

# THE CANADIAN BAR REVIEW

## LA REVUE DU BARREAU CANADIEN

Vol. 67

June 1988 juin

No. 2

### LA GARDE CONJOINTE, RÉÉQUILIBRAGE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

A. Mayrand\*  
Montréal

---

*Selon une opinion généralement acceptée, l'attribution de la garde d'un enfant à l'un des époux divorcés ou séparés confère au gardien le droit pratiquement exclusif d'exercer l'autorité parentale et de prendre seul les décisions concernant le bien-être et l'éducation de l'enfant.*

*Pour faire échec à cette concentration de l'autorité parentale et conserver au parent non-gardien un rôle moins effacé, les tribunaux ont inventé diverses techniques; ainsi, ils ont fractionné la notion de garde en "garde physique" et "garde juridique" et ils ont créé la "garde conjointe".*

*Ces stratagèmes ont donné naissance à une terminologie défectueuse. Par contre, ils permettent un équilibre plus heureux de l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère divorcés ou séparés.*

---

*It is generally accepted that the award of custody of a child to a divorced or separated parent confers, in effect, on the guardian the exclusive right to exercise parental authority and to take all decisions concerning the well-being and education of the child.*

*In order to prevent this concentration of parental authority and to give the non-custodial parent a less passive role the courts have developed various techniques: thus, they have divided the concept of custody into "physical custody" and "legal custody" and they have created "joint custody".*

*These devices have given birth to a defective terminology. On the other hand, they permit a happier balance in the exercise of parental authority by divorced or separated parents.*

---

\*Monsieur le juge Mayrand, Wainwright Senior Research Fellow, de la Faculté de droit de l'Université McGill, Montréal, Québec.

### *Introduction*

Il y a deux manières de modifier une loi: en changer les mots ou changer la signification des mots. La première est la manière réservée au législateur, la seconde est celle de l'interprète.

Les métamorphoses du mot *garde* illustrent bien ce pouvoir qu'a l'interprète de modifier furtivement les lois pour mieux adapter le droit aux nécessités pratiques de l'heure. Dans le domaine de la responsabilité délictuelle, la conception restrictive de la garde a dû "littéralement éclater sous l'effet de la généralisation du régime du fait des choses".<sup>1</sup> En droit de la famille, la portée du mot *garde* s'est aussi métamorphosée et l'expression *garde conjointe* y est devenue récemment une source de confusion, parce qu'on lui prête un sens différent du sens naturel que les mots lui donnent. Voyons les diverses significations que l'on a données à ces termes.

#### *I. La signification du mot "garde" en droit de la famille*

Avant de préciser ce que l'expression "garde conjointe" signifie, il faut d'abord s'entendre sur le sens du mot "garde" dont le Code civil du Québec traite au titre "De l'autorité parentale"<sup>2</sup> et le sens qu'a le même mot dans la Loi de 1985 sur le divorce.<sup>3</sup> Cette démarche s'impose d'autant plus que le Parlement fédéral et les dix provinces canadiennes se partagent la compétence législative à ce sujet. Quand onze législateurs différents utilisent le même mot et que certains d'entre eux s'expriment en deux langues, le risque qu'ils ne lui donnent pas la même signification est inévitable.

Garder une personne, ce peut être un fait, un droit, un devoir ou même tout cela à la fois. Le devoir de garde comporte des obligations complémentaires qui varient selon la fonction du gardien ou le but poursuivi. Une infirmière garde un malade dans le but de le soigner et de le guérir, un geôlier garde le prisonnier pour empêcher qu'il ne s'évade, un père ou une mère garde son enfant pour le protéger, éviter qu'il nuise à autrui et l'éduquer.

#### *A. Le sens strict du mot "garde"*

Le droit ou le devoir de garde, mentionné à l'article 647 C.c.Q., est celui qu'ont les père et mère de retenir leur enfant mineur dans la demeure familiale.<sup>4</sup> À cette définition réduite à l'essentiel, on peut ajouter, sans que cela soit nécessaire, des renseignements connexes, tels la

<sup>1</sup> Jean-Louis Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (éd. Yvon Blais, 1985), no 617, p. 303.

<sup>2</sup> Art. 645 à 659.

<sup>3</sup> S.C. 1986, c.4, art. 2 et 16.

<sup>4</sup> L'envers de ce droit de garde est l'obligation qu'a l'enfant de demeurer chez ses parents:

finalité du devoir de garde et le droit de déléguer la garde de l'enfant à une tierce personne. Ainsi, *la garde peut se définir comme le droit et le devoir qu'ont les père et mère de retenir leur enfant mineur dans leur demeure ou de déterminer le lieu de sa résidence, afin de mieux remplir envers lui leur devoir de surveillance et d'éducation.*

Ces ajouts ne comportent pas d'inconvénient, aussi longtemps qu'ils ne font pas perdre de vue la réalité suivante: la garde, la surveillance et l'éducation, quoique intimement reliées entre elles, sont des devoirs distincts, de sorte que l'impossibilité de garder l'enfant ne dispense pas du devoir de l'éduquer. En autorisant le titulaire de l'autorité parentale à "déléguer la garde, la surveillance *ou* l'éducation de l'enfant", l'article 649 C.c.Q. fait bien voir que ces trois attributs peuvent être dissociés.<sup>5</sup> Malheureusement, on a tendance à les confondre pour les raisons que nous verrons.

Aussi longtemps que les père et mère font vie commune, ils exercent ensemble et en pleine égalité tous les droits que l'autorité parentale leur confère, y compris le droit de garde. Mais, dès qu'ils cessent de cohabiter en raison d'un divorce ou d'une séparation, il devient impossible que chacun d'eux puisse simultanément garder l'enfant dans sa résidence. Le roi Salomon l'a démontré, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'en faire deux parts pour qu'il soit présent et retenu en même temps chez deux personnes qui ne vivent pas ensemble.

C'est pourquoi la législation sur le divorce ou la séparation de corps s'est toujours préoccupée de confier la garde de l'enfant, pendant ou après l'instance, soit au père soit à la mère, ou, dans des cas exceptionnels, à un tiers. Cette garde, au sens strict du mot, qui était un droit conjoint, devient alors un droit nécessairement exclusif.

Il faut cependant observer que le tribunal ne refuse généralement pas au parent non-gardien le droit de visiter son enfant, de sortir avec lui, parfois même de l'héberger périodiquement<sup>6</sup> pour des périodes de temps déterminées. Le parent autorisé à recevoir son enfant chez lui pendant la période des vacances ou durant le congé de Noël a un véritable droit de garde temporaire, car le droit de garde est divisible dans le temps. Des circonstances particulières pourraient justifier une garde alternée,

---

C.c.Q. art. 650

Le mineur non émancipé ne peut, sans le consentement du titulaire de l'autorité parentale, quitter la demeure familiale.

<sup>5</sup> Joanne Vanki et Élise Longpré, *L'autorité parentale, une responsabilité partagée* (éd. Yvon Blais, 1984 (prix Charles Coderre)), pp. 71-85. L'article 813.11 du Code de procédure civile fait également voir que le tribunal peut statuer quant "à la garde, à la surveillance *ou* à l'éducation des enfants".

<sup>6</sup> Le droit d'hébergement est plus étendu que le droit de visite ou, selon l'expression courante du palais, "le droit de sortie".

c'est-à-dire un partage égal de la garde entre le père et la mère.<sup>7</sup> Mais, dans l'esprit des juges, l'intérêt de l'enfant s'accommode souvent mieux d'un arrangement très inégal ou l'un des parents a le droit de garde et l'autre un droit de visite et parfois d'hébergement. Ce droit d'hébergement, morcellement du droit de garde, n'est pas nécessairement accordé. Quand il l'est, sa durée est si brève qu'on ne songe pas à conférer à son titulaire le titre de "gardien occasionnel", qui conviendrait, encore moins celui de "co-gardien" ou de "gardien conjoint", qui serait inexact.

Le jugement qui attribue la garde de l'enfant à l'un de ses parents prive-t-il l'autre du même droit? La logique voudrait qu'il en soit ainsi mais, par sympathie pour le parent à qui le tribunal n'a pas confié la garde de son enfant, les auteurs disent que son droit de garde est "paralysé". Un droit qu'on ne peut exercer est bien platonique. Disons plutôt que l'accomplissement de son devoir de garde est rendu impossible par la séparation ou le divorce. Aussi longtemps qu'il est empêché d'exécuter son obligation de garde, il s'en trouve libéré; en droit de la famille comme en droit patrimonial, "à l'impossible nul n'est tenu".<sup>8</sup>

Ce qui fait échec à l'exercice de son droit est précisément l'exercice du même droit par le conjoint ou l'ex-conjoint à qui le tribunal a confié l'enfant. Lorsque le gardien en exercice décède, le parent survivant retrouve la faculté d'exercer son droit de garde, car l'obstacle qui s'y opposait est disparu.<sup>9</sup>

En prévision de son décès imminent, le parent gardien manifeste parfois sa volonté que l'enfant soit confié à une tierce personne plutôt qu'au parent survivant.<sup>10</sup> Cette expression de volonté n'a que la valeur d'un souhait, car le droit de garder un enfant est attribué *intuitu personae* et n'est pas transmissible comme un droit patrimonial. Le gardien n'a aucune autorité pour prononcer la déchéance de l'autorité parentale de son ex-conjoint ou le priver de sa vocation à assumer la garde de son enfant.

On peut toutefois souhaiter que le gardien, en vue de sa mort prochaine, puisse s'adresser au tribunal pour faire déclarer que dans l'intérêt de l'enfant on devra le confier, advenant le décès du gardien, à une tierce personne plutôt qu'au parent survivant. Cette procédure *ad futurum* aurait l'avantage d'éviter à l'enfant les inconvénients d'une garde provisoire contraire à ses intérêts. En France, une pareille demande est

---

<sup>7</sup> Voir, *infra*, no. III, B.

<sup>8</sup> C.c.B.C., art. 1202.

<sup>9</sup> Droit de la famille-52, [1983] C.A. 388, conf., [1983] C.S. 415; *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82, autorisation d'en appeler refusée par la Cour suprême. [1978] 1 R.C.S. ix; Droit de la famille-125, [1984] C.S. 380; Droit de la famille-161, [1985] C.S. 161.

<sup>10</sup> Droit de la famille-320, *ibid.*; *Legault c. Figueroa, ibid.*, à la p. 86.

recevable.<sup>11</sup> Un jugement accueillant une requête de cette nature resterait susceptible de révision à la condition habituelle de la survenance d'un fait nouveau et pertinent.<sup>12</sup>

### B. *Le sens élargi du mot "garde"*

L'article 647 C.c.Q. énumère les trois principaux attributs de l'autorité parentale: ". . . le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation". En les répétant dans le même ordre à l'article 649, le Code nous incite à les considérer comme indivisibles au moins dans leur exercice.<sup>13</sup>

La garde et la surveillance sont des compagnes presque inséparables, car l'une peut difficilement se passer de l'autre: on garde un enfant chez soi pour le surveiller et on le surveille si on veut le garder chez soi. De la même façon, le devoir de surveillance s'exerce tout naturellement avec celui d'éducation; quelle éducation peut-on donner à l'enfant que l'on ne surveille pas? Les trois fonctions principales de l'autorité parentale ainsi imbriquées l'une dans l'autre forment un tout, une pyramide dont le sommet, l'éducation, s'appuie sur les deux autres, qui sont les moyens d'y parvenir. La fonction à la base de cette pyramide a comme absorbé les deux autres, de sorte qu'on a fini par donner à la garde un sens extrêmement large:

. . . le droit de garde renferme tous les droits des parents sur la personne de l'enfant et essentiellement le droit d'éducation, avec les devoirs corrélatifs.<sup>14</sup>

Ainsi envisagée, la garde ressemble passablement à l'autorité parentale; elle rappelle aussi le mystère de la trinité: trois attributs en un seul. Ce mystère a engendré les difficultés de notre terminologie juridique.

La Loi de 1985 sur le divorce<sup>15</sup> adopte ce sens large de la garde:

#### *Définitions*

2.(1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi:

#### *"Garde":*

Sont assimilés à la garde, le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache.

#### *Interpretation*

2.(1) In this Act:

#### *"Custody"*

includes care, upbringing and any other incident of custody.

<sup>11</sup> Trib., gr. inst. Saint-Étienne (2e Ch. civ.) 30 sept. 1986, Gaz. Pal. 13-14 mars 1987, J. 14. Le dernier alinéa de l'article 373-3 du Code civil français autorise cette procédure.

<sup>12</sup> Loi de 1985 sur le divorce (1986), *supra*, note 3, art. 17(5).

<sup>13</sup> Avec une variante ("la garde, l'entretien et l'éducation"), on retrouve l'énumération à l'article 817 C.p.c., à l'article 569 C.c.Q. (non en vigueur) et à l'ancien article 212 C.c.B.C. tel que remplacé en 1969 et abrogé en 1981.

<sup>14</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Les personnes*, no 238-bis, p. 288. Voir aussi P. Simler, *La notion de garde de l'enfant*, Rev. trim. droit civil 1972, p. 685, à la p. 689: "Dans une première acception très large, la garde engloberait tout à la fois la *direction*, l'*éducation* et la *surveillance de l'enfant*." (Mots mis en italique par l'auteur).

