Mémoire au Comité fédéral, provincial et territorial sur le droit de la famille, sur la garde, le droit de visite et les pensions alimentaires pour enfants

Preparé par le Réseau des femmes ontariennes sur la garde légale des enfants



National Association of Women and the Law

Association nationale de la femme et du droit

Mémoire au Comité fédéral, provincial et territorial sur le droit de la famille, sur la garde, le droit de visite et les pensions alimentaires pour enfants

Preparé par le Réseau des femmes ontariennes sur la garde légale des enfants

juin 2001

Rédigé par:

Andrée Côté
Pamela Cross
Carole Curtis
Eileen Morrow

ISBN #: 0-895996-63-5

Ce mémoire a été rédigé par :

Andrée Côté, Association nationale de la femme et du droit
Pamela Cross, Metropolitan Action Committee on Violence Against Women and Children (METRAC)
Carole Curtis, avocate en droit de la famille, Curtis & Associates, Toronto
Eileen Morrow, Ontario Association of Interval and Transition Houses (OAITH)

Nous tenons à remercier les personnes suivantes pour leurs commentaires, suggestions et contributions :

Jane Anweiler, avocate en droit de la famille, Toronto
Susan Boyd, Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique
Bonnie Diamond, Association nationale de la femme et du droit
Nancy Drewitt, Vancouver Custody and Access Services and Advocacy Association (VCASAA)
Punam Khosla, Toronto Women's Network
Mary Jane Mossman, Faculté de droit Osgoode Hall
Joanna Radboard, avocate en droit de la famille, Epstein, Cole, Toronto
Ellen Murray, avocate en droit de la famille
Zara Suleman, Vancouver Custody and Access Services and Advocacy Association (VCASAA)
Martin Dufresne, traducteur

Note :

Bien qu'elles nous aient aidé à mieux comprendre certains aspects du droit de la famille, les personnes qui ont contribué à ce document n'endossent pas nécessairement l'ensemble des positions prises par les auteures principales.

La traduction française a été rendue possible grâce à la participation de :
Action ontarienne contre la violence faite aux femmes
Association nationale de la femme et du droit

Coordination :
Association nationale de la femme et du droit

Nous tenons à remercier le Réseau des femmes ontariennes sur la garde légale des enfants pour la permission de publier ce document.

Nous tenons à remercier Condition féminine Canada pour leur soutien financier.

This document is available in English

Ce mémoire a été endossé par les organisations suivantes :

Association nationale de la femme et du droit

Metropolitan Action Committee on Violence Against Women and Children (METRAC)

Ontario Association of Interval and Transition Houses (OAITH)

Réseau des femmes handicapées de l'Ontario (DAWN)

Education Wife Assault

Faye Peterson Transition House

Northwestern Ontario Women's Centre

Action ontarienne contre la violence faite aux femmes

London Battered Women's Advocacy Centre

CALACS Francophone of Ottawa

Women's Resources of Simcoe County, Midland

My Friend's House, Collingwood

Chadwic Home, Wawa

The Status of Women Office, Equity Services, Carleton University, Ottawa

Muskoka Interval House

Women's Habitat, Etobicoke

Provincial Association of Transition Houses of Saskatchewan (PATHS)

Sexual Assault Services of Saskatchewan

Women's Centres CONNECT! (Provincial Association of Women's Centres in Nova Scotia)

YWCA of/du Canada

Solidarité Femmes, France

TABLE DES MATIÈRES

Recommendations 1
Introduction 7
Passer sous silence les réalités des femmes 7
La nécessité d'une analyse sexospécifique 8
S'assurer du respect de la Constitution 10
Un processus de consultation non démocratique 11
L'influence du « lobby des pères » 12
Partie 1 : Tenir compte de l'(in)égalité des femmes 14
1.1 Contexte général: Quelles sont les conditions de vie matérielles des femmes 14
1.2 La situation des mères après la séparation ou le divorce 19
1.3 Principes généraux 21
Partie 2 : Une évaluation critique des solutions de réforme proposées 23
2.1 Le modèle de partage des responsabilités parentales 24
2.1.1 Un modèle qu'on ne peut imposer aux parents 24
2.1.2 Le partage des responsabilités parentales n'est peut-être pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant 28
2.1.3 Le partage des responsabilités parentales peut rendre les femmes plus vulnérables à la violence conjugale 30
2.1.4 Les plans parentaux 31
2.1.5 Conclusion 33
2.2 Les droits d'accès des hommes 33
2.3 L'intérêt supérieur des enfants 37
2.3.1 Le besoin de définir le critère de l'intérêt supérieur 37
2.3.2 Facteurs dont il faudrait tenir compte dans la détermination de l'intérêt supérieur 42
a) Les facteurs reliés aux enfants eux-mêmes 42
b) Les facteurs reliés aux relations des enfants avec les autres 43
c) Les facteurs reliés au rôle de parent dans le passé et les facteurs reliés à l'avenir des enfants 44
d) La présomption du maximum de contacts 47
Partie 3: La violence faite aux femmes et les relations conflictuelles 48
3.1 La définition de la violence 48

3.2 La violence dans les causes de divorce et de séparation 50
3.3 L'inclusion de la violence en droit de la famille 51
3.3.1 L'examen des services 53
3.4 La procédure accélérée en matière de droit de la famille 55
3.5 Les relations très conflictuelles 56
3.5.1 L'examen de la législation et des services 58
Partie 4: L'accès des femmes à la justice 59
4.1 La représentation par un avocat 59
4.2 Actrices du système judiciaire 61
4.3 Tenir les auteurs de violence responsables de leurs actes 61
4.4 Des solutions de rechange aux litiges 62
Partie 5: Les pensions alimentaires pour enfants 64
5.1 Aperçu: Les lignes directrices ont-elles atteint les buts fixées? 64
5.1.1 Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants: Maximum ou minimum? .. 65
5.1.2 Modification annuelle des pensions alimentaires pour enfants 66
5.1.3 Problèmes relatifs aux montants prévus dans les Tables 67
5.1.4 Pensions alimentaires pour les conjointes 67
5.1.5 L'accès des femmes à la justice 68
5.1.6 Définition du revenu 68
5.2 Sujets soulevés dans le document de consultation 68
5.2.1 Pensions alimentaires pour enfants dans les cas de garde partagée 68
a) Déterminer quand s'applique la règle de la garde partagée 68
b) Déterminer le montant des pensions alimentaires dans les cas de garde partagée 70
5.2.2 L'incidence des coûts des droits de visite sur les montants des pensions alimentaires 72
5.2.3 Pensions alimentaires pour enfants majeurs 74
5.2.4 Divulgation de renseignements au sujet des enfants plus âgés 75
5.2.5 Obligations de pension alimentaire d'un conjoint tenant lieu de parent 75

Conclusion 76

RECOMMANDATIONS

Principes généraux

1. La *Loi sur le divorce* doit comporter un préambule, appuyé par le texte même de la *Loi,* qui reconnaisse le désavantage social et économique des femmes et l'incidence de la violence infligée aux femmes et aux enfants au sein des familles, dont la violence physique, affective, sexuelle, psychologique et sociale. Ce préambule doit comprendre une définition et une analyse de la sexospécificité de la violence au sein des familles, et il doit reconnaître que des problèmes de contrôle et de violence affectent une proportion importante des familles, notamment celles qui se présentent devant le tribunal de la famille.

2. La violence infligée aux femmes et aux enfants doit devenir une considération primordiale et prioritaire dans tous les aspects du droit de la famille.

3. Le rôle historique et continu des femmes comme principales pourvoyeuses de soins dans les familles doit être explicitement reconnu au moment des prises de décisions en matière de garde et de droit de visite.

4. La législation doit refléter la diversité des conditions de vie des femmes et des enfants et les effets différents de la violence et de la pauvreté chez les femmes. Elle doit notamment reconnaître et tenir compte des conditions particulières des femmes autochtones, des femmes de couleur, de femmes immigrantes, des femmes vivant avec un handicap et des lesbiennes.

5. Le droit de la famille doit respecter et promouvoir les droits constitutionnels à l'égalité des femmes et des enfants. L'interprétation des droits à l'égalité doit faire référence aux droits à l'égalité matérielle des groupes historiquement désavantagés, conformément à la jurisprudence établie par la Cour suprême du Canada. Le modèle d'« égalité formelle » que préconise le lobby des pères doit être rejeté.

Garde et droit de visite

6. Étant donné l'incidence élevée de la violence infligée aux femmes et aux enfants, et son faible taux de signalement devant le tribunal de la famille, et le fait que les intervenants judiciaires en méconnaissent les répercussions lorsqu'elle est dévoilée, l'on doit être attentif à toute indice de violence ou de contrôle dans l'examen de chacun des cas soumis au tribunal de la famille.

7. On doit établir une présomption réfutable contre l'attribution de la garde et pour une restriction de l'autorité et des contacts parentaux dans le cas de violence contre les femmes. Cette mesure doit s'accompagner d'une orientation explicite sur les critères autorisant les tribunaux à modifier les ordonnances de garde ou de droit de visite, de façon à empêcher les agresseurs de se servir du droit de la famille pour harceler leurs ex-conjointes.

8. L'imposition par un tribunal du partage des responsabilités parentales doit être rejetée puisqu'elle va à l'encontre de l'intérêt supérieur des enfants et de l'intérêt des femmes. Les décisions concernant la garde et le droit de visite doivent prendre en considération la réalité matérielle de chaque famille, les relations au sein de la famille, les facteurs ayant des incidences positives et négatives sur les enfants et la personne qui est le principal pourvoyeur de soins au moment de la séparation et du divorce.

9. Le principe du « maximum de contacts » énoncé au paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce* doit être éliminé, tout comme la « règle du parent le mieux disposé » à faciliter les contacts avec l'autre parent. De plus, toutes les autres dispositions de la *Loi* qui prescrivent un maximum de contacts doivent énoncer explicitement une exception pour les situations marquées par de la violence ou par un contrôle coercitif soit aux enfants, soit au principal pourvoyeur de soins.

10. On doit faire preuve de cohérence au moment de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette cohérence devrait passer par l'établissement d'une liste de critères clairs, comprenant notamment :

- une présomption contre l'attribution de la garde ou du droit de visite non supervisée au parent agresseur lorsqu'un enfant a été violenté par un parent;[1]
- une présomption contre l'attribution de la garde ou du droit de visite non supervisée à l'agresseur lorsqu'un enfant a été témoin des violences infligées à sa mère;
- une présomption d'un risque important de répétition et d'escalade de la violence, lorsqu'il y a déjà eu violence, dont on doit tenir compte dans toutes décisions sur la garde et le droit de visite;
- les tâches assumées par la personne qui a été le principal pourvoyeur de soins;
- les opinions et les préférences de l'enfant lorsqu'on peut déterminer clairement que l'enfant n'a pas été manipulé, menacé ou autrement forcé et là où l'enfant ne subira pas de conséquences néfastes pour avoir exprimé ses souhaits. Toutefois, les opinions et les préférences de l'enfant ne devraient pas constituer le facteur décisif dans les décisions sur la garde et le droit de visite;
- un engagement à déranger le moins possible la routine de l'enfant, y compris son lieu de résidence, sauf lorsque la mère doit déménager pour protéger les enfants ou se protéger elle-même d'un agresseur;
- une reconnaissance de l'importance de maintenir des relations préexistantes avec la famille étendue dans la mesure où cela ne compromet pas la sécurité de l'enfant ou de sa mère, et sans enchâsser ces droits dans un cadre juridique;
- une reconnaissance de la diversité des réalités et des pratiques parentales des familles vivant au Canada, et le respect des cultures, traditions et modes de vie des Autochtones, des personnes immigrantes, des Noirs et des personnes de couleur ainsi que ceux des personnes vivant avec un handicap, des lesbiennes et de la classe ouvrière.

11. Toute référence à la capacité des parents de répondre aux besoins continus des enfants doit établir clairement qu'un désavantage économique d'un parent par rapport à l'autre ne sera pas un facteur déterminant dans l'attribution de la garde de l'enfant.

12. Toute discrimination sur la base de l'orientation sexuelle d'un parent doit être explicitement interdite, notamment, l'orientation sexuelle ne doit pas être retenue comme facteur pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.

13. Le fait qu'un parent vive avec un handicap ne doit pas servir à justifier une décision à l'effet qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être confié à la garde de ce parent.

14. Il importe de reconnaître que le refus du droit de visite à des fins malveillantes n'a lieu que dans une très faible proportion des litiges de garde et de droit de visite.

15. La *Loi sur le divorce* doit reconnaître le droit du parent qui a la garde de suspendre un droit de visite lorsque qu'elle croit que le droit de visite ne serait pas dans l'intérêt supérieur des enfants, ou qu'elle mettrait en danger sa sécurité ou celle de ses enfants. Dans de tels cas, une personne ne doit pas être intimidée par la menace de sanctions criminelles ou autres.

16. Le défaut d'exercer un droit de visite n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant et doit avoir des conséquences pour le parent ayant le droit de visite. L'ordonnance devrait pouvoir être modifiée du fait de ce défaut.

17. Les services de visites et d'échange d'enfant et de visites supervisées doivent être multipliés pour être disponibles à toutes les personnes qui en ont besoin, et notamment les familles où la mère ou les enfants ont déjà subi de la violence. Ces services devraient être offerts en tout temps par l'appareil du droit de la famille. Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux doivent s'assurer que des services de visites supervisées sont accessibles, sécuritaires et fournis par un personnel ayant une expertise sur la violence infligée aux enfants et aux femmes. Ces services doivent être adaptés à la diversité raciale, culturelle et linguistique des familles canadiennes.

18. La législation doit reconnaître explicitement que, dans certains cas, l'absence totale de droit de visite est la seule façon de s'assurer de la sécurité et du mieux-être de la mère et des enfants.

19. Tout programme d'éducation parentale destiné aux parents qui se séparent doit être basé sur une analyse sexospécifique des situations matérielles des familles et de la violence conjugale. Les programmes d'éducation des parents doivent être offerts dans un contexte approprié, séparément du processus de prise de décisions du tribunal de la famille. La participation à une séance d'éducation ne doit pas être utilisée par des conjoints agresseurs pour appuyer leurs revendications de droits de garde ou de visite.

20. Le système du droit de la famille et tous les paliers de gouvernement doivent reconnaître l'importance de fournir des services complets de soutien aux femmes et aux enfants qui subissent de la violence, ainsi que des programmes appropriés destinés aux conjoints agresseurs. Cependant, ces services et ces appuis doivent relever du secteur

communautaire et ne doivent pas être liés précisément au processus de prise de décisions du tribunal de la famille.

Pensions alimentaires pour enfants

21. Le paragraphe1a) des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* doit être modifié de façon à énoncer comme premier objectif le fait d'« assurer un niveau de soutien qui réponde aux besoins fondamentaux des enfants ».

22. Pour s'assurer que les Lignes directrices ne sont pas utilisées comme un seuil maximal plutôt qu'une base minimale du montant de pension à payer, le montant fixé dans la Table des pensions alimentaires devrait être utilisé en combinaison avec les dispositions spéciales sur les dépenses liées aux enfants pour déterminer la pension alimentaire.

23. L'obligation de fournir des renseignements continus relatifs au revenu devrait se faire en utilisant un mécanisme administratif simple pour demander et fournir ces renseignements et pour recalculer le soutien par l'intermédiaire d'un tiers. Cela peut se faire par l'intermédiaire des tribunaux ou des programmes provinciaux d'exécution des ordonnances alimentaires.

24. Les montants fixés dans la Table doivent être révisés sur une base régulière et continue, idéalement une fois par an et au moins à tous les deux ans.

25. Les montants fixés dans la Table doivent refléter le fait que les montants requis pour élever des enfants varient en fonction de l'âge des enfants.

26. La priorité accordée aux pensions alimentaires pour enfants ne doit pas signifier que l'on peut passer sous silence les pensions alimentaires dues à la conjointe. L'article 15.3 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* doit être modifié pour préciser que, malgré la priorité accordée aux pensions alimentaires pour enfants, le tribunal doit tenir compte du besoin de pension alimentaire de la conjointe et de son droit à l'obtenir en vertu des objectifs énoncés dans la *Loi sur le divorce*.

27. Des sommes suffisantes doivent être dégagées, notamment sous forme d'assistance juridique, pour s'assurer que les femmes aient accès aux avantages des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*.

28. La définition du revenu doit être élargie et l'on doit permettre des déductions différentes de celles utilisées aux fins de l'impôt sur le revenu.

29. Les Lignes directrices doivent être modifiées pour en éliminer le calcul de temps lié à la garde partagée, en le remplaçant par un calcul fondé sur la responsabilité.

30. Dans les situations de garde partagée, les calculs de la pension alimentaire pour enfants doivent viser l'égalisation des niveaux de vie dans chaque résidence.

31. Les coûts liés aux visites ne doivent pas être pris en compte dans la détermination de la pension alimentaire pour enfants dans les cas ordinaires.

32. La pension alimentaire pour enfants ne doit pas être payée directement aux enfants majeurs, mais doit continuer à être payée au parent qui en a la garde.

33. Les enfants majeurs ne doivent pas avoir à divulguer leur situation financière au parent qui paie une pension alimentaire.

34. Les Lignes directrices ne doivent pas inclure d'orientation plus précise qu'elles ne le font déjà en ce qui a trait au paiement de la pension par les parents non biologiques.

Accès à la justice

35. Les femmes et les enfants qui vivent des relations marquées par la violence devraient bénéficier de procédures judiciaires accélérées en droit de la famille. Avant la mise en oevre d'un tel processus, des normes et des instruments appropriés doivent être élaborés par des spécialistes en matière de violence conjugale et d'égalité des femmes, afin d'établir la façon dont les tribunaux peuvent déterminer efficacement la « violence familiale reconnue » et distinguer la violence de ce qu'on appelle des « relations très conflictuelles ». Il ne doit se faire aucune différenciation précise entre les relations « très conflictuelles » et les relations marquées par de la violence avant que ne soit complétée cette étude.

36. Les femmes ont droit à une représentation juridique de haute qualité indépendamment de leur condition économique et, lorsque cet objectif appelle un recours à l'aide juridique, ces services doivent être considérés comme un droit et mis à la portée de toutes les femmes qui les demandent. Les responsables des services d'aide juridique doivent également veiller à offrir sans frais un soutien additionnel qui supprime tout obstacle à leur accessibilité, par exemple des services d'interprétation linguistique ou d'alphabétisation, ainsi que tout obstacle pour les femmes ayant des déficiences. Le gouvernement fédéral doit aider les provinces et les territoires à financer l'aide juridique en matière de droit de la famille.

37. Les avocats, les juges et tous les intervenants judiciaires du tribunal de la famille doivent recevoir d'office une formation portant sur les réalités et la dynamique de la pauvreté des femmes, la violence faite aux femmes et les répercussions spécifiques de la pauvreté et de la violence sur les femmes, notamment au cours des procédures devant le tribunal de la famille.

38. Tous les systèmes -- le droit criminel, le droit de la famille et la protection de la jeunesse -- doivent mettre en oevre des lois et d'autres mesures pour responsabiliser les agresseurs et cesser de blâmer les victimes. Des systèmes doivent être mis en place pour empêcher les conjoints agresseurs d'utiliser le système du tribunal de la famille comme façon de perpétuer la violence et le harcèlement infligés à leur ex-conjointe.

39. La médiation ne doit jamais être obligatoire. Lorsqu'une femme fait état de problèmes de violence et de contrôle déjà vécus dans la relation, on ne doit pas s'attendre à ce qu'elle amorce ou poursuive une démarche de médiation. La médiation n'est pas du counselling, mais un processus ayant d'importantes incidences juridiques pour les gens qui s'y prêtent. Donc, la médiation ne doit pas être recommandée comme forme d'intervention thérapeutique pour ce qu'on appelle des litiges de droit familial « très conflictuels ». L'utilisation de toute forme de règlement extrajudiciaire de différends ne doit jamais être un prérequis pour avoir accès au tribunal de la famille, ni une exigence pour recevoir de l'aide juridique ou tout service communautaire de soutien relié à des problèmes de droit de la famille.

40. La ministre de la Justice devrait tenir une consultation nationale conjointement avec les groupes de femmes voués à la défense des droits des femmes à l'égalité sur la réforme de la *Loi sur le divorce* et du droit de la famille et y inviter les femmes des différentes communautés. Elle devrait également tenir une consultation particulière avec les femmes autochtones (Premières nations, Métisses et Inuit) sur les questions qui les touchent particulièrement.

INTRODUCTION

Tous les changements apportés au droit de la famille en matière de garde, de droit de visite et de pensions alimentaires pour enfants auront de profondes répercussions sur les familles canadiennes. Compte tenu des conditions sociales de la plupart des familles, ces répercussions affecteront surtout les femmes et les enfants.

Le présent mémoire examine le document de consultation, préparé par le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, qui a pour titre *L'intérêt de l'enfant d'abord : Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada*. Il le fait à partir de la perspective des femmes et des enfants et en se basant sur les réalités multiples auxquelles ces personnes font face. Il aurait été inapproprié de commenter les modifications législatives proposées sans d'abord situer la vie des femmes et des enfants dans leur contexte social et économique réel. Toutefois, le format du « Cahier de réponses » diffusé par le gouvernement ne permet pas de bien contextualiser les expériences des femmes et des enfants. Nous avons donc choisi de présenter notre réponse à la consultation fédérale sous forme de mémoire.

Le thème général de ce mémoire est que la seule façon de s'assurer de l'intérêt supérieur des enfants est de garantir le mieux-être de leurs mères. Cet objectif exige lui-même que l'égalité des femmes devienne une réalité et que toute réforme juridique repose sur une évaluation attentive de l'incidence des modifications proposées sur les droits humains des femmes.

Passer sous silence les réalités des femmes

Le document de consultation ne fait pas la moindre référence aux femmes. Même s'il comprend quelques recommandations positives, cette omission est particulièrement étonnante compte tenu du fait que ce sont essentiellement les femmes qui ont été et continuent à être les principales pourvoyeuses des soins aux enfants.

Le document de consultation traite du partage des responsabilités parentales après la séparation ou le divorce de façon complètement décontextualisée. Il ne tient pas compte

de la réalité sociale, économique, politique et juridique des femmes, présume que les parents sont égaux et ne fait aucune référence au sexe des parents, ce qui n'est pas vrai. Toute proposition de réforme législative sera gravement défectueuse si l'on ne tient pas compte les diverses réalités les femmes et si l'on ne fait pas de l'égalité des femmes un objectif de base intégré à la réforme du droit de la famille.

