

## LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES APRÈS UNE RUPTURE: UNE MATIÈRE À DÉBAT

Par Michelle Giroux\*

Ottawa

*En droit civil québécois, le modèle de partage des responsabilités parentales est privilégié dans le contexte de litiges portant sur la garde des enfants. La Cour suprême du Canada a eu l'occasion de le confirmer en 1987 dans l'affaire C.(G.) c. V.-F. (T.). Dans le contexte d'une rupture, les deux parents conservent l'autorité parentale. Le parent non gardien a un pouvoir et un devoir de surveillance et de participation à l'égard des décisions concernant l'enfant. Ainsi, les deux parents continuent de prendre ensemble les décisions importantes concernant l'enfant. C'est donc l'interprétation restrictive de la notion de garde qui prévaut en droit civil québécois. Cette situation contraste avec la solution retenue par la common law, dans les autres provinces canadiennes. Depuis 1993 cependant, quelques décisions de la Cour suprême viennent remettre en question cette interprétation. Par le fait même, ces dernières sèment le doute et l'ambiguïté sur le modèle de famille à privilégier. Dans un premier temps, ce texte soutient que l'interprétation large de la notion de garde, telle que retenue en common law, ne peut être applicable au Québec, dans l'état actuel du droit. Dans un deuxième temps, l'auteure amorce une réflexion sur le partage des responsabilités parentales, dans le but de trouver une solution favorisant l'intérêt de l'enfant et de lever l'ambiguïté dans les litiges relatifs à la garde des enfants dans les familles désunies.*

*In Quebec civil law, the parental sharing of responsibilities scheme is the rule in the context of custody litigation. This was confirmed in 1987, by the Supreme Court of Canada in C.(G.) c. V.-F. (T.). In case of family breakdown, both parents together exercise parental authority. The non custodial parent has a power and a duty of supervision and participation towards the decisions concerning the child. Thus, both parents continue to take together the important decisions concerning the child. Hence, the restrictive interpretation of the notion of custody is applicable in Quebec civil law. This contrasts with common law provinces. However, since 1993, few Supreme Court decisions have questioned this interpretation. Firstly, this paper wants to put forward the idea that the liberal interpretation of custody prevailing in the common law provinces cannot be applicable in Quebec, according to the rules in place. Secondly, the author wants to initiate a reflexion on the sharing of parental responsibilities to find a solution respectful of the interests of the child and to put an end to the ambiguity in the custody litigations for broken families.*

---

\* Michelle Giroux, de la Faculté de droit, Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, Ottawa, Ontario. L'auteure tient à remercier les professeurs Michel Morin et Marie Pratte d'avoir eu la gentillesse de lire ce texte et pour la richesse de leurs commentaires. Merci aussi à l'Université d'Ottawa de son appui financier.

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Introduction</i> .....                                                                                                 | 355 |
| I. <i>Le partage des responsabilités parentales: rappel sur la notion de garde</i> .....                                  | 356 |
| A. <i>En l'absence de rupture</i> .....                                                                                   | 356 |
| B. <i>Dans le contexte d'une rupture: l'ambiguïté quant à l'interprétation de l'art. 605 C.c.Q.</i> .....                 | 358 |
| C. <i>L'éclaircissement apporté par C.(G) c. V.-F.(T.) ou l'interprétation restrictive de la notion de garde</i> .....    | 364 |
| II. <i>La remise en question du partage des responsabilités parentales après une rupture</i> .....                        | 366 |
| A. <i>Les récents arrêts de la Cour suprême et la notion de garde, ou l'interprétation large remise à l'honneur</i> ..... | 366 |
| 1. <i>Les affaires P. (D.) c. S.(C.) et Young c. Young</i> .....                                                          | 366 |
| 2. <i>Les affaires Gordon c. Goertz et S.(D.) c. W.(V.)</i> .....                                                         | 371 |
| B. <i>L'interprétation large de la notion de garde: un aperçu du pour et du contre</i> .....                              | 374 |
| <i>Conclusion</i> .....                                                                                                   | 379 |

### *Introduction*

Comment doit-on partager les pouvoirs entre le parent gardien et le parent non gardien après une rupture? C'est à cette question que les récentes décisions de la Cour suprême nous forcent à réfléchir depuis 1993, tant en droit civil québécois qu'en common law et pas uniquement dans le contexte d'un divorce. En 1987, la Cour suprême avait eu l'occasion de se prononcer sur l'attribution de la garde à un tiers. Dans ce contexte, la Cour avait affirmé qu'en droit civil québécois l'autorité parentale s'exerce conjointement et ce, même en cas de rupture. Ainsi, elle retenait une définition stricte de la notion de garde. Plus récemment, elle s'est prononcée à plusieurs reprises sur le partage des responsabilités parentales.

Depuis l'arrêt *P.(D.) c. S.(C.)*<sup>1</sup> en 1993, elle privilégie une définition large de la notion de garde et tend à vouloir donner tous les pouvoirs au parent gardien. Cette remise en question a des répercussions bien particulières au Québec et entraîne une certaine ambiguïté quant au partage des responsabilités parentales après une rupture. Le questionnement est pertinent à travers tout le Canada et, bien que notre analyse porte principalement sur le droit civil québécois, nous soulignons au passage les distinctions à faire en common law et dans le contexte de la *Loi sur le divorce*<sup>2</sup>.

Ce texte a deux objectifs. Il veut d'abord démontrer que l'interprétation large de la notion de garde ne peut être défendue en droit civil québécois, y compris dans le contexte d'un divorce et qu'à cet égard, il faut retourner aux

<sup>1</sup> [1993] 4 R.C.S. 141 qui a confirmé *Droit de la famille 1150*, [1991] R.J.Q. 306 (C.A.).

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.).

enseignements du juge Beetz dans *C.(G.) c. V.-F. (T.)*<sup>3</sup> (Partie I). En outre, en étudiant la question du partage des responsabilités parentales à partir des décisions récentes de la Cour suprême, on peut constater une remise en question de l'interprétation étroite de la notion de garde en droit civil québécois. L'étude de cette question démontre aussi une ambiguïté sur le modèle de famille à privilégier après une rupture. Cette ambiguïté doit être prise au sérieux. En ce sens, il importe de pousser plus loin la réflexion pour trouver la solution la plus respectueuse de l'intérêt de l'enfant. Pour amorcer la réflexion, il faut se pencher sur les arguments en faveur d'une définition large de la garde et ceux en faveur d'une définition plus stricte de la garde (Partie II).

### *I. Le partage des responsabilités parentales: rappel sur la notion de garde*

Dans cette première partie, il importe de rappeler brièvement les règles applicables en matière d'autorité parentale et plus particulièrement en matière de garde. Bien que cet exercice ait déjà été fait dans le passé, il est nécessaire de faire le point à nouveau sur cette question afin de pouvoir faire la critique des développements récents. C'est pourquoi nous mettrons en contraste les règles qui prévalent en l'absence de rupture (A) et celles trouvant application dans le contexte d'une rupture (B). Finalement, nous nous attarderons à l'impact de l'affaire *C.(G.) c. V.-F. (T.)*<sup>4</sup> (C). Cette démarche nous permettra de faire ressortir ce qui fera l'objet de la deuxième partie, c'est-à-dire, les problèmes engendrés par les récentes décisions de la Cour suprême.

#### *A. En l'absence de rupture*

L'autorité parentale se définit comme l'ensemble des droits et des obligations des parents à l'égard de leur enfant mineur non émancipé et a pour but de permettre à l'enfant d'accéder à l'autonomie, à l'âge adulte<sup>5</sup>. L'article 599 C.c.Q. précise les différents attributs de l'autorité parentale: «Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant». En principe, les parents exercent ensemble l'autorité parentale<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> [1987] 2 R.C.S. 244.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Voir J. Pineau, *La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*, Montréal, P.U.M., 1982, pp. 276 et suiv. au par. 326 et suiv.; M.D.-Castelli et E.-O. Dallard, *Le nouveau droit de la famille au Québec. Projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, 3<sup>e</sup> éd., Sainte-Foy, P.U.L., 1993 aux pp. 214 et suiv. et R. Joyal, *Précis de droit des jeunes*, t. 1 — Le Code civil, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 aux pp. 62 et suiv.

<sup>6</sup> Art. 600, al. 1 C.c.Q. Telle n'a pas toujours été la situation. L'autorité parentale a connu une évolution. Jusqu'en 1977, la puissance paternelle prévalait et le père en avait l'exercice, en vertu de l'art. 243 C.c.B.-C. Voir notamment E. Groffier-Atala, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1977) R.G.D. 223; E. Deleury, M. Rivet et J.-M. Neault, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 C. de D. 779.

C'est aussi ensemble que les parents exercent la tutelle légale de leur enfant: «Outre les droits et devoirs liés à l'autorité parentale, les père et mère, [...] sont de plein droit tuteurs de leur enfant mineur [...]»<sup>7</sup>.

Un des parents pourra exercer seul l'autorité parentale dans les trois situations suivantes: le décès, la déchéance de l'autorité parentale ou l'impossibilité pour l'autre parent de manifester sa volonté<sup>8</sup>. C'est seulement s'il existe un motif grave et si l'intérêt de l'enfant le commande que la déchéance pourra être prononcée<sup>9</sup>.

Pour faciliter la prise de décisions dans le cas où, en vertu de l'art. 600, un des parents «n'est pas en mesure de manifester sa volonté», le législateur a prévu une présomption à l'égard des tiers de bonne foi<sup>10</sup>. L'article 603 C.c.Q.<sup>11</sup> prévoit «[qu'à] l'égard des tiers de bonne foi, le père ou la mère qui accomplit seul un acte d'autorité à l'égard de l'enfant est présumé agir avec l'accord de l'autre.»

Bien qu'en général les parents s'entendent sur les décisions à prendre concernant leurs enfants, il se peut qu'ils n'arrivent pas toujours à trouver un consensus. Étant donné l'égalité entre les époux, aucun des parents ne peut prétendre avoir plus de pouvoir que l'autre pour imposer sa décision. Dans ce cas, ils devront donc s'adresser au tribunal pour faire trancher le différend<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Art. 192 C.c.Q. Les articles établissant la tutelle légale des parents à l'égard de leur enfant mineur sont de droit nouveau. Ils ont été ajoutés au Code en 1991. Selon l'art. 177 C.c.Q. : « La tutelle est établie dans l'intérêt du mineur; elle est destinée à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils. » Voir *contra*: M. Ouellette, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1995 aux pp. 224 et 228. L'auteure prétend que la tutelle est un attribut de l'autorité parentale. Nous ne pouvons être d'accord avec cette affirmation. Le terme «Outre» au début de l'art. 192 C.c.Q. indique clairement que les droits et devoirs liés à la tutelle s'ajoutent à ceux de l'autorité parentale. Voir J. Pineau, *supra* note 5 à la p. 278, par. 328: «[la tutelle] n'est pas un droit ou un devoir qui [...] échoie [aux parents]». Voir aussi ASSEMBLÉE NATIONALE, Journal des Débats, Commissions parlementaires, Sous commission des institutions, (Études détaillée du projet de loi 125 — Code civil du Québec (3)), 29 août 1991, n° 5, SCI-160.

<sup>8</sup> Art. 600, al. 2 C.c.Q. Bien que cette question fasse l'objet de la prochaine section, notons au passage que la garde n'est pas mentionnée à cet article comme une situation entraînant l'exercice exclusif de l'autorité parentale par le gardien. Aussi, la même règle s'applique en matière de tutelle en vertu des art. 193 et 197 à 199 C.c.Q. En effet, en principe, la tutelle, tout comme l'autorité parentale, est exercée par les deux parents, même si la garde est accordée à l'un d'eux.

<sup>9</sup> Art. 606 C.c.Q. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, *supra* note 3; *Droit de la famille* 930, [1991] R.J.Q. 72, [1991] R.D.F. 111 (C.A.).

<sup>10</sup> R. Joyal, *supra* note 5 à la p. 67, par. 238.

<sup>11</sup> L'art. 194 C.c.Q., dans le contexte de la tutelle, est au même effet.