<sup>15</sup> *Supra*, note 3, art. 2.

Notons la différence entre ces deux versions. Le mot "assimilés" de la version française fait un peu deviner l'empiétement du mot "garde". Le verbe "includes" de la version anglaise annonce simplement le contenu de la notion de "custody", comme si l'éducation ("upbringing") était un de ses éléments constitutifs; le phénomène d'osmose juridique où la garde absorbe tous les éléments de l'autorité parentale apparaît, dans la version anglaise, comme un fait accompli.<sup>15a</sup>

Pour quelle raison a-t-on cru utile d'indiquer, à l'article 2 de la Loi de 1985 sur le divorce, que le gardien de l'enfant est aussi chargé d'en prendre soin et de l'éduquer? Cette précision est nettement inutile lorsque la garde est attribuée à l'un des parents, puisque celui-ci avait déjà le droit et le devoir d'éduquer son enfant et d'en prendre soin. Mais on a peut-être voulu écarter tout doute lorsque la garde est confiée à une tierce personne; celle-ci, auparavant sans obligation à l'égard de l'enfant, acquiert non seulement le droit de le garder au sens strict du mot, mais aussi celui de le surveiller et de l'éduquer. Malgré que la garde d'un enfant soit "nécessairement éducative",<sup>16</sup> on a cru utile de préciser que le tiers désigné comme gardien assume, envers l'enfant qui lui est confié, des responsabilités comparables à celles d'un parent, titulaire normal du droit de garde.

Cette précision n'était pourtant pas indispensable, car on doit tenir compte de ce qui s'infère naturellement d'un texte de loi ou d'un contrat. De même que le pouvoir de faire une chose comprend les pouvoirs nécessaires à sa réalisation,<sup>17</sup> ainsi l'ordonnance du tribunal qui attribue la garde à une tierce personne, plutôt qu'aux parents, la charge implicitement d'utiliser cette garde aux fins auxquelles elle est destinée, soit la surveillance et l'éducation de l'enfant. La garde est un droit-fonction orienté vers le soin et l'éducation.

Encore une fois, le législateur a cédé à la tentation d'employer un mot dans un sens différent de celui qu'il a dans le langage courant. On l'a pourtant mis en garde contre l'emploi de définitions qui, pour expri-

<sup>15a</sup> Voir à ce sujet les commentaires du professeur Pierre-André Côté publiés depuis la rédaction de notre article: *Chronique—Droit de la famille* (1987), 47 R. du B. 1181, à la p. 1184.

<sup>16</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, note 14, no 238-bis, p. 289.

<sup>17</sup> C.c.B.C., art. 17, par. 16, 3ème alinéa:

L'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin.  
Art. 1024: Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi.

Art. 1704: Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat ou peut s'en inférer. Il peut faire tout acte qui découle de cette autorité et qui est nécessaire à l'exécution du mandat.

mer une règle de fond, s'écartent du sens ordinaire des mots.<sup>18</sup> Au lieu de donner au mot "garde" un sens exagérément étendu, la Loi de 1985 sur le divorce aurait pu lui conserver son sens naturel, quitte à formuler ailleurs une règle générale selon laquelle le titulaire du droit de garde a également un droit et un devoir de surveillance et d'éducation.

## II. *L'attribution de la garde et son incidence sur l'autorité parentale*

L'attribution de la garde à l'un des parents divorcés ou séparés lui confère des prérogatives dont l'étendue a varié plus selon l'évolution des moeurs que selon les modifications législatives. La garde *lato sensu* inclut la garde au sens strict du mot; elle est donc sur ce point un droit exclusif puisque seul le parent à qui elle est attribuée peut retenir l'enfant chez lui. Ce caractère d'exclusivité s'étend-il au droit de surveillance et d'éducation qu'englobe la notion de garde *lato sensu* comme la notion d'autorité parentale?

### A. *Opinion selon laquelle le gardien exerce seul l'autorité parentale*

Certains soutiennent que le parent divorcé à qui la garde de l'enfant est attribuée exerce seul l'autorité parentale. Ils cherchent un appui aussi bien en droit français qu'en common law.

#### (1) *Argument tiré du Code civil français*

Le Code civil français contient à ce sujet une disposition précise:

*Art. 273-2, al. 1*

Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre.

Carbonnier<sup>19</sup> justifie cet article du Code civil français en ces termes:

A la direction conjointe, qui était de règle pendant le mariage, le divorce substitue donc une direction unitaire. C'était une nécessité: des époux en état d'hostilité, on ne pouvait plus guère espérer qu'ils agissent de concert, outre qu'ils vont peut-être résider à une grande distance l'un de l'autre. Une concentration des pouvoirs étant ainsi inévitable, il était raisonnable qu'elle se fit sur la tête de l'époux gardien: c'est lui qui aura l'enfant à portée de la vue et de la voix.

Tout d'abord, nous n'avons aucun texte semblable, ni dans nos codes ni dans notre loi sur le divorce. De plus, l'argument de nécessité invoqué par les auteurs français pour justifier la centralisation de l'autorité sur la tête du parent gardien a perdu la force qu'il avait. L'hostilité entre époux divorcés tend à s'atténuer; ils peuvent maintenant s'entendre pour présenter une demande conjointe de divorce.<sup>20</sup> Les arrangements relatifs à la

<sup>18</sup> L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (2e éd. Québec, 1978), p. 27: "Un écueil à éviter, c'est la définition qui renferme en réalité la substance de la loi. . . Les définitions de ce genre deviennent trop complexes et sont un abus du procédé." Voir aussi P.-A. Côté, *Interprétation des Lois*, (éd. Yvon Blais, 1982), p. 43.

<sup>19</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2 (2e éd. Presses universitaires de France, 1979), no 74, p. 229.

<sup>20</sup> De la procédure par voie de demande conjointe, C.p.c., art. 814 à 814.2.

garde de l'enfant sont souvent l'aboutissement de négociations et de consultations que la loi exige ou préconise;<sup>21</sup> ils expriment la volonté des parties et le tribunal les entérine dès qu'il les juge conformes à l'intérêt de l'enfant.

Déjà, pendant le mariage, l'activité professionnelle des deux parents a habitué chacun d'eux à compter sur la collaboration de l'autre pour éduquer l'enfant. La survenance du divorce ne rend pas la tâche éducative moins accaparante; le divorcé réalise alors que la participation personnelle de son ex-conjoint reste utile dans l'intérêt de l'enfant éduqué et dans celui des parents éducateurs.

(2) *Argument fondé sur la jurisprudence et les auteurs de "common law"*

C'est surtout la jurisprudence et les auteurs des autres provinces canadiennes qui ont accredité au Québec l'opinion que le gardien de l'enfant est investi de l'exclusivité des droits que la notion civiliste d'autorité parentale comporte (garde, surveillance et éducation), de sorte que le parent non gardien est dépouillé des mêmes droits:

The parent to whom custody is denied is thus deprived of the rights and responsibilities that previously vested in that parent as a joint guardian of the child. . . It is generally conceded that the granting of access rights to a parent or third party in divorce or matrimonial proceedings confers no decision-making powers respecting the child's upbringing. Even awards of "liberal" or "generous" access do not give the non-custodial parent these rights.<sup>22</sup>

On a soutenu que la nouvelle loi canadienne sur le divorce est venue consacrer cette théorie de l'exclusivité pratiquement absolue des droits du parent gardien:

The provisions of the *Divorce Act, 1985*, and particularly the definitions of "custody" and "accès" in subsection 2(1) of the Act, apparently preclude Canadian courts from reverting to a narrow definition of custody. The word "includes" in the definition of custody necessarily implies that the term embraces a wider range of powers than those specifically designated in subsection 2(1). The opinions expressed in *Kruger v. Kruger and Baun* (1980), 104 D.L.R. 3rd, p. 481, Ont. C.A.) have thus been statutorily endorsed by the *Divorce Act, 1985*. Consequently, in the absence of a successful application to vary an unqualified sole custody disposition with respect to all or any of the incidents of custody, the non-custodial spouse with access privileges is a passive bystander who is excluded from the decision-making process in matters relating to the child's welfare, growth and development . . . The parent who is granted custody has the sole right to determine the child's education and physical, intellectual, spiritual and moral upbringing.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Loi de 1985 sur le divorce, *supra*, note 3, art. 9.

<sup>22</sup> J.D. Payne and P.J. Boyle, *Divided Opinions On Joint Custody* (1979), 2 *Fam. Law Rev.* 163, aux pp. 164 et 165.

<sup>23</sup> J.D. Payne's *Commentaries on the Divorce Act, 1985*, (De Boo, 1986), p. 79. Dans le même sens, voir *Droit de la famille-301*, [1986] R.J.Q. 2141, à la p. 2149 (C.S.):

Il est probable qu'en accordant la garde d'un enfant à l'un des parents en vertu de la loi fédérale, le tribunal québécois lui accorde aussi par la force des choses tous



Avec tout le respect dû à cette opinion généralement acceptée, nous ne pouvons pas la partager, car elle tire de la définition extensive de l'article 2(1) de la Loi sur le divorce une conclusion injustifiée.

Par sa définition extensive de la "garde", la Loi sur le divorce reconnaît expressément au gardien de l'enfant le droit de l'éduquer, mais elle ne dit pas que lui seul exerce ce droit. L'exclusivité du droit qu'a le gardien de retenir l'enfant chez lui (droit de garde *stricto sensu*) est implicite, puisqu'elle est la conséquence nécessaire de la séparation de résidence des parents divorcés. Mais étendre ce caractère d'exclusivité à tous les autres droits inclus dans la notion de garde *lato sensu* (droit d'éduquer l'enfant, de le diriger et de prendre toutes les décisions qui le concernent), c'est aller à l'encontre de la lettre et de l'esprit de la loi, ainsi qu'à l'encontre de l'intérêt de l'enfant.

La jurisprudence et les auteurs canadiens ont emprunté de la jurisprudence anglaise cette idée que le parent gardien détient le monopole du pouvoir décisionnel à l'égard de l'éducation de son enfant. Pourtant, dans un arrêt assez récent, la Cour d'appel d'Angleterre a dénoncé ce mythe auquel elle s'oppose depuis plusieurs années. Voici comment le juge Ormrod s'exprime à ce sujet dans l'affaire *Dipper c. Dipper*.<sup>24</sup>

It used to be considered that the parent having custody had the right to control the children's education—and in the past their religion. This is a misunderstanding. Neither parent has any pre-emptive right over the other. If there is no agreement as to the education of the children, or their religious upbringing or any other major matter in their lives, that disagreement has to be decided by the court. In day-to-day matters the parent with custody is naturally in control. To suggest that a parent with custody dominates the situation so far as education or any other serious matter is concerned is quite wrong.

Son collègue le juge Cumming-Bruce abonde dans le même sens:<sup>25</sup>

As Ormrod L.J. has explained, the judge was there falling into error, it being a fallacy which continues to raise its ugly head that, on making a custody order, the custodial parent has a right to take all the decisions about the education of the children in spite of the disagreements of the other parent. That is quite wrong. The parent is always entitled, whatever his custodial status, to know and be consulted about the future education of the children and any other major matters. If he disagrees with the course proposed by the custodial parent he has the right to come to the court in order that the difference may be determined by the court.

Ce redressement de la jurisprudence, dans un milieu traditionnellement fidèle à la règle du *stare decisis*, est passée à peu près inaperçue au Canada. La raison est qu'on y avait déjà pris l'habitude de faire échec à la toute puissance du gardien unique par le truchement de la garde conjointe.

---

les attributs de l'autorité parentale. . . Voilà pourquoi la garde conjointe en matière de divorce devient importante et nécessaire.

*Contra*: Mario Provost, Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant (1987), 47 R. du B. 199, à la p. 213.

<sup>24</sup> [1981] Fam. 31, à la p. 45, [1980] 2 All E.R. 722, à la p. 731 (C.A.).

<sup>25</sup> *Ibid.*, aux pp. 48 (Fam.), 733 (All E.R.).

### B. *Opinion selon laquelle le parent non-gardien contribue à l'exercice de l'autorité parentale*

On ne doit pas confondre les liens entre époux et les liens entre parents et enfants; le divorce rompt les premiers, mais non les seconds. Par la force des choses, le divorce ou la séparation des époux a une répercussion inévitable sur les relations de chacun des parents avec son enfant, mais l'interprète, à l'instar du législateur, doit minimiser autant que possible les inconvénients que le divorce des parents fait subir à leur enfant.

C'est dans cet esprit qu'il faut déterminer les conséquences juridiques de l'attribution de la garde à l'un des époux divorcés ou à un tiers. On ne doit pas l'oublier, l'enfant est créancier d'un droit à l'éducation; il a pour codébiteurs ses deux parents. Comment la mésentente entre ses codébiteurs aurait-elle pour effet de libérer l'un d'eux? Privé par la force des choses du droit de résider en permanence chez l'un d'eux, il n'est pas pour autant privé du droit de recevoir de ce parent souvent absent l'apport éducationnel que celui-ci est disposé à lui offrir.<sup>26</sup>

Dans cette perspective, nous essaierons de déterminer les conséquences juridiques d'une ordonnance de garde sur l'autorité parentale des époux divorcés ou séparés. Nous estimons que l'autorité parentale du non-gardien est affaiblie, alors que celle du gardien est renforcée, mais que les deux subsistent.

