

EYB2013REP1303

Repères, Février 2013

Valérie LABERGE*

Chronique - La présomption de garde partagée au Canada : revue de littérature

Indexation

Famille ; garde des enfants ; garde conjointe (garde partagée) ; intérêt de l'enfant

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I- LES PROJETS DE LOI C-22 ET C-422

- A. Le contexte
- B. Le projet de loi C-22
- C. Le projet de loi C-422

II- L'ANALYSE DES ARGUMENTS EN FAVEUR OU EN DÉFAVEUR DE LA PRÉSOMPTION DE GARDE PARTAGÉE

- A. Les arguments d'ordre psychologique
- B. Les arguments des acteurs du monde juridique
- C. Les arguments d'ordre économique
- D. L'argument relié à la violence conjugale

CONCLUSION

Résumé

L'auteure analyse les arguments soulevés au cours des 15 dernières années quant à l'introduction d'une présomption de garde partagée dans la loi. Le parent qui veut obtenir une garde partagée doit actuellement démontrer que celle-ci est dans le meilleur intérêt de l'enfant, comme c'est le cas pour celui qui veut obtenir une garde exclusive. Une présomption de garde partagée aurait pour effet de déplacer le fardeau de preuve sur le parent qui souhaite obtenir une garde exclusive.

INTRODUCTION

Au Canada, la question de l'adoption formelle d'une présomption de garde partagée fait l'objet de débats importants depuis les 15 dernières années¹. En 2003, le gouvernement fédéral avait présenté un projet de loi intitulé « Loi visant à modifier la *Loi sur le divorce et les mesures accessoires* ». Ce projet

* M^c Valérie Laberge est avocate au sein du cabinet Béliveau Brassard. Sa pratique est orientée vers le droit de la famille, le droit des assurances et la responsabilité civile. Elle est l'auteure d'un mémoire de maîtrise portant sur la présomption de garde partagée (sous la direction de la professeure Anne Saris).

est « mort au feuilleton » en raison du changement de gouvernement. Dans le cadre des débats, la question de la présomption de garde partagée avait été longuement abordée. En 2009, un député du Manitoba présentait un projet de loi prévoyant le « partage égal du temps parental », lequel ne fut jamais adopté. Ces deux projets de loi ont fait réagir de nombreux groupes sociaux quant à l'introduction d'une présomption de garde partagée.

Plus de 30 ans après la réforme du droit de la famille, il semble qu'une nouvelle réforme interviendra sous peu afin de tenir compte de l'aspect évolutif propre à ce domaine de droit. La question de la présomption de garde partagée fera alors très certainement surface, mise de l'avant au premier plan par les groupes de pères. Le présent texte se veut une revue sommaire des arguments juridiques, psychologiques, sociologiques et économiques qui furent présentés à l'endroit d'une telle présomption, afin d'aider les praticiens à prendre position sur cette délicate question.

I- LES PROJETS DE LOI C-22 ET C-422

A. Le contexte

En 1997, le législateur fédéral réformait en partie le droit de la famille, avec les *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*². Lors des consultations publiques portant sur ce projet de loi, les pères avaient mis en lumière, par de nombreux témoignages, qu'ils subissaient une forme de désavantage dans le cadre des litiges de garde³. La réponse du gouvernement fut de répondre au besoin des mères, en réformant le régime des pensions alimentaires, mais de ne pas entendre les prétentions des pères quant aux litiges de garde⁴.

Les revendications des pères menèrent toutefois à la création en 1998 d'un comité mixte spécial⁵. Dans le cadre des travaux de ce comité, plusieurs groupes de femmes et groupes de pères furent entendus. Leurs points de vue étaient diamétralement opposés : les groupes de femmes souhaitaient essentiellement une présomption en faveur du premier pourvoyeur de soins⁶, afin de maintenir leur rôle de parent gardien après la désunion⁷ alors que les groupes de pères souhaitaient plutôt l'établissement d'une présomption de garde partagée, prétendant que la norme actuelle les désavantageait en raison des stéréotypes⁸.