<sup>12</sup> Ce pouvoir du tribunal est prévu à l'article 604 C.c.Q. La même règle prévaut en matière de tutelle, à l'art. 196 C.c.Q. Commentant le pouvoir du tribunal en matière d'autorité parentale, J. Pineau, *supra* note 5 à la p. 281, par. 332, précise que «c'est la rançon de l'absence d'un chef de famille». M. Ouellette, *supra* note 7 à la p. 223, quant à elle, s'exprime plutôt ainsi: «Au nom de l'égalité, la famille québécoise a deux chefs; l'intervention d'un tiers règle leurs différends: la famille a un «super chef», le juge!» Pour une critique de l'égalité formelle voir M. Cano, «Reflections on Recent Trends in the Analysis of Custody and Parental Authority in Canada», (1994) 10 C.F.L.Q. 269.

Comme dans tout litige impliquant un enfant, le tribunal tranche en fonction de l'intérêt de l'enfant<sup>13</sup>.

La garde est un des attributs de l'autorité parentale. Elle en est sans conteste le principal; de plus « elle est un élément distinct, capable [...] d'une existence autonome »<sup>14</sup>. En l'absence de litige concernant la garde de l'enfant, il est rarement nécessaire de tenter de diviser chacun des attributs pour en cerner le contenu. C'est lorsque survient un conflit que cet exercice s'impose<sup>15</sup>.

En cas de rupture, parmi plusieurs modalités possibles, la garde est souvent confiée à un des deux parents (le plus souvent la mère) avec des droits d'accès à l'autre parent (le plus souvent le père)<sup>16</sup>. Dans cette situation, comment partage-t-on les responsabilités parentales? Le gardien devient-il le seul maître des décisions concernant l'enfant? Ou au contraire, les deux parents ont-ils leur mot à dire relativement à l'enfant?

B. *Dans le contexte d'une rupture: l'ambiguïté quant à l'interprétation de l'art. 605 C.c.Q.*

Mentionnons d'abord que l'article 605 C.c.Q. trouve application dans toutes les situations de ruptures, que ce soit une nullité de mariage, un divorce, une séparation de fait ou de corps. Son interprétation sera donc tout aussi pertinente que la rupture prenne la forme d'un divorce ou non<sup>17</sup>. En effet, la

---

<sup>13</sup> Art. 604 et 33 C.c.Q. C'est la pierre angulaire des décisions prises concernant l'enfant. Voir à cet effet *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, *supra* note 3 aux pp. 269 et 270. La *Convention relative aux droits de l'enfant* de l'O.N.U., R.T. Can. 1992, n° 3, retient aussi ce critère à son article 3(1). Les affaires *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 et *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1, ont statué sur la constitutionnalité de cette notion.

<sup>14</sup> M. Pratte, «Le droit d'un tiers à la garde d'un enfant: L'affaire *Vignaux-Fires c. Chardon*, [1987] 2 R.C.S. 244», (1988) 19 R.G.D. 171 à la p. 182, par. 26. Pour une analyse plus poussée de l'autorité parentale et du droit de garde, voir les pp. 182 à 189, par. 26 à 43.

<sup>15</sup> Voir à ce sujet l'excellente analyse en droit français de P. Simler, «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)», (1972) 70 Rev. Trim. Dr. Civ. 685, plus particulièrement à la p. 696, par. 9.

<sup>16</sup> Conformément aux données de Statistiques Canada de 1990, la mère obtient la garde dans une proportion de 73.3 %, comparé à 12.2 % pour les pères. Alors que la garde est accordée aux deux parents dans une proportion de 14.2 %, elle est attribuée aux tiers dans moins de 1 %. L. Lapiere, *Divorce, Canada, Provinces et Territoires, 1990, Rapport sur la santé*, vol. 3, n° 4, Ottawa, Centre canadien d'information sur la santé, Statistiques Canada, 1992 à la p. 383, cité dans Ministère de la Justice, *Document de travail public sur la garde d'enfant et le droit d'accès*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, mars 1993.

<sup>17</sup> La Cour suprême reconnaît que la réalité civiliste doit être prise en compte dans le contexte de la *Loi sur le divorce*: «Une situation parallèle est sanctionnée par le *Code civil du Québec* relativement à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation ou de divorce», *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p.38 (J. L'Heureux-Dubé). Par ailleurs, dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, le juge L'Heureux-Dubé mentionne que «La notion de garde sous le régime de la Loi [sur le divorce] reflète essentiellement la common law», à la p. 72.

formulation actuelle de la *Loi sur le divorce*<sup>18</sup> fait en sorte que l'ordonnance de garde prononcée au Québec dans le cadre d'un divorce aura les mêmes effets que celle prononcée dans les autres types de ruptures<sup>19</sup>.

Ainsi, les effets de l'ordonnance de garde ne seront pas forcément les mêmes, selon qu'elle ait été rendue au Québec ou dans une province de common law. En effet, alors qu'en droit civil québécois la garde est l'un des attributs de l'autorité parentale, en common law, la notion d'autorité parentale, telle qu'on la connaît dans le contexte civiliste, n'existe pas<sup>20</sup>. Bien que les opinions ne soient pas unanimes à ce sujet<sup>21</sup>, c'est l'interprétation large du concept de garde qui est généralement retenue en common law. Les passages suivants de l'arrêt *Young* en témoignent:

«[...] Les ordonnances en la matière se caractérisent encore avant tout, comme par le passé, par l'attribution implicite, sinon explicite, de l'autorité parentale à la personne qui obtient la garde. Suivant la règle déjà ancienne en common law, une ordonnance de garde emporte le droit à l'exercice de l'autorité parentale, avec tous ses attributs. Si la garde est attribuée uniquement à l'un des parents, celui-ci est investi du *droit exclusif* d'exercer cette autorité [...]. Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne

<sup>18</sup> *Supra* note 2.

<sup>19</sup> Il est généralement reconnu que les définitions de garde et d'accès prévues aux articles 2 et 16(5) de la *Loi sur le divorce* permettent le respect des deux systèmes juridiques canadiens: art. 2, définition de «garde»: Sont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache. La version anglaise prévoit: «custody» includes care, upbringing and any other incident of custody». Quant au terme accès, la définition se lit comme suit: «accès» Comporte le droit de visite. Il n'y a pas de pendant du mot accès dans la version anglaise. L'article 16 complète toutefois les définitions en précisant le terme accès: «(5) [Accès] Sauf ordonnance contraire du tribunal, l'époux qui obtient un droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant.» La version anglaise, quant à elle, prévoit: «(5) [Access] Unless the court orders otherwise, a spouse who is granted access to a child of the marriage has the right to make inquiries, and to be given information, as to the health, education and welfare of the child.» Comme le souligne M. Pratte, «La garde conjointe des enfants de familles désunies», (1988) 19 R.G.D. 525 aux pp. 566 à 572, plus particulièrement, à la p. 571, «[...] la version française de la *Loi de 1985 sur le divorce* ne s'oppose pas au concept civiliste de la garde. [...] Même prononcée dans le cadre d'un divorce, l'ordonnance de garde a donc au Québec les effets prévus par le *Code civil du Québec*». Voir également P.-A. Côté, «La *Loi de 1985 sur le divorce* et le droit civil», (1987) 47 R. du B. 1181 et A. Mayrand, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel», dans Formation Permanente du Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1990 à la p. 19, aux pp. 29 à 31; R. Joyal, *supra* note 5 à la p. 76, par. 267. *Contra*: M. Castelli et E.-O. Dallard, *supra* note 5 aux pp. 233 et 234.

<sup>20</sup> Pour un bref exposé sur les distinctions entre le droit civil et la common law, voir C.(G) c. V.-F.(T.), *supra* note 3 aux pp. 285 et 286; M. Cano, *supra* note 12 aux pp. 273 et suiv.; M. Pratte, «La garde conjointe des enfants de familles désunies», *supra* note 19 aux pp. 535 et suiv., par. 10 et suiv.; R. Joyal, *Précis de droit des jeunes*, *supra* note 5 à la p. 76, par. 267. Sur la notion de garde en common law, voir notamment J.D. Payne, *Payne on Divorce*, 4<sup>e</sup> édition, Toronto, Carswell, 1996 aux pp. 355 et suiv.

<sup>21</sup> Il existe en common law deux interprétations du terme «custody», voir J.D. Payne, *ibid.* à la p. 361.

et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être».<sup>22</sup>

Contrairement au droit civil québécois, en common law la garde équivaut donc à l'autorité parentale et le parent gardien, par ce fait, est investi de tous les pouvoirs concernant l'enfant<sup>23</sup>. De là l'explication de la popularité du concept de garde conjointe qui permet au parent ne résidant pas avec son enfant de participer aux décisions qui concernent celui-ci.

À l'instar des autres décisions concernant l'enfant, lors de l'attribution de la garde, le seul critère applicable est l'intérêt de l'enfant<sup>24</sup>. Dans le contexte d'un divorce, les principes énoncés aux paragraphes (9) — conduite antérieure — et (10) — maximum de communication avec les deux parents — de l'article 16 de la *Loi sur le divorce* guident les tribunaux dans l'analyse de cet intérêt<sup>25</sup>.

L'article 605 C.c.Q. indique comment s'exerce l'exercice de l'autorité parentale lorsqu'un des parents ou même un tiers se voit attribuer la garde. Il se lit comme suit:

«Que la garde de l'enfant ait été confiée à l'un des parents ou à une tierce personne, quelles qu'en soient les raisons, les père et mère conservent le droit de surveiller son entretien et son éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés».

De même, en matière de tutelle, l'art. 195 C.c.Q. énonce que «[l]orsque la garde de l'enfant fait l'objet d'un jugement, la tutelle continue d'être exercée par les père et mère, à moins que le tribunal, *pour des motifs graves*, n'en décide autrement»<sup>26</sup>. Cet article complète l'article 605 C.c.Q., car il prévoit que même lorsque la garde d'un enfant est attribuée par jugement à un des parents ou à un tiers, le parent non gardien demeure en principe tuteur de l'enfant. Exceptionnellement, le tribunal pourra enlever la tutelle au parent non gardien. Pour ce faire, la preuve devra être faite qu'il existe des motifs graves empêchant le parent non gardien d'exercer son rôle de tuteur, à l'instar de l'article 606 C.c.Q., en matière de retrait ou de déchéance de l'autorité parentale. L'article

<sup>22</sup> *Supra* note 13 aux pp. 37 et 38 (J. L'Heureux-Dubé) (nos italiques).

<sup>23</sup> Il semble cependant que l'interprétation large de la notion de garde en common law soit remise en question ou à tout le moins atténuée. Voir notamment l'affaire *Dipper c. Dipper*, [1981] Fam. 31 (C.A. d'Eng.) et B. Hovius, «The Changing Role of the Access Parent», (1993) 10 C.F.L.Q. 123. Depuis 1993, l'ambiguïté des jugements de la Cour suprême sur le modèle de famille à privilégier dans le contexte d'une rupture démontre cette remise en question, voir *infra*, pour discussion sur la remise en question de l'interprétation large de la notion de garde. Voir également à ce sujet, N. Bala, «Developments in Family Law: The 1993-94 Term. The Best Interests of the Child», (1995) 6 (2d) Sup.Ct. Law Review 453, à la p.459 et D. Goubau, «L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien», (1996) 13 Revue canadienne de droit familial 11 à la p 31. Plus particulièrement, ce dernier cite une décision ayant interprété l'art. 16(5) *Loi sur le divorce*, *supra* note 2, «comme impliquant le droit [du parent non gardien] d'être consulté en ce qui concerne les décisions importantes touchant l'éducation de l'enfant», à la p. 32.

<sup>24</sup> Voir *supra* note 13.

<sup>25</sup> Dans le cadre d'une modification aux mesures accessoires, les paragraphes 6 et 9 de l'article 17 trouvent application. Pour plus de détails sur l'article 16(10), voir *infra*.

<sup>26</sup> Nos italiques.

195 C.c.Q. réaffirme, comme le précise le commentaire du ministre, l'importance de la relation des deux parents avec l'enfant<sup>27</sup>. En common law, les règles en matière de tutelle ne sont pas les mêmes<sup>28</sup>.

Tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, on s'entend généralement pour dire qu'en vertu de l'article 605 C.c.Q. le parent non gardien conserve son autorité parentale, que la garde ait été attribuée à l'autre parent ou à un tiers<sup>29</sup>. Il en est de même pour dire que cette disposition, malgré son caractère non explicite à cet égard, permet au parent non gardien d'obtenir des droits d'accès plus ou moins étendus pour permettre au parent non gardien de conserver des liens avec son enfant<sup>30</sup>. Aussi, la lecture de l'article 605 C.c.Q., conjointement avec les articles 80 et 602 C.c.Q., amène à constater que le choix du domicile de l'enfant relève du parent gardien<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> «Les motifs qui justifient la décision d'accorder la garde des enfants à l'un des parents plutôt qu'à l'autre ne permettent pas nécessairement d'affirmer que celui qui a la garde est le parent le plus en mesure d'assumer la tutelle et de l'exercer seul. La relation des deux parents avec l'enfant est trop importante pour que l'on puisse enlever la responsabilité de la tutelle autrement que pour un motif grave. Il semble nécessaire de permettre au tribunal de décider, à la lumière des circonstances de chaque cas, si la tutelle doit être exercée par les deux parents, l'un d'eux seulement, ou encore par une autre personne.», Gouvernement du Québec, *Commentaires du Ministre, Le Code civil du Québec*, t.1, Québec, Les publications du Québec, 1993 à la p. 137.

<sup>28</sup> L'extrait suivant de l'affaire *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p. 39, explicite la règle en matière de common law: «[En common law] au sens le plus large, la garde s'apparente à la notion de tutelle et englobe l'intégralité des droits des parents». Et c'est la notion large de garde qui prévaut. L'attribution de la garde à l'un des parent emporte la majorité des droits liés à la tutelle.

<sup>29</sup> Voir notamment *C.(G) c. V.-F.(T.)*, *supra* note 3 à la p.281 et M. Pratte, «Le droit d'un tiers...», *supra* note 14 aux pp. 182 et suiv., dans le contexte de l'attribution de la garde à un tiers. Pour l'attribution de la garde en général et les droits et obligations qui en découlent, voir *P.(D) c. S.(C.)*, *supra* note 1 aux pp. 162 à 164 et pp. 196-197 (discussion sur l'article 648 C.c.Q. (1980) (J. McLachlin)); A. Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», (1988) 67 R. Du B. Can. 193 à la p. 208; M. Pratte, «La garde conjointe», *supra* note 19 à la p. 561, par. 57; C. L'Heureux-Dubé, «La garde conjointe, concept acceptable ou non? », (1979) 39 R. du B. 835 aux pp. 851 et 852; E. Groffier-Atala, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale», *supra* note 6 à la p. 229; S. Guillet, «Les conventions de rupture du lien matrimonial et la garde des enfants», (1992) 2 C.P. du N. 193 aux pp. 205 et suiv., par. 10 et suiv.; C. 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 aux pp. 302 et suiv., et R. Joyal, *supra* note 5 à la p. 75, par. 266.

<sup>30</sup> Voir notamment, *C.(G) c. V.-F.(T.)*, *supra* note 3 à la p.281, dans le contexte de l'attribution de la garde à un tiers; *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1 aux pp. 165 et 166; D. Goubau, *supra* note 23 à la p. 14; S. Guillet, *supra* note 29 aux pp. 223 et suiv., par. 87 et suiv.; R. Joyal, *supra* note 5 à la p. 75, par. 266.

<sup>31</sup> *Droit de la famille 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), p. 1735; confirmé en appel par *P.(M.) c. L.B.(G.)*, [1995] 4 R.C.S. 592; *Gordon c. Goertz*, *supra* note 17 aux pp. 72 à 74 (en common law) et p. 75 (en droit civil) (J. L'Heureux-Dubé); *W.(V.) c. S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, à la page 149. Voir aussi dans ce sens M. Pratte, «Le droit d'un tiers...», *supra* note 14 aux pp. 182-183, par. 28.

Par contre, sur l'ampleur des pouvoirs du parent non gardien, deux courants de pensée ont coexisté dans la jurisprudence et dans la doctrine<sup>32</sup>. L'un retenait une interprétation large de la notion de garde. L'autre lui donnait plutôt une interprétation restrictive. Comme nous le savons, c'est ce dernier courant que la Cour suprême a privilégié en 1987 dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*<sup>33</sup> dans le contexte de l'attribution de la garde à un tiers.

Selon le premier courant, c'est-à-dire l'interprétation large de la notion de garde, c'est dans le cadre de ses droits de visite et de sortie que le parent non gardien exerce son autorité parentale qui se limite à un pouvoir de surveillance, le parent gardien assumant en toutes autres circonstances les responsabilités parentales. On retrouve un exemple de l'interprétation large de la notion de garde dans la décision de la *Cour d'appel* dans l'affaire *C. (G.) c. V.-F. (T.)*:

«l'autorité parentale s'exerce normalement là où demeurent les enfants. La présence physique de ceux-ci conditionne l'autorité qui sera exercée sur eux. L'autorité parentale est une affaire de chaque instant. Elle ne peut se dissocier de la présence physique.

PRO [...] Ce n'est donc qu'un pouvoir de *surveillance* que conserve l'époux qui se voit dépouiller de la garde. Il n'est plus question de participer aux décisions relatives à l'entretien et l'éducation comme les parents sont autorisés à le faire par l'art. 648 C.c.Q. (1980 — maintenant art. 600 C.c.Q.) [...]».<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Voir à ce sujet, A. Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *supra* note 29 et M. Pratte, «La garde conjointe...», *supra* note 19, plus particulièrement à la page 561, par. 56, où analysant les pouvoirs du parent non gardien l'auteure précise: « Sur ce point, les avis sont partagés, la situation est confuse. »

<sup>33</sup> *Supra* note 3.

<sup>34</sup> *Droit de la famille* 320, [1987] R.J.Q. 9 (C.A.) pp. 12 et 13 (Juge Nichols) (nos italiques). Dans cette décision, on retrouve deux justifications différentes de l'interprétation large de garde. Madame le Juge L'Heureux-Dubé apporte une précision au jugement du Juge Nichols. Pour elle, l'attribution de la garde n'enlève pas l'autorité parentale à l'autre parent. Voir aussi *P. (D.) c. S. (C.)*, *supra* note 1 à la p. 166 (J. L'Heureux-Dubé). Pour une analyse plus détaillée sur les différentes justifications apportées à l'interprétation large de garde, voir M. Pratte, «La garde conjointe des enfants de familles désunies», *supra* note 19 aux pp. 561 à 563, par. 58 et 59. Les auteurs suivants ont endossé dans l'une ou l'autre de ses formes l'interprétation large de la notion de garde: C. Boisclair, *supra* note 29 à la p. 302; M. Provost, «Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant: réflexions à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel», (1987) 47 R. Du B. 199; C. L'Heureux-Dubé, *supra* note 29: «[...] Il semble donc que du fait du démembrement de l'exercice de l'autorité parentale comme conséquence du divorce ou de la séparation de corps, l'exercice de cette autorité parentale par celui des conjoints qui n'a pas la garde de l'enfant se fasse par le biais de son droit de surveillance et de ses droits de visite et de sortie.», aux pp. 851 et 852. Par ailleurs, certains auteurs ont fait état de ce courant, *sans pour autant l'endosser*. C'est le cas d'Albert Mayrand, dans son article intitulé «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *supra* note 29 aux pp. 197 et suiv. Sur ce point, voir *contra*: *P. (D.) c. S. (C.)* (J. L'Heureux-Dubé), *supra* note 1 à la p. 162. Il en est de même d'E. Groffier-Atala, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale» (1977) 8 R.G.D. 223, 229 et 230. Ici aussi voir *contra*: Claire L'Heureux-Dubé, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?», *supra* note 29 à la p. 849, où on cite Groffier-Atala comme étant en faveur de l'interprétation large de la notion de garde, alors que son texte n'est pas explicite ou clair à cet égard, le passage cité est une hypothèse parmi plusieurs.

C'est en faisant incorrectement référence soit à la common law<sup>35</sup>, soit au droit civil français<sup>36</sup> qu'on a justifié l'interprétation large de la notion de garde.

Par ailleurs, un autre courant privilégie une interprétation restrictive de la notion de garde<sup>37</sup>. Il partage davantage les responsabilités entre les deux parents. Selon cette interprétation, le parent gardien est investi du pouvoir de prendre les décisions quotidiennes (choix alimentaire, vestimentaire, détermination des heures de sortie, des devoirs, etc.) concernant l'enfant, alors que les deux parents prennent ensemble les décisions importantes (éducation religieuse, choix d'établissement d'enseignement, etc.).

Jusqu'en 1987, année où la Cour suprême du Canada a rendu son jugement dans *C.(G.) c. V.-F. (T.)*<sup>38</sup>, les tribunaux ont préféré l'interprétation large de la

<sup>35</sup> Tel que déjà mentionné, voir *supra*, la notion de garde en common law est différente de celle en droit civil. La distinction entre garde légale et physique, dont l'utilisation a été décrite en droit civil québécois comme étant un emprunt inutile à la common law, n'a malheureusement pas empêché cette erreur à continuer de se produire. Dans ce sens, voir notamment, *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, *supra* note 3; C. L'Heureux-Dubé, *supra* note 29 aux pp. 854 et 855; R. Joyal, *supra* note 5 à la p. 76, par 267; M. Pratte, *supra* note 19 à la p. 562, par. 59. Pour des exemples de jugements postérieurs à *C.(G.) c. V.-F. (T.)* qui ont continué à malheureusement utiliser les termes garde légale, garde physique ou garde conjointe, voir notamment *Droit de la famille* 2471, [1996] R.D.F. 556 (C.S.); *Droit de la famille* 1717, [1993] R.J.Q. 166 (C.S.); *Droit de la famille* 2233, [1995] R.D.F. 489 (C.S.) et *Droit de la famille* 301, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.). Le nombre de jugements cité ici n'est aucunement représentatif de la quantité de jugements répertoriés contenant des erreurs de terminologie.

<sup>36</sup> Pour appuyer la thèse de l'interprétation large de la notion de garde, on a souvent invoqué à tort le droit civil français. Voir à titre d'exemple *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1 à la p.122, (J. L'Heureux-Dubé). Le *Code civil français* n'a pas toujours été identique au C.c.Q. Jusqu'en 1987, le droit civil français contenait une disposition très différente de l'article 605 C.c.Q. En effet, l'art. 273-2, al.1 du C.c. français se lisait comme suit:

«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 (nos italiques)».

Il s'agissait donc d'un *texte clair* enlevant au parent non gardien l'exercice de l'autorité parentale, ce qui n'est pas le cas au Québec, que cela soit dans le C.c.Q. ou dans la *Loi sur le divorce*. Sur ce sujet, voir M. Pratte, «La garde conjointe des enfants de familles désunies», *supra* note 19 aux pp. 539 à 541, par. 14 et 15 et 562, par.59, où sont très bien indiquées les distinctions existant entre le droit français et le droit québécois. Voir également, A. Mayrand, *supra* note 29 à la p.199. Sur l'état actuel du droit français, voir *infra*, note 132.

<sup>37</sup> D. Goubau, *supra* note 23 aux pp. 23 à 25, précise à bon droit que «l'art. 605 C.c.Q. fournit un argument de texte en ce sens». Voir aussi M. Castelli et E.-O. DALLARD, *supra* note 5 à la p. 233; M.Pratte, *supra* note 14 et *supra* note 19; R. Joyal, *supra* note 5 à la p. 75, par. 266. Quant à J. Pineau, *supra* note 5 à la p. 283, par. 334, il s'exprime ainsi: «Le devoir d'éducation appartient aux père et mère, dit-on; mais, au cas de désaccord, on l'a vu, l'opinion du juge mettra fin au débat [art. 604 C.c.Q.]. Lorsque les parents sont séparés, il y a lieu de croire que l'emportera celui des parents qui a effectivement la garde des enfants». Nous voyons davantage dans cette affirmation une préoccupation pratique que l'affirmation d'une interprétation large de la notion de garde, ce qui est d'ailleurs confirmé dans un autre passage de son ouvrage, à la p. 174, par. 237.

<sup>38</sup> *Supra* note 3.

garde à l'interprétation restrictive<sup>39</sup>. Mais ils tentaient d'y remédier en utilisant les concepts empruntés à la common law<sup>40</sup>. Bien que les tribunaux aient davantage retenu l'interprétation large de la garde, le C.c.Q. ne permet pas cette interprétation<sup>41</sup>. La Cour suprême est venue le confirmer dans *C.(G.) c. V.-F.(T.)*<sup>42</sup>.

C. *L'éclaircissement apporté par C.(G) c. V.-F.(T.)*<sup>42a</sup> ou l'interprétation restrictive de la notion de garde

En 1987, dans *C.(G) c. V.-F.(T.)*<sup>43</sup>, la Cour suprême, à l'unanimité, sous la plume du juge Beetz, retenait l'interprétation restrictive de la notion de garde. C'est dans une affaire portant sur les conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers, que la Cour suprême du Canada se penchait alors sur le partage des responsabilités entre le gardien et le non gardien<sup>44</sup>. La plus haute Cour du pays apportait alors un éclaircissement des plus souhaitable. Il faut reconnaître qu'il s'imposait pour préciser le sens de l'article 570 C.c.Q. (1980) (devenu l'article 605 C.c.Q.), dont la rédaction avait permis à deux courants d'interprétation de coexister.

En plus de spécifier que l'attribution de la garde à un tiers n'équivaut pas à une déchéance de l'autorité parentale, la Cour précise l'interprétation à donner à l'article 605 C.c.Q. Selon elle, le parent gardien a certainement le pouvoir de prendre les *décisions quotidiennes* concernant l'enfant. En effet, il semble tout

<sup>39</sup> M. Pratte, *supra* note 19 à la p. 561, par. 58.

<sup>40</sup> En guise de rappel, il suffit de mentionner les termes «garde physique, garde légale et garde conjointe», largement utilisés par les tribunaux, pour s'en convaincre. Voir à sujet M. Pratte, *supra* note 14 à la p. 184, par. 32; D. Goubau, *supra* note 23 à la p. 31, mentionne aussi très justement que «Les effets draconiens de la conception «classique» de la notion de garde expliquent la création jurisprudentielle d'une part de la distinction entre garde légale et physique et, d'autre part, de celle de garde légale conjointe».

<sup>41</sup> D'éminents auteurs de doctrine l'ont écrit. Voir notamment G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1942 aux pp. 51-52. Commentant l'art. 215 C.c.B.-C. (605 C.c.Q.), ce dernier s'exprime comme suit: «La garde des enfants n'emporte pas l'exercice exclusif de la puissance paternelle. Nonobstant le jugement, les parents conservent envers leurs enfants leurs droits et surtout leurs devoirs naturels.

Le Code énumère ici les principaux devoirs que les parents doivent acquitter envers leurs enfants, malgré la séparation de corps et la garde attribuée à d'autres personnes. Ils conservent l'obligation et le droit de surveillance et d'éducation, que ce soit au point de vue moral, religieux, intellectuel ou professionnel. Il doivent aussi s'occuper de l'entretien de leurs enfants [...]. Pour acquitter cette tâche de surveillance, d'éducation et d'entretien, il est nécessaire que chacun des époux puisse voir et visiter ses enfants. Très généralement le jugement de séparation de corps reconnaît ce droit à l'époux qui n'a pas leur garde. [...]» Voir aussi R. Lesage, «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique», (1988-89) 91 R. Du N. 46, plus particulièrement à la p. 49.

<sup>42</sup> *Supra* note 3.

<sup>42a</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Bien que la décision concerne les conditions d'attribution de la garde à un tiers, elle s'applique au partage de l'autorité parentale entre parents. Voir dans ce sens, *infra*; *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1 à la p. 163.

à fait logique de laisser au gardien le droit de prendre ces décisions pour l'enfant (décider des habitudes alimentaires et vestimentaires de l'enfant, des heures de sorties et de celles des devoirs, etc.). Toutefois, le parent non-gardien conserve son *pouvoir de surveillance* quant à ces décisions. En effet, ces dernières peuvent parfois influencer sur le bien-être, voire l'intérêt de l'enfant. Si le parent non gardien est en désaccord avec certaines d'entre elles, il peut réagir<sup>45</sup>. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre à l'amiable, le tribunal pourra trancher en vertu de son pouvoir prévu à l'article 604 C.c.Q.

Aussi, précise la Cour, comme le parent non gardien demeure titulaire de l'autorité parentale, il a le droit d'être consulté quand il s'agit de prendre des *décisions importantes* pour la vie de l'enfant (éducation, soins<sup>46</sup>, etc.) :

«C'est aussi en sa qualité de titulaire de l'autorité parentale que revient au parent non gardien le droit de déterminer les options majeures relatives à l'orientation de la vie de son enfant. Ainsi il appartient au père ou à la mère de consentir au mariage d'un enfant mineur et au titulaire de l'autorité parentale d'être consulté sur les conventions matrimoniales projetées (art. 119 C.c.B.-C. et 466 C.c.Q.) Le titulaire de l'autorité parentale doit aussi consentir aux soins ou traitements [...] Le parent non gardien demeure tenu de veiller au bien-être et à l'entretien de l'enfant (voir l'article 39 de la Charte des droits et libertés de la personne). Il demeure investi de l'autorité parentale et il en exerce les attributs qui ne s'opposent pas à l'exercice de la garde par le tiers.»<sup>47</sup>

Comme le résume très bien Marie Pratte,

«Les pouvoirs que perd le parent non gardien et qui sont compensés par un droit de surveillance sont donc uniquement ceux rattachés au droit de garde: c'est-à-dire la faculté de déterminer la résidence de l'enfant, la surveillance et l'entretien quotidien de celui-ci et le pouvoir de prendre les décisions courantes le concernant. Le parent non gardien, toujours titulaire de l'autorité parentale, conserve par ailleurs l'exercice de ses autres droits. Non seulement peut-il, lorsqu'il héberge l'enfant, prendre les décisions quotidiennes le concernant, mais aussi doit-il, en principe, être consulté pour toutes les décisions impliquant l'avenir de l'enfant. Il doit consentir, par exemple, aux soins médicaux ou à tout changement d'orientation religieuse ou scolaire.»<sup>48</sup>

Alors, en droit civil québécois, sauf une ordonnance claire du tribunal à l'effet contraire, les responsabilités du parent non gardien devraient se traduire par un *droit de surveillance* et par un *droit de participation* aux décisions concernant son enfant<sup>49</sup>. Mais, malheureusement, la situation n'est pas aussi limpide.

<sup>45</sup> «Il est vrai que l'attribution de la garde à un tiers signifie qu'une parcelle de l'autorité parentale échappé, quant à son exercice, au parent non gardien. Le gardien exerce un contrôle évident sur le choix des sorties, des loisirs et des fréquentations de l'enfant; il est aussi amené, par sa position privilégiée, à prendre les *décisions courantes* qui affectent la vie de l'enfant. Privé la majorité du temps de la présence physique de son enfant, le parent non gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien. [...] (nos italiques)» C.(G.) c. V.-F. (T.), *supra* note 3 à la p. 282.

<sup>46</sup> Non pas les soins de routine, mais ceux qui sont plus importants, voir à cet effet, *Protection de la jeunesse* — 738, [1995] R.D.F. 372 (C.Q.), à la p. 376 et *Protection de la jeunesse* — 606, [1993] R.D.F. 353 (C.Q.).

<sup>47</sup> C.(G.) c. V.-F. (T.), *supra* note 3 aux pp.282 et 283.

<sup>48</sup> *Supra* note 19 à la p. 565, par. 64.

<sup>49</sup> M. Pratte, *supra* note 14 aux pp. 195-98. Voir aussi M. Cano, *supra* note 12 à la p. 271.

## II. *La remise en question du partage des responsabilités parentales après une rupture*

La Cour suprême a saisi à quelques reprises l'occasion de se prononcer sur l'interprétation à donner à la notion de garde. Dans ces récentes décisions, on voit poindre une remise en question de l'interprétation étroite de la notion de garde, privilégiée au Québec depuis la décision de la Cour suprême du Canada, en 1987, dans *C.(G.) c. V.-F. (T.)*<sup>50</sup> (A). De plus, de ces jugements, découle une certaine ambiguïté sur le modèle de la famille à privilégier dans le contexte d'une rupture et il y a là matière à débat(B).

### A. *Les récents arrêts de la Cour suprême et la notion de garde, ou l'interprétation large remise à l'honneur*

Nous aborderons dans l'ordre les litiges sur les limitations des droits d'accès dans le contexte de conflits entre parents sur l'éducation religieuse<sup>51</sup>, de déménagement du parent gardien<sup>52</sup> et de l'application de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*<sup>53</sup>.

#### 1. Les affaires *P. (D.) c. S.(C.)*<sup>54</sup> et *Young c. Young*<sup>55</sup>

Il faut d'abord mentionner que c'est en *obiter* que la Cour examine l'interprétation du droit de garde. En effet, alors que dans *P. (D.) c. S.(C.)*, le litige principal porte sur «le critère applicable en matière de droit de visite et de sortie d'un enfant mineur par un parent privé de la garde<sup>56</sup>», Mme le juge L'Heureux-Dubé, qui écrit pour la majorité, se penche, *en obiter*, sur la question de la garde: «Même si est ici en cause le droit de visite et de sortie, un démembrement du droit de garde, il convient, si brièvement soit-il, de l'examiner dans le contexte plus large du droit de garde lui-même.<sup>57</sup>» Du point de vue du

<sup>50</sup> *Supra* note 3.

<sup>51</sup> *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1, en appel de la Cour d'appel du Québec dans une situation d'une rupture de conjoints de fait et non d'un divorce et *Young c. Young*, *supra* note 13, en appel de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans le contexte d'un divorce cette fois.

<sup>52</sup> *Gordon c. Goertz*, *supra* note 17.

<sup>53</sup> R.T. Can. 1983, no 35. Voir *P. (M.) c. L.B. (G.)*, *supra* note 31; *S.(D.) c. W.(V.)*, *supra* note 31.

<sup>54</sup> *Supra* note 1.

<sup>55</sup> *Supra* note 13.

<sup>56</sup> *Supra* note 1 à la p. 148 (J. L'Heureux-Dubé). Tous s'entendent sur ce point, voir p. 194 (J. McLachlin). En l'espèce, le parent non gardien est témoin de Jéhovah, ce qui est source de mésentente entre les parents quant à l'éducation religieuse à donner à leur enfant âgé de trois ans et demi.

<sup>57</sup> *Ibid.* à la p. 156. Elle rend jugement pour les juges La Forest et Gonthier. C'est donc trois juges sur sept qui se prononcent explicitement sur la notion de garde en droit civil québécois, dont deux juges du Québec (L'Heureux-Dubé et Gonthier). Comme le troisième

droit québécois, cette décision est plus importante puisque le litige provient du Québec et qu'il ne se pose pas dans le contexte d'un divorce<sup>58</sup>. Le même scénario se présente dans l'affaire *Young c. Young*<sup>59</sup>. Bien que la question principale porte, tout comme dans *P. (D.) c. S.(C.)*<sup>60</sup>, sur les limitations des droits d'accès et l'intérêt de l'enfant<sup>61</sup>, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin étudient, *en obiter*, la question de la garde<sup>62</sup>.

Dans *P. (D.) c. S. (C.)*, la majorité de la Cour conclut que «[...] le droit de garde comprend le droit de décider de l'éducation religieuse de son enfant[...]»<sup>63</sup>. Elle retient l'interprétation large de la notion de garde, en ayant recours à plusieurs arguments<sup>64</sup>. La Cour cite sa décision de 1987 dans l'affaire *C.(G.) c.*

juge du Québec n'était pas sur le banc, c'est l'unanimité des juges du Québec formant le banc qui se prononce sur la question. Par ailleurs, les juges McLachlin et Sopinka (qui souscrit aux motifs du juge McLachlin) sont dissidents. Ils refusent de se pencher expressément sur cette question, même en obiter, voir pp. 190 et 193. Les juges Cory et Iacobucci ne se prononcent pas sur ce sujet.

