

Le déménagement des parents gardiens

Rapport final

Martha Bailey, professeure
Faculté de droit, Queen's University

Michelle Giroux, professeure
Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa

La recherche et la publication de cette étude ont été financées par le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada. Ce document exprime les opinions et points de vue des auteures et ne correspond pas nécessairement à la politique officielle ou aux opinions de Condition féminine Canada ni du Gouvernement du Canada.

Mars 1998

Condition féminine Canada s'est engagé à assurer que toute la recherche menée grâce à son Fonds de recherche en matière de politiques adhère à des principes professionnels, déontologiques et méthodologiques de haut niveau. La recherche se doit aussi d'apporter une contribution experte et unique en son genre au débat actuel sur les politiques, et être utile aux stratégestes de politiques, à ceux et celles qui s'adonnent à la recherche, aux groupes de femmes, aux communautés et à tout autre personne intéressée au domaine des politiques. Chaque document a été révisé anonymement par des spécialistes de la question, à qui on a demandé de faire des commentaires sur la précision, le fini et la pertinence de l'information présentée :

- la mesure selon laquelle l'analyse et les recommandations sont endossées par la l'approche méthodologique et les données recueillies;
- la contribution originale que le rapport est à même d'apporter aux travaux déjà effectués dans le domaine;
- l'utilité de cette contribution auprès d'organismes plaidant en faveur de l'égalité des sexes, les groupes de défense des droits, les stratégestes de politiques des gouvernements, les chercheuses et chercheurs et autres publics cibles.

Condition féminine Canada remercie toutes les personnes qui ont participé à ce processus de révision entre pairs.

Le Comité externe du Fonds de recherche en matière de politiques joue un rôle important dans le choix des priorités en matière de recherche et des projets de recherche à financer, ainsi que dans le contrôle de la qualité des rapports de recherche. Les membres du Comité externe sont, à l'heure actuelle, Caroline Andrews, T. Brettel Dawson, Francine Descarries, Vanaja Dhruvarajan et Isabelle McKee-Allain.

Données de catalogage avant publication (Canada)

Bailey, Martha J. (Martha Jane), 1954-

Le déménagement des parents gardiens : rapport final

Texte en français et en anglais disposé tête-bêche.

Titre de la p. de t. addit. : Relocation of custodial parents.

Également publ. sous forme électronique sur le réseau informatique Internet.

ISBN 0-662-63445-5

No de cat. : SW21-25/1998

I. Garde des enfants (Droit) -- Canada.

I. Giroux, Michelle.

II. Canada. Condition féminine Canada.

III. Titre.

KE600.B34 1998 346.7101'73 C98-980088-1F

Gestion du projet : Angela Arnet Connidis, Condition féminine Canada

Coordination de l'édition : Angela McLaughlin, Condition féminine Canada

Révision : Staigh Associates Limited

Traduction : Staigh Associates Limited et 575 Productions Limited

Pour d'autres renseignements, veuillez communiquer avec la :

Division de la recherche

Condition féminine Canada

360, rue Albert, bureau 700

Ottawa (Ontario) K1A 1C3

Téléphone : (613) 995-7835

Télécopieur : (613) 957-3359

ATME : (613) 996-1322

Courriel. : research@swc-cfc.gc.ca

Ce document est aussi accessible sur le site

Web de Condition féminine Canada à

l'adresse : <http://www.swc-cfc.gc.ca/>.

Préface

Le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada a été créé en 1996 dans le but de soutenir la recherche nationale indépendante et pertinente en matière de politiques qui porte sur des enjeux liés à l'égalité entre les sexes. Des consultations publiques tenues en 1996 sur la structure et les priorités du Fonds ont permis d'établir la nécessité de financer à la fois les nouveaux enjeux à long terme et les enjeux urgents. Les enjeux qui sont présents à l'ordre du jour des politiques gouvernementales, qui requièrent une intervention rapide, où les aspects propres à chacun des sexes risquent de ne pas faire l'objet d'un débat adéquat et pour lesquels il est possible d'apporter des changements en participant au processus d'élaboration des politiques, sont définis comme étant urgents.

Il a été établi, en août 1997, que la question de la garde des enfants et du droit d'accès était un enjeu urgent, dans la foulée de la décision du gouvernement du Canada de former un comité mixte spécial pour examiner les questions de garde et d'accès. Les audiences du comité doivent débiter à la fin février 1998.

Comme les audiences du comité pourraient entraîner des changements aux programmes et mesures législatives qui régissent la garde et l'accès, et compte tenu de la nécessité d'assurer la prise en compte du double point de vue des femmes et des hommes dans le débat public, deux domaines ont été identifiés comme nécessitant une recherche immédiate : la violence conjugale dans les différends relatifs à la garde et l'accès et la liberté de circulation et d'établissement du parent ayant la garde.

Un document intitulé *La violence entre conjoints associée aux différends relatifs à la garde des enfants et au droit d'accès : recommandations visant une réforme* a été rédigé par Nicholas M. C. Bala, Lorne D. Bertrand, Joanne J. Paetsch, Bartha M. Knoppers, Joseph P. Hornick, Jean-François Noël, Lorraine Bourdeau et Susan W. Miklas. Les nombreux aspects de la violence conjugale et familiale y sont examinés, et des recommandations de principe formulées relativement à des mesures législatives et à une programmation sociale.

Le déménagement des parents gardiens, par Martha Bailey et Michelle Giroux, examine les principales questions liées au droit d'établissement des parents séparés ou divorcés qui ont des enfants. Les recommandations qui découlent de cette analyse comprennent des modifications législatives, un encadrement judiciaire et des programmes sociaux opportuns.

L'objectif du Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada est de favoriser le débat public sur les questions liées à l'égalité entre les sexes et d'accroître la capacité des personnes et des organisations de participer plus efficacement au processus d'élaboration de politiques. Nous croyons que de bonnes recherches en matière de politiques permettent l'élaboration de bonnes politiques. Nous remercions les auteures et auteurs d'avoir contribué à l'atteinte de cet objectif.

Table des matières

Introduction.....	1
A. Le droit canadien	2
1. La <i>Loi sur le divorce</i> du Canada et le droit des provinces de common law	2
2. La <i>Loi sur le divorce</i> du Canada et le droit civil du Québec	14
3. Répartition de données statistiques concernant 198 décisions canadiennes relatives au déménagement.....	21
B. Comment d'autres juridictions traitent la question du déménagement	21
1. L'Angleterre et le pays de Galles.....	21
2. Les États-Unis	24
a) L'Alaska	26
b) La Californie	27
c) La Floride	28
d) Le New Jersey	29
e) Le Nouveau-Mexique.....	30
f) L'État de New York	30
g) Le Dakota du Nord.....	31
h) Le Tennessee	32
i) Le Vermont	33
j) L'État de Washington.....	34
3. L'Australie	36
4. La Nouvelle-Zélande.....	38
5. La France.....	38
6. La Belgique	40
C. Données démographiques et preuves empiriques	42
1. Un parent gardien fonctionnel.....	43
2. Absence de conflits parentaux	48
3. Relations suivies de l'enfant avec les deux parents	50
4. Conséquences de la recherche en science sociales sur les orientations	57
D. Principes régissant les litiges causés par le déménagement	60
1. Droits et intérêts de l'enfant.....	61
2. Principe du soutien de la nouvelle cellule familiale	63
3. Principe du contact maximum.....	65
4. Programmes d'éducation, résolution des conflits et rôle du droit.....	68
Index des décisions canadiennes en matière de déménagement.....	69

Le déménagement des parents gardiens

Sommaire

Ces dernières années, les problèmes qui surviennent quand un parent gardien envisage de déménager avec ses enfants ont suscité un plus grand intérêt. Cela est dû à l'augmentation des divorces, à la mobilité croissante des parents, à l'évolution des modèles de rôles parentaux après le divorce et au climat d'incertitude quant aux principes à appliquer dans les litiges créés par le déménagement. Dans les affaires où le déménagement proposé fait obstacle au droit d'accès, deux principes importants sont en contradiction : celui du maintien d'un contact fréquent et continu de l'enfant avec les deux parents, et celui du maintien de la stabilité de la relation de l'enfant avec le parent gardien. Dans les litiges causés par le déménagement, c'est le critère de l'intérêt de l'enfant qui prévaut. Certains ont plaidé en faveur de l'adoption d'une présomption selon laquelle le déménagement du parent gardien est dans l'intérêt de l'enfant. Ce genre de présomption affaiblirait le principe de l'intérêt de l'enfant et ne devrait pas être adoptée. Toutefois, dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, on devrait accorder une attention particulière aux conséquences néfastes que les restrictions quant au déménagement du parent gardien pourraient avoir pour l'enfant. Dans les conflits causés par le déménagement, on ne devrait pas accorder trop d'importance au principe selon lequel il faut maintenir des contacts fréquents et continus entre l'enfant et les deux parents. Des études effectuées dans le domaine des sciences sociales démontrent que d'autres facteurs, comme la présence d'un parent gardien fonctionnel et l'absence de conflits familiaux, sont associés à la bonne adaptation des enfants et rien ne justifie qu'on donne priorité au maintien de contacts fréquents et continus de l'enfant avec les deux parents en cas de conflit.

Le déménagement des parents gardiens État de la question

Ces dernières années, les problèmes qui surviennent quand un parent gardien envisage de déménager avec ses enfants ont suscité un plus grand intérêt. Cela est dû à l'augmentation des divorces, à la mobilité croissante des parents, à l'évolution des modèles de rôles parentaux après le divorce et au climat d'incertitude quant aux principes à appliquer dans les litiges créés par le déménagement. Dans les affaires où le déménagement proposé fait obstacle au droit d'accès, deux principes importants sont en contradiction : celui du maintien d'un contact fréquent et continu de l'enfant avec les deux parents, et celui du maintien de la stabilité de la relation de l'enfant avec le parent gardien.

Certains pays ont abandonné le vieux modèle de garde avec droit d'accès, toujours en vigueur dans toutes les provinces canadiennes, sauf au Québec. Ils favorisent plutôt un modèle de responsabilité parentale partagée, selon lequel les deux parents continuent de participer aux décisions après la séparation. Ce genre de modèle a été adopté par le Québec. Toutefois, dans les juridictions où l'on a adopté le modèle de responsabilité parentale partagée, les conflits générés par les déménagements sont semblables à ceux qui se présentent dans le reste du Canada. Aucun des modèles utilisés, que ce soit celui de la garde associée aux droits d'accès qu'on retrouve traditionnellement au Canada ou celui de la responsabilité parentale partagée aujourd'hui en vigueur au Québec ou ailleurs, ne fait disparaître les problèmes liés au déménagement, pas plus qu'il n'y apporte de solutions claires.

Dans les litiges causés par le déménagement, c'est le critère de l'intérêt de l'enfant qui prévaut. Certains ont plaidé en faveur de l'adoption d'une présomption selon laquelle le déménagement du parent gardien est dans l'intérêt de l'enfant. Ce genre de présomption affaiblirait le principe de l'intérêt de l'enfant et ne devrait pas être adoptée. Toutefois, dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, on devrait accorder une attention particulière aux conséquences néfastes que les restrictions quant au déménagement du parent gardien pourraient avoir pour l'enfant. Dans les conflits causés par le déménagement, on ne devrait pas accorder trop d'importance au principe selon lequel il faut maintenir des contacts fréquents et continus entre l'enfant et les deux parents. Des études effectuées dans le domaine des sciences sociales démontrent que d'autres facteurs, comme la présence d'un parent gardien fonctionnel et l'absence de conflits familiaux, sont associés à la bonne adaptation des enfants et rien ne justifie qu'on donne priorité au maintien de contacts fréquents et continus de l'enfant avec les deux parents en cas de conflit.

Le droit canadien en matière de déménagement est énoncé dans la *Loi sur le divorce* telle qu'interprétée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*. Le principe fondamental selon lequel l'intérêt de l'enfant devrait prévaloir dans les litiges causés par le déménagement doit être maintenu. Vous trouverez ci-après la liste des aspects du droit actuel qui devraient être maintenus ou améliorés ainsi que des recommandations concernant des modifications qui clarifieraient la loi ou en amélioreraient l'effet.

Liste des recommandations

1. Bien que l'expression « liberté de circulation » soit utilisée couramment au Canada, il vaut mieux utiliser l'expression « déménagement » quand on veut parler des problèmes

- qui se manifestent lorsque des parents gardiens décident de déménager avec les enfants. La liberté de circulation de chaque parent et de l'enfant est garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* et par des conventions internationales. Ces droits sont toutefois soumis au principe de l'intérêt de l'enfant. Le terme « déménagement » décrit mieux l'importance des intérêts en jeu, y compris les droits et intérêts de l'enfant, du parent gardien et du parent non gardien.
2. Le principe de l'intérêt de l'enfant doit continuer de prévaloir dans les litiges causés par un déménagement et il ne devrait pas y avoir de présomption juridique en faveur ou à l'encontre des déménagements.
 3. On devrait tenir compte du choix de l'enfant pour déterminer l'intérêt de l'enfant, à condition qu'il soit assez vieux pour exprimer son choix. L'importance accordée au choix de l'enfant devrait augmenter avec l'âge de l'enfant. Il serait probablement dans l'intérêt de l'enfant de donner suite au choix d'un adolescent mature.
 4. Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, on devrait tenir compte des facteurs suivants : les difficultés financières particulières des parents gardiens, dont la plupart sont des femmes; les avantages que le respect des décisions du parent gardien présente pour l'enfant et les conséquences néfastes que les restrictions quant au déménagement pourraient avoir pour l'enfant.
 5. Les paragraphes 16(10) et 17(9) de la *Loi sur le divorce* devraient être modifiés pour refléter que le maintien d'un contact continu avec chaque parent n'est qu'un des facteurs associés à la réussite de l'adaptation de l'enfant. Le bien-être du parent gardien et l'absence de conflits parentaux sont aussi des facteurs de réussite dans l'adaptation de l'enfant. Il ne faut pas que la législation donne priorité à un seul facteur.
 6. On devrait subventionner les spécialistes des sciences sociales pour qu'ils puissent continuer leurs recherches sur les effets qu'ont sur les enfants les différentes ententes consécutives aux séparations. Les conclusions des recherches en sciences sociales qui établissent les facteurs habituellement associés à la réussite de l'adaptation de l'enfant sont utiles pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Toutefois, elles ne devraient pas être utilisées de façon sélective pour justifier les présomptions et les tendances dans la détermination de l'intérêt de l'enfant.
 7. On devrait clarifier les règles établissant quel parent doit introduire les procédures, surtout si le parent gardien doit obtenir une modification des droits d'accès avant de déménager, dans le cas où il n'y a pas d'ordonnance de non-déplacement. S'il n'y a pas d'obligation générale à cet effet, la loi canadienne devrait être modifiée pour exiger que le parent gardien prévienne l'autre parent ou la cour de tout déménagement envisagé. Par la même occasion, on devrait demander au parent gardien de proposer un nouveau régime de visites. Cette exigence devrait prévoir des exceptions pour les cas où cette démarche pourrait donner lieu à des gestes de violence familiale.
 8. Les tribunaux ont le choix (a) de permettre au parent gardien de déménager, (b) de transférer la garde de l'enfant au parent non gardien ou (c) de rendre une ordonnance de non-déplacement en vue de maintenir le *statu quo*. Les ordonnances de non-déplacement ont comme effet fâcheux de limiter les droits et libertés du parent gardien. On ne devrait pas rendre à la légère de telles ordonnances dont l'usage devrait se limiter à des cas exceptionnels pour permettre d'assurer l'intérêt de l'enfant.
 9. La Cour suprême du Canada a statué que les motifs pour lesquels le parent gardien déménage ne sont pertinents que dans des cas exceptionnels où les motifs invoqués laissent planer un doute sur la capacité du parent de répondre aux besoins de l'enfant. Dans la plupart des cas, cependant, les déménagements sont nécessaires dans l'intérêt de l'enfant, notamment quand il s'agit pour le parent d'occuper un meilleur emploi ou de rejoindre un nouveau conjoint. Les parents gardiens ne devraient pas avoir le fardeau de

prouver que le déménagement est nécessaire, mais on devrait tenir compte des motifs de son déménagement étant donné qu'ils ont un rôle à jouer dans l'intérêt de l'enfant.

