gardien. Un régime de partage de la responsabilité parentale pourra alors exiger un réexamen plus en profondeur et une reformulation des lois fédérales qui emploient actuellement la terminologie de la garde d'enfant.

LES LOIS PROVINCIALES ET TERRITORIALES

Le droit familial

Les lois sur la garde et le droit de visite

L'abandon de la terminologie de la garde et du droit de visite dans la *Loi sur le divorce* aurait de graves conséquences si les provinces et les territoires ne modifient pas de la même manière leurs lois relatives à la garde et au droit de visite³⁷⁷. La confusion et les difficultés qu'engendre le partage de la compétence en matière de droit familial ne feront que s'accroître si la *Loi sur le divorce* abandonne les notions de garde et de droit de visite sans que les provinces et les territoires emboîtent le pas. Les couples en union de fait qui sont séparés et les couples mariés qui sont séparés mais n'ont pas demandé le divorce seraient régis par la loi provinciale ou territoriale relative à la garde et au droit de visite, alors que les couples en instance de divorce

³⁷⁶ Montana Code, Title 40 Family Law, Chapter Four Termination of Marriage, Child Custody, Support, Part 2, Support, Custody, Visitation and Related Provisions, al. 40-4-234(2)(a).

³⁷⁷ Voir la *Domestic Relations Act*, R.S.A.1980 (Alberta), la *Family Relations Act*, R.S.B.C.1979 (Colombie-Britannique), la *Loi sur l'obligation alimentaire*, R.S.M.1987 (Manitoba), la *Loi sur les services à la famille et sur les relations familiales*, L.N.-B. 1980 (Nouveau-Brunswick), la *Children's Law Act*, R.S.N. 1990 (Terre-Neuve), la *Loi sur les relations familiales*, L.R.T.N.-O. 1988 (Territoires du Nord-Ouest), la *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989 (Nouvelle-Écosse), la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990 (Ontario), la *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988 (Île du Prince-Édouard), la *Children's Law Act*, S.S. 1990 (Saskatchewan), et la *Loi sur l'enfance*, L.Y. 1986 (Yukon).

seraient régis par le nouveau régime parental. Cela contribuerait grandement à la confusion qu'engendre déjà le partage de la compétence à l'égard du système de droit de la famille, qui pose déjà des problèmes aux couples en instance de séparation. En fait, dans le système de droit de la famille, on tend ces dernières années vers une plus grande uniformité, comme l'illustrent les Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants et la création de tribunaux unifiés de la famille. Si les lois fédérales, provinciales et territoriales sur la garde et le droit de visite ne concordent pas, au moins elles reposent sur les mêmes notions juridiques. Réformer la législation fédérale sans un engagement des provinces et des territoires à en faire autant signifierait que l'on va à l'encontre de cette tendance à une plus grande uniformité et des efforts pour simplifier le système de droit de la famille.

Une réforme qui s'opérerait uniquement au niveau fédéral pourrait avoir une incidence négative sur le système de droit de la famille. Le choix qu'a un parent entre un divorce ou une simple séparation pourrait être influencé ou déterminé par l'opinion qu'il se fait de la loi qui lui serait la plus favorable. Si un parent estimait que la *Loi sur le divorce* lui serait plus favorable que la loi provinciale ou territoriale, il pourrait décider de demander un divorce plutôt qu'une séparation. Cela aurait pour conséquence non voulue d'encourager les divorces hâtifs, plutôt que d'encourager les séparations temporaires.

De plus, une réforme au seul niveau fédéral pourrait biaiser les décisions concernant la façon la plus souhaitable de régler les litiges entre les parents. Un bon nombre de couples mariés en instance de séparation règlent leurs litiges concernant la pension alimentaire, la garde et le droit de visite dans le cadre des lois provinciales ou territoriales. Plusieurs négocient des ententes de séparation en vertu de la législation provinciale ou territoriale. D'autres, qui ne parviennent pas à régler ces problèmes, demandent aux tribunaux d'appliquer la législation provinciale ou territoriale. Pour des parties qui ne sont pas représentées par un avocat, ces tribunaux sont en général moins empêtrés de formalités, moins coûteux et plus accessibles. Une réforme de la législation fédérale sur la garde et le droit de visite ne pourrait que fausser ces décisions. Toutefois, si l'un des parents s'estime favorisé par la loi fédérale, il peut être incité à engager une action en justice plutôt qu'à recourir à la solution préférable, qui consiste à négocier une entente. De même, un parent qui estime que la loi fédérale lui sera plus favorable peut être encouragé à présenter une requête en divorce. En écartant ainsi le tribunal unifié de la famille, le litige aboutira devant la cour supérieure, plus formaliste et plus coûteuse.

Les mesures applicables par défaut

Les dispositions qui s'appliquent par défaut, c'est-à-dire les droits de garde en l'absence d'une ordonnance ou d'une entente, pourraient elles aussi devenir plus confuses. Comme nous l'avons indiqué précédemment, cette question des dispositions qui s'appliquent par défaut est déjà passablement complexe dans le droit existant. La *Loi sur le divorce* s'applique uniquement aux litiges concernant la garde et le droit de visite d'un enfant issu du mariage et uniquement à compter du moment où le divorce est accordé. Avant la demande de divorce, les litiges relatifs à la garde et au droit de visite sont régis par la loi provinciale ou territoriale. Si un jugement de divorce ne traite pas de la question de la garde et de l'accès, une ordonnance rendue en vertu de la loi provinciale ou territoriale reste valide. De plus, s'il n'y a pas d'ordonnance en vertu de la loi provinciale ou territoriale ou de la loi fédérale, la mesure qui s'applique par défaut sera celle qu'a établie la loi provinciale ou territoriale. En d'autres mots, la mesure qui s'applique par

défaut en vertu de la loi fédérale (soit dans le cas d'absence d'entente ou d'ordonnance) est la loi provinciale ou territoriale³⁷⁸.

Si les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux s'entendent pour modifier leurs lois en fonction du modèle de la responsabilité parentale, les lois provinciales et territoriales pourraient être modifiées pour refléter une mesure applicable par défaut privilégiée (soit la responsabilité parentale conjointe jusqu'à ce qu'une entente ou une ordonnance prévoie différemment). Cependant, si le gouvernement fédéral décide d'adopter un tel modèle alors que les provinces et les territoires ne le font pas, la mesure applicable par défaut continuera d'être formulée en fonction de la terminologie de la garde et du droit de visite en vertu des lois provinciales et territoriales. En d'autres termes, la mesure applicable par défaut dans un régime qui écarte la garde et le droit de visite sera toujours la garde et le droit de visite. En l'absence d'une ordonnance ou d'une entente, les parents seront assujettis à la mesure applicable par défaut dans la province ou le territoire, laquelle conserve la terminologie de la garde et du droit de visite.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la *Loi sur le divorce* pourrait établir une mesure applicable par défaut qui s'appliquerait une fois intentée l'action en divorce. Cependant, il serait primordial que cette mesure n'invalide pas automatiquement les ententes de séparation et les ordonnances que les parents en instance de séparation ont pu obtenir en vertu de la loi provinciale ou territoriale. Cette règle devrait être prévue de façon explicite étant donné le principe de la primauté fédérale, selon lequel les ententes ou les ordonnances de garde et de droit de visite en vertu des lois provinciales et territoriales ne sont valides que dans la mesure où elles ne sont pas contraires à la loi fédérale. De même, comme nous l'avons indiqué précédemment, on ne saurait affirmer clairement qu'il serait avantageux d'établir dans la loi fédérale une mesure applicable par défaut. S'il est important de savoir, en l'absence d'une ordonnance ou d'une entente, qui a la responsabilité parentale, il n'est pas nécessaire de l'indiquer dans une loi fédérale. Il ne s'agit pas ici d'avancer des arguments pour ou contre l'établissement d'une mesure fédérale qui s'applique par défaut, mais plutôt de faire ressortir la confusion que pourrait engendrer une réforme de la *Loi sur le divorce* sans un appui clair des gouvernements provinciaux et territoriaux.

L'exercice des responsabilités parentales avant la séparation

Dans toute tentative d'écarter les notions de garde et de droit de visite dans l'exercice des responsabilités parentales après la séparation, il faudrait envisager l'incidence plus générale d'une telle mesure sur la réglementation légale de la responsabilité parentale. La législation provinciale et territoriale qui s'applique à la garde et au droit de visite régit non seulement l'exercice des responsabilités parentales après la séparation mais aussi l'exercice de ces responsabilités avant la séparation, ainsi que les responsabilités des parents qui n'ont jamais fait vie commune. Certaines provinces ont recours à la terminologie de la tutelle, mais plusieurs autres emploient celle de la garde pour décrire les droits des parents qui font vie commune. Il faudrait que toutes ces lois soient modifiées pour refléter la nouvelle terminologie. À cet égard, la terminologie de la responsabilité parentale conjointe conviendrait probablement tout autant à l'égard de la responsabilité parentale avant la séparation.

³⁷⁸ Cette question soulève une gamme de problèmes au sujet de la compétence fédérale et provinciale, y compris les critères de la primauté fédérale dans le contexte du droit de la famille; ces questions débordent le cadre du présent document.

Les lois d'exécution en matière de garde et de droit de visite

Les lois provinciales et territoriales qui traitent de l'exécution des ordonnances de garde et de visite ont recours à la terminologie de la garde et du droit de visite. Si les lois fédérales, provinciales et territoriales écartent la terminologie de la garde et du droit de visite, il faudra alors inclure dans les lois la nouvelle terminologie des ordonnances parentales.

Au Manitoba par exemple, la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. (1987), ch. C360, permet au tribunal de prendre des mesures d'exécution des ordonnances de garde, notamment les ordonnances pour empêcher qu'un enfant soit enlevé de la province, et pour retrouver un enfant et l'enlever à une personne qui le retient illégalement. La Loi permet au tribunal d'exécuter une ordonnance rendue par un tribunal d'une autre province, mais elle permet aussi au tribunal de rendre une nouvelle ordonnance qui remplace l'ordonnance extraprovinciale lorsqu'il est convaincu que l'enfant n'a pas de lien étroit et véritable avec la province où l'ordonnance de garde a été rendue. La Loi précise que lorsqu'il rend une nouvelle ordonnance, le tribunal « considère la question de la garde comme principale et celle du droit de visite comme secondaire »³⁷⁹. Ainsi, la Loi accorde aux droits de garde et aux droits de visite une protection différente.