#### (1) *L'affaiblissement de l'autorité parentale du non-gardien*

Nous écartons de notre étude l'hypothèse exceptionnelle où le parent non-gardien est complètement privé de son autorité parentale, parce qu'il en a été déchu par jugement.<sup>27</sup> Nous écartons aussi le cas où le non-gardien, sans encourir la déchéance, se verrait refuser tout droit d'accès.<sup>28</sup>

Nous supposons plutôt le cas normal où le non-gardien se voit reconnaître un droit d'accès (droit de visite, de communication, de sortie ou d'hébergement). Le tribunal ne peut ignorer le nouveau principe énoncé à l'article 16(10) de la Loi de 1985 sur le divorce: dans la mesure où l'intérêt de l'enfant l'exige, on doit faciliter ses contacts avec chacun de ses parents. L'importance de ce principe apparaît à la règle voulant que le

<sup>26</sup> Monique Ouellette, *Droit de la famille* (éd. Thémis, 1984), p. 448: "... lorsqu'un jugement accorde la garde d'un enfant à un parent, il ne prive pas l'autre parent de ses droits, contrairement à ce que l'on croit dans les faits;" *ibid.*, p. 225: "S'il est vrai que le parent chez qui l'enfant habite exerce sur celui-ci une influence plus directe, cet arrangement ne fait pas perdre à l'autre ses droits et ses obligations à l'égard de l'enfant." Voir aussi les commentaires récents du professeur Pierre-Andre Côté, *loc. cit.*, note 15a.

<sup>27</sup> C.c.Q., art. 654. Voir J. Pineau et M. Ouellette, *Théorie de la responsabilité civile* (Cours de Thémis, 2e éd. 1980), p. 87, *in fine*.

<sup>28</sup> La déchéance prononcée expressément est une sanction imposée à celui qui s'est montré indigne d'exercer son autorité parentale.

juge, pour le choix du gardien, tienne compte de la disposition de ce dernier à faciliter les contacts de l'enfant avec le non-gardien; on préfère le parent accueillant et conciliant (*friendly parent*) au parent rébarbatif et intransigeant. Le divorce, né d'un conflit entre époux, affecte nécessairement les relations qu'ils avaient entre eux, mais il doit nuire le moins possible aux relations personnelles de l'enfant avec chacun de ses parents. Le Code civil du Québec s'inspire de la même philosophie au premier alinéa de l'article 659:

Les père et mère ne peuvent, sans motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents.

Le jugement qui attribue la garde d'un enfant à l'un des parents enlève forcément à l'autre la garde *stricto sensu*, mais non la garde *lato sensu*; il prive le non-gardien du droit de retenir l'enfant chez lui, mais il ne le prive pas du droit et ne l'affranchit pas du devoir de surveillance et d'éducation. Pour mettre fin à ces devoirs que la loi a imposés aux deux parents, il faudrait un texte clair que nous ne trouvons nulle part. Bien au contraire, le Code civil du Québec affirme la survivance des droits et devoirs des deux parents divorcés à l'égard de leurs enfants:

*Art. 568*

Le divorce ne prive pas les enfants des avantages qui leur sont assurés par la loi ou par le contrat de mariage.

Il laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants, sous réserve de ce qui suit.

*Art. 570*

Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leur faculté.

Amputée de l'exercice du droit de garde au sens strict du mot, l'autorité parentale du non-gardien est infirme, mais elle survit. Jusqu'à quel point l'éloignement de l'enfant affecte-t-il l'exercice des droits de surveillance et d'éducation? Essayons de le préciser.

(a) *Le droit du parent non-gardien de surveiller son enfant*

Le droit de surveillance est passablement transformé. Le parent non-gardien aura bien quelques occasions de surveiller directement son enfant s'il exerce ses droits de le visiter, de sortir avec lui ou même de l'héberger durant ses vacances. Mais la rareté et la brièveté de ces rencontres réduisent l'efficacité de son observation. Le législateur a perçu cette difficulté; l'article 570 cité plus haut ne parle pas du droit de surveiller les enfants, mais du "droit de surveiller leur entretien et leur éducation". Le père ou la mère, faute de pouvoir surveiller directement son enfant absent, surveille le surveillant, contrôle le gardien pour s'assurer qu'il s'acquitte convenablement de ses fonctions. La lunette d'observation du parent non-gardien semble donc changer d'objectif, mais le but reste le même: s'assurer que les intérêts de l'enfant sont bien servis et intervenir s'ils ne le sont pas.

La Loi de 1985 sur le divorce<sup>29</sup> met en lumière cette adaptation du droit de surveillance aux conditions nées de l'éclatement de la famille en joignant, au droit d'accès accordé au parent non-gardien, le droit de "se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant". À défaut d'un droit de garde, on a un droit de regard. Le créancier du droit d'obtenir des renseignements sur l'enfant est le parent privé de la garde. Le débiteur ordinaire de cette obligation est naturellement celui à qui on a confié la garde de l'enfant; ce pourrait être aussi l'institution d'enseignement ou toute autre personne à qui l'exercice du droit de garde a été délégué.<sup>30</sup>

Sans la garde, la surveillance est difficile; sans le droit d'accès, elle est impossible. Il faut dire que la notion d'accès, moins précise que celles de droits de visite, de sortie ou d'hébergement, a l'avantage d'être beaucoup plus large.<sup>31</sup> Elle comprend tout moyen de communication avec l'enfant, que ce soit par téléphone, correspondance ou autrement. Le droit d'accès est rarement refusé; le refus ressemblerait à une déchéance de l'autorité parentale.

(b) *Le droit du parent non-gardien d'éduquer son enfant*

Tout comme le droit de surveillance, le droit du parent non-gardien de contribuer à l'éducation de son enfant est considérablement affaibli et modifié dans les conditions de son exercice. Éduquer à distance et par intervalles est une tâche ambitieuse dont le succès n'est pas assuré. L'éloignement est un obstacle sérieux, parfois insurmontable, à l'efficacité de la participation personnelle d'un parent à l'éducation de son enfant. La façon de s'acquitter de ses devoirs de parent doit s'adapter aux nouvelles conditions qui découlent du divorce.

L'article 570 C.c.Q. reflète la difficulté que le parent non-gardien doit affronter; le texte lui confirme son droit de "surveiller" l'éducation de son enfant. Lorsqu'il visite ou héberge son enfant, il peut constater que le gardien ne s'acquitte pas convenablement de son devoir d'éducation; il peut alors s'adresser au tribunal pour faire corriger cette situation par une ordonnance modificative de garde.<sup>32</sup> Surveiller l'éducateur semble une participation indirecte à l'éducation. C'est là une tâche plus modeste et différente de l'éducation elle-même, mais ce n'est pas la

<sup>29</sup> *Supra*, note 3, art. 16, par. 5.

<sup>30</sup> Dans un jugement rendu le 29 novembre 1984 (C.S., Montréal, 500-05-000914-844), le tribunal ordonne la communication simultanée des bulletins scolaires des enfants aux oncle et tante, à qui la garde physique est confiée, ainsi qu'au père à qui on ne laisse que la garde juridique; cependant, les institutions, fréquentées par les enfants et auxquelles l'ordonnance s'adressait, n'étaient pas parties au litige.

<sup>31</sup> Voir *supra*, note 6. Assez curieusement, la Loi de 1985 sur le divorce, *supra*, note 3, art. 2, par. 1, ne définit "accès" que dans la version française: "accès comporte le droit de visite." D'usage courant en common law, le mot accès était jusqu'ici peu usité au Québec.

<sup>32</sup> Loi de 1985 sur le divorce, *ibid.*, art. 17(1)b).

seule chose que le parent non-gardien puisse faire. On ne doit pas réduire son rôle à celui d'un observateur passif ou d'un chien de garde chargé d'aboyer en cas de danger.

Le parent non-gardien doit aussi contribuer personnellement à l'éducation de son enfant "à proportion de ses facultés". Ces derniers mots, que l'on retrouve aux articles 445, 570 et 635 C.c.Q., évoquent surtout l'idée d'une contribution monétaire, mais ce serait encore minimiser la fonction éducative du parent non-gardien de la réduire à celle d'un payeur de comptes.

Certes, l'exercice de son droit d'éduquer l'enfant dont il n'a pas la garde est difficile, mais on ne doit pas conclure qu'il est impossible. Quand il visite ou reçoit son enfant, rien ne l'empêche de contribuer directement à l'éducation, physique, intellectuelle, morale ou religieuse. Une décision récente de la Cour d'appel rappelait qu'un père, témoin de Jéhovah, a le droit d'enseigner sa croyance à son fils de neuf ans, quand cet enseignement ne nuit pas au bien-être de l'enfant et ne dénigre pas le comportement et les convictions de la mère à qui la garde de l'enfant a été confiée.<sup>33</sup>

Le parent non-gardien, nécessairement privé du droit de retenir chez lui son enfant de façon permanente, n'est donc pas privé de tout pouvoir décisionnel relatif à la surveillance et à l'éducation. Quand il exerce son droit de sortir avec l'enfant et de le garder temporairement chez lui, il prend l'initiative de sa surveillance et de son éducation. Son règne est éphémère, mais quand il héberge l'enfant chez lui pour un congé ou des vacances, il en a la garde momentanée; c'est lui qui décide de l'alimentation de l'enfant, de ses activités, de ses fréquentations, de ses instructeurs ou percepteurs pour la durée de l'hébergement.

Durant cet intermède, les parents échangent leurs rôles: le gardien en titre, n'ayant plus l'enfant auprès de lui, surveille la façon dont le titulaire des droits de sortie et d'hébergement s'acquitte de ses devoirs envers l'enfant. S'il n'en est pas satisfait, c'est à son tour de s'adresser au tribunal pour faire cesser les droits de sortie et d'hébergement ou pour les soumettre à des conditions appropriées.<sup>34</sup>

Évidemment, le non-gardien ne peut prendre que des décisions valables pour le temps où l'enfant est avec lui. Mais il en va de même pour les décisions du gardien; celui-ci ne peut faire échec au droit de son ex-conjoint de recevoir leur enfant, de l'héberger, de le surveiller et de

<sup>33</sup> Droit de la famille-353, [1987] R.J.Q. 545 (C.A.) et J.-E. no 87-398. La cour, il est vrai, a interdit au père d'associer son enfant à son prosélytisme en l'emmenant faire des visites pour enseigner les préceptes de sa religion; mais cette restriction, imposée dans l'intérêt de l'enfant, aurait pu s'appliquer aussi bien au gardien.

<sup>34</sup> Droit de la famille-353, *ibid.* La mère, titulaire du droit de garde, a demandé par requête que le père soit privé de ses droits de visite et de sortie; la Cour d'appel les a simplement restreints.

l'éduquer comme il l'entend pendant toute la durée prévue à l'ordonnance d'accès, à moins que cette ordonnance n'impose quelque restriction particulière.

(2) *Le renforcement de l'autorité parentale du gardien*

Dans la proportion où l'autorité parentale du parent non-gardien est diminuée et affaiblie, celle du gardien désigné par le tribunal est renforcée. Son droit de garde au sens strict du mot, qu'il partageait avec son conjoint, devient un droit exclusif, sauf qu'il est ordinairement soumis à la faculté accordée à l'ex-conjoint de visiter et d'héberger l'enfant pour des périodes limitées.

Pendant le mariage, l'exercice des droits de surveillance et d'éducation en toute égalité par les père et mère exige des concessions et des compromis. Que les parents ne partagent pas les mêmes idées sur ces sujets, cela est normal. Leurs différences de vues s'expriment parfois en présence de l'enfant, de sorte que pour lui l'autorité d'un parent peut être neutralisée par l'avis contraire de l'autre. Mais, après le divorce, le gardien reste près de son enfant et loin de son contradicteur habituel; ses idées sur l'éducation ont préséance et sa manière de les appliquer s'impose avec plus d'autorité. Pour l'enfant, l'absence de l'un de ses parents accroît l'importance de la présence de l'autre. Dire que le gardien sert à la fois de père et de mère n'est qu'une demi-fausseté.

Quoique la loi ne soit pas expresse et que les avis soient partagés à ce sujet,<sup>35</sup> on enseigne généralement que le parent gardien a la prérogative de prendre les décisions relatives à l'éducation et l'entretien de l'enfant.<sup>36</sup> Installé au poste de commande, il choisit l'école, le genre d'instruction, l'établissement hospitalier ou le médecin à qui il faut faire appel.

Ce pouvoir décisionnel du parent gardien peut être contré par l'intervention de l'autre parent qui s'adresse au tribunal pour obtenir une décision conforme aux meilleurs intérêts de l'enfant.<sup>37</sup> Mais il reste que le gardien a l'avantage de l'initiative; il exerce son autorité directement sans avoir à recourir à celle du tribunal et sans être tenu de consulter son ex-conjoint. On lui accorde ainsi une autonomie que la Cour d'appel d'Angleterre lui refuse dans l'affaire *Dipper c. Dipper*,<sup>38</sup> mais que l'article 273-2 du Code civil français lui reconnaît.

<sup>35</sup> H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.1, no 1145 (3e éd., 1963), p. 1131.