10. On devrait offrir des programmes de sensibilisation aux effets de la séparation et du divorce des parents et des mécanismes de résolution des conflits (surtout la médiation) concernant les enfants. On devrait en encourager l'utilisation en vue de faciliter des ententes responsables sur la garde des enfants et les droits d'accès.

Le déménagement des parents gardiens

[TRADUCTION] Les affaires relatives à un déménagement présentent quelques-uns des problèmes les plus complexes et les plus perturbants que nos tribunaux soient appelés à résoudre. Dans ces affaires, les intérêts d'un parent gardien qui souhaite déménager entrent en conflit avec ceux d'un parent non gardien qui souhaite ardemment maintenir un contact fréquent et régulier avec l'enfant. De plus, la cour doit prendre en considération les intérêts primordiaux de l'enfant, irréconciliables ou pas avec ceux de l'un des parents ou des deux¹. *Le juge Titone, Cour d'appel de New York, 1996.*

Introduction

Bien que les litiges causés par l'intention d'un parent gardien de déménager avec son enfant ne datent pas d'hier², ils ont suscité un plus grand intérêt récemment. Cela est dû à l'augmentation des divorces, à la mobilité croissante des parents, à l'évolution des modèles de rôles parentaux après le divorce et au climat d'incertitude quant aux principes à appliquer dans les litiges créés par le déménagement d'un parent gardien. Dans les cas où le déménagement proposé aurait pour effet de faire obstacle au droit d'accès, deux principes importants sont en contradiction : celui du maintien d'un contact fréquent et continu de l'enfant avec les deux parents, et celui du maintien de la stabilité de la relation de l'enfant avec le parent gardien. D'autres conflits peuvent surgir entre le désir du parent gardien de déménager et les droits et l'intérêt de l'enfant, mais la perte de contact avec le parent non gardien est souvent le nœud de la plupart des litiges causés par un déménagement. Il se peut qu'un enfant souffre moins de la rupture de la relation avec le parent non gardien que de celle avec le parent gardien; cependant, le fait d'être séparé du parent non gardien peut très bien constituer pour l'enfant une grande perte. De plus, le déménagement perturbera les autres relations de l'enfant et coupera ses attaches avec le milieu dans lequel il vit.

Les tribunaux de différents pays ont récemment réexaminé le droit relatif au déménagement du parent gardien et ont essayé de concilier les principes en opposition et les droits conflictuels des parties avec le principe de l'intérêt de l'enfant. En 1996, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question et a confirmé que l'unique critère dans ces affaires est celui de l'intérêt de l'enfant. Quand il s'agit de déterminer l'intérêt de l'enfant, on doit prendre en compte tous les facteurs pertinents, y compris les relations de l'enfant avec chaque parent et l'opinion de l'enfant.

¹ *Tropea c. Tropea*, 665 N.E. 2d145 (N.Y. Ct. App. 1996).

² Voir par exemple l'affaire *De Manneville c. De Manneville*, [1804] 32 E.R. 762 (Ch.), dans laquelle Lord Elton a rejeté la demande de la mère qui voulait obtenir la garde de son enfant mais a interdit au père d'amener l'enfant à l'extérieur de la juridiction.

L'application du critère de l'intérêt de l'enfant dans les litiges portant sur un déménagement a été critiquée parce qu'elle entraîne de l'incertitude et, par conséquent, une escalade des litiges. Elle peut aussi donner lieu à des restrictions injustes à l'égard des parents gardiens, dont la plupart sont des femmes. La Cour suprême a rejeté les arguments selon lesquels on devrait aborder ces questions en faisant preuve d'un respect présomptif à l'égard de la décision de déménager du parent gardien. La raison invoquée était qu'une présomption favorable au parent gardien affaiblirait le principe de l'intérêt de l'enfant. Dans le présent rapport, nous arrivons à la conclusion que l'approche générale de la Cour suprême du Canada est bonne, mais qu'il faudrait cependant clarifier et modifier le droit canadien en la matière. Aucune présomption, favorable ou défavorable, ne devrait être appliquée à l'égard du déménagement. Toutefois, dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, on devrait tenir compte des difficultés financières particulières du parent gardien (qui est la plupart du temps une femme), des avantages que le respect des décisions du parent gardien présente pour l'enfant et des conséquences néfastes que les restrictions quant au déménagement pourraient avoir pour l'enfant.

Dans le présent rapport, nous présentons d'abord le droit canadien en matière de déménagement et une analyse comparative de ce domaine du droit. Ensuite, nous étudions la question du déménagement à la lumière de données démographiques et de la preuve empirique. Enfin, nous exposons les principes qui devraient s'appliquer aux litiges causés par un déménagement.

A. Le droit canadien

Cette section passe en revue les lois et la jurisprudence relatives à la question du déménagement et fait état de statistiques recueillies à la suite d'une recension des décisions canadiennes qui ont été publiées.

1. La Loi sur le divorce du Canada et le droit des provinces de common law

La Loi sur le divorce

Au Canada, la compétence législative en matière de garde et d'accès est dévolue au gouvernement fédéral et aux provinces. Le gouvernement fédéral a une compétence exclusive dans ces domaines dans les cas de divorce. Les règles pertinentes sont énoncées dans la *Loi sur le divorce*³. Les provinces ont la compétence exclusive en matière de garde et d'accès dans les autres situations — soit que les conjoints ne sont pas mariés ou qu'ils le sont mais qu'ils ne demandent pas le divorce. Les provinces et les territoires ont des lois qui régissent les droits de garde et d'accès et les règles des provinces de common law sont dans l'ensemble semblables à celles de la *Loi sur le divorce*.

³ *Loi sur le divorce*, L.R.C (1985), (2^e suppl.) c. 3.

Aussi bien en vertu des lois provinciales qu'en vertu de la *Loi sur le divorce*, le critère qui doit être appliqué dans les décisions relatives à la garde et à l'accès est l'intérêt de l'enfant. L'article 16 de la *Loi sur le divorce* qui régit les ordonnances de garde et d'accès prévoit que :

- (1) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne, rendre une ordonnance relative soit à la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux, soit à l'accès auprès de ces enfants, soit aux deux.
- (2) Le tribunal peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne, rendre une ordonnance provisoire relative soit à la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux, soit à l'accès auprès de ces enfants, soit aux deux, dans l'attente d'une décision sur la demande visée au paragraphe (1).
- (3) Pour présenter une demande au titre des paragraphes (1) et (2), une personne autre qu'un époux doit obtenir l'autorisation du tribunal.
- (4) L'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut prévoir la garde par une ou plusieurs personnes des enfants à charge ou de l'un d'eux ou l'accès auprès de ces enfants.
- (5) 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.
- (6) La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.
- (7) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (6), le tribunal peut inclure dans l'ordonnance qu'il rend au titre du présent article une disposition obligeant la personne qui a la garde d'un enfant à charge et qui a l'intention de changer le lieu de résidence de celui-ci d'informer au moins trente jours à l'avance, ou dans le délai antérieur au changement que lui impartit le tribunal, toute personne qui a un droit d'accès à cet enfant du moment et du lieu du changement.
- (8) 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.
- (9) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient pas compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère.
- (10) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

On peut rendre des ordonnances de garde et d'accès à l'égard de tout « enfant à charge » défini au paragraphe 2(1) de la *Loi sur le divorce* comme « [un] enfant des deux époux ou ex-époux qui, à l'époque considérée, se trouve dans une des situations suivantes : a) il a moins de seize ans; b) il a au moins seize ans et est à leur charge, sans pouvoir, pour cause de maladie ou d'invalidité ou pour toute autre cause, cesser d'être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins. » (L'âge de la majorité selon la common law était de 21 ans, mais chaque province et territoire a voté une loi pour établir la majorité à soit 18 ou 19 ans.) De plus, selon le paragraphe 2(2), « est considéré comme enfant à charge au sens du paragraphe (1) l'enfant des deux époux

ou ex-époux : a) pour lequel ils tiennent lieu de père et mère; b) dont l'un est le père ou la mère et pour lequel l'autre en tient lieu ». Sont donc inclus dans la définition d'« enfant à charge » les enfants adoptés et les beaux-fils et belles-filles. Ils peuvent donc aussi faire l'objet d'ordonnances de garde et d'accès.

Les ordonnances de garde et d'accès peuvent faire l'objet de modifications en vertu de l'article 17 de la *Loi sur le divorce*. Le paragraphe 17(5) prévoit que :

Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance de garde, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant à charge depuis le prononcé de l'ordonnance de garde ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant, défini en fonction de ce changement, en rendant l'ordonnance modificative.

Le paragraphe 17(9) qui reflète le paragraphe 16(10) prévoit que :

En rendant une ordonnance modificative d'une ordonnance de garde, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque ex-époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, si l'ordonnance modificative doit accorder la garde à une personne qui ne l'a pas actuellement, le tribunal tient compte du fait que cette personne est disposée ou non à faciliter ce contact.

Au Canada, les provinces de common law et la *Loi sur le divorce* ont conservé de vieilles définitions de la garde et de l'accès (voir plus loin les considérations sur le droit civil québécois). La vieille et étroite définition de l'accès a été énoncée en 1955 comme suit :

[TRADUCTION] La relation entre le père et sa fille doit être celle d'un visiteur, d'une personne qui passe du temps avec elle, mais qui ne peut intervenir dans son mode de vie, ni le changer, ni avoir aucun contrôle sur la conduite de son enfant. Cela relève du droit de garde. [...] Il ne peut avoir que le contrôle nécessaire au bien-être de l'enfant durant les heures qu'il passe avec elle et, d'aucune façon, il ne doit intervenir dans l'éducation de l'enfant⁴.

Pendant un certain temps, il y a eu une extension des droits des parents non gardiens dans les juridictions de common law⁵. Des modifications législatives ont donné au parent non gardien le droit d'obtenir de l'information sur la santé, l'éducation et le bien-être de leur enfant⁶. À un

⁴ *Gubody c. Gubody*, [1955] O.W.N. 548, pp. 550-552.

⁵ Pour des considérations sur cette tendance voir B. Hovius, « The Changing Role of the Access Parent » (1993-94), 10 Can. Fam. L.Q. 123.

⁶ Voir par exemple la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario, L.R.O. 1990 c. C.12, par. 20 (5) et la *Loi sur le divorce du Canada*, par. 16 (5).

moment donné, les tribunaux canadiens ont adopté une interprétation très large de ces lois et statué qu'elles reconnaissent aux parents non gardiens le droit de participer aux décisions, du moins à celles qui touchaient des aspects importants de la vie de l'enfant⁷. Ces décisions ont créé une certaine confusion et attisé le débat sur les responsabilités et les droits respectifs du parent gardien et du parent non gardien.

Cette extension des droits des parents non gardiens et la confusion sur les responsabilités et les droits de chaque parent ont été atténuées par l'arrêt *Young c. Young*⁸. La Cour suprême du Canada a statué qu'il incombait exclusivement au parent gardien de prendre les décisions à moins qu'une entente ou une ordonnance de la cour n'ait prévu le contraire, et qu'il n'était pas obligé de consulter le parent non gardien sur quelque question que ce soit touchant l'éducation de l'enfant. Cet arrêt a mis fin à la tendance voulant qu'on accorde plus de pouvoirs au parent non gardien. Les parents non gardiens ont maintenant le droit en vertu de la loi d'avoir de l'information sur la santé et l'éducation des enfants et ils peuvent toujours contester des décisions prises par le parent gardien. Toutefois, à moins d'une entente ou d'une ordonnance de la cour, le parent gardien est le seul qui puisse prendre les décisions et il n'est aucunement obligé de consulter le parent non gardien. Le modèle traditionnel de la garde et du droit d'accès reste donc bien implanté dans les provinces et les territoires de common law au Canada.

Certaines juridictions anglo-américaines ont abandonné les notions traditionnelles de la « garde » et de l'« accès ». Elles ont plutôt opté pour le principe du partage de la responsabilité parentale, selon lequel les deux parents continuent de conserver des droits et des responsabilités en matière de prise de décision après la séparation (voir plus loin les considérations sur la situation en Angleterre, au pays de Galles et en Australie). La même situation prévaut au Québec et dans d'autres juridictions de droit civil (voir plus loin). Bien que la disparition des distinctions traditionnelles entre la garde et l'accès puisse avoir une incidence sur les problèmes relatifs à l'accès, il semble bien que pour le moment chaque juridiction continue d'être aux prises avec une série semblable de problèmes d'accès. Parmi ces derniers, on compte les problèmes reliés au déménagement du parent gardien, quel que soit le modèle de garde et d'accès en vigueur. En l'occurrence au Québec, où l'on a adopté un modèle de partage de la responsabilité parentale, le débat sur la question du déménagement a été semblable à celui qui a eu lieu dans le reste du Canada. Il est important de comprendre que ni le modèle traditionnel de la garde et de l'accès en vigueur dans les provinces de common law du Canada, ni aucune forme de modèle de partage permanent de la responsabilité parentale adopté au Québec ou ailleurs ne font disparaître les problèmes relatifs au déménagement pas plus qu'ils n'y apportent de solutions claires.

Gordon c. Goertz

En ce qui concerne la question du déménagement, l'arrêt *Gordon c. Goertz* fait jurisprudence dans l'ensemble du Canada, y compris au Québec, parce que la décision a été rendue en vertu de la *Loi sur le divorce*⁹. La décision dans *Goertz* ravive le débat sur le

⁷ *Abbott c. Taylor* (1986), 2 R.F.L. (3d) 163 (C. A. Man.) p. 169.

⁸ *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 49 R.F.L. (3d) 117 (C.S.C.).

⁹ *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C. S. 27.

déménagement. En effet, en plus de la mère gardienne et du père non gardien qui étaient les deux parties au litige, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et l'avocat des enfants pour l'Ontario ont comparu à titre d'intervenants. Le FAEJ, une organisation féministe qui milite en faveur des femmes dans différentes poursuites les intéressant a plaidé pour une présomption en faveur du parent gardien — habituellement la mère — dans les affaires de déménagement. L'avocat des enfants est un fonctionnaire qui représente les enfants dans les affaires concernant la protection de l'enfance et dans certains litiges privés en matière de garde et d'accès. L'avocat des enfants ne représentait pas l'enfant dans l'affaire *Goertz*, mais il est intervenu pour plaider que le critère de décision dans les affaires de déménagement devrait être, règle générale, l'intérêt de l'enfant, et qu'on ne devrait pas appliquer de présomption en faveur du parent gardien ou du parent non gardien. La présence de ces intervenants a fait ressortir à la fois la nature sexiste des litiges liés au déménagement — qui mettent en cause généralement une mère gardienne dont la décision de déménager est contestée par un père non gardien — et l'opposition qui s'y manifeste entre l'intérêt de l'enfant et les droits des parents.