Pire, une approche neutraliste de la réforme de la Loi pourrait entraîner une aggravation des liens de subordination des femmes dans la famille et dans la société et rendre les mères encore plus vulnérables aux tactiques de contrôle, à la violence et aux abus de pouvoir. Nous croyons que certaines des approches proposées au public canadien dans le document de consultation pourraient avoir de telles conséquences.

La nécessité d'une analyse sexospécifique

L'égalité fait loi au Canada. Le gouvernement canadien s'est engagé, tant au pays qu'à l'étranger, à évaluer l'impact de ses lois et de ses politiques sur les femmes, au moyen d'une analyse sexospécifique. En effet, en mai 1995, les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables de la condition féminine ont convenu de « l'importance d'entreprendre une analyse sexospécifique à titre d'élément intégral du processus des politiques gouvernementales ». Quelques mois plus tard, Condition féminine Canada publiait *À l'aube du XXI^e siècle : Plan fédéral pour l'égalité entre les sexes*, qui stipule que : « le gouvernement fédéral veillera, quand il y a lieu, à ce que les différences entre les sexes soient prises en considération dans les grands enjeux et les possibilités d'action. »[2] On y lit, en particulier :

> « Une démarche fondée sur les différences entre les sexes assure que, dans l'élaboration, l'analyse et l'application des politiques, on tienne compte de la différence entre les sexes, soit de la nature des relations entre les hommes et les femmes, ainsi que des réalités sociales, de leurs attentes et des circonstances financières différentes des femmes et des hommes. On reconnaît aussi que certaines femmes peuvent être encore plus désavantagées que d'autres en raison de leur race, leur couleur, leur orientation sexuelle, leur situation socio-économique, leur origine régionale, leur capacité ou leur âge. Une analyse comparative entre les sexes respecte la diversité et en tient compte. »[3]

À l'échelle internationale, le Canada a participé à l'élaboration, en 1995, du *Plan d'action du Commonwealth sur les sexes et le développement*, qui préconise un système de gestion qui tienne compte de la sexospécificité. Il a aussi endossé le *Programme d'action de Beijing* (« PAB »), où l'on demande aux gouvernements de « s'assurer, avant d'arrêter une politique, que l'on a évalué ses incidences sur les femmes et les hommes ». En particulier, le PAB demande aux gouvernements de procéder à une « analyse des politiques et des programmes tenant compte des différences entre les sexes » et de « promouvoir une perspective qui tienne compte des différences entre les sexes dans l'ensemble des lois et des politiques adoptées ».[4]

Enfin, le Canada a endossé le document *Further actions and initiatives to implement the Beijing Declaration and the Platform for Action* (Autres initiatives et actions pour mettre en oevre la Déclaration et le *Plan d'action de Beijing*), qui a été adopté par l'Assemblée générale spéciale des Nations Unies le 10 juin 2000. Ce document invite les gouvernements à « généraliser l'analyse qui tient compte des différences entre les sexes pour accélérer l'habilitation des femmes dans tous les secteurs et pour s'assurer d'un engagement à l'égard des politiques d'égalité entre les sexes » (par. 76), à « créer et entretenir un environnement juridique non discriminatoire et sensible aux différences entre les sexes », à « élaborer, revoir et faire respecter les lois et procédures visant à interdire et à éliminer toutes les formes de discrimination à l'endroit des femmes et des filles », à « s'assurer que les processus nationaux de réforme législative et administrative... font la promotion des droits des femmes » (par. 68) et à « examiner et réviser les lois de façon prioritaire, quand il y a lieu, dans le but d'adopter des lois efficaces, notamment pour contrer la violence infligée aux femmes, et prendre d'autres mesures qui s'imposent pour veiller à ce que toutes les femmes et les filles soient protégées contre toutes les formes de violence physique, psychologique et sexuelle et qu'elles disposent de recours en justice » (par. 69).

En l'absence d'une analyse et d'une stratégie globales de l'égalité entre les sexes, toutes les législations adoptées en matière de garde et de droit de visite contribueront à reconduire l'inégalité des femmes. Elles n'habiliteront pas les femmes à prendre des

décisions relatives à la garde et au droit de visite qui soient dans leur intérêt ou dans l'intérêt supérieur de leurs enfants, deux intérêts inextricablement liés. En fait, tant que les femmes demeurent les principales pourvoyeuses de soins aux enfants, l'égalité des femmes correspond à l'intérêt supérieur des enfants. Le processus de réforme du droit peut et doit prendre en compte et promouvoir simultanément aussi bien l'intérêt supérieur de l'enfant que l'intérêt des femmes en matière d'égalité.

S'assurer du respect de la Constitution

L'évacuation des réalités des femmes permet au document de consultation de présenter des options qui semblent à prime abord équitables, mais qui, en fait, renforcent la dépendance et la subordination des femmes à l'endroit de leur ex-conjoint, tout en menaçant leur sécurité, leur dignité et leur liberté.

Certaines réalités des femmes sont absentes du document de consultation, qui tient pour acquis que les parents qui se séparent forment toujours des couples hétérosexuels. Comme les lesbiennes et les gais se voient encore nier au Canada la liberté de mariage, la *Loi sur le divorce* ne permet pas à l'heure actuelle de résoudre les questions de garde et de droit de visite des enfants de conjoints de même sexe. Il existe beaucoup de parents de même sexe au Canada et ces familles ont besoin des mêmes avantages et protections juridiques. Le gouvernement fédéral doit accorder aux lesbiennes et aux gais la liberté de se marier.

La *Charte canadienne des droits et libertés* et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada ont toutes deux établi que la constitutionnalité d'une loi devait être évaluée en fonction de son impact sur les groupes historiquement désavantagés, notamment les femmes. Une loi sera jugée discriminatoire si elle a pour effet d'aggraver un désavantage préexistant, en privant ces groupes d'une protection égale ou d'un égal bénéfice de la loi.

Un processus de consultation non démocratique

Le processus de cette consultation nous préoccupe beaucoup. Le cahier de réponses diffusé par le gouvernement n'invite pas la personne qui en fait usage à inscrire son nom, son sexe, son occupation ou son affiliation organisationnelle; aucun espace n'est prévu à cet effet. Il ne serait pas difficile pour un individu ou une organisation de remplir de multiples copies de ce cahier, ce qui aurait pour effet de trafiquer le processus de consultation. Ce problème met en doute la légitimité du processus et fait douter de la logique de présenter ce questionnaire détaillé. Nous trouvons encore plus préoccupante l'impossibilité d'utiliser les réponses reçues pour effectuer une analyse sexospécifique, puisque le sexe ne fait pas partie des données à fournir.

Enfin, le document de consultation et les cahiers de réponses ne sont pas disponibles en d'autres formats que sur papier et en mode électronique, sur fichier PDF. Les documents en format PDF doivent être décodés à l'aide du logiciel Acrobat Reader. Surtout, ils ne sont pas accessibles aux personnes ayant une déficience visuelle, les lecteurs sonores d'écran étant incapables de les lire. Quant aux copies imprimées traditionnelles, elles sont également sans utilité pour les aveugles, qui ne peuvent lire que les documents imprimés en Braille.[5] Bon nombre des femmes handicapées qui ont exprimé l'intérêt de participer aux consultations sur les questions de garde et de droit de visite ont ainsi été exclues du processus.

Beaucoup de femmes se sentiront mal à l'aise d'utiliser le cahier de réponses comme principal mode de participation et ne rempliront pas ces cahiers. Il est fort probable que l'ensemble des résultats soient limités et faussés. Pour encore compliquer les choses, les organisateurs de tables rondes destinées à recueillir les commentaires d'organisations de partout au pays, des tables rondes qui auraient pu atténuer les effets d'une rétroaction lourdement tendancieuse, exigent que siègent à la même table des militants du lobby des pères et des représentantes des groupes de femmes. Ce scénario est mauvais, compte tenu de l'extrême disparité des perspectives de ces groupes et des déséquilibres très réels de pouvoir entre eux. L'expérience avait déjà été tentée lors des consultations menées par le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, en 1998. Les résultats

avaient été désastreux : ces réunions avaient dégénéré en hostilité ouverte, en sarcasmes, en cris et en chahut. Ces assemblées marquées par la colère, le désordre et la discordance n'ont pas permis d'atteindre les objectifs de la consultation. Comme en ont fait preuve les audiences du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite en 1998, les représentantes des groupes de femmes ont été maltraitées et bafouées en raison de ce processus.[6] Le modèle de consultation actuel néglige le fait que les partisans des « droits du père » ont tendance à présenter les féministes et les représentantes des femmes comme haineuses à l'égard des hommes; ils décrivent les ex-conjointes comme vengeresses, mal intentionnées et vouées à la destruction des hommes et de leurs relations avec leurs enfants.[7]

L'influence du lobby des pères

Depuis 1997, la réforme du droit de la famille est influencée par les organisations partisanes des « droits du père ». En effet, le ministre de la Justice de l'époque s'était engagé à réformer les dispositions de la *Loi sur le divorce* portant sur la garde et les droits de visite, en échange d'une trêve dans la guerre menée par ces groupes contre sa proposition de *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*. Le lobby des pères bénéficiait d'appuis importants au Sénat -- entre autres la sénatrice Ann Cools -- qui menaçaient de bloquer l'adoption de ce projet de loi. C'est cette dynamique qui a conduit à la mise sur pied du Comité spécial mixte sur la garde et le droit de visite en 1997 et à la publication du document de consultation actuel.

Le lobby des pères s'est d'abord organisé sur la base d'un discours assez grossier et ouvertement intéressé : si les hommes allaient devoir verser plus d'argent à cause des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, il fallait, en échange leur concéder un plus grand accès aux enfants.[8] Toutefois, lorsque les militants du lobby des pères se sont rendu compte que les Lignes directrices leur fournissaient une façon de réduire ou même d'éliminer ces paiements, leur discours a changé. En effet, la *Loi* prévoit que si un parent a un enfant plus de 40 pour cent du temps, ses obligations alimentaires pourraient être substantiellement réduites, voire même éliminées. Les principales revendications du lobby des pères sont alors devenues la « garde conjointe », le « partage

des responsabilités parentales » et d'autres variations sur le thème d'un accès « égal » aux enfants. Même si certains groupes réclamaient déjà ce genre de réformes en 1984-1985, au moment des derniers amendements apportés à la *Loi sur le divorce*, divers groupes partout au Canada ont été unanimes en 1998 à réclamer une présomption de garde conjointe dans les représentations adressées au Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite.[9]

Le lobby des pères a légitimé cette revendication en alléguant que ses membres étaient victimes de discrimination sexuelle dans un système judiciaire pétri de préjugés favorables à l'égard des femmes. En utilisant un « discours de complainte personnelle »[10] ils ont réussi à se poser en victimes, tirant profit des consultations publiques organisées par le Comité spécial mixte sur la garde et le droit de visite et exploitant d'autres tribunes ainsi que les médias. Ces organisations ont également mis sur pied une campagne de pression vigoureuse et menaçante, tant au palier provincial que national, et un réseau d'unités locales.

Les orientations politiques préconisés par le lobby des pères ont pour la plupart été reprises dans le Rapport final du Comité : partage des responsabilités parentales (plus précisément, « la prise de décisions partagées, voire du temps partagé également »), maximum de contacts avec les deux parents, plans parentaux ou médiation obligatoire, renforcement de la règle des « parents coopératifs », et l'adoption de programmes et sanctions visant le parent « non coopératif ».

Ce sont ces mêmes modèles de partage des responsabilités parentales qui refont surface aujourd'hui dans la plupart des options proposées dans le document de consultation. Il se peut que les ministres de la justice fédéral, provinciaux et territoriaux subissent l'influence indue des vociférations et des pressions bien coordonnées venant du lobby des pères. En contrepartie, nous croyons qu'une réforme du droit ne doit jamais être guidée par des prémisses idéologiques; elle doit plutôt tenir compte des conditions bien réelles d'inégalité qui prévalent au sein de la famille, du droit de la famille et de la société.

PARTIE 1 : Tenir compte de l'(in)égalité des femmes

Les mères sont des femmes, et toute réforme juridique qui affectera les femmes de façon aussi draconienne que celle du droit de la famille doit être évaluée dans le contexte des conditions de vie réelles et matérielles des femmes.

> (...) «Une femme qui a des enfants est toujours une mère, qu'elle soit au travail ou au foyer avec ses enfants. La présence d'enfants façonne la vie des femmes beaucoup plus qu'elle ne touche celle de la plupart des hommes, en ce qui concerne à la fois leurs choix de vie et leurs chances dans la vie.»[11]

La réforme du droit de la famille doit tenir compte de la situation d'infériorité socio-économique, juridique et politique des femmes et elle doit promouvoir l'égalité des femmes au sein de la famille et de toute la société. Elle ne doit pas se limiter à mettre au point des modalités de droit de visite qui ont pour effet secondaire de réduire les obligations de soutien alimentaire des hommes et d'aggraver ainsi la pauvreté des femmes après une séparation. Toute réforme du droit doit tenir compte des conditions de vie matérielles des femmes et des enfants.

1.1 Contexte général : Quelles sont les conditions de vie matérielles des femmes?

Dans la vaste majorité des cas, les femmes demeurent le principal pourvoyeur de soins aux enfants et elles font la majorité, sinon la totalité, des travaux domestiques. En termes statistiques, les travaux domestiques et les soins prodigués aux enfants ne sont partagés également entre les parents que dans 10 pour cent des cas, tandis que 28 pour cent des femmes font la majorité de ce travail et 52 pour cent le font en entier.[12] Ces pourcentages varient en fonction du nombre d'enfants présents au domicile; 83 pour cent des femmes qui ont quatre enfants et plus assument la totalité des travaux domestiques et des soins aux enfants.[13]

Non seulement le mariage a-t-il pour effet de réduire la part du travail domestique des hommes en augmentant d'autant celle dévolue aux femmes, mais la participation des hommes à l'éducation et au soin des enfants n'augmente pas lorsque les femmes

participent au marché de l'emploi.[14] Comme l'indique un rapport récent de Statistique Canada :

> « Bien que les femmes et les hommes travaillent le même nombre d'heures -- les femmes et les hommes ont consacré 7,2 heures par jour en moyenne au travail rémunéré et non rémunéré en 1998 -- on observe une division du travail entre les sexes. Par exemple, les femmes ont consacré 2,8 heures par jour en moyenne au travail rémunéré et 4,4 heures au travail non rémunéré, tandis que la situation chez les hommes était l'inverse : ils ont consacré 4,5 heures au travail rémunéré et 2,7 heures au travail non rémunéré. De fait, les femmes font la plus grande partie du travail non rémunéré, soit environ 65 pour cent du total des heures consacrées à ces activités en 1992. Dans l'ensemble, le travail non rémunéré des femmes a représenté entre 32 pour cent et 54 pour cent du produit intérieur brut au prix du marché cette même année, selon la méthode d'évaluation utilisée. En outre, malgré la participation accrue des femmes à la vie active, la part des heures de travail non rémunéré est demeurée relativement stable depuis le début des années 1960, soit environ les deux tiers du total. »[15]

La charge de travail et de soins domestiques non rémunérés qui incombe aux femmes dans la famille connaît présentement une hausse dramatique avec la mise en uvre des restrictions budgétaires gouvernementales, qui éliminent des programmes et des services en soins de santé et en éducation, ainsi qu'une foule de programmes spécialisés destinés aux personnes handicapées, aux personnes âgées et aux enfants, entre autres.[16]

Le fardeau du travail non rémunéré effectué au sein de la famille est encore alourdi en raison des salaires très inférieurs versés aux femmes dans le marché de l'emploi. De fait, Statistique Canada indique que « les gains moyens des femmes qui travaillent sont bien inférieurs à ceux des hommes qui travaillent. En 1997, les femmes qui travaillaient affichaient des gains moyens d'un peu plus de 21 000 $, ce qui ne représente que 64 pour cent des gains de tous les hommes qui travaillaient. Même lorsqu'elles travaillent à temps plein toute l'année, les femmes ont des gains bien inférieurs à ceux des hommes. En 1997, chez les personnes ayant travaillé à temps plein toute l'année, les femmes ont affiché des gains moyens d'un peu moins de 31 000 $, ce qui correspond à 73 pour cent des gains des hommes. »[17]

La plupart des femmes travaillent également dans le marché de l'emploi rémunéré; de fait, en 1994, 7 sur 10 des mères ayant des enfants de moins de 16 ans travaillaient à

l'extérieur du foyer.[18] Toutefois, beaucoup de femmes doivent accepter des emplois temporaires ou à temps partiel; elles sont rarement syndiquées et sont donc sujettes à des conditions de travail minimales et à des salaires inférieurs au seuil de la pauvreté.[19] Les politiques néo-libérales contemporaines, le libre-échange et la privatisation des services publics ont aussi exercé une pression à la baisse sur les salaires des femmes.

La discrimination salariale, la dévalorisation et l'exploitation du travail des femmes, et donc les taux de pauvreté, sont beaucoup plus élevés chez les femmes autochtones, les femmes de couleur, les femmes immigrantes et les femmes vivant avec des handicaps. De fait, une Canadienne sur sept vit avec un handicap et ce double désavantage impose à ces femmes des niveaux de chômage, de violence et d'exploitation qui sont plus élevés que ceux du reste de la population active. En 1995, au Canada, le taux de pauvreté des femmes d'âge actif (15 à 64 ans) vivant avec un handicap était le double de celui des femmes d'âge actif sans handicap, soit 36 pour cent en comparaison de 18 pour cent.[20] Statistique Canada souligne la proportion élevée de femmes autochtones à très faibles revenus. En 1996, 43 pour cent des femmes autochtones âgées de 15 ans et plus avaient des revenus inférieurs aux seuils de faible revenu de Statistique Canada, en comparaison de 35 pour cent des hommes autochtones et de 20 pour cent des femmes non autochtones.[21]

Les femmes de couleur qui travaillent, gagnent en général moins que les autres femmes. Parmi les femmes de 15 à 64 ans ayant travaillé à temps plein toute l'année en 1995, les femmes de couleur ont affiché des gains moyens de 27 500 $, soit environ 3 000 $ de moins que les revenus d'emplois des autres femmes cette même année (30 500 $).[22] Les femmes de couleur ont presque deux fois plus de chance que les autres Canadiennes d'avoir de faibles revenus. En 1995, 37 pour cent des femmes de couleur vivant dans des ménages privés affichaient des gains inférieurs aux seuils de faible revenu de Statistique Canada, en comparaison de 19 pour cent des autres femmes.[23] Les femmes immigrantes gagnent généralement moins que les autres femmes du Canada. Les femmes immigrantes âgées de 25 à 44 ans ont affiché des gains moyens de 28 700 $ pour du travail à temps plein toute l'année en 1995, en comparaison des quelques 30 700 $ gagnés par les

femmes de la même catégorie d'âge nées au Canada. Les nouvelles immigrantes présentaient des gains particulièrement faibles, qui ne totalisaient en moyenne que 21 900 $ pour du travail à temps plein toute l'année.[24]

Il faut observer que les immigrantes reçoivent des salaires inférieurs malgré leurs compétences plus élevées,[25] et qu'elles ont d'énormes obstacles à surmonter pour s'intégrer au marché de l'emploi rémunéré; leur taux d'emploi y est de 51 pour cent, en comparaison de 73 pour cent pour les femmes nées au Canada.[26] Elles sont, pour la plupart, confinées aux emplois subalternes des secteurs de la fabrication, de la restauration, du travail domestique et des services et sont sujettes au racisme et aux sanctions disciplinaires injustes.[27] De plus, les femmes immigrantes connaissent un taux de chômage supérieur à celui des femmes nées au Canada (21 pour cent en comparaison de 14 pour cent à Toronto, en 1999).[28] L'accès à l'emploi est particulièrement difficile pour les francophones d'origine africaine qui vivent souvent une déqualification professionnelle lorsqu'elles immigrent en Ontario et doivent se contenter d'emplois à temps partiel, de travail à contrat et de très peu d'avantages sociaux, quand il y en a.[29] En 1995, 27 pour cent de toutes les immigrantes vivaient avec de faibles revenus, une proportion beaucoup plus élevée que les 19 pour cent de femmes nées au Canada qui vivaient dans des situations de faible revenu cette même année.[30]

L'inégalité et l'infériorisation que subissent les femmes sur le marché du travail, ajoutées au lourd fardeau des tâches non rémunérées du travail domestique et des soins dispensés aux enfants ainsi qu'aux autres membres de la famille, placent les femmes dans une situation d'inégalité sociale et économique par rapport à leurs maris et accroissent leur situation de dépendance. Inversement, la dépendance économique des femmes exacerbe leur vulnérabilité aux formes de pouvoir et de contrôle que peut exercer un conjoint après le divorce, et leur vulnérabilité à l'imprévisibilité et à la violence dont fait preuve l'ex-conjoint.

De fait, la violence conjugale et d'autres formes de violence masculine infligée aux femmes au sein de la famille continuent à être perpétrées à très grande échelle. L'Enquête

sociale générale de 1999 sur la violence conjugale a établi que 8 pour cent des femmes avaient subi cette forme de violence au cours des cinq années précédant l'étude. Même si ces chiffres désignent un vaste bassin de femmes, on a reproché à cette étude de sous-estimer le nombre réel de femmes victimes de violence conjugale.[31] L'Enquête de 1993 sur la violence envers les femmes, qui portait sur une plus longue période, avait établi que 29 pour cent de toutes les femmes subissaient la violence d'un conjoint à un moment ou un autre de leur vie. Dans une autre enquête, 21 pour cent des répondantes ont indiqué avoir vécu la violence d'un conjoint au cours d'une grossesse.[32] L'Enquête de 1993 sur la violence envers les femmes a reconnu un lien très clair entre l'infériorité sociale et économique des femmes et leur vulnérabilité à la violence du conjoint.[33] De fait, les femmes pauvres sont plus vulnérables aux agressions : l'étude a montré que les femmes dont le revenu du ménage était supérieur à 15 000 $ signalaient des taux annuels d'agression conformes à la moyenne nationale, tandis que les femmes dont le revenu du ménage était inférieur à 15 000 $ signalaient deux fois plus d'agressions. Les femmes handicapées indiquent également des taux plus élevés de violence : 39 pour cent des femmes non célibataires ayant un handicap ou une affection incapacitante ont indiqué avoir été agressées physiquement ou sexuellement par un partenaire au cours de leur vie maritale, en comparaison de 29 pour cent pour l'ensemble de la population féminine.