L'abandon de la terminologie de la garde et du droit de visite exigerait que l'on réexamine cette disposition. Si les ordonnances relatives à la garde et au droit de visite sont remplacées par des ordonnances relatives à la résidence et à l'accès, ces termes peuvent être changés ou les nouveaux termes peuvent être ajoutés en conséquence³⁸⁰. Cependant, si la terminologie de la résidence et de l'accès n'est pas employée dans un nouveau régime de responsabilité parentale, il sera difficile de conserver cette disposition. Par exemple, si la loi utilise la terminologie de l'horaire de la cohabitation de l'enfant, il sera difficile de retenir la distinction dans les dispositions législatives existantes.

La pension alimentaire pour enfant

L'abandon de la terminologie de la garde et du droit de visite aura sur les lois fédérales et provinciales relatives à la pension alimentaire pour enfant la même incidence que celle constatée relativement aux Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants. Ces lois provinciales et territoriales reposent déjà toutes sur la terminologie de la garde, et la plupart d'entre elles ont été modifiées conformément aux lignes directrices fédérales³⁸¹. Les conséquences de l'abandon de la terminologie de la garde et du droit de visite aux niveaux fédéral, provincial et territorial posent donc des défis semblables pour ces lois relatives à la pension alimentaire pour enfant.

Si les provinces et les territoires abandonnent aussi la terminologie de la garde et du droit de visite, des modifications semblables à leurs lois sur la pension alimentaire pour enfant devront, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, être envisagées. Si, par ailleurs, les provinces et les

³⁷⁹ Alinéa 4(3)b), *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*.

³⁸⁰ Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, tant que les administrations provinciales conserveront la notion de garde, il serait important que les nouvelles notions de rôle parental soient ajoutées aux notions existantes plutôt que de les remplacer.

³⁸¹ Voir, par exemple, les Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour les enfants de l'Ontario. Règlement de l'Ontario 391/97, qui concordent avec les Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants.

territoires ne modifient pas leurs lois sur la garde dans le sens des réformes fédérales (et, par conséquent, ne modifient pas non plus leurs lois sur la pension alimentaire), les parents en instance de séparation seront là encore confrontés au problème de l'écart entre les régimes fédéral, provinciaux ou territoriaux. La modification des lois fédérales sans modification semblable aux lois provinciales et territoriales minerait de façon importante les progrès vers l'uniformité des lois sur la pension alimentaire pour enfant par l'adoption des Lignes directrices.

Les autres lois sur la famille

Si les provinces et les territoires abandonnent la terminologie de la garde et du droit de visite, toutes leurs lois sur la famille qui incorporent ces notions devront être réexaminées. Par exemple, la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario prévoit qu'une entente de séparation peut comporter des dispositions qui traitent du droit de garde et de visite. Cette disposition, qui vise le rôle parental après la séparation, pourrait facilement être reformulée pour refléter la terminologie nouvelle de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. Les lois qui traitent spécifiquement de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation pourraient, et devraient, être modifiées pour refléter cette nouvelle terminologie. Les lois qui posent le plus de défis cependant sont celles qui ne visent pas spécifiquement l'exercice des responsabilités parentales après la séparation mais qui visent d'une façon générale les droits et les responsabilités des parents. Nous en discutons ci-après.

Les lois sur la protection de l'enfance

La terminologie de la garde et du droit de visite se retrouve dans le contexte des lois provinciales et territoriales sur le bien-être de l'enfance. Ces lois peuvent varier considérablement d'une administration à l'autre, mais la terminologie de la garde y apparaît souvent. Parfois, elle est employée relativement aux droits des parents dans les poursuites relatives à la protection des enfants. Dans d'autres lois sur la protection des enfants, on utilise la terminologie de la tutelle plutôt que celle de la garde, et la tutelle s'entend de l'ensemble des droits et des obligations des parents à l'égard de leurs enfants. La terminologie de la garde apparaît encore dans les lois sur la protection de l'enfance relativement aux enfants confiés à la garde et à la surveillance des autorités chargées du bien-être de l'enfance.

Par exemple, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario utilise l'expression « garde légitime » d'un enfant à l'égard des enfants qui sont sous la garde de leur père ou de leur mère, ainsi que des enfants sous la garde d'un service de protection de l'enfance. De même, la *Child, Family and Community Services Act* de la Colombie-Britannique, RSBC 1986, chapitre 46, utilise la terminologie de la garde, du soin et de la tutelle. Un enfant confié à la garde de quelqu'un s'entend d'un enfant qui est sous la garde, le soin ou la tutelle d'un service de protection de l'enfance. Le terme « garde » englobe le soin et la tutelle. Selon la définition qu'en donne cette Loi, la tutelle englobe tous les droits, les obligations et les responsabilités d'un parent. Le terme « parent » est défini de façon à inclure toute personne à laquelle la garde d'un enfant a été confiée par un tribunal compétent ou par une entente.

La notion de garde est omniprésente dans le régime de protection de l'enfance, lequel établit le cadre qui permet de placer des enfants, les droits de ces enfants et de leurs parents, de même que les responsabilités des services de protection de l'enfance. La garde est la notion générale qui englobe tant le soin physique que la surveillance légale. Cette notion est employée non

seulement pour décrire les droits et les responsabilités des parents, mais aussi pour décrire ces mêmes droits et responsabilités lorsque les enfants sont confiés aux services de protection de l'enfance. Dans ce contexte, le terme *garde* est une notion beaucoup plus générale que l'expression *exercice des responsabilités parentales après la séparation*. La garde englobe l'ensemble des droits et des responsabilités que peuvent détenir les parents ou les services de protection de l'enfance à l'égard des enfants.

Plusieurs lois sur la protection de l'enfance utilisent la terminologie du droit de visite pour traiter des droits des parents de voir leurs enfants qui sont visés par une ordonnance de soin temporaire³⁸².

Contrairement aux lois sur la famille examinées ci-dessus, les lois sur la protection de l'enfance ne visent pas spécifiquement l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. Elles visent à inclure tous les parents, qu'ils soient célibataires, mariés, en union de fait, séparés ou divorcés. La terminologie qui convient à l'exercice des responsabilités parentales après la séparation peut ne pas convenir à l'exercice de ces responsabilités avant la séparation, et peut ne pas convenir, en particulier, aux règles applicables aux enfants confiés à la garde de l'État. En effet, s'il est un endroit où la notion de garde appliquée aux enfants convient particulièrement bien, c'est assurément dans le contexte des cas d'enfants confiés au soin des institutions de l'État.

Les lois sur la protection de l'enfance requièrent une terminologie qui reflète l'ensemble des droits et des responsabilités à l'égard des enfants. Les dispositions des lois sur la protection de l'enfance qui visent spécifiquement les droits et les responsabilités des parents à l'égard des enfants doivent pouvoir tenir compte de la façon dont la responsabilité parentale peut être partagée après la séparation (par exemple, lorsque les parents partagent le pouvoir décisionnel). Par exemple, en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, un renvoi au père ou à la mère d'un enfant est un renvoi au père et à la mère, si les deux ont la garde de l'enfant, ou au père ou à la mère, selon celui des deux qui a la garde légale de l'enfant. Si la terminologie de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation écarte celles de la garde, il faudra pouvoir déterminer clairement qui est un parent en vertu de cette Loi. La façon la moins compliquée de le faire consisterait à prévoir une disposition déterminative dans le texte législatif qui traite de l'exercice des responsabilités parentales. On pourrait aussi modifier les termes employés pour préciser qu'un parent est une personne qui exerce une responsabilité parentale spécifique à l'égard d'un enfant, par exemple celui auquel la Loi accorde le pouvoir de prendre des décisions. Cependant, il faudrait encore prévoir dans les textes législatifs portant sur la protection de l'enfance des termes qui décrivent l'ensemble des droits et des responsabilités à l'égard des enfants, et plus spécifiquement à l'égard des enfants confiés au soin des services de

³⁸² Voir par exemple, la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba, L.R.M. (1987), et la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario.

protection de l'enfance. Mais il pourra alors s'avérer difficile de trouver des termes qui conviennent dans tous ces contextes³⁸³.

Le recours à la terminologie du droit de visite dans les lois sur la protection de l'enfance pose des dilemmes semblables. Si l'on cherche à écarter la terminologie du droit de visite dans le contexte de la séparation et du divorce, on ne peut supposer que les mêmes considérations s'appliqueront dans le contexte de la protection de l'enfance. Même si, dans les deux cas, le droit de visite traite des droits des parents de visiter leurs enfants lorsque ceux-ci sont confiés à la garde d'une autre personne, la garde par l'État et la garde par un ou l'autre des parents soulève quand même des questions différentes. Un enfant est confié à la garde de l'État parce qu'il doit être protégé contre son père ou sa mère. Un enfant est sous la garde de son père ou de sa mère parce que ses parents sont séparés et qu'une ordonnance ou une entente a déterminé que cette mesure s'imposait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Modifier la terminologie du droit de visite dans le contexte de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation pour affirmer le statut parental et la participation continue des parents à la vie de leurs enfants s'avérera impraticable dans le contexte de la protection de l'enfance.

Une province ou un territoire qui entend mettre de côté les notions de garde et d'accès dans le contexte de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation pourrait s'écarter de ces termes dans les lois sur la protection de l'enfance en les remplaçant par d'autres. Ce ne sont pas toutes les provinces et les territoires qui utilisent les termes de la garde dans les textes législatifs portant sur la protection de l'enfance. Par exemple, au Manitoba, la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* n'emploie pas les termes de la garde mais renvoie plutôt aux « soins apportés à un enfant appréhendé », aux « droits et obligations des parents », à « tuteur temporaire » et à « tuteur permanent »³⁸⁴. Les dispositions législatives sur la protection de l'enfance pourraient être modifiées pour faire usage d'une terminologie semblable, mais il faudra prendre bien soin de s'assurer que cette terminologie est compatible avec celle qui est employée dans les autres dispositions législatives provinciales et territoriales qui concernent les enfants³⁸⁵.

L'adoption

Un certain nombre de lois provinciales et territoriales sur l'adoption emploient aussi la terminologie de la garde. Par exemple, en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, le père et la mère d'un enfant doivent consentir à son adoption, et la loi définit le père ou la mère comme étant « la personne qui, en vertu d'une entente écrite ou d'une

³⁸³ La notion de responsabilité parentale pourrait être employée. Dans les textes législatifs sur la séparation et le divorce, la responsabilité parentale pourrait être définie comme l'ensemble des droits, des devoirs, des obligations et des responsabilités à l'égard des enfants, et pourrait alors englober l'ensemble des droits et des responsabilités à l'égard des enfants. Si la notion de responsabilité parentale est de plus en plus considérée comme une façon appropriée de décrire l'exercice des responsabilités parentales après la séparation, on ne pourrait affirmer clairement qu'elle conviendrait dans le contexte des enfants confiés à la garde de l'État.

³⁸⁴ Cependant, elle emploie la notion d'accès.