Dans l'affaire *Goertz*, la question était de savoir si le déménagement de la mère gardienne de la Saskatchewan à l'Australie constituait un motif pour faire modifier l'ordonnance de garde en faveur du père. Quand l'appel du père est parvenu en Cour suprême, la mère et l'enfant étaient déjà rendus en Australie comme leur permettaient les décisions des cours inférieures. La mère, ainsi que le FAEJ qui a comparu à titre d'intervenant, ont plaidé pour une présomption de respect à l'égard du parent gardien semblable à celle adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *MacGyver c. Richards*¹⁰. Dans cet arrêt, la Cour a statué qu'on ne devait pas empêcher la mère gardienne de partir avec son enfant rejoindre son nouveau conjoint dans l'État de Washington et que, même si le facteur déterminant dans les affaires relatives à la garde et au droit d'accès était l'intérêt de l'enfant, il devrait exister une présomption de respect à l'égard des décisions du parent gardien¹¹. Le père et l'avocat des enfants, le deuxième intervenant, ont plaidé en faveur de l'approche adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Carter c. Brooks*¹² qui faisait autorité en Ontario en matière de déménagement avant l'arrêt *MacGyver*. Dans l'arrêt *Carter c. Brooks*, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le seul principe directeur était celui de l'intérêt de l'enfant, intérêt que l'on devrait déterminer en considérant tous les facteurs pertinents et en faisant abstraction de toute présomption. Aucune des parties ni aucun des intervenants dans l'arrêt *Goertz* n'a invoqué une présomption ou un parti pris contre le déménagement.

La Cour suprême du Canada a statué à l'unanimité que la mère devait conserver son droit de garde en Australie, mais que les conditions du droit d'accès devraient être modifiées pour

¹⁰ *MacGyver c. Richards* (1995), 11 R.F.L. (4^e) 432 (C. A. Ont.).

¹¹ La juge Abella, qui a rédigé le jugement de la majorité dans l'arrêt *MacGyver*, affirme à la page 444 qu'on devrait faire preuve « d'une sensibilité particulière et d'un respect présomptif à l'égard des besoins du parent gardien responsable, qui en fin de compte, vit avec les conséquences réelles, et non pas seulement hypothétiques, des décisions qui portent sur les attributs du droit de garde ». [TRADUCTION tirée de l'arrêt *Gordon c. Goertz*, p. 52.]

¹² *Carter c. Brooks* (1990), 2 O.R. (3d) 321 (C. A.).

permettre l'accès aussi bien au Canada qu'en Australie. La Cour ne s'est pas entendue sur le critère de décision à appliquer. Sept des neuf juges ont rejeté l'idée d'une présomption de respect en faveur du parent gardien et ont souscrit à l'approche adoptée dans l'affaire *Carter c. Brooks*. La majorité a affirmé que les opinions du parent gardien sur la question du déménagement méritent un grand respect, mais qu'on devait rendre la décision en se fondant sur le principe de l'intérêt de l'enfant et en prenant en considération tous les facteurs pertinents et non seulement une présomption. La juge L'Heureux-Dubé, qui a rédigé le jugement minoritaire auquel a souscrit le juge La Forest, était d'avis qu'on devait adopter une présomption de respect en faveur du parent gardien et limiter considérablement le pouvoir discrétionnaire des juges relativement à la modification des ordonnances de garde. La juge McLachlin a rédigé le jugement majoritaire et a résumé ainsi le droit canadien :

1. Le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde ou d'accès doit d'abord démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant.
2. Si cette première étape est franchie, le juge qui entend la requête doit de nouveau déterminer l'intérêt de l'enfant en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes relativement aux besoins de l'enfant et à la capacité de chacun des parents d'y pourvoir.
3. Cette analyse repose sur les conclusions tirées par le juge qui a prononcé l'ordonnance précédente et sur la preuve de la nouvelle situation.
4. L'analyse ne repose pas sur une présomption légale favorable au parent gardien, bien qu'il faille accorder un grand respect à l'opinion de ce dernier.
5. Chaque cas dépend de ses propres circonstances. L'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire.
6. L'accent est mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents.
7. Plus particulièrement, le juge devrait tenir compte notamment des éléments suivants : (a) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien; (b) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit; (c) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant et les deux parents; (d) l'opinion de l'enfant; (e) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant; (f) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde; (g) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué.

En définitive, il faut évaluer l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. La question fondamentale dans chaque cas est celle-ci : quel est l'intérêt de l'enfant étant donné toutes les circonstances, les nouvelles comme les anciennes¹³?

¹³ Goertz, paragr. 49 et 50.

Changement important de situation

Dans l'affaire *Goertz*, la Cour a suivi la démarche en deux temps prévue par la *Loi sur le divorce* pour juger des requêtes en modification des ordonnances relatives à la garde et à l'accès. Le parent qui demande une modification de l'ordonnance doit d'abord satisfaire à l'exigence préliminaire, c'est-à-dire faire la preuve qu'il est survenu un changement important dans la situation ou les besoins de l'enfant et la capacité de chacun des parents d'y pourvoir. Si cette étape préliminaire est franchie, on doit alors, à la lumière de la nouvelle situation, déterminer de nouveau l'intérêt de l'enfant. La juge McLachlin a souligné que la *Loi sur le divorce* énonce clairement que l'intérêt de l'enfant est « l'unique facteur pertinent ».

Pour satisfaire à l'exigence du changement important, la partie requérante doit démontrer « (1) [qu']un changement est survenu dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins; (2) [que] ce changement doit toucher l'enfant de façon importante; et (3) [qu']il doit ne pas avoir été prévu ou ne pouvoir raisonnablement l'avoir été par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale »¹⁴.

La Cour a affirmé qu'un déménagement sera toujours considéré comme un changement, mais pas forcément comme un changement qui modifie de façon importante la situation de l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins. La Cour a donné l'exemple suivant : « Un déménagement dans une ville avoisinante peut ne pas toucher de façon importante l'enfant ou la capacité des parents de pourvoir à ses besoins. » Des déménagements dans des régions peu éloignées qui ne dérangent pas l'horaire des visites, ni ne perturbent la vie des enfants, ne seront donc pas considérés comme des changements assez importants pour justifier une requête en modification de l'ordonnance de garde.

La Cour a ajouté qu'un déménagement pouvait ne pas être considéré comme un changement important de situation « si l'enfant n'a pas de relation positive avec le parent qui jouit d'un droit d'accès ou avec la famille élargie qui se trouve dans la région »¹⁵. Les parents non gardiens qui n'entretiennent pas de rapports suivis positifs avec l'enfant ne satisferont probablement pas à l'exigence préliminaire du changement important. Cette exigence préliminaire écartera la plupart des requêtes faites par des parents non gardiens qui n'entretiennent pas une relation assez étroite pour être sérieusement perturbée par un déménagement.

Présentation de la requête

L'arrêt *Goertz* laisse planer un doute quant à la question de savoir qui devrait présenter la requête en modification de l'ordonnance de garde ou d'accès quand il y a déménagement : le

¹⁴ *Goertz*, paragr. 13.

¹⁵ *Goertz*, paragr. 14.

parent gardien ou le parent non gardien¹⁶. Il semble que dans le cas où il y aurait une disposition de non-déplacement dans l'ordonnance de garde initiale, le parent gardien devrait faire une requête en modification pour faire éliminer cette disposition de l'ordonnance de garde. C'est le parent gardien qui aurait alors le fardeau de la preuve. Il devrait prouver qu'il y a eu un changement important de situation. S'il n'y a pas de disposition de non-déplacement, l'arrêt *Goertz* laisse entendre que c'est au parent non gardien qu'il incombe de présenter une requête en modification et de prouver qu'il y a un changement important de situation. Toutefois, le parent gardien pourrait être obligé de faire les premiers pas en vue d'une modification s'il s'avérait que le déménagement portait atteinte aux droits d'accès tels que déterminés par l'ordonnance de la cour. S'il n'y a pas d'ordonnance de garde, aucun parent ne serait obligé de démontrer un changement de situation et le juge passerait directement à l'étape de la détermination des meilleures conditions de garde dans l'intérêt de l'enfant.

Les règles qui régissent la question de savoir quel parent devrait présenter la requête en modification devraient être clarifiées. Il faudrait notamment qu'on précise si, en l'absence d'une ordonnance de non-déplacement, le parent gardien doit faire modifier les modalités d'exercice du droit d'accès avant de déménager. Si le déménagement du parent gardien contrevenait aux conditions de l'ordonnance d'accès, on pourrait soutenir qu'en déménageant le parent gardien commet un outrage au tribunal pour non-respect de l'ordonnance, à moins qu'il n'ait fait modifier l'ordonnance auparavant. Dans de nombreuses juridictions, les parents gardiens qui souhaitent déménager doivent obtenir le consentement de l'autre parent ou l'autorisation de la cour ou faire modifier les conditions du droit d'accès avant de déménager. Au Dakota du Nord, par exemple, le parent gardien doit obtenir le consentement de l'autre parent ou une ordonnance de la cour avant de déménager, à moins que le parent non gardien n'ait pas exercé ses droits pendant au moins un an ou qu'il ait déménagé dans un autre État et qu'il demeure à plus de 50 milles de la résidence du parent gardien¹⁷. Ce type d'exigence garantit que les parents négocieront des ententes avant le déménagement.

Une solution de rechange serait d'exiger du parent gardien qu'il obtienne une modification si l'ordonnance de garde renferme une ordonnance de non-déplacement. Toutefois, en l'absence d'une ordonnance de non-déplacement, le parent gardien aurait le droit de déménager, à moins que le parent non gardien n'obtienne une modification de l'ordonnance de garde pour empêcher le déménagement ou pour obtenir un transfert de la garde. C'est l'approche qui semble être préconisée dans l'arrêt *Goertz*. Cette approche soulève toutefois un problème : en l'absence d'une ordonnance de non-déplacement, le parent gardien pourrait légalement déplacer l'enfant sans préavis, sans laisser sa nouvelle adresse, sans fixer de nouvelles conditions d'accès, ou sans donner, au parent non gardien, l'occasion d'intenter un recours. Actuellement, une ordonnance judiciaire ou une entente *peut* exiger qu'un préavis de déménagement soit donné (voir le

¹⁶ B. Hovius, *Mobility of the Custodial Parent: Guidance from the Supreme Court* (1996) 19 R.F.L. (4^e) 292; C. Davies, *Mobility Rights and Child Custody: A Contradiction in Terms* (1997), 15 Can. Fam. L.Q. 115. Les arrêts subséquents n'ont pas éclairci la question. Voir B. Hovius, *Appréciation : Woodhouse c. Woodhouse et Luckhurst c. Luckhurst* (1996) 20 R.F.L. (4^e) 376, pp. 383-84.

¹⁷ N.D. Cent. Code s. 14-09-07 (1991).

paragraphe 16(7) de la *Loi sur le divorce*), mais en l'absence d'une telle ordonnance ou entente, aucun préavis n'est requis (voir plus loin les règles applicables en droit civil québécois).

S'il n'y a aucune exigence générale pour que le parent gardien obtienne une modification des conditions d'accès avant le déménagement, la loi canadienne devrait être modifiée de telle sorte que le parent soit tenu de donner, à l'autre parent ou à la cour, un préavis de déménagement, de même que de proposer un nouvel arrangement relatif à l'accès. L'exigence de préavis devrait comprendre des exceptions pour les cas où le préavis entraînerait un risque de violence familiale. On pourrait s'inspirer de la loi du Texas, en vertu de laquelle, le parent gardien doit transmettre, à chacune des parties ayant un droit d'accès à l'enfant, un préavis de trente jours avant le déménagement proposé et des renseignements sur la nouvelle adresse et le numéro de téléphone, à moins qu'un tel préavis ne constitue un risque de mauvais traitement pour l'enfant ou le parent gardien¹⁸.

¹⁸ Tex. Fam. Code Ann., art. 14.045 (Vernon Supp. 1993).

Ordonnances de non-déplacement

Dans l'arrêt *Goertz*, le père avait d'abord demandé un transfert de la garde ou, comme solution de rechange, une ordonnance empêchant la mère de déménager avec l'enfant. Toutefois, devant la Cour suprême, il a seulement demandé un transfert de la garde ou, comme solution de rechange, une ordonnance pour modifier le droit d'accès. La Cour s'est principalement penchée sur la question qui lui était soumise, soit celle du transfert de la garde. Mais le critère énoncé par la Cour s'appliquerait également dans le cas où il y aurait une ordonnance de non-déplacement. Selon l'opinion minoritaire de la juge L'Heureux-Dubé, les ordonnances de non-déplacement ne devraient être imposées que dans des cas exceptionnels¹⁹. Même l'opinion majoritaire de la juge McLachlin semblait préconiser que la solution soit généralement un transfert de la garde²⁰, mais dans l'ensemble, l'opinion majoritaire ne semble pas indiquer qu'il faille considérer l'ordonnance de non-déplacement seulement dans des cas exceptionnels²¹.

La décision rendue dans l'affaire *Goertz* soulève la question des options qui devraient être offertes lors de litiges relatifs à un déménagement. Dans certains pays, les principales options sont les suivantes : (1) permettre au parent gardien de déménager avec l'enfant et modifier les conditions d'accès en conséquence; ou (2) transférer la garde au parent non gardien. Dans d'autres pays, les principales options sont : (1) permettre au parent gardien de déménager avec l'enfant et modifier les conditions d'accès en conséquence; ou (2) refuser au parent l'autorisation de déménager avec l'enfant et rendre une « ordonnance de non-déplacement », (c.-à.-d. une ordonnance interdisant au parent gardien de déménager avec l'enfant). Et dans d'autres pays encore, tout comme au Canada, la cour peut accorder n'importe laquelle de ces formes de redressement (c.-à.-d. qu'elle peut autoriser le déménagement, transférer la garde ou interdire au parent gardien de déménager avec l'enfant, selon le redressement envisagé par les parties et

¹⁹ *Goertz*, paragr. 134 et 143.

²⁰ Dans *Goertz*, paragr. 25, la juge McLachlin a affirmé : « Si, selon toute vraisemblance, il sera plus adéquatement pourvu aux besoins de l'enfant si celui-ci demeure avec le parent gardien, et que cet élément compense pour la perte ou la diminution des contacts avec le parent ayant un droit d'accès, le juge devrait se garder de modifier la garde, et permettre le déménagement. »; et au paragr. 50 : « En définitive, il faut peser l'importance pour l'enfant de demeurer avec le parent à la garde duquel il s'est habitué dans le nouveau lieu de résidence, par rapport au maintien d'un contact absolu avec le parent ayant un droit d'accès, la famille élargie de l'enfant et son milieu. » Ces commentaires laissent entendre que le maintien du *statu quo* n'est pas une option qu'on pourrait envisager.

²¹ Dans *Goertz*, paragr. 25, la juge McLachlin a affirmé : « La diminution des contacts bénéfiques entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès ne commande pas tout à coup une modification du droit de garde ni une ordonnance qui interdit le déménagement de l'enfant. » Dans l'arrêt *Woodhouse c. Woodhouse* (1996), 29 O.R. (3d) 417 (C. A.) (autorisation de pourvoi refusée avec dépens par la C.S.C.), paragr. 19, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que selon l'opinion de la juge McLachlin dans *Goertz*, le maintien du *statu quo* demeure possible.

selon l'intérêt de l'enfant). Dans l'arrêt *Goertz*, la Cour suprême du Canada a mentionné en *obiter dicta* que les ordonnances de non-déplacement sont acceptables, du moins dans les cas exceptionnels, mais elle s'est demandée si le Canada devrait ou non autoriser encore de telles ordonnances.