Même si les antiféministes aiment faire valoir que les femmes peuvent également violenter leurs conjoints, l'Enquête sociale générale de 1999 sur la violence conjugale indique que deux fois plus de femmes que d'hommes ont dit avoir été battues; les femmes ont signalé cinq fois plus de tentatives d'étranglement, presque deux fois plus d'utilisation d'un couteau ou d'une arme à feu contre elles et plus de six fois plus d'agressions sexuelles par le conjoint.[34] D'autres études indiquent que les femmes sont trois fois plus susceptibles que les hommes d'être assassinées par un conjoint.[35] En d'autres mots, la violence masculine infligée aux femmes est plus fréquente et plus grave et elle a des répercussions plus sérieuses que la violence imputée aux femmes.

L'inégalité économique des femmes dans le mariage et la vulnérabilité à la violence conjugale sont également exacerbées par le régime de parrainage prescrit par la loi et les

politiques canadiennes de l'immigration. De fait, en affirmant que les maris parrains doivent prendre en charge les besoins essentiels de leurs épouses durant 10 ans, en échange de leur résidence permanente au Canada à titre de membre de la catégorie de la famille, le régime de parrainage a souvent pour effet de créer ou de renforcer une relation inégale de pouvoir dans le couple et consolide la relation traditionnelle de dominance masculine dans le mariage.[36]

D'autres lois contribuent également à susciter ou à entretenir des relations d'inégalité pour les femmes au sein du mariage; c'est le cas, notamment, de la *Loi sur les Indiens*, qui empêche toujours les femmes autochtones d'avoir accès aux biens immobilisers situés sur les terres des réserves régies par la *Loi*.[37]

Les restrictions imposées à des programmes sociaux comme l'aide sociale, l'élimination des programmes spécialisés d'intégration des femmes immigrantes ou d'autonomie des femmes handicapées et la privatisation des services publics sont aussi des facteurs qui multiplient les embûches pour les femmes qui tentent de quitter des relations de violence.[38] L'inégalité sociale, économique, politique et juridique des femmes exacerbe leur inégalité dans la famille par rapport à leur mari.

1.2 La situation des mères après la séparation ou le divorce

À l'opposé du taux de mariage, qui est en baisse régulière, l'incidence du divorce a augmenté au Canada. En 1997, on comptait 225 divorces par 100 000 personnes au Canada, en comparaison de 55 par 100 000 en 1968.[39] Des études récentes indiquent que si la tendance se maintient, 40 pour cent de tous les mariages au Canada se termineraient par un divorce et que ce pourcentage pourrait même atteindre 50 pour cent[40] Statistique Canada indique que l'augmentation à long terme des taux de divorce a influencé, en partie, l'augmentation du nombre de mères seules. En 1996, il y avait au Canada 945 000 familles monoparentales dirigées par une femme, soit 19 pour cent de l'ensemble des familles avec enfants. En fait, ce chiffre est presque le double de celui de 1971, alors que 10 pour cent seulement des familles avec enfants étaient dirigées par une mère seule.[41] Les femmes continuent également à former la grande majorité des parents seuls.

En 1996, 83 pour cent des familles monoparentales étaient dirigées par une femme, une statistique qui est demeurée relativement constante depuis le milieu des années 1970.[42] D'après Statistique Canada, une des raisons expliquant une si grande prépondérance des femmes parmi les parents seuls est que les mères obtiennent généralement la garde des enfants au moment de la rupture.

En 1998, l'Équipe des pensions alimentaires de Justice Canada a commandé une analyse des données sur la garde, le droit de visite et les pensions alimentaires pour enfants. Ces données étaient regroupées sous la rubrique « Antécédents familiaux et garde » de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes. Les résultats de cette analyse indiquent que 80 pour cent des enfants de moins de 12 ans sont confiés à leur mère par des ordonnances du tribunal tandis que 7 pour cent seulement des enfants sont confiés à la garde du père. Les 13 pour cent qui restent font l'objet d'ordonnances de garde physique partagée. Toutefois, près de 70 pour cent des enfants sujets à une ordonnance de garde physique partagée vivent en fait uniquement chez leur mère.[43]

Après une séparation ou un divorce, le niveau de vie des femmes connaît une chute dramatique, leur capacité de participer au marché de la main-d'oeuvre décroît, leurs dépenses quotidiennes augmentent et, de ce fait, la majorité des mères seules ayant de jeunes enfants se retrouvent sous le seuil de faible revenu. Un nombre important de femmes est forcé de compter sur l'aide sociale après une séparation ou un divorce. De fait, 28 pour cent de l'ensemble des femmes assistées sociales au Canada sont des parents monoparentaux, en comparaison de seulement 2 pour cent des hommes assistés sociaux.[44] En 1997, le Conseil national du bien-être social a évalué que 57,2 pour cent des mères seules vivaient sous le seuil de la pauvreté et que cette proportion atteignait 80 pour cent des cas pour les mères seules ayant des enfants de moins de 7 ans.[45] Une étude menée récemment à Durham, en Ontario, laisse entendre que les femmes qui vivent de la violence dans une relation subissent une baisse de revenus encore plus importante après la séparation : alors que 89 pour cent des femmes interviewées dans le cadre de cette recherche se décrivaient comme « économiquement à l'aise » au cours de leur mariage, 84 pour cent des répondantes se sont dites « à faible revenu » après la séparation.[46]

De plus, il existe très peu de soutien pour les mères seules : les services de garde d'enfants sont extrêmement coûteux, en nombre insuffisant et non adaptés aux besoins des mères occupées. De plus, il s'avère très difficile, sinon impossible, d'obtenir des services adéquats aux plans culturel et linguistique. En outre, il existe très peu de services subventionnés de qualité pour les enfants qui ont des handicaps. L'accès au logement à prix abordable est un autre problème très sérieux pour les mères seules, particulièrement les femmes immigrantes et celles des minorités raciales. Comme le fait remarquer une chercheure : « Dans les situations de violence envers la conjointe ou de mauvais traitements infligés aux enfants, les femmes qui laissent un partenaire agresseur ont presque toujours immédiatement besoin d'un logis (...) Les immigrantes des minorités raciales ont réitéré maintes fois que le principal problème des femmes battues qui ont des enfants est de trouver un logement à prix abordable dans un quartier convenable. »[47]

La Cour suprême du Canada a reconnu, dans l'arrêt *Moge* [48] la situation prolongée d'infériorité vécue par les femmes après un divorce et la nécessité pour le droit de la famille de tenir compte de cette situation. Malgré les énormes difficultés que connaissent les femmes après une séparation ou un divorce, la majorité des femmes arrivent à trouver la force, la résistance et l'imagination pour relever les défis d'éduquer les enfants à elles seules. Il est cependant essentiel qu'une réforme du droit de la famille ne vienne pas ajouter aux obstacles et aux fardeaux de ces femmes. Au contraire, le processus de réforme doit reconnaître le contexte social et économique de la vie des femmes et il doit promouvoir leur bien-être et leurs droits à l'égalité. De fait, des études indiquent que le principal et le plus important des facteurs qui assurent le bien-être des enfants est le fait d'assurer le bien-être de leur mère.[49]

1.3 Principes généraux

Le document de consultation énonce une série de « principes directeurs » dont ont convenu les représentants des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. Ces principes sont sensés guider les réformes envisagées dans le secteur de la garde, du droit de visite et des pensions alimentaires pour enfants. Pourtant, ils n'ont été soumis à aucune consultation publique, et le cahier de réponses ne sollicite aucun commentaire ou aucune

suggestion quant à leur libellé. Tels qu'ils sont présentés, ces principes sont incomplets, indûment restrictifs et parfois même contradictoires. Ils ne reconnaissent aucunement la diversité de vie des femmes ou les besoins spécifiques de certaines collectivités de femmes.

Bien qu'il puisse sembler attrayant d'affirmer que « les besoins et le bien-être des enfants prédominent », il n'est pas judicieux de scinder complètement les besoins de l'enfant de ceux de leur principal pourvoyeur de soins soit, dans la majorité des cas, la mère. On risque ainsi de créer une fausse dichotomie, où l'intérêt des mères est présenté comme antagoniste à celui de leurs enfants.

répondant à ses besoins de base et en favorisant l'égalité et le respect des femmes -- de toutes les femmes -- s'avérera dans l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque les femmes sont, dans la plupart des cas, celles qui exercent concrètement la garde des enfants. De fait, « Les enfants du divorce s'épanouissent proportionnellement aux conditions de vie de celui des parents qui en assure majoritairement la garde. Les parents ayant majoritairement la garde qui connaissent des problèmes psychologiques, affectifs, sociaux, économiques ou de santé peuvent transférer ces difficultés à leurs enfants et sont souvent moins à même d'exercer une fonction parentale efficace.»[50]

Le processus de réforme du droit de la famille doit tenir compte du fait que les mères sont, collectivement, défavorisées au plan social et économique, surtout lorsqu'elles appartiennent à un autre groupe historiquement désavantagé. On doit reconnaître que les femmes vivent habituellement une situation de dépendance financière à l'égard de leur conjoint et de vulnérabilité aux abus de pouvoir et à la violence.

La réforme du droit de la famille ne doit ménager aucun effort pour éviter d'exacerber ce désavantage et cette relation inégalitaire; elle doit travailler à promouvoir les droits des femmes à l'égalité, leur sécurité et leur dignité. Cette réforme doit reconnaître et respecter le travail qu'ont accompli les femmes et qu'elles continuent à accomplir face à leurs enfants et leurs conjoints. Elle doit prendre conscience et tenir compte des situations

spécifiques vécues par les femmes de couleur, les femmes immigrantes, les femmes handicapées et les lesbiennes. Le processus de réforme du droit de la famille doit faire place à la nécessité de consulter les femmes autochtones -- celles des Premières nations, les femmes Inuit et les Métisses -- quant à la possibilité d'établir un régime spécifique et distinct adapté à leurs situations. Tout changement apporté au droit familial canadien doit refléter à la fois l'omniprésence et la gravité de la violence infligée aux femmes et notamment aux conjointes. La législation en matière de garde et de droit de visite doit établir spécifiquement et sans équivoque la prépondérance de la violence faite aux femmes ou aux conjointes dans les rapports intimes et reconnaître le rôle que joue cette violence même après la rupture de la relation.

Les femmes et les enfants ont besoin d'un accès réel et efficace à la justice. Dans le cadre de la présente consultation, l'accès des femmes à la justice doit être une considération primordiale au moment de rédiger des modifications portant sur la garde, le droit de visite et les pensions alimentaires. À cet égard, nous sommes préoccupées par le principe favorisant le recours à des mécanismes alternatifs de règlement de conflits et limitant le recours au tribunal aux cas de dernier ressort, soit appliqué d'une façon qui entrave l'accès des femmes à la justice.

Finalement, malgré les mérites éventuels d'un éclaircissement législatif des responsabilités juridiques associées au soin des enfants, il est important qu'un tel processus soit guidé par une analyse sexospécifique du droit de la famille. En l'absence d'une telle analyse, la réforme du droit viendra alourdir les responsabilités imposées aux personnes qui assurent la majorité des soins aux enfants, soit, dans la plupart des cas, les mères.

PARTIE 2 : Une évaluation critique des solutions de réforme proposées

Le document de consultation propose une série de réformes de la *Loi sur le divorce* et du droit de la famille en matière de garde et de droit de visite des enfants, visant à redéfinir les rôles et les responsabilités des parents à la suite de la séparation ou du divorce,

proposer des mesures pour s'assurer que les parents respectent leur droit de visite ainsi que des critères précis d'interprétation de l'intérêt supérieur des enfants. Le document de consultation comporte également un train de mesures en matière de violence familiale et de relations conflictuelles dont nous discuterons à la Partie 3 du présent mémoire.

2.1 Le modèle de partage des responsabilités parentales

Le document de consultation établit le principe suivant : « Les enfants et les jeunes ont avantage à établir et à maintenir des liens étroits avec leurs deux parents ». C'est sans doute à partir de ce principe que la majorité des réformes proposées dans le document favorisent la garde conjointe, les responsabilités parentales conjointes ou le partage des responsabilités parentales, cherchant ainsi à soutenir et à sanctionner les droits de visite des parents qui n'ont pas la garde, habituellement, les pères. À cet égard, les modèles proposés favorisent nettement, à la suite d'un divorce ou d'une séparation, l'accroissement de l'autorité des pères sur leurs enfants (et par extension sur leurs ex-conjointes). Ce préjugé favorable ne s'appuie pas sur une recherche empirique, il ne correspond pas non plus aux rôles parentaux courants et, dans bien des cas, non seulement il va à l'encontre de l'intérêt supérieur des enfants, mais il peut mettre en péril la sécurité et l'égalité des femmes. Il est important d'étudier les documents de recherche disponibles sur les expériences reliées aux régimes de partage des responsabilités parentales dans d'autres juridictions où l'on a démontré que ces politiques n'ont aucunement fait avancer les intérêts des enfants, mais ont plutôt lésé ces derniers.

2.1.1 Un modèle que l'on ne peut imposer aux parents

Le modèle de partage des responsabilités parentales comporte un « attrait insidieux »[51] parce que la « logique de la garde conjointe est tellement acceptable et séduisante que l'on est tenté d'oublier les preuves décevantes et de l'appuyer. »[52] Bien que ce modèle provienne des cercles thérapeutiques et professionnels, il s'est rapidement répandu dans les provinces de *common law* depuis la fin des années 1980. Au Canada, le concept s'est retrouvé dans le document de discussion fédéral de 1993 sur la garde et le droit de visite[53] et, plus récemment, dans le rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants intitulé *Pour l'amour des enfants*.[54]

Les modèles de partage des responsabilités parentales peuvent être très bénéfiques pour les femmes, à condition qu'ils fonctionnent.[55] Or, ils ne fonctionnent que lorsque les responsabilités parentales étaient vraiment partagées au sein du mariage et que la coopération existait déjà entre les parents, lorsque les parents peuvent s'entendre et collaborer, et lorsque le partage des responsabilités parentales a été choisi librement par les deux parents. Comme l'ont souligné Furstenberg et Cherlin : « La garde physique conjointe ne doit être favorisée que dans les cas où les deux parents le désirent... imposer la garde physique conjointe ne ferait qu'alimenter les conflits sans aucun bénéfice. »[56]

La garde conjointe exige de fréquents contacts entre les parents ainsi que des prises de décisions communes. Ce niveau de contacts et de collaboration va, en fait, à l'encontre de la « notion de séparation » de la plupart des parents. Beaucoup de parents séparés ne sont pas prêts à poursuivre les contacts et à prendre des décisions en commun. Cela est particulièrement vrai dans le cas des familles où les femmes ont été victimes de violence ou d'abus, mais cela s'applique également aux autres familles. Dans nombre de familles où les relations sont très conflictuelles, les parents ne peuvent pas continuer à avoir des contacts fréquents. Comme le disait Diane Lye, Ph.D., qui a étudié en profondeur la loi sur le partage des responsabilités parentales de l'État de Washington pour la commission sur la justice et l'égalité entre les sexes de la cour de l'État de Washington ainsi que pour la commission sur les relations familiales, après une analyse minutieuse des études sur le sujet : « les parents dont les relations sont très conflictuelles ont tendance à rester en conflit ou à se libérer l'un de l'autre. Ils ne deviennent pas des parents coopératifs aux relations harmonieuses ».[57] De plus, un modèle fondé sur la prise de décisions communes est généralement contraire au style de prise de décisions qui prévalait dans la famille quand elle était intacte, où habituellement la mère s'occupait des enfants et prenait les décisions reliées à cette responsabilité. Les requêtes de garde conjointe des pères sont souvent motivées par un désir de prendre des décisions communes ou à tout le moins de contrôler les décisions de la mère, et non par le désir de partager les soins quotidiens aux

enfants. Plusieurs mères s'accommoderaient fort bien d'arrangements de garde conjointe si cela signifiait réellement un partage de soins de qualité.

Bien que le document de consultation mette l'accent sur les modèles de partage des responsabilités parentales, dans la réalité, beaucoup d'hommes continuent à ne pas assumer leurs responsabilités parentales, ne profitant même pas du temps minimum de « visite » de leurs enfants, et marchandant le soutien financier qu'ils doivent payer pour assumer leur part des besoins de l'enfant. L'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes (ELNEJ) indique que 40 pour cent des pères séparés ou divorcés ne visitent jamais leurs enfants ou leur rendent visite de façon irrégulière, 16 pour cent les visitent aux deux semaines et seulement 30 pour cent le font une fois par semaine.[58]

En fait, ce sont les femmes qui, au cours de la relation, prennent soin des enfants au jour le jour, et elles continuent de le faire après le divorce ou la séparation. L'ELNEJ démontre que même dans les cas où les parents ont une ordonnance de garde conjointe, la plupart des enfants vivent avec leurs mères. « Les arrangements de garde physique réellement partagée ne représentent qu'une très faible proportion des cas, que les parents disent avoir une ordonnance de garde conjointe ou pas. Moins de 2 pour cent (9 pour cent des 13 pour cent des enfants qui font l'objet d'une ordonnance de garde physique partagée) des enfants qui font l'objet d'ordonnances d'un tribunal en matière de garde physique conjointe partagent effectivement des résidences avec leurs deux parents. »[59] Dans d'autres juridictions, l'expérience a prouvé que même lorsque les lois sont modifiées pour favoriser le partage des responsabilités parentales, les parents ne changent pas la façon dont ils exercent leurs responsabilités parentales de façon radicale, ce que le document de consultation reconnaît d'ailleurs. En d'autres mots, modifier la loi ne modifie pas les comportements.

Une évaluation de la loi californienne qui favorise la garde physique et légale conjointe révèle que « seulement une minorité de nos familles -- environ 30 pour cent... ont été capables d'établir des relations de coparentage coopératives ».[60] Une récente évaluation

de la loi australienne de 1995 sur la réforme du droit de la famille qui favorise le modèle de partage des responsabilités parentales, démontre que :

> « Rien ne prouve que les soins partagés soient devenus une réalité quotidienne pour les enfants de parents séparés qui ont eu recours au système de droit de la famille depuis que la *Reform Act* est en vigueur. Des entrevues et des enquêtes auprès des avocats et des procureurs révèlent que les réformes n'ont pas produit de changement réel dans la pratique. La plupart des répondants ont convenu que les mères continuent d'effectuer le gros du travail relié aux soins des enfants après la séparation, et que, comme l'a indiqué l'un des répondants, ' nombre de pères ne sont toujours pas disponibles de façon significative pour leurs enfants ' »[61]

Des études sur la mise en pratique de la loi de 1987 de l'État de Washington sur le partage des responsabilités parentales, démontrent qu'il n'y a pas eu de virage significatif dans les modalités de résidence à la suite de l'adoption de la loi.[62] En effet, une analyse des plans parentaux révèle que la plupart des enfants résidaient avec le parent qui en avait la garde, habituellement la mère, et ils rendaient visite à l'autre parent une fin de semaine sur deux,[63] L'étude conclut que, même lorsque les parents, au moment du divorce, veulent partager les décisions et s'entendent sur des plans de partage des responsabilités parentales, dans les faits, peu de parents y réussissent, et c'est le parent qui a la garde qui continue à prendre la majorité des décisions concernant les enfants. L'étude Lye conclut que, bien que 75 pour cent de tous les plans parentaux analysés lors de l'étude comportent la prise de décisions conjointe, très peu de parents ont été capables de continuer à prendre des décisions conjointes, leurs relations allaient trop mal pour qu'ils puissent atteindre le niveau de communication nécessaire pour le faire.[64]

L'Advocate Society of Ontario, une société ontarienne d'avocats, a souligné, dans le mémoire qu'elle a présenté au Comité spécial mixte sur la garde et le droit de visite, que lorsque les juges appliquent les dispositions de la *Loi sur le divorce* régissant la garde, ils traitent avec une population de demandeurs parmi laquelle les parents en relations conflictuelles sont surreprésentés. En d'autres mots, les parents les plus susceptibles de s'entendre sur le partage des responsabilités parentales ne sont pas ceux qui se retrouvent devant le tribunal. On y voit les parents qui ont le plus de difficultés à assumer le coparentage.

En fait, la majorité des cas sur lesquels les tribunaux doivent se pencher portent sur la violence à l'égard des femmes et des enfants, lesquels cas sont les plus susceptibles d'être entendus et les moins susceptibles d'être réglés hors cour.

Le document de consultation propose de traier les cas de relations « très conflictuelles » comme s'ils faisaient partie d'une minorité de cas spéciaux qu'un juge rencontrera. Les preuves tendent plutôt à démontrer l'inverse; parmi tous les cas qui se rendent devant les tribunaux, qui ne sont pas réglés et où un juge doit rendre une décision, le pourcentage de relations conflictuelles est très élevé. Par relations « conflictuelles », nous entendons les cas où, en ce qui concerne les décisions touchant les enfants, les parents ont constamment des différends depuis la séparation et ne peuvent pas les régler, et où l'absence d'entente a des conséquences négatives sur la stabilité et la continuité de la vie des enfants. Le phénomène est souvent relié au fait qu'un des parents veut contrôler plusieurs aspects de la vie de l'autre. La majorité des personnes qui se retrouvent devant les tribunaux pour des raisons de garde et de droit de visite ont, du simple fait d'être là, des relations conflictuelles et ne sont donc pas de bons candidats au régime de présomption de partage des responsabilités parentales.

2.1.2 Le partage des responsabilités parentales n'est peut-être pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant

Dans ses principes généraux, le document de consultation tient pour acquis que les enfants ont avantage à maintenir une relation significative avec leurs deux parents. Cette prémisse ne semble toutefois pas basée sur une recherche en science sociale.

Après une analyse approfondie des meilleures études effectuées aux États-Unis, Diane Lye signale que : « une seule étude conclut que les enfants qui ont davantage de contacts avec leur père lorsque celui-ci n'a pas la garde améliorent leur mieux-être; quatre études indiquent que le niveau de contact avec le père qui n'a pas la garde n'a aucune incidence; et une autre étude révèle que le mieux-être des enfants diminue chez ceux qui ont davantage de contacts avec leur père qui n'a pas la garde. »[65] Madame Lye souligne que des études récentes démontrent que « dans les situations conflictuelles, la garde physique conjointe et les contacts fréquents avec le parent qui n'a pas la garde ont des

conséquences négatives sur les enfants. »[66] Dans ces situations, présumer qu'il est bénéfique pour les enfants d'avoir le plus de contacts possible entre l'enfant et ses deux parents s'avère faux.