<sup>36</sup> *Droit de la famille*-320, [1987] R.J.Q. 9 (C.A.). À la page 13, M. le juge M. Nichols écrit: "Ce n'est donc qu'un pouvoir de surveillance que conserve l'époux qui se voit dépouillé de la garde. Il n'est plus question de participer aux décisions relatives à l'entretien et à l'éducation. . .". Voir, Claude Boisclair, *La notion de "parent" de l'article 1(e) de la Loi de la protection de la jeunesse* (1981), 11 R.D.U.S. 271, à la p. 302.

<sup>37</sup> Ethel Groffier Atala, *De la puissance paternelle à l'autorité parentale* (1977), 8 R.G.D. 223, à la p. 229.

<sup>38</sup> *Supra*, note 24.

Il convient, pour des raisons d'efficacité que le gardien, exerçant son autorité parentale, puisse prendre seul les décisions relatives à l'éducation de l'enfant sans avoir à consulter un ex-conjoint avec qui les relations personnelles sont rompues ou difficiles. Mais, pour les mêmes raisons et dans l'intérêt de l'enfant, le parent non-gardien doit jouir de la même autonomie de décision lorsqu'il exerce son droit d'héberger l'enfant ou de sortir avec lui.<sup>39</sup>

### III. Mesures pour faire échec à la concentration de l'autorité parentale sur la tête du gardien

L'attribution de la garde confère à son titulaire des pouvoirs décisionnels exclusifs qui ne sont éclipsés que durant les périodes relativement brèves où le non-gardien exerce son droit d'héberger son enfant et de sortir avec lui. Ce déséquilibre des droits est aggravé par l'interprétation extrêmement défavorable au non-gardien que plusieurs considèrent comme un spectateur passif, privé de tout rôle actif dans l'éducation et l'orientation de son enfant.

L'évolution des moeurs a mis en lumière l'aspect odieux de cette inégalité des anciens époux à l'égard de leur enfant. L'instauration récente du régime de l'égalité des époux durant le mariage<sup>40</sup> a rendu plus choquant celui de l'inégalité des parents à l'égard de leur enfant en cas de divorce.

Le législateur et les tribunaux ont senti qu'il fallait corriger cette anomalie et rétablir un certain équilibre entre les droits et les devoirs du parent gardien et ceux du parent non-gardien. Examinons les mesures qu'ils ont prises pour mieux répartir l'autorité parentale des parents divorcés.

#### A. Le législateur préconise le droit d'accès du parent non-gardien

La Loi de 1985 sur le divorce exige qu'en prononçant une ordonnance de garde:<sup>41</sup>

... le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée à faciliter ce contact.

Le tribunal est donc invité à accorder au parent non-gardien des droits de visite, de sortie et d'hébergement généreux, pour compenser la perte du droit de garde proprement dit. L'attribution d'un droit d'accès est la règle et la privation de ce droit est une exception. Le candidat au titre de

<sup>39</sup> Même le Code civil français (art. 273-2, 1er alinéa) qui, contrairement au nôtre, confie expressément au gardien l'exercice exclusif de l'autorité parentale comporte une réserve en faveur du parent non-gardien titulaire "d'un droit de visite et de surveillance".

<sup>40</sup> A. Mayrand, *Égalité en droit de la famille québécoise* (1985), 19 R.J.T. 249, à la p. 260: *Égalité des titulaires de l'autorité parentale*.

<sup>41</sup> *Supra*, note 3, art. 16(10).

gardien a donc intérêt à se montrer conciliant<sup>42</sup> et disposé à encourager les bonnes relations entre son ex-conjoint et son enfant.

La Loi renforce le droit d'accès en y incluant celui de:<sup>43</sup>

... demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant.

Ainsi renseigné, le parent non-gardien sera mieux en mesure de remplir ses devoirs et d'exercer les droits que l'article 570 du Code civil du Québec lui attribue.

Ces dispositions ont pour but de remédier à la situation défavorable dans laquelle se trouve le parent privé de la garde de son enfant. Mais l'équilibre optimum des droits conférés à chacun des parents divorcés varie selon chaque cas. Le législateur a donc été sage de s'en remettre à la discrétion du tribunal pour répartir, selon les circonstances, leurs responsabilités et leurs pouvoirs respectifs. Les tribunaux, nous allons le voir, n'ont pas manqué de faire usage de cette discrétion.

#### B. *Le démembrement du droit de garde dans le temps ou la garde alternée (alternative)*

Les diverses modalités du droit d'accès (visite, sortie, hébergement) ne sont que des parcelles minimales du droit de garde. Les tribunaux peuvent les rendre plus substantielles et aller jusqu'à diviser également le temps de garde entre chacun des parents divorcés ou séparés. Leur faire subir l'inégalité des droits pendant une égale durée de temps, c'est établir entre eux une forme d'égalité.

La garde alternée ou alternative est celle qui est confiée successivement à plusieurs personnes, ordinairement les deux parents divorcés, pour que chacune d'elles, tour à tour, retienne l'enfant chez elle pour des périodes de temps égales ou tout au moins comparables.

On en trouve un exemple dans un jugement qui entérine la convention des parties et statue ainsi:<sup>44</sup>

... la requérante aura la garde physique des enfants jusqu'au 30 août 1983; l'intimé les aura du 1er septembre 1983 au 30 août 1984, et ainsi alternativement d'année en année.

La division dans le temps du droit de garde n'est pas très fréquente, car elle suppose des conditions difficiles à remplir. Il faut que l'enfant puisse s'accommoder d'une constante migration entre la résidence de son père et celle de sa mère; il doit se sentir chez lui et non comme en

<sup>42</sup> *Supra*, partie II, B(1).

<sup>43</sup> Loi de 1985 sur le divorce, *supra*, note 3, art. 16(5).

<sup>44</sup> Droit de la famille-301, *supra*, note 23, à la p. 2143. Ce jugement de la Cour supérieure a été porté en appel. Voir aussi *Benoît c. Bisailon*, [1976] C.S. 1651: l'enfant habite avec son père au cours de la semaine et avec sa mère en fin de semaine.



visite aux deux endroits.<sup>45</sup> Il faut aussi que les anciens époux aient des idées conciliables sur la manière d'élever leur enfant, sans quoi le travail d'éducation commencé par l'un risquerait d'être contredit et annulé par l'autre. Au désir des époux d'exercer des droits égaux, l'on ne doit pas sacrifier le besoin que l'enfant peut éprouver d'être rattaché à un foyer et à un entourage stables.

Certains donnent à la "garde alternée" (ou alternative) le nom de "garde partagée".<sup>46</sup> Cette expression est équivoque, car on peut partager le temps de garde, les enfants gardés ou les pouvoirs inclus dans la notion de garde. D'autres donnent à la garde alternée le nom de "garde conjointe".<sup>47</sup> Cette appellation est fautive et prête à confusion, car la véritable "garde conjointe", nous le verrons, est très différente; elle suppose l'exercice *simultané* de la même autorité par les deux parents.

La garde alternée peut avoir pour objet la garde au sens large du mot ou l'un de ses démembrements, dont nous traiterons plus loin, la garde physique ou la garde juridique. La garde physique alternée peut fort bien être assortie d'une garde conjointe.<sup>48</sup>

### C. Le partage du pouvoir décisionnel

De même que dans une fédération la coexistence de deux pouvoirs législatifs est possible, chacun étant autonome dans les domaines qui lui sont attribués, ainsi le tribunal peut diviser entre le père et la mère séparés ou divorcés les domaines dans lesquels chacun d'eux, vu ses aptitudes particulières, exercera le pouvoir décisionnel.

Bien sûr, il ne s'agit pas du morcellement de la garde entendue au sens strict du mot. Mais, à partir du moment où l'on considère que le droit de garde comprend les autres attributs de l'autorité parentale, il devient possible et parfois désirable de diviser les champs de compétence entre les deux parents. Par exemple, on attribuera au père médecin le pouvoir décisionnel en ce qui a trait à la santé de l'enfant, tandis qu'on réservera à la mère, professeur et éducatrice, le soin de désigner les institutions d'enseignement que l'enfant fréquentera. Ce partage d'autorité préférentielle n'exige pas l'égalité; le parent à qui on a confié la garde au sens strict du mot détient en principe le pouvoir décisionnel, tandis que les domaines expressément réservés à la compétence de l'autre font exception.

---

<sup>45</sup> Mais où donc aura-t-il son domicile quand il réside tantôt chez son père, tantôt chez sa mère pendant des périodes de temps égales? Voir art. 83 C.c.B.C. et art. 85 C.c.Q. adopté le 15 avril 1987, mais non encore en vigueur.

<sup>46</sup> Droit de la famille-301, *supra*, note 23, à la p. 2143.

<sup>47</sup> Andrew Schepard, *Taking Children Seriously: Promoting Cooperative Custody After Divorce* (1985), 64 Texas L. Rev. 687, à la p. 702; David J. Miller, *Joint Custody* (1979/80), 13 Fam. L.Q. 345, aux pp. 360 et 361.

<sup>48</sup> *Benoît c. Bisailon*, *supra* note 44, à la p. 1652.

### D. *Le morcellement de la notion de garde*

La garde, simple attribut de l'autorité parentale, avait voulu se faire aussi grosse que l'autorité parentale en absorbant ses voisines, la surveillance, l'éducation et l'entretien des enfants. La Fontaine a prévu le résultat:<sup>49</sup>

La chétive pécore s'enfla si bien qu'elle creva

Quelque peu responsable de cette crevaision, la jurisprudence a recueilli les deux fragments de la garde morcelée, à l'une elle a donné le nom de "garde physique" ou "garde matérielle",<sup>50</sup> à l'autre celui de "garde juridique" ou "garde légale".<sup>51</sup> Voyons un peu les traits caractéristiques de ces deux filles de la jurisprudence.

#### (1) *La garde physique (ou matérielle)*

La notion de garde physique marque un retour à celle de la garde prise dans son sens strict ou restreint: *c'est le droit de retenir l'enfant avec soi dans sa résidence, sans toutefois avoir pleine autorité sur lui*. C'est le véritable droit de garde ramené à ses dimensions normales, donc dégagé des attributs de l'autorité parentale qu'il avait absorbés. Dans un arrêt récent, le juge Nichols de la cour d'appel décrit ainsi la garde physique:<sup>52</sup>

Elle signifie selon moi que les enfants auront le droit de demeurer physiquement chez leur oncle et leur tante (à qui la garde physique a été confiée), mais qu'à tous autres égards ils seront soumis à l'autorité parentale de leur père (à qui la garde légale a été confiée): garde légale, droit de surveillance et droit d'éducation.

L'expression "garde physique" n'a d'utilité que si on veut l'opposer à la "garde juridique"; lorsque l'une et l'autre reposent sur la tête du même titulaire, la distinction est inutile et l'on parle alors de la garde au sens large du mot. Cependant, certains juges prennent la peine de préciser qu'ils attribuent à la même personne "la garde juridique et la garde physique".<sup>53</sup> En attribuant simplement "la garde", sans aucun qualificatif, le résultat serait le même.

<sup>49</sup> Fables, I, 3, La grenouille qui veut se faire aussi grosse que le boeuf.

<sup>50</sup> L'adjectif "physique" sied mieux à la garde d'une personne, alors que l'adjectif "matérielle" convient davantage à la garde d'une chose.

<sup>51</sup> On pourrait réserver l'adjectif "légale" à la garde attribuée par la loi (art. 648 C.c.Q.), par opposition à la garde attribuée par décision judiciaire (art. 817 C.p.c.) ou par convention (art. 649 C.c.Q.). Chacune de ces gardes est juridique puisqu'elle a rapport au droit. La Loi sur la protection du malade mental utilise l'expression "garde légale" (S.R.Q. c. P-41, art. 15). Selon Wallace Schwab, *Les anglicismes dans le droit positif québécois* (Québec, 1984), p. 91: "Le sens étendu de l'anglais *legal* (syn.: *lawful, legitimate, permissible, statutory, just, licit*) est une source intarissable d'anglicismes dans les textes juridiques au Québec."

<sup>52</sup> Droit de la famille-320, *supra*, note 36, à la p. 12. Voir aussi Mario Provost, *loc. cit.*, note 23, à la p. 209.

<sup>53</sup> Droit de la famille-236, [1985] C.A. 566, à la p. 571; Droit de la famille-299, [1986] R.J.Q. 2151, à la p. 2155 (C.S.); Droit de la famille-191, [1985] C.S. 337. Dans

Ce qui caractérise la garde physique, c'est qu'elle ne confère à son titulaire que l'autorité nécessaire à celui-ci pour subvenir aux besoins quotidiens de l'enfant. Certes le titulaire de la garde physique n'est pas un simple robot commandé par le titulaire de la garde juridique. Il n'est pas le domestique obligé de s'en tenir aux directives de son maître. Il peut et doit prendre des initiatives et des décisions relatives à la surveillance et à l'éducation.<sup>54</sup> La garde physique est enduite d'une mince couche d'autorité indispensable à l'exécution de la fonction de gardien. Les fonctions d'habiller, de nourrir et de loger un enfant, quoique très physiques, sont en partie éducatives. Le titulaire de la garde physique décide habituellement de l'heure du lever et du coucher de l'enfant, de l'heure et du menu des repas (quand manger, quoi manger, quoi ne pas manger, comment manger); s'il est du genre formaliste, il exigera peut-être que l'enfant tienne son verre de la main droite pour boire. Pour régler ces problèmes et bien d'autres, inutile de convoquer un conseil de famille ou d'alerter le titulaire de la garde juridique afin de demander des directives.