L'argument avancé contre les ordonnances de non-déplacement est qu'elles restreignent la liberté du parent gardien (habituellement la mère) et peuvent enfreindre ses droits constitutionnels. En vertu de l'article 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. (2) Tout citoyen et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit : (a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province; et (b) de gagner leur vie dans toute province²². De plus, le Canada est partie à plusieurs ententes internationales qui assurent la liberté de circulation et d'établissement²³.

Bien qu'on puisse soutenir qu'une ordonnance de non-déplacement n'enfreint pas les droits de circulation et d'établissement du parent gardien puisqu'elle ou il conserve la liberté de partir seul(e) (sans les enfants), le fait qu'elle ou il refuse de partir en laissant l'enfant, ou le fait que le parent non gardien ne puisse ou ne veuille avoir la garde, pourrait très bien signifier qu'une ordonnance de non-déplacement constitue une atteinte *de facto* à la liberté personnelle du parent gardien.

Dans l'affaire *Goertz*, la question de savoir si oui ou non, en vertu de la *Charte*, les droits de circulation et d'établissement du parent gardien sont enfreints par une ordonnance de non-déplacement, n'a pas été abordée parce qu'elle n'a pas été soumise à la Cour. Il est peu probable qu'un tel argument soit accueilli, parce que dans l'arrêt *Young*, la Cour suprême du Canada a statué que la liberté de religion garantie par la *Charte* ne protège pas un comportement qui va à l'encontre du critère de l'intérêt de l'enfant. Cet arrêt est conforme aux dispositions de la *Loi sur le divorce*, car il établit que le seul critère déterminant pour la garde et l'accès est l'intérêt de l'enfant. Il est conforme également aux obligations du Canada en vertu de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* qui établit, elle aussi, que l'intérêt de l'enfant est le critère qui s'applique aux décisions concernant les enfants²⁴. Parce que l'intérêt de l'enfant prime sur les droits des parents, les ordonnances de non-déplacement qui correspondent à l'intérêt de l'enfant résisteraient à un examen constitutionnel. Comme l'affirme la juge

²² *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), c. 11.

²³ Voir par exemple le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, art. 12, paragraphe 2, en vertu duquel « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ».

²⁴ « Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant 1989 » dans G. Van Bueren, *International Documents on Children* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1993), pp. 7-24.

McLachlin dans l'arrêt *Goertz*, « Les droits et les intérêts des parents ne seront pertinents que s'ils ont une incidence sur l'intérêt de l'enfant²⁵ ».

Un autre point à considérer est que, dans les affaires de déménagement, non seulement les droits de circulation et d'établissement du parent gardien sont en jeu, mais aussi ceux de l'enfant et du parent non gardien. Si le parent gardien déménageait avec l'enfant, cela pourrait enfreindre les droits de l'enfant de demeurer au Canada ou de s'établir dans quelque province que ce soit. De la même manière, les droits de circulation et d'établissement du parent non gardien pourraient être *de facto* violés. En effet, en refusant de diminuer la fréquence de ses contacts avec l'enfant, il serait effectivement obligé de s'établir près de l'enfant. Voici ce qu'a affirmé la Cour d'appel de la Californie à propos de l'inutilité de tenter de résoudre des litiges en matière de déménagement par une conciliation des droits de circulation et d'établissement concurrents :

[TRADUCTION][É]tant donné que toutes les parties ont les mêmes droits constitutionnels égaux de se déplacer, l'analyse de ces droits dans les affaires de déménagement ne contribue guère à leur solution, parce que ce genre d'analyse mène inévitablement à une impasse; les parties ont des droits égaux de se déplacer, donc toute décision défendable doit principalement reposer sur l'intérêt de l'enfant. [...] Plus important encore, les théories portant sur le droit de se déplacer n'offrent aucune orientation significative à la cour qui fait face au choix difficile que soulèvent de telles affaires²⁶.

Étant donné les divers droits concurrents en jeu, il est peu probable que l'analyse de ces droits offre des solutions claires aux litiges en matière de déménagement (c'est pourquoi il est inapproprié de qualifier ces litiges d'affaires concernant les « droits de circulation et d'établissement »). Même s'il était établi que les droits de circulation et d'établissement du parent gardien ont « prédominance » sur les droits constitutionnels en jeu, l'intérêt de l'enfant primerait sur les droits constitutionnels du parent gardien, conformément à l'arrêt *Young*, à la *Loi sur le divorce* et à la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*.

Un autre argument avancé contre les ordonnances de non-déplacement est que ces ordonnances sont « unilatérales » (c'est-à-dire que le parent non gardien est toujours libre de déménager). Il peut donc être injuste de restreindre les droits du parent gardien. Dans un commentaire sur la décision anglaise *Tyler c. Tyler*²⁷, dans laquelle on refusait à une mère gardienne de déménager en Australie avec ses enfants, Ruth Deech a souligné que la décision ne respectait pas l'article 15, alinéa 4, de la *Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, en vertu de laquelle les femmes et les hommes ont les mêmes droits de circuler librement et de choisir leur résidence. Bien que la Cour

²⁵ L'arrêt *Goertz*, paragr. 37.

²⁶ *In re Marriage of Selzer*, 29 Cal. Rep. 2d 824 à 827 (Ct. App. 4th 1994).

²⁷ *Tyler c. Tyler* [1989] 2 FLR 158.

ait énoncé clairement que la mère pourrait déménager sans ses enfants, si tel est son choix, M^{me} Deech a soutenu que :

[TRADUCTION] La Cour respectait le désir du père absent de voir ses enfants, mais elle ne pouvait l'obliger à visiter ses enfants, même s'il avait cessé de les voir ou s'il devait cesser éventuellement. Et si le père avait décidé d'émigrer en Australie, en aucune façon, la mère n'aurait pu réussir à l'en empêcher pour qu'il maintienne le contact avec ses enfants. Finalement, comme dans le cas d'*Anna Karenina*, c'est la mère, et non le père, qui était aux prises avec le choix difficile de partir seule ou de rester au R.U. Dans l'affaire *Tyler*, jamais il n'a semblé que le père offrirait un foyer à ses deux enfants. Le droit de la mère de choisir une résidence pour elle et ses enfants était donc restreint, sans qu'il y ait de restriction réciproque à l'égard du droit du père²⁸.

Dans l'affaire *Goertz*, le FAEJ a avancé un argument semblable concernant la nature non réciproque des ordonnances de non-déplacement. Un juge de la Cour suprême du Canada a laissé entendre pendant une plaidoirie qu'une requête visant à faire interdire le déménagement d'un parent ayant un droit d'accès pourrait être présentée et accueillie²⁹.

Une ordonnance interdisant à un parent non gardien de déménager ne résisterait probablement pas à l'analyse du critère de l'intérêt de l'enfant. Car, contrairement au déménagement du parent gardien, le déménagement d'un parent non gardien n'entraîne pas celui de l'enfant. Par conséquent, l'intérêt de l'enfant à demeurer dans son milieu scolaire, auprès de ses amis et de ses proches, et à poursuivre ses activités, ne serait pas en jeu. De plus, une ordonnance interdisant au parent non gardien de déménager n'assurerait pas nécessairement le maintien de contacts bénéfiques pour l'enfant. Il a été prouvé qu'il est impossible d'obliger un parent à exercer son droit d'accès, et toute tentative visant à imposer des visites bénéfiques pour l'enfant serait encore plus vaine. Il est peu probable que l'intérêt de l'enfant l'emporterait sur les droits de circulation et d'établissement d'un parent non gardien; c'est pourquoi, une requête pour empêcher le parent non gardien de déménager ne serait probablement pas accueillie. Les ordonnances de non-déplacement pour le parent gardien resteront probablement « sans réciprocité ». Cela est peut-être injuste, mais l'intérêt de l'enfant l'emporte sur l'injustice subie par les parents.

Selon Christine Davies, quand il est question de déterminer s'il faut empêcher le déplacement des enfants alors qu'aucun transfert de garde n'est demandé, le déménagement proposé ne constitue pas un changement important quant à la garde, mais seulement quant à l'accès. Dans ce cas, il est illogique que le tribunal procède à un « examen approfondi de la

²⁸ R. Deech, « The Rights of Fathers: Social and Biological Concepts of Parenthood » dans J. Eekelaar et P. Sarcevic, éd., *Parenthood in Modern Society* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993) 19, p. 31.

²⁹ C. Schmitz, « Enforcing Children's Right to Visits from the Non-custodial Parent: S.C.C. Willing to Hear Application » (23 février 1996), *Lawyers Weekly*.

garde »³⁰. Bien qu'il soit vrai que l'examen sera différent et probablement plus restreint si la seule question est de savoir s'il faut rendre une ordonnance de non-déplacement, on peut affirmer que nombre de déménagements proposés satisferaient au critère du changement important de situation quant à la garde. Dans certains cas, cela pourrait justifier une modification des conditions de la garde par l'imposition d'une ordonnance de non-déplacement. En vertu du paragraphe 16(6) de la *Loi sur le divorce*, un tribunal peut assujettir une ordonnance de garde ou d'accès à « des modalités ou restrictions », et l'article 17 permet implicitement la même chose pour les requêtes en modification.

En dernier lieu, nous soulignons que les arguments avancés contre les ordonnances de non-déplacement pourraient être invoqués contre les transferts de garde effectués à cause du déménagement proposé par le parent gardien. Bruch et Bowermaster ont signalé que certaines cours de la Californie empêchent effectivement le déménagement du parent gardien, en ordonnant un transfert de garde applicable seulement si ce parent déménage :

[TRADUCTION] La Constitution ne permet pas à une cour d'empêcher le parent gardien de se déplacer. Alors en pratique, on ne peut empêcher le déménagement de l'enfant qu'en rendant une ordonnance transférant la garde à la personne qui « reste » et qui, initialement, n'avait pas la garde. En Californie, les tribunaux ont habituellement ordonné un tel transfert de garde seulement si le gardien principal déménageait réellement. Souvent ces ordonnances sont complètement déloyales, parce qu'elles sont rendues alors que rien ne permet de croire que le parent non gardien est la personne la plus apte à fournir les soins de base aux enfants. [...] Ces affaires démontrent en fait une sorte de chantage judiciaire tout à fait inconvenant. Les tribunaux qui rendent une telle ordonnance de transfert éventuel de la garde s'attendent assurément à ce que le parent gardien renonce à déménager pour conserver la garde, et parlent parfois officieusement de « mettre le parent gardien au pied du mur »³¹.

Ce type de problème pourrait se résoudre en empêchant les tribunaux d'imposer des ordonnances « déloyales » de transfert de garde sans avoir fait une analyse complète de l'intérêt de l'enfant. Toutefois, même si on éliminait les ordonnances déloyales, le problème pourrait persister. Dans certains cas, si les seules options possibles sont le déménagement avec le parent gardien ou le transfert de la garde, il se peut que le transfert de la garde soit l'option qui serve le mieux l'intérêt de l'enfant. Cependant, s'il était possible de maintenir le *statu quo*, il se pourrait que ce soit là l'option qui serve le mieux l'intérêt de l'enfant. Dans ces cas-là, le transfert de la garde pourrait avoir l'effet d'une ordonnance de non-déplacement interdisant au parent gardien de déménager. Par conséquent, ce n'est pas en éliminant les ordonnances de non-déplacement de la liste des options possibles dans les cas de déménagement que l'on réglerait complètement le problème d'atteinte à la liberté du parent gardien.

³⁰ C. Davies, « Mobility Rights and Child Custody: A Contradiction in Terms? » (1997), 15 *Can. Fam. L.Q.* 115, p. 128.

³¹ C. S. Bruch & J. M. Bowermaster, « The Relocation of Children and Custodial Parents: Public Policy, Past and Present » (1996), 30 *Fam. L.Q.* 245, pp. 260-261.

Tant les transferts de garde que les ordonnances de non-déplacement portent atteinte à la liberté, aux droits et à l'intérêt du parent gardien. Il faudrait, dans la mesure du possible, éviter que cela n'arrive et examiner *de façon approfondie* l'impact du déménagement du parent gardien sur l'enfant pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Dans certains cas, cependant, il y aura inévitablement des conflits entre les plans du parent gardien et l'intérêt de l'enfant. Le cas échéant, les droits et les intérêts du parent devraient passer après l'intérêt de l'enfant, même si le parent gardien subit une injustice et le parent non gardien n'a pas d'obligation réciproque. Les ordonnances de non-déplacement ne devraient pas être rendues à la légère et devraient demeurer une option dans des cas exceptionnels où une telle ordonnance sert l'intérêt de l'enfant.

Motifs de déménagement

Dans l'arrêt *Goertz*, la juge McLachlin affirme que les motifs de déménagement du parent gardien ne sont pas pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer l'intérêt de l'enfant, sauf s'ils laissent planer un doute sur l'aptitude du parent à remplir son rôle de père ou de mère. Si le déménagement a pour but de faire obstacle à la relation positive d'une personne ayant un droit d'accès, on remettra en question l'attention que le parent gardien porte à l'intérêt de l'enfant. Mais règle générale, les motifs de déménagement du parent gardien ne sont pas pertinents. Sur ce point, la Cour appuie son raisonnement sur les paragraphes 16(9) et 17(6) de la *Loi sur le divorce*, lesquels prévoient qu'un juge « ne tiendra pas compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère ». Des motifs de déménagement ne constituent pas une « conduite antérieure ». Cependant, la question de savoir si les motifs de déménagement sont pertinents quant à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant devrait être examinée de façon plus approfondie.

Dans la plupart des cas, les motifs de déménagement seront pertinents, en ce sens que la majorité des parents gardiens désirent déménager pour trouver un emploi ou faire des études, pour rejoindre un nouveau partenaire, ou pour retrouver le soutien d'amis et de proches. Dans la plupart des juridictions, on tient compte des motifs du déménagement proposé, du moins pour s'assurer que le déménagement est fait de bonne foi et non pour entraver l'accès. Récemment, de nombreuses cours américaines ont fait un examen moins minutieux des motifs de déménagement. La Cour suprême de la Californie vient de rejeter l'idée qu'un parent doit prouver qu'un déménagement est « nécessaire » pour obtenir la garde³². En 1988, la Cour suprême du New Jersey a supprimé la condition exigeant que parent gardien démontre l'« avantage réel » du déménagement proposé, et elle a statué que le parent gardien doit simplement démontrer qu'il ou elle agit de « bonne foi »³³. Cet assouplissement s'est avéré positif puisqu'il a allégé le

³² *In re Marriage of Burgess*, 913 P.2d 473 (Cal. 1996).

³³ *Holder c. Polanski*, 544 A.2d 852 (N.J. 1988).

fardeau qui incombait au parent gardien et qui allait à l'encontre du critère de l'intérêt de l'enfant. Si le déménagement proposé satisfait au critère de l'intérêt de l'enfant, il devrait être autorisé, que le parent gardien puisse ou non démontrer que le déménagement serait « nécessaire » ou qu'il présenterait un « avantage réel ». Cependant, dans la plupart des cas, les motifs de déménagement auront tout au moins un rapport indirect avec l'intérêt de l'enfant. Comme l'affirme Christine Davies :

[TRADUCTION] Si le parent gardien déménage dans le but d'obtenir un meilleur emploi ou de faire des études, cette décision sera considérée comme favorable à la stabilité économique des enfants. Si la mère déménage pour rejoindre un nouveau mari ou conjoint qui travaille dans une autre région, le déménagement peut très bien représenter la stabilité économique pour les enfants, une famille comprenant deux parents et une mère sereine et heureuse. Toutefois, lorsque la mère propose de déménager sans aucune raison valable et qu'elle a des projets vagues ou mal conçus, il y a peu de chances pour que le déménagement représente une stabilité pour les enfants³⁴.