Lorsque la présomption de partage des responsabilités parentales devient la base à partir de laquelle travaillent les juges, les avocats, les médiateurs, les conseillers et d'autres acteurs institutionnels, les résultats des procédures ne sont pas toujours dans l'intérêt supérieur des enfants. L'étude menée par l'équipe Rhodes sur la loi australienne sur le droit de la famille de 1995 démontre clairement que le mieux-être des enfants est souvent menacé par les changements d'approche aux cours des décisions intérimaires, soit lorsque l'on favorise « l'égalité » parentale relativement à l'accès aux enfants en dépit d'une jurisprudence très claire en ce qui a trait au maintien des « arrangements existants ». Les tribunaux prennent des décisions suivant le principe qu'ils ne doivent pas donner « d'avantage tactique » à l'un ou l'autre parent; c'est-à-dire que les décisions se prennent en fonction de l'intérêt des parents -- dans la plupart des cas, de l'intérêt du père -- plutôt que de l'intérêt supérieur l'enfant. L'étude australienne démontre également qu'au nom du droit de l'enfant de maintenir le « contact » avec ses deux parents, les jugements sur requêtes intérimaires portent sur les moyens de maintenir le contact jusqu'au jugement final, au lieu d'étudier la pertinence d'accorder des droits de visite.

L'étude australienne a permis de constater que dans les cas où il y a allégations de violence qu'au stade des requêtes intérimaires, les décisions favorisant le droit de visite non supervisé ont doublé depuis l'introduction du « droit de contact » même lorsque l'on retrouve des allégations de violence. Les décisions refusant le droit de visite ont chuté à moins de la moitié depuis la promulgation de la Loi.[67] Par contre, deux ans après, au jugement final, le taux d'ordonnances de non communication est demeuré le même, ce qui suggère que, dans une grande partie des cas, les décisions intérimaires n'étaient pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Et aux auteurs de conclure : « l'approche des tribunaux relativement au contact, lorsqu'il y a des allégations de violence familiale, représente le plus important virage dans la pratique découlant des réformes. Cela s'applique particulièrement aux ordonnances émises lors des requêtes sur mesures intérimaires.

Certains attribuent le changement de pratique directement au principe du « droit de contact », que l'on accuse d'avoir « renversé la vapeur » depuis les beaux jours des décisions de la Full Court australienne sur la violence familiale. »[68]Les auteurs soulignent que cela constitue « un recul par rapport aux années qui ont précédé les réformes alors que le tribunal de la famille reconnaissait l'effet psychologique négatif de la violence conjugale sur le mieux-être des enfants. »[69]

En Australie, il y a une présomption effective (bien qu'elle ne soit pas légale) en faveur du contact de l'enfant avec le parent qui n'a pas la garde, en dépit des exigences claires de la Loi de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette présomption a accru les droits de visite des pères même dans les cas de violence familiale; la tendance s'éloigne de la sécurité de l'enfant jusqu'au procès et se rapproche du droit de visite au nom d'arrangements neutres de prise en charge.

2.1.3 Le partage des responsabilités parentales peut rendre les femmes plus vulnérables à la violence conjugale

Un modèle de droit familial basé sur la prise de décisions communes et le partage des responsabilités parentales rendra, de toute évidence, les femmes plus vulnérables à la violence conjugale et au contrôle. C'est la principale leçon à tirer des expériences vécues dans d'autres juridictions.

En effet, l'étude australienne souligne que les tribunaux émettent davantage d'ordonnances de garde conjointe lors d'audiences contestées lorsque le niveau de conflit entre les parties est élevés. L'étude démontre que les réformes basées sur la présomption de partage des responsabilités parentales donnent plus de latitude à l'agresseur pour harceler ou s'ingérer dans la vie de son ex-conjointe, en contestant les décisions et les choix de la femme. Des ordonnances sur les questions précises sont désormais monnaie courante et sont souvent utilisées pour imposer des normes aux soins que prodigue la mère. Les femmes font également face à une foule de requêtes pour avoir enfreint une

ordonnance de partage des responsabilités parentales, même si dans les faits, la plupart des requêtes s'avèrent sans fondement devant les tribunaux.

Dans les familles séparées où l'on impose les plans parentaux à des parents en guerre, les disputes et les litiges sont plus nombreux. Aucun plan ne peut rallier les parties lorsque la bonne volonté n'existe pas et qu'une des personnes est motivée par le désir de contrôler ou de harceler l'autre. L'étude de Diane Lye sur la loi de l'État de Washington conclut également que « parce que la prise de décisions conjointe découlant du plan parental oblige à des négociations et à des discussions constantes entre la victime et l'agresseur, cela permet à l'agresseur de poursuivre l'abus. »[70] Elle signale qu'une « minorité substantielle » de parents qui ont la garde, surtout des femmes, ont déclaré que leur ex-conjoint a utilisé cette disposition sur la prise de décisions conjointe pour les harceler ou les agresser psychologiquement. Elle souligne : « qu'il arrive souvent que le harcèlement relié à la prise de décisions conjointe soit très sérieux et constitue de la violence psychologique continue. Ce type de comportement comprend des prises de décisions arbitraires ou capricieuses, des changements constants de décisions, de l'obstination dans certaines décisions, des liens entre une décision et une autre, et des menaces. Il arrive parfois que, dans ce type de harcèlement, l'agresseur utilise le système judiciaire pour accroître le harcèlement en déposant constamment des requêtes devant les tribunaux. »[71]

Le recours aux procédures judiciaires par des conjoints violents dans le but de harceler leurs ex-conjointes est un problème répandu et inquiétant,[72] et nous craignons qu'il augmente avec l'introduction de la présomption de partage des responsabilités parentales dans la loi canadienne.

2.1.4 Les plans parentaux

Il est bon de voir pourquoi les gens ont besoin d'ordonnances du tribunal dans les dossiers de garde et de droit de visite et comment ils les utilisent. Les ordonnances ont au moins deux fonctions -- résoudre les conflits entre les parents et indiquer à une tierce partie qui s'occupe des enfants de parents séparés qui a le droit de prendre les décisions au sujet de l'enfant et quel est l'horaire de l'enfant. Pour des parents en conflit, les ordonnances du

tribunal règlent le différend et déterminent qui prendra les décisions importantes touchant l'enfant et son horaire. Ce n'est qu'après avoir étudié les problèmes des familles séparées où l'on a imposé des plans parentaux à des parents en conflit permanent que l'on se rendra compte de l'efficacité du système actuel.

En effet, pour toute question qui n'a pas été clairement établie dans le plan parental, on doit retourner devant les tribunaux ou avoir recours à un médiateur et ce, moyennant des coûts.

Le plan parental rendu par ordonnance du tribunal ne règle pas les différends entre les parents et ne réduit pas les hostilités; au contraire, le champ de bataille s'agrandit (par exemple, L'enfant peut-il jouer au hockey? Peut-elle commencer à sortir avec des garçons? Peut-elle consulter un psychologue? Quel psychologue consulter?).
Les plans parentaux sont également problématiques pour les tierces parties comme les écoles, les médecins, les garderies et les agents d'immigration qui sont en contact avec les enfants de parents séparées. Ils savent tous ce que signifie l'ordonnance d'un tribunal. Mais ils n'ont ni les compétences ni le goût ni le temps d'interpréter une myriade de plans parentaux différents quand les parents ne s'entendent pas sur l'interprétation d'une clause. Parmi les domaines de mésentente auxquels peut être mêlée une tierce partie, l'on retrouve : une demande de passeport pour un enfant; une autorisation pour une intervention chirurgicale ou des tests psychologiques; une permission pour un voyage scolaire; la participation à une équipe sportive; le retrait d'un enfant de la garderie. Une mère qui est aux prises avec un ex-conjoint contrôlant doit obtenir une ordonnance de garde claire afin de pouvoir demander de l'aide aux autorités en question si nécessaire. Finalement, il est important de noter que les femmes à faible revenu qui n'ont pas les moyens de se payer un avocat, mais ne sont pas assez pauvres pour avoir droit à l'aide juridique, éprouveront des difficultés majeures à établir un plan parental adéquat. Elles se retrouveront donc à adapter leur vie quotidienne à un plan de partage des responsabilités parentales type qui ne correspond ni à l'intérêt supérieur de l'enfant ni à leurs propres besoins, et ne leur offre aucune sécurité.

2.1.5 Conclusion

L'utilisation des présomptions de garde conjointe dans la loi sur la garde et le droit de visite a été discutée à fond et rejetée en 1985, après un long processus de consultation, lors des audiences sur les modifications à l'actuelle *Loi sur le divorce*. D'autres juridictions qui avaient adopté des modèles de garde conjointe ou de partage des responsabilités parentales s'en sont par la suite éloignés. Il serait irresponsable d'imposer une nouvelle structure légale de partage des responsabilités parentales aux enfants de parents séparés quand aucune recherche n'indique qu'un tel régime ne favorise leur intérêt supérieur à moins qu'il ne soit choisi par les deux parents. Des recherches fiables indiquent qu'il ne s'agit pas d'un régime bénéfique pour les enfants et qu'il augmente la vulnérabilité des femmes à la violence conjugale. Les résultats obtenus dans d'autres juridictions doivent être analysés attentivement avant d'entreprendre des changements révolutionnaires.

2.2 Les droits d'accès des hommes

Dans la section qui porte sur les discussions et les propositions en matière de droit de visite, il n'est nullement question d'une analyse de la situation des femmes comme d'ailleurs dans le reste du document de consultation. Par contre, le thème sous-jacent, qui fait partie d'un discours sexiste plus large, laisse entendre que les mères, qui ont habituellement la garde des enfants, empêchent fréquemment et malicieusement leurs enfants de voir leur père et qu'elles doivent être sanctionnées par les ordonnances de garde. Cette crise du « refus du droit de visite » s'articule autour d'un mythe misogyne qui veut que les mères agissent de façon égoïste et destructrice, en refusant les droits de visite aux pères sans raison valable. En fait, la contestation et le refus du droit de visite ne représentent qu'une infime partie du droit de la famille et c'est loin d'être la norme. La vaste majorité des familles sont en mesure de régler ces problèmes directement ou avec l'aide le leurs avocats.

Le document de consultation définit deux problèmes reliés aux « responsabilités par rapport au droit de visite » : le défaut d'exercer le droit de visite et le refus d'accès en vertu d'une entente écrite ou d'une ordonnance. Bien que le document de consultation

propose de « mettre les intérêts des enfants avant tout » et bien qu'il définisse le droit de visite comme « un droit de l'enfant », l'analyse du droit de visite se fait suivant la perspective de ceux à qui l'on a refusé « le droit » d'exercer leurs droits de visite. En ce sens, les problèmes reliés aux droits de visite ne concernent que les deux parents. On ne reconnaît pas les sentiments et les opinions de l'enfant, ou sa capacité de prendre des décisions qui pourraient modifier la situation. L'enfant n'a aucune voix ni aucun pouvoir dans le document de consultation. Si le droit de visite est « refusé », le document de consultation propose, entre autres, de faire payer une amende ou d'emprisonner l'autre parent. Une telle approche simplifie à outrance ce qui est souvent une situation fort complexe où l'enfant devient une simple monnaie d'échange et où le fait qu'un des parents « ne se conforme pas » semble être la source de tous les problèmes. Elle laisse entendre et présume que le parent qui a la garde unique et entière a une grande influence sur l'enfant. Le document laisse entendre que l'enfant n'a rien à apporter à la situation. En conséquence, dans le document de consultation, si un enfant est malade et ne peut rendre visite à son autre parent, cela est considéré comme un problème de droit de visite. À moins de ne regarder la situation que du point de vue du parent ayant un droit de visite, ce droit n'est pas « refusé » si l'enfant est malade. Dans la perspective de l'enfant, la situation ne représente pas un problème de droit de visite, mais bien un moment où il pourra se reposer d'être continuellement échangé d'un foyer à l'autre.

Le document de consultation présume un « lien parent-enfant » qui serait bouleversé par un refus d'exercer un droit de visite. La présomption d'un « lien » est problématique dans un contexte où un parent ne veut pas voir son enfant. Aucun remède n'est proposé pour ce genre de situation; en effet, on peut lire dans le document de consultation :
« Normalement, l'on croirait qu'il n'est généralement pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant de forcer un parent récalcitrant à exercer son droit de visite. » Le document de consultation présume quand même qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le forcer à rendre visite à un parent contre son gré.

Le document de consultation suggère que les problèmes sérieux reliés au droit de visite surviennent surtout dans des situations d'abus ou de « relations très conflictuelles ».

On ne retrouve pas d'analyse de la violence conjugale et on n'identifie pas le sexe de la victime ou de l'agresseur. Les effets de l'exécution des ordonnances en matière de droit de visite sur les enfants n'ont pas été analysés, sauf pour souligner qu'il ne serait sans doute pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant que son principal pourvoyeur de soins soit emprisonné. Quoi qu'il en soit, on propose quand même aux lecteurs l'emprisonnement comme solution possible au refus du droit de visite, et ce, malgré le fait que les tribunaux n'utilisent à peu près plus cette sanction pour résoudre les conflits dans l'exercice du droit de visite. Le document de consultation ne reconnaît pas que, dans bien des cas, c'est le parent qui un droit de visite qui crée le problème en ne l'exerçant pas.

Les situations de contestation du droit de visite se produisent souvent lorsque la mère qui a la garde de l'enfant veut protéger le mieux-être de son enfant, par exemple, en restreignant le droit de visite lorsque l'autre parent a consommé de l'alcool ou des drogues, maltraite l'enfant, menace d'enlever l'enfant ou est violent. Dans ces situations, le droit de visite va à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant, et le parent qui a la garde ne fait que le protéger pour qu'il ne lui arrive aucun mal. Le document de consultation ne reconnaît pas que ces possibilités sont bien réelles.

La contestation du droit de visite peut également survenir lorsque qu'il y a, depuis longtemps, défaut d'exercer le droit de visite. Lorsqu'un parent n'exerce pas son droit de visite durant des mois et se présente tout à coup, il se peut que les enfants aient des activités scolaires ou sociales prévues. Le manque de flexibilité dans les droits de visite supervisée peut également se traduire par une contestation ou un refus du droit de visite. Lorsque la sécurité d'une femme est menacée, le droit de visite peut être refusé pour des raisons légitimes de sécurité.

On présume que le droit de visite est automatiquement une bonne chose et on ne tient pas compte de la recherche qui démontre qu'il n'est pas toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant.[73] En fait, il est parfois dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il n'y ait pas de droit de visite. On devrait plutôt prévoir que dans certaines circonstances les tribunaux sont justifiés de n'accorder aucun droit de visite.

S'il existe des problèmes en matière de droit de visite, les solutions proposées visent généralement à sanctionner l'application du droit de visite plutôt que de remettre en question le bien-fondé de ce droit de visite. Le document de consultation présume qu'une entente ou une ordonnance de droit de visite, même si elle date de fort longtemps, doit être dans l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est le parent qui a la garde qui doit retourner devant les tribunaux pour demander la modification d'un horaire de droit de visite qui ne fonctionne pas et c'est lui -- ou plutôt elle -- qui en paiera le prix sur le plan financier comme sur le plan psychologique.

De plus, les normes de modification d'une entente ou d'une ordonnance de droit de visite ne sont pas faciles à atteindre. Le parent qui veut modifier l'horaire des visites doit prouver qu'il y a eu un changement de circonstances important qui fait que l'ordonnance actuelle ne répond plus à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans certains cas, il n'y a pas de changement important : le problème réside dans le fait que l'ordonnance n'a jamais été dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le postulat est le suivant, si les deux parties s'entendent sur un horaire des visites, ou si les tribunaux l'ont ordonné, ce doit être dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Par contre, immédiatement après une séparation, le parent veut souvent régler la situation à tout prix. L'horaire des visites est souvent un compromis basé sur l'épuisement financier ou psychologique du parent plutôt que sur l'intérêt de l'enfant. Un parent peut accepter dans le but d'obtenir une propriété ou une pension alimentaire. Le droit de visite peut avoir été négocié dans un contexte de violence, de menace ou d'intimidation. Une première décision du tribunal peut avoir été erronée par rapport à la situation familiale, mais l'appel est parfois impossible en raison de la situation financière. Lorsqu'un horaire de visites est impossible à respecter, mais qu'un parent ne peut pas invoquer de changement important, il est difficile d'en obtenir la modification.

Dans la partie *Examen de la législation*, le document de consultation énumère les approches législatives, qui sont presque toutes précisément axées sur le défaut de permettre le droit de visite. Plusieurs de ces mesures proposées pour régler le refus du

droit de visite sont extrêmement punitives, et aucune mesure n'est proposée qui tient compte des raisons motivant la contestation du droit de visite, ou le défaut de l'exercer. Le document de consultation propose plutôt le défaut d'exercer le droit de visite comme une barrière insurmontable. Bien que le remboursement des frais, les amendes et les peines d'emprisonnement soient proposés pour remédier au refus du droit de visite, aucune de ces solutions n'est proposée dans le cas du défaut d'exercer le droit de visite. Le document de consultation n'examine pas si les droits de visite contestés ou refusés cachent des problèmes plus graves dans la façon dont les ententes et les ordonnances sont faites. Les enfants ne sont pas traités comme des être humains dont les désirs pourraient compter dans le contexte du droit de visite. Ils sont plutôt considérés comme les objets d'un échange qui doit se faire à tout prix. Ce n'est pas ce qui s'appelle « placer l'intérêt supérieur de l'enfant d'abord », mais au contraire donner la priorité aux droits d'accès des pères.

2.3 L'intérêt supérieur des enfants

2.3.1 Le besoin de définir le critère de l'intérêt supérieur

Au Canada, les décisions concernant la garde, le droit de visite et même la protection de l'enfant (les cas où l'on retire la garde des enfants aux parents) se font actuellement à partir du critère de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Malheureusement, ce critèren'est pas uniforme ni dans sa description législative ni dans son application. La *Loi sur le divorce*, par exemple, établit simplement que les décisions au sujet de la garde et du droit de visite doivent être prises en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. En Ontario, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* est plus précise et fournit, à l'article 24(1), sept critères à considérer pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'application de la garde et du droit de visite. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, et d'autres facteurs peuvent être ajoutés en plus de ceux qui sont établis dans la Loi. D'autres provinces et territoires ont des lois semblables, variant d'une administration à l'autre. Mais toutes les juridictions canadiennes s'en remettent au critèrede « l'intérêt supérieur » dans ce domaine.

Bien que ceci ne soit pas abordé dans le document de consultation, il est révélateur que les lois sur la protection de l'enfant établissent leurs propres critères pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. En Ontario, l'article 37(3) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* énumère dix critères à considérer, dont le dernier est « toute autre circonstance pertinente ». La liste des critères ne correspond pas tout à fait au critèrede l'intérêt supérieur utilisé au cours des procédures sur la garde et le droit de visite en Ontario.

L'incohérence va au-delà des différences statutaires. Dans la mesure où le critère de « l'intérêt supérieur » n'est pas explicitement énoncé dans la *Loi sur le divorce*, les décisions rendues dans les cas de garde et de droit de visite peuvent être influencées par les attitudes personnelles, les croyances, les expériences de vie et les préjugés des juges qui les prennent. Bien que cela permette aux juges, dans une situation idéale, d'étudier attentivement des réalités spécifiques à chacune des familles et de rendre des décisions en matière de garde et de droit de visite qui soient bien adaptées à l'intérêt supérieur d'un enfant en particulier, cela permet également aux juges de renforcer des systèmes de pensée dépassés et inadéquats au sujet des familles et ainsi, de s'éloigner clairement de l'intérêt supérieur des enfants.

La cohérence est essentielle dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants dans les litiges sur la garde et le droit de visite. C'est pourquoi les facteurs spécifiques, dont les juges devraient tenir compte en déterminant l'intérêt supérieur des enfants, devraient être établis dans la Loi. Au Canada, certaines juridictions fonctionnent déjà ainsi. La réalité des familles canadiennes devra être étudiée attentivement avant d'établir de telles balises. Lorsque les enfants sont les cibles directes du comportement violent d'un parent, il s'agit certainement d'un facteur de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant et ce facteur ne devrait pas être éliminé. Par contre, les mauvais traitements directs infligés aux enfants sont à peine mentionnés dans le document de consultation. Ses concepteurs ont peut-être cru, à tort, que les tribunaux canadiens étaient clairs sur les effets néfastes qu'un parent violent peut avoir sur les enfants, mais cette hypothèse n'est pas fondée. Le cas de la mère albertaine qui a fait les manchettes parce que le tribunal lui avait ordonné

d'amener ses deux enfants rendre visite à leur père en prison alors que celui-ci, un délinquant sexuel, avait agressé sexuellement la fille aînée de la femme, est un exemple flagrant du besoin d'étudier plus attentivement la violence infligée aux enfants dans le cadre des décisions du droit de la famille.[74]

Même dans les cas de violence infligée aux enfants, plusieurs juges demeurent insensibles aux effets des agressions sexuelles, physiques et psychologiques sur les enfants, et la question n'est pas abordée dans le document de consultation. Les juges accordent régulièrement des droits de visite supervisée à des agresseurs reconnus. Bien que ce type d'arrangement protège les enfants d'une menace immédiate, l'on ne tient pas compte de ces effets psychologiques sur un enfant forcé d'avoir des relations régulières avec un agresseur.

De plus, les juges rejettent souvent les allégations de violence faite aux enfants provenant de la mère au cours des procédures sur la garde et de droit de visite et rendent des ordonnances de visite non supervisée qui placent les enfants en danger. Nombre de professionnels ont tendance à ne pas croire les mères et à voir leurs déclarations comme des tentatives égoïstes de s'attirer la sympathie du tribunal. Même les agences de protection de l'enfance et leurs intervenants refusent de témoigner lors des audiences sur la garde et le droit de visite lorsqu'il s'agit de cas d'agression, parce qu'ils doutent de leur authenticité.

Malheureusement, des études ont permis d'établir que les allégations de violence faite aux enfants sont presque toujours vraies, et les fausses plaintes, lorsqu'elles existent, viennent plutôt des pères que des mères.

Les propositions de réforme du droit de la famille doivent également reconnaître la sexospécificité de la violence faite aux enfants. Les filles sont plus souvent victimes de violence physique et sexuelle de la part de membres de leurs familles que les garçons, soit dans 80 pour cent des cas d'agressions sexuelles. Les pères représentent 80 pour cent des accusés dans les cas de violence faite aux enfants, comptent pour 98 pour cent des

plaintes d'agression sexuelle et 73 pour cent des plaintes d'agression physique que reçoit la police. Dans 88 pour cent des cas où les pères ont été accusés d'agression sexuelle, ce sont les filles qui en étaient les victimes.[75]

Les enfants sont très souvent témoins de « violence conjugale » et l'on doit tenir compte de la sexospécificité de cette violence et des conséquences qu'elle a pour les enfants.. Un très grand nombre d'enfants sont témoins de violence constituant un danger de mort dans leur famille, principalement dirigée contre leurs mères. En 1993, l'enquête de Statistique Canada sur les « voies de fait contre une conjointe » a démontré que les enfants avaient été témoins de plus de la moitié des incidents où les femmes avaient craint pour leurs vies.[76]

On reconnaît maintenant que les conséquences de cette exposition à la violence sont aussi sévères qu'un mauvais traitement infligé directement à l'enfant. Chez les enfants témoins de violence contre leurs mères, le taux de dépression est très élevé et ils peuvent éprouver des problèmes d'agressivité, d'angoisse, de confiance en soi et d'autres difficultés psychologiques. Ils peuvent également éprouver des problèmes d'adaptation sociale et scolaire. Les effets de la violence peuvent aussi influencer leurs vies d'adultes. Par exemple, les enfants témoins de violence contre leurs mères --particulièrement les garçons -- sont plus susceptibles de répéter cette violence une fois adultes, perpétuant ainsi la violence contre les femmes d'une génération à l'autre.[77]

Les professionnels travaillant avec les enfants comprennent de plus en plus les effets de l'exposition à la violence contre leurs mères chez les enfants. Comme l'écrit Peter Jaffe, directeur général de la London Family Court Clinic à London en Ontario :

> « Les enfants qui sont pris dans ce genre de relations sont presque oubliés; victimes silencieuses de violence qui se fondent souvent dans le décor comme s'ils étaient des meubles, ou des passants qui seraient là par hasard. Imaginez la terreur de ces enfants quand ils sont réveillés par les cris et les hurlements de leurs mères et par des sons qui ne trompent pas : des coups de poing, des déchirures, des poussées et même des armes. »[78] (Special Challenges in Custody and Visitation, p. 19)

Les travaux de Peter Jaffe, et d'autres, établissent clairement que les enfants témoins de la violence de leurs pères contre leurs mères possèdent toutes les mêmes caractéristiques et éprouvent les mêmes problèmes que les enfants qui ont subi eux-mêmes de la violence physique, et que ces problèmes durent aussi longtemps.

Sauvegarder le mieux-être du principal pourvoyeur de soins dans les cas de violence faite aux femmes est un des principaux aspects à considérer dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants. La violence a des conséquences néfastes sur le mieux-être du principal pourvoyeur de soins d'un enfant -- la plupart du temps, la mère. Les effets traumatisants de la violence contre les femmes et le stress qui en résulte affectent les mères qui tentent d'exercer leur rôle de parent de façon sécuritaire et efficace au milieu de cette violence. La violence mine la capacité des femmes de s'occuper de leurs enfants.[79]

Des recherches récentes effectuées par le Centre Muriel McQueen Fergusson pour la recherche en violence familiale du Nouveau-Brunswick confirment l'importance de tenir compte des conséquences de la violence à la fois sur l'enfant et sur le pourvoyeur de soins de l'enfant. « (Les études indiquent) qu'à la suite d'un divorce ou d'une séparation, dans les familles où les relations sont conflictuelles, les meilleurs indicateurs du mieux-être de l'enfant sont le mieux-être psychologique du principal pourvoyeur de soins et le fait que les enfants ne soient plus exposés aux conflits et à la violence. »[80]

Les personnes qui travaillent avec les femmes victimes de violence connaissent bien les effets de la violence contre les femmes sur les enfants. Malheureusement, cette connaissance n'a pas encore atteint les milieux juridiques et les tribunaux qui règlent les différends en matière de garde et de droit de visite. On a longtemps cru, à tort, que la violence exercée par les pères contre les mères n'avait rien à voir dans les décisions sur la garde dans la mesure où la violence allait cesser une fois les conjoints séparés. Les juges qui entendent ces requêtes en matière de garde demandent encore (à tort) « A-t-il frappé l'enfant? »

Les décisions du tribunal de la famille n'ont pas encore reconnu que ce type de violence a des conséquences énormes sur les enfants si la famille demeure ensemble et que, ce qui est d'égale importance, la violence risque fort de continuer et même d'empirer après la séparation. Ainsi, les décisions sur la garde et le droit de visite placent souvent le mère et les enfants dans une situation à risque par rapport à l'abus et à la violence. Une deuxième fausse croyance accompagne la première; la violence d'un homme envers la conjointe n'a rien à voir avec sa capacité d'être un bon parent -- que, en fait, ce type de violence n'est aucunement relié au rôle de parent. Ses croyances se reflètent dans les décisions sur la garde et le droit de visite et donnent aux hommes agresseurs le libre accès à leurs enfants.

Dans certaines juridictions, la nouvelle compréhension qu'ont les professionnels des conséquences sérieuses pour les enfants d'être témoins de la violence contre leur mère se retrouve dans la protection de l'enfant, où cela est désormais un critère pour déterminer si les enfants risquent de subir des dommages psychologiques. Cela devrait aussi être considéré dans les cas de garde et de droit de visite. Un bon début serait d'inclure les antécédents de violence dans les critères du critère de « l'intérêt supérieur ».

2.3.2 Facteurs dont il faudrait tenir compte dans la détermination de l'intérêt supérieur

a) Les facteurs reliés aux enfants eux-mêmes

Il est important que les enfants, leurs points de vue et leurs préférences, fassent partie du processus de détermination de la garde et du droit de visite. Sur le plan pratique, il y a peu d'intérêt à émettre une ordonnance que l'enfant n'a pas l'intention de respecter. Si l'ordonnance exige un droit de visite que l'enfant ne veut pas, le parent qui a la garde, la plupart du temps la mère, se retrouve dans une situation insoutenable et doit soit forcer l'enfant à faire quelque chose qu'il refuse catégoriquement de faire, soit être tenue responsable d'avoir empêché le père d'exercer son droit de visite.

Les points de vue et les préférences des enfants sont importants au-delà du côté pratique, et on doit les écouter attentivement afin de déterminer d'autres dynamiques familiales qui ont pu être définies par les parents. Souvent, l'enfant est très réticent à passer du temps avec l'un ou l'autre parent pour toutes sortes de raisons. Il ne veut peut-être pas se

retrouver avec son père parce qu'il a déjà été victime de violence (lui-même, un autre enfant ou la mère).

Il faut toutefois apporter une précision importante. Si les points de vue et les préférences de l'enfant doivent faire partie des facteurs déterminant « l'intérêt supérieur », il faut s'assurer que l'enfant n'est pas l'objet de manipulation, de coercition ou d'intimidation de la part du parent agresseur. Les enfants s'identifient souvent à l'agresseur parce qu'ils croient que c'est plus sécuritaire ou parce qu'ils sont fâchés que leurs mères ne soient pas capables de les protéger et de se protéger elle-mêmes. Les agresseurs sont des maîtres de la manipulation -- ils contrôlent leur partenaire adulte et, en comparaison, contrôler un enfant est littéralement un jeu d'enfant. Malheureusement, trop de juges prennent les désirs des enfants comme facteur final de détermination. Bien que leurs points de vue et leurs préférences aient une certaine importance, les enfants doivent aussi être protégés des pressions indues d'un parent agresseur. Leurs désirs doivent donc faire partie d'un ensemble de facteurs.

b) Les facteurs reliés aux relations des enfants avec les autres

Il n'y a pas de doute que, lorsque c'est possible, moins l'on dérange la routine d'un enfant, mieux c'est pour lui. Toutefois, quand il y a violence, s'assurer de la sécurité de la mère et de ses enfants est primordial et a la priorité sur toutes autres considérations. Par exemple, l'on ne devrait tenir compte des liens de l'enfant avec sa collectivité que dans la mesure où il est sécuritaire pour l'enfant et sa mère d'y rester. Si, pour sa sécurité, la mère doit déménager, le père agresseur ne devrait pas pouvoir faire jouer ce facteur dans sa requête de garde : c'est à cause de lui que la mère doit déménager et il ne peut pas en tirer profit. Les « droits » des grands-parents méritent aussi que l'on s'y attarde. Les relations saines et adéquates avec leurs familles élargies et les relations déjà bien établies avec certains membres de la famille élargie sont bonnes pour les enfants et l'on doit en tenir compte. Le droit à cette relation est toutefois le droit de l'enfant et non celui de l'adulte, et ne doit pas être enchâssé dans un droit légal qui permettait aux membres de la famille élargie de demander automatiquement des ordonnances du tribunal et de faire respecter leur droit de

visite. Sauf en de rares exceptions (la mort d'un parent par exemple), l'enfant devrait voir les membres de la famille élargie quand il se trouve chez l'un ou l'autre parent.

Quand il y a eu violence, la mère est en droit d'être protéger et de protéger ses enfants d'une relation inadéquate avec les membres de la famille de l'agresseur. Si les enfants risquent d'être exposés à des discussions violentes au sujet de leur mère chez les grands-parents paternels ou d'autres membres de la famille du père, ou si ces derniers favoriseront le contact avec un père agresseur à qui ont a refusé le droit de visite, il ne devrait pas y avoir de droit de visite.

c) Les facteurs reliés au rôle de parent dans le passé et les facteurs reliés à l'avenir des enfants

Il est absolument essentiel que la violence envers les enfants et la violence conjugale soient des facteurs spécifiques dans ces deux catégories. Des antécédents de violence devraient créer une présomption réfutable que l'agresseur n'est pas le parent idéal pour avoir la garde et que le droit de visite doit être déterminé de façon à ce que la mère et l'enfant ne soient pas exposés à de la violence, des menaces ou à la peur de la violence.

Le critère de l'intérêt supérieur doit reconnaître clairement que les conséquences néfastes sont aussi importantes sur les enfants qui sont témoin de la violence de leur père à l'égard de leur mère que si ces derniers étaient eux-mêmes victimes de violence. Les antécédents de violence doivent être mentionnés lors de l'analyse devant le tribunal de la façon dont chacun des parents a assumé ses responsabilités parentales dans le passé. Le meilleur indicateur d'un comportement à venir reste le comportement passé. Des antécédents de violence créent donc une présomption (réfutable) qu'à l'avenir, il y a un potentiel important de violence et de conflit pouvant affecter les enfants. Ce type de violence inclura évidemment la violence envers la mère des enfants et éventuellement envers les partenaires futures de l'agresseur et envers les enfants eux-mêmes. Il faut tenir compte de la possibilité de violence au cours de l'exercice du droit de visite ou des procédures.

Comme les antécédents de violence, la participation passée du parent aux responsabilités parentales doit être étudiée. Il est clairement dans l'intérêt supérieur des enfants, sauf dans

des cas extraordinaires, d'être placés sous la garde du parent -- le plus souvent la mère -- qui a toujours été leur principal pourvoyeur de soins. Les tribunaux et les professionnels de la santé mentale qui travaillent avec le droit de la famille reconnaissent depuis longtemps l'importance de la continuité, des premiers liens et de la stabilité, particulièrement au moment de la séparation qui est une période de crise et de stress pour beaucoup d'enfants. Il n'est pas pertinent de se concentrer essentiellement sur les possibilités futures et cela peut même être dangereux.

Les plans parentaux ne devraient pas servir de base pour déterminer l'avenir des enfants. Le tribunal devrait présumer que le parent qui s'est occupé des enfants dans le passé sera en mesure de continuer à le faire de façon adéquate. Les pères, qui n'étaient habituellement pas les principaux pourvoyeurs de soins dans leurs années de cohabitation, ont généralement des ressources financières plus importantes que celles des mères. Cela leur permet d'avoir recours à des avocats ou d'autres personnes qui les aideront à présenter un plan parental « promettant la lune », mais dont les bases de réussite ne sont pas assurées.

En résumé, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être basé sur les antécédents de parentage aussi bien ceux du père agresseur de la mère ou de l'enfant que ceux de la mère principale pourvoyeuse de soins, et devrait moins tenir compte des promesses d'avenir du plan parental.

Le document de consultation propose que la capacité des parents de répondre aux besoins courants des enfants soit un élément du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela comporte le message implicite suivant : le parent le mieux placé pour répondre aux besoins de l'enfant est celui qui se trouve dans la meilleure situation financière et il devrait être préféré à celui dont la situation financière est moins bonne. Cette différence devrait cependant être réglée dans le cadre des décisions sur les pension alimentaire. Si le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant devait comporter un facteur financier, même implicite, cela défavoriserait les femmes de façon disproportionnée, particulièrement les femmes pauvres ou à faible revenu. Et compte tenu des disparités économiques entre les

femmes elles-mêmes, les femmes autochtones, les femmes de couleur, les femmes immigrantes et les femmes handicapées seraient encore plus désavantagées.

Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être élaboré et interprété de façon à respecter les différentes réalités familiales du Canada. Les standards pour les blancs de la classe moyenne ne doivent pas servir à déterminer quel type de parentage est approprié ou à évaluer les « plans parentaux ». Le standard doit tenir compte de la spécificité des Autochtones, des expériences de divers groupes ethno-culturels et raciaux ainsi que de celles des immigrants.

Il est également essentiel que les orientations sexuelles des parents soient reconnues non pertinentes par la Loi dans la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien que le fait d'être gai ou lesbienne, *en soi*, ne soit plus -- du moins officiellement -- considéré comme un obstacle à l'obtention de la garde, les parents gais et lesbiennes continuent à vivre une discrimination reliée à leurs orientations sexuelles par rapport à la garde et au droit de visite.

Malgré des progrès encourageants, beaucoup de tribunaux recommandent la « discrétion » aux parents gais et lesbiennes en tentant de dissimuler à l'enfant leurs orientations sexuelles. Les parents gais et lesbiennes ont donc moins de chance d'obtenir la garde et le droit de visite lorsqu'ils participent à des activités dans leur communauté, ou qu'ils sont perçus comme des « activistes » défendant les droits de la personne ou encore lorsqu'ils tombent amoureux. Une telle situation est discriminatoire et inacceptable. Elle force les parents gais et lesbiennes à démontrer un niveau de honte « acceptable ». Cela va également à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'American Psychological Association souligne que, en parlant franchement de leurs relations avec leurs enfants et en vivant avec leur conjoint de même sexe, les parents gais et lesbiennes aident leurs enfants à devenir des adultes bien adaptés.[81]

Il ne devrait pas y avoir de discrimination fondée sur les orientations sexuelles des parents dans l'obtention de la garde et du droit de visite. Cela va à l'encontre des principes d'égalité de la Charte et de l'intérêt supérieur des enfants.

Le fait qu'une femme soit handicapée ne devrait nullement servir à déterminer s'il est dans l'intérêt supérieur des enfants d'être sous sa garde. Au contraire, si elle a besoin de soutien pour prendre soin de ses enfants, on devrait assurer ce soutien. Cela devrait également être le cas pour les femmes qui doivent suivre des traitements en santé mentale ou qui en ont déjà suivi : seule une preuve solide que la santé de la mère pourrait en soi affecter sa capacité parentale devrait être considérée comme pertinente.

c) La présomption du maximum de contacts

L'article 16(10) de la Loi sur le divorce doit être aboli. Il s'agit d'un « principe » basé sur des mythes au sujet des dynamiques familiales et de la réalité des femmes victimes de violence. Il n'est pas dans l'intérêt supérieur des tous les enfants d'avoir un maximum de contacts avec leurs parents. Il n'est pas dans l'intérêt supérieur des enfants d'avoir un maximum de contacts avec des pères agresseurs, même si la violence était dirigée contre leur mère et non pas contre eux. Il est incorrect de placer l'intérêt supérieur des enfants et le mieux-être de leur mère (généralement le parent qui a la garde) en conflit apparent. Les enfants devraient avoir tous les contacts pertinents avec leurs deux parents en fonction de la situation familiale. Pour certains enfants, cela voudra dire passer un temps égal avec chacun des parents, pour d'autres cela signifiera aucun droit de visite pour les pères.

Par contre, pour la vaste majorité des enfants, l'intérêt supérieur sera de vivre avec leur mère, qui était le principal pourvoyeur de soins avant la séparation, et de passer du temps avec leurs pères. Les arrangements pour ce temps de visite devront tenir compte de la sécurité de la mère et des enfants. Lorsqu'il y a eu des antécédents de violence, le « maximum de contacts » n'est pas indiqué. Il ne s'agit pas d'un principe s'appliquant à toutes les familles et ce n'est sûrement pas un principe devant être perpétué par la Loi. La présomption sous-jacente à la présomption du maximum de contacts n'a pas été vérifiée et est fausse.

PARTIE 3 : La violence faite aux femmes et les relations conflictuelles

Certaines sections du document de consultation sur la violence et les relations conflictuelles proposent des façons positives d'aborder la violence familiale et les comportements violents dans le contexte du droit de la famille et de la Loi sur le divorce. Les groupes en faveur de l'égalité des femmes revendiquent depuis longtemps auprès du ministère de la Justice pour que les répercussions des procédures en droit de la famille sur les femmes victimes de violence et les enfants témoins de la violence contre leur mère soient reconnues. Par ailleurs, en ne faisant aucune distinction entre les sexes, l'approche adoptée dans le document de consultation, se révèle à la fois erronée dans les faits et dangereuse pour les femmes et les enfants les plus à risque par rapport à la violence faite aux femmes.

Les lacunes qui existent, tant dans l'approche à l'endroit de la violence et des relations conflictuelles que dans les propositions de réforme globale de la Loi sur le divorce et du droit de la famille, éclipsent les suggestions positives sur la violence du document de consultation. L'approche générale, comme on l'a expliqué plus tôt, privilégie de passer « au partage des responsabilités parentales », à la privatisation des procédures relevant du droit de la famille et à une vision sans égard au sexe de la réalité des familles canadiennes. Elle met en danger les femmes et les enfants qui sortent de situations violentes et élimine effectivement tous les progrès que l'on avait réalisés en incluant la violence. L'expérience de l'Australie fait clairement valoir que cette façon d'aborder la question crée en réalité une présomption en faveur du contact et du droit de visite, ce qui en définitive l'emporte sur les préoccupations concernant la violence et le contrôle coercitif.

3.1 La définition de la violence

Depuis un certain temps déjà, on a dangereusement tendance au Canada à déterminer la présence de la violence en fonction d'une liste de vérification de comportements, désignés comme étant des « tactiques de conflit » -- notamment l'agression physique et sexuelle,

les menaces, la coercition et d'autres tactiques psychologiques et émotionnelles. Le document de consultation perpétue cette tendance en fondant exclusivement sur ces tactiques ses propositions concernant la violence et les « relations conflictuelles » dans les décisions en droit de la famille. Même si le document de consultation ne définit pas précisément la « violence familiale » ou les « relations conflictuelles », il présente des exemples de tactiques comme s'il s'agissait leur définition effective.

Le recours à des listes de comportements pour déterminer la violence met en péril les femmes et les enfants parce qu'il exclut de l'analyse le contexte essentiel de la violence, ainsi que toute prise en compte de l'abus de pouvoir ou de la domination sous-jacents à sa présence. Par exemple, les gestes posés par les femmes en état de légitime défense peuvent tout aussi bien être pris pour de la « violence », et interprétés comme une agression avec intention de blesser. Non seulement la « définition » simpliste présentée dans le document de consultation fait-elle fi des souches de la violence -- l'inégalité des femmes -- mais elle omet aussi de tenir compte de la vulnérabilité accrue à la violence des femmes victimes d'autres formes d'injustice et de discrimination.

Comment les tribunaux peuvent-ils évaluer de façon efficace les répercussions de la violence sur les enfants sans comprendre à fond le contexte et les souches de la violence? Les définitions de la violence qui ignorent les questions entourant la domination et le contrôle dans la famille aboutissent à la croyance générale que la séparation des parents, dans le cas de relations où la violence est présente, élimine le risque d'exposition ultérieure des enfants à la violence. Les femmes victimes de violence et leurs enfants ont souffert en raison de cette présomption et le modèle parental préconisant la domination masculine et la haine des femmes continue d'avoir des répercussions néfastes sur les enfants.

Le défaut du document de consultation de reconnaître et d'énoncer la cause à l'origine de la violence comme étant un mécanisme pour établir et maintenir le pouvoir masculin dans la famille est une lacune qui contamine négativement les propositions et les réformes qui en découlent. Cette omission ne sert qu'à renforcer la domination masculine en sous-

entendant que les femmes sont tout aussi violentes et agressives que leurs conjoints et que la violence familiale n'est pas sexospécifique. Si on persiste dans cette voie, le tribunal de la famille pourrait être induit en erreur et prendre des décisions qui, non seulement ne sont pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, mais mettent aussi en péril la sûreté et la sécurité des enfants et de leurs mères.

3.2 La violence dans les causes de divorce et de séparation

L'hypothèse erronée que la « violence familiale » n'est pas sexospécifique se complique du fait qu'on laisse entendre implicitement que la violence n'est un facteur présent que dans une faible minorité des causes de divorce et de séparation entendues devant les tribunaux. Ceci s'explique en partie par le fait que le système de droit de la famille détecte mal la violence dans les causes sur la garde et le droit de visite. Le Centre Muriel McQueen Ferguson a fait valoir, par exemple, que si les chercheurs signalent qu'entre 40 et 60 pour cent des partenaires qui se séparent font état de violence, en très grande majorité contre les femmes, ces renseignements ne sont pas consignés dans la plupart des dossiers. Il arrive souvent que les avocats omettent de les inscrire, n'étant pas en mesure de faire la distinction entre le conflit et la violence ou parce qu'ils décident de décourager la divulgation d'éléments de preuve de violence dans les procédures judiciaries.[82] Les chercheurs ont conclu que

> « l'information concernant la violence et un exercice irresponsable des responsabilités parentales est exclue ou omise à chaque étape du processus judiciaire : durant les entrevues entre l'avocat et le client, durant l'interprétation juridique de ces entrevues, durant la préparation des documents de procédure, durant les négociations entre avocats et durant la présentation des éléments de preuve aux juges. Par conséquent, lorsque la cause est entendue par le juge, aux fins de décision ou de confirmation des ordonnances sous " consentement ", les éléments de preuve concernant la violence et l'exercice irresponsable des responsabilités parentales ont disparu du processus. »[83]

Compte tenu de la forte prévalence de la violence dans les causes de divorce et de séparation, il est essentiel que toute réforme proposée à la Loi sur le divorce et à d'autres lois du droit de la famille tienne compte de la violence faite aux femmes (selon une définition appropriée) et des répercussions de l'exposition des enfants à cette dernière et ce, à titre de *facteur prépondérant* dans tous les aspects du droit de la famille.

3.3 L'inclusion de la violence en droit de la famille

Il serait évidemment inconcevable de n'apporter aucun changement dans la Loi sur le divorce concernant la violence faite aux femmes. Depuis plusieurs années, les spécialistes des droits des femmes à l'égalité, de la violence faite aux femmes et des répercussions sur les enfants de l'exposition à la violence incitent les gouvernements à reconnaître que l'inégalité dans la famille augmente l'incidence de la violence faite aux femmes et qu'il faut tenir compte des répercussions sérieuses que peut avoir la domination masculine sur les enfants.

Le ministère de la Justice connaît déjà l'ampleur de la violence faite aux femmes et aux enfants dans la famille et que le droit de la famille l'exacerbe; de la persistance des mythes et de la banalisation des répercussions de la violence par les tribunaux de la famille. Il est parfaitement au courant de la nécessité d'une analyse critique du droit de la famille et de ses pratiques afférentes au Canada. Les suggestions présentées dans le document de consultation sur des approches précises à l'endroit de la violence ne vont, par ailleurs, pas suffisamment loin pour contrebalancer le fondement idéologique de l'approche globale enchâssée dans d'autres propositions du document de consultation. Bref, si on n'insiste pas sérieusement sur la violence faite aux femmes dans l'ensemble de la Loi sur le divorce, les dispositions trompe-l'il sur « la violence familiale » et ses répercussions sur les enfants n'assureront pas la sûreté et la sécurité des femmes et des enfants.

Il ne suffira pas d'une déclaration générale reconnaissant les répercussions de la violence sur les enfants qui en sont victimes ou témoins. Bien sûr, une déclaration concernant les répercussions sur les enfants d'une telle expérience doit être incluse dans la Loi sur le divorce. De fait, les groupes en faveur de l'égalité des femmes ont demandé, lors d'une consultation nationale qui a eu lieu en 1997, au ministère de la Justice d'inclure un préambule à la Loi sur le divorce concernant l'incidence et les effets de la violence faite aux femmes dans la famille en guise de cadre de référence pour les décisions judiciaires. Par ailleurs, il en faut davantage pour protéger véritablement les femmes et les enfants

aux prises avec des situations de violence. Parallèlement, l'inclusion d'antécédents de comportements violents dans le milieu familial en tant que facteur affectant « l'intérêt supérieur de l'enfant » ne suffira pas en soi à assurer la sûreté et la sécurité des femmes et des enfants. Ces déclarations faisaient partie intégrante de la Family Law Act en Australie, mais elles ont très peu influencé la prise en compte de la violence, en particulier dans les auditions sur requêtes intérimaires et durant les périodes suivant la séparation, lorsque les femmes et les enfants sont davantage à risqué.[84]

La proposition de transposer la disposition concernant « le maximum de contact » de l'article 16(10) à l'article portant sur « l'intérêt supérieur de l'enfant » ne sera pas efficace en contrepartie des nombreux facteurs qui incitent les juges à maintenir le contact de l'enfant avec chaque parent, les grands-parents et leur communauté ainsi que du fait qu'on s'attend à une coopération entre les parents pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.

Comme nous l'avons vu, les recherches ont démontré que la mise en uvre d'approches associées au « partage des responsabilités parentales » ne sont pas dans l'intérêt supérieur des enfants, ne modifient pas les habitudes des parents dans l'exercice de leurs responsabilités parentales et mettent en péril la sécurité des enfants et de leur mère. Si on choisit de mettre en uvre la « garde partagée » ou le « partage des responsabilités parentales », comme le propose le document de consultation, la transposition de l'article 16(10) ne servira qu'à renforcer davantage la tendance actuelle du système judiciaire d'imposer la disposition du « maximum de contact », qu'importe où elle s'inscrit dans la Loi. Les groupes en faveur de l'égalité des femmes et contre la violence ont revendiqué à maintes reprises le retrait total de l'article 16(10) de la Loi sur le divorce et son élimination demeure nécessaire pour protéger la sécurité des femmes et des enfants.

La mise en place d'une présomption réfutable contre la garde ou en faveur d'un contact parental limité dans les causes de « violence familiale » représentent un pas dans la bonne direction et devrait être adopté dans toute nouvelle législation sur le droit de la famille. Cette présomption est conforme aux droits des femmes à la sûreté et à la sécurité garantis par la Charte et il serait dans l'intérêt supérieur des enfants de ne pas être exposés aux

comportements violents ni aux valeurs et attitudes de domination qui représentent un modèle parental malsain et non approprié. Les effets positifs de cette proposition dépendent toutefois largement de la définition de la violence et de la façon dont on établit la preuve. Par exemple, puisque la violence faite aux femmes se produit souvent en privé et que seulement 26 pour cent des femmes violentées font appel aux forces de l'ordre,[85] un standard lié au droit criminel ou tout autre standard exigeant l'intervention des policiers annulerait les effets bénéfiques susceptibles de découler d'une inclusion de la violence en tant que facteur à considérer dans les décisions en droit de la famille.

Une présomption réfutable doit s'accompagner de directives claires concernant les critères et le genre d'éléments de preuve en fonction desquels les tribunaux peuvent modifier leur ordonnance dans de telles circonstances, de manière à ce que les agresseurs de violence ne puissent pas utiliser le tribunal de la famille pour harceler continuellement et agresser leur ex-partenaire au moyen de requêtes vindicatives de modification.

3.3.1 L'examen des services

Il est clair qu'un besoin de sensibilisation se fait sentir à l'échelle du système de droit de la famille en ce qui a trait à la violence faite aux femmes et aux répercussions de la violence sur les enfants témoins. Toutefois, si cette sensibilisation est fondée sur la prémisse que la violence n'est pas sexospécifique et qu'elle est faite hors contexte, tous les efforts de sensibilisation ne serviront qu'à renforcer la domination de la violence sur les femmes et les enfants. La définition des termes « violence » et « relation conflictuelle » avancées dans le document de consultation soulève de sérieuses questions quant à savoir si les services d'information proposés pourront réussir à sensibiliser les parents, les enfants et les professionnels du droit de la famille de façon à s'assurer que les enfants et leurs mères seront effectivement protégés par les jugements rendus en matière de droit de la famille.

Dans le même ordre d'idées, en ce qui a trait aux services de soutien, il y a visiblement un besoin d'améliorer le soutien accordé au sein de la communauté, comme les services de counselling pour les femmes et les enfants ainsi que des maisons d'hébergement qui

traitent directement des problèmes découlant de la violence et pour protéger les femmes et les enfants qui le vivent. Toutefois, la pertinence de relier counselling, éducation parentale et d'autres services thérapeutiques à la violence et aux procédures de droit familial est très discutable. Les usages proposés dans le document de consultation sont troublants. Par exemple, les services de counselling qu'on propose pour les agresseurs portent sur des thèmes de counselling sous-jacents, comme la colère, la capacité de résoudre des conflits, l'abus d'alcool ou d'autres drogues ainsi que l'endettement et le chômage, qui ne sont pas à la base de la violence faite aux femmes. Ces façons de faire ne serviront qu'à miner les progrès accomplis en matière de violence conjugale et de ses répercussions sur les enfants.

Plus encore, si les agresseurs peuvent utiliser leur présence à des séances de counselling ou de groupes sur l'éducation parentale comme argument pour obtenir le partage des responsabilités parentales ou des visites non supervisées, le lien direct entre ces programmes de soutien et les décisions rendues en matière de droit de la famille pourrait mettre en péril la sécurité des enfants et de leurs mères. Les décisions sur la garde des enfants et le droit de visite devraient être fondées sur la situation familiale concrète, les relations au sein de la famille ainsi que sur les facteurs qui ont des répercussions positives et négatives sur les enfants et sur le parent qui est le principal pourvoyeur de soins aux enfants au moment de la séparation et du divorce.

Les services de visites supervisées sont plus indiqués dans le système de droit de la famille que l'éducation parentale et les services de counselling. Ces services devraient être plus accessibles dans les situations de violence familiale. Toutefois, on trouve peu de services communautaires d'échange et de supervision des visites structurés et indépendants au Canada. Dans la majeure partie des cas, les services de supervision des visites sont assurés par des membres de la famille ou d'autres personnes de la communauté qui n'ont ni la formation ni l'expérience nécessaires pour intervenir dans des cas de violence faite aux femmes et aux enfants ou pour faire face aux répercussions de la violence sur les enfants témoins. Dans plusieurs cas, les supervisions ne sont pas adaptées à la culture ou à la langue et les superviseurs ne sont pas conscients des interactions

négatives qui ont lieu entre le parent et les enfants au cours de ces visites. On ne devrait jamais faire porter aux femmes la responsabilité d'organiser les visites supervisées et on ne devrait pas les pénaliser si elles n'y parviennent pas. Les visites ne devraient pas avoir lieu avant que des mesures de supervision appropriées soient en place.

Le ministère de la Justice doit étudier plus attentivement comment la supervision des visites est effectuée au Canada, comment les échanges peuvent avoir lieu et comment le passage des visites supervisées aux visites non supervisées peut être évalué de façon appropriée.

L'aide juridique n'est pas un service, c'est un droit, un droit essentiel d'obtenir, en vertu de la loi, un accès équitable au système de justice et un traitement équitable. De façon spécifique, dans toutes les causes de violence contre la femme, toutes les question de droit de la famille devraient être couvertes par l'aide juridique. L'aide juridique devrait également s'assurer que toutes les femmes dont l'anglais n'est pas la langue maternelle, vivant avec un handicap quelconque ou éprouvant des difficultés d'alphabétisation ont un soutien supplémentaire de l'aide juridique si nécessaire.

3.4 La procédure accélérée en matière de droit de la famille

Une procédure accélérée en matière de droit de la famille représenterait un pas en avant pour les femmes et les enfants vivant des situations de violence. L'étude de l'équipe Rhodes portant sur la mise en application de la Family Law Act de 1995 en Australie a démontré qu'il peut être dangereux de combiner les notions de partage des responsabilités parentales, d'incitation à un maximum de contacts entre les enfants et leurs deux parents et de présence de violence dans les décisions en matière de droit de la famille. En résumé, les résultats de l'étude ont démontré que l'aspect de la violence sera pris en considération en second lieu, les « droits présumés » du parent n'ayant pas la garde, principalement des hommes, prévalant. De façon particulière, les décisions rendues à la suite de requêtes pour mesures intérimaires favoriseront un maximum de contacts avec les parents jusqu'au procès. Comme plusieurs de ces causes connaîtront des délais pouvant durer des mois (parfois même des années) avant que les jugements finaux soient rendus, les femmes et

les enfants sont laissés à la merci d'une violence continue et parfois à une escalade de la violence au nom des « droits du père ».

Beaucoup reste à faire, néanmoins, avant que les tribunaux ne puissent établir une procédure accélérée pour les cas dans lesquels la violence est un facteur. Plus précisément, les critères et les définitions qui seront le fondement pour choisir les cas retenus et rejetés sont primordiaux. Étant données les difficultés constantes que connaissent les avocats et les autres fonctionnaires de la cour à faire la distinction entre la violence et le contrôle abusif des autres conflits qui surviennent au cours d'une séparation ou d'un divorce, beaucoup reste à faire avant que les femmes puissent être confiante qu'une procédure accélérée leur apporterait, ainsi qu'à leurs enfants, une meilleure sécurité. Plus encore, de telles procédures ne seront pas efficaces si elles sont fondées sur des définitions de la violence qui ne tiennent pas compte d'une analyse de genre, sur une omission des différentes répercussions de la violence sur les divers groupes de femmes et d'enfants ou sur une démarche inadéquate pour trouver des solutions au problème de la violence familiale.

3.5 Les relations très conflictuelles

Quoiqu'il soit clairement nécessaire de faire une distinction entre les relations où la violence et le contrôle coercitif sont présents et celles où il ne s'agit que d'un profond désaccord entre les parties dans une cause en droit de la famille, le document de consultation, comme d'ailleurs les tribunaux eux-mêmes, omet impudemment de le faire. Il s'ensuit que toutes les propositions suggérées dans la section se révèlent problématiques et dangereuses.

La section sur les relations « très conflictuelles » commence par une définition implicite qui confond nettement le conflit et la violence. La violence n'est pas une composante du « conflit grave »; c'est un comportement criminel dans le but de contrôler la femme. De laisser entendre que « des attaques verbales haineuses et des menaces de violence contre le bien-être émotionnel et la sécurité physique des enfants ou de l'un des parents » sont simplement la description d'une « relations conflictuelle » constitue une trahison envers

toutes les femmes victimes de violence et les enfants qui en sont témoins et les condamne à encore plus de violence dans le contexte du droit de la famille. C'est particulièrement vrai à la lumière des suggestions subséquentes sur la façon de régler les « conflits graves » proposées dans le document de consultation.

Une fois de plus, l'analyse de l'évolution d'une relation « très conflictuelle » ne tient pas compte de la dimension sexospécifique, ni des droits à l'égalité des femmes, ni de la dynamique qui s'ensuit au sein de la famille et des répercussions différentielles d'un tel conflit sur les femmes, les enfants et les hommes. On accorde trop de légitimité à la question des fausses allégations; or, il a été démontré de manière concluante que la vaste majorité des allégations de violence étaient fondées.

La suggestion implicite que l'enlèvement d'un enfant relève principalement d'une relation conflictuelle et non de la violence se révèle particulièrement alarmante. Même si les recherches approfondies sur les enlèvements par un parent se font rares, certaines études indiquent que les pères sont davantage susceptibles que les mères de kidnapper leurs enfants et que les enlèvements parentaux peuvent se produire quatre fois plus s'il y a déjà une ordonnance concernant la garde ou les droits de visite.[86] D'autres chercheurs ont fait valoir que les enlèvements par les pères et par les mères se produisent à la même fréquence, mais que selon le genre, il existe des différences considérables dans le déroulement des enlèvements d'enfants par les parents.[87] Selon des études effectuées en 1998 par le United States Department of Justice, l'enlèvement des enfants se produit le plus souvent après le décret de l'ordonnance de garde. Les pères sont beaucoup plus enclins que les mères à faire usage de la force pour enlever leur enfant; les mères kidnappeuses sont le plus souvent plus pauvres, sans pension alimentaire et sans représentation par un avocat par rapport aux autres mères séparées ou divorcées; la violence faite aux enfants ou la violence familiale faisait partie de la dynamique de plusieurs des enlèvements. Au nombre des autres facteurs importants figure la fin d'une relation dans laquelle un des parents était citoyen d'un autre pays et enlevait l'enfant pour le ramener dans son pays d'origine.[88]

Il ne faut donc pas considérer l'enlèvement d'enfant comme simplement tributaire d'une relation très conflictuelle. Le document de consultation n'examine ni les questions associées à la sexospécificité dans l'enlèvement d'un enfant ni les liens possibles avec les comportements abusifs ou la violence envers l'enfant dans une relation. Le fait d'en discuter dans le contexte des comportements dans une relation très conflictuelle en minimise la gravité.

En réalité, l'enlèvement d'un enfant par un parent est très étroitement lié aux ordonnances de garde émises par les tribunaux, à la violence faite aux femmes ainsi qu'à une représentation juridique insuffisante des femmes pauvres. Le ministère de la Justice du Canada devrait procéder à une étude plus approfondie et mieux réfléchie de cette question.

3.5.1 L'examen de la législation et des services

Comme nous venons de le démontrer, il serait dangereux de se servir de la description précédente des relations conflictuelles pour formuler les lois ou les politiques puisque les tribunaux ne feront pas de distinction entre la violence et le conflit, c'est-à-dire qu'ils ne seront pas, de fait, en mesure de la faire. Si l'on en juge par la pratique courante et les changements proposés à la Loi sur le divorce, les cas de violence conjugale seront regroupés sous la catégorie des « relations conflictuelles », pour lesquels il est proposé d'émettre des ordonnances de médiation obligatoire, de médiation « thérapeutique », de diverses formes de counselling et d'évaluations psychologiques qui confèrent un caractère pathologique à la violence et aux femmes qui en sont victimes. Les propositions préconisent aussi des modalités et des ententes qui ne créeront que de plus nombreuses occasions pour les hommes violents d'avoir des comportements abusifs et d'exercer un contrôle excessif. De plus, il est peu probable que les juges seront enclins à classer les familles dans la catégorie des « relations très conflictuelles », ce qui pourrait se traduire par une sous-estimation de ces causes.

Il vaudrait mieux que les tribunaux reconnaissent que, par le fait même de se retrouver devant les tribunaux, les questions non résolues concernant la garde et les droits de visite

comportent des degrés relativement élevés de conflit, si ce n'est de violence, et que de telles causes laissent envisager que les arrangements de partage des responsabilités parentales ne sont pas dans l'intérêt supérieur des enfants.

Quoiqu'il en soit, les réactions aux propositions de cette section ne sauraient être interprétées comme des solutions aux relations où les niveaux de mésentente et de conflit sont très élevés, dans la mesure où ce type de relations n'y sont pas définies avec justesse. Le ministère de la Justice doit donc réexaminer toute la question du conflit avant d'avancer des propositions qui porteraient précisément sur la séparation ou le divorce dans les cas de conflits graves.

PARTIE 4 : L'accès des femmes à la justice

Toutes les modifications, même favorables, que l'on pourrait apporter à la loi sur la famille resteront sans effet à moins que les femmes n'aient un accès convenable au système judiciaire. Tel n'est pourtant pas le cas en ce moment. De nombreux facteurs empêchent encore les femmes d'obtenir justice. Parmi ceux-ci, signalons l'accès limité à l'aide juridique, la méconnaissance des juristes par rapport à la dynamique complexe de la violence familiale et l'hésitation des tribunaux à tenir les hommes coupables de violence envers les femmes et les enfants responsables de leurs actes.

4.1 La représentation par un avocat

L'aide juridique n'est pas un « service ». Les femmes ont le droit à une représentation juridique de grande qualité et ce, indépendamment de leur situation financière et de leur lieu de résidence au Canada. Tel n'est pourtant pas le cas en ce moment. En général, après une séparation, les femmes voient leur niveau de vie diminuer. Parfois sans emploi ou sous-employées, elles ont aussi un accès limité au crédit et possèdent peu de biens. En général, après une séparation, les hommes voient au contraire leur niveau de vie s'améliorer. Dans de nombreux cas, ils sont l'unique ou le principal soutien de famille; ils ont souvent davantage accès au crédit et possèdent la majorité des biens. Cette situation concrète détermine dans une large mesure la capacité des hommes et des femmes à

retenir les services d'un avocat. Il faut donc élargir les programmes d'aide juridique partout au Canada pour permettre l'accès à toutes les personnes qui en ont besoin, en particulier les femmes violentées, et pour rémunérer adéquatement les avocats qui acceptent des mandats de l'aide juridique. Malheureusement, le gouvernement est en train de sabrer dans les services et les ressources de l'aide juridique -- notamment en matière de droit de la famille, ce qui menace de façon disproportionnée la sécurité des femmes et des enfants. Dans ce domaine comme dans bien d'autres, les travailleuses à faible salaire passent souvent à travers les mailles du filet.

En vertu du régime actuel en Ontario, par exemple, personne sauf les plus pauvres ne réussit à répondre aux critères d'admissibilité à l'aide juridique. Les services sont restreints. Le tarif horaire des honoraires versés aux avocats et le nombre d'heures pouvant être facturé sont si faibles qu'ils en dissuadent beaucoup d'accepter des dossiers de l'aide juridique; ceux qui le font malgré tout sont forcés de leur consacrer moins de temps qu'il ne serait nécessaire.

Les avocats qui acceptent des cas de l'aide juridique ou agissent à titre d'avocats de service au tribunal de la famille doivent recevoir de la formation pour les aider à comprendre la problématique de la violence envers les femmes. Cette formation devrait comporter un volet sur les différents services dont les femmes violentées ont besoin, afin qu'ils puissent modifier en conséquence leur façon d'aborder de tels types de cas.
Il faudrait toutefois interdire le recours croissant aux avocats de services dans les cas soumis au tribunal de la famille. Ces avocats ne peuvent pas assurer une représentation adéquate, même s'ils font preuve du plus grand dévouement et des plus grands efforts. Vu la complexité de la dynamique à l'uvre dans les cas de violence envers les femmes, il faut absolument une représentation individuelle et spécialisée.

Enfin, il incombe au gouvernement fédéral de financer adéquatement l'aide juridique touchant le droit de la famille.

4.2 Actrices du système judiciaire

Les femmes ont le droit d'être représentées par des avocats qui comprennent la problématique de la violence faite aux femmes; elles ont aussi le droit de traiter avec du personnel judiciaire et des juges qui comprennent cette problématique. Malheureusement, tel n'est pas le cas en ce moment. Beaucoup de femmes qui ont quitté un conjoint violent font face à l'incrédulité partout où elles se tournent. Le personnel de l'aide juridique, leur propre avocat et tous les autres intervenants du milieu reprennent à qui mieux mieux les vieux mythes au sujet des femmes battues et de la violence envers les femmes (« Vous n'avez jamais rien dit avant. »; « Ça ne peut pas être si grave. »; « Vous devez inventer. »; « C'est dommage que vous n'ayez pas de bleus, votre histoire serait plus facile à croire. »; « C'est normal de se chicaner dans n'importe quelle relation. »). Tous les professionnels associés au système judiciaire (y compris les juges, les avocats et les évaluateurs) doivent recevoir des informations et de la formation pour les sensibiliser à la dynamique de la violence faite aux femmes et à la position inférieure des femmes qui persiste dans la famille.

4.3 Tenir les auteurs de violence responsables de leurs actes

Les présents régimes juridiques (droit criminel, droit de la famille et législation relative à la protection de l'enfance) ne tiennent pas les auteurs de violence envers les femmes et les enfants responsables de leurs actes. En fait, les agresseurs peuvent se servir du tribunal de la famille pour maintenir les contacts avec leurs anciennes conjointes afin de continuer d'exercer leur contrôle. Les sanctions minimes imposées lorsqu'ils ne répondent pas aux documents des tribunaux dans les délais prescrits, ne fournissent pas les informations financières demandées ou exigées, ne versent pas la pension alimentaire imposée par le tribunal ou ne respectent pas les ordonnances de non-communication et de droit de visite renforcent leurs comportements violents et leur permettent de continuer à agir ainsi longtemps après la séparation.

La tâche de tenir les agresseurs responsables de leurs actes ne relève pas seulement du droit criminel; le droit de la famille a aussi un rôle critique à jouer à cet égard. La loi doit stipuler que l'on tiendra compte des agressions et de la violence conjugale pour

déterminer les droits de garde et de visite. Il faut rédiger les ordonnances de non-communication et de visite ou de transfert supervisés de manière à permettre l'application des sanctions prévues en cas d'infraction. Il faut faire vraiment respecter les ordonnances de pension alimentaire pour enfant; le personnel chargé d'y veiller doit aussi avoir les ressources financières et humaines nécessaires pour obtenir des résultats satisfaisants.

4.4 Des solutions de rechange aux litiges

On a tendance, et ceci ressort du document de consultation, à prôner d'autres solutions que les litiges intentés devant le tribunal de la famille. En fait, le document propose parmi l'un des « principes directeurs » de « favoriser les mécanismes de règlement des conflits de nature non accusatoire et retenir le débat contradictoire devant le tribunal comme mécanisme de dernier recours ». Les solutions de rechange mentionnées comprennent notamment la médiation, le counselling, l'arbitrage et l'éducation des parents.
Même s'il ne fait aucun doute qu'il est préférable pour certaines familles d'éviter les litiges, ceci peut s'avérer très dangereux pour de nombreuses femmes, en particulier celles dont les conjoints sont violents ou l'ont été. Malheureusement, le document de consultation ne fait pas convenablement état des dangers que posent, pour elles, les mécanismes non judiciaires. On y considère les tribunaux comme un dernier recours, alors que pour beaucoup de gens, en particulier les femmes violentées et leurs enfants, ils devraient être le premier et unique recours.

Le document de consultation soutient que le counselling et la médiation sont des « solutions de rechange » aux services d'un avocat. Il s'agit d'une équation incorrecte. Même lorsque des services de counselling et/ou de médiation peuvent convenir, ils ne sauraient remplacer la représentation et les conseils d'un avocat.

Les solutions de rechange proposées ont essentiellement pour effet de retourner dans la sphère privée le droit de la famille et, du même coup, la violence envers les femmes. Le droit des femmes à la justice quitte ainsi l'arène publique du tribunal pour des salles closes où siègent médiateurs, arbitres et avocats. En général, ces professionnels

n'adoptent pas une analyse centrée sur l'égalité et peuvent omettre de protéger adéquatement les femmes. La sécurité des femmes et des enfants se trouve donc menacée.

Le document consultation présente la médiation comme un mécanisme « impartial », alors qu'en fait, la plupart des médiateurs ont un parti pris explicite en faveur de la garde conjointe ou partagée. Dans ce contexte, beaucoup de femmes violentées auront probablement tendance à « accepter » des ententes de garde qui sont loin de correspondre à ce qu'elles considéreraient comme l'intérêt supérieur des enfants.

La médiation est généralement tournée vers l'avenir, ce qui tend à exclure l'examen des faits antérieurs pertinents. On encourage ainsi les parties à surmonter les difficultés présentes du mariage et à trouver de nouvelles façons d'envisager leur relation. On croit sur parole les parents traditionnellement exemptés des soins aux enfants, habituellement les pères, lorsqu'ils affirment vouloir s'occuper davantage d'eux. Lorsque des mères veulent dénoncer la violence subie et dire qui a assumé la responsabilité principale des enfants dans le passé (généralement, elles), on les en dissuade. On leur dit de penser d'abord et avant tout à l'intérêt supérieur des enfants (ce qui signifie toujours le maximum de contacts avec les deux parents). De toute évidence, il s'agit d'une approche inadéquate qui pourrait même s'avérer dangereuse dans les situations de violence. Les antécédents de violence et d'agression ainsi que la responsabilité antérieure quant aux soins des enfants devraient jouer un rôle déterminant dans les discussions visant à définir les ententes futures de garde et de visite.

Pour les femmes violentées, la médiation peut comporter de graves dangers tant émotifs que physiques. Puisque la médiation est avant tout axée vers une entente et non vers des droits, le médiateur (et l'agresseur) concentrent tous leurs efforts sur l'entente et ne se préoccupent pas forcément de protéger les droits de la partie « plus vulnérable ». Les hommes violents préfèrent souvent la médiation parce qu'elle répond très bien à leurs buts. Ils peuvent maintenir le contact face à face avec leur victime et utiliser leurs

stratégies de contrôle habituelles (qui peuvent passer inaperçues pour le médiateur ou n'être pas soulevées) pour manipuler à leur avantage l'issue de la médiation.

Pour que des mécanismes de règlement des conflits de nature non accusatoire soient efficaces, les deux parties doivent avoir une position de négociation relativement égale. Or c'est rarement le cas entre hommes et femmes, et c'est impossible dans les relations où les femmes ont subi de la violence. Le rapport de forces déséquilibré qui s'est établi après des années de violence ne s'évanouit pas du simple fait que le couple se sépare ou qu'une tierce partie supervise leurs négociations. Les femmes restent vulnérables face aux stratégies de violence de leurs partenaires même longtemps après une séparation. Cette vulnérabilité ne devient jamais aussi évidente que durant le processus de médiation. Beaucoup de femmes violentées adoptent alors la soumission comme stratégie de survie et trouvent souvent difficile d'exprimer de façon indépendante leurs souhaits. Tenir tête devant l'opposition du partenaire violent peut s'avérer presque impossible pour elles. Les hommes violents insistent pour que leurs partenaires se plient à leurs volontés. Ils sont incapables de faire des compromis ou de négocier d'une façon juste avec leurs ex-partenaires.

Pour toutes ces raisons, la médiation ne devrait jamais être obligatoire. Les médiateurs ne devraient pas « chercher à dépister » les situations de violence et confirmer leur soupçon une fois que le couple se présente devant eux après avoir été référé ou contraint de le faire -- il ne devrait tout simplement pas y avoir de médiation lorsqu'une femme dit avoir été agressée ou violentée.

PARTIE 5 : Les pensions alimentaires pour enfants

5.1 Aperçu : Les Lignes directrices ont-elles atteint les buts fixés?

L'adoption des Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants en 1997 a été l'une des plus importantes réformes jamais apportées dans le domaine du droit de la famille. L'objectif était d'augmenter le montant des pensions alimentaires versées et

reçues pour les enfants, comme l'ont réaffirmé à maintes reprises les rapports du Comité fédéral-provincial-territorial du droit de la famille.

Tout réexamen doit donc répondre à deux questions fondamentales : Les Lignes directrices ont-elles atteint les buts fixés? Ont-elles permis de corriger le problème visé? Si l'objectif n'a pas été atteint, il faudrait conclure que les Lignes directrices sont un échec. La question principale est : Les montants des pensions alimentaires pour enfants qui sont ordonnées, versées et reçues ont-ils vraiment augmenté? Si la réponse est négative, les Lignes directrices sont un échec. Ceci ne s'applique pas uniquement aux aspects que mentionne le document de consultation. Le rapport qui doit être déposé au Parlement en 2002 devrait en effet couvrir tous les aspects des Lignes directrices.

Pour réaliser les objectifs fixés dans les Lignes directrices, il faudrait modifier l'alinéa 1(a) afin de stipuler explicitement comme premier objectif : « assurer une pension alimentaire qui réponde aux besoins fondamentaux des enfants ».

5.1.1 Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants : Maximum ou minimum?

On s'inquiète beaucoup de constater que les Lignes directrices ont servi à déterminer un maximum plutôt qu'un minimum. C'est certainement ce qui s'est produit dans les juridictions américaines où l'on a adopté la même approche. Ceci soulève la question à savoir si des lignes directrices constituent une bonne solution pour pallier l'insuffisance des pensions alimentaires pour enfants. Dans ses rapports, le Comité fédéral-provincial-territorial du droit de la famille a d'ailleurs reconnu expressément qu'au Canada, les montants ordonnés sont trop faibles.

Des lignes directrices ont moins tendance à servir de plafond (plutôt que de plancher) quand le montant déterminé dans les tables s'ajoute aux dépenses spéciales pour enfant que peut accorder le tribunal (appelées aussi dépenses supplémentaires ou extraordinaires, elles comprennent les frais de garde, les frais relatifs aux soins de santé, les frais relatifs aux études et les frais extraordinaires relatifs aux activités parascolaires). Ces dépenses dites spéciales sont pourtant essentielles et devraient être obligatoires plutôt

que facultatives. Dans les faits, les Lignes directrices créent un mécanisme à deux vitesses : les montants fixés dans les tables et les dépenses supplémentaires (spéciales et extraordinaires).

Les dépenses dites « spéciales et extraordinaires » devraient faire partie des conditions obligatoires ou générales prévues dans les Lignes directrices pour déterminer les pensions alimentaires pour enfants. Qualifier de « spéciales et extraordinaires » les types de dépenses mentionnés dans la disposition législative est inexact et trompeur. En effet, rares sont les familles qui ne subissent aucune de ces dépenses.
Les montants prévus pour les familles à revenu modeste (où le parent payeur gagne 40 000 $ par année ou moins) sont déjà inférieurs aux ordonnances qui étaient accordées avant l'adoption des Lignes directrices. Il est donc essentiel d'ajouter les dépenses spéciales pour éviter que les montants prévus pour le calcul ne servent de plafond plutôt que de plancher.

5.1.2 Modification annuelle des pensions alimentaires pour enfants

Il y a encore beaucoup de confusion quant à la méthode à adopter pour modifier chaque année les pensions alimentaires pour enfants afin de tenir compte de l'augmentation du taux d'inflation et des revenus du parent payeur. L'augmentation en fonction du coût de la vie va-t-elle encore s'appliquer ou va-t-elle céder la place à l'obligation de divulguer des renseignements annuels? Beaucoup d'avocats pensent déjà à tort que le rajustement au coût de la vie ne touche plus les pensions alimentaires pour enfants.

Rajuster chaque année le montant des pensions alimentaires d'après le revenu courant que déclare le parent payeur est une bonne idée, du moins en principe. Ceci a toutefois des conséquences. Beaucoup de femmes ne veulent pas ou ne peuvent pas (c'est notamment le cas des femmes violentées) maintenir le genre de contacts nécessaires pour obtenir les renseignements exigés. Par conséquent, les renseignements ne sont jamais demandés ni offerts, et le rajustement n'a pas lieu. L'obligation de divulguer des renseignements sur le revenu devrait être assortie d'un simple mécanisme administratif où une tierce partie en

fait la demande, les reçoit puis recalcule les montants. Les tribunaux ou le personnel des programmes provinciaux de perception des pensions alimentaires pourraient s'en charger.

5.1.3 Problèmes relatifs aux montants prévus dans les Tables

Les montants mentionnés dans les tables de l'Annexe doivent faire l'objet d'un réexamen périodique et permanent. Dans le meilleur cas, le réexamen devrait avoir lieu chaque année ou tous les deux ans, au pire. Les enfants ne devraient pas avoir à attendre cinq ans avant que le régime en vigueur soit réévalué.

Les montants prévus dans l'Annexe ne tiennent pas compte du fait que les dépenses subies pour élever un enfant varient en fonction l'âge; à titre d'exemple, deux pères gagnant 40 000 $ par année paieront la même pension alimentaire que leur enfant ait trois ans ou quatorze ans.

5.1.4 Pensions alimentaires pour les conjointes

Le traitement des pensions alimentaires pour les conjointes suscite des inquiétudes. Ces pensions restent plus controversées que celles pour les enfants et, nonobstant la plus récente jurisprudence, de nombreux facteurs font déjà en sorte que les conjointes reçoivent de faibles montants voire rien du tout. La priorité accordée aux pensions alimentaires pour enfants va exacerber davantage la tendance à écarter complètement les pensions alimentaires pour les conjointes ou à n'accorder que de faibles montants. Il faudrait éviter toute situation qui aurait pour effet de réduire la possibilité pour les conjointes d'obtenir une pension alimentaire.

Donner la priorité aux pensions alimentaires pour enfants ne devrait pas signifier mettre de côté les pensions alimentaires pour les conjointes. Il faudrait modifier l'article 15.3 afin de stipuler clairement que, malgré la priorité accordée aux pensions alimentaires pour enfants, un tribunal doit tenir compte des besoins et du droit des conjointes à une pension alimentaire, conformément aux objectifs inscrits dans la Loi sur le divorce.

5.1.5 L'accès des femmes à la justice

Davantage de catégories de requérants peuvent désormais s'adresser aux tribunaux pour faire modifier les ordonnances et les ententes existantes. L'adoption des Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants et les modifications à la Loi de l'impôt sur le revenu (pour redéfinir le revenu de manière à en exclure ces pensions) sont considérées comme un changement important qui permet à l'une ou l'autre des parties de demander une révision du montant. Par conséquent, le parent payeur, le parent receveur, les gouvernements provinciaux et municipaux qui versent des prestations familiales et d'aide sociale pourraient tous déposer une requête en ce sens. Avoir le droit de le faire ne signifie pas automatiquement pouvoir le faire. Vu les compressions apportées aux programmes d'aide juridique partout au Canada, les femmes aux prises avec des problèmes qui relèvent du droit de la famille trouvent difficilement un avocat. Pour ces femmes, l'accès aux tribunaux devient donc une question d'accès à la justice. Il faut accorder davantage de fonds pour que les femmes puissent profiter des dispositions des Lignes directrices.

5.1.6 Définition du revenu

La définition du revenu est trop restreinte pour permettre de calculer de façon convenable les pensions alimentaires pour enfants; elle doit donc être réexaminée. On devrait adopter des critères differents ce ceux qui sont normalement retenus en matière de déductions du revenu imposable, lorsqu'il s'agit des dépenses reliés au soutien des enfants.

5.2 Sujets soulevés dans le document de consultation

5.2.1 Pensions alimentaires pour enfants dans les cas de garde partagée

a) Déterminer quand s'applique la règle de la garde partagée

Les ententes de garde partagée ou de partage du temps ne sont pas le fait de la majorité des familles canadiennes. Dans la plupart des cas, les familles s'entendent sur une formule plus simple : un parent, habituellement la mère, assume la garde et l'autre, habituellement le père, obtient un droit de visite. Cette forme courante d'entente peut porter un autre nom, mais c'est la façon dont elle fonctionne dans la réalité.

Déterminer quand s'applique la règle de la garde partagée, qui figure dans les Lignes directrices, pose toutefois un problème. Calculer le temps que passe chaque parent avec l'enfant n'est pas la bonne approche. La véritable question concerne plutôt les responsabilités assumées. Il est en effet possible de consacrer du temps à un enfant sans assumer aucune responsabilité à son égard. Certains parents qui ont un droit de visite agissent davantage comme des gardiens d'enfants. Comme le note le document de consultation, « le rôle parental ne se limite pas au temps que les parents passent avec leurs enfants » (p. 47).

Exercer une garde physique des enfants dans plus de 40 pour cent du temps peut entraîner les réduction, voire l'élimination de la pension alimentaire dans certains cas, mais cette réduction ne convient généralement pas à l'intérêt supérieur des enfants.

Le résultat des dispositions des Lignes directrices touchant la « garde partagée » (c.-à-d. plus de 40 pour cent du temps) varie selon les revenus des parties, de qui paie les dépenses des enfants, de la juridiction et de chaque juge. À Toronto, par exemple, un époux qui a la garde des enfants plus de 40 pour cent du temps mais dont le revenu est nettement supérieur à celui de son épouse peut verser le montant intégral de pensions alimentaires stipulé dans les Lignes directrices.

Mais il est important de noter, et ceci est maintenant reconnu par la magistrature et le barreau, que beaucoup de litiges au sujet du temps que les enfants sont censés passer avec un parent viennent d'un désir d'éviter de payer les pensions alimentaires prévues dans les Lignes directrices. Dans le régime actuel, certains pères sont maintenant poussés à demander plus de temps NON pas pour passer plus de temps avec leurs enfants, mais bien pour verser une pension alimentaire moins élevée. Le document de consultation l'admet d'ailleurs : « Les ententes parentales doivent reposer sur l'intérêt supérieur de l'enfant et non sur des avantages financiers que les parents peuvent en retirer. » (p. 47)

Tout régime qui donne plus de « marge de manuvre » par rapport à l'organisation du temps et se rapproche d'une norme de « temps égal » de garde et de contact maximum favorise également ce genre de litiges. Dans beaucoup de familles, il n'y a pas assez d'argent après une séparation pour faire vivre convenablement deux ménages avec le revenu qui en faisait vivre un seul auparavant. Les Lignes directrices visent à s'assurer que les enfants aient la priorité dans cette situation difficile. On ne devrait donc pas affaiblir les dispositions qu'elles renferment.

Le document de consultation omet de poser deux questions importantes : Faudrait-il appliquer des règles différentes de pensions alimentaires quand les ententes de garde et de visite sont différentes? Quelle preuve avons-nous pour affirmer que ceci permet de répondre aux besoins des enfants d'une façon uniforme?

Si l'on applique des règles différentes lorsque les ententes de garde et de visite diffèrent, quel sera le seuil à partir duquel l'on cessera d'avoir à verser les montants prévus dans les tables de pensions alimentaires? Beaucoup de parents demandent en effet à leurs avocats : « Où est la table de calcul pour la garde partagée? »

Il faudrait modifier les Lignes directrices de manière à abandonner les calculs fondés sur le temps de garde pour évaluer plutôt les responsabilités : Qui se charge des tâches nécessaires pour assurer un cadre de vie ordonné pour l'enfant? Qui organise sa vie en fonction de celle de l'enfant? Dans bien des familles, il est relativement simple de trouver la réponse à ces questions.

b) Déterminer le montant des pensions alimentaires dans les cas de garde partagée

Le vrai problème à cet égard vient de ce qu'il n'y a pas de solution unique qui puisse régler tous les cas. Dans les familles où les ententes parentales ne se conforment pas au modèle habituel (c.-à-d. garde exclusive à la mère et droit de visite au père), la situation peut varier beaucoup. Il serait donc très difficile de trouver des règles équitables pour tous les cas, ce qui entraînerait certainement des injustices.

Il vaut la peine d'envisager un mécanisme visant à équilibrer les niveaux de vie dans les deux foyers. Ce serait une façon de donner la priorité aux besoins des enfants. D'ailleurs, ces derniers notent les disparités entre les deux ménages de leurs parents et en parlent. Un tel mécanisme vient aussi garantir qu'aucun parent ne demandera la garde partagée pour satisfaire ses besoins égoïstes ou pour verser une pension alimentaire moins élevée (puisqu'il pourrait même payer davantage). Il s'agit d'une solution équitable pour l'enfant, car ceci lui garantit des conditions identiques.

La règle qui consiste à n'exiger aucune pension alimentaire dans les situations de garde partagée ne tient pas compte des données bien connues montrant qu'après une séparation les ménages dirigés par des femmes ont moins d'argent que ceux dirigés par des hommes. Cette règle garantit en fait que les enfants auront un niveau de vie moins élevé avec leurs mères qu'avec leurs pères et elle va donc à l'encontre de leur intérêt.

L'idée de trouver une formule pour déterminer le montant des pensions alimentaires dans les situations de garde partagée a un certain attrait. La garde partagée coûte vraiment plus cher que la vie commune en famille et que la garde exclusive assortie d'un droit de visite. Les familles doivent le savoir avant de prendre leur décision.

Une formule ne tient cependant pas compte du fait très réel que les situations de garde partagée varient beaucoup. Une solution unique ne saurait convenir pour toutes les ententes de garde et de visite, en particulier les cas de garde partagée ou conjointe.
Se fier au pouvoir discrétionnaire des juges a un certain attrait à prime abord. Il importe toutefois de rappeler qu'au moment d'une séparation, la vaste majorité des parents ne demandent pas l'aide d'un juge pour s'entendre sur la garde et le droit de visite ni pour déterminer la pension alimentaire des enfants. La vaste majorité se débrouillent par eux-mêmes ou font appel à des avocats ou à d'autres spécialistes. Les juges sont le dernier recours. Le régime en place doit donc convenir aux nombreux parents qui ne veulent pas demander à un tribunal de prendre des décisions à propos de leurs enfants.

5.2.2 L'incidence des coûts des droits de visite sur les montants des pensions alimentaires

On ne devrait pas tenir compte des coûts que subissent la majorité des parents séparés pour exercer leur droit de visite. Il faudrait le faire seulement dans les cas exceptionnels. Comme le reconnaît le document de consultation, « les modifications apportées au montant de la pension alimentaire, qui devraient permettre au parent payeur d'exercer son droit de visite plus souvent, ne vont pas nécessairement réduire les dépenses du parent receveur. Cela n'aura pas non plus d'incidence sur les dépenses principales [] comme le logement. » (p. 54)

Lorsque vient le temps de déterminer les pensions alimentaires pour enfants, il importe d'abord et avant tout de répondre aux besoins des enfants; tout le reste est secondaire. Il est difficile de comprendre pourquoi les dépenses engagées pour exercer le droit de visite font même l'objet d'une consultation. Ces dépenses ne devraient être placées ni au-dessus des dépenses de garde ni au même niveau que celles-ci. Les pensions alimentaires pour enfants doivent couvrir les dépenses engagées pour prendre soin des enfants. Pourquoi la consultation en cours ne pose-t-elle pas la question à savoir si les montants indiqués dans les tables couvrent vraiment les coûts subis pour élever les enfants?

Le parent chargé de la garde supporte en grande partie le fardeau financier que représente l'enfant; il doit aussi lui donner les soins nécessaires, planifier la vie de l'enfant et organiser également la sienne en fonction de celle-ci.

Il convient de remettre en perspective les coûts liés au droit de visite. En effet, si l'on devait tenir compte de ces coûts, il serait juste de calculer aussi des dépenses plus élevées pour le parent gardien quand l'autre parent n'exerce pas son droit de visite, l'exerce dans une mesure moindre que l'entente convenue ou prévue ou encore annule la visite à la dernière minute. Ces actions entraînent en effet des frais directs et mesurables pour le parent gardien.

Il importe de faire une distinction entre la plupart des familles séparées et les familles où les parents ou les enfants doivent franchir de longues distances pour se voir. Les frais de transport aérien nécessaires pour exercer le droit de visite sont l'exception et non la règle.

Il faut donc concevoir un régime qui convient à la majorité mais permet des adaptations pour les familles qui ne se conforment pas à la norme. Les coûts élevés de visite sont une variation par rapport à la norme et des coûts anormalement élevés (d'avion et d'hôtel) sont l'exception plutôt que la règle. Dans des cas exceptionnels, le tribunal peut étudier tous les facteurs. Aucune formule ne peut prévoir tous les problèmes qui pourraient surgir. Un parent peut être capable d'assumer les frais pour se rendre en Australie (Gordon c. Goertz), mais un autre peut être incapable d'exercer son droit de visite à cause des frais nécessaires pour voyager régulièrement de Toronto à Windsor. Même s'il est difficile de l'accepter, certains conflits devront probablement être résolus devant les tribunaux. Seule une petite minorité de familles séparées est aux prises avec des coûts anormalement élevés pour exercer le droit de visite.

L'article des Lignes directrices qui concerne les difficultés excessives est loin d'être parfait, mais il est satisfaisant pour traiter les cas de dépenses anormalement élevées pour le droit de visite. Les juges devraient se pencher sur les coûts liés au droit de visite seulement lorsque ceux-ci sont « anormalement » ou « exceptionnellement » élevés. Le droit de la famille tente d'allier la simplicité et la prévisibilité avec l'équité. Le personnel qui travaille dans ce domaine doit le faire constamment. Les modifications envisagées vont inciter davantage de parents à exiger de passer plus de temps avec leurs enfants pour réduire le montant des pensions alimentaires; ceci ne signifiera pas nécessairement prendre davantage soin des enfants, mais seulement avoir plus de temps avec eux. Le document de consultation le reconnaît, « la réduction de la pension alimentaire en fonction du temps passé avec l'enfant conduirait à de nouveaux litiges » (p. 53).

Il ne fait aucun doute que toute tentative du gouvernement afin de légiférer à cet égard va susciter des conflits entre les parents et augmenter les litiges. Il s'agit d'ailleurs de l'une

des revendications du lobby en faveur des droits des pères. La règle générale devrait être de ne pas tenir compte des coûts liés au droit de visite. Ces coûts ne sont en effet ni plus importants ni plus élevés que les coûts liés à la garde.

5.2.3 Pensions alimentaires pour enfants majeurs

L'un des problèmes à cet égard tient au fait que l'âge de la majorité varie selon les provinces. Cela signifie notamment que la pension alimentaire d'une fille à charge de 18 ans est traitée différemment selon qu'elle vit en Ontario ou en Colombie-Britannique. L'idée de verser la pension alimentaire directement à l'enfant laisse entendre que le parent gardien n'engagerait plus aucune dépense pour celui-ci lorsqu'il atteint 18 ou 19 ans. Tel n'est pas le cas. Les enfants restent en contact avec leur « foyer » même quand ils l'ont quitté pour aller étudier. Ils y entreposent leurs biens. Ils s'attendent à rentrer chez eux durant l'été pour y vivre (gratuitement), y occuper un emploi d'été et économiser avant de reprendre les études à l'automne. Ils en parlent encore comme leur lieu de résidence, ils donnent cette adresse comme leur adresse permanente et y vivent encore. Même quand l'enfant quitte la maison pour fréquenter l'université, le parent gardien continue d'assumer des dépenses pour lui (loyer, nourriture et vêtements) sans parler des frais d'études réels (inscription, livres et logement à l'université).

Verser la pension alimentaire directement à l'enfant n'est pas une solution. L'enfant ne dépensera pas nécessairement cet argent pour ses frais d'université. Le parent gardien devra, comme d'habitude, combler la différence. C'est déjà ce qui se passe. Le parent gardien paie tout ce qui n'est pas couvert par la pension alimentaire (avant et durant les études universitaires).

Verser la pension alimentaire directement à l'enfant obligera le parent gardien à lui demander une partie de l'argent reçu du parent payeur. Ceci créera probablement des conflits et des situations désagréables pour parent et enfant.

Il ne faut pas verser aux enfants plus âgés les pensions alimentaires qui leur sont destinées. Ce n'est pas une bonne solution. Les Lignes directrices ne devraient pas prévoir

un tel mécanisme et les tribunaux ne devraient pas pouvoir rédiger des ordonnances en ce sens. Les enfants sont parfois entraînés de façon inappropriée dans les conflits qui opposent les parents, la mesure envisagée viendrait augmenter le risque.

5.2.4 Divulgation de renseignements au sujet des enfants plus âgés

Les dossiers scolaires des enfants plus âgés appartiennent à ceux-ci et non aux parents. Même le parent gardien n'a pas le droit de consulter les dossiers de son enfant de plus de 16 ans à moins que celui-ci ne l'y autorise.

Un enfant ne devrait pas être associé aux conflits de ses parents au sujet de l'argent. Il ne faut pas modifier les Lignes directrices pour exiger des preuves concernant les enfants plus âgés, sauf s'il s'agit d'une déclaration (dûment signée et datée) où le parent receveur confirme chaque année que l'enfant a toujours droit à la pension alimentaire. S'il découvrait par la suite que la déclaration était fausse, le parent payeur pourrait exiger un remboursement avec preuve à l'appui.

Il ne faut pas modifier les Lignes directrices afin d'exiger la divulgation de renseignements au sujet de la situation financière des enfants.

5.2.5 Obligations de pension alimentaire d'un conjoint tenant lieu de parent

Ce domaine du droit soulève bien des questions épineuses, surtout en raison de la rapidité avec laquelle les parents séparés établissent des relations avec de nouveaux partenaires. Plus que jamais auparavant, de nombreux enfants vivent avec des adultes qui ne sont pas leurs parents biologiques mais prennent soin d'eux et leur assurent un soutien. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs récemment statué que le conjoint qui tient lieu de parent ne peut pas décider unilatéralement de mettre fin à sa relation légale. Ce conjoint ne peut pas agir ainsi pour éviter d'avoir à verser une pension alimentaire pour l'enfant. L'admissibilité d'un enfant à une telle pension est donc maintenant claire et sans équivoque.

C'est une bonne chose. Il y aura donc plus d'adultes qui auront l'obligation légale de payer une pension alimentaire, pas moins. Un enfant aura ainsi davantage de chances d'atteindre un niveau de vie similaire à celui qu'il avait avant la séparation. Il n'est pas mauvais qu'avant d'emménager, des adultes réfléchissent au fait que ceci peut créer des droits et obligations exécutoires par rapport aux pensions alimentaires pour les enfants ou l'autre conjoint. Cet état du droit n'a rien de neuf.

La loi ne peut prévoir une formule ou méthode pour déterminer le montant que devrait verser le beau-parent et celui que devrait verser le parent biologique. Chaque situation est unique, car il y a beaucoup trop de variations possibles. La question doit être réglée au cas par cas. Certains enfants vivent dans des familles reconstituées consécutives; d'autres n'ont aucun contact pendant nombre d'années avec un parent biologique qui n'a jamais payé de pension alimentaire, mais vivent durant 10 ans avec un beau-parent. Beaucoup de beaux-parents deviennent le seul autre vrai parent que connaîtra l'enfant.
Il ne faut pas modifier les Lignes directrices afin de donner plus de directives en la matière. Les parties trouvent des solutions ou demandent aux tribunaux de le faire. Chaque parent payeur devrait verser le montant prévu dans les tables de pensions alimentaires. Ces montants, même s'ils sont effectivement versés, restent faibles. Pourquoi ne pas faire en sorte que l'enfant profite du revenu de toutes les personnes qui ont joué un rôle parental dans sa vie?

CONCLUSION : Les vrais besoins des femmes

Dans notre mémoire, nous avons traité seulement quelques-unes des questions importantes pour les femmes et les enfants dans le contexte de la réforme du droit de la famille. Nous devions d'abord réagir aux répercussions les plus inquiétantes des solutions proposées dans le document de consultation. Voilà pourquoi nous avons dû négliger d'autres modifications qu'il faudrait apporter aux lois et aux politiques pour assurer une réforme vraiment égalitaire.

La discrimination sexuelle systémique et les effets cumulés des inégalités créent et perpétuent l'inégalité des femmes au sein de la famille et les rendent plus vulnérables face à la violence masculine. Voilà pourquoi il faut des mécanismes systémiques pour soutenir les femmes dans leur rôle de principales responsables des soins aux enfants. Le gouvernement du Canada a dirigé et financé de multiples commissions, rapports et travaux de recherche qui peuvent le guider par rapport aux stratégies nécessaires pour remédier à l'inégalité des femmes sur les plans économique, social et politique.

À l'occasion de la Marche mondiale des femmes de l'an 2000, le Comité canadien de la Marche a formulé un ensemble de recommandations de politiques. Intitulée Pour que ça change! Revendications présentées au gouvernement fédéral du Canada pour éliminer la pauvreté et la violence faite aux femmes, la plate-forme regroupe 68 recommandations touchant les droits sociaux, économiques et culturels des femmes, la nécessité de respecter et de reconnaître leur travail rémunéré et non rémunéré, de respecter et de promouvoir les droits humains des femmes immigrantes, des femmes de couleur, des femmes autochtones, des lesbiennes et des femmes ayant un handicap. Elle formule des recommandations précises visant à assurer l'égalité pour les femmes dans le milieu de travail, l'élimination de la violence faite aux femmes, le respect et la promotion des droits humains et des droits à la citoyenneté des femmes. Parmi les autres revendications avancées, mentionnons seulement l'équité salariale et l'équité en matière d'emploi, des services de garde universels, accessibles et abordables, des programmes adéquats d'aide sociale, un programme complet d'aide juridique en matière de droit civil, des programmes sociaux complets, des mesures particulières pour répondre aux divers besoins des femmes et des enfants, ainsi que des soins de santé publics et universels. La mise en uvre des revendications du Comité canadien de la Marche mondiale des femmes produirait les changements systémiques nécessaires pour réaliser l'égalité des femmes à l'intérieur de la famille et assurer le bien-être de leurs enfants.

En fait, la pauvreté croissante des enfants au Canada -- dont nous avons déjà fait état dans le présent mémoire -- est le principal résultat de la pauvreté féminine. Les femmes doivent avoir la sécurité de savoir que leurs enfants seront à l'abri de la pauvreté. Pendant que l'État canadien tente de faire de la responsabilité envers la famille une affaire privée,

les enfants du pays souffrent de la faim, n'ont pas de services adéquats de garderie et doivent se contenter de logements et de soins de santé de mauvaise qualité.

Puisque les enfants sont l'avenir d'une société, la responsabilité à leur égard revient à l'ensemble des citoyennes et citoyens. Aucun enfant ne devrait manquer du nécessaire parce que son père ne peut pas ou ne veut pas payer de pension alimentaire. L'État a le devoir de veiller à ce que chaque enfant ait les ressources suffisantes pour assurer son épanouissement intégral. Si les parents ne fournissent pas ces ressources, les gouvernements doivent assurer le soutien financier, les programmes et les services essentiels pour répondre aux besoins de l'enfant. Cette importante question, comme plusieurs autres, doit être étudiée davantage, tant par les femmes de la base que par les groupes de femmes voués à la défense des droits à l'égalité des femmes, qu'au niveau des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux. Dans le cadre du Lobby national des femmes organisé pour les activités de la Marche mondiale des femmes de l'an 2000, la ministre de la justice a promis de tenir une consultation nationale sur les questions touchant les femmes. Le temps est venu de tenir sa promesse.

---

[1] Certains groupes ont exprimé des réserves face à cette recommandation. Ils craignent qu'elle puisse donner lieu à des plaintes abusives et par la suite à un harcèlement judiciaire de la part de certains pères, et que les tribunaux ne soient pas en mesure de juger des dynamiques qui sont réellement en jeu dans une situation spécifique.

[2] Condition féminine Canada, (1995), À l'aube du XXIe siècle : Plan fédéral pour l'égalité entre les sexes, Ottawa. CFC, par. 35.

[3] Ibid., par. 23.

[4] ONU, Rapport de la quatrième conférence mondiale sur les femmes, Beijing, Chine, 4-15 septembre 1995 A/CONF. 177/L.

[5] Le 4 juin 2001, le Réseau des femmes handicapées de l'Ontario (DAWN) a finalement reçu une version braille du document de consultation.

[6] Bonnie Diamond, « The Special Joint Committee on Custody and Access: A Threat to Women's Equality Rights », (1999) Canadian Women's Studies 182.

[7] M. Laing, For the Sake of Children: Preventing Reckless New Laws (1996) 16 Canadian Journal of Family Law, 236.

[8] C. Bertoia, J. Drakich, « The Fathers' Rights Movement: Contradictions in Rhetoric and Practice », (1993) 14 Journal of Family Issues 592; Laing, 229.

[9] Pour l'amour des enfants, Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, décembre 1998, p. 31.

[10] C. Bertoia, J. Drakich, op. cit.

[11] C. Freiler, F. Stairs et B. Kitchen, avec J. Cerny, Les mères en tant que soutiens économiques et dispensatrices de soins : la responsabilité à l'égard des enfants, la politique sociale et le régime fiscal, Condition féminine Canada, 2001, p. 5.

[12] Katherine Marshall, Les parents occupés et le partage des travaux domestiques, Perspectives, Statistique Canada, automne 1993, cat. 75-001F, p. 28.

[13] Denyse Côté, La garde partagée: l'équité en question. Montréal, Les éditions du remue-ménage, 2000, p. 48.

[14] *Ibid.*, p. 49.

[15]Statistique Canada, *Femmes au Canada 2000 : Rapport statistique fondé sur le sexe*, septembre 2000, pp. 103-5. Le travail non rémunéré est défini comme incluant « les travaux ménagers comme la cuisine et la lessive, l'entretien de la maison, le magasinage, les soins aux enfants, la maintenance et les réparations, ainsi que le bénévolat »

[16] Sheila M. Neysmith, dir. *Restructuring Caring Labour*, Toronto, Oxford University Press, 2000.

[17] *Femmes au Canada 2000*, p. 149.

[18] Francine Descarries et Christine Corbeil (dir.), *Travail et vie familiale: une difficile articulation pour les mères en emploi*, Montréal, Université du Québec à Montréal,Centre de recherche féministe,mars 1994,p.1.

[19] Judy Fudge, "Reconceiving Employment StandardsLegislation: Labour Law's Little Sister and the Feminization of Labour." (1991) 7 *Journal of Law and Social Policy*, 77.

[20] Gail Fawcett, (1996), *Vivre avec une incapacité au Canada*, Hull, Bureau de la condition des personnes handicapées, ministère des Approvisionnements et Services

[21] *Femmes au Canada 2000*, p. 259.

[22] *Ibid.*, p. 230.

[23] *Ibid.*, p. 232.

[24] *Ibid.*, p. 203.

[25] Monica Boyd. "Gender, Visible Minority and Immigrant Earning Inequality: Reassessing an Employment Equity Premise" in Vic Satzewich (dir.),*Deconstructing a Nation: Immigration, Multiculturalism and Racism in 90s Canada*, Fernwood. 1992. p. 279; Gertrude Mianda, « Être immigrante noire africaine francophone à Toronto : vécu et perception des rapports de genre » (1998) 4 Reflets. *Revue ontaroise d'intervention sociale et communautaire*, 34.

[26] Jane Bedets et Linda Howatson-Leo. « Les nouveaux immigrants dans la population active», in (1999) *Tendances sociales canadiennes*, 19 à 22.

[27] Tania Das Gupta, 1996, *Racism and Paid Work*, Garamond Press, p. 81.

[28] Badets-Leo, op. cit., p. 23.

[29] CONFANF, 1997, Projet: Briser le circuit de la dépendance économique. Communauté des femmes africaines noires francophones, Ottawa , p. 5. A. Côté et al., 2001, supra.

[30] Femmes au Canada 2000, p. 205.

[31] J. F. Conway, " The Small Truth and the Large Lie: Violence Against Husband in Perspective" Briarpatch, septembre 2000, p. 10.

[32] Robin Fitzgerald, La violence familiale au Canada : un profil statistique 1999. Statistique Canada, 1999.

[33] Résultats d'une enquête nationale sur l'agression contre la conjointe, Juristat: Bulletin de service, Vol. 14, No 9. Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, mars 1994.

[34] Yasmin Jiwani, A fact Sheet on the 1999 General Social Social Survey (GSS) on Spousal Violence, FREDA, 2000, p. 2.

[35] Le meurtre conjugal, Juristat: Bulletin de service, Vol. 14, No 8. Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, mars 1994.

[36] Andrée Côté, Michele Kerisit et Marie-Louise Côté, (2001), Qui prend pays... l'impact du parrainage sur les droits à l'égalité des femmes immigrantes, Ottawa, Condition féminine Canada

[37] Mary Ellen Turpel, « Home/Land », (1991) 10 Canadian Journal of Family Law, 17.

[38] Locked In, Left Out, Ontario Association of Interval and Transition Houses, Nov.1996. p. 28. Un sondage mené dans les maisons d'hébergement de l'Ontario a indiquué que les femmes demeuraient avec des partenaires violents ou retournaient avec eux en raison de compressions imposées à l'aide sociale, à l'assistance juridique et aux subventions au logement et aux services de garde. Par exemple, deux maisons sur trois ont indiqué que les femmes qui leur téléphonaient avaient décidé de demeurer dans une relation de violence en raison des restrictions imposées à l'aide sociale.

[39] Femmes au Canada 2000, p. 32.

[40] Nicole Marcil-Gratton, (1999), Infra, p. 10

[41] Ibidem.

[42] Ibid., p. 33 (en anglais).

[43] Nicole Marcil-Gratton et Céline Le Bourdais. Garde, droit de visite et pensions alimentaires pour enfants : résultats de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes. Université de Montréal, Institut national de la recherche scientifique. 1998. p. vi.

[44] Conseil national du bien-être social, Profil du bien-être social : mythes et réalités, 1998,

p. 17.
[45] Conseil national du bien-être social, (1999), Profil de la pauvreté 1997, Ottawa, ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux. p. 44
[46] Deborah Sinclair, In the Centre of the Storm. Durham Speaks out. A Community response to custody and Access Issues Affecting Woman Abuse Survivors and their Children, The Steering Committee for Custody & Access Issues affecting Woman Abuse Survivors and their Children. 20 juin, 2000, p. 21.
[47]Sylvia Novac. Un toit bien à moi : les nouvelles voix du déracinement et de la dépossession. Condtion féminine Canada, 1996, p. 55.
[48] Moge c. Moge, [1992] 3 R.C.S. 813)
[49] Diane Lye, Washington State Parenting Act Study, chap. 4, 3.a.ii). Washington State Courts. «Le plus important facteur déterminant du mieux-être de l'enfant après le divorce est le fait de vivre dans un ménage au revenu suffisant.» (Traduction libre)
[50] Ibidem.
[51] ANFD, (1985), Projet de loi C-47: garde conjointe, pension alimentaire, application des ordonnances de paiement et autres questions relatives, présenté au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, Ottawa.
[52]David Furstenburg et Andrew Cherlin, (1991), "Divided Families: What Happens to Children When Parents Part", Cambridge, Ma., Harvard University Press, p.75
[53] Justice Canada, Garde légale et droit de visite: document de discussion publique, Ottawa, Travaux publics, 1993
[54] Pour l'amour des enfants, op. cit., p.30
[55] Denyse Côté, op. cit.
[56] Furstenberg et Cherlin, op. cit., p. 75-76
[57] Diane Lye, (1999), What the experts say: Scholarly Research on port Divorce Parenting and Child Well-Being, Washington State Parenting Act Study, op. cit., p. 4-18
[58] Marcil-Gratton et al., op. cit., p.22
[59]Ibid., p.21
[60] Eleanor Maccoby et Robert Mnookin, (1994), Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody. Cambridge, MA: Harvard University Press, p.277
[61] Helen Roades, Reg Graycar et Margaret Harrison, (2000), The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years, Sydney, University of Sydney and Family Court of Australia, p.59
[62] Kimberly Sheepwash, Current Trends in Child Custody Law reform: Lessons from the Washington State Parenting Act. A Comparative Analysis, in Susan Boyd (ed.), (2000), Child Custody Law Reform: Six Feminist Working Papers, Vancouver, Centre for Feminist Legal Studies, 2000, tab 6, p.14
[63] Lye, op. cit., 1-22-23
[64] Nicole Marcil-Gratton, op. cit., p. 18
[65] Lye, op. cit., 4-26
[66] Lye, op. cit., 4-21
[67]Roades et al., op. cit., p. 79
[68] Ibid., p.74
[69] Ibid., p.1-24

[70]Lye, op. cit., p. 1-25
[71] Ibid., p. 1-25
[72] Sandra Goundry (1998), Final Report on Court Related Harassment and Family Law 'Justice'. A Review of the Literature and analysis of Case Law. Ottawa, ANFD.
[73] Lye, op. cit., p. 15
[74] Sex offender gives up fight, Canadian Press, Vendredi le 1er juin 2001.
[75] Agressions contre les enfants et les jeunes dans la famille, Juristat: Bulletin de service, Vol. 17, No 11. Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, novembre 1997.
[76] Résultats d'une enquête nationale sur l'agression contre la conjointe, Juristat: Bulletin de service, Vol. 14, No 9. Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, mars 1994, p. 1-22.
[77] P. Jaffe, D. Wolfe, S.K. Wilson (1990) Children of Battered Women. Thousand Oaks, CA: Sage.

[78] Peter Jaffe, Special Challenges in Custody and Visitation, p.19
[79] D.A. Wolfe, P. Jaffe, S. Wilson et L. Zak, (1985), "Children of Battered Women: The relation of child behaviour to family violence and maternal stress". Journal of Consulting and Clinical Psychology, Vol. 53. Pgs. 657-665.
[80] Linda C. Neilson, (2001), Spousal Abuse, Children and the Legal System. Part III B, Law in the Context of Research on the Interests and Welfare of Children. Muriel McQueen Ferguson Centre for Family Violence Research, Université du Nouveau-Brunswick.
[81] American Psychological Association, 31 mai 2001, Lesbian and Gay Parenting: A Resource for Psychologists (District of Columbia, 1995).
[82]Linda C. Neilson, (2001), Spousal Abuse, Children and the Legal System. Part IV B, Assessing Abuse-Gender and Reporting Rates. Muriel McQueen Ferguson Centre for Family Violence Research, Université du Nouveau-Brunswick.
[83] Ibid., Sommaire
[84] Maria Crawford, Rosemary Gartner et Myrna Dawson, (1997), Woman Killing: Intimate Femicide in Ontario 1991-1994. Volume II. p.v. Cette étude des fémicides en Ontario a démontré que la séparation était le déclencheur principal du meutre dans les cas étudiés.
[85] Résultats d'une enquête nationale sur l'agression contre la conjointe, Juristat: Bulletin de service, Vol. 14, No 9. Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, mars 1994.
[86] GRC - Registre des enfants disparus, août 1994, L'enlèvement d'enfant par le parent: Aperçu et profil du kidnappeur.
[87]Janet R. Johnston, Inger Sagatun-Edward, Martha-Elin Blomquist et Linda K. Girdner, (2001), Early Identification of Risk Factors for Parental Abduction. U.S. Dept. of Justice, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention.
[88] Ibid.