Mais pour tout ce qui dépasse les soins matériels de la vie courante, pour ce qui est des questions importantes relatives à l'éducation et à l'orientation de l'enfant, c'est le titulaire de la garde juridique qui prend les décisions; le titulaire de la garde physique est tenu de les respecter et de s'y conformer.

Selon les exigences de l'intérêt de l'enfant, la garde physique est attribuée à l'un des parents ou à un tiers. Elle est parfois accordée pour un temps limité afin de ménager une période de transition, surtout lorsque l'autorité parentale doit changer de titulaire; on fait en sorte que l'enfant ne soit pas séparé brusquement de l'ancien gardien auquel il est attaché et que les contacts avec le nouveau gardien se réalisent graduellement, sans heurts.<sup>55</sup>

Comme l'observe madame le juge L'Heureux-Dubé, "c'est par rapport au tiers que s'est d'abord effectué le démembrement de la garde".<sup>56</sup> La garde physique est confiée au tiers, alors qu'on réserve aux deux

---

*Perrault c. Demers*, [1974] C.S. 530, le tribunal a confié la garde physique des enfants à leur belle-mère (marâtre), sans qu'on puisse savoir qui en avait la garde juridique, la mère ayant été jugée "incapable d'exercer d'une façon appropriée son autorité maternelle" et le père, à qui la garde avait été confiée, étant décédé.

<sup>54</sup> On affirme parfois le contraire, particulièrement en matière d'éducation: *Brisebois c. Dame Brisebois*, [1972] C.A. 8, à la p. 10; c'était la prétention d'un avocat, mais la cour n'a pas eu à se prononcer sur ce point.

<sup>55</sup> Droit de la famille-183, [1985] C.S. 161, à la p. 166; Droit de la famille-52, [1983] C.S. 415, à la p. 419, jugement confirmé: [1983] C.A. 388, à la p. 392.

Dans *Legault c. Figueroa*, *supra*, note 9, à la p. 86, la cour recommande aux parties de s'assurer que l'année scolaire de l'enfant soit terminée avant qu'il ne quitte ses grands-parents maternels au Canada pour retourner chez son père au Salvador.

<sup>56</sup> C. L'Heureux-Dubé, *La garde conjointe, concept acceptable ou non?* (1979), 39 R. du B. 835, à la p. 849.

parents ou à l'un d'eux le droit de prendre les décisions importantes concernant l'éducation de l'enfant.<sup>57</sup> Mais la garde physique et la garde juridique sont parfois partagées entre le père et la mère. La situation est alors paradoxale: le parent qui garde l'enfant auprès de lui est celui qui est le mieux placé pour exercer son autorité et c'est pourtant celui à qui on en confère le moins; au contraire, le parent privé de la garde physique est mal placé pour exercer son autorité et c'est pourtant à lui que l'on attribue avec la garde juridique la part la plus importante du pouvoir décisionnel. Celui qui a la garde physique est toujours en mesure d'exercer en fait une autorité qu'il n'a pas, tandis que le titulaire de la seule garde juridique n'est pas toujours en mesure d'exercer en fait l'autorité qu'il a.

La garde physique peut donc être confiée soit à un tiers (ou deux tierces personnes, grands-parents, oncle et tante), soit à l'un des parents. Pourquoi ne pas admettre une autre hypothèse? Puisque l'autorité parentale peut être découpée à volonté et qu'on peut la distribuer en pièces détachées selon l'intérêt de l'enfant, les tribunaux ne pourraient-ils pas s'aviser, le cas échéant, de conserver aux père et mère vivant ensemble la "garde physique conjointe" de leur enfant et d'en confier la garde juridique à un tiers? Le morcellement de la garde permet des fantaisies audacieuses.

On ne doit pas confondre la garde physique avec la *garde de fait*. La première est un droit, un attribut de l'autorité parentale que le jugement d'un tribunal peut attribuer, confirmer ou supprimer. Au contraire, la seconde suppose l'absence d'un droit; c'est une situation contestable que l'on peut faire cesser en s'adressant aux tribunaux.<sup>58</sup> La garde de fait peut toutefois être transformée en garde physique ou même juridique lorsque le tribunal estime que l'intérêt de l'enfant l'exige;<sup>59</sup> c'est souvent ce qui se produit quand la garde de fait a persisté assez longtemps pour créer des liens durables entre l'enfant et son gardien.

<sup>57</sup> Voir notamment *M. c. P.*, [1976] C.S. 1445: "garde légale" au père et "garde physique" aux grands-parents; *Droit de la famille-228*, [1985] C.S. 808: garde légale à la mère et garde physique à la tante; *Latreille c. Joly-Latreille*, [1974] C.S. 173: garde légale d'un enfant au père et d'un autre enfant à la mère; garde physique d'un enfant à un foyer nourricier, et garde physique de l'autre enfant provisoirement à un Centre d'accueil.

<sup>58</sup> La Loi sur la protection de la jeunesse, S.Q. 1977, c.20, considérait comme "parent" de l'enfant la personne qui en est le gardien de fait (art. 1, par. e). Ce texte a été modifié depuis.

<sup>59</sup> *Droit de la famille-86*, [1983] C.S. 1017; *Droit de la famille-110*, [1984] C.S. 99 (le juge confie à la tante de l'enfant la garde physique qu'elle n'avait pas expressément demandée); *Ménard c. Ménard*, [1981] C.S. 50, jugement confirmé en appel le 4 sept. 1981 (les gardiens de fait ont été considérés comme les "parents psychologiques").

(2) *La garde juridique (ou légale)*<sup>60</sup>

Au sens propre du mot, la garde juridique est celle qui est considérée comme un droit (juridique: qui a rapport au droit); normalement, on devrait donc l'opposer à la garde de fait plutôt qu'à la garde physique.<sup>61</sup> Dans le sens que la jurisprudence lui a donné, la *garde juridique* c'est l'autorité parentale amputée du véritable droit de garde. En d'autres mots, *c'est le droit et le devoir qu'a une personne de surveiller et éduquer un enfant, sans pour autant avoir le droit de le retenir chez elle et de fixer sa résidence.* Elle est bien bizarre cette garde qui consiste principalement en un pouvoir décisionnel que le titulaire exerce à distance sur un enfant qui n'habite pas avec lui. Il est bien étrange le titre de "gardien juridique de l'enfant" dont on coiffe celui à qui on retire l'enfant.

Cette notion n'a d'utilité que dans les deux circonstances suivantes: ou bien on veut limiter l'autorité de la personne à qui on confie l'enfant, ou bien on veut augmenter l'autorité du parent ou des parents à qui on ne confie pas la garde de leur enfant.

Quelle est donc cette portion d'autorité que l'on enlève au gardien à qui on ne veut laisser que la garde physique? Quelle est cette portion d'autorité que l'on confère au non-gardien titulaire de la garde juridique? *C'est le droit de prendre des décisions importantes, donc susceptibles d'avoir des répercussions sérieuses, relativement à l'éducation, la formation et l'orientation intellectuelle ou morale de l'enfant.* C'est vague, mais il est difficile de tracer une ligne séparative entre les questions importantes et celles qui ne le sont pas et relèvent de la routine quotidienne; car, selon les individus concernés et selon les circonstances, un sujet normalement anodin peut revêtir une importance capitale dans une espèce particulière.

Dresser une liste exhaustive des décisions qui appartiennent au titulaire de la garde physique et une autre liste des décisions qui appartiennent au titulaire de la garde juridique est une tâche aussi difficile que de rédiger une constitution prévoyant la séparation des pouvoirs législatifs dans une fédération et ensuite de l'interpréter. Au Canada, il y a plus d'un siècle que nous nous adonnons à cet exercice et le débat dure toujours.

C'est précisément à cause de cette difficulté que M. le juge Nichols de la cour d'appel mettait récemment en doute l'utilité du démembrement de la garde en garde physique et garde juridique. Il écrivait:<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Voir *supra*, note 51, sur les diverses significations de "garde légale". On l'emploie aussi parfois dans le sens ordinaire de "garde", par exemple *F. c. L.*, Cour d'appel, Montréal, 500-09-000010-850, le 23 oct. 1985.

<sup>61</sup> Simler, *loc. cit.*, note 14, à la p. 692.

<sup>62</sup> Droit de la famille-320, *supra*, note 36, à la p. 12.

Que signifie cette notion de garde physique? . . . Qui va décider de l'éducation des enfants, du choix de l'école ou de l'institution, de l'orientation scolaire? Qui va payer pour eux selon qu'ils fréquentent une institution publique ou privée? Qui va décider s'ils iront à l'université; s'ils embrasseront une carrière? Qui va décider de la discipline à leur imposer? Quelles seront les heures de sortie? A quels genres de divertissements pourront-ils s'adonner? Qui pourront-ils fréquenter? Qui va décider de leur orientation religieuse et morale? Qui va subvenir à leurs besoins matériels? Qui va vaquer à leur santé, leur croissance, leurs loisirs?

La Cour suprême du Canada souscrit à cette désapprobation de l'expression "garde physique" qu'elle qualifie de trompeuse.<sup>63</sup>

Au risque de nous répéter, rappelons que la garde juridique comporte une grande part de l'autorité parentale en matière d'éducation, mais non pas toute l'autorité. Croire que cette autorité parentale repose intégralement sur la tête du titulaire de la garde juridique est une illusion; la garde physique, résultat d'une fragmentation du droit de garde, lui-même attribut de l'autorité parentale, est au moins une parcelle de celle-ci. Malgré que la garde, considérée dans son sens restreint, ne soit qu'un des éléments de l'autorité parentale, distinct des droits de surveillance et d'éducation, il faut reconnaître avec Simler qu'elle en constitue le noyau qui confère leur efficacité aux autres attributs.<sup>64</sup>

Le lien étroit existant entre eux explique que la disjonction n'aille pas sans déchiement. Le noyau que l'on extrait, pourrait-on dire, arrache une partie de leur substance aux autres éléments constitutifs.

Tout comme la garde physique, la garde juridique peut être confiée à l'un des époux, ou à un tiers; elle peut aussi être attribuée aux deux époux divorcés, ce qui n'est pas possible pour la garde physique. On confie la garde physique de l'enfant à un tiers, alors que la garde juridique est attribuée aux époux ou à l'un d'eux.<sup>65</sup> Lorsque la garde physique est confiée à l'un des parents et la garde juridique aux deux parents, on est en présence de ce que les juges et praticiens appellent la *garde conjointe*.

Dans l'arrêt récent de *C.(G.) c. V.F.(T.)*,<sup>66</sup> la Cour suprême du Canada condamne le fractionnement de la notion civiliste de garde des enfants en garde physique et garde légale (ou juridique):

Cette distinction d'origine jurisprudentielle n'est pas reconnue dans le Code civil qui ne distingue pas selon que la garde est accordée à un tiers ou au parent de l'enfant . . . L'expression "garde physique" est trompeuse. J'ai déjà indiqué qu'une

<sup>63</sup> *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] R.C.S. 244, à la p. 235.

<sup>64</sup> Simler, *loc. cit.*, note 14, à la p. 704.

<sup>65</sup> *M. c. P.*, *supra*, note 57; *Goulet c. Chartier*, [1977] R.P. 88 (C.S.); *Benistry c. Delouya*, [1969] B.R. 720 (garde légale à la mère, mais garde soumise à la surveillance du Baron de Hirsch Institute); *V.-F. c. C.*, Cour supérieure de Montréal, le 29 nov. 1984, dossier 500-05-000914-844; le père ayant auparavant la garde des enfants, le juge accorde leur "garde physique" à des oncle et tante, de sorte qu'il laisse au père la "garde légale" (juridique).

<sup>66</sup> *Supra*, note 63.

personne à qui un tribunal attribue la garde d'un enfant obtient de toute évidence l'exercice d'une partie de l'autorité parentale qui excède cependant la seule faculté de déterminer la résidence de l'enfant. D'autre part, le concept de "garde légale", vraisemblablement emprunté de la notion de "legal custody" de *common law*, est inconnu en droit civil. Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence de l'enfant.

Nous partageons cette insatisfaction de la Cour suprême du Canada, face à la terminologie inventée et utilisée autant par la doctrine que par la jurisprudence. Mais, tout impropre qu'elle soit, cette terminologie traduit le souci d'une meilleure répartition de l'autorité des parents divorcés ou séparés à l'égard de leurs enfants. L'important est que les défauts de la terminologie ne fassent pas renoncer à la recherche d'un équilibre plus heureux de l'autorité des père et mère divorcés et mieux adapté à l'intérêt de l'enfant.

Est-il besoin de rappeler que, dans divers pays de droit civil, la recherche de solutions semblables fait apparaître une terminologie comparable. Alors qu'en France une proposition de loi affirme que "l'exercice de l'autorité parentale va au-delà de la *garde physique et juridique*", en Belgique on reconnaît que le juge peut "organiser l'exercice de l'autorité parentale sur le mode de la *garde conjointe* ou alternée".<sup>67</sup> On le voit, la terminologie juridique nouvelle franchit aisément les frontières des pays et celles des systèmes juridiques, sans éprouver la moindre gêne pour ses imperfections.