La pertinence des motifs de déménagement devrait être reconnue et examinée de façon approfondie dans les affaires qui concernent un déménagement.

2. La Loi sur le divorce du Canada et le droit civil du Québec³⁵

Le droit civil du Québec renferme un système de responsabilité parentale partagée. La compréhension de la notion d'autorité parentale est essentielle à celle du partage des droits et responsabilités des parents ainsi qu'à la question du déménagement. La notion civiliste de l'autorité parentale devrait s'appliquer même dans le contexte du divorce³⁶. En fait, dans ce cas,

³⁴ C. Davies, « Mobility Rights and Child Custody: A Contradiction in Terms? » (1997) 15 Can. Fam. L.Q. 115, p. 124. À propos du déménagement avec un nouveau mari ou conjoint, M^{me} Davies ajoute dans la note 48 en bas de page : « Évidemment, si la nouvelle relation de la mère est précaire ou instable, le déménagement pourrait indiquer tout le contraire. »

³⁵ Pour éviter les redites, la présente section porte seulement sur les principes généraux du droit civil au Québec, les particularités de l'application de la *Loi sur le divorce* au Québec et la façon dont les jugements rendus au Québec traitent la question du déménagement.

³⁶ Il est généralement reconnu que les définitions de garde et d'accès précisées à l'art. 2 et au par. 16(5) de la *Loi sur le divorce* peuvent s'appliquer aux deux systèmes judiciaires du Canada. Tel que mentionné par M. Pratte, « La garde conjointe des familles désunies », (1988) 19 R.G.D. 525, pp. 566-572, plus précisément 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 aussi 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 *Droit et enfant* (Cowansville, Yvon Blais, 1990) 19, pp. 29-31; R. Joyal, *Précis de droit des jeunes*, t. 1 - Le Code civil, 2^e éd. (Cowansville, Yvon Blais, 1994),

l'ordonnance de garde rendue en vertu du système civiliste du Québec n'a pas nécessairement la même incidence qu'une ordonnance rendue en common law.

L'autorité parentale peut être définie comme étant les droits et les devoirs des parents envers leur enfant mineur. Tel qu'énoncé à l'article 599 C.c.Q., la notion d'autorité parentale veut que les parents aient, « à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation » et ils doivent le nourrir et l'entretenir. En principe, les parents exercent ensemble leur autorité parentale³⁷. L'article 603 C.c.Q. prévoit une présomption en faveur des tiers de bonne foi; lorsqu'il agit seul, l'un des parents est présumé décider avec l'accord de l'autre. Cette disposition s'applique à tous les enfants et parents, qu'ils soient mariés ou non³⁸. En droit civil québécois, il est primordial de se rappeler que la notion de garde n'est qu'un attribut de l'autorité parentale³⁹. Dans les provinces de common law, la garde équivaut à l'autorité parentale.

Dans le cas d'une rupture entre les parents, le *Code civil du Québec* prévoit diverses possibilités pour la réorganisation de la famille. La garde peut être partagée entre les parents ou, ce qui est plus fréquent, la garde de l'enfant peut être confiée à la mère, le père se voyant accorder un droit d'accès. Dans ce dernier cas, même si l'un des parents a ce que la common law appelle la garde physique, l'autre a toujours la garde légale de l'enfant (ou, plus exactement, les deux parents exercent ensemble l'autorité parentale). L'article 605 C.c.Q. 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 ».

En 1987, l'article 605 C.c.Q. a été interprété dans l'affaire *C.(G.) c. V.-F. (T.)*⁴⁰. Dans cette décision, la Cour suprême du Canada a formulé une notion restrictive de la garde contraire à l'interprétation courante en common law. Par conséquent, les décisions quotidiennes

p. 76, paragr. 267. D. Goubau, « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », (1996) 13 C. R.F.L. 11, pp. 23-25. Contra : M. Castelli et E.-O. Dallard, *Le nouveau droit de la famille au Québec. Projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, 2^e éd. (Sainte-Foy, P.U.L., 1993), pp. 233 et 234.

³⁷ Art. 600 C.c.Q. Exceptionnellement, l'autorité parentale peut être exercée par un seul des parents. C'est le cas lorsque le père ou la mère décède ou quand il y a déchéance de l'autorité parentale, si des motifs graves et l'intérêt de l'enfant justifient une telle mesure (art. 606 C.c.Q.).

³⁸ Art. 522 C.c.Q.

³⁹ Pour en savoir davantage sur cette notion, voir M. Pratte, « Le droit d'un tiers à la garde d'un enfant : l'affaire *Vignault-Fines c. Chardon* », [1987] 2 R.C.S., 244 (1988) 19 R.G.D. 171, pp. 182-189, paragr. 26-43.

⁴⁰ [1987] 2 R.C.S. 244. Bien qu'elle concerne l'attribution de la garde à un tiers, la décision s'applique aux litiges entre parents désirant obtenir la garde d'un enfant; voir *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 163 (juge L'Heureux-Dubé).

reviennent au parent gardien⁴¹, tandis que les décisions importantes, comme le choix de la religion et de l'école, appartiennent aux deux parents⁴². Néanmoins, il est toujours possible que le tribunal en décide autrement si l'intérêt de l'enfant est mieux servi ainsi⁴³. Alors qu'il y a moins de confusion dans les provinces de common law relativement aux droits et responsabilités de chacun des parents depuis l'arrêt *Young*, il règne malheureusement une plus grande confusion en droit civil québécois depuis le jugement rendu dans l'affaire *P.(D.) c. S.(C.)*⁴⁴. Dans cette affaire, bien que le *Code civil du Québec* prévoie une définition plus restrictive de la garde, la juge L'Heureux-Dubé a appliqué une définition beaucoup plus large. Selon la définition large, le parent gardien a le droit et la responsabilité de prendre toutes les décisions concernant l'enfant. Le parent non gardien a une responsabilité limitée de surveillance de l'éducation de l'enfant, et il a le droit d'être informé, notamment des résultats scolaires⁴⁵.

⁴¹ Le parent non gardien est tenu de surveiller comment l'enfant est élevé : « Il est vrai que l'attribution de la garde à un tiers signifie qu'une parcelle de l'autorité parentale échappe, 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. Il dispose du recours prévu à l'art. 653 C.c.Q.(maintenant l'art. 604 C.c.Q.) Advenant qu'une décision du gardien lui apparaisse contraire à l'intérêt de l'enfant », *Id.*, p. 282.

⁴² Le parent non gardien est tenu de prendre part aux décisions importantes touchant l'enfant : « 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 du C.C.B.-C. et 466 du C.c.Q.). Le titulaire de l'autorité parentale doit aussi consentir aux soins ou aux traitements requis par son enfant s'il est âgé de moins de quatorze ans; il doit en être averti dans certaines circonstances si l'enfant a quatorze ans ou plus », *Id.*, 282. L'opinion dominante abonde dans le sens de cette interprétation, voir notamment M. Castelli et E.-O. Dallard, *Le nouveau droit de la famille au Québec. Projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, 2^e éd., (Sainte-Foy, P.U.L., 1993), 233; M. Pratte, « Le droit d'un tiers à la garde d'un enfant : l'affaire *Vignault-Fines c. Chardon* », [1987] 2 R.C.S. 244 (1988) 19 R.G.D. 171, pp. 196 et 197, paragr. 59; M. Pratte, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) 19 R.G.D. 525, 564 et 565, paragr. 61 à 65; R. Joyal, *Précis de droit des jeunes*, t. 1 - Le Code civil, 2^e éd. (Cowansville, Yvon Blais, 1994), p. 75, paragr. 266. Voir l'opinion contraire de la juge L'Heureux-Dubé, notamment dans *Young*, pp. 38 et 39, et dans l'affaire *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, 162.

⁴³ Art. 604 C.c.Q.

⁴⁴ *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

⁴⁵ *Id.*, 162, le juge Gonthier souscrit à ce jugement. Ces commentaires sont des obiter dicta.

En vertu du *Code civil du Québec*, le choix de la résidence de l'enfant est considéré comme une responsabilité du parent gardien⁴⁶, c'est un attribut de la garde. Ce droit du parent gardien de décider de la résidence de l'enfant peut être restreint dans des circonstances exceptionnelles par une ordonnance de la cour⁴⁷, ou par une ordonnance de non-déplacement⁴⁸. Cependant, si la distance causée par le déménagement est assez grande pour limiter les droits d'accès, cette question devient primordiale pour la vie de l'enfant. Le parent gardien doit aviser le parent non gardien et lui proposer des solutions pour assurer la poursuite des visites⁴⁹.

Le parent gardien n'est pas nécessairement autorisé à déménager et à emmener l'enfant, si le déménagement est contesté par le parent non gardien. Tel qu'énoncé dans l'arrêt *Goertz*, le tribunal considère le déménagement comme un changement important de situation, s'il porte atteinte aux droits de visites en vigueur. Comme nous l'avons déjà mentionné, le déménagement du parent gardien est un changement important de situation pouvant justifier une modification d'une ordonnance de garde⁵⁰. Dans ce contexte, le tribunal doit décider si le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant et s'il faut modifier les droits d'accès⁵¹.

L'intérêt de l'enfant

⁴⁶ Art. 80 et 602 C.c.Q.; *Gordon*, 75 et 76 (juge L'Heureux-Dubé); *W.(V.) c. S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, p. 149 (juge L'Heureux-Dubé). *Droit de la famille* 7, [1984] R.J.Q. 351 (C.A.); *Droit de la famille* 120, [1984] C.A. 101; *Droit de la famille* 190, [1985] C.A. 201; *Droit de la famille* 1826, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), [1993] R.D.F. 544 (C.A.); *Droit de la famille* 2380, [1996] R.D.F. 274 (C. S.), p. 278. Voir aussi M. Pratte, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) 19 R.G.D. 525, 561, paragr. 56.

⁴⁷ Il est tout particulièrement important de préciser la résidence de l'enfant dans le contexte de la garde conjointe ou partagée pour éviter toute incertitude à ce sujet. L'article 80 C.c.Q. prévoit que « le mineur est présumé domicilié chez celui de ses parents avec lequel il réside habituellement, à moins que le tribunal n'ait autrement fixé le domicile de l'enfant ». Ainsi, lorsqu'elle n'est pas précisée dans le jugement, la résidence de l'enfant est l'endroit où ce dernier passe la majeure partie de son temps.

⁴⁸ Cette clause pourrait être ordonnée par le tribunal conformément au pouvoir discrétionnaire général qu'il peut exercer selon l'art. 604 C.c.Q. Dans le contexte d'un divorce, voir le par. 16(7) de la *Loi sur le divorce*.

⁴⁹ D. Goubau, « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », (1996) 13 C.R.F.L. 11, pp. 18-21.

⁵⁰ Cela est généralement admis dans *Goertz* et dans la plupart des décisions sur la question, notamment dans *Droit de la famille* 190, [1985] C.A. 201; *Droit de la famille* 7, [1984] R.J.Q. 351 (C.A.); *Droit de la famille* 120, [1984] C.A. 101; *Droit de la famille* 1826, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.); *Droit de la famille* 2380, [1996] R.D.F. 274 (C. S.), 278.

⁵¹ Art. 33 C.c.Q., par. 17(5) de la *Loi sur le divorce*. La jurisprudence reconnaît l'application de ce principe. Voir *Goertz*; *P.(M.) c. L.B.(G.)*, [1995] 4 R.C. S. 592.

La question la plus importante et la plus délicate consiste à rendre une décision dans l'intérêt de l'enfant. L'article 33 C.c.Q. prévoit que : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. » L'interprétation de l'intérêt de l'enfant a été précisée dans la jurisprudence. D'une part, c'est l'intérêt de l'enfant et non celui des parents qui a la priorité⁵². La jurisprudence a proposé les critères suivants pour l'appréciation de l'intérêt de l'enfant : sa stabilité⁵³, la conduite des parents⁵⁴, la capacité parentale⁵⁵, la

⁵² *Droit de la famille 2471*, [1996] R.D.F. 556 (C.S.), 559.

⁵³ *Droit de la famille 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), de 1738 à 1740. Dans cette décision, l'appel a été accueilli et la garde a été transférée au père après le déménagement de la mère en France. La Cour a souligné que la mère n'avait pas respecté la clause lui interdisant d'emmener l'enfant et qu'elle n'avait pas du tout collaboré, ne donnant aucune nouvelle de l'enfant à son père. Dans cette affaire, la stabilité de l'enfant a été interprétée comme étant la stabilité de son milieu et non la stabilité dans la relation avec le principal gardien. La décision de la Cour d'appel a été confirmée par le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *P.(M.) c. L.B.(G.)*, [1995] 4 R.C.S. 592, 595 : « Bien que l'attribution de la garde ne saurait devenir un moyen de punir un parent en défaut de respecter une convention et, ici, une décision de justice, il n'en reste pas moins que les tribunaux québécois ne pouvaient ajouter à une preuve défailante, et ne pouvaient donc décider qu'en vertu de celle-ci. C'est ce que la Cour d'appel a fait, et nous ne pouvons conclure qu'elle a erré en cela. En cherchant à se soustraire à la justice à la fois au Québec et en France, l'appelante remettait en cause l'autorité des tribunaux et les empêchait d'exercer pleinement leur fonction protectrice à l'égard de l'enfant. Ne disposant que de la preuve offerte par le père tendant à démontrer sa capacité à assurer adéquatement la garde, et confrontés à la conduite de la mère, nous n'avons pas d'autre alternative que de rejeter l'appel. » *Droit de la famille 2380*, [1996] R.D.F. 274 (C.S.), 279, précise que ce facteur exige, dans certains cas, que les enfants ne soient pas séparés. Dans *Droit de la famille 120*, la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel contre un jugement de la Cour supérieure accordant la garde d'un enfant de neuf ans à son père. Après le déménagement de la mère à Smiths Falls avec l'enfant sans que le père ait été informé, ce dernier a cherché à faire transférer la garde. La stabilité du milieu était un facteur en faveur de la demande du père. La capacité d'adaptation à une nouvelle ville, à une nouvelle province ou à un nouveau pays a également été prise en considération. La capacité de l'enfant de parler la langue a été mentionnée comme un facteur important pour déterminer sa capacité de s'adapter à un nouveau milieu. Voir *Droit de la famille 1322*, [1990] R.D.F. 409 (C.S.) et *Droit de la famille 2473*, [1996] R.D.F. 580 (C.S.).

⁵⁴ *Droit de la famille 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), pp. 1738-1740.

⁵⁵ *Droit de la famille 2380*, [1996] R.D.F. 274 (C.S.), p. 279.

disponibilité du père ou de la mère⁵⁶, le milieu de chacun des parents, de même que l'âge de l'enfant⁵⁷, son sexe⁵⁸ et la distance par rapport au lieu du déménagement proposé⁵⁹.