¹. Bien qu'il ait pu y avoir un certain nombre d'auteurs prenant position à cet égard avant cela, dont notamment Nicolas BALA et Suzan MIKLA, « Rethinking decisions about children: Is the "best interests of child" approach really in the best interests of children? » Toronto, The Policy Research Centre on Children, Youth and Family, 1993.

². L.C. 1997, ch. 1, art. 11.

³. Rapport du comité mixte spécial sur la garde des enfants et les droits de visites, *Pour l'amour des enfants*, Parlement du Canada, 1998, à la p. 1.

⁴. *Ibid.*, à la p. 145.

⁵. *Ibid.*, à la p. 50.

⁶. Francine LEDUC, « Le rapport canadien *Pour l'amour des enfants* : autonomie et droits des enfants, groupes de femmes et groupes de pères », (2000) 44 *RIAC* 141, à la p. 147.

⁷. *Ibid.*

⁸. *Ibid.*, à la p. 148.

Les positions de ces deux grands groupes, bien qu'opposées, illustrent l'inefficacité et l'insatisfaction des usagers du système judiciaire à l'égard du critère actuellement mis en place quant à la garde d'enfant.

Au terme de ces consultations publiques, le Comité présenta en 1998 un rapport spécial intitulé *Pour l'amour des enfants*⁹, lequel faisait état de certaines recommandations au gouvernement en vue de l'adoption d'un projet de loi qui modifierait la *Loi sur le divorce*. L'une des recommandations de ce rapport était surprenante compte tenu de ce qui précède, en ce qu'elle proposait qu'aucune présomption ne soit adoptée en faveur de l'un ou l'autre des parents¹⁰.

B. Le projet de loi C-22

Le projet de loi C-22 fut présenté en 2002¹¹ par le ministre de la Famille de l'époque, Martin Cauchon. Au lieu d'instaurer une présomption de garde partagée ou en faveur du premier pourvoyeur de soins, le projet de loi prévoyait, à son article 16, une série de critères supplémentaires à prendre en considération afin de déterminer l'intérêt de l'enfant¹². Ainsi le projet de loi énonce explicitement qu'il faut tenir compte de « l'historique des soins apportés à l'enfant »¹³ et, au paragraphe précédent, du maintien des rapports entre l'enfant et l'autre époux¹⁴.

Cette disposition semble vouloir contenter tout le monde, soit celles qui souhaitaient une présomption fondée sur le premier pourvoyeur de soins, et ceux qui souhaitaient une présomption de garde partagée.

Par ailleurs, une telle liste d'éléments ne contribue aucunement à objectiver la norme, tel que le demandaient, directement ou indirectement, les groupes sociaux dans le cadre des consultations publiques. Au contraire, les critères ajoutés sont vagues, imprécis et donnent ouverture à la discrétion judiciaire pour que les juges puissent y ajouter toute considération qu'ils jugent utiles¹⁵.

[9.](#) Précité, note 3.

[10.](#) *Ibid.*

[11.](#) 1^{re} lecture le 10 décembre 2002.

[12.](#) L'article 16.2 du PL C-22 prévoit ce qui suit : « (2) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le tribunal prend en considération ses besoins et, d'une façon générale, sa situation, notamment a) ses besoins physiques, affectifs et psychologiques, dont son besoin de stabilité, compte tenu de son âge et du stade de son développement ; b) les bienfaits pour l'enfant de l'établissement et du maintien de rapports solides avec chaque époux, et le fait que chaque époux est disposé ou non à encourager l'établissement et le maintien de tels rapports entre l'enfant et l'autre époux ; c) l'historique des soins apportés à l'enfant ; d) toute situation de violence familiale, y compris ses effets sur : (i) la sécurité de l'enfant et des autres membres de la famille, (ii) le bien-être général de l'enfant, (iii) la capacité de toute personne à l'origine de la situation de prendre soin de l'enfant et de répondre à ses besoins, (iv) l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des époux à l'égard de questions concernant l'enfant ; e) le patrimoine et l'éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels de l'enfant, notamment s'ils sont autochtones ; f) le point de vue et les préférences de l'enfant, dans la mesure où ils peuvent être raisonnablement déterminés ; g) tout plan élaboré pour les soins et l'éducation de l'enfant ; h) la nature, la solidité et la stabilité des rapports de l'enfant avec chaque époux ; i) la nature, la solidité et la stabilité des rapports de l'enfant avec ses frères et sœurs, ses grands-parents et toute autre personne qui compte pour lui ; j) la capacité de chaque personne pouvant être visée par l'ordonnance de prendre soin de l'enfant et de répondre à ses besoins ; k) la capacité de chaque personne pouvant être visée par l'ordonnance de communiquer et de collaborer à l'égard de questions concernant l'enfant ; l) toute ordonnance judiciaire et toute condamnation criminelle qui sont liées à la sécurité ou au bien-être de l'enfant ».

[13.](#) Art. 16.2b) PL C-22.

[14.](#) Art. 16.2(1)a) PL C-22.

C. Le projet de loi C-422

Le projet de loi C-422 a été présenté en 2009 par un député du Manitoba, Maurice Vellacot. Celui-ci contenait cette fois-ci une présomption simple de garde partagée, dont le libellé était le suivant : « lorsqu'il rend une ordonnance parentale [...], le tribunal applique la présomption selon laquelle le partage égal du temps parental entre les époux est dans l'intérêt de l'enfant à charge »¹⁶. Cette présomption aurait pu être repoussée s'il était établi que l'intérêt de l'enfant serait « considérablement mieux servi par un partage inégal du temps parental »¹⁷.

L'expression « considérablement mieux servi » a été critiquée par de nombreux intervenants qui jugeaient la norme trop exigeante pour celui ou celle qui souhaiterait demander une garde exclusive¹⁸.

Le projet de loi C-422 n'a toutefois fait l'objet que d'une première lecture, en 2009, n'ayant plus jamais été étudié en chambre par la suite vu le changement de gouvernement intervenu. Son dépôt a toutefois donné l'occasion à un certain nombre d'associations de se positionner de nouveau quant à la présomption de garde partagée.

II- L'ANALYSE DES ARGUMENTS EN FAVEUR OU EN DÉFAVEUR DE LA PRÉSUMPTION DE GARDE PARTAGÉE

A. Les arguments d'ordre psychologique

Plusieurs auteurs¹⁹ et groupes sociaux, majoritairement féministes²⁰ soutiennent que la garde partagée

¹⁵. Dominique GOUBAU, « L'objectivation des normes en droit de la famille une mission possible », (1998) 7 *Revue trimestrielle de droit de la famille* 12, à la p. 23.

¹⁶. Art. 16(4)a) du PL C-422.

¹⁷. Art. 16(5) du PL C-422.

¹⁸. Association du Barreau canadien, « Mémoire du projet de loi C-22 : La réforme de la *Loi sur le divorce* », Ottawa, août 2003 ; Association nationale de la femme et du droit, « Commentaire sur le projet de loi C-22 », Ottawa, juillet 2003 ; Barreau du Québec, « Mémoire sur la *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence* », Montréal, août 2003.

¹⁹. Denyse CÔTÉ, « Champ libre : La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ? », (2004) 23(3) *Nouvelles Questions féministes* 80 ; Denyse CÔTÉ, « D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde partagée comme phénomène social », (2006) 27(1) *Revue québécoise de psychologie* 19 ; Pierrette FORTIN, « Un regard féministe sur les modèles de la famille », 2005(30.1) *Atlantis* 81 ; Constance AHRONS « Predictors of paternal involvement post-divorce: Mothers' and fathers' perceptions », (1983) 6 *Journal of Divorce* 55 ; Katherine BARTLETT et Christine SACK, « Joint custody, feminism, and the dependency dilemma », (1986) 2 *Berkeley Women's Law Journal* 941 ; Susan BOYD, « Walking the Line: Canada's Response to Child Custody Law Reform Discourses », (2003) 21 *Canadian Family Law Quarterly* 397 ; Jay FOLBERG, « Joint Custody of Children Following Divorce », (1979) 12 *U.C.D. L. Rev.* 523 ; Gerard HARDCASTLE, « Joint Custody, A Family Court Judge's Perspective », (1999) 32 *Fam. L.Q.* 201, Judith JENNISON, « The Search for Equality in a Woman's World: Fathers' Rights to Child Custody », (1991) 43 *Rutgers L. Rev.* 1141 ; Matthew A. KIPP, « Maximizing Custody Options: Abolishing the Presumption Against Joint Physical Custody », (2003) 69 *North Dakota Law Review* 59 ; Johanne SHULMAN et Valerie PITT, « Second Thoughts on Joint Custody: Analysis of Legislation and its Implication For Women and Children », (1982) 12 *Golden Gate U. L. Rev.* 539.

²⁰. Comité canadien d'action sur le statut de la femme, Conseil national du statut de la femme, Conseil québécois du statut de la femme, Association nationale femme et droit, YWCA, Comité canadien d'action sur le statut de la femme.

ne serait pas dans le meilleur intérêt de l'enfant au plan psychologique. Se basant sur les travaux des psychologues américains Goldstein, Freud et Sulnit²¹, ils invoquent que la garde partagée déstabilise l'enfant dans ses relations avec le parent qui lui a dispensé le plus de soins avant la séparation²². L'Association nationale femmes et droit proposait même, dans son mémoire sur le projet de loi C-22, que soit adopté un facteur d'approximation qui accorderait la garde aux parents selon le temps de garde que l'enfant passait avec ceux-ci avant la séparation²³. Plusieurs proposent également une présomption en faveur du premier pourvoyeur de soins²⁴. Selon eux, la stabilité de l'enfant avec son parent « psychologique » prime sur la maximisation de ses relations avec chacun de ceux-ci.

Ces groupes sociaux ne manquent toutefois pas de souligner que la mère représente dans la plupart des cas le parent de référence pour l'enfant et que la garde partagée serait contre le meilleur intérêt de celles-ci, puisqu'elle constitue une non-reconnaissance du rôle que joue la mère durant l'union auprès de l'enfant²⁵.

Or, selon d'autres auteurs, les pères sont tout aussi aptes que les mères à s'occuper d'un enfant, et leur présence est cruciale à son développement :

Les études menées dans des situations contrôlées (où le chercheur précise le contexte d'observation : p. ex. donner à boire au bébé, interagir avec lui, etc.) démontrent clairement des compétences similaires entre les mères et les pères et ce, autant sur le plan des activités de soins, de jeu que sur le plan du langage. Ces travaux ont ainsi permis de reconnaître que les pères sont tout aussi sensibles que les mères aux différents signaux émis par l'enfant.²⁶

La professeure en psychologie Diane Dubeau rapporte qu'il existe des effets positifs de l'engagement paternel tant sur le développement de l'enfant que sur son adaptation scolaire et sociale²⁷. L'engagement paternel serait associé à la compétence sociale des enfants et à un meilleur ajustement psychologique²⁸. Or, la garde partagée favoriserait l'implication continue du père dans la vie de l'enfant, le père étant plus motivé à s'engager auprès de celui-ci en ayant un rôle et une place complète dans son éducation²⁹.

Certains soutiennent toutefois qu'une présomption de garde partagée tendrait à déstabiliser l'enfant, prétendant que plusieurs familles devraient réajuster le mode de garde après avoir tenté la garde

²¹. Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et Albert J. SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973.

²². Association nationale de la femme et du droit, précité, note 18, à la p. 15.

²³. *Ibid.*

²⁴. *Ibid.* et Association du Barreau canadien, précité, note 18.

²⁵. Association nationale femme et droit, précité, note 18.

²⁶. Joseph WALLERSTEIN et John KELLY, « Effects of divorce on the visiting father-child relationship », (1980) 137(12) *Am. J. Psychiatry* 1534, à la p. 12.

²⁷. Diane DUBEAU, « Le père engagé », dans *Transition*, vol. 32, Ottawa, Institut Vanier de la famille, 2002, aux p. 8 et 16.

²⁸. *Ibid.*, à la p. 17.

partagée, ce qui augmenterait dans la vie de l'enfant les changements de garde, de son mode de vie et de sa situation³⁰. Cette assertion n'est cependant appuyée par aucune donnée scientifique.

En outre, les travaux de la professeure Renée Joyal ont démontré que la garde partagée fonctionne, puisque les parents qui la mettent en place se déclarent majoritairement satisfaits, même si elle a été imposée³¹. Par ailleurs, les droits de visite élargis qui sont ordonnés fréquemment par les tribunaux³² font en sorte que les enfants sont souvent déplacés plus fréquemment au cours d'un même mois, et pour de plus courtes périodes, que s'ils étaient en garde partagée, ce qui réduit considérablement leur stabilité, et augmente les occasions de conflits entre les parents.

À cet égard, les conflits entre les parents et leurs impacts sur la vie de l'enfant ont fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années. Les études psychologiques démontrent que les conflits entre les parents sont plus nocifs pour l'enfant que le divorce lui-même³³ : la garde partagée pourrait exacerber les conflits entre les parents, car ceux-ci seraient appelés à communiquer plus souvent, et, de fait, à exposer l'enfant à leurs conflits³⁴. Notons que cette question a été majoritairement soulevée par les groupes sociaux représentant des intérêts féministes³⁵ dans le cadre des discussions sur le projet de loi C-22. Nous sommes d'avis que ceci équivaut à défendre le droit des parents à leurs conflits, plutôt que le meilleur intérêt de l'enfant, qui commande que les parents fassent tout en leur pouvoir pour en faire abstraction.

Or, les conflits entre les parents seraient moins nocifs pour l'enfant en présence d'une garde partagée, l'enfant étant appelé à passer du temps de qualité avec ses deux parents, lui permettant d'apprécier chacun d'eux par lui-même, et non simplement par les commentaires dénigrants de l'autre parent³⁶. Par ailleurs, il semblerait que la garde partagée contribuerait dans certaines situations à limiter les conflits puisque plusieurs conflits viendraient du fait que le parent non gardien se sent souvent relégué à un

29. Nicolas ROUSSEAU et Anne QUÉNIART, « L'exercice de la paternité suite à une séparation conjugale : un parcours semé d'obstacles », dans *Séparation, monoparentalité et recomposition familiale : bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, Québec, P.U.L., 2004, p. 114 ; Deborah LUEPNITZ, « A Comparison of Maternal, Paternal, and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life », (1986) 9(3) *Journal of Divorce* 1 ; J. JENNISON, précité, note 19.

30. Association du Barreau canadien, précité, note 18, à la p. 10.

31. Renée JOYAL, « Garde partagée de l'enfant – constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *Les Cahiers de droit* 267, à la p. 274.

32. Louise MOREAU et Mireille PELISSIER-SIMARD, « Les droits de garde et droits d'accès des parents : pistes de solution », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 308, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 97, [EYB2009DEV1575](#). Lorsque les tribunaux accordent des droits d'accès, ceux-ci se situeraient majoritairement entre 20 % et 40 % du temps de garde.

33. Voir notamment D. CÔTÉ, « D'une pratique contre-culturelle à un idéal type », précité, note 19 ; Francine CYR, « Les conflits entre les parents, la séparation parentale et l'anxiété de l'enfant », (2007) 28 *Revue québécoise de psychologie* 63.