### E. La garde conjointe

On a cru erronément que le parent divorcé, à qui la garde d'un enfant est confiée, exerce seul l'autorité parentale et détient le monopole des décisions relatives à la surveillance, l'éducation et l'entretien de l'enfant. Pour briser ce prétendu monopole qui, à l'occasion, peut être un monopole de fait, on a inventé la notion de "garde conjointe". Cette appellation est une seconde erreur héritée de la première; partant de la signification exagérément extensive de la garde, elle en exclut l'élément essentiel, c'est-à-dire la garde proprement dite, pour n'en retenir que ce qu'on y avait ajouté à tort, c'est-à-dire un pouvoir décisionnel en matière d'éducation, de surveillance et d'entretien.

Voyons d'abord ce que l'expression "garde conjointe" signifie quand on s'en tient au sens ordinaire des mots. Nous verrons ensuite la signification anormale qu'elle a récemment acquise dans notre droit.

#### (1) *Le sens normal que l'expression "garde conjointe" avait*

Le droit de la famille s'est développé durant des siècles sans que l'on ait cru utile d'avoir recours à la "garde conjointe" comme une notion distincte ou comme une expression consacrée. Pourtant, il y a

<sup>67</sup> Cahier de documents colligés par l'Institut de l'enfance et de la famille (Paris, 1987), sous le titre: Être parent, avoir un enfant. Voir en particulier la proposition de la Loi Couste (R.P.R.).

moins de trente ans, si quelqu'un avait parlé de la garde conjointe d'un enfant, tout le monde aurait facilement compris qu'il s'agissait de la *garde d'un enfant par au moins deux personnes qui habitent ensemble et le retiennent chez elles*. C'est le cas normal que l'article 647 du Code civil du Québec décrit ainsi:

Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde . . . La garde est un droit qui découle de l'autorité parentale et l'article 648 du Code civil du Québec précise que:

Les père et mère exercent *ensemble* l'autorité parentale.

Puisque l'adverbe "ensemble" équivaut à "conjointement", lorsque le père et mère gardent ensemble leur enfant dans la maison familiale, ils en ont la garde conjointe au sens normal de l'expression. C'est ainsi que l'on s'exprimait tout naturellement en droit civil.<sup>68</sup> La garde conjointe d'un enfant, c'était donc le droit et le devoir des parents de retenir ensemble leur enfant mineur dans la maison familiale où ils font vie commune.

Exceptionnellement, cette garde peut être confiée à des grands-parents, à un oncle et une tante, à des personnes qui, elles aussi, vivent ensemble. L'article 16(4) de la Loi sur le divorce<sup>69</sup> autorise le tribunal à confier la garde d'un enfant à *plusieurs* personnes; si on y ajoute la condition que ces personnes vivent ensemble, il s'agit d'une véritable garde conjointe. Sans cette condition présumée, on tombe dans la garde conjointe très improprement nommée.

## (2) *Le sens anormal que l'expression "garde conjointe" a acquis*

Le sens naturel de l'expression "garde conjointe" était trop simple et trop clair; on lui a donné une tout autre signification. Auparavant, le divorce mettait fin à la garde conjointe; désormais, le divorce autorise le début de la garde conjointe. Ironie des mots, c'est précisément quand les conjoints cessent d'être conjoints qu'ils peuvent devenir gardiens conjoints de leur enfant. Comme l'observe M. le professeur Pineau, "il serait plus approprié de parler de garde disjointe".<sup>70</sup> Dans son étude intitulée "La garde conjointe, concept acceptable ou non?"<sup>71</sup> Madame le juge L'Heureux-Dubé écrit:

<sup>68</sup> Dalloz, T. III (Civ.), Vo Enfance, no 14:

. . . l'autorité parentale comprend parmi ses attributs essentiels, un droit de garde. La loi du 4 juin 1970 l'attribue par principe aux père et mère *conjointement* (C. civ. art. 372).

M-J. Blondin et autres, *Évolution jurisprudentielle* (1986), 46 R. du B. 105, à la p. 117: Une disposition nouvelle octroie à la fois un droit et une obligation légale *conjointe* aux père et mère dans l'exercice de l'autorité parentale.

(Mot mis en italique par l'auteur).

<sup>69</sup> *Supra*, note 3.

<sup>70</sup> Jean Pineau, *La famille* (2e éd., 1982), Presses de l'U. de M., p. 175, no 238.

<sup>71</sup> L'Heureux-Dubé, *loc. cit.*, note 56, à la p. 855.



La confusion semble provenir du terme même "garde conjointe" qui est un calque de l'expression anglaise *joint custody*, alors que telle qu'on la connaît en droit québécois, la notion que ce terme recouvre est en réalité celle d'autorité parentale.

Décidément, la "garde conjointe" est une notion mal nommée.

C'est aussi une notion difficile à définir, car tout le monde ne partage pas le même avis sur le sens du mot garde que l'on a altéré. Deux phénomènes ont dénaturé le sens de ce mot: en un premier temps, la notion de garde proprement dite a absorbé les autres attributs de l'autorité parentale;<sup>72</sup> en un second temps, cette notion démesurément agrandie s'est scindée en garde physique et garde juridique.<sup>73</sup> Cette dernière n'est véritablement pas une garde au sens propre du mot mais on l'attribue sous l'appellation de "garde conjointe" aux deux parents divorcés ou séparés. Dans les pages qui vont suivre, nous emploierons cette expression "garde conjointe" dans le sens impropre mais généralisé qu'elle a acquis en doctrine et en jurisprudence.

On peut définir la "garde conjointe" comme *le droit et le devoir reconnus à des père et mère divorcés ou séparés de prendre ensemble les décisions importantes que le soin et l'éducation de leur enfant requièrent*.<sup>74</sup> C'est en définitive le droit de garde juridique d'un enfant conféré, simultanément et en pleine égalité, à ses père et mère qui n'habitent plus ensemble.

L'expression "garde juridique conjointe" est un synonyme de "garde conjointe", car c'est bien la garde juridique que les titulaires de ce droit exercent simultanément et en pleine égalité. On fait ici abstraction de la

<sup>72</sup> *Supra*, partie I, B.

<sup>73</sup> *Supra*, partie III, D.

<sup>74</sup> On trouve chez les auteurs plusieurs définitions ou descriptions de la garde conjointe (*joint custody*): Payne and Boyle, *loc. cit.*, note 22, à la p. 166:

Joint custody recognizes that marriage breakdown ends the husband-wife relationship but need not, and should not, end the parent-child relationships and gives to each parent a degree of responsibility for and control over a child's upbringing and development.

Miller, *loc. cit.*, note 47, à la p. 360:

The essence of joint custody is that both parents share responsibility and authority with respect to the children. This involves parental-consultation and agreement on all major decisions affecting the children.

Schepard, *loc. cit.*, note 47, à la p. 702:

Joint custody usually means continuing shared parental decision-making power over and shared rights to information about the child after the divorce on such major matters as education and medical care.

H. Jay Folberg and Marva Graham, *Joint Custody of Children Following Divorce* (1979), 12 U. Cal., Davis, Law Rev., p. 523:

. . . both parents retain legal responsibility and authority for the care and control of the child, much as an intact family.

garde physique de l'enfant, ordinairement confiée au père ou à la mère, à l'un et à l'autre de façon alternée, ou même à un tiers.

### (3) *Les diverses situations comportant garde conjointe*

La plupart du temps, la garde conjointe de l'enfant est attribuée aux père et mère divorcés, alors que la garde physique est confiée à l'un d'eux sous réserve des droits de visite, de sortie ou d'hébergement accordés à l'autre.<sup>75</sup> Sans employer le terme "garde conjointe", le tribunal arrive au même résultat en confiant la garde physique de l'enfant à l'un des deux parents et en attribuant la garde juridique aux deux parents.

Il arrive ainsi que la garde physique d'un enfant soit confiée à un tiers, et que la garde juridique soit attribuée aux deux parents divorcés. En pareil cas, les père et mère ont la "garde conjointe": ne vivant ni ensemble ni avec leur enfant, ils exercent conjointement leur droit de prendre les décisions importantes relatives à la formation et à l'éducation de leur enfant.

### (4) *Les fausses gardes conjointes*

Malheureusement, certains qualifient abusivement de "garde conjointe" des situations qui sont étrangères à l'idée fondamentale que cette notion véhicule. Ainsi, on appelle parfois "garde conjointe" ou "garde physique conjointe" celle qui est accordée à tour de rôle au père et à la mère divorcés, pour des périodes de temps à peu près égales.<sup>76</sup> Leur autorité ou droit de garde n'est pas exercé en même temps mais par intermittence. Elle n'est pas conjointe mais divisée dans le temps; il est plus juste de l'appeler "garde alternée" ou "garde alternative" ("*alternate*" ou "*divided custody*").<sup>77</sup> Donner le nom de "garde conjointe" ou "garde physique conjointe" à la garde alternée, c'est donc commettre un contresens. Cette fois, ce n'est pas le sens du mot garde qui est dénaturé, c'est celui de l'adjectif "conjointe".

Par contre, l'expression garde physique conjointe serait parfaitement appropriée lorsqu'on la confie à deux personnes qui vivent ensemble (par exemple à des grands-parents, à un oncle et une tante). Mais, presque toujours, le tribunal qui attribue la garde physique d'un enfant à deux personnes ne précise pas que cette garde est conjointe; cela va de soi sans qu'il soit nécessaire de le dire. Fidèle au paradoxe, quand il dit attribuer aux parents divorcés la "garde physique conjointe", la garde est alternée et non pas conjointe; mais quand il attribue la garde physi-

<sup>75</sup> *Favreau c. Ethier*, [1976] C.S. 48 (garde pendant l'instance); *Benoît c. Bisailon*, *supra*, note 44; *Bourret c. Ouellet*, C.S. Québec 200-12-016101-779, 5 fév. 1979, cité à (1979), 39 R. du B. 835, aux pp. 839 et 841.

<sup>76</sup> Schepard, *loc. cit.*, note 47, à la p. 702; Jay Folberg, Joint Custody, dans R.S. Abella and C. L'Heureux-Dubé (éds.), *Family Law, Dimensions of Justice* (Toronto: Butterworths, 1983) 185, à la p. 186; David J. Miller, *loc. cit.*, note 47, à la p. 360.

<sup>77</sup> Voir *supra*, partie III, B.

que à deux personnes vivant ensemble, cette garde est conjointe mais il ne le dit pas.<sup>78</sup>

L'intérêt de chacun des enfants exige parfois que les frères et soeurs ne soient pas confiés à la même personne.<sup>79</sup> Ce n'est plus la garde qui est divisée dans le temps, ce sont les enfants que l'on sépare en leur donnant des gardiens qui, eux aussi, sont séparés puisqu'ils ne vivent pas ensemble. C'est une autre erreur de parler ici de garde conjointe sous le prétexte d'une pluralité de gardiens vivant séparément. Encore ici, on emploie un terme dans le sens contraire de celui qu'il a. Cette garde d'enfants séparés, certains la désignent parfois sous le nom de *split custody*; celle-ci est attribuée par une ordonnance appelée *split order*.<sup>80</sup> Généralement, les auteurs entendent plutôt par *split custody* non pas la dispersion d'un groupe de frères et de soeurs, mais le démembrement de la notion de garde en garde physique (*care and control*) et garde juridique (*custody*).<sup>81</sup> Cette double signification ajoute à la confusion. De toute façon, qu'on se divise le temps de garde du même enfant, qu'on se divise les enfants gardés, ou qu'on se divise les fragments de la notion de garde (garde physique à l'un et garde juridique à l'autre), ce ne sont pas des cas de garde conjointe. La véritable garde conjointe permet aux titulaires d'exercer ensemble et simultanément les mêmes droits ou pouvoirs décisionnels à l'égard du même enfant.

(5) *Nos lois autorisent-elles la garde conjointe?*

Le Code civil du Québec<sup>82</sup> et le Code de procédure civile du Québec<sup>83</sup> traitent de la garde des enfants en cas de séparation ou de divorce, mais jamais ils ne joignent au mot garde l'adjectif conjoint ou un autre des nombreux adjectifs récemment importés dans notre droit et qui ont envahi la jurisprudence et la doctrine. Il en est de même de la Loi de 1985 sur le divorce,<sup>84</sup> quoique, dans une note marginale de l'article 16(4), on y trouve, face à la version anglaise, l'expression *Joint custody or access*.<sup>85</sup>

<sup>78</sup> Par exemple *V.-F. c. C.*, *supra*, note 65.

<sup>79</sup> *Zinck c. Zinck* (1973), 14 R.F.L. 106 (N.S. App. Div.).

<sup>80</sup> Miller, *loc. cit.*, note 47, à la p. 361: "Split custody is simply the traditional sole custody arrangement with brothers and sisters divided: each parent is given complete, fulltime custody of at least one child." Folberg and Graham, *loc. cit.*, note 74, à la p. 528: ". . . custody of one or more of the children to one parent and the remaining children to the other."

<sup>81</sup> A. Bissett-Johnson and David C. Day, *The New Divorce Law* (Carswell, 1986), p. 48; L. Smith and A. Lodrup, *The Child in the Divorce Situation*, in I. Baxter and M. Eberts (eds.), *The Child in the Courts* (Carswell, 1978), p. 41.

<sup>82</sup> Art. 570 et 535.

<sup>83</sup> Art. 813.11 et 817.

<sup>84</sup> *Supra*, note 3.

<sup>85</sup> Face à la version française, la note est moins compromettante: "Garde ou accès par une ou plusieurs personnes".