Le principe du contact maximum

Un autre critère important pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant est le principe du contact maximum avec les deux parents, particulièrement dans le contexte d'un divorce. En effet, le paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce* mentionne explicitement ce facteur. L'interprétation de ce principe varie⁶⁰. Dans *Droit de la famille 2241*⁶¹, la Cour supérieure a accordé la requête de la mère qui souhaitait déménager aux États-Unis avec un enfant de cinq ans, et elle a souligné que les bonnes relations entre l'enfant et le père n'étaient pas le seul facteur à prendre en considération pour décider ce qui était dans l'intérêt de l'enfant. La Cour était convaincue que le déménagement ne visait pas à faire obstacle aux droits d'accès du père. Toutefois, il est parfois difficile de réconcilier les interprétations du paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce* qui ressortent de la jurisprudence. Dans *Droit de la famille 2246*⁶², la Cour supérieure a conclu que les contacts réguliers des enfants avec les deux parents étaient très importants. Ce facteur a probablement incité la mère à retirer sa permission de déménager dans le nord de l'Ontario. Dans *Droit de la famille 2283*⁶³, une mère a été autorisée à déménager et à

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Droit de la famille 2471*, [1996] R.D.F. 556 (C.S.), p. 560. Dans cette décision, la mère a été autorisée à déménager à Toronto pour y poursuivre sa carrière et améliorer sa qualité de vie, notamment au chapitre des défis et du salaire. L'enfant de onze ans souhaitait rester avec sa mère. La mère a accepté d'accorder un droit de visite généreux. Elle n'avait pas déménagé la première fois qu'elle en avait eu l'occasion, principalement pour le bien de l'enfant. Parce que la relation entre les parents s'était détériorée, la garde partagée n'a pas été maintenue. La mère s'est vue ordonner de tenir le père informé de l'éducation et de la santé de l'enfant et de l'aviser de tout changement de résidence.

⁵⁸ *Droit de la famille 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), pp. 1738-1740.

⁵⁹ Voir *Droit de la famille 2471*, [1996] R.D.F. 556 (C.S.), p. 560.

⁶⁰ Dans *Droit de la famille 2473*, [1996] R.D.F. 580 (C.S.), p. 587-589, la juge Carole Julien de la Cour supérieure du Québec a signalé que cela n'empêchait pas le déménagement de l'enfant avec le parent gardien. Dans cette affaire, la Cour a autorisé le déménagement en Grèce, mais elle a accordé un droit de visite large au parent non gardien, dans la mesure où la distance le permettait. Selon ce jugement, le droit de visite devrait, dans la mesure du possible, être exercé en Grèce et à l'extérieur de ce pays (à Montréal) pour que l'enfant puisse rester en contact avec l'endroit où elle habitait auparavant.

⁶¹ [1995] R.D.F. 507 (C.S.).

⁶² [1995] R.D.F. 530 (C.S.).

⁶³ [1995] R.D.F. 706 (C.S.).

emmener son enfant en Grèce et un droit d'accès généreux a été accordé au père. La Cour a invoqué comme motif que l'intérêt de l'enfant était lié à l'épanouissement personnel et au bonheur de la mère.

Désir de l'enfant

Le désir de l'enfant est également d'une grande importance pour déterminer ce qui est dans son intérêt⁶⁴. L'article 34 C.c.Q. dispose que : « Le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent ». Tel que mentionné dans *Droit de la famille 2381*⁶⁵ :

Le désir d'un enfant de plus de 12 ans apparaît largement déterminant quant aux mesures relatives à sa garde. Le choix d'un enfant n'est certes pas un facteur exclusif de détermination de son gardien. Il s'agit, cependant, d'un critère important qui doit être examiné dans un contexte plus vaste, celui du meilleur intérêt de l'enfant. En l'espèce, ce critère doit être envisagé à la lumière de la décision des parents de ne pas séparer les enfants, et de l'ensemble des autres facteurs discutés précédemment. Il doit également être replacé dans le contexte pratique du présent litige où la distance séparant les deux parents est importante et les contacts encore plus difficiles avec le parent non gardien.

Le désir de l'enfant a été pris en compte dans d'autres décisions⁶⁶. Cependant, il est intéressant de constater que, malgré l'article 34 C.c.Q., bien peu de décisions mentionnent que l'enfant a été consulté. Il semble y avoir un écart entre le texte et son application sur ce point.

Il n'existe pas de présomption en faveur du parent gardien dans le cas d'un déménagement et la jurisprudence après *Goertz* abonde dans ce sens. Mais elle reconnaît aussi qu'il faut respecter l'opinion du parent gardien dans ce contexte et que la raison du déménagement n'est pas pertinente, sauf lorsque le déménagement vise à restreindre le droit de visite ou est fait de mauvaise foi pour une autre raison⁶⁷. Il est intéressant de remarquer que, dans

⁶⁴ *Droit de la famille 2380*, [1996] R.D.F. 274 (C.S.), 279; *Droit de la famille 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), pp. 1738-1740.

⁶⁵ [1996] R.D.F. 274 (C.S.), p. 280. Dans cette décision, il y avait lieu de croire que le jeune enfant éprouverait des problèmes d'adaptation s'il déménageait en Californie. Même si elle aurait pu être meilleure, la relation entre le père et les enfants n'était pas mauvaise et pouvait être améliorée. Pour ces raisons, la Cour n'a pas autorisé le déménagement.

⁶⁶ Dans *Droit de la famille 2473*, [1996] R.D.F. 580 (C.S.), la fillette de huit ans a refusé d'établir des rapports avec son père et semblait le tenir responsable de la rupture du mariage. Le tribunal a décidé que la relation entre l'enfant et sa mère était trop exclusive et que, dans l'intérêt de l'enfant, les rapports entre le père et la fille devaient être encouragés. Dans *Droit de la famille 1322*, [1990] R.D.F. 409 (C.S.), la mère a été autorisée à déménager au Danemark et à y emmener ses deux filles qui avaient fait part de leur désir de déménager avec leur mère.

⁶⁷ Voir *Droit de la famille 2655*, [1997] R.D.F. 271, 273 (C.S.).

certains cas, le juge a précisé que la grande distance causée par le déménagement n'était pas une raison de restreindre l'exercice de l'autorité parentale. À distance, un parent non gardien peut continuer à s'occuper de l'éducation de son enfant et à l'élever⁶⁸.

Interdiction de se déplacer

En 1984, la Cour d'appel du Québec a statué dans *Droit de la famille 7* qu'on ne peut pas renoncer au droit de se déplacer dans tout le pays tel que reconnu par l'article 6 de la *Charte*⁶⁹. Mais si une disposition du jugement interdit de déplacer l'enfant, le père ou la mère doit présenter une demande au tribunal pour pouvoir déménager⁷⁰. Autrement, le parent pourrait être accusé d'outrage au tribunal s'il ne peut justifier sa décision de déménager et d'emmener l'enfant⁷¹. Cependant, la jurisprudence précise généralement qu'il ne faut pas punir le parent gardien parce qu'il a déménagé en accordant automatiquement un changement des conditions de la garde⁷².

Dans la majorité des décisions touchant le déménagement qui ont été rendues au Québec, le parent gardien a été autorisé à déménager et à emmener son enfant avec lui. Les tribunaux sont tout spécialement en faveur du déménagement quand le motif du parent gardien est raisonnable. Dans treize affaires, l'autorisation de déménager a été refusée; dans neuf de ces affaires, une ordonnance interdisant d'emmener l'enfant était en vigueur; dans deux affaires, le parent gardien avait accepté de ne pas déménager si le tribunal décidait que cela était dans l'intérêt de l'enfant. Parmi les onze affaires où le parent gardien s'est vu refuser l'autorisation de déménager et d'emmener l'enfant, huit se sont traduites par le transfert de la garde au père; dans une affaire, la garde a été transférée au père pendant la seule année où la mère était en Afrique; dans une autre affaire, la mère a conservé la garde mais l'enfant est demeuré avec son père pendant l'année où la mère était à l'extérieur; et dans la dernière affaire, la mère a conservé la garde mais elle s'est vue interdire de déménager. Sept de ces onze affaires ont été décidées avant 1990, une en 1990, une en 1993 et deux en 1996. Depuis 1990, la Cour d'appel a rendu cinq décisions sur le déménagement et a renversé quatre jugements de la Cour supérieure qui n'autorisaient pas le

⁶⁸ Dans *Droit de la famille 2380*, [1996] R.D.F. 274 (C.S.), la mère a quitté la région de l'Outaouais pour s'installer en Californie et la juge Johanne Trudel s'est prononcée en faveur de la garde partagée. Dans *Droit de la famille 2473*, [1996] R.D.F. 580 (C.S.), la juge Carole Julien s'est également prononcée en faveur de la garde partagée, même si la mère avait été autorisée à quitter Montréal pour déménager en Grèce et y emmener l'enfant, parce que les parents étaient chacun en mesure d'assurer une communication constructive et de veiller à l'intérêt de leur fille. Voir aussi *Droit de la famille 2655*, [1997] R.D.F. 271 (C.S.), pp. 273-274.

⁶⁹ *Droit de la famille 7*, [1984] R.J.Q. 351 (C.A.), p. 354 (juge Mayrand).

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*, p. 352 (juge Bernier, dissident).

⁷² *Droit de la famille 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.); *Droit de la famille 7*, [1984] R.J.Q. 351 (C.A.); *Beaudoin c. Stankevicius* (1972), C.A. 604; *Droit de la famille 2232*, [1995] R.J.Q. 1704, [1995] R.D.F. 408 (C.A.); *Droit de la famille 2518*, [1996] R.D.F. 725 (C.A.).

parent gardien à déménager. Dans la seule affaire où la Cour d'appel a refusé d'autoriser le déménagement proposé du parent gardien⁷³, la décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *P.(M.) c. L.B.(G.)*⁷⁴. Règle générale, lorsqu'un déménagement est autorisé, les conditions du droit de visite sont modifiées pour permettre la continuité des relations avec le parent non gardien.

3. Répartition des données statistiques concernant 198 décisions canadiennes relatives au déménagement (voir l'Index des décisions)

La recension de 198 décisions relatives au déménagement et publiées au Canada a révélé que la mère avait la garde dans environ 65 p. 100 des cas, la garde était partagée dans 25 p. 100 des cas et le père était le gardien dans 10 p. 100 des cas. Les parents ont été empêchés de déménager dans 42 p. 100 des cas. Lorsqu'un parent s'est vu empêcher de déménager, la mère avait la garde dans 63 p. 100 des cas environ, la garde était partagée dans 29 p. 100 des cas et le père était le gardien dans les autres cas (7 p. 100). Dans la grande majorité des cas où la garde était partagée, la mère était le principal parent chez qui résidait l'enfant. La mère a beaucoup plus de chances que le père d'obtenir la garde ou d'être le parent chez qui réside l'enfant et elle risque de se voir imposer des restrictions quant à un déménagement.

B. Comment d'autres juridictions traitent la question du déménagement

La présente partie est un résumé des lois actuelles et de la jurisprudence d'autres juridictions anglo-américaines et des pays de droit civil que sont la France et la Belgique. On y trouve aussi une analyse des tendances générales dans le monde occidental. Cette section répond à une question suivante : est-ce que les solutions adoptées par d'autres juridictions offrent des modèles que le Canada pourrait suivre?

Récemment, plusieurs pays occidentaux se sont penchés sur la question du déménagement. Les solutions apportées par ces pays fournissent divers modèles aux législateurs canadiens. Dans les paragraphes qui suivent, on trouvera une brève description des lois régissant la garde des enfants et les droits d'accès dans d'autres pays, ainsi qu'un survol de modifications législatives récentes et d'importantes décisions judiciaires touchant le déménagement.

1. L'Angleterre et le pays de Galles

L'Angleterre et le pays de Galles (qui constituent une seule entité juridique aux fins du droit familial) ont délaissé l'usage des termes *custody* (garde) et *access* (accès), pour se tourner vers un modèle de partage de la responsabilité parentale. Suivant ce modèle, les parents mariés ont le droit présomptif de partager la responsabilité parentale après un divorce ou une séparation⁷⁵. Les notions de résidence et de contact (équivalents fonctionnels de *custody* et

⁷³ *Droit de la famille 1826*, [1993] R.J.Q. 1728, [1993] R.D.F. 544.

⁷⁴ [1995] 4 R.C.S. 592.

⁷⁵ *Children Act*, 1989 (R.-U.), (1989, c. 41).

access) sont régies par la *Children Act, 1989*⁷⁶, qui confère aux deux parents la responsabilité parentale après le divorce. (Dans le cas de parents non mariés, le père n'obtient pas automatiquement la responsabilité parentale mais peut se la voir conférer par une entente ou une ordonnance judiciaire conformément au paragraphe 4(1) de la *Children Act*⁷⁷.)

La responsabilité parentale est définie au paragraphe 3(1) comme comprenant [TRADUCTION] « tous les droits, devoirs, pouvoirs, responsabilités et l'autorité qu'un parent exerce légalement à l'égard de son enfant et des biens de celui-ci ». Le paragraphe 8(1) précise la notion d'ordonnance de résidence : [TRADUCTION] « une ordonnance établissant les dispositions à prendre concernant la personne avec qui l'enfant vivra »; et celle d'ordonnance d'accès : [TRADUCTION] « une ordonnance obligeant la personne avec qui l'enfant vit... de permettre à celui-ci de rendre visite à la personne nommée dans l'ordonnance, de séjourner avec cette personne, ou de permettre à cette personne et à l'enfant d'avoir des contacts entre eux⁷⁸ ». En vertu des paragraphes 2(7) et (8), chacun des parents doit s'acquitter seul de sa responsabilité parentale, à moins que le consentement d'une autre personne ne soit requis, ou qu'une telle action soit incompatible avec une ordonnance judiciaire. La *Children Act* n'impose à un parent aucun devoir de consultation avec l'autre parent. Un parent qui s'oppose à une décision prise par l'autre parent peut demander une ordonnance judiciaire en vertu de l'article 8 de la *Children Act*, pour faire modifier cette décision.

En Angleterre et au pays de Galles, les questions de déménagement sont régies par la *Children Act* et la *Children Abduction Act*⁷⁹. Dans ces juridictions, un parent doit obtenir le consentement de l'autre parent ou la permission de la cour avant de déménager à l'extérieur du Royaume-Uni. Une mère célibataire peut cependant décider unilatéralement de cette question, à moins que le père n'ait obtenu la « responsabilité parentale ». Un parent qui s'oppose à la décision de l'autre parent peut demander une « ordonnance prohibitive » en vertu de l'article 8 de la *Children Act, 1989*⁸⁰, pour empêcher l'autre de déménager à l'extérieur du pays. Pour ce

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Pour une analyse des arguments concernant la responsabilité parentale du père, marié ou non, voir N.V. Lowe, « The Meaning and Allocation of Parental Responsibility — A Common Lawyer's Perspective » (1997), *Int'l J. L. Policy & Fam.*

⁷⁸ Lorsqu'on a rédigé la *Children Act*, on souhaitait que, dans bien des cas, les parties n'exigent pas d'ordonnance de résidence ou d'accès. Ainsi, le paragraphe 1(5) établit une [TRADUCTION] « présomption d'absence d'ordonnance », en vertu de laquelle la ou le juge ne rend une ordonnance que dans le cas où l'on considère qu'une telle mesure est préférable à l'absence d'ordonnance pour le bien-être de l'enfant. Le *Lord Chancellor's Department* a commenté ainsi cette disposition : [TRADUCTION] « Il est toujours préférable qu'une entente intervienne entre les parents sur les dispositions visant les enfants plutôt que d'avoir à imposer une ordonnance. » Lord Chancellor's Department, *Judicial Statistics: Annual Report 1991*, London, HMSO, 1992, 48.

⁷⁹ *Children Act*, art. 13, et *Child Abduction Act, 1984*, (1984, c. 37).

⁸⁰ Voir par exemple, *Re L (A Minor) (Removal from Jurisdiction)* [1993], 23 Family Law 280 (Fam. Div.).

qui est des déménagements à l'intérieur du Royaume-Uni, le parent qui s'oppose à la décision doit obtenir une ordonnance prohibitive pour interdire le déménagement proposé, ou une ordonnance de résidence, afin de devenir le [TRADUCTION] « parent chez qui réside l'enfant »⁸¹.

En Angleterre et au pays de Galles, dans les affaires relatives à un déménagement, on considère qu'il s'agit de déterminer si le déménagement proposé devrait être permis ou non. Le maintien du *statu quo* est vu comme une option réelle et c'est pourquoi la question se résume à décider si l'on permettra au parent gardien de déménager avec l'enfant ou si l'on maintiendra le *statu quo*. Il se peut qu'un transfert de la garde soit demandé à cette occasion, mais ce n'est pas là une procédure habituelle dans les litiges portant sur un déménagement. Par exemple, dans l'affaire *Tyler c. Tyler*, qui a été décidée avant l'entrée en vigueur de la *Children Act, 1989*, une mère gardienne désirait déménager en Australie avec ses enfants. Cependant, suivant la requête du père non gardien, la cour a refusé à la mère la permission de déménager⁸². Elle avait bien entendu le droit de déménager toute seule en Australie, mais non celui d'amener les enfants à l'extérieur de la juridiction.

En Angleterre et au pays de Galles, le critère d'examen des affaires relatives à un déménagement favorise le parent gardien : [TRADUCTION] « Si la proposition du parent gardien de déménager avec les enfants dans un autre pays est raisonnable, alors la permission de la cour ne devrait être refusée que s'il est clairement démontré que cette décision est contraire à l'intérêt des enfants⁸³ ». Des décisions plus récentes démontrent toutefois une plus grande volonté des juges d'interdire les déménagements qui entraveraient des droits d'accès permanents et positifs.

Dans l'affaire *M. c. M.*, par exemple, la Cour d'appel n'a pas voulu autoriser un déménagement et elle a ordonné une nouvelle audience. Lors de cette audience, l'hostilité du parent gardien à l'endroit du parent non gardien a été communiquée à l'enfant; le déménagement proposé aurait vraisemblablement mis fin à sa relation avec le parent non gardien. Dans une autre affaire entendue en 1992, la permission de déménager avec l'enfant a aussi été refusée. La Cour était d'avis que le déménagement était contraire à l'intérêt de l'enfant parce qu'il aurait réduit à des visites annuelles la relation déjà établie avec le parent non gardien. Il convient aussi de noter que dans cette affaire, la proposition de déménagement du parent gardien n'avait pas été soigneusement préparée⁸⁴.

Dans une affaire plus récente, *Re T*, la Cour d'appel a clairement affirmé que [TRADUCTION] « le parent ayant la garde principale est habilité à choisir le lieu et le pays de

⁸¹ A. Bainham recommande cette dernière option dans *Children — The Modern Law* (Bristol: Jordon, 1993), p. 602.

⁸² *Tyler c. Tyler*, [1989] 2 FLR 158.

⁸³ *M. c. M.*, [1992] 2 FLR 303 (C.A.).

⁸⁴ *Re K (A Minor) (Removal From Jurisdiction)*, [1992] 2 FLR 98 (Fam. Div.).

résidence de l'enfant, sauf s'il est démontré que ce choix est fondamentalement incompatible avec son bien-être⁸⁵ ». Cependant, l'appel de la mère n'a pas été accueilli, parce que la Cour d'appel a jugé qu'en refusant d'accéder à la demande de la mère qui voulait emmener son enfant en France, le juge avait agi [TRADUCTION] « sur la base incontestable que le déménagement était une mauvaise décision, mal planifiée et contraire à l'intérêt de l'enfant ».

Dans l'affaire *M.H. c. G.P.*, le juge Thorpe a rejeté la demande de la mère qui voulait obtenir la permission de déménager en Nouvelle-Zélande avec son enfant. Le juge a déclaré que le facteur décisif de cette affaire résidait dans la relation que l'enfant avait établie avec son père, relation qui permettait aussi à l'enfant d'entretenir des liens avec sa famille élargie⁸⁶. Bien qu'en Angleterre et au pays de Galles le parent gardien soit favorisé, de récentes affaires semblent indiquer qu'on adopte une vision un peu plus large de l'intérêt de l'enfant. Le fait qu'on se préoccupe plus de ne pas perturber une relation positive avec le parent non gardien reflète les principes qui sous-tendent le modèle de responsabilité parentale partagée prévu par la *Children Act, 1989*.

Une membre de la magistrature anglaise, la juge L.J. Butler-Sloss, a proposé, dans un discours donné au Canada en 1996, une interprétation différente de cette évolution récente en Angleterre et au pays de Galles. Elle a déclaré à cette occasion :

[TRADUCTION] Dans les affaires où un parent s'est vu refuser la permission de la cour, le refus était fondé sur le caractère inadéquat des projets proposés, plutôt que sur le besoin de préserver le contact avec l'autre parent. Le manque de travail ou d'argent, le fait que le parent n'ait pas pris de dispositions pour le logement ou les études scolaires, les doutes quant au motif réel du déménagement ou quant à l'aptitude du parent gardien étaient les principales raisons pour lesquelles on refusait un déplacement permanent à l'extérieur

de la juridiction. Les autres raisons pouvant motiver ce refus concernaient les besoins médicaux spéciaux de l'enfant, qui ne pouvaient être satisfaits dans le pays où le parent projetait de déménager, l'opposition sincère de l'enfant concerné ou peut-être une relation inhabituellement étroite avec l'autre parent qui aurait pu amener un changement de parent gardien à la suite d'une ordonnance de changement de résidence. Dans les affaires où le parent a obtenu la permission de la cour, si les parties avaient assez d'argent, on a assorti l'ordonnance de conditions prévoyant le retour de l'enfant en Angleterre pour les vacances ou encore le versement d'une somme pour permettre à l'autre parent de prendre l'avion, aux frais du parent gardien, pour aller visiter l'enfant. On demande généralement aussi au parent de prendre l'engagement de renvoyer l'enfant en Angleterre, si la cour le demandait. Lorsque la demanderesse assure de manière évidente la garde principale et qu'elle a arrêté des plans réfléchis et réalisables, elle est susceptible de recevoir la permission de la cour, même s'il s'agit d'un déménagement à l'autre bout du monde et même si elle n'a pas l'argent nécessaire pour le retour de l'enfant en visite. [...] On pourrait croire que cette ligne de pensée est à l'opposé de

⁸⁵ *Re T (Removal From Jurisdiction)*, [1996] 2 FLR 352 (C.A.), par. 355.

⁸⁶ *M.H. c. G.P. (Child: Emigration)*, [1995] 2 FLR 106, (Fam. Div.).

l'importance accrue que la *Children Act* accorde aux contacts avec le parent non gardien, mais en refusant la demande on empêcherait le parent gardien de refaire sa vie, par exemple grâce à un nouvel emploi ou dans le contexte d'un remariage. Le bien-être de l'enfant demeure ce qui compte le plus, mais il semble que ce bien-être est mieux assuré lorsqu'on permet à l'enfant de suivre le parent gardien. Voilà à mon avis, une façon pragmatique de résoudre un conflit où les intérêts sont irréconciliables⁸⁷.

Cependant, le professeur Chris Barton a passé en revue les affaires relatives à un déménagement entendues récemment en Angleterre et a conclu que : [TRADUCTION] « le droit anglais actuel, tout en conservant sa présomption traditionnelle en faveur du parent chez qui réside l'enfant, favorise maintenant l'approche plus impartiale (mais moins prévisible) du droit canadien »⁸⁸.

2. Les États-Unis

Aux États-Unis, les questions touchant le divorce et la garde des enfants relèvent, en majeure partie, de la compétence des États plutôt que de la compétence fédérale⁸⁹. Certains États ont adopté un modèle de partage de la responsabilité parentale, qui, contrairement à celui de la *Children Act, 1989* de l'Angleterre et du pays de Galles, prévoit le devoir de consulter l'autre parent au sujet des décisions concernant l'enfant⁹⁰. L'État de Washington a adopté un modèle

⁸⁷ L.J. Butler-Sloss, « Crossing Frontiers — The Perspective of the English Courts », allocution prononcée à l'occasion de la 11^e Conférence du droit du Commonwealth, Vancouver, Canada, août 1996 (non publié).

⁸⁸ C. Barton, « When Did you Next See Your Father? Immigration and the One-parent Family — *Re T (Removal from Jurisdiction)*; *Goertz v. Gordon (formerly Goertz)* » (1997), 9 Child and Fam. L.Q. 73, p. 75.

⁸⁹ Le X^e amendement de la Constitution des États-Unis dispose que [TRADUCTION] « les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, [ce qui inclut les pouvoirs en matière de divorce et de garde d'enfants] sont réservés aux États respectivement ou au peuple ».

⁹⁰ La Floride dispose d'un cadre législatif très détaillé. Ainsi, le paragraphe 61.406 (11) des Fla. Stat. Ann. définit la « responsabilité parentale partagée » comme une [TRADUCTION] « relation ordonnée par la cour, en vertu de laquelle les deux parents conservent leurs pleins droits et responsabilités parentaux à l'égard de leur enfant et en vertu de laquelle les deux parents se consultent afin que les décisions importantes touchant le bien-être de l'enfant soient prises conjointement ». L'alinéa 61.13(2)(b)(2) des Fla. Stat. Ann. prévoit que [TRADUCTION] « la cour ordonnera que la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant mineur soit partagée par les deux parents, à moins que la cour constate qu'un tel partage de responsabilités serait préjudiciable à l'enfant ». Dans ce cas, la loi exige de la cour qu'elle considère la preuve de violence conjugale ou de mauvais traitements envers l'enfant comme une preuve de préjudice envers l'enfant. Dans l'État du Maine, la cour a le pouvoir d'ordonner [TRADUCTION] « le partage des droits et responsabilités parentaux », lesquels sont définis comme une ordonnance en vertu de laquelle

prévoyant un « régime parental ». La Cour suprême de cet État a examiné le contexte législatif et expliqué comme suit l'abandon par l'État du modèle axé sur la garde et les droits d'accès :

[TRADUCTION] La *Parenting Act* de l'État de Washington représente un effort unique en son genre pour réduire les conflits entre les parents qui traversent une crise en raison de la dissolution d'un mariage. En effet, elle met l'accent sur le maintien des responsabilités « parentales », plutôt que sur le fait de remporter des victoires lors des litiges concernant la garde ou les droits de visites. Voilà pourquoi la *Parenting Act* a remplacé les concepts de « garde » (*custody*) et de « droits de visite » (*visitation*) par ceux de « régimes parentaux » (*parenting plans*) et de « fonctions parentales » (*parental functions*)⁹¹.

La plupart des juridictions américaines ont cependant conservé les termes « custody » (*garde*) et « visitation » (*droits de visite*). Règle générale, la garde y est définie comme [TRADUCTION] « les droits et les devoirs de prendre soin d'un enfant quotidiennement et de prendre les décisions importantes à son sujet », tandis que les droits de visite sont définis comme [TRADUCTION] « le droit d'être avec l'enfant, y compris pendant des séjours d'une nuit et des périodes de vacances »⁹². Dans nombre d'États américains, le parent non gardien a le droit en vertu de la loi d'avoir accès aux dossiers scolaires et médicaux de l'enfant⁹³. Dans les juridictions où le parent non gardien n'a pas de pouvoir décisionnel, celui-ci peut demander une ordonnance judiciaire pour contester une décision du parent gardien.

Certains États américains favorisent la garde partagée ou ont adopté une présomption à cet égard. Cela signifie que [TRADUCTION] « les deux parents prennent part aux décisions importantes et que les deux parents peuvent aussi passer de longues périodes de temps avec l'enfant »⁹⁴. Cependant, l'expression « garde partagée » ne recouvre rien d'autre que la notion

[TRADUCTION] « la plupart ou l'ensemble des aspects du bien-être de l'enfant demeurent la responsabilité et le droit communs des deux parents, afin que les deux parents conservent des droits et responsabilités parentaux égaux, et que les deux parents doivent s'entretenir au sujet du bien-être de l'enfant et prendre des décisions ensemble à cet égard » (art. 214.2C des Me. St. Tit. 19). L'art. 214.6 de cette loi dispose qu'il ne saurait y avoir présomption en faveur du partage des droits et responsabilités familiaux, à moins que les parents en conviennent.

⁹¹ *In re Marriage of Kovacs*, 121 Wash. 2d 795, (1993), par. 800-801 (notes infrapaginales omises). La loi pertinente, le *Parenting Act* de Washington, 1987, c. 460, prévoit le partage du pouvoir décisionnel entre les parents, mais ne renferme pas de présomption en faveur de ce partage.

⁹² American Bar Association, *Guide to Family Law*, New York, Times Books, 1996, par. 127.

⁹³ Le Colorado, la Floride, l'Idaho et le Montana en sont des exemples : art. 14-10-123.5(7) des Colo. Rev. Stat (1987); art. 61.13(2)(b)(3) des Fla. Stat. Ann.; art. 32-717A du Idaho Code (1983); art. 40-4-225 du Mont. Code Ann. (1993).

⁹⁴ Dans American Bar Association, *Guide to Family Law*, (New York, Times Books, 1996), p. 127 et 139. Cet ouvrage mentionne qu'en 1995, onze États favorisaient la garde partagée dans

de partage des responsabilités parentales. Certains États américains ont maintenant adopté une présomption selon laquelle la garde partagée *n'est pas* dans l'intérêt de l'enfant lorsqu'il y a preuve de violence familiale⁹⁵. Règle générale, les lois américaines renferment davantage de présomptions plus explicites et beaucoup plus de détails sur les facteurs à prendre en considération dans la détermination de la garde et des droits d'accès, que les lois canadiennes.

Ces dernières années, la question du déménagement a été abordée par la plus haute cour de justice dans plusieurs États et a suscité une vive controverse dans d'autres États. D'importants jugements rendus aux États-Unis ont délaissé la présomption établie, selon laquelle un déménagement n'est pas dans l'intérêt de l'enfant lorsqu'il aurait pour effet de perturber une relation suivie avec le parent non gardien. Ces jugements ont plutôt montré leur préférence pour une l'analyse de l'intérêt de l'enfant qui prend en considération tous les facteurs pertinents. Dans d'autres États, on a repoussé les arguments avancés en faveur de l'adoption d'une présomption ou de préférences; on y a plutôt retenu une approche individualisée, axée sur l'intérêt de l'enfant. Bien que certains États favorisent encore les présomptions en faveur ou à l'encontre du déplacement de l'enfant, la tendance générale aux États-Unis semble être de faire une évaluation au cas par cas de l'intérêt de l'enfant, de rejeter les présomptions légales et de reconnaître l'importance du point de vue du parent gardien. Dans un jugement rendu en 1996, la Cour supérieure du Connecticut a résumé les récentes décisions américaines sur la question et déclaré que ces décisions démontraient [TRADUCTION] « la nécessité d'une approche factuelle, au cas par cas, dans la détermination de ce qui constituait l'intérêt de l'enfant lors d'un déménagement », mais aussi [TRADUCTION] « une intention manifeste de réduire ou d'éliminer le fardeau imposé au parent qui déménage ainsi que les présomptions quant aux conséquences des déménagements », de même qu'une plus grande préoccupation envers [TRADUCTION] « l'intérêt de la famille ayant la garde principale⁹⁶ ». Les paragraphes qui suivent présentent des extraits de décisions importantes qui ont été rendues dans des États où la plus haute cour de justice s'est penchée sur la question.

a) L'Alaska

L'Alaska est au nombre des États ayant refusé d'adopter des présomptions ou des préférences relativement aux litiges portant sur un déménagement. On y a retenu une approche au cas par cas, axée sur l'intérêt de l'enfant. Récemment, la Cour suprême de cet État a rejeté les arguments d'un père selon lequel il devrait y avoir présomption à l'encontre du déplacement et elle a déclaré :

leurs lois. Par exemple, au Connecticut une loi établit une présomption selon laquelle la garde partagée est dans l'intérêt de l'enfant (art. 46b-56a-(b) des Conn. Gen. Stat.