³⁸⁵ Dans certaines lois provinciales ou territoriales, la tutelle est employée uniquement en ce qui concerne le pouvoir sur les biens d'un enfant. Dans d'autres cas, elle est employée concernant l'autorité tant sur les biens que sur la personne d'un enfant. En outre, dans certaines lois provinciales, la tutelle englobe les droits et les responsabilités des parents sur leurs enfants. Dans d'autres textes législatifs, elle est employée pour décrire une personne qui n'est pas le père ou la mère d'un enfant, mais qui a été nommée tutrice. L'emploi de la terminologie de la tutelle dépendra alors des acceptions de ce terme dans les autres lois provinciales.

ordonnance du tribunal, ... s'en est vu accorder la garde ou possède un droit de visite »³⁸⁶. Selon le paragraphe 137(5), lorsqu'une société d'adoption place un enfant en vue de son adoption, et que tous les consentements requis ont été donnés, « les droits et responsabilités du père et de la mère relativement à la garde de l'enfant, aux soins à lui donner et à la surveillance dont il doit faire l'objet passent à la société » jusqu'à ce que le consentement soit retiré ou qu'une ordonnance d'adoption soit rendue.

Au Manitoba, la *Loi sur l'adoption*, L.M. (1997), ch. 47, n'utilise pas, dans sa version anglaise, le terme *custody*, et emploie dans sa version française les expressions « soin et surveillance d'un enfant » et « soin et garde d'un enfant ». Par exemple, dans le contexte des adoptions de fait, une requête pour une ordonnance d'adoption peut être faite par un particulier ou un couple qui a eu « le soin et la surveillance d'un enfant » pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans³⁸⁷. De même, avant d'ordonner une adoption, le tribunal doit être convaincu que l'enfant a résidé avec le requérant et que « l'enfant a été confié aux soins et à la garde du requérant »³⁸⁸. La *Loi sur l'adoption* ne donne aucune définition des termes soin, surveillance et garde; cependant, dans la *Loi sur l'obligation alimentaire*, le terme garde est défini comme étant « le soin et la surveillance d'un enfant ».

En Colombie-Britannique, l'*Adoption Act*, RSBC (1996), ch. 5, utilise aussi la terminologie de la garde et du droit de visite. Elle mentionne ainsi les enfants confiés à la garde permanente des services de protection de l'enfance, ainsi que les personnes qui ont le soin et la garde d'un enfant. Cette Loi traite du transfert du soin et de la garde d'un enfant à un organisme de protection de l'enfance, puis de cet organisme à de potentiels parents d'adoption. Selon la Loi, le soin et la garde englobent l'aptitude d'une personne à consentir à des soins de santé pour l'enfant, et à la participation de l'enfant à des activités scolaires, sociales et récréatives. Elle utilise également la terminologie du droit de visite dans le contexte des personnes autorisées à recevoir un avis de demande d'adoption. Toute personne qui a un droit d'accès à un enfant en vertu d'une ordonnance ou d'une entente judiciaire doit recevoir un avis de demande d'adoption.

Comme dans le cas des lois sur la protection de l'enfance, les lois provinciales sur l'adoption doivent pouvoir prendre en compte la façon d'attribuer la responsabilité parentale après la séparation. Si la terminologie de la garde n'est plus employée pour décrire l'attribution du pouvoir de prendre des décisions relatives à l'enfant après la séparation, il sera plus difficile d'utiliser dans les lois sur l'adoption la terminologie de la garde légale pour identifier le parent d'un enfant. Étant donné que l'adoption concerne essentiellement le transfert des parents biologiques aux parents adoptifs de toutes les attributions des parents, il est possible que la loi sur l'adoption puisse faire usage des termes de la responsabilité parentale si cette dernière est définie comme l'ensemble des droits, des devoirs, des obligations et des responsabilités à l'égard des enfants. Un père ou une mère pourraient alors être définis comme la personne qui détient la responsabilité parentale. De façon plus restrictive, le père ou la mère pourraient être définis comme toute personne qui a le pouvoir de prendre des décisions relatives à l'enfant. La question qu'il faudrait alors réexaminer dans les textes législatifs sur l'adoption concernerait simplement

³⁸⁶ Alinéa 137(1)e), *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario.

³⁸⁷ Article 73, *Loi sur l'adoption* du Manitoba.

³⁸⁸ Article 83, *Loi sur l'adoption* du Manitoba.

l'aspect de la responsabilité parentale qui a servi à désigner une personne comme le père ou la mère.

À titre subsidiaire, la législation relative à l'exercice des responsabilités parentales après la séparation pourrait prévoir une disposition déterminative, comme nous l'avons indiqué précédemment. Même si les dispositions déterminatives comportent certains inconvénients, il s'agit d'une façon de procéder qui serait considérablement plus facile que ne le seraient un examen et une réforme exhaustifs des textes législatifs sur l'adoption.

Autres lois utilisant la terminologie de la garde

De nombreuses autres lois provinciales et territoriales utilisent la terminologie de la garde d'un enfant, et cela demandera qu'on les examine si l'on veut abandonner la terminologie de la garde et du droit de visite dans la *Loi sur le divorce* et dans les lois provinciales et territoriales sur la garde. De nombreuses lois provinciales et territoriales prévoient les droits et les obligations d'une « personne ayant la garde légale » d'un enfant. Certaines lois définissent le terme parent comme étant « une personne qui a la garde légale ». Certaines lois utilisent aussi le terme tutelle, qui est défini de façon uniforme, mais qui vise la personne à laquelle la loi accorde des droits et des responsabilités à l'égard d'un enfant. D'autres lois encore utilisent les expressions *garde et surveillance* ou *soin et surveillance* d'un enfant.

Les paragraphes qui suivent font ressortir certaines des nombreuses façons dont les notions de garde et de tutelle confèrent des droits et des responsabilités dans diverses lois provinciales.

Personne ayant la garde légale

En Ontario, un certain nombre de lois confèrent des droits et des responsabilités à une « personne ayant la garde légale » d'un enfant. Par exemple, la *Loi sur le changement de nom*, L.R.O., ch. C.7, exige, pour changer le nom d'un enfant, le consentement de toutes les personnes qui en ont la garde légale. De même, la *Loi sur les statistiques de l'état civil*, L.R.O. 1990, ch. V.1 prévoit que la personne qui détient la garde légale d'un enfant âgé de moins de 12 ans dont la naissance est enregistrée en Ontario peut choisir de changer le prénom ou le nom de famille d'un enfant. Si la garde légale est détenue par deux personnes, le changement ne peut se faire qu'avec l'accord des deux gardiens. La *Loi sur la protection et la promotion de la santé*, L.R.O. 1990, ch. H.7, stipule que le consentement à la communication de renseignements médicaux ne peut être donné que par le père ou la mère d'un enfant ou par une autre personne qui en a la garde légale³⁸⁹. De même, la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* prévoit que les droits et pouvoirs conférés par la Loi peuvent être exercés, si un particulier est âgé de moins de 16 ans, par la personne qui en a la garde légitime.

En Colombie-Britannique, un certain nombre de lois confèrent aussi des droits et des responsabilités à une personne qui a la garde légale. Par exemple, la *Infants Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 223, prévoit que lorsqu'un enfant réside habituellement avec une personne qui n'est pas son père ou sa mère et qui en a la garde légale, alors l'enfant a son domicile chez cette personne. La *Family Relations Act* permet à une personne qui a la garde légale d'un enfant de demander une

³⁸⁹ On trouve des termes semblables quoique légèrement différents dans la *Loi sur les municipalités*, L.R.O., ch. M.45, qui utilise l'expression « quiconque a la garde du mineur ».

ordonnance qui interdit le harcèlement. La *Name Act*, RSBC 1996, ch. 328, prévoit qu'une personne qui a la garde légale d'enfants mineurs issus du mariage peut demander un changement de nom pour les enfants, mais un tribunal doit obtenir le consentement écrit de l'autre parent.

Ces dispositions semblent toutes s'appliquer à des personnes qui ont le pouvoir légal de prendre des décisions à l'égard de l'enfant. Si la terminologie de la garde et de l'accès doit être écartée, il faudra modifier ces dispositions législatives pour l'indiquer de façon explicite, soit que l'on entend traiter du pouvoir légal de prendre des décisions, et non, par exemple, indiquer que l'on désigne le parent cohabitant.

Le soin et la surveillance d'un enfant ou la charge d'un enfant

Certaines lois provinciales ou territoriales confèrent des droits et des responsabilités à des personnes qui ont le soin et la surveillance ou la charge d'un enfant. Au Manitoba par exemple, la *Loi sur la responsabilité parentale*, L.R.M. 1987, ch. 8, définit les expressions « père ou mère » ou « père et mère » comme étant « le père ou la mère biologique d'un enfant ou la personne déclarée être son père ou sa mère [...] s'il en assume la charge ». Aux termes de cette Loi, le père et la mère sont tenus responsables des activités de leurs enfants concernant les biens d'autrui. La Loi n'utilise pas spécifiquement la terminologie de la garde mais plutôt le terme charge (même si d'autres lois du Manitoba définissent la garde comme étant « le soin et la surveillance d'un enfant »³⁹⁰).

La façon d'exprimer l'idée de soin et de surveillance dans le cadre de la notion nouvelle de la responsabilité parentale ne saute pas aux yeux. Il semble que le soin et la surveillance englobent toute la gamme des droits et des responsabilités associés à la garde, tant au plan physique que juridique. En tant que telle, la notion de la responsabilité parentale ne serait pas englobée par l'expression *parent cohabitant*, puisqu'elle ne se limite pas aux soins physiques. Cependant, on ne pourrait non plus affirmer qu'elle est englobée par l'expression *pouvoir de prendre des décisions*, puisqu'elle semble aussi inclure la possibilité de surveiller et de superviser un enfant, une notion qui se rattache au parent cohabitant ou au parent qui prodigue des soins à l'enfant.

Les soins et la garde d'un enfant

On trouve encore dans les lois provinciales l'expression « les soins et la garde d'un enfant ». Par exemple, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, examinée précédemment relativement à la protection de l'enfance et à l'adoption, utilise l'expression « les soins et la garde d'un enfant ». Cette expression est utilisée dans le cadre des ordonnances provisoires rendues à l'égard des enfants pendant l'ajournement des audiences relatives à la protection de l'enfance³⁹¹, pour décrire les pouvoirs associés à la tutelle exercée par une société de protection de l'enfance ou par l'État³⁹², ainsi que pour décrire les ordonnances provisoires rendues dans le

³⁹⁰ Voir, par exemple, la *Loi sur le changement de nom*, L.R.M. 1987, ch. C.50, et la *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20.

³⁹¹ Selon l'article 51 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, le tribunal peut rendre une ordonnance portant sur « les soins et la garde » d'un enfant, peut prévoir que l'enfant soit rendu « aux soins et à la garde » de la personne qui en était responsable avant l'intervention, ou peut prévoir que l'enfant reste « aux soins et à la garde » de la société de protection de l'enfance.

³⁹² Les articles 57 et 63 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* prévoient que la société a « les soins et la garde d'un enfant ».

cadre de l'adoption³⁹³. En Colombie-Britannique, l'*Adoption Act* abordée ci-dessus utilise elle aussi les termes des soins et de la garde pour décrire l'ensemble des droits et des responsabilités du père et de la mère qui sont transférés par l'adoption. Dans ces deux lois, la terminologie des soins et de la garde de l'enfant semble vouloir décrire tant les soins physiques que la charge légale d'un enfant.

La tutelle

Un certain nombre de lois provinciales et territoriales utilisent le terme *tutelle* même si les définitions n'en sont pas uniformes. Parfois, le tuteur est défini comme « la personne qui a la garde légale d'un enfant et qui n'est ni son père ni sa mère » (par exemple, dans la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario). Dans d'autres contextes, le terme tuteur est défini comme la personne autre que le père ou la mère qui a été nommée tutrice de la personne de l'enfant par un tribunal compétent (par exemple, dans la *Loi sur le changement de nom* du Manitoba). Dans la mesure où les définitions de tuteur et de tutelle utilisent la terminologie de la garde, ces définitions nécessiteraient aussi d'être revues.

Résumé

Ces exemples donnent une idée des différentes façons dont les lois provinciales et territoriales utilisent la terminologie de la garde pour conférer des droits et des responsabilités à l'égard d'un enfant. Étant donné que dans les lois existantes, la garde confère un ensemble de droits visant tant les soins physiques que la charge légale d'un enfant, ces lois provinciales et territoriales ne font pas la distinction entre ces deux aspects de la responsabilité parentale. Si les lois qui traitent de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation étaient modifiées pour en écarter la terminologie de la garde et y prévoir spécifiquement ces dimensions distinctes de la responsabilité parentale, il faudrait réexaminer ces lois pour déterminer quelle dimension de la responsabilité parentale est en cause. Est-ce la résidence qui est la dimension importante (par exemple pour la pension alimentaire pour enfant), ou le pouvoir de prendre des décisions (comme pour le changement de nom)? Ou les deux? Puisque la loi a utilisé la terminologie de la garde qui englobe ces deux dimensions de la responsabilité parentale, il n'a pas été nécessaire d'examiner cette question. Toutefois, il faudra nécessairement le faire si l'on veut mettre de côté la terminologie de la garde.

En supposant que les provinces et les territoires s'entendent en principe sur une réforme de leurs lois en fonction de la nouvelle terminologie de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation, chaque province et territoire devra entreprendre un examen de ses lois pour déterminer le sens que les textes législatifs donnent aux termes garde et droit de visite, et pour déterminer s'il y a lieu de modifier ces termes et la façon de le faire. La modification des lois qui ont recours à la terminologie de la garde serait un exercice beaucoup plus complexe que celui qui consisterait simplement à retrouver toutes les lois qui utilisent la terminologie de la garde et à remplacer cette terminologie par la nouvelle terminologie de la responsabilité parentale. Il faudrait plutôt examiner l'objet précis de chaque disposition législative afin de déterminer l'aspect de la responsabilité parentale qui est en cause et la façon de modifier la disposition pour

³⁹³ Voir, par exemple, l'article 154 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* qui permet de placer un enfant « [sous les] soins et sous la garde du requérant » pour une période déterminée.

inclure cet aspect de la responsabilité parentale dans le contexte de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation.

Autres lois

Si, dans les lois examinées à titre d'exemples ci-dessus, le législateur utilise toujours la terminologie de la garde, il se trouve au moins quelques lois qui ne le font pas expressément mais qui exigent quand même que l'on désigne un parent gardien ou une personne qui sera principalement responsable de prodiguer des soins à un enfant. Ces lois pourraient causer des problèmes si l'on veut s'écarter d'un système axé sur la garde dans lequel le parent gardien ou le premier responsable des soins doit être désigné.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la *Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail* offre un exemple d'une loi qui exige effectivement la désignation d'un parent gardien. Cette Loi, qui régit l'aide sociale, ne fournit une aide qu'au seul parent avec lequel réside l'enfant. Les deux parents ne peuvent obtenir de l'aide pour le même enfant, peu importe les mesures qu'ils ont prises concernant sa garde. De plus, la Loi définit de façon arbitraire le parent gardien, ou le premier responsable des soins de l'enfant, comme étant la personne qui reçoit le crédit fédéral d'impôt pour enfant. Si le parent avec lequel l'enfant cohabite ne reçoit pas le crédit fédéral d'impôt pour enfant, il n'est pas admissible à l'aide sociale. Les directives du gouvernement de l'Ontario prévoient de plus que si l'Agence des douanes et du revenu du Canada détermine que le père et la mère sont également responsables des soins de l'enfant, la prestation peut être partagée entre eux, chacun d'eux recevant le crédit d'impôt pendant six mois. Le parent sera admissible à l'aide sociale pour chaque mois au cours duquel il reçoit le crédit d'impôt.

Le problème tient au fait que les arrangements relatifs à la garde conjointe ou au partage des responsabilités parentales prévoient rarement, ou même jamais, des périodes de cohabitation d'un mois. Les ententes de garde conjointe dans lesquelles le parent qui a la garde ou la responsabilité première du soin de l'enfant n'est pas identifiable causent déjà des problèmes pour les parents qui cherchent à obtenir des prestations en vertu de cette Loi. Si l'on adopte un régime parental dans lequel les termes garde et droit de visite sont remplacés par la responsabilité parentale ou le partage de la responsabilité parentale, ces problèmes seront accentués pour les parents qui ont besoin d'aide sociale.

Dans un régime de responsabilité parentale ou de partage de la responsabilité parentale, il pourrait être plus difficile d'identifier la personne qui a la garde ou la responsabilité première des soins; c'est pourquoi un tel régime pose encore plus d'obstacles aux parents qui cherchent à obtenir des prestations d'aide sociale. Cependant, dans les deux régimes, il serait probablement encore possible de désigner un parent cohabitant. L'expression *parent cohabitant* pourrait remplacer l'expression *parent qui a la garde* ou *qui a la responsabilité première des soins* sans compromettre gravement l'intégrité de ces régimes. La grande difficulté se poserait dans les cas de garde physique conjointe où il n'est pas possible d'identifier le parent cohabitant.

La *Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail* révèle également qu'une recherche des termes *garde*, *parent gardien* ou *garde légale* ne révèle pas aisément les conséquences d'un changement de terminologie en ce qui concerne l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. En fait, cette Loi n'utilise pas ces termes, mais l'admissibilité des parents aux

prestations prévues sous le régime de cette Loi pourrait être gravement touchée si l'on adopte un régime de partage de la responsabilité parentale.

CONCLUSION

Dans l'état actuel du droit, le mot *garde* représente l'ensemble des droits et des responsabilités à l'égard des enfants. Ce terme englobe tant la garde physique que la garde légale d'un enfant. Lorsque les lois emploient la terminologie de la garde, il n'est pas nécessaire de préciser les aspects de la responsabilité parentale qui sont en cause puisque la garde englobe tant la résidence de l'enfant que le pouvoir de prendre des décisions à l'égard d'un enfant.

La réforme des règles juridiques relatives à la garde et au droit de visite en fonction soit du modèle de responsabilité parentale ou du modèle de partage de la responsabilité parentale suppose que l'on ne tienne plus compte de l'attribution de cet ensemble de droits et de responsabilités à l'un des parents après une séparation et un divorce. Les deux options de réforme comportent plutôt, à des degrés divers, un démembrement des divers aspects de la responsabilité parentale. Dans un modèle de partage des responsabilités parentales, la résidence, le droit de visite et le pouvoir décisionnel seront attribués séparément en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un modèle de partage des responsabilités parentales, la résidence et le droit de visite seraient attribués en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, et le pouvoir en matière de prise de décisions serait partagé entre le père et la mère sauf si ce partage est contraire à l'intérieur supérieur de l'enfant. Dans ces deux options de réforme, la charge physique et la charge légale ne vont plus automatiquement de pair.

En conséquence de ce démembrement du soin et de la surveillance en vertu de l'une ou l'autre de ces deux options de réforme, il faudrait réexaminer chaque loi qui emploie actuellement la terminologie de la garde pour déterminer de quelle façon, s'il y a lieu, elle peut être modifiée pour la rendre conforme aux changements apportés. Parfois, l'utilisation du mot *garde* indique celui des parents qui a le soin physique de l'enfant. Plus souvent cependant, l'utilisation du mot *garde* semble devoir désigner celui des parents qui a la surveillance légale de l'enfant. Dans le premier cas, il serait possible de modifier les termes de la loi pour y inclure un renvoi au parent cohabitant. Dans le second cas, il serait possible de modifier les termes de la loi pour inclure un renvoi au père, à la mère ou aux deux, selon l'attribution du pouvoir de prise de décisions relatives à l'enfant³⁹⁴.

Les exemples abordés dans cette section visent à faire ressortir les conséquences qu'entraîne, sur une vaste gamme de textes législatifs fédéraux, provinciaux et territoriaux qui ont recours à cette terminologie, le fait de s'écarter de la terminologie de la garde et du droit de visite aux fins de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. Il ne s'agit pas d'un examen

³⁹⁴ Toutefois, même dans ce dernier cas, le changement serait compliqué en raison du fait que, dans un régime comportant une entente parentale, les deux parents pourraient attribuer des aspects spécifiques du pouvoir de prise de décisions. L'un des parents pourrait avoir le pouvoir de prendre des décisions en matière de religion, alors que l'autre pourrait avoir ce pouvoir à l'égard des activités parascolaires. Il n'est pas nécessaire de partager entièrement le pouvoir de prise de décisions. Une entente parentale qui accorde ainsi le pouvoir de prise de décisions pourrait être nécessaire pour déterminer celui des parents qui détient le pouvoir de décisions aux fins des autres lois provinciales et fédérales.

exhaustif de toutes les lois touchées. Il appartiendrait plutôt aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux d'entreprendre une vérification exhaustive de toutes leurs lois qui ont recours à la terminologie de la garde et du droit de visite, et de déterminer si et de quelle façon ces lois pourraient et devraient être modifiées pour refléter la nouvelle terminologie de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. Les exemples examinés ici démontrent qu'on ne peut le faire simplement en remplaçant la terminologie de la garde et du droit de visite par la terminologie propre à l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. La tâche serait beaucoup plus compliquée et comporterait pour chacune de ces lois un examen du contexte de l'utilisation de la terminologie de la garde et des raisons pour lesquelles on l'a utilisée afin de déterminer l'élément de la responsabilité parentale qui est en cause.

De plus, certaines lois au moins ne se prêtent pas à un tel changement. La façon particulière d'utiliser la terminologie de la garde dans le contexte des lois sur la protection de l'enfance, par exemple, pose un défi particulièrement difficile. On ne pourrait affirmer clairement que les textes législatifs visant les enfants confiés à la garde des services de protection de l'enfance se prêteraient particulièrement bien à l'utilisation d'une terminologie qui cherche à promouvoir l'exercice des responsabilités parentales après la séparation. En même temps cependant, il serait important que ces textes législatifs sur la protection de l'enfance puissent tenir compte de la façon dont la responsabilité parentale est partagée entre les parents après une séparation et un divorce.

L'abandon de la terminologie de la garde et du droit de visite pour ce qui est de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation est lourd de conséquences. La façon la plus simple de le faire, qui a été retenue dans un certain nombre d'autres administrations, consisterait à inclure une disposition déterminative générale aux fins des autres lois fédérales, provinciales et territoriales. Ce faisant, la nouvelle terminologie serait restreinte au contexte spécifique de l'exercice des responsabilités parentales après le divorce et n'aurait pas pour effet de modifier l'ensemble des textes législatifs visant les enfants. Toutefois, il serait toujours nécessaire de modifier les lois qui traitent spécifiquement de l'exercice des responsabilités parentales après le divorce. Les lois qui traitent de la pension alimentaire pour enfant, de l'exécution du droit de garde et de l'enlèvement d'enfant visent toutes spécifiquement l'exercice des responsabilités parentales après le divorce. Il serait nécessaire de rendre ces lois compatibles avec la nouvelle terminologie de l'exercice des responsabilités parentales après le divorce dans la *Loi sur le divorce* et les lois provinciales et territoriales connexes.

VI INCIDENCE DE LA RÉFORME SUR LES ORDONNANCES ET LES ENTENTES EXISTANTES

Toute réforme du régime actuel de la garde et du droit de visite doit tenir compte de l'incidence de cette réforme sur les ordonnances et les ententes existantes. Il serait important d'indiquer clairement que la réforme n'a aucun effet rétroactif et que les nouvelles mesures législatives ne constituent pas un changement important de la situation qui justifierait une modification d'une ordonnance ou d'une entente existante. Autrement, le projet de réforme minerait un de ses objectifs les plus fondamentaux, celui de réduire les conflits et les litiges entre les parents. Si la réforme législative constituait un motif justifiant une ordonnance modificatrice, toutes les ordonnances et les ententes de garde et de droit de visite existantes pourraient faire l'objet d'une révision, ce qui entraînerait probablement une augmentation phénoménale du nombre des demandes en modification judiciaire dans des cas où la situation n'a pas subi d'autres changements. Cela serait contraire à l'intérêt supérieur des enfants en cause et aux objectifs que vise la réforme, de promouvoir l'intérêt supérieur des enfants, d'encourager la coopération des parents et de réduire les conflits.

VIII CONCLUSION

Les trois options de réforme comportent leurs avantages et leurs inconvénients relatifs. Chaque option peut promouvoir certains des objectifs de la réforme, mais chacune a aussi ses limites. L'examen qui suit tente de faire ressortir les *différences* entre les modèles et d'attirer l'attention sur les choix qui s'imposent sur le plan des politiques, compte tenu de ces différences.

LA TERMINOLOGIE

Les différences entre les trois options de réforme sont d'abord et avant tout des différences de terminologie. La garde et le droit de visite, la responsabilité parentale et le partage des responsabilités parentales proposent trois façons très différentes de formuler et de concevoir l'exercice des responsabilités parentales après la séparation et après le divorce.

La terminologie de la garde et du droit de visite de la première option offre l'avantage de la stabilité, mais son inconvénient tient à ce qu'elle est chargée d'émotivité et empreinte d'une mentalité du « tout ou rien » ou du « tout au vainqueur ».

Comme nous l'avons indiqué précédemment, cette approche du « tout au vainqueur » ne semble pas concorder avec les tendances présentes du droit. Au cours des dix dernières années, les tribunaux ont accru les droits des parents qui n'ont pas la garde et ont favorisé la promotion de la participation continue du père et de la mère à la vie de leurs enfants. Les parents qui n'ont pas la garde ne sont plus exclus complètement d'une participation à la vie de leurs enfants. Toutefois, malgré ce changement, la perception sociale semble reléguer les parents qui n'ont pas la garde à un statut de parent de second ordre.

On ne saurait affirmer qu'une réforme du modèle de la garde et du droit de visite pourrait faire disparaître cette perception sociale. Le problème est devenu un problème de terminologie. À ce titre, seul l'abandon de la terminologie de la garde et du droit de visite semble offrir une solution valable au problème. Le rythme de ce changement ne fait que s'accélérer et les administrations sont de plus en plus nombreuses à remplacer la terminologie de la garde et du droit de visite par des termes plus appropriés.

Par conséquent, les modèles axés sur la responsabilité parentale et sur le partage des responsabilités parentales ont l'avantage d'écarter la terminologie chargée d'émotivité de la garde et du droit de visite. Tous deux cependant comportent des inconvénients : l'incertitude et l'ambiguïté qu'engendre le changement législatif, ainsi que les vastes répercussions sur les autres lois fédérales et provinciales.

La terminologie du partage des responsabilités parentales dans la troisième option comporte comme inconvénient supplémentaire la connotation négative déjà associée à l'expression elle-même : elle s'apparente trop à la terminologie de la garde conjointe, et elle est associée de trop près aux groupes de défense des droits des pères. Elle a aussi l'inconvénient de créer une profonde confusion, puisque cette expression n'est pas utilisée d'une façon claire et uniforme. Pour certains, elle désigne la garde légale conjointe, pour d'autres elle désigne la garde physique conjointe, et pour d'autres encore elle signifie simplement que les parents continuent d'être des

parents. Il s'agit d'une expression très controversée et les efforts en vue de la préciser pourraient se heurter à une résistance généralisée. On ne saurait affirmer que parmi les options proposées, cette terminologie soit la plus axée sur les enfants dans la mesure où elle reste centrée sur les droits des parents plutôt que sur leurs responsabilités.

Parmi ces trois options de réforme, la responsabilité parentale offre la notion la plus neutre. Elle n'a ni la connotation négative de la garde et du droit de visite, ni les connotations négatives du partage des responsabilités parentales. C'est une expression qui vise à rendre l'idée que la responsabilité parentale subsiste après la séparation et le divorce, sans imposer les conditions de cette responsabilité. C'est l'expression qui rend le mieux la nouvelle approche, axée sur les enfants, de l'exercice des responsabilités parentales après le divorce, approche qui souligne le maintien des responsabilités tant du père que de la mère et qui offre le plus de souplesse au moment de concevoir des ententes parentales adaptées aux besoins uniques de chaque famille.

ÉTABLIR L'ÉQUILIBRE ENTRE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT ET LA RESPONSABILITÉ PARENTALE

Le régime actuel de la garde et du droit de visite peut être modifié de façon à mieux promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant en prévoyant une définition plus élaborée de cet intérêt, en mentionnant les ententes parentales et les services connexes au divorce, et en attirant spécifiquement l'attention sur l'importance de la violence, des conflits graves et de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. Cette option de réforme pourrait tenter de promouvoir la notion de responsabilité parentale (par l'inclusion d'une liste des responsabilités parentales), mais la tension subsiste entre cette notion et un régime qui continue de s'appuyer sur la terminologie de la garde et du droit de visite. Cette terminologie continue à favoriser la mentalité du « tout ou rien » que l'idée de la responsabilité parentale cherche à écarter.

Un régime neutre de responsabilité parentale serait conçu de façon à exiger que les responsabilités des parents soient réparties entre eux en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pareil régime ne contiendrait aucune présomption quant à la façon de répartir la responsabilité parentale, ni quant à quel type prédéfini d'entente parentale serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Plutôt, dans chaque cas, la responsabilité parentale pourrait être attribuée en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les critères de définition de l'intérêt supérieur pourraient être généraux ou spécifiques. Un régime pourrait simplement prévoir une liste générale de facteurs à prendre en compte au moment de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Ou encore, le régime pourrait préciser les facteurs à prendre en compte au moment de répartir les aspects précis de la responsabilité parentale en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'un ou l'autre régime pourrait exiger que la responsabilité parentale soit examinée et répartie dans chaque cas en particulier, par entente entre les parents ou par ordonnance, en fonction de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Un régime de partage de la responsabilité parentale serait conçu en partant de l'hypothèse que tel type d'entente parentale est, en règle générale, favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant. On supposerait au départ que le partage de certains aspects précis de la responsabilité parentale est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit d'un régime qui part de l'hypothèse que la responsabilité parentale devrait être partagée, et il faudrait démontrer que tout changement apporté à ce partage est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. On pourrait soit inclure une liste

générale des facteurs à prendre en compte au moment de décider qu'il faut s'écarter du principe du partage, soit préciser les circonstances particulières dans lesquelles un partage des responsabilités parentales ne serait pas opportun.

Ainsi, les options deux et trois semblent caractérisées par un équilibre très différent entre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le principe de la responsabilité parentale. Dans l'option deux, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est utilisé pour répartir la responsabilité parentale dans chaque cas, et ce critère reste la pierre angulaire de toutes les décisions en matière d'ententes parentales. Dans l'option trois, il est établi au départ qu'une répartition précise de la responsabilité parentale (c'est-à-dire une répartition partagée) est dans l'intérêt supérieur des enfants, et le critère de l'intérêt supérieur est alors utilisé dans chaque cas en particulier pour justifier que l'on y déroge. L'option trois élève le principe de la responsabilité parentale en déterminant à l'avance qu'un type particulier d'entente parentale est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Sans déplacer entièrement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'option trois utilise le critère de l'intérêt supérieur pour justifier que l'on s'écartere du principe général du partage des responsabilités parentales.

Le choix entre les options deux et trois dépend alors de la question de savoir si un type particulier d'entente parentale, dans laquelle certains aspects de la responsabilité sont partagés, peut être de façon générale considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ce choix présuppose un certain nombre d'autres choix sur le plan des politiques.

D'abord, le cadre législatif doit-il supposer que certains types particuliers d'ententes parentales sont généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ou doit-il s'abstenir de toute supposition en ce sens? Si le cadre législatif rejette les présomptions législatives et reconnaît qu'il n'y a pas de modèle particulier d'exercice des responsabilités parentales après la séparation qui serait idéal pour tous les enfants, alors l'option deux serait l'option préférée. Si le cadre législatif permet de reconnaître qu'un modèle en particulier de certains aspects de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation serait généralement dans l'intérêt supérieur de tous les enfants, ce qui serait effectivement une présomption législative, alors l'option trois serait l'option préférée.

En deuxième lieu, le choix exige que l'on comprenne clairement les aspects spécifiques de la responsabilité parentale qui doivent, dans l'option trois, être partagés. Avant de déterminer si l'on peut affirmer qu'une entente parentale en particulier est généralement dans l'intérêt supérieur des enfants, il est essentiel que l'on comprenne clairement et que l'on accepte le sens de cette entente. L'entente comporte-t-elle un partage du pouvoir de prendre des décisions? La prise de décisions importantes ou moins importantes? La cohabitation? Ces points doivent être établis clairement et précisément.

LE POUVOIR DE PRENDRE DES DÉCISIONS

Le régime actuel de la garde et du droit de visite en vertu de la *Loi sur le divorce* permet les ordonnances de garde exclusive et conjointe. Dans la garde exclusive, le pouvoir de prendre des décisions appartient au parent qui a la garde. Le parent qui a des droits de visite a le droit de demander et d'obtenir des renseignements concernant la santé, l'éducation et le bien-être de l'enfant. Dans les ordonnances de garde conjointe, le pouvoir de prendre des décisions est

partagé entre le père et la mère. Les réformes possibles à l'intérieur du régime existant ne changeraient pas de façon importante la manière dont le pouvoir de décision pourrait, ou devrait, être réparti entre les parents. Les parents auraient la liberté de convenir d'ententes de garde conjointe dans lesquelles la prise de décisions serait partagée. Toutefois, dans les dossiers contestés, les tribunaux continueraient à être appelés à trancher des litiges et, étant donné qu'ils hésitent à ordonner la garde conjointe dans les dossiers contestés, la décision prendrait vraisemblablement la forme d'ordonnances de garde exclusive avec droits de visite.

Deux mesures de réforme à l'intérieur du régime existant de garde et de droit de visite pourraient influencer la façon d'attribuer le pouvoir de prendre des décisions. Premièrement, l'ajout d'ententes parentales facultatives pourrait encourager les parents à conclure des ententes parentales qui évitent la terminologie de la garde et du droit de visite et qui offrent une plus grande souplesse dans l'attribution du pouvoir de prise de décisions. Ensuite, l'ajout de services reliés au divorce qui encouragent le règlement à l'amiable des litiges pourrait inciter plus de parents à conclure de telles ententes. Ces deux mesures pourraient effectivement inciter les parents à envisager des ententes parentales qui s'écartent du modèle strict de la garde et du droit de visite, et cela permettrait à tout le moins une plus grande souplesse dans l'attribution du pouvoir de prise de décisions. Toutefois, les deux mesures seraient entièrement facultatives et dépendraient de l'accord des parties. Dans les dossiers contestés, le tribunal pourrait toujours trancher le litige en utilisant la terminologie de la garde et du droit de visite.

Un régime de responsabilité parentale serait conçu de manière à ce que le pouvoir de prise de décisions soit réparti entre les parents en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. On ne supposerait pas à l'avance qu'un type particulier d'attribution du pouvoir de prise de décisions est toujours ou généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le pouvoir de prise de décisions pourrait être partagé, divisé ou accordé à un seul des parents. Les parents et les tribunaux pourraient prendre cette décision en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas. Comme dans le cas de la responsabilité parentale en général, les critères pour attribuer le pouvoir de prise de décisions pourraient être généraux ou spécifiques. Ils pourraient être régis par une liste générale de facteurs prévus par la loi qu'il faudrait prendre en compte au moment de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Ou encore, ils pourraient être régis par une liste de facteurs plus spécifiques visant spécialement l'attribution du pouvoir de prise de décisions.

Un régime de partage des responsabilités parentales pourrait être conçu en partant du principe que le pouvoir de prise de décisions devrait généralement être partagé entre les parents. Il est fort probable que le pouvoir de prise de décisions serait l'aspect de la responsabilité parentale qui retiendrait particulièrement l'attention dans ce modèle, et qu'on y insisterait pour qu'il soit partagé entre les parents. Ce régime présupposerait que l'intérêt supérieur de l'enfant est généralement bien servi si le pouvoir de prise de décisions est partagé entre les parents. Toute dérogation au partage du pouvoir de prise de décisions devrait être justifiée dans chaque cas en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un régime de partage de la responsabilité parentale pourrait comporter une liste spécifique de situations pouvant justifier que l'on s'écarte de ce partage du pouvoir de prise de décisions.

Là encore, on constate que les options deux et trois réservent un rôle différent au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'option deux, le pouvoir de prise de décisions est

entièrement attribué dans chaque cas en fonction du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'option trois, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant prédétermine le partage du pouvoir de prise de décisions, et toute dérogation au partage de la responsabilité parentale doit alors être justifiée dans chaque cas en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Comme nous l'avons indiqué à l'occasion de l'examen général de la responsabilité parentale auquel nous nous sommes livrée, le choix entre l'option deux et l'option trois devient alors un choix sur la question de savoir si le partage du pouvoir de prise de décisions peut généralement être considéré comme étant dans l'intérêt supérieur des enfants. D'abord et avant tout, le choix dépend de ce que la *Loi sur le divorce* devrait inclure ce qui, en fait, est une présomption légale en faveur d'un type particulier d'attribution en particulier du pouvoir de prise de décisions.

En deuxième lieu, ce choix exigerait une définition claire et acceptée de la façon précise dont serait partagé le pouvoir de prise de décisions en vertu de l'option trois. Est-ce que seules les décisions importantes (en matière de santé, d'éducation et de religion) seraient prises en commun? Est-ce que la prise de décisions devrait être conjointe ou indépendante? Comment faudrait-il attribuer et exercer le pouvoir de prise des décisions courantes?

LA COHABITATION ET L'ACCÈS

Les réformes au régime actuel de la garde et du droit de visite ne modifieraient pas de façon importante la façon d'attribuer la cohabitation et l'accès. Le parent qui a la garde conserverait la cohabitation, et le parent qui détient les droits de visite conserverait l'accès. La réforme pourrait préciser davantage le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant en fonction duquel sont prises les décisions concernant la cohabitation et l'accès. L'ajout d'une mention des ententes parentales pourrait encourager certains parents à conclure des ententes qui attribuent les périodes de cohabitation de l'enfant sans recourir à la terminologie de la garde et du droit de visite. Cependant, dans les dossiers contestés, la cohabitation et l'accès continueraient d'être attribués respectivement au parent qui a la garde et au parent qui détient les droits de visite.

Dans un régime de responsabilité parentale, la cohabitation et l'accès seraient décidés et répartis entre les parents en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Là encore, les critères pourraient être généraux ou spécifiques.

Dans un régime de partage des responsabilités parentales, il faudrait aussi décider et attribuer la cohabitation et l'accès en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Peu de personnes préconisent un régime de partage des responsabilités parentales qui exigerait cohabitation partagée, ou une répartition égale des périodes de cohabitation entre le père et la mère³⁹⁵. Plutôt, dans un régime de partage des responsabilités parentales, il faudrait vraisemblablement que le pouvoir de prise de décisions soit partagé entre les parents, mais il faudrait encore que les périodes de cohabitation de l'enfant soient réparties entre les parents.

³⁹⁵ Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le Comité spécial mixte, note 1 *supra*, n'a pas recommandé la cohabitation partagée.

À cet égard, les options deux et trois sont très semblables. Toutes deux exigent l'établissement de critères pour attribuer au parent qui n'a pas la garde les modalités de l'accès et les périodes de cohabitation avec l'enfant.

Toutefois, les deux options comportent certaines différences selon la façon dont on aborde l'accès. Selon un principe directeur de la réforme, les enfants devraient avoir la possibilité d'entretenir des rapports significatifs tant avec leur père qu'avec leur mère après la séparation et le divorce. Les trois options de réforme doivent donc permettre et favoriser cet accès. Cependant, dans les options un et deux, les décisions concernant l'accès doivent être prises dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce critère de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait comprendre un énoncé général au sujet du caractère positif du contact de l'enfant avec ses parents. Cependant, il faudrait établir un juste équilibre entre ce facteur et un certain nombre d'autres facteurs. Dans l'option trois, l'accent mis sur le partage des responsabilités parentales laisse supposer un penchant encore plus fort ou une présomption en faveur de l'accès. Selon le principe même du partage des responsabilités parentales, tant le père que la mère devraient avoir avec leurs enfants des rapports significatifs et continus. Cela suppose que ce modèle de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation est généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Même si l'on n'inscrit pas dans le cadre législatif une présomption en faveur de l'accès, il s'agit d'un modèle de réforme qui comporterait un penchant très fort en faveur de l'accès. Dans un régime de partage des responsabilités parentales, il faudrait établir que toute dérogation à ce penchant en faveur de l'accès est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit là encore d'un exemple concret du juste équilibre à établir entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la responsabilité parentale. Dans les options un et deux, la responsabilité parentale, y compris l'accès, est attribuée en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'option trois, une attribution particulière de la responsabilité parentale est supposée être dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il faut établir dans chaque cas qu'il y va de l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas respecter cette attribution.

VIOLENCE, CONFLITS GRAVES ET EXERCICE INADÉQUAT DES RESPONSABILITÉS PARENTALES

Chacune des options proposées pourrait favoriser de façon significative l'objectif de la protection des enfants contre les préjudices si l'on inscrit dans le cadre législatif les dispositions qui s'imposent.

Le régime de la garde et du droit de visite pourrait être amélioré par l'ajout d'une mention de la violence, des conflits graves et de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales. Un régime de responsabilité parentale pourrait prendre ces facteurs en considération lors de l'attribution de la responsabilité parentale dans les ordonnances et les ententes parentales. Un régime de partage des responsabilités parentales pourrait également prendre ces facteurs en considération afin de restreindre la présomption en faveur du partage des responsabilités parentales. En particulier, la violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales pourraient être signalés comme des facteurs susceptibles de limiter la présomption en faveur du partage du pouvoir de prise de décisions.

La mesure dans laquelle ces modèles permettraient de protéger les enfants contre ces préjudices dépendrait moins du modèle retenu et davantage de la mesure dans laquelle le cadre législatif

précise la façon de tenir compte de ces facteurs. Les trois options pourraient préciser la façon de tenir compte de ces facteurs dans l'attribution de la responsabilité parentale dans les ordonnances et les ententes parentales.

S'il est important que ces facteurs soient incorporés dans les trois options de réforme, il est particulièrement crucial d'indiquer dans l'option trois que ces facteurs limitent une présomption en faveur du partage des responsabilités parentales. Le partage des responsabilités parentales n'est pas dans l'intérêt supérieur des enfants qui ont connu la violence, les conflits graves ou l'exercice inadéquat des responsabilités parentales, et le cadre législatif doit veiller à ce que les enfants de ces familles ne se retrouvent pas par mégarde dans une situation de partage des responsabilités parentales.

LES ENTENTES PARENTALES

Les trois modèles pourraient incorporer des ententes parentales dans les régimes législatifs, en particulier les ententes parentales facultatives, dans lesquelles les parents sont incités à s'entendre sur l'exercice des responsabilités parentales après le divorce. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les trois options pourraient adopter des approches très similaires sur les questions du contenu, des critères d'examen, des restrictions et de la modification de ces ententes facultatives. Tel qu'on l'a déjà indiqué, l'inclusion d'ententes parentales sur une base facultative comporte très peu d'aspects négatifs, sauf dans le cas où ces ententes ne sont pas respectées.

Cependant, les trois options ne sont pas sur un pied d'égalité en ce qui concerne les ententes parentales obligatoires. Un régime obligatoire dans lequel tous les parents en instance de séparation ou de divorce sont tenus de produire des ententes parentales serait plus compatible avec un régime neutre de responsabilité parentale. L'entente parentale part du principe qu'il s'agit d'un moyen souple pour permettre aux parents d'adapter leurs ententes parentales en fonction des besoins particuliers de leurs enfants. On ne suppose pas à l'avance une façon dont la responsabilité parentale doit être attribuée mais on permet aux parents (et, s'ils ne s'entendent pas, aux tribunaux) de prendre cette décision en fonction de l'évaluation qu'ils font de l'intérêt supérieur de leurs enfants.

Par contre, un régime obligatoire serait le moins compatible avec le régime actuel fondé sur la garde et le droit de visite. Un régime obligatoire d'ententes parentales vise à encourager les parents, au moment de répartir entre eux leur responsabilité parentale, à prévoir les situations qui vont au-delà des catégories restrictives de la garde et du droit de visite. Dans les dossiers contestés, rien n'inciterait les parents à faire des efforts en ce sens si, à l'issue du processus, le tribunal devait prendre la décision en fonction de la garde et du droit de visite. Un régime facultatif cependant pourrait encourager les parents, même en cas de litige, à répartir entre eux la responsabilité parentale d'une façon plus inventive que les notions de garde et de droit de visite ne semblent le permettre.

Un régime de partage des responsabilités parentales pourrait englober un régime obligatoire, même si la chose n'est pas tout à fait compatible avec l'idée d'encourager les parents à négocier leurs propres ententes parentales adaptées aux besoins uniques de leurs enfants. Un régime de partage des responsabilités parentales part de l'hypothèse qu'une partie au moins de la responsabilité parentale, la plupart du temps la prise de décisions, devrait être partagée. Une

entente obligatoire dans un régime de partage de la responsabilité parentale devrait par conséquent partir d'une hypothèse que ce pouvoir principal de prise de décisions est généralement partagé entre les parents, et devrait ensuite permettre aux parents de négocier tous les autres détails de leurs ententes parentales.

LES SERVICES CONNEXES AU DIVORCE

Chacun des modèles peut préconiser l'objectif de promouvoir le règlement à l'amiable des litiges en incorporant un renvoi aux services connexes au divorce. Dans les trois modèles, des restrictions au niveau des administrations et du financement peuvent faire obstacle à la prestation obligatoire de services connexes au divorce mais les trois modèles devraient prévoir des dispositions qui encouragent le recours à ces services. Chaque modèle pourrait prévoir un service d'éducation parentale offert sur une base facultative ou sur l'ordre du tribunal. Chaque modèle pourrait également mentionner la possibilité d'obtenir des services de médiation, et pourrait permettre au tribunal de nommer un médiateur lorsque les parties y consentent.

Une approche fondée sur les ententes parentales obligatoires pourrait être conçue spécialement en vue d'encourager les parents en instance de séparation et de divorce à utiliser la médiation, le counselling ou quelque autre mécanisme primaire de règlement des conflits en vue de faciliter la négociation de leurs ententes parentales. Mais même dans une approche fondée sur les ententes parentales obligatoires, le recours à des processus primaires de règlement des conflits devrait rester facultatif ou être imposé par un tribunal.

En ce qui concerne ces services connexes au divorce, il n'y a toutefois pas de différences importantes entre les trois options.

LES ATTENTES RAISONNABLES DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

Il serait illusoire de chercher à évaluer les différences entre ce que chaque option de réforme est susceptible d'accomplir. Comme nous l'avons indiqué précédemment, aucune des options proposées ne permet d'atteindre tous les objectifs souhaités. Cette dernière section tente d'évaluer dans quelle mesure chaque modèle pourrait favoriser l'atteinte des objectifs et des principes directeurs de la réforme. Elle présente en conclusion certaines observations au sujet des limites générales des mesures de réforme législative envisagées.

La garde et le droit de visite

Un régime qui continue de se fonder sur la garde et le droit de visite favorisera certains des objectifs de la réforme mais pas tous.

Le régime de la garde et du droit de visite pourrait être modifié pour mieux promouvoir le recours au règlement à l'amiable des conflits. Les services d'aide en matière de divorce pourraient être incorporés dans la *Loi sur le divorce*. En plus d'une déclaration générale encourageant les parents à envisager le règlement à l'amiable des litiges, un programme d'éducation des parents pourrait être prévu à la discrétion du tribunal là où il est offert. La médiation et les autres mécanismes primaires de règlement des conflits pourraient être incorporés sur une base facultative. La *Loi sur le divorce* pourrait aussi prévoir des ententes parentales sur

une base facultative, ce qui encouragerait les parents à conclure des ententes parentales. Ces mesures favoriseraient l'atteinte des objectifs de la réforme qui consistent à encourager les parents à régler dans la mesure du possible leurs conflits à l'amiable. À certains égards, ces mesures reflètent tout simplement la pratique courante, mais le fait de les inclure dans la *Loi sur le divorce* pourrait promouvoir les objectifs éducatifs et incitatifs de la réforme, à savoir établir des normes et des principes généraux pour guider les parents en instance de séparation et de divorce à travers le processus de règlement des litiges.

Le régime de la garde et du droit de visite pourrait être modifié pour favoriser les objectifs de la protection des enfants contre les préjudices, en particulier la violence, les conflits et l'exploitation. La *Loi sur le divorce* pourrait être modifiée par l'ajout d'une mention spécifique de la violence, des conflits graves et de l'exercice inadéquat des responsabilités parentales au moment d'envisager l'intérêt supérieur de l'enfant et de prononcer des ordonnances de garde et de droit de visite et de conclure des ententes parentales.

Dans le régime de garde et de droit de visite, l'intérêt supérieur de l'enfant reste primordial. Le régime pourrait être amélioré si l'on précisait en quoi consiste l'intérêt supérieur de l'enfant. Si le fait de mieux orienter les parents, les professionnels et les tribunaux au sujet des facteurs spécifiques à prendre en compte peut être bénéfique au plan éducatif, cette réforme ne permettra pas de rendre plus prévisible l'issue des conflits entre les parents, et il est peu probable qu'elle réduise de façon importante le niveau des conflits.

De même, une liste des responsabilités parentales pourrait être ajoutée à ce régime, ce qui pourrait avoir une certaine valeur éducative et incitative en encourageant les parents à porter leur attention sur les besoins spécifiques de leurs enfants. Toutefois, comme nous l'avons indiqué, une telle liste des responsabilités parentales cadre bien mal avec un régime qui repose ultimement sur la garde et le droit de visite. La mesure dans laquelle ce régime de garde et de droit de visite permet de reconnaître que les responsabilités parentales subsistent après la séparation et le divorce et que le père et la mère devraient continuer à participer à la vie de leurs enfants reste entachée d'obscurité. Même si le principe peut être énoncé dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la notion dominante dans la garde et le droit de visite semble restreindre la possibilité que ce régime favorise ces objectifs.

La responsabilité parentale

Un régime de responsabilité parentale pourrait favoriser plusieurs des objectifs de la réforme. D'abord et avant tout, il s'agit d'un régime qui s'écarte des notions contestées de la garde et du droit de visite. Il s'agit d'un régime susceptible de contribuer à atténuer l'émotivité dans les litiges entre les parents en évitant les étiquettes indicatrices d'un statut parental de première ou de seconde classe. Il s'agit d'un régime qui favoriserait l'objectif consistant à affirmer le statut de parent tant pour le père que pour la mère.

Il s'agit en outre d'un régime qui insiste sur la notion de responsabilité des parents plutôt que sur la notion de droit des parents et qui fait ressortir que cette responsabilité subsiste après la séparation et le divorce. Non seulement ce régime affirme que les parents doivent continuer à participer à la vie de leurs enfants, mais il insiste aussi sur les dimensions particulières des responsabilités des parents. Il s'agit d'une démarche axée sur l'enfant, qui tente d'attirer l'attention sur les besoins des enfants.

Comme dans le cas du régime de la garde et du droit de visite, un régime de responsabilité parentale pourrait englober et favoriser le recours aux services d'aide au divorce et les ententes parentales. Ainsi, la réforme pourrait favoriser les objectifs consistant à promouvoir le règlement à l'amiable des litiges et à encourager les parents à régler leurs litiges avec le moins d'antagonisme possible et sans recourir aux tribunaux.

En outre, un régime de responsabilité parentale pourrait favoriser l'objectif consistant à protéger les enfants contre la violence, les conflits et les mauvais traitements. Le régime pourrait préciser avec soin la pertinence de ces facteurs au moment d'attribuer dans les ordonnances et les ententes parentales la responsabilité parentale.

Un régime de responsabilité parentale pourrait aussi favoriser l'objectif consistant à reconnaître qu'il n'y a pas de modèle unique de l'exercice des responsabilités parentales après la séparation qui conviendrait idéalement à tous les enfants. Un modèle neutre de responsabilité parentale ne suppose pas à l'avance la manière d'attribuer la responsabilité parentale mais permet plutôt d'attribuer cette responsabilité, dans les ordonnances et les ententes parentales, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit d'un modèle qui fait place à la souplesse et à la diversité. Il s'agit aussi d'un modèle dans lequel l'intérêt supérieur de l'enfant reste primordial : dans tous les cas, l'attribution de la responsabilité parentale doit être fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le partage des responsabilités parentales

Un régime de partage des responsabilités parentales pourrait favoriser certains des objectifs de la réforme. Il s'agit d'un régime qui s'écarte de la terminologie contestée de la garde et du droit de visite et qui affirme le maintien du statut de parent tant pour le père que pour la mère. C'est un régime qui peut favoriser l'objectif consistant à reconnaître que l'enfant bénéficie du maintien et du développement de relations significatives tant avec son père qu'avec sa mère. Selon le principe même de ce modèle, non seulement l'exercice de la responsabilité parentale continue après la séparation et le divorce mais il doit aussi être partagé.

Un régime de partage des responsabilités parentales peut également englober et encourager le recours aux services d'aide connexes au divorce et aux ententes parentales. Envisagé de cette façon, c'est un modèle qui favorise les objectifs consistant à promouvoir le règlement à l'amiable des litiges et à encourager les parents à régler leurs litiges avec le moins d'antagonisme possible et sans recourir aux tribunaux.

Un régime de partage des responsabilités parentales peut favoriser l'objectif consistant à protéger les enfants contre les préjudices s'il précise avec soin les circonstances justifiant que l'on s'écarte du principe du partage. Si la loi ne le précise pas, les enfants qui ont connu la violence, les conflits graves et l'exercice inadéquat des responsabilités parentales pourraient être assujettis à des ententes de partage des responsabilités parentales susceptibles d'être extrêmement dommageables pour eux.

Il ne semble pas cependant qu'un régime de partage des responsabilités parentales puisse favoriser l'objectif consistant à reconnaître qu'il n'y a pas de modèle unique d'exercice des responsabilités parentales après la séparation qui sera idéal pour tous les enfants. Ce régime

suppose plutôt qu'un mode particulier d'exercice des responsabilités parentales dans lequel la prise de décisions est partagée est généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En fait, on ne pourrait affirmer qu'il s'agit d'un modèle dans lequel l'intérêt supérieur de l'enfant est toujours primordial. Il s'agit plutôt d'un modèle qui suppose qu'une attribution particulière de la responsabilité parentale est généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il exige que toute dérogation à cette attribution soit justifiée. Certes, il s'agit d'un modèle qui continue de respecter la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais qui ne traite pas au cas par cas des intérêts particuliers à chaque enfant. Il suppose plutôt que le partage de la prise de décisions est généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. On comprend donc de façon légèrement, et peut être subtilement, différente le sens qu'il faut donner à la primauté du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. En même temps, il importe de signaler que pour l'attribution des autres aspects de la responsabilité parentale, spécifiquement la cohabitation, il s'agit d'un modèle qui continue de reposer sur une détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas.

Les limites de la réforme

La réforme a pour objectifs généraux de réduire les conflits entre les parents, d'encourager la coopération des parents et de promouvoir des relations significatives entre les enfants et leurs parents tout en protégeant les enfants contre les préjudices. Les objectifs visent à améliorer le processus de règlement des conflits en encourageant les parents à conclure des ententes dans l'harmonie. Les objectifs visent aussi à améliorer l'exercice des responsabilités parentales après la séparation et le divorce, à encourager la participation continue et la coopération des deux parents.

D'autres administrations ont visé des objectifs similaires, et leur expérience à l'occasion d'une multitude de réformes en matière de garde et de droit de visite laisse croire qu'il est loin d'être facile de réaliser des changements en profondeur.

La réforme du droit peut faire miroiter de grandes promesses pour ce qui est d'améliorer le processus de règlement des conflits. Un régime légal peut être plus ou moins antagoniste, et il semble très valable de tenter de modifier la *Loi sur le divorce* pour promouvoir un processus judiciaire plus conciliant pour le règlement des litiges entre les parents. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les trois options de réforme peuvent prévoir un renvoi aux services d'aide connexes au divorce qui encourage le recours au règlement primaire des litiges. On ne saurait affirmer qu'un tel renvoi se traduira par une transformation en profondeur de la méthode actuelle de règlement des litiges entre les parents; cette méthode compte déjà beaucoup sur l'éducation, la médiation et le counselling pour aider les parents à conclure des ententes parentales sans recourir à une action en justice. Ce sont peut-être les multiples réformes de la procédure et les nouveaux services en matière de divorce instaurés par les gouvernements provinciaux, territoriaux et fédéral au cours des dernières années qui offrent le plus de possibilités de poursuivre sur la voie d'une meilleure collaboration pour le règlement des litiges. Toutefois, il reste toujours valable de modifier la *Loi sur le divorce* pour mieux refléter et, par conséquent, approuver symboliquement cette façon de faire.

Pour ce qui est de la terminologie des litiges entre les parents, il se peut qu'en écartant la terminologie de la garde et du droit de visite, on facilite aussi la promotion d'un régime juridique moins antagoniste. L'expression « partage des responsabilités parentales » est elle aussi

controversée et conflictuelle. La présomption qui s'attache au partage de la prise de décisions vise à atténuer les conflits et à promouvoir la participation continue des deux parents à la vie de leurs enfants. Cependant, elle peut aussi amener par inadvertance une situation dans laquelle les parents se sentent obligés de recourir au tribunal pour renverser cette présomption. La terminologie du partage des responsabilités parentales, qui est la plus neutre, peut s'avérer la moins antagoniste dans les trois options. Il est peu probable que le recours à une terminologie nouvelle élimine à lui seul les conflits. Cependant, cette terminologie nouvelle peut constituer un petit élément d'un ensemble plus général de mesures nouvelles visant à promouvoir une méthode moins antagoniste de règlement des litiges entre les parents.

De plus, il est primordial de reconnaître qu'aucun élément de réforme du droit ne peut éliminer tous les conflits entre les parents en instance de divorce et de séparation. Le fait d'encourager le règlement des conflits par des moyens non antagonistes ne devrait pas empêcher les litiges entre les parents dans les familles qui vivent des situations très conflictuelles. De plus, tout régime parental aura toujours à satisfaire les besoins des parents en instance de séparation et de divorce qui ne peuvent régler leurs litiges par des moyens non antagonistes. Tous les régimes parentaux auront encore à compter sur l'intervention des tribunaux pour les litiges qui ne peuvent se régler autrement.

Si la réforme législative laisse entrevoir des possibilités d'améliorer le processus de règlement des litiges, elle semble moins prometteuse lorsqu'il s'agit de modifier l'attribution de la responsabilité parentale après le divorce. Selon les recherches récentes, il ne semble pas que la réforme législative ait une incidence importante sur la façon d'attribuer la responsabilité parentale après le divorce, qui continue à refléter dans une large mesure les modèles qui existaient avant le divorce. Comme nous l'avons indiqué précédemment, il faut vraiment se demander dans quelle mesure une réforme législative peut favoriser les rapports de collaboration entre les parents. Un régime législatif peut encourager les parents à envisager le partage de la responsabilité parentale, il peut être conçu de façon à supprimer les obstacles au partage de la responsabilité parentale, mais il n'est pas en mesure de l'imposer ou d'en exiger l'application³⁹⁶. Un régime législatif peut aussi encourager les deux parents à maintenir des rapports entre eux, mais il ne peut les obliger à entretenir de bonnes relations s'ils ne le souhaitent pas.

La réforme législative peut affirmer que les responsabilités parentales des mères et des pères subsistent après le divorce. Les trois solutions proposées pourraient mentionner les responsabilités parentales et inclure une déclaration de principe affirmant le statut de parent tant pour le père que pour la mère après le divorce. Toutefois, comme nous l'avons indiqué précédemment, un régime fondé sur la garde et le droit de visite aurait plus de difficulté à y parvenir. Un régime de partage des responsabilités parentales pourrait reposer sur cette notion même, mais peut compromettre d'autres intérêts tout aussi importants. Un régime neutre de responsabilité parentale est mieux en mesure de confirmer le maintien du statut de parent tant pour le père que pour la mère sans pour autant sacrifier des objectifs comme la souplesse et la protection des enfants, et en faisant en sorte que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant reste la pierre angulaire de toutes les décisions concernant les enfants. Toutefois, tant le régime de la responsabilité parentale que le régime du partage des responsabilités parentales pourraient affirmer symboliquement l'importance pour les parents de continuer à participer à la vie de leurs

³⁹⁶ Maccoby et Mnookin, note 77 *supra*.

enfants. La réforme législative pourrait offrir, du moins dans une certaine mesure, l'affirmation de leurs droits que les parents détenant un droit de visite souhaitent tellement.

Une telle affirmation pourrait être coûteuse. Dans certaines des administrations qui ont adopté un régime de partage des responsabilités parentales, les parents qui exerçaient auparavant un droit de visite ont exprimé clairement leurs frustrations parce qu'ils s'attendaient à retirer plus de la réforme que ce qu'elle pouvait offrir, ou même que ce qu'elle devait offrir. Une réforme législative peut non seulement ne pas éliminer les conflits, elle peut toujours aussi apporter le risque d'engendrer encore plus de conflits. Les attentes non réalistes à l'égard des réformes législatives ne peuvent qu'alimenter le mécontentement au lieu de l'atténuer.

Enfin, l'atteinte des objectifs éducatifs et incitatifs de la réforme, qui consistent à changer les attitudes au sujet de la responsabilité parentale à compter de la séparation et du divorce, dépendra de toute une gamme de facteurs sociaux qu'il est difficile de prédire et encore plus de mesurer. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la mesure dans laquelle une réforme peut apporter les résultats souhaités dépendra autant, sinon plus, des attitudes des professionnels en matière de divorce, les avocats, les juges, les médiateurs, les conseillers et les éducateurs qui interviennent dans le processus de séparation. L'attitude des parents envers leurs enfants au moment de la séparation et du divorce dépendra en partie de ce que leur disent ces professionnels. Si ces derniers leur font valoir les avantages du règlement non antagoniste des litiges et du maintien de la participation des parents à la vie de leurs enfants (comme plusieurs le font déjà), les parents peuvent réagir en conséquence.

Cependant, la façon dont les parents envisagent la loi et leurs relations avec leurs enfants dépend d'une multitude d'autres facteurs, qui vont de leurs propres croyances au sujet de leur rôle de parent jusqu'à la façon dont les médias leur présentent le divorce. Une autre question beaucoup plus importante et malheureusement sans réponse subsiste : dans quelle mesure peut-on affirmer que la réforme législative se traduit par un changement dans les attitudes? Est-ce qu'elle reflète simplement des changements déjà intervenus? Un bon nombre des mesures de réforme examinées ci-dessus reposent sur des changements déjà survenus, les changements dans la façon dont les professionnels du divorce exercent leur métier (comme le recours à des méthodes non antagonistes), et les changements dans la façon dont les parents s'attendent à exercer leur rôle de parent après la séparation et le divorce (comme le maintien de leur participation à la vie des enfants). D'autres mesures de réforme visent à réaliser d'autres changements (comme l'exercice des responsabilités parentales axé sur la coopération). C'est sur cet aspect que la réforme législative risque le plus de faire des promesses qu'elle ne peut tenir et de susciter des attentes qui resteront sans réponse à cause de la constante réalité des pratiques parentales et du divorce.