Certains y voient une autorisation expresse donnée au tribunal d'attribuer la garde conjointe d'un enfant aux parents divorcés.<sup>86</sup>

Il faut d'abord rappeler que la note marginale ne fait pas partie de la loi. De plus, on peut croire que la garde décrite à l'article 16(4) est la véritable garde conjointe, c'est-à-dire la garde d'un enfant confié à deux personnes qui vivent ensemble, et non pas la garde communément appelée "conjointe" que l'on confie à des époux séparés ou divorcés et qui leur attribue des droits et des devoirs égaux dans les matières importantes relatives à l'éducation de leur enfant.

Le silence du législateur sur la "garde conjointe", dont la doctrine et la jurisprudence traitent avec tant d'abondance, ne fait pas obstacle à son introduction dans notre droit.<sup>87</sup> Car l'article 16(6) de la Loi sur le Divorce<sup>88</sup> donne au tribunal entière discrétion pour imposer des conditions à l'exercice du droit de garde, limiter les pouvoirs du gardien et accroître ceux du non-gardien:

La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

Les tribunaux font grand usage de cette discrétion; ils imposent au gardien l'obligation de vivre avec ses parents, de ne pas fréquenter certaines personnes,<sup>89</sup> de ne pas changer sa résidence actuelle ou de résider dans une région déterminée,<sup>90</sup> de revenir résider au Québec,<sup>91</sup> de se soumettre à la surveillance d'un tiers,<sup>92</sup> etc. . . . Le tribunal taille ou façonne le droit de garde à la mesure des circonstances dans lesquelles se trouvent les parties et selon les exigences du meilleur intérêt de l'enfant. Par conséquent, même si nos lois ne mentionnent pas expressément la "garde conjointe", elles confèrent aux tribunaux la discrétion qui les autorise à l'ordonner.

#### (6) *La garde conjointe des enfants nés hors mariage*

S'agit-il d'enfants nés hors mariage? Il n'est plus besoin de consulter les lois fédérales. Le Code civil du Québec donne à ces enfants les

<sup>86</sup> Droit de la famille-301, *supra*, note 23, à la p. 2148; Payne, *op. cit.*, note 23, p. 82.

<sup>87</sup> L'Heureux-Dubé, *loc. cit.*, note 56, à la p. 848:

Si le tribunal peut maintenant retirer l'autorité parentale ou l'un de ses attributs à l'un ou à l'autre des parents, ou aux deux, . . . *a fortiori* peut-il aménager entre les parents des modalités d'exercice de cette autorité parentale, telle l'attribution de la garde conjointe.

<sup>88</sup> L'article 12 de l'ancienne Loi sur le divorce était au même effet.

<sup>89</sup> *P. c. P.*, [1969] C.S. 173; Droit de la famille-229, J.E. 85-812.

<sup>90</sup> Droit de la famille-323, [1987] R.J.Q. 157 (C.S.).

<sup>91</sup> Droit de la famille-7, [1983] C.S. 64, confirmé en appel, [1984] C.A. 350.

<sup>92</sup> *Benisty c. Delouya*, *supra*, note 65.

mêmes droits et impose les mêmes devoirs.<sup>93</sup> En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le tribunal statue dans l'intérêt des parties<sup>94</sup> et prononce au besoin la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale.<sup>95</sup> Puisque "L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet",<sup>96</sup> il va de soi que le tribunal a entière discrétion pour doser la déchéance ou le retrait partiel des divers attributs de l'autorité parentale. Il est donc possible que la "garde conjointe", au sens impropre mais courant du terme, soit confiée à des parents qui n'ont jamais été conjoints, mais se sont quittés après avoir fait vie commune.

(7) *Faut-il conserver son nom à la "garde conjointe"?*

L'expression "garde conjointe", comme son équivalent anglais "joint custody", est décidément défectueuse. Elle a le tort de fausser le sens normal des mots; elle dit mal ce qu'on veut lui faire dire et dit des choses qu'on ne voudrait pas qu'elle dise. La diversité des autres noms qu'on lui donne accroît la confusion des idées. Un auteur américain écrit:<sup>97</sup>

Joint custody goes by many names—co-custody, shared custody, co-parenting, dual parenting or parent role sharing.

La confusion persiste chaque fois que l'expression employée comprend le mot "garde" ou "custody", car ce qu'on veut exprimer exclut la notion de garde proprement dite. Les expressions "co-parenting", "joint parenting" ou le néologisme "coparentalité" évitent cet inconvénient, mais des auteurs les réservent pour désigner une garde conjointe doublée d'une garde physique alternée où les tâches de toute nature et les responsabilités à l'égard de l'enfant sont partagées en toute égalité par les père et mère divorcés.<sup>98</sup>

Madame le juge Claire L'Heureux-Dubé suggère:<sup>99</sup>

. . . que s'installe dans notre vocabulaire juridique le terme d'*autorité parentale* de préférence à celui de garde conjointe. . . la fonction de *joint custody* est, en ce sens, étrangère à notre conception civiliste de la garde.

<sup>93</sup> Art. 594 et 647.

<sup>94</sup> Art. 653.

<sup>95</sup> Art. 654.

<sup>96</sup> C.c.B.C., art. 30.

<sup>97</sup> Stanley S. Clawar, *Popular and Professional Misconceptions about Joint Custody* (1983), 21 *Conciliation Courts Rev.* 27. On emploie aussi le terme "joint parenting".

<sup>98</sup> C. Boucher, S. Guay et C. Plamondon, *Tous les détours; de la garde conjointe à la coparentalité* (Univ. Laval, 1984, Lab. de sociologie); B. Riley, *Vers une vision de la coparentalité*, Fédération des associations de familles monoparentales au Québec, *Bulletin de liaison*, vol. 12, no 2 (1986).

<sup>99</sup> *Loc. cit.*, note 56, à la p. 860.

Le journal *Le Monde*<sup>100</sup> nous apprend qu'en France on n'a pas retenu l'expression "garde conjointe" dans un projet de loi. On y a plutôt employé l'expression "autorité parentale conjointe" qui est beaucoup plus appropriée. En effet, ce qu'on appelle chez nous la "garde conjointe" est essentiellement une autorité exercée conjointement par les deux parents. Toutefois, elle ne comporte pas l'autorité parentale intégrale telle que décrite à l'article 647 C.c.Q., car il y manque le droit de garde au sens strict du mot. On pourrait donc lui préférer les expressions "fonction parentale conjointe" ou "direction conjointe".

Il semble que les praticiens et les auteurs ne sont pas satisfaits de la terminologie courante:

The lawyer encourages the parents to use different wording, such as shared parenting, parental authority, and, at any rate, to look at the reality that lies behind these labels.<sup>101</sup>

One final solution to the debate over joint custody would be to do away with the use of all traditional custody terms which imply possession and restraint. A more general designation such as "residential and decision making arrangement for children" would be less controversial . . .<sup>102</sup>

Si l'on ne parvient pas à s'entendre sur le nom qu'il faudrait substituer à celui de "garde conjointe", deux solutions restent possibles: ne lui donner aucun nom ou lui laisser celui qu'elle a, malgré qu'on le juge inapproprié.

En effet, on pourrait facilement se passer du nom mal choisi de "garde conjointe" sans pour autant renoncer à ce qu'il entend représenter; il suffit d'indiquer l'étendue des droits et pouvoirs respectifs des père et mère divorcés à l'égard de leur enfant. Ainsi, tout en évitant d'employer l'expression "garde conjointe", le tribunal peut l'ordonner par un dispositif comme celui-ci:

CONFIE la garde des enfants à leur père, mais celui-ci ne pourra prendre aucune décision importante relative à l'éducation, à l'orientation morale ou intellectuelle des enfants sans l'accord de leur mère.

Bien sûr, le juge peut préférer le langage ésotérique du Palais aux fins de brièveté et dire simplement:<sup>103</sup>

<sup>100</sup> Samedi, 9 mai 1987. Depuis que le présent article a été rédigé, en juin 1987, le projet ci-dessus mentionné est devenu la Loi du 22 juillet 1987 (J.). 24-Gaz. Pal. 1987.2, bull. lég., p. 286. P. Coet, *Réflexions sur la réforme de l'exercice de l'autorité parentale*, Gaz. Pal. 1988, Doctrine, p. 4: "Le projet de loi envisageait la garde conjointe. Puis en commission, un amendement a été déposé par le groupe socialiste pour substituer à cette expression celle 'd'exercice conjoint de l'autorité parentale'."

<sup>101</sup> Lucile Laverdure et André Murray, *Mediation as an Interdisciplinary Model*, conférence donnée à Vancouver le 23 mai 1985 au congrès annuel de l'Association of Family and Conciliation Courts.

<sup>102</sup> Judith P. Ryan, *Joint Custody in Canada: Time for a Second Look* (1986), 49 R.F.L. (2d) 119, à la p. 148.

<sup>103</sup> Droit de la famille-301, *supra*, note 23, à la p. 2150.

CONFIE la garde légale des enfants aux parties conjointement;

CONFIE la garde physique des enfants à l'intimé.

Faut-il préférer la formule plus courte à la plus claire? Le prix de la clarté nous paraît ici modeste. Du reste, quand le juge sauve trois lignes, les avocats, eux, sont obligés d'expliquer à leur client respectif ce qu'on entend par garde physique ou matérielle, garde juridique ou légale et garde conjointe.

Conscient que ces qualificatifs à la mode dont on affuble la garde rendent le jugement inintelligible pour la plupart des justiciables, le tribunal sent parfois le besoin d'expliquer ce qu'il entend par ces termes. En voici un exemple:<sup>104</sup>

THE COURT AWARDS AND ORDERS joint custody to the Petitioner and the Respondent with regards to their child . . . ;

ORDERS that physical custody of the said child be or remain with the Petitioner, providing, however, that each party as a parent shall have a full and active role in providing a sound moral, social, economic and educational environment for the child; the power and authority hereby granted shall not be exercised by either party so as to frustrate or unduly affect the life of the other; the parties shall each exert their best efforts to cooperate in the future plans consistent with the best interests of the child.

Comme on le voit, l'emploi des expressions "garde physique" et "garde conjointe" n'aboutit pas toujours à une économie de mots.

Cependant, le praticien trouve bien commode de pouvoir donner un nom à une notion qu'il rencontre souvent. Malgré qu'elle déplaît, l'expression "garde conjointe" occupe déjà la place; la bataille qu'on pourrait lui livrer est peut-être perdue à l'avance, parce que trop tardive. C'est l'usage, plus que la raison, qui donne leur sens aux mots. Les sens les plus impropres, quand leur usage persiste, finissent par trouver asile dans les dictionnaires. En linguistique comme en droit, *Error communis facit jus*. Le mot "affidavit" en est un exemple. On a beau protester contre l'emploi de ce mot pour désigner toute déclaration écrite faite sous serment,<sup>105</sup> on n'a jamais réussi à le déloger de la place qu'il occupe au Palais, au Code de procédure civile,<sup>106</sup> au Code criminel<sup>107</sup> et dans diverses lois. Comme l'affidavit, l'expression "garde conjointe" semble installée dans notre droit pour y rester. Quoique rarement, on la rencon-

<sup>104</sup> *W. c. J.*, C.S. Montréal, 500-12-124147-830, 10 janv. 1986.

<sup>105</sup> Jean Martineau, Pour l'épuration de notre langue (1986-87), 89 R. du N. 201, à la p. 208; C.R. Dumais, L'affidavit au Code de procédure civile (1986), 46 R. du B. 833; R. Boily, Les avocats et le sabir (1969), 29 R. du B. 459, à la p. 460; J. Goulet, M. Gagné-Langevin, P. Jobin et D. Massé, Quelques gammes sur les notes marginales (1975), 16 C. de D. 837, à la p. 866.

<sup>106</sup> Art. 4, par. h.

<sup>107</sup> S.R.C. 1970, c. C-34, art. 126.

tre même en France.<sup>108</sup> Mais il n'est peut-être pas inutile de rappeler que son appellation est une erreur linguistique, pour éviter que cette imprécision de vocabulaire entretienne la confusion des idées.

(8) *Faut-il conserver la notion de garde conjointe?*

On pardonnera à la "garde conjointe" d'être une expression malheureuse, pourvu qu'elle fasse des heureux. On a beaucoup écrit sur ses avantages et ses inconvénients.<sup>109</sup> Elle n'est pas une panacée capable de guérir tous les traumatismes causés par le divorce et l'on doit en faire usage avec discrimination.<sup>110</sup> Son utilisation chez nous n'a pas beaucoup dépassé le stade expérimental; dans quatre-vingt-dix pour cent des cas, la garde de l'enfant est confiée à un seul des parents, ordinairement la mère, sous réserve de simples droits de visite ou de sortie accordés à l'autre.<sup>111</sup> Les expériences de la garde conjointe au Canada sont peut-être trop récentes et trop peu nombreuses pour qu'on puisse en tirer des conclusions certaines.