34. *Ibid.*

35. Association canadienne des femmes et du droit, précité, note 22 ; Conseil national du statut de la femme.

36. Jérôme OUELLET, « Adaptation de l'enfant, conflits parentaux et relations parent-enfant en garde partagée et en garde seule », Mémoire doctoral présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université Laval dans le cadre du programme de doctorat en psychologie, Québec, 2012.

simple rôle de « surveillant » de l'éducation de l'enfant. Cette situation créerait des frustrations chez celui-ci, menant à des conflits et même parfois au retrait de la vie de l'enfant³⁷.

B. Les arguments des acteurs du monde juridique

Peu de littérature juridique canadienne a été consacrée à la présomption de garde partagée. Toutefois, les Barreaux de différentes provinces et l'Association du Barreau canadien ont pris part activement aux débats dans le cadre des projets de loi présentés.

Les travaux de la professeure Renée Joyal démontrent que les avocats et avocates du Québec ont l'impression que la garde est majoritairement confiée à la mère parce que les mères insistent pour l'obtenir, et que les pères peuvent difficilement faire valoir leur point de vue devant le juge³⁸.

L'argument le plus fréquemment soulevé par les intervenants du milieu juridique à l'encontre d'une présomption de garde partagée est qu'elle déplace le centre de l'analyse sur une question d'égalité entre les parents, plutôt que sur les véritables droits de l'enfant³⁹. Ceci apparaît toutefois contradictoire avec le fait que ces associations militent majoritairement en faveur d'une norme qui favoriserait le premier pourvoyeur de soins⁴⁰, ce qui a pour effet de confier la garde majoritairement à la mère. Par ailleurs, la question de la stabilité psychologique émanant de la garde partagée⁴¹ est complètement omise de ces mémoires. En somme, on privilégie le *statu quo* et reconnaît que l'inégalité entre les parents va dans le meilleur intérêt de l'enfant, sans même avoir étudié la question de la discrimination envers les pères qui peut provenir des stéréotypes dans l'application de la norme actuelle.

De manière générale, les groupes sociaux représentant les pères prétendent que la présomption de garde partagée est un bon moyen pour atteindre l'égalité homme-femme, alors que les groupes sociaux représentant les femmes prétendent tout à fait le contraire. Dans son mémoire sur le projet de loi C-22, l'Association nationale Femmes et Droit pose qu'un préambule devrait être ajouté à la *Loi sur le divorce* afin que ses dispositions soient interprétées en considérant l'inégalité dont les femmes ont historiquement fait les frais⁴². Selon cette association les femmes, les mères ont toujours été et sont toujours les premières pourvoyeuses de soins auprès des enfants et ce rôle devrait leur être officiellement reconnu⁴³, ce que la présomption de garde partagée empêche. Une présomption de garde partagée constituerait un retour à la puissance paternelle, puisqu'elle permettrait un contrôle de la part des pères sur les familles suite à la désunion⁴⁴.

³⁷. Beverly WEBSTER FERREIRO, « Presumption of Joint Custody: A Family Policy Dilemma », (1990) 39 *Family Relations* 420 ; Jay FOLBERG, précité, note 19.

³⁸. Renée JOYAL, « L'attribution de la garde des enfants après le divorce ou la séparation des parents : perceptions d'avocates et d'avocats en droit de la famille », (2004) 64 *R. du B.* 445, [EYB2004RDB74](#).

³⁹. Association du Barreau canadien, précité, note 18, à la p. 10, à la p. 4 ; Barreau du Québec, précité, note 18, à la p. 9.

⁴⁰. Association du Barreau canadien, précité, note 18 ; Barreau du Québec, « Position du Barreau sur le projet de loi C-422 », en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/actualites-medias/positions/index.html>, consulté le 3 mars 2011.

⁴¹. Principe selon lequel la garde partagée permet à l'enfant de maintenir une stabilité psychologique et affective en conservant ses liens avec ses deux parents.

⁴². Association nationale femme et droit, précité, note 18, à la p. 4.

⁴³. *Ibid.*

La chercheuse Denyse Côté affirmait d'ailleurs, dans un article publié en 2004 que, de manière générale, « les mères préfèrent la garde maternelle exclusive et les pères y consentent »⁴⁵. On peut toutefois se demander si le consentement des pères à une telle garde n'est pas motivé par le fait qu'ils savent que leurs chances d'obtenir une garde partagée sont incertaines.

Les pères avaient témoigné devant le Comité mixte spécial, en 1998, que les mères étaient présumées être le meilleur parent dans l'esprit des juges⁴⁶. Or, les pères sont de plus en plus impliqués auprès de leurs enfants⁴⁷ et les parents, tous deux désormais sur le marché du travail dans la grande majorité des cas, ont des disponibilités qui peuvent être à peu près équivalentes.

Quant au Barreau du Québec, sa position semble avoir évolué au fil des années. En effet en 2003, il soutenait que le principe de la maximisation des contacts revêt une importance capitale et doit être distingué de tous les autres critères ayant pour but d'analyser le meilleur intérêt de l'enfant⁴⁸. Puis en 2009, ce même Barreau mentionnait qu'aucun facteur ne devrait être plus important qu'un autre lorsqu'il s'agit de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant⁴⁹.

L'Association du Barreau canadien évoque quant à elle qu'une présomption de garde partagée pousserait les parents à effectuer une preuve de « mauvais parent » à l'égard de l'autre partie⁵⁰. En effet, la norme actuelle ne prévoit qu'un fardeau de preuve visant à démontrer le meilleur intérêt de l'enfant, alors qu'une présomption de garde partagée pousserait le parent qui ne la souhaite pas à démontrer qu'elle n'est pas dans son meilleur intérêt. Or, les capacités parentales des parents sont, dans les faits, présumées par les tribunaux, de sorte que les parents qui souhaitent obtenir une garde exclusive procèdent *déjà* à un dénigrement de l'autre parent.

Enfin le projet de loi C-422 proposait que l'intérêt de l'enfant serait considérablement mieux servi par une garde exclusive pour qu'elle soit ordonnée⁵¹. Ce fardeau de preuve fut critiqué par de nombreuses associations⁵².

[44.](#) *Ibid.* et D. CÔTÉ, « Champ libre : La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ? », précité, note 19, à la p. 86.

[45.](#) *Ibid.*, à la p. 83.

[46.](#) F. LEDUC, précité, note 6, à la p. 147.

[47.](#) D. DUBEAU, précité, note 27.

[48.](#) Barreau du Québec, précité, note 18, à la p. 9.

[49.](#) Barreau du Québec, précité, note 40, à la p. 3.

[50.](#) Association du Barreau canadien, « Dans l'intérêt de l'enfant », Ottawa, juin 2010, à la p. 3.

[51.](#) Art. 16 PL C-422.

[52.](#) Association du Barreau canadien, précité, note 50 ; Barreau du Québec, précité, note 40 ; Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec, « Le projet de loi C-422 sert-il véritablement le meilleur intérêt des enfants ? – Position de la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec (FAFMRQ) sur le projet de loi C-422 », Montréal, août 2009 ; Fédération de ressources d'hébergement pour femmes violentées et en difficulté du Québec, « Le projet de loi C-422 : un recul marqué quant à la sécurité et la protection des femmes et des enfants dans un contexte de violence conjugale et familiale », Montréal, septembre 2009.

C. Les arguments d'ordre économique

Certaines associations féministes soutiennent que les chances d'obtenir une garde exclusive seront plus limitées pour les femmes que pour les hommes puisque ceux-ci bénéficient de plus de ressources financières afin de se défendre devant l'appareil judiciaire⁵³. L'Association des nouvelles conjointes soulève toutefois un point important en matière d'égalité des ressources devant la justice, soit que les femmes ont majoritairement plus d'accès à l'aide juridique que les hommes, leur procurant ainsi un avocat gratuit ou à faible taux⁵⁴. Ceci ferait en sorte de déséquilibrer les négociations des parties, les hommes ayant à faire les coûteux frais d'un procès s'ils ne règlent pas le dossier, alors que les bénéficiaires de l'aide juridique ne courent aucun risque économique à tenter leur chance devant un juge.

D. L'argument relié à la violence conjugale

La violence conjugale, c'est-à-dire la violence d'un conjoint contre son ou sa partenaire, est une préoccupation importante lorsque vient le temps de déterminer la garde d'un enfant. En 2011, au Canada, 6 % des Canadiennes ayant eu un conjoint ou un ex-conjoint ont déclaré avoir été agressées physiquement ou sexuellement par ce dernier au cours des cinq années précédant la tenue de l'enquête⁵⁵. Il est intéressant de noter que ce résultat est similaire chez les hommes canadiens⁵⁶.

Une étude réalisée en 2002 au Québec démontre que l'octroi de la garde partagée peut avoir des effets néfastes sur l'enfant, de même que sur le parent victime. En effet, selon certains elle permettrait le maintien du lien de domination existant entre le parent violent et son ex-conjoint⁵⁷. De nombreux groupes sociaux ont fait valoir que la loi en vigueur actuellement est incomplète, puisqu'elle escamote ? complètement ce volet qui fait partie de la dynamique familiale⁵⁸. Selon l'Association canadienne femme et droit, une définition de violence conjugale devrait être ajoutée à la loi pour comprendre la violence physique, mentale, psychologique, sexuelle et le harcèlement⁵⁹.

CONCLUSION

⁵³. Nova Scotia Advisory Council on the Status of Women, « Response to Bill C-22: An act to amend the Divorce Act », Halifax, août 2003 et Association nationale de la femmes et du droit, précité, note 22.

⁵⁴. Association des nouvelles conjointes du Québec, « Mémoire sur le projet de loi C-22 modifiant la *Loi sur le divorce* présenté au comité permanent de la justice et des droits de la personne », Montréal, août 2003.

⁵⁵. Statistiques Canada, « La violence familiale au Canada : un profil statistique », n° 85-224-X, 2011, en ligne : <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-224-x/85-224-x2010000-fra.pdf>, consulté le 10 août 2012.

⁵⁶. *Ibid.*

⁵⁷. D. CÔTÉ, « Champ libre : La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ? », précité, note 19 ; Martin DUFRESNE et Hélène PALMA, « Autorité parentale conjointe : le retour de la loi du père », (2002) 21 *Nouvelles Questions féministes* 31, à la p. 45.

⁵⁸. Association nationale de la femme et du droit, précité, note 18 ; Nova Scotia Advisory Council on the Status of Women, précité, note 53 ; Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec, précité, note 52 ; Fédération de ressources d'hébergement pour femmes violentées et en difficulté du Québec, précité, note 52.

⁵⁹. Association nationale de la femme et du droit, précité, note 18, à la p. 2.

Les débats sur la présomption de garde partagée au Canada ont suscité les passions de plusieurs intervenants provenant de milieux différents. Elles opposent des regroupements aux intérêts féministes et masculinistes, qui, en bout de piste, sous le couvert du meilleur intérêt de l'enfant, tentent d'égaliser leur position face au système de justice et à la garde d'enfant. L'intérêt de l'enfant étant une notion « polymorphe », telle que la qualifie Malacket⁶⁰, il est fréquent que le meilleur intérêt de l'enfant serve à d'autres fins qu'à cet intérêt lui-même⁶¹.

Cette proposition mérite toutefois que l'on s'y attarde sérieusement, afin notamment de tenter de pallier l'insécurité juridique qui existe actuellement en matière de garde. D'autant plus que, dans les faits, une partie des juges semble appliquer une présomption de garde alternée, bien qu'ils ne le mentionnent pas directement⁶².

⁶⁰. Andréanne MALACKET, « L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation et de détournement », Mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 2010.

⁶¹. *Ibid.*

⁶². D. CÔTÉ, « D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde partagée comme phénomène social », précité, note 19, Ines LeROY, « La garde partagée, une présomption jurisprudentielle », (2006) 27(1) *Revue québécoise de psychologie* 33.