<sup>58</sup> Il est donc impossible de soutenir ici que dans le contexte d'un divorce, c'est la *Loi sur le divorce*, *supra* note 2, qui détermine les règles applicables.

<sup>59</sup> *Supra* note 13. Il faut noter que cette décision a été rendue le même jour que l'affaire *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1. Dans *Young*, les parents ne partagent pas les mêmes croyances religieuses. Le père est témoin de Jéhovah et la mère est anglicane. Cette dernière demande la limitation des droits d'accès du parent non gardien, plus précisément «de s'abstenir de leur inculquer la foi des Témoins de Jéhovah ou de les faire participer à des activités à l'église», à la p. 27. Le père réplique par demande reconventionnelle au divorce. Il demande la garde provisoire partagée et prétend que les demandes de la mère violent ses droits ainsi que ceux de ses enfants (droit à la liberté de religion) reconnus dans la Charte.

<sup>60</sup> *Supra* note 1.

<sup>61</sup> *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p. 26 (J.L'Heureux-Dubé) et 111 (J. McLachlin).

<sup>62</sup> En effet, Mme le juge L'Heureux-Dubé affirme: «Certes, la question de la garde n'est plus en litige, car les parties ont convenu que l'appelante conserverait la garde de leurs trois enfants, il reste toutefois nécessaire, pour bien situer le contexte, d'examiner les principes sous-jacents à l'attribution de la garde», p. 34. Bien que Madame le juge L'Heureux-Dubé soit dissidente quant au résultat, les juges La Forest et Gonthier souscrivent à son opinion. Encore une fois, deux juges du Québec se penchent sur l'interprétation à donner à la notion de garde en droit civil. Quant au juge McLachlin, en fonction des faits de la cause, elle se penche sur l'interprétation de la garde en common law et dans le contexte du divorce, mais pas spécifiquement en droit civil québécois, voir les pp. 124 et suiv. de ses motifs, tout comme les juges Cory et Iacobucci. Par ailleurs, il est très difficile de savoir en faveur de quelle opinion les juges Cory et Iacobucci se prononcent (bien qu'ils soient plus favorables à limiter le moins possible les droits d'accès (McLachlin), ils ne se prononcent pas sur le partage des responsabilités parentales) pp. 109 et 110. Ici aussi, le juge Sopinka souscrit au jugement du juge McLachlin, voir p. 107.

<sup>63</sup> *Supra* note 1 à la p. 162.

<sup>64</sup> À la page 160 du jugement, la majorité de la Cour invoque notamment une décision de 1986 de la Cour d'appel du Québec, l'affaire *Droit de la famille 274*, [1986] R.J.Q. 945 (C.A.). Mais, cette dernière a été rendue avant la décision de la Cour suprême dans *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, *supra* note 3, qui a tranché en sens contraire. On peut affirmer la même chose quant au passage cité, à la p. 161, de l'ouvrage de J. Pineau, *supra* note 5, qui date de 1982. Dans ce passage, à la page 283 de son ouvrage, Pineau affirmait effectivement que « [En ce qui a trait à l'éducation, [l]orsque les parents sont séparés, il y a lieu de croire que l'emporterait celui des parents qui a effectivement la garde des enfants.» Tel que déjà mentionné, *supra* note 37, nous croyons pouvoir affirmer que l'auteur faisait ainsi allusion

*V.-F. (T.)*<sup>65</sup>, mais sans reprendre tous les motifs du jugement sur le partage des responsabilités entre le gardien et le non gardien. Ainsi, se fondant sur *C.(G.) c. V.-F. (T.)*<sup>66</sup>, la décision souligne, et ce à bon droit, que le fait pour un parent d'être privé de la garde ne lui enlève aucunement son autorité parentale sur son enfant et n'équivaut pas à une déchéance de l'autorité parentale<sup>67</sup>. La Cour fait référence au fait que le parent non gardien a des devoirs de surveillance et d'éducation, mais affirme qu'il les exerce dans le cadre des droits d'accès<sup>68</sup>. Quant au devoir d'éducation, pour la Cour, il comprend le droit d'être informé, sur demande, des résultats scolaires de l'enfant<sup>69</sup>. Toutefois, le tribunal ne reprend pas l'important passage de *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, à l'effet que les décisions importantes relèvent des deux parents<sup>70</sup>.

Plutôt qu'omettre ce passage, la Cour aurait pu distinguer les deux affaires. Ainsi, elle aurait pu repousser l'application de *C.(G.) c. V.-F. (T.)*<sup>71</sup> puisque cette affaire concernait l'attribution du droit de garde à un tiers. Bien que nous n'aurions pas partagé ce point de vue, on aurait pu soutenir que dans le contexte où la garde est accordée à un tiers, il importe de laisser davantage de droits au parent non-gardien, puisque le tiers n'est pas titulaire de l'autorité parentale. Mais la Cour ne distingue pas de cette façon. Au contraire et selon nous à bon droit, elle précise que «*Le parent non gardien demeure tenu de veiller au bien-*

---

à l'organisation pratique du partage des responsabilités parentales plutôt qu'à la règle de droit en tant que telle. La Cour mentionne plusieurs autres points. Citons, tel que rapporté aux pp. 161 et 162 du jugement, l'extrait d'un article d'Albert Mayrand, sur la garde conjointe, *supra* note 29 à la p. 197. Il faut noter que bien qu'il affirme, à la page 197 de son article: «...on a fini par donner à la garde un sens extrêmement large...», il n'est pas nécessairement en accord avec cette situation, voir *supra* note 34. En effet, il prend le soin d'ajouter que «Quoique la loi ne soit pas expresse et que les avis soient partagés à ce sujet, on enseigne généralement que le parent gardien a la prérogative de prendre les décisions relatives à l'éducation et l'entretien de l'enfant» (soulignement dans l'original). Il est intéressant de noter que le jugement de la Cour suprême, à la p. 162, ne souligne qu'une partie de l'extrait. Quant au passage cité, à la p. 162 de l'arrêt, de l'ouvrage de M. Ouellette, *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1991, p. 187, il ne s'agit que d'une définition d'éducation, ce qui ne nous aide pas sur le partage des responsabilités entre les deux parents.

<sup>65</sup> *Supra* note 3.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *P. (D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1 aux pp. 163 et 164 (J. L'Heureux-Dubé).

<sup>68</sup> *Ibid.* à la p. 164.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, *supra* note 3 à la p. 282. Cet arrêt avait pourtant été suivi par les tribunaux inférieurs. Voir notamment Commission scolaire Pierre-Neveu c. *Poulin*, J.E. 93-234 (C.S.); *Droit de la famille 1286*, [1989] R.D.F. 657 (C.S.); *Droit de la famille 1322*, [1990] R.D.F. 409 (C.S.); *Droit de la famille 1930*, [1994] R.D.F. 141 (C.S.); *Droit de la famille 2464*, [1996] R.D.F. 537 (C.S.); *Protection de la jeunesse — 738*, *supra* note 47 et *Droit de la famille 1185*, [1988] R.D.F. 260 (C.S.). D'autres décisions ont appliqué *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, mais en démontrant une certaine réticence. Voir *Droit de la famille 1318*, [1990] R.D.F. 250 (C.S.) et *Droit de la famille 301*, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.). Il faut mentionner cependant que le tribunal est conscient d'omettre ce passage, car il place, à l'endroit approprié (à la p. 163), des points de suspension dans sa citation de *C. (G.) c. V.-F. (T.)*.

<sup>71</sup> *Ibid.*

être et à l'entretien de son enfant [...] *Il demeure investi de l'autorité parentale et il en exerce les attributs qui ne s'opposent pas à l'exercice de la garde par le tiers [ou par le parent gardien]* »<sup>72</sup>. La Cour élargit par le fait même, la portée de l'affaire *C.(G.) c. V.-F. (T.)*<sup>73</sup> aux litiges de garde entre parents.

La limitation des devoirs du parent non gardien à celui de surveillant est abordée aussi *en obiter* dans l'affaire *Young*, tel qu'en fait foi le passage suivant sur le droit civil québécois:

«Une situation parallèle est sanctionnée par le Code civil du Québec relativement à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation ou de divorce<sup>74</sup>. L'article 647 C.c.Q. accorde des droits égaux aux parents quant à l'exercice de l'autorité sur leurs enfants [...]. Toutefois, les tribunaux doivent, aux termes de l'art. 569, trancher les questions de garde, d'entretien et d'éducation des enfants «dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits», et l'art. 570 [605 C.c.Q.] ne réserve que le droit du parent qui n'a pas la garde d'exercer une surveillance sur ces questions<sup>75</sup>.»

À notre avis, dans ce passage la Cour, de nouveau, ne respecte pas l'esprit de sa décision dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*<sup>76</sup>.

Par ailleurs, comme l'affaire *Young*<sup>77</sup> se situe dans le cadre d'un divorce, la Cour analyse l'interprétation à donner à la *Loi sur le divorce*<sup>78</sup>, en l'occurrence

<sup>72</sup> *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1 à la p. 163. C'est la Cour qui souligne et qui indique entre crochets le passage suivant: [ou par le parent gardien].

<sup>73</sup> *Supra* note 3.

<sup>74</sup> Tel que déjà mentionné, la Cour reconnaît ici implicitement que la réalité civiliste doit être prise en compte dans le contexte de la *Loi sur le divorce*.

<sup>75</sup> *Supra* note 13 aux pp. 38 et 39.

<sup>76</sup> *Supra* note 3. Tel que déjà mentionné, la Cour ne réfère pas aux passages à l'effet que les décisions importantes relèvent des deux parents. Pour appuyer leur opinion dans l'affaire *Young*, les juges se prononçant sur la garde en droit civil québécois précisent: «Comme l'écrivait le juge Beetz, au nom de notre Cour, dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, à la p. 280, «l'attribution de la garde a pour effet de retirer au parent n'ayant pas la garde le droit d'exercer l'autorité parentale». *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p. 39. La soussignée n'a jamais pu trouver le passage où de tels propos ont été tenus dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*. Ce qui ressort du jugement est plutôt à l'effet contraire. Voir notamment la page 281 du jugement où il est précisé que "[...] Le démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne fait pas perdre au parent non gardien sa qualité de titulaire de l'autorité parentale [...]". Il s'agit probablement d'une erreur, car ce passage contredit l'extrait cité dans la décision *P. (D.) c. S. (C.)*, *supra* note 1 à la p. 163, rendue le même jour par la Cour et impliquant les mêmes questions, que nous reproduisons: «...le titulaire qui perd l'exercice du droit de garde n'est pas dépouillé de tous les attributs de l'autorité parentale. Le démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne fait pas perdre au parent non gardien sa qualité de titulaire de l'autorité parentale...».

À la page 39 de son jugement, elle cite aussi à l'appui de sa position une décision de la Cour d'appel du Québec de 1987, *Dussault c. Ladouceur* (1987) 14 R.F.L. (3d) 185. Tant du point de vue de la hiérarchie des tribunaux que de la valeur des motifs, la décision de la Cour suprême de 1987 dans l'affaire *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, *supra* note 3, a préséance. Et pour appuyer d'abondant sa position, elle réfère à d'autres décisions qui ne sont pas toutes de droit civil (voir les pages 39 et suiv.), ce qui diminue d'autant leur portée.

<sup>77</sup> *Supra* note 13.

<sup>78</sup> *Supra* note 2.

aux articles 16(8) (principe de l'intérêt de l'enfant)<sup>79</sup> et 16(10) (principe du « maximum de communication » avec les deux parents)<sup>80</sup>. À l'instar de l'art. 605 C.c.Q., l'art. 16(10) ouvre la porte à deux interprétations différentes dans le contexte d'un divorce en common law. Bien que l'opinion majoritaire soit à l'effet que le critère du maximum de communication n'est pas absolu<sup>81</sup>, les opinions sont partagées sur sa portée. Le juge L'Heureux-Dubé rejette l'argument à l'effet que l'art. 16(10) a opéré un changement de philosophie en matière de garde, en vertu duquel elle doit être interprétée plus restrictivement<sup>82</sup>. Quant au juge McLachlin, elle repousse l'interprétation large de la notion de garde dans le contexte du divorce, telle que défendue par sa collègue:

«La décision du législateur de favoriser au maximum les contacts entre les enfants et ses parents s'appuie largement sur les recherches effectuées en la matière, lesquelles concluent à l'effet bénéfique d'une continuité de l'accès. [...] Il s'ensuit qu'il faut rejeter l'argument selon lequel celui des parents qui a la garde devrait avoir le droit d'interdire certains types de contact entre l'enfant et celui qui a un droit d'accès. Les désirs du parent ayant la garde ne sont pas le critère ultime en la matière. *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la page 101. Le seul cas où le contact avec l'un des parents peut être limité est celui où il y a conflit entre ce contact et l'intérêt de l'enfant.»<sup>83</sup>

Le débat sur le partage de l'autorité parentale est donc tout aussi pertinent en common law, dans le contexte d'un divorce, qu'en droit québécois<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> L'art. 16 (8) se lit comme suit: «En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation».

<sup>80</sup> L'art. 16(10) est rédigé comme suit: «En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque parent le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact».

<sup>81</sup> L'intérêt de l'enfant, «critère ultime» met une limite au principe du maximum de communication avec les deux parents, *Young c. Young*, *supra* note 13 aux pp. 44 et 45 (J. L'Heureux-Dubé) et aux pp. 117-118 (J. McLachlin).

<sup>82</sup> *Ibid.* aux 44 à 46. Rappelons que les juges La Forest et Gonthier souscrivent sans réserve à ses motifs. Il est utile de noter que l'art. 16(10) a été critiqué par certains auteurs féministes comme étant le résultat du lobby des pères. Voir notamment M. Cano, *supra* note 12 aux pp. 274-75. Pour une analyse de l'interprétation de l'art. 16(10), plus particulièrement dans le contexte du déménagement du parent gardien, voir M. Bailey et M. Giroux, *Le déménagement du parent gardien*, coll. «Recherche en matière de politiques», Ottawa, Condition féminine Canada, 1998, plus particulièrement aux pp. iv et 65 et suiv.

<sup>83</sup> *Young c. Young*, *supra* note 13 aux pp. 118-19. Rappelons ici aussi que le juge Sopinka souscrit à ces motifs et tel que mentionné, il est difficile de juger où se situent les juges Cory et Iacobucci dans le débat, voir *supra* note 63. Ils sont davantage favorables à limiter les restrictions au droit d'accès, mais ne se prononcent pas sur le partage des responsabilités parentales.

<sup>84</sup> *Supra* note 23. Voir également N. Bala, *supra* note 23, qui résume la situation comme suit: «[...] the Supreme Court articulated at least three distinct interpretations of the best interests test, and in effect defined three different models of post-separation family life, with McLachlin and Sopinka JJ. putting the most emphasis on the role of the non-custodial parent, and L'Heureux-Dubé J. giving a dominant role to the custodial parent», à la p. 459; M. Bailey, «Developments in Family Law: The 1994-95 Term», (1996) 7 (2d) Sp. Ct. Law Review 327, plus particulièrement, à la p. 364; M.J. Bailey, «Custody, Access, and Religion: A Comment on *Young v. Young* and *D.P. v. C.S.*», (1994) 11 C.F.L.Q. 317 et D. Goubau, *supra* note 23.

2. Les affaires *Gordon c. Goertz*<sup>85</sup> et *S.(D.) c. W.(V.)*<sup>86</sup>

En 1996, suite aux décisions *P.(D.) c. S.(C.)*<sup>87</sup> et *Young c. Young*<sup>88</sup>, la Cour suprême se penche sur un litige concernant le déménagement du parent gardien dans *Gordon c. Goertz*<sup>89</sup>. La question du déménagement du parent gardien est intimement liée à celle de l'intérêt de l'enfant, tout comme l'était l'interprétation de l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce*<sup>90</sup>. En effet, dans le contexte d'une requête en changement de garde, il importe d'abord d'examiner si un changement important est survenu depuis l'ordonnance et ensuite, quel est, à la lumière de ce changement, l'intérêt de l'enfant<sup>91</sup>. À l'unanimité et sans surprise, la Cour reconnaît que le parent gardien peut décider de la résidence des enfants dont il a la garde<sup>92</sup>. En l'espèce, la mère pouvait donc décider d'aller s'installer en Australie avec les enfants dont elle avait la garde. De plus, le juge L'Heureux-Dubé se prononce ici aussi en *obiter* sur le partage, en général, des responsabilités parentales en droit québécois et en common law. Elle donne à nouveau une interprétation large à la notion de garde<sup>93</sup>.

À cette étape du raisonnement, la Cour doit se demander si cette nouvelle situation, c'est-à-dire le déménagement en Australie, justifie un changement de garde. En d'autres mots, même si le parent gardien peut choisir la résidence de l'enfant, cela n'implique pas qu'il puisse toujours concrétiser ce choix sans problème. Ainsi et à bon droit, la Cour juge à l'unanimité que le déménagement en Australie est un changement important en vertu de l'art. 17(5) *Loi sur le divorce*<sup>94</sup>. L'intérêt de l'enfant, à la lumière de ce changement, retient ensuite l'attention de la Cour. Sur le résultat, tous les juges sont d'accord. Le pourvoi doit être rejeté. L'intérêt de l'enfant exige que la mère conserve la garde. Cependant, les opinions divergent quant au fardeau de la preuve sur cette

---

<sup>85</sup> *Supra* note 17.

<sup>86</sup> *Supra* note 31.

<sup>87</sup> *Supra* note 1.

<sup>88</sup> *Supra* note 13.

<sup>89</sup> *Supra* note 17. En appel de la Cour d'appel de la Saskatchewan. Lorsqu'il apprend que son ex-épouse, parent gardien en l'occurrence, déménage du Canada vers l'Australie avec les enfants pour y suivre un cours d'orthodontie, le père, parent non gardien bénéficiant de larges droits d'accès, réagit en présentant une requête en modification de la garde. Le rejet de sa requête en première instance est confirmé par la Cour d'appel.

<sup>90</sup> *Supra* note 2.

<sup>91</sup> *Ibid.* art. 17 (5).

<sup>92</sup> *Gordon c. Goertz*, *supra* note 17 à la p.53 (en common law seulement) (J. McLachlin). Souscrivent au motifs de McLachlin, le juge en chef Lamer ainsi que les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major. Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont au même effet, voir les pp. 70 à 72 en common law et la page 75, en droit civil québécois. Le juge La Forest souscrit aux motifs du juge L'Heureux-Dubé. À la p.106, en common law et en droit civil, le juge Gonthier est du même avis. La situation est donc la même sur ce point, tant en droit civil québécois qu'en common law, voir aussi *supra*, I.B.

<sup>93</sup> *Supra* note 17 aux pp. 69 à 72 (common law), aux pp. 72 à 74 (divorce) et aux pp. 75 et 76 (droit civil).

<sup>94</sup> *Supra* note 2. *Gordon c. Goertz*, *supra* note 17 à la p.61 (J. McLachlin).

question. Mme le juge L'Heureux-Dubé, minoritaire sur ce point, met de l'avant une présomption en faveur du parent gardien<sup>95</sup>. En vertu de cette présomption, les décisions prises par le parent gardien, principal pourvoyeur de soins, seront présumées être dans l'intérêt de l'enfant, jusqu'à preuve du contraire. Elle réitère, dans le même esprit que ses décisions précédentes, mais en allant jusqu'au bout de son raisonnement, que le parent gardien doit avoir tous les pouvoirs. L'idée de la présomption en faveur du parent gardien est toutefois loin de faire l'unanimité chez les juges de la Cour suprême<sup>96</sup>.

En 1996, parallèlement à *Gordon*<sup>97</sup>, la Cour suprême rendait une autre décision, *S.(D.) C. W.(V.)*<sup>98</sup>, dans le contexte de la *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*<sup>99</sup> et de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> *Ibid.* aux pp. 82 et suiv.

<sup>96</sup> La majorité (huit juges sur neuf) repousse l'application d'une présomption. Pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, II.B.

<sup>97</sup> *Supra* note 17.

<sup>98</sup> *Supra* note 31. En appel de la Cour d'appel du Québec. Dans cette affaire, les parties ont obtenu un divorce aux États-Unis, plus particulièrement au Maryland, le 29 septembre 1988. Ce jugement confiait la garde de la fille des parties au père, l'appelant en l'espèce, avec des droits de visite et de sortie à la mère, l'intimée en l'espèce. En novembre 1989, l'appelant déménage au Michigan avec l'enfant. L'intimée réagit en présentant, dès le 15 décembre suivant, un requête pour outrage au tribunal et une autre pour le respect, la modification et l'augmentation de ses droits d'accès. Une entente est entérinée par la Cour de circuit le 13 mars 1990, établissant notamment un horaire de visites supervisées. Dans l'intervalle, soit le 13 février 1990, l'appelant déménage au Québec avec l'enfant. Une requête pour outrage et en changement de garde est présentée par l'intimée devant la Cour de circuit. Cette dernière fait droit à la requête le 8 mai 1990. La décision est confirmée par la Cour des appels spéciaux, le 14 mai 1991. Quelques jours avant cette décision, l'appelant dépose devant la Cour supérieure du Québec une requête pour obtenir la garde de l'enfant. L'intimée réplique par une demande reconventionnelle en exigeant le retour de l'enfant en vertu de la Loi. La Cour supérieure rejette la requête de l'appelant et ordonne le retour de l'enfant aux États-Unis. Ce jugement est par la suite confirmé par la Cour d'appel du Québec, le 2 août 1993. L'enfant et l'intimée sont donc retournés au Maryland. Pour plus de détails, voir les pp. 106 à 118 du jugement. La Cour doit répondre à plusieurs questions. La *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* s'applique-t-elle aux faits de la cause? Si oui, la Cour supérieure, qui a confirmé l'ordonnance de retour de l'enfant aux États-Unis en vertu de la Loi, a-t-elle erré en droit? Si non, la Cour supérieure du Québec est-elle compétente pour entendre le litige sur la garde de l'enfant?, voir p. 115 du jugement. Même si la Convention ne s'applique pas aux déplacements du parent gardien, la Cour suprême a rejeté le pourvoi et a ainsi confirmé la décision de première instance qui avait ordonné le retour de l'enfant.

<sup>99</sup> *Supra* note 54. En 1995, la Cour avait rendu une autre décision dans ce contexte dans l'affaire *P. (M.) c. L. B. (G.)*, *supra* note 31. Dans un jugement très court et sans impact pour la question sous étude, la Cour confirme la décision de la Cour d'appel du Québec qui avait modifié l'ordonnance de garde, vu le non respect d'une clause de maintien de résidence au Québec. Le père a ainsi obtenu la garde des enfants.

<sup>100</sup> L.R.Q., c. A-23.01. Il faut noter que finalement, ni la Loi, ni la Convention n'ont été appliquées par les tribunaux québécois. Le sort du litige a été réglé en vertu du C.c.Q. et de l'art. 46 C.p.c. Pour un commentaire sur le large pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux québécois en matière de garde par cet article, voir S. Pilon, «La jurisprudence marquante de la dernière année en droit familial», dans Service de la Formation Permanente

Sans s'attarder plus amplement à la décision, mentionnons seulement que la Cour supérieure, en rejetant la requête en changement de garde du père, appelant en l'espèce, et en ordonnant le retour de l'enfant aux États-Unis, a décidé en vertu du seul principe applicable: l'intérêt de l'enfant. Malgré le fait que toutes les questions sont reliées, les commentaires de la Cour sur les autres points demeurent des *obiter*. Ainsi, tout comme dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*<sup>101</sup>, on affirme que le parent gardien peut décider de la résidence des enfants<sup>102</sup>. Partant de ce principe, la Cour, sous la plume du juge L'Heureux-Dubé, réaffirme l'interprétation large de la notion de garde en droit civil québécois, avec les mêmes justifications que dans *P.(D.) c. S.(C)*<sup>103</sup> et dans *Young c. Young*<sup>104</sup>. Mais cette fois, l'interprétation large de la notion de garde reçoit implicitement l'assentiment de toute la Cour<sup>105</sup>. Comment interpréter ce silence? Ce point aurait-il échappé aux autres juges, plus particulièrement aux juges civilistes de la Cour?

Une chose est certaine, toutes ces décisions remettent en question la notion d'autorité parentale, élaborée aux art. 599 et suiv. du *Code civil du Québec*, telle qu'interprétée par la Cour suprême du Canada dans *C.(G) c. V.-F.T.*<sup>106</sup>. L'interprétation large de la notion de garde est donc remise à l'honneur. Est-ce à bon droit que la Cour en arrive à cette conclusion? Nous ne le croyons pas. Nous tenons pour acquis que le choix de l'éducation de l'enfant et plus particulièrement de l'éducation religieuse, constitue une décision importante qui relève des deux parents<sup>107</sup>. Aussi, même si nous sommes d'accord avec l'idée que c'est au gardien que revient le choix de la résidence de l'enfant dont il a la garde, cela n'implique pas pour autant l'application d'une définition large de la notion de garde<sup>108</sup>. Comme nous l'avons vu, le droit civil québécois exige

---

du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996 à la p. 1.

<sup>101</sup> *Supra* note 17.

<sup>102</sup> *W.(V.) c. S.(D.)*, *supra* note 31 à la p. 149.

<sup>103</sup> *Supra* note 1.

<sup>104</sup> *Supra* note 13.

<sup>105</sup> *Supra* note 31 aux pp. 146 à 152 (J. L'Heureux-Dubé). Il faut noter que dans cette décision, le juge McLachlin est d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, «sous réserve des observations [qu'elle a] formulées dans *Goertz* sur les droits et les obligations des parents gardiens», à la p. 115. Les juges Lamer, Iacobucci et Major souscrivent aux motifs du juge McLachlin. Les juges Sopinka et Cory sont du même avis. Cependant, les observations faites par le juge McLachlin dans *Goertz* ne portaient pas sur le droit civil québécois, mais sur le fardeau de preuve, c'est-à-dire sur l'application d'une présomption en faveur du parent gardien. Les juges La Forest et Gonthier souscrivent aux motifs du juge L'Heureux-Dubé. Ainsi, dans ce contexte, les propos du juge L'Heureux-Dubé sont sensés représenter l'état du droit québécois sur la question.

Par ailleurs, pour une critique de l'interprétation de la notion de garde dans le cadre de la Convention, voir M. Bailey, "The Right of a Non-Custodial Parent to an Order for Return of a Child under The Hague Convention", (1996) 13 C.J.F.L. 287.

<sup>106</sup> *Supra* note 3.

<sup>107</sup> *Ibid.* et Partie I.A.

<sup>108</sup> Art. 80 et 602 C.c.Q. et voir *supra* note 28 à la p. 13.

une interprétation plus restrictive de la notion de garde. À cet égard, il faut se rappeler les enseignements du juge Beetz dans *C.(G.) c. V.-F. (T.)*<sup>109</sup>. Ces derniers sont toujours applicables, car ce n'est qu'en *obiter* que la Cour suprême a plus récemment remis cette interprétation en question.

Ainsi, au contraire de la situation qui prévaut en common law, en principe, en droit civil québécois, l'autorité parentale s'exerce donc conjointement. Il faudrait un texte clair<sup>110</sup> ou une ordonnance du tribunal à l'effet contraire — ce qui est toujours possible en vertu de l'art. 604 C.c.Q. —, pour éviter cette interprétation. La règle est la même en matière de tutelle. Les articles 195 et 606 C.c.Q. permettent d'articuler l'esprit du système civiliste québécois en matière de partage de responsabilités parentales et de tutelle<sup>111</sup>. La seule différence entre les deux ensembles de règles est la plus grande clarté de celles qui prévalent en matière de tutelle.

En définitive, ces décisions mettent en lumière l'ambiguïté quant au modèle de la famille à privilégier, tant en droit civil qu'en common law, y compris dans le contexte d'un divorce<sup>112</sup>. C'est pourquoi il importe maintenant de se pencher sur les motifs sous-jacents à la remise à l'honneur de l'interprétation large de la notion de garde. En effet, il n'est pas utile de nier que le droit actuel sur le partage des responsabilités parentales après une rupture est ambigu. Il faut plutôt rechercher une solution susceptible de favoriser le mieux possible le meilleur intérêt de l'enfant.

#### B. *L'interprétation large de la notion de garde: un aperçu du pour et du contre*

Que ce soit en droit civil ou en common law, la problématique du partage des responsabilités parentales en cas de rupture mérite qu'on s'y attarde. On doit se poser la question suivante: à la lumière des importantes mutations sociales des notions de paternité et de maternité, notamment celles qui ont été causées par l'augmentation du nombre de divorces, comment doit-on partager les responsabilités parentales après une rupture, pour assurer le meilleur intérêt de l'enfant? Plusieurs réponses différentes peuvent être apportées à cette question.

Les tenants de l'interprétation large de la notion de garde iront jusqu'à soutenir que l'intérêt de l'enfant exige l'application d'une présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins<sup>113</sup>, tandis que ceux qui privilégient une interprétation plus restrictive plaideront en faveur de l'adoption d'une présomption de garde partagée, pour le plus grand respect de l'intérêt de

<sup>109</sup> *Supra* note 3.

<sup>110</sup> Tel l'ancien art. 273-2, al. 1 du Code civil français, *supra* note 36.

<sup>111</sup> Voir *supra*.

<sup>112</sup> *Supra* note 87.

<sup>113</sup> Voir notamment les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, *ssupra* note 17 aux pp. 82 et suiv.

l'enfant<sup>114</sup>. Plusieurs solutions intermédiaires existent entre ces deux extrêmes. Pour tenter d'éclaircir cette question, voyons dans l'ordre, les arguments invoqués en faveur d'une interprétation large de la notion de garde de même que ceux soutenant l'interprétation restrictive de cette même notion<sup>115</sup>.

Plusieurs arguments sont invoqués au soutien de l'interprétation large de la notion de garde<sup>116</sup>. Nous les verrons brièvement. Ainsi, deux arguments reliés sont souvent mis de l'avant en ce sens: l'autonomie du parent gardien et de l'intérêt de l'enfant. Selon Mme le juge Claire L'Heureux-Dubé, on doit donner plus de pouvoir «au parent qui s'occupe jour après jour de l'éducation de l'enfant». Pour ce faire, l'application d'une présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins s'impose. Elle reprend un passage d'un article de Susan Boyd pour appuyer ses dires:

«...une conception inappropriée de la notion d'«égalité» est manifeste dans les courants législatifs et judiciaires qui tendent à consacrer les droits des pères en matière de garde d'enfants, telles la garde partagée et l'exécution forcée du droit d'accès. On a peut-être trop insisté, ces dernières années, sur l'importance d'assurer une contribution «égale» du père dans la vie des enfants après la dislocation de la famille, même si cette contribution n'était pas «égale» auparavant. La forme sous laquelle se traduit souvent cette tendance — savoir le souci de conserver au père et à la mère un rôle pleinement actif dans les décisions concernant l'enfant (garde légale partagée)— risque potentiellement de saper l'autonomie et la marge discrétionnaire du parent qui a la garde physique de l'enfant»<sup>117</sup>.

La protection du meilleur intérêt de l'enfant est mise en relation avec l'autonomie du parent gardien. Pour les tenants de cette idée, l'interprétation large de la garde doit prévaloir parce que confier plus de droits au parent non gardien diminuerait les pouvoirs du parent gardien, sans pour autant lui enlever les responsabilités afférentes à la garde ou réduire le poids de sa trop piètre situation financière:

«[...] Pareille extension risquerait nettement de réduire simplement le pouvoir décisionnel du parent gardien, sans diminuer d'autant ses responsabilités. Elle n'offre aucun avantage et ne peut qu'amener des perturbations, tant pour les femmes qui, en

<sup>114</sup> Voir notamment, Conseil de la Famille, *La famille ... composée autrement: Avis*, Québec, Conseil de la famille, 1995, plus particulièrement à la p. 60 où le Conseil recommande l'adoption d'une telle présomption. En fait, ce serait en réaction à l'établissement d'une présomption de garde partagée que l'idée d'une présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins aurait vu le jour, voir *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p. 69.

<sup>115</sup> Nous reconnaissons que l'analyse qui suit n'est pas exhaustive, mais elle donnera un bref aperçu des arguments pour et contre l'interprétation large de la notion de garde, dans l'objectif de lancer le débat sur cette question. Nous insisterons surtout sur l'argumentation développée dans les récents jugements de la Cour suprême.

<sup>116</sup> Nous regroupons ici les arguments invoqués tant directement, qu'indirectement en faveur de l'interprétation large de la notion de garde. Ainsi, les arguments soutenant l'interprétation à donner à la notion d'intérêt de l'enfant ont aussi été retenus, étant donné le lien excessivement étroit entre les deux concepts.

<sup>117</sup> *Young c. Young*, *supra* note 13 aux pp. 69 et 70 où le juge discute de l'à-propos d'une présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins. Voir aussi *Gordon c. Goertz*, *supra* note 17 aux pp. 82 et suiv. où le juge L'Heureux-Dubé insiste encore davantage sur ce point.

règle générale, s'occupent principalement des enfants, que pour les enfants qui doivent se plier à ce régime<sup>118</sup>».

En ce qui concerne l'interprétation restrictive, Mme L'Heureux-Dubé commente l'accès et l'article 16(10) comme suit: «[...] affirmer que l'accès sans restrictions est le seul moyen susceptible de permettre à un enfant de connaître son père ou sa mère, c'est proposer un faux choix<sup>119</sup>».

L'étude en psychologie des auteurs Goldstein, Freud et Solnit<sup>120</sup> est aussi invoquée pour appuyer l'interprétation large de la garde<sup>121</sup>. Ces derniers ont insisté sur l'importance de la stabilité de l'enfant ou de son besoin de continuité et en ce sens, sur le rôle du parent psychologique (le parent gardien). Tel que l'exprime Mme le juge L'Heureux-Dubé, ce «besoin de continuité exige généralement que le parent gardien puisse élever l'enfant de façon autonome, sans ingérence de l'État ou du parent qui n'a pas la garde<sup>122</sup>».

Par ailleurs, au nombre des arguments invoqués pour la défense de l'interprétation stricte de la notion de garde, nous retrouvons celui de l'intérêt de l'enfant. Ce dernier exigerait une répartition équitable des responsabilités reliées à l'enfant entre les deux parents. Certains invoquent en ce sens d'autres études psychologiques sur les effets du divorce sur les enfants, qui démontrent l'importance des contacts avec le parent non gardien. Des recherches comme celle de Wallerstein, en Californie, sur les effets à long terme du divorce sur les enfants, insistent sur ce point<sup>123</sup>.

En fait, même s'il est vrai que dans certains cas, le droit d'accès limité peut avoir un impact destructeur à cause des conflits entre parents qui peuvent en découler, une partie de la recherche en sciences sociales insiste tout de même sur l'importance du rôle du parent non gardien<sup>124</sup>. C'est en quelque sorte ce que l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce*<sup>125</sup> reconnaît et valorise<sup>126</sup>. C'est

<sup>118</sup> *Ibid.*, *Young* à la p.51.

<sup>119</sup> *Ibid.* à la p. 88 (nos italiques).

<sup>120</sup> J. Goldstein, A. Freud and A.J. Solnit, *Beyond The Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1979, cité dans *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p. 41.

<sup>121</sup> *Ibid.*, *Young supra* note 13 aux pages 66 et 69 (J. L'Heureux-Dubé).

<sup>122</sup> *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p. 41. Goldstein, Freud et Solnit, *supra* note 123, prétendent que l'enfant a besoin d'un parent psychologique (celui qui représente l'autorité et qui prend les décisions notamment) avec lequel il a une relation privilégiée.

<sup>123</sup> J.S. Wallerstein et S.Blakeslee, *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce*, New York, Ticknor & Fields, 1989 et J.S. Wallerstein and J. Berlin Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*, New York, Basic Books, 1980. Une autre partie de sa recherche sera publiée sous peu.

<sup>124</sup> *Ibid.* J.S. Wallerstein, et S.Blakeslee.

<sup>125</sup> *Supra* note 2.

<sup>126</sup> Voir *supra*. Voir aussi les commentaires des juges Cory et Iacobucci dans *P.(D.) c. S.(C.)*, *supra* note 1 à la p. 191, qui affirment que dans le contexte des conflits sur l'éducation religieuse des parents «ni les divergences d'opinions des parents sur les questions religieuses ni la franche discussion avec les enfants des perceptions religieuses des deux parents ne seront automatiquement préjudiciables. En fait, elles peuvent souvent être avantageuses». Pour une critique de l'art. 16(10), voir M. Bailey et M. Giroux, *supra* note 85.

notamment ce qui justifie les recommandations en faveur de l'adoption d'une présomption de garde partagée<sup>127</sup>.

De plus, l'interprétation restrictive du mot «garde» est peut-être aussi plus représentative du contexte socio-économique actuel. En effet, les deux parents sont de plus en plus appelés à jouer un rôle plus actif, à la fois sur le marché du travail et à l'intérieur de la famille.

Il y a des solutions de rechange à la présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins ou à celle de la garde partagée, en l'occurrence celle retenue par le droit civil québécois, qui consiste en l'exercice conjoint de l'autorité parentale. L'exercice conjoint de l'autorité parentale permet aux deux parents de prendre ensemble les décisions concernant l'enfant, mais sans entraver la liberté d'action du parent gardien. En effet, l'existence d'une présomption en faveur des tiers de bonne foi, à l'effet qu'un parent qui décide seul est présumé agir avec le consentement de l'autre, permet au parent gardien de prendre seul la plupart des décisions concernant l'enfant<sup>128</sup>. Tout en privilégiant le maintien du lien avec les deux parents, objectif tout à fait louable, le système en place au Québec permet l'adaptation à toutes sortes de réalités familiales. En effet, plusieurs modulations sont possibles lors de l'attribution de la garde. Lorsque la bonne entente entre les parents semble utopique, le juge peut notamment se prononcer contre la prise en commun de certaines décisions. Il peut aussi prévoir que l'exercice de l'autorité parentale sera l'affaire d'un seul parent, sauf pour quelques décisions, qu'il peut spécifier, etc.

À l'instar du droit québécois, d'autres juridictions à travers le monde retiennent aussi le modèle du partage des responsabilités parentales. C'est notamment le cas du droit belge qui, lors d'une récente réforme, retenait un partage plus équilibré des responsabilités parentales après une rupture<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> Voir Conseil de la Famille, *supra* note 117.

<sup>128</sup> Art. 603 C.c.Q. qui est applicable même dans les cas de rupture.

<sup>129</sup> La loi du 13 avril 1995 est entrée en vigueur le 3 juin 1995. Les art. 302 et 374 *Code civil belge* prévoient l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Les deux parents prennent les décisions conjointement, mais tout comme au Québec et en France, il existe une présomption «that third parties can presume agreement between parents». Exceptionnellement, l'autorité ne s'exercera pas conjointement. Dans cette situation, le parent non gardien conservera tout de même le droit de regard sur l'éducation de l'enfant. Il bénéficie d'un recours devant le tribunal, s'il considère que les décisions du gardien vont à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Voir à ce sujet J. Sosson, «Belgique» dans *The International Survey of Family Law 1996*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, notamment aux pages 73, 80 et 81; J. Sosson, «L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité», (1996) 1 *Annales de droit de Louvain* 115. Au même effet, voir aussi l'art. 287 du *Code civil français*, qui se lit comme suit: «L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents». Voir aussi, D. Goubau, *supra* note 23 à la p.38.

Commentant les nouvelles dispositions établissant la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en droit belge, Jehanne Sosson précise ce qui suit:

«The new law clearly breaks with the previous system under which it was for the parent with material care of the child alone to exercise parental authority over the child's person and over his assets. The basic idea of the legislation was to enact the principle that the father and mother should cooperate not only while they live together, but — and here is the innovation — also after their separation. It is a question of extending the duration of the parental pair to cover the period after the separation of spouses or concubines. *The law clearly hopes to educate social attitudes, and its symbolic effect is important*»<sup>130</sup>.

Le survol effectué ici nous permet de constater, comme le faisait remarquer à bon droit l'honorable L'Heureux-Dubé dans *Young*<sup>131</sup>, que «les notions entourant les conditions optimales d'éducation des enfants lors de l'échec du mariage font l'objet d'une certaine controverse parmi les professionnels qui travaillent sur le terrain»<sup>132</sup>. Malgré cela, certaines constantes ressortent tout de même et la Cour, sous la plume de Mme le juge L'Heureux-Dubé, les énumère.

Première constante, le conflit entre parents aurait un impact direct sur le bien-être de l'enfant<sup>133</sup>. Cette affirmation signifie-t-elle pour autant que l'interprétation large de la notion de garde est la solution parce qu'elle entraînera une diminution des discordes? En deuxième lieu, apparaît une conclusion excessivement triste : le divorce est un événement pénible pour les enfants et ils ont du mal à s'en sortir indemnes. Pourquoi? Il faut pousser plus loin la recherche pour comprendre ce qui bouleverse le plus les enfants après la rupture de leurs parents. L'éducation vers un meilleur partage des responsabilités parentales améliorera-t-elle leur sort? La règle de droit peut-elle jouer un rôle en ce sens? Troisièmement, le maintien d'un contact suivi entre les deux parents est primordial<sup>134</sup>. Sur ce point, la Cour ajoute que cette constante prévaut en autant que les relations soient harmonieuses entre les parents<sup>135</sup>. Cette situation justifie-t-elle nécessairement l'adoption de l'interprétation large de la notion de garde?

<sup>130</sup> J. Sosson. *Ibid.* aux pp. 81 et 79 (nos italiques).

<sup>131</sup> *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p. 80.

<sup>132</sup> *Ibid.* Elle reconnaît ici «les conclusions opposées auxquelles sont parvenus Goldstein, Freud et Solnit, [...] et Wallerstein et Kelly [...]». Par ailleurs, elle reconnaît que «[l']ouvrage de Wallerstein et Kelly, [...] constitue l'étude de longue durée la plus complète jamais réalisée sur les effets du divorce sur les enfants, bien que son objet soit limité à des familles blanches de classe moyenne en Californie, sans antécédents cliniques et s'étant portées volontaires.»

<sup>133</sup> *Ibid.* à la p. 80.

<sup>134</sup> *Ibid.* à la p. 83.

<sup>135</sup> *Ibid.* à la p. 83: «Ainsi, bien que la plupart des recherches révèlent qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant qu'il y ait un contact suivi avec les deux parents après le divorce, cette conclusion ne peut être dissociée d'un examen du degré de conflit auquel l'enfant sera exposé [...]. Paradoxalement, l'accès sans restrictions peut, dans certaines circonstances, être lui-même la cause du maintien du stress dont les parties voulaient se libérer en divorçant, et le désir de conserver les rôles préexistants de chacun des parents peut, dans les faits, conduire à une impasse [...]»

### Conclusion

Au Québec, malgré le fait qu'un régime de responsabilités parentales partagées existe depuis 1980, on a malheureusement continué de concevoir l'exercice de l'autorité parentale de façon dualiste. Le parent gardien, vainqueur, obtient la garde et l'autre parent, vaincu, obtient un droit d'accès. Au surplus, on ne semble pas mettre en pratique l'idée que l'exercice conjoint de l'autorité parentale est tout autant, et même d'abord et avant tout, une obligation des parents à l'égard de leurs enfants, qu'un droit des parents envers leurs enfants. Ceci est d'autant plus frappant quand on observe les réformes des règles en matière d'autorité parentale dans de nombreux pays occidentaux où la motivation à la base des réformes était de repousser le dualisme animant les débats entourant les litiges en cette matière.

Quoi qu'il en soit, l'incertitude sur le partage des responsabilités parentales après une rupture participe à celle qui est omniprésente dans les litiges portant sur la garde et les droits de visite et de sortie. Ceci est déplorable, car le justiciable, en l'occurrence le parent, ne sait pas à quoi il doit s'attendre, au plus grand détriment de l'intérêt de l'enfant. Étant donné l'omniprésente ambiguïté, nous ne saurions trop insister sur l'importance des spécifications à apporter dans les jugements de première instance, sur le plan du partage des responsabilités parentales. Alors, dès à présent, il faut cesser d'ignorer le problème et plutôt chercher à le résoudre.

Il existe toute une panoplie de possibilités dans le contexte de la garde. De la présomption de garde conjointe ou partagée à la présomption en faveur du parent gardien, il faut essayer de trouver la solution qui respecte le mieux l'intérêt de l'enfant. Dans la première hypothèse, le parent non gardien a davantage le droit de s'impliquer dans l'éducation de son enfant. Dans la dernière, il en a très peu. Entre ces deux extrêmes, il existe toute une série d'options. Il faut trouver la meilleure possible.

Dans la recherche d'une solution sur le partage des responsabilités parentales après une rupture, il faut se rappeler que malgré que la rupture emporte avec elle la fin de l'union d'un couple, la parentalité ne cesse pas pour autant d'exister. Même si certains voient un paradoxe dans le fait de forcer la collaboration en matière de responsabilités parentales entre les membres d'un couple séparé<sup>136</sup>, il reste que l'autorité parentale est un effet de la filiation et ne cesse pas lors de la désunion du couple. Dans ce sens, voici quelques éléments à retenir.

- L'intérêt de l'enfant doit être la préoccupation première.
- Il faut tenir compte de l'ensemble des différentes études psychologiques réalisées sur l'impact du divorce sur les enfants. Certaines d'entre elles démontrent l'importance de la présence des deux parents dans l'équilibre des enfants. La réflexion doit être approfondie.

<sup>136</sup> Voir I. Théry, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, éd. Odile Jacob, 1996.

- Le droit doit reconnaître qu'il existe plusieurs modèles familiaux; il doit faire preuve de souplesse. En ce sens, la présomption de garde partagée n'est peut-être pas, tout comme l'interprétation large de la notion de garde et la présomption en faveur du parent gardien<sup>137</sup>, assez souple. Les règles en matière d'autorité parentale en droit civil québécois sont assez souples, même si cette souplesse laisse aux yeux de certains trop de confusion et que «pour délimiter sans ambiguïté les rôles respectifs de chaque parent séparé ou divorcé», il y aurait lieu de modifier le C.c.Q. ou encore la *Loi sur le divorce*<sup>138</sup>.

Comme on l'a affirmé à propos du droit belge, le droit peut avoir un rôle éducatif et symbolique important sur le partage des responsabilités parentales. Sur ce plan aussi, on doit réfléchir davantage.

Et finalement, la recherche d'une solution exige un débat ouvert, car c'est l'intérêt de l'enfant qui est en jeu. Dans ce débat, il faudra se rappeler que «[...]les questions relatives au droit d'accès présentent souvent les problèmes les plus épineux de tout le droit de la famille. Dans certains cas, il est impossible d'assurer l'équité et le caractère exécutoire des décisions, et le mieux qu'on puisse espérer est la solution la moins préjudiciable possible pour l'enfant»<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Le passé a démontré que l'application de présomptions en droit de la famille pouvait nuire à la recherche du meilleur intérêt de l'enfant. En effet, l'application des présomptions visait très souvent à faire respecter les droits des parents (ex. art. 243 C.c.B.-C.) plutôt que ceux des enfants. Il ne faudrait pas refaire la même erreur. Sur ce sujet, voir notamment *Young c. Young*, *supra* note 13 à la p. 115 (J. McLachlin).

<sup>138</sup> Sur ce point voir D. Goubau, *supra* note 23 à la page 17 et M. Bailey et M. Giroux, *supra* note 85.

<sup>139</sup> N. Weisman, «On access after parental separation», 36 R.F.L. (3d), cité dans *Young c. Young*, *supra* note 3 à la p. 71.