Au Québec, comme dans les autres provinces canadiennes, on a d'abord reçu la garde conjointe avec méfiance et on l'a considérée comme une mesure très exceptionnelle dont l'une des conditions serait l'assentiment des père et mère.<sup>112</sup> Certains croient qu'il est également préférable que les enfants consentent eux-mêmes à la garde conjointe lorsqu'ils sont assez âgés pour motiver leur point de vue.<sup>113</sup> On a dit aussi que la "garde conjointe" créait plus de problèmes qu'elle n'en résolvait.<sup>114</sup> Il est certain que si elle est imposée à des parents divorcés qui persistent à ne pas s'entendre au sujet de l'éducation de leurs enfants, le tribunal les reverra constamment revenir devant lui pour faire arbitrer leurs différends.

<sup>108</sup> Carbonnier, *op. cit.*, note 19, no 75, p. 234; Pau, 26 mars 1985, D. 1987, Somm. 43. M.-F. Nicolas-Maguin, A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés, D.S. 1983.111.

<sup>109</sup> Meyer Elkin, *Joint Custody: Affirming that Parents and Families Are Forever* (1987), 32 *Social Work* 18, à la p. 24; Denise Fortin, L'entente de garde conjointe suite aux interventions du Service de médiation à la famille de Montréal, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, août 1985.

<sup>110</sup> Jan Hagen, *Proceed with Caution: Advocating Joint Custody*, [1987] *Social Work* (Jan./Feb.) 26, à la p. 30.

<sup>111</sup> H. Irving et M. Benjamin, *Shared Parenting in Canada: Questions, Answers and Implications* (1986), 1 *Fam. Law Q.* 79, à la p. 103.

<sup>112</sup> *Kruger c. Kruger* (1979), 11 R.F.L. (2d) 52, 25 O.R. (2d) 673 (C.A. Ont.); *Benoît c. Bisailon*, *supra*, note 44; J. Goldstein, A Freud and A. Solvit, *Beyond the Best Interests of the Child* (1973), p. 73. En France, le projet de loi exigeait aussi l'accord des père et mère pour l'attribution de l'autorité parentale conjointe: *Le Monde*, *supra*, note 100. Mais la loi adoptée le 22 juillet 1987 a écarté cette exigence. Voir E.S. de La Marnierre, *Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires*, *Gaz. Pal.* 7-8 oct. 1987, *Doctrine* p.1, à la p. 5.

<sup>113</sup> S. Barry, R. Cloutier, L. Fillion et L. Gosselin, *La place faite à l'enfant dans les décisions relatives au divorce* (1985), 6 *Rev. québécoise de psychologie*, no 3, 83.

<sup>114</sup> *Droit de la famille-320*, *supra*, note 36, à la p. 12.



La garde conjointe, dont le but est de favoriser la coopération des ex-conjoints au bénéfice de leurs enfants, soulève la controverse chez les mouvements féministes qui redoutent les pressions exercées par les associations "pro-pères", telles que The Canadian Council on Co-Parenting. On craint que des pères, peu soucieux de participer aux soins quotidiens des enfants, veuillent se réserver un droit de direction préjudiciable à leurs enfants. La nouvelle règle, selon laquelle le tribunal doit tenir compte de l'aptitude du gardien à favoriser les contacts entre l'enfant et le parent non-gardien, empêcherait la mère de s'opposer aux droits d'accès du père qui n'en est pas digne et abuse de l'enfant. La mère craindrait de paraître intransigeante et de perdre ainsi la garde de l'enfant.<sup>115</sup>

Mais on peut noter que plusieurs magistrats voient la garde conjointe d'un oeil plus favorable; ils sont même prêts à l'imposer aux parties qui n'en veulent pas, mais qui semblent assez raisonnables pour se plier à l'ordonnance et constater en fin de compte que l'intérêt des enfants sera ainsi mieux servi.<sup>116</sup> Certains souhaitent que la loi indique clairement la garde conjointe comme la meilleure solution, à moins de preuve contraire.<sup>117</sup> En Floride, on a établi une présomption en faveur de la garde conjointe. Depuis 1983, la loi californienne admet cette présomption lorsque les parents sont d'accord; en cas de désaccord, le tribunal peut quand même imposer la garde conjointe et, s'il ne le fait pas, il doit donner les raisons pour lesquelles il opte pour une autre solution.<sup>118</sup>

La garde conjointe évite un des graves inconvénients de la garde exclusive. Quand celle-ci est ordonnée et appliquée rigoureusement, comme elle l'a été jusqu'ici, le parent non-gardien a souvent le sentiment d'être vaincu, mis de côté, dépouillé de tous pouvoirs de décision directe et coupé de liens affectifs durables avec ses enfants; considéré comme un

<sup>115</sup> Louise Lamb, *Involuntary Joint Custody*, *HERizons* (Man. Women's News Magazine), Jan./Feb. 1987, pp. 20, 22. Voir aussi (1987), 13 *Communiqu'ELLES*, no 2, p. 13. *Contra* Madame Justice Bertha Wilson, *Children: the Casualties of a Failed Marriage* (1985), 19 *U.B.C. Law Rev.* 245, et compte rendu de cet article à (1986), 5 *Can. J. Fam. L.* 321. Rappelons que l'ordonnance de garde comporte parfois un avertissement au gardien de faciliter l'exercice du droit d'accès du parent non-gardien sous peine de perdre le droit de garde: *Woodburn c. Woodburn* (1975), 21 *R.F.L.* 179, à la p. 182 (N.S.S.C.); *Currie c. Currie* (1975), 18 *R.F.L.* 47, à la p. 55 (Alta. S.C.).

<sup>116</sup> Droit de la famille-301, *supra*, note 23, à la p. 2145; *Favreau c. Ethier*, [1976] C.S. 48.

<sup>117</sup> Ryan, *loc. cit.*, note 102, à la p. 148; Jay Folberg and Narva Graham, *Joint Custody of Children Following Divorce*, in *Family Law, An Interdisciplinary Perspective* (Toronto, Carswell, 1981) 71, à la p. 100.

<sup>118</sup> Ryan, *ibid.*, à la p. 123; Schepard, *loc. cit.*, note 47, à la p. 752. Aux États-Unis une trentaine d'États ont légiféré en cette matière et le nombre d'ordonnances de garde conjointe continue d'augmenter: D.J. Freed et T.B. Walker, *Family Law in the Fifty States: An Overview* (1988), 21 *Fam. L.Q.* 417, à la p. 523.

coupable pénalisé,<sup>119</sup> il est porté à se retirer et à se désintéresser de l'oeuvre d'éducation presque exclusivement confiée au titulaire du droit de garde. Cette situation tend à le "déresponsabiliser". Au contraire, la garde conjointe maintient l'intérêt des deux parents à l'égard de leur enfant et donne à celui-ci une juste idée de son importance dans la famille.<sup>120</sup>

La garde conjointe est peut-être "la solution idéale à une situation qui ne l'est pas".<sup>121</sup> La persistance de l'attitude hostile des divorcés l'un envers l'autre explique les premiers échecs. On a pourtant constaté qu'aux États-Unis les récidives de conflits judiciaires entre époux divorcés seraient moins nombreuses dans les cas de garde conjointe que dans ceux de garde exclusive.<sup>122</sup>

### Conclusion

Plusieurs facteurs nouveaux modifient les comportements à l'égard de l'attribution et des modalités de la garde. Le divorce est devenu un phénomène courant, de sorte qu'il ne stigmatise plus les anciens époux comme autrefois. Les fiancés l'envisagent déjà dans leur contrat de mariage comme un incident de parcours possible. Cette attitude, que l'on peut regretter, et la facilité avec laquelle on obtient le divorce sans faute ont au moins l'avantage de ne pas exacerber l'antagonisme entre ex-époux et de rendre la séparation moins éprouvante. De plus, il est normal que le principe de l'égalité des époux durant le mariage tende à se perpétuer après le divorce.

Enfin, l'amélioration des structures de l'administration de la justice facilite les ordonnances de garde conjointe. Depuis 1981, le Service de médiation familiale met à la disposition des couples en difficulté l'aide de ses experts en sciences humaines, psychologues et travailleurs sociaux. Négociation et médiation valent mieux qu'hostilité et rancœur, le législateur, les avocats et les juges en sont de plus en plus conscients. La Loi de 1985 sur le divorce<sup>123</sup> oblige l'avocat à renseigner son client "sur les services de consultation ou d'orientation matrimoniales qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux à se réconcilier"; elle l'oblige

---

<sup>119</sup> P. Coet, *loc. cit.*, note 100, à la p. 4: "Un parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale va immédiatement penser qu'il est déchu de l'autorité parentale et l'avocat aura beaucoup de mal à l'en dissuader."

<sup>120</sup> Judith P. Ryan, *loc. cit.*, note 102, à la p. 137.

<sup>121</sup> Monique Ouellette, *op. cit.*, note 26, p. 226.

<sup>122</sup> Ifeld, Ifeld et Alexander, Does Joint Custody Work? A First Look at Outcome Data of Relitigation, *Am. J. Psychiatry* 139: 1, 1982, p. 62, à la p. 64.

<sup>123</sup> Art. 9.

aussi à discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance de garde.<sup>124</sup>

Cette disposition a incité le Barreau à mettre sur pied son propre service de médiation. Avec la collaboration de l'Association québécoise des médiateurs, il a organisé des cours pour la formation d'avocats-médiateurs.

De leur côté, les juges, témoins de l'efficacité de ces démarches, ajournent au besoin le procès en suggérant aux parties de recourir à la médiation pour tenter de régler à l'amiable divers problèmes, dont ceux relatifs à la garde.<sup>125</sup> Ces ajournements, autorisés par l'article 22.4 des règles de pratique de la cour supérieure en matière familiale, sont des trêves parfois fructueuses pouvant conduire à un pouvoir décisionnel conjoint relativement à l'éducation des enfants. La foi du juge en la médiation est manifeste quand il ajoute à son ordonnance de "garde conjointe" une disposition comme celle-ci.<sup>126</sup>

ORDERS that in the event that Petitioner and Respondent are unable to concur in planning for the child, they shall seek appropriate assistance from a skilled professional before appealing for further relief from the Court.

Cet ordre, dont la force obligatoire est discutable, a au moins la valeur d'un bon conseil.

La médiation, que les parties y recourent spontanément ou à la suggestion de leurs avocats ou du tribunal, conduit ordinairement à une solution plus durable. Les parties respectent mieux un arrangement qui leur appartient que celui imposé par le juge.<sup>127</sup> Tout comme un notaire guide les futurs mariés dans le choix du régime matrimonial leur convenant le mieux, le médiateur, dans le cadre du processus judiciaire, peut guider les futurs divorcés dans le choix des modalités de la garde les plus conformes à l'intérêt de leur enfant.<sup>128</sup>

La médiation a aussi l'avantage de faciliter la consultation de l'enfant quand il est capable d'exprimer et de motiver ses préférences. En matière familiale, au brocard *audi alteram partem* il faudrait ajouter ". . . *et puerem*", car l'enfant a, dans le nouvel arrangement familial, un intérêt aussi important que celui de ses parents. Leur divorce n'est

<sup>124</sup> Sylvie Matteau et Suzanne Paradis, La médiation du divorce, dans l'intérêt de la famille et de l'enfant (1986), 46 R. du B. 815.

<sup>125</sup> John H. Gomery, L'implication du juge dans le processus de médiation, dans Recueil de conférences prononcées lors du colloque sur le programme en médiation familiale (Montréal, nov. 1985), pp. 89, 91.

<sup>126</sup> W. c. J., (C.S.), Montréal, 10 janv. 1986, no 500-12-124147-830.

<sup>127</sup> André Murray, La médiation familiale, une progression rapide (1986), R.D.F. 311, à la p. 320.

<sup>128</sup> André Murray, *ibid.*, à la p. 321: "Il faut toujours se rappeler que le rôle de médiateur n'est pas de donner des solutions ou des réformes, mais de guider les participants dans leur recherche de l'information."

pas pour lui une simple *res inter alios acta*; si on prend la peine de considérer son point de vue avant de prendre une décision qui le concerne, lui aussi s'y conformera plus aisément.<sup>129</sup> A l'enfant suffisamment développé, il faut reconnaître un droit de parole.

La garde de l'enfant n'est pas une dépouille à laquelle a droit le vainqueur du combat judiciaire que les parents se livrent. Elle apparaît plutôt comme une opération de sauvetage après divorce. Dans cette perspective, la direction conjointe des parents, connue sous le nom de "garde conjointe" est, quand les circonstances la permettent, une mesure bénéfique. Elle a pour but principal la sauvegarde des droits et de l'intérêt de l'enfant; en même temps, elle sert les intérêts véritables des époux en prolongeant après le divorce le principe de l'égalité des père et mère à l'égard de leur enfant.

On se plaint parfois d'une trop grande discrétion accordée aux tribunaux en droit familial. Mais cette discrétion permet des créations jurisprudentielles mieux adaptées aux situations nouvelles que ne le seraient des règles édictées par le législateur. D'ailleurs, les justiciables eux-mêmes et leurs avocats jouent un rôle anonyme, mais de premier plan, dans ces créations dites jurisprudentielles. Parfois, les jugements ne font qu'entériner les arrangements conclus entre époux à la suite de négociations laborieuses. Il est possible que la garde conjointe ait été conçue et soit née de cette manière.

~\*~

---

<sup>129</sup> Matteau et Paradis, *loc. cit.*, note 120, à la p. 822; Barry et autres, *loc. cit.*, note 113, à la p. 100. Art. 34, C.c.Q. adopté le 15 avril 1987, mais non encore en vigueur: "Le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt de l'enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent."