

**DOCUMENT D'ORIENTATION SUR LA PARTICIPATION DES PÈRES,
LA GARDE D'ENFANTS ET LE DROIT DE VISITE**

**GARDE D'ENFANTS, DROIT DE VISITE ET RESPONSABILITÉ
PARENTALE : À LA RECHERCHE D'UNE NORME JUSTE ET
ÉQUITABLE**

RÉSUMÉ

Edward Kruk, M.T.S., Ph.D.
The University of British Columbia

GARDE D'ENFANTS, DROIT DE VISITE ET RESPONSABILITÉ PARENTALE : À LA RECHERCHE D'UNE NORME JUSTE ET ÉQUITABLE

RÉSUMÉ

Le droit et la politique en matière de garde d'enfants et de droit de visite demeurent parmi les domaines les plus litigieux en droit de la famille et en médecine familiale. Le discours dominant en est un qui est fondé sur les droits; comme Mason (1994) l'a soutenu, la norme de l'« intérêt supérieur de l'enfant » incarne, depuis toujours, la lutte entre les droits de la mère et ceux du père, les besoins des enfants étant, quant à eux, assimilés à la position de l'un ou de l'autre. Les enfants sont perçus, selon l'époque, comme la propriété du père, comme exigeant les « soins affectueux » de la mère, et comme « appartenant » à juste titre à l'un ou l'autre des parents.

Depuis quelques années, cependant, comme le caractère indéterminé de la norme de l'« intérêt supérieur de l'enfant » (Bala, 2000) est de plus en plus observé, une nouvelle éthique s'est dégagée, selon laquelle les besoins et intérêts des enfants sont distincts des droits de leurs parents (bien que liés à ceux-ci). Ainsi, un nouveau discours sur la « responsabilité parentale » est petit à petit introduit dans les lois, les politiques administratives et, dans la pratique, surtout à l'extérieur du Canada. Toute analyse de la politique sur la garde d'enfants et le droit de visite doit alors tenir compte des limites du discours dominant sur les « droits des parents » et de l'émergence du nouveau cadre de la « responsabilité parentale ».

Contrairement aux études antérieures sur la garde d'enfants et le droit de visite au Canada, le présent article part du principe selon lequel, au moment de la séparation des parents et par la suite, l'« intérêt supérieur de l'enfant » consiste essentiellement dans la reconnaissance et dans le traitement des besoins les plus fondamentaux de l'enfant en cette période de transition familiale. Selon des spécialistes du développement de l'enfant comme Penelope Leach et Gordon Neufeld, ces besoins sont mieux comblés si les parents

sont appuyés dans l'exécution de leurs responsabilités parentales, objectif auquel sont attachées des institutions sociales comme le pouvoir législatif et la magistrature. Cette orientation vers les besoins des enfants, les responsabilités parentales et les obligations des institutions sociales en matière d'appui aux parents pour qu'ils s'acquittent de leurs obligations est essentiellement absente du discours socio-juridique actuel au Canada. Le présent article vise à faire évoluer l'actuel discours des groupes féministes et de défense des droits des pères canadiens, fondé sur les droits, vers un cadre fondé sur la responsabilité et axé sur les besoins des enfants.

Une perspective axée sur l'enfant pour des questions socio-juridiques comme la garde d'enfants et le droit de visite, et inspirée par la théorie du développement de l'enfant et des systèmes familiaux, ira à l'encontre de l'essence même des analyses centrées sur les perspectives concurrentes des groupes de femmes et des organismes de défense des droits des hommes. Les besoins des enfants sont considérés comme souverains dans une telle perspective, et les très nombreuses publications sur l'adaptation des enfants aux conséquences de la séparation des parents sont utilisées comme justification pour élaborer une nouvelle approche dans la décision sur la garde d'enfants. La recherche montre clairement que les enfants s'en sortent mieux s'il y a des relations post-séparation où ils gardent des relations régulières et utiles avec leurs deux *parents*, loin des contraintes d'une relation de « visite » ou d'« accès », et où ils sont à l'abri d'un conflit destructeur entre les parents et protégés du mieux possible contre une baisse marquée de leur niveau de vie. Contrairement à la pratique actuelle et au discours socio-juridique dominant au Canada, lorsque les parents ne s'entendent pas sur les dispositions prises à l'égard de la résidence de leurs enfants après la séparation, il est permis de croire, selon de nouveaux éléments de preuve, que ces conditions sont mieux réalisées avec la présomption de responsabilité juridique partagée; dans ce cas-là, les enfants doivent passer au moins 40 pour cent de leur temps avec chacun de leurs parents, et le régime ne peut être remis en cause que si l'enfant a besoin d'être protégé contre un parent. Le cadre actuel de la garde physique exclusive dans les cas contestés est synonyme de taux élevés d'absence du père (et parfois de la mère), de durcissement du conflit entre les parents et d'une réduction marquée du niveau de vie des enfants.

Une analyse axée sur les enfants pour la détermination du régime de garde doit aussi passer par un examen attentif des questions de mauvais traitements infligés aux enfants et de violence familiale; il faut ainsi éviter d'adopter une approche « universelle », même si la majorité des cas contestés de garde d'enfants, notamment les cas très conflictuels, ne font pas intervenir un type de « terrorisme intime » qui impose le retrait d'un parent (en tant que parent habituel) de la vie de l'enfant par le recours à la garde exclusive.

Contrairement à ce que la pratique et le discours socio-juridique dominant laissent entendre, les enfants ne sont pas protégés de la violence et des mauvais traitements après la séparation du fait qu'il y a une garde exclusive. Bien qu'il soit clair que la responsabilité parentale partagée soit contre-indiquée dans les cas avérés de violence familiale, la recherche montre que les conflits entre parents augmentent avec la garde physique exclusive ordonnée par le tribunal dans des cas où il n'y a jamais eu de violence auparavant, du fait que la moitié des premiers incidents de violence grave surviennent après la séparation. De nouvelles recherches montrent clairement que les conflits entre parents diminuent lorsqu'il y a une entente de garde avec responsabilité parentale partagée, du fait que ni l'un ni l'autre des parents n'est menacé de perdre ses enfants ou son identité parentale. Le cadre actuel de la garde des enfants principale, dans les cas de garde contestés, contrairement à ce que dit le discours dominant, expose tant les parents que les enfants à la violence.

Selon la recherche la plus récente, il est fortement recommandé de passer du cadre de la garde exclusive « universelle » ou du « tout au vainqueur » à la notion de responsabilité parentale partagée. Le présent rapport fait ressortir les conclusions de recherches suivantes à cet égard :

1. La garde exclusive confiée à la mère entraîne souvent une aliénation parentale et une absence du père, cette dernière ayant des conséquences néfastes pour l'enfant. Quatre-vingt-cinq pour cent des jeunes qui sont en prison n'ont pas de père; 71 pour cent des décrocheurs au secondaire n'ont pas de père; 90 pour cent des enfants qui font une fugue n'ont pas de père; et les jeunes qui n'ont pas de père montrent des

niveaux élevés de dépression et de suicide, de délinquance, de promiscuité et de grossesse chez les adolescentes, de problèmes comportementaux et d'abus de substance illicites et licites (Statistique Canada, 2005; Crowder et Teachman, 2004; Ellis et autres, 2003; Ringback Weitof et autres., 2003; Jeynes, 2001; Leonard et autres, 2005; McCue Horwitz et autres, 2003; McMunn, 2001; Margolin et Craft, 1989; Blankenhorn, 1995; Popenoe, 1996; Vitz, 2000; Alexander, 2003). Ces études ont aussi conclu que les jeunes qui n'ont pas de père sont plus susceptibles d'être victimes d'exploitation et de mauvais traitements, puisque l'absence du père à cause du divorce est fortement liée à une faible estime de soi chez les enfants (Parish, 1987).

2. Les enfants du divorce désirent passer autant de temps avec leur mère qu'avec leur père et ils croient que le partage des responsabilités parentales est dans leur intérêt supérieur. De l'avis de soixante-dix pour cent des enfants du divorce, une durée égale de temps passé avec chaque parent constitue la meilleure entente pour la vie courante, et les enfants qui ont été soumis à une entente de temps partagé ont les meilleures relations avec leur mère et leur père après le divorce (Fabricius, 2003).
3. Selon une méta-analyse récente des grandes études nord-américaines où l'on a comparé les modalités de la garde physique exclusive et de la garde partagée, les enfants qui sont visés par la garde partagée s'en tirent beaucoup mieux dans toutes les évaluations qui sont faites de l'adaptation, par rapport aux enfants qui font l'objet d'une garde exclusive (Bauserman, 2002). M. Bauserman a comparé l'adaptation de l'enfant dans un cadre de garde physique partagée et de garde légale conjointe avec un cadre de garde exclusive (par la mère ou par le père), ainsi qu'avec un cadre familial intact; il a observé l'adaptation générale des enfants, les relations familiales, l'estime de soi, l'adaptation sur le plan comportemental et affectif, l'adaptation propre au divorce, ainsi que le degré et la nature des conflits entre les parents qui perdurent. À chaque mesure d'adaptation, les enfants qui se trouvaient dans un cadre de garde physique partagée avaient de meilleurs résultats que ceux qui étaient visés par une garde exclusive : [TRADUCTION] « Les enfants visés par des conditions de

garde partagée avaient moins de troubles de comportement et de problèmes psychologiques, une plus grande estime de soi et de meilleurs résultats scolaires et relations familiales que les enfants visés par des conditions de garde exclusive ». Les résultats positifs de la garde partagée étaient également évidents parmi les couples vivant de graves conflits.

4. Les conflits entre les parents diminuent avec le temps dans les ententes de garde partagée et ils augmentent dans celles de garde exclusive. Les parents collaborent de plus en plus avec le temps lorsqu'il y a la garde partagée et ils le font moins avec la garde exclusive. L'une des conclusions clés de la méga-analyse de Bauserman a été le constat imprévu d'une diminution des conflits entre les parents, dans les familles où les enfants font l'objet d'une garde partagée et d'une augmentation des conflits entre les parents, avec le temps, dans les familles où les enfants font l'objet d'une garde exclusive. Moins la mère ou le père se sent menacé de perdre son enfant et son rôle parental, moins il est probable qu'il y ait de la violence par la suite.
5. La recherche, tant américaine que canadienne, montre que les mères et les pères qui travaillent en dehors du domicile passent maintenant un temps comparable à s'occuper de leurs enfants. Selon la plus récente recherche de Santé Canada (Higgins et Duxbury, 2002), en moyenne, les mères consacrent 11,1 heures toutes les semaines aux soins des enfants, et les pères, 10,5 heures. Selon Statistique Canada (Marshall, 2006), les hommes, bien qu'ils participent moins aux soins primaires aux enfants, ont accru leur participation de façon importante au cours des dernières années. À mesure que la différence du temps consacré par le père et par la mère aux soins des enfants a diminué, le partage des responsabilités parentales après la séparation est apparu comme la norme pour les parents non-parties à un litige juridique sur la garde de leurs enfants (Statistique Canada, 2004).

Malgré le manque de recherche récente au Canada sur les résultats découlant du droit de garde d'enfants en cas de contestation, les données de l'analyse des dossiers judiciaires (ministère de la Justice, 1990) révèlent que, dans soixante-dix-sept (77) pour cent des cas

où le droit de garde est contesté, la garde exclusive va à la mère, alors qu'elle n'est accordée au père que dans 8,6 pour cent des cas. La garde exclusive des enfants par la mère constitue la norme au Canada, dans les cas où le droit de garde est contesté, mais cela ne se voit pas parce que l'expression « garde partagée » est souvent utilisée par les juges et les chercheurs pour parler des ententes relatives à la vie courante, conclues après la séparation, et en vertu desquelles un des deux parents a la responsabilité principale des enfants. Du point de vue des enfants, les ententes qui accordent de fait à un parent la garde exclusive sont tout à fait inadaptées, car elles ont souvent pour effet que les enfants perdent un de leurs fournisseurs de soins principaux. Tant selon les conventions internationales (notamment la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies) que selon les rapports publiés, notamment celui du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la garde et le droit de visite des enfants (1998), ces ententes vont à l'encontre du besoin fondamental des enfants qui est d'avoir leurs deux parents présents dans leur vie, et ce, de manière active et responsable. Le Canada est en retard sur plusieurs administrations américaines, l'Australie, la France, la Suède et d'autres pays pour ce qui est de réformer le droit et la pratique en matière de garde d'enfants, de manière à placer le besoin qu'ont les enfants d'avoir une participation responsable des deux parents dans leur vie au cœur de la législation en la matière. Les enfants et les autres membres de la famille sont toujours à risque de mauvais traitements, d'aliénation parentale et de dépression dans le contexte où dominent les ententes de garde exclusive.

Le recours à la responsabilité parentale partagée dans la détermination du régime de garde est présenté ici comme une option viable à la garde exclusive, dans les cas où le droit de garde est contesté et comme l'entente la plus compatible avec les objectifs énoncés dans la réforme du droit de la famille canadienne, le rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, le rapport du Comité fédéral-provincial-territorial du droit de la famille et la Stratégie de justice familiale axée sur l'enfant : favoriser l'établissement de rapports étroits entre les enfants et leurs parents à la suite de la séparation et du divorce, encourager la coopération parentale et réduire les conflits et les litiges entre parents.

Le modèle de responsabilité parentale partagée pour déterminer le régime de garde dans le contexte canadien fait l'objet d'une analyse détaillée ci-après, sous le nom de « modèle à quatre piliers », doté des éléments suivants :

1. *Présomption légale de responsabilité parentale partagée (présomption réfutable de garde physique conjointe en droit de la famille)*. Le premier pilier établit une présomption légale selon laquelle les rapports préexistants entre parents et enfants seront maintenus après une séparation. En cas de litige, le partage des responsabilités parentales, défini comme le fait que les enfants passent le même nombre d'heures avec chaque parent, serait la présomption légale, en l'absence de violence familiale ou de mauvais traitements infligés aux enfants qui soient avérés. Cette présomption offre aux juges une directive claire et leur évitera, en l'absence d'expertise dans le domaine, de se prononcer sur l'« intérêt supérieur » des enfants dans les cas où aucune violence n'est commise. Elle permettra d'établir des rapports étroits entre les enfants et leurs parents, de maximiser la coopération parentale, de réduire les conflits, d'empêcher la perpétration de violence familiale grave et d'empêcher les mauvais traitements infligés aux enfants. Les parents n'auront donc pas à se livrer à des batailles juridiques néfastes sur la garde des enfants et ils seront ainsi encouragés à prendre part à une médiation familiale thérapeutique, axée sur l'élaboration de régimes de coopération entre eux. La responsabilité parentale partagée est en harmonie avec les modèles actuels de soins, du fait que la plupart des mères et des pères se partagent maintenant la responsabilité de la garde des enfants dans des familles biparentales.
2. *Plan de répartition des tâches parentales, médiation, soutien et intervention dans les cas de conflits graves*. Le deuxième pilier établit une présomption légale selon laquelle les parents élaborent ensemble un plan de répartition des tâches parentales avant la tenue d'une audience sur les questions afférentes aux responsabilités parentales après une séparation. Le rôle du tribunal serait alors de ratifier le plan négocié. La négociation directe, les programmes d'éducation des parents, les services

judiciaires ou indépendants de médiation, ou la négociation entre avocats permettraient d'élaborer, avant la tenue d'une audience judiciaire, un plan de répartition des tâches parentales détaillé qui départage les responsabilités parentales en vue de répondre aux besoins des enfants. Avec une présomption juridique de responsabilité parentale partagée comme pierre d'angle, la médiation pourrait devenir l'instrument qui permette aux parents d'élaborer un plan de répartition des tâches parentales axé sur les enfants. Les couples aux prises avec des conflits intenses bénéficieraient d'une aide, et d'une intervention thérapeutique, afin d'en arriver à des ententes plus nombreuses sur la répartition des tâches parentales à l'amiable, à long terme.

3. *Éducation à la répartition des tâches parentales.* L'éducation à la répartition des tâches parentales dans le système d'éducation secondaire, dans les cours de préparation au mariage et en cas de divorce constitue un élément essentiel pour un programme indispensable d'éducation et de soutien pour les parents. L'éducation publique sur les différents modèles de répartition des tâches parentales, notamment des modèles destinés aux couples « très conflictuels », remplacerait l'insistance actuelle sur la recherche de déclarations juridiques partisans, avec l'objectif de « remporter » la garde de ses enfants.

4. *Décision judiciaire en cas de mauvais traitements avérés; exécution des ordonnances sur la responsabilité parentale partagée.* Avec la présomption réfutable de responsabilité parentale partagée, les cas avérés de violence familiale seraient exemptés, et ceux où il y a, soit une condamnation au pénal, comme une agression, dans une affaire directement liée aux tâches parentales à l'égard des enfants, soit une décision selon laquelle l'enfant a besoin d'être protégé d'un parent par une autorité légale de protection de l'enfance, seraient suivis d'une décision judiciaire sur la garde des enfants. Dans les cas de cet ordre, il se peut qu'il faille, selon Jaffe et autres (2006), limiter les contacts des enfants avec l'un des parents, ou les deux, ou encore les empêcher, en raison du préjudice éventuel. Dans les affaires de garde d'enfants où il y a eu une agression, selon les allégations, il est exigé de procéder à

une évaluation du besoin de protection de l'enfant, qui soit complète, approfondie, éclairée et rapide. Du fait de la poursuite pénale des membres de la famille ayant censément été violents à l'endroit de tout autre membre de la famille, les auteurs d'actes de violence seraient déclarés responsables, tout comme ceux qui seraient jugés coupables d'avoir allégué des mauvais traitements à tort. Dans ces cas-là, le tribunal de la famille conserverait son rôle traditionnel dans la détermination du régime de garde.