⁹⁵ C'est le cas des États du Dakota du Nord, de l'Oklahoma et de la Louisiane : art. 14-05-22.3, N.D. Cent. Code (1993); art. 112.2, Okla. Stat. Ann. Tit. 43 (1994); art. 9L364A, La. Rev. Stat. Ann. (1994). Le Texas interdit la garde partagée dans les cas de violence conjugale : art. 14.021(h), Tex. Fam. Code Ann. (1994).

⁹⁶ *Miggins c. Senofonte*, WL 456332, (Conn. Super. Ct. 1996).

[TRADUCTION] Nous avons de manière constante évité d'imposer des règles rigides s'appliquant aux décisions concernant la garde. [...] Et, contrairement au New Jersey, l'Alaska ne s'est pas donné de politique pour empêcher les déplacements. Lorsque le parent gardien désire quitter l'Alaska, nous considérons ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, afin de rendre une décision qui est fondée sur les faits et les circonstances de chaque cas⁹⁷.

b) La Californie

La Californie envisage le déménagement principalement comme une question touchant le transfert de la garde; cet État est généralement réticent à empêcher le parent gardien de déménager. Il arrive souvent dans les litiges portant sur un déménagement que la cour doit faire un choix entre, d'une part, permettre au parent gardien de déménager avec l'enfant et modifier en conséquence les conditions d'accès, et d'autre part, transférer la garde au parent non gardien. L'article 7501 du *California's Family Code* prévoit que le parent gardien [TRADUCTION] « a le droit de changer le lieu de domicile de l'enfant, sous réserve des pouvoirs de la cour de restreindre les déplacements qui seraient préjudiciables aux droits ou au bien-être de l'enfant ». Cependant, règle générale, on a traité cette question comme si c'en était une qui touchait le transfert de la garde, sauf dans les cas où le déménagement visait à entraver les droits d'accès. C'est de cette façon que la Cour suprême de la Californie a posé le problème dans *In re Marriage of Burgess*⁹⁸, une décision rendue en 1996.

Les restrictions au droit d'un parent gardien de déménager ont été jugées inconstitutionnelles par la Cour d'appel de la Californie, pour le motif que la liberté de circuler dans un État était un droit fondamental de la personne garanti par les constitutions des États-Unis et de la Californie. En outre, la Cour a affirmé qu'on ne pouvait [TRADUCTION] « ordonner à un parent gardien de choisir entre son droit de déménager, de trouver un nouvel emploi, de recommencer sa vie, et celui de conserver la garde de son enfant »⁹⁹. Cependant, dans une décision plus récente, la Cour d'appel a déclaré que « le droit de se déplacer » était fonction de l'intérêt de l'enfant, et elle a fait le raisonnement suivant :

[TRADUCTION] [T]outes les parties à ces litiges, y compris les enfants, jouissent du droit constitutionnel de se déplacer; de par la nature de la présente affaire, quelqu'un devra se déplacer ou non, pour rendre visite à ses enfants résidant dans un autre foyer. Lorsque ces droits entrent en conflit, la préoccupation fondamentale de la cour devrait

⁹⁷ *McQuade c. McQuade*, 901 P.2d 421, (Alaska 1995).

⁹⁸ *In re Marriage of Burgess*, 913 P.2d 473, (Cal. 1996).

⁹⁹ *In re Marriage of Fingert*, 221 Cal.App.3d 1575, 271 Cal.Rptr. 389, (1990).

être l'intérêt de l'enfant, et non pas des idées abstraites et trop générales résultant d'une réflexion sur les théories constitutionnelles¹⁰⁰.

Bien que cela soit acceptable sur le plan constitutionnel, règle générale, les cours de la Californie n'envisagent pas l'interdiction d'un déménagement comme une option réaliste, à moins que celui-ci n'ait pour objet d'entraver les droits d'accès. À cet égard, la Cour d'appel de la Californie a déclaré en 1996 :

[TRADUCTION] En pratique, une audience portant sur une requête pour ce que l'on appelle une « ordonnance de déménagement » soulèvera nécessairement des questions concernant la garde et les droits de visite. La question n'est pas de déterminer si l'on permettra ou non au parent gardien de déménager, puisque tant la Constitution des États-Unis que la Constitution de la Californie ne permettent pas à la cour d'interdire un déménagement¹⁰¹.

Parce que la perte du parent gardien serait dans de nombreux cas préjudiciable à l'enfant, la Californie favorise le parent gardien dans les litiges portant sur un déménagement. Dans cet État, on fait un examen approfondi du bien-fondé de la décision de déménager, même lorsqu'il s'agit de déménagements à courte distance, mais on favorise le parent gardien qui désire déménager. Cela signifie que le parent non gardien a le droit de demander un examen approfondi du bien-fondé de la décision, mais aura par contre peu de chances d'obtenir la garde du simple fait que le parent gardien déménage à une distance de 40 milles¹⁰². En Californie, l'importance du changement et l'intérêt de l'enfant sont combinés en un seul critère d'évaluation. On se pose alors la question de savoir si le changement de situation est assez important pour justifier un changement dans la garde de l'enfant¹⁰³.

Récemment, la Cour suprême de Californie a rejeté une présomption qui irait à l'encontre du déménagement. La Cour a déclaré que : [TRADUCTION] « Dans ce domaine, il ne serait pas approprié d'adopter des règles impératives » et que chaque affaire devait être évaluée en fonction de ses circonstances particulières, en tenant compte [TRADUCTION] « de la continuité et de la permanence de la garde confiée à la principale personne qui prend soin de l'enfant » (élément

¹⁰⁰ Voir à ce sujet *In re Marriage of Selzer*, 29 Cal.App.4th 637, 34 Cal.Rptr.2d 824, (1994).

¹⁰¹ *Brody c. Kroll*, 45 Cal.App.4th 1732, 53 Cal.Rptr.2d 280, (1996), par. 281-282. Par contre, on doit aussi consulter *Cassady c. Signorelli*, 49 Cal.App.4th 55, 56 Cal.Rptr.2d 545, (1996), une affaire dans laquelle la mère gardienne s'est vu refuser la permission de déménager en Floride avec l'enfant pour le motif que ce déménagement n'était pas dans l'intérêt de l'enfant, qu'il irait à l'encontre de l'intérêt de l'enfant à maintenir une relation permanente avec son père et qu'il semblait être fait dans ce but.

¹⁰² *In re Marriage of Burgess*, 913 P.2d 473 (Cal. 1996).

¹⁰³ *Ibid.*

qui devrait, selon la cour, prévaloir le plus souvent), [TRADUCTION] « de la nature des rapports existant entre l'enfant et chacun des parents », ainsi que de l'âge de l'enfant, ses liens avec la collectivité, sa santé, ses besoins en matière d'éducation et, s'il y a lieu, ses préférences¹⁰⁴.

c) La Floride

Dans l'affaire *Mize c. Mize*, la Cour suprême de la Floride a établi des lignes directrices pour aider une cour à décider quand elle devrait permettre à un parent gardien d'enfants mineurs de déménager à l'extérieur de sa juridiction¹⁰⁵. La règle générale adoptée dans cette affaire prévoit que le principal parent gardien peut déménager, à condition que cette demande soit présentée de bonne foi et que le déménagement soit dans l'intérêt de l'enfant. Parce qu'on ne peut élaborer de règles impératives qui s'appliqueraient à toutes les affaires, le jugement dans l'affaire *Mize* requiert que les cours de première instance prennent en compte les six facteurs suivants : si le déménagement est susceptible d'améliorer la qualité de vie du conjoint chez qui réside l'enfant et celle de l'enfant; si le déménagement est fait dans le but précis d'entraver les droits d'accès; si, une fois hors de la juridiction de la cour, le parent gardien est susceptible de respecter les nouvelles modalités d'exercice des droits d'accès; si les nouveaux droits d'accès seront suffisants pour que le ou les enfants aient une bonne relation suivie avec l'autre parent; si l'un des parents, ou les deux, ont les moyens de payer les coûts du transport; si le déménagement est dans l'intérêt de l'enfant. Après avoir pris ces six facteurs en considération, la cour doit approuver le déménagement, s'il est fait dans une bonne intention et est fondé sur la conviction qu'il est dans l'intérêt du parent gardien et de l'enfant, et non sur un désir vindicatif de brimer les droits d'accès du parent non gardien.

Dans l'affaire *Russenberger c. Russenberger*, la Cour suprême de la Floride a statué qu'après avoir démontré sa bonne foi, le parent gardien jouit d'une présomption réfutable en faveur de sa décision de déménager, et qu'en examinant l'opposition au déménagement, le tribunal de première instance devrait considérer les six facteurs énoncés ci-dessus¹⁰⁶. Les parents non gardiens qui cherchent à empêcher le déménagement pourraient présenter une preuve pour réfuter la présomption. Le tribunal de première instance doit apprécier la preuve de façon ponctuelle.

Après la décision *Russenberger*, l'article 61.13(d) des *Laws of Florida* a été modifié et il prévoit maintenant qu'[TRADUCTION] « [a]ucune présomption n'est invoquée en faveur ou à l'encontre d'une demande de déménagement lorsque le parent chez qui réside l'enfant souhaite déplacer l'enfant et que le déménagement a pour effet de perturber considérablement le calendrier actuel de contacts et de visites avec l'autre parent »¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Mize c. Mize*, 621 So.2d 417, (Fla. 1993).

¹⁰⁶ *Russenberger c. Russenberger*, 669 So.2d 1044, 1046 (Fla. 1996).

¹⁰⁷ Ch. 97-242, s. 2, Laws of Fla. (modifiant l'art. 61.13, en vigueur le 1^{er} juillet 1997).

La Floride ne considère pas que les déménagements à courte distance qui ne sont pas perturbateurs motivent un examen approfondi du bien-fondé de la décision de déménager¹⁰⁸.

d) Le New Jersey

Au New Jersey, on envisage le déménagement comme une question de savoir si l'on permettra le déménagement proposé. Le maintien du *statu quo* est considéré comme une option réelle. La question est de savoir si l'on permettra au parent gardien de déménager avec l'enfant ou si l'on maintiendra le *statu quo*¹⁰⁹. Un transfert de garde peut être demandé, mais il n'est pas automatiquement prévu dans les conflits portant sur un déménagement¹¹⁰. De nombreux États américains ont adopté la même position « antidéplacement »¹¹¹.

En 1988, la Cour suprême du New Jersey, dont les jugements en matière de déménagement ont eu une grande influence aux États-Unis, a supprimé la condition imposée au New Jersey et exigeant que le parent gardien démontre que le déménagement proposé présente

¹⁰⁸ *Dobbins c. Dobbins*, 584 So.2d 1113 (Fla.1st DCA 1991) (le déménagement de Tallahassee à Jacksonville ne constituait pas un changement important de situation). Il en est de même en Iowa. Voir *In re Marriage of Howe*, 471 N.W.2d 902 (Iowa Ct. App. 1991) (le déménagement d'un père à 42 milles du lieu de résidence des enfants au moment du divorce ne constituait pas un changement important de situation).

¹⁰⁹ *New Jersey: N.J.S.A. 9:2-2*.

¹¹⁰ Voir *Cerminara c. Cerminara*, 286 N.J. Super. 448, 669 A.2d 837 (N.J. Super. Ct. App. Div., 1996).

¹¹¹ Voir par exemple Illinois, *Marriage and Dissolution of Marriage Act*, 750 ILCS 5/609(a) (West, 1992); Massachusetts : Mass. Gen. Laws Ann. ch. 208, art. 30 (West, 1987); Michigan : Mich. St. R. art. 3.209 (1985); Minnesota : Minn. Stat. art. 518.175 Subd. 3 (Supp.1989); Missouri : MO Rev. Stat., art. 452.377 (Vernon, 1984); Nev. Rev. Stat. art. 125A.350 (1991).

La Cour suprême du Nevada a affirmé que la loi « antidéplacement » du Nevada vise à [TRADUCTION] « préserver la relation familiale et les droits du parent non gardien à l'égard de son enfant ». Afin de décider de la question du déplacement, le tribunal doit d'abord déterminer si le parent gardien a démontré que les enfants et le parent gardien retireront un avantage réel du déménagement dans un endroit tellement éloigné du lieu de résidence actuel que le parent non gardien sera dans l'impossibilité de faire des visites hebdomadaires : *Schwartz c. Schwartz*, 812 P.2d 1268 (Nev. 1991).

En Arizona, autre État « antidéplacement », la Cour d'appel a conclu que dans les affaires de déménagement, le parent ayant la garde devrait avoir le fardeau de la preuve, mais elle a ajouté que [TRADUCTION] « les intérêts des parties et de l'enfant sont mieux préservés par une recherche claire et consciencieuse des faits, que par un fardeau de preuve accru ou une application inéquitable des droits constitutionnels en faveur ou à l'encontre d'une partie ou l'autre » : *Pollock c. Pollock*, 889 P.2d 633 (Ct. App. Ariz. 1995).

un « avantage réel ». La Cour a statué que le parent gardien n'a qu'à établir qu'il agit « de bonne foi », et elle a déclaré :

[TRADUCTION] Les motifs sont pertinents, mais si le parent gardien agit de bonne foi et non pour brimer les droits de visite du parent non gardien, cela devrait suffire. Le maintien d'un calendrier de visites raisonnable par le parent non gardien demeure une grande préoccupation, mais dans notre société mobile, il se peut que l'on puisse respecter ce calendrier et reconnaître quand même le droit du parent gardien à déménager. Pour résoudre le conflit entre le droit de déménager du parent gardien et le droit de visite du parent non gardien, la balise demeure l'intérêt des enfants¹¹².

e) Le Nouveau-Mexique

La Cour suprême du Nouveau-Mexique a rejeté l'adoption de présomptions en faveur ou à l'encontre du déménagement pour le motif que de telles présomptions s'attaquent au principe de l'intérêt de l'enfant et elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans le modèle bipolaire classique de la procédure contradictoire — où les intérêts d'une partie s'opposent à ceux de la partie adverse — c'est par l'utilisation de présomptions et l'attribution de fardeaux de preuve qu'on applique, dans la plupart des cas, les principes pertinents servant à déterminer qui gagne et qui perd. Cependant, lorsque les intérêts d'un tiers (ou de plusieurs tiers — les enfants) sont non seulement en jeu, mais en réalité prépondérants dans la détermination du résultat du litige, le fait d'imposer à une partie le fardeau d'établir que ses intérêts sont ceux qui devraient être préservés peut placer au second rang les intérêts du tiers — qui peut être absent et même ne pas être représenté — dans le conflit entre les désirs et les espoirs divergents des deux autres parties¹¹³.

f) L'État de New York

L'État de New York est également préparé à considérer le déménagement comme la question de savoir si l'on empêchera le déménagement ou si l'on transférera la garde, selon le redressement requis par le demandeur et les circonstances de l'affaire¹¹⁴.

Récemment, la Cour d'appel de l'État de New York a rejeté la position formelle et présomptive adoptée par l'État et favorisant le parent non gardien. Elle a déclaré ce qui suit :

¹¹² *Holder c. Polanski*, 544 A.2d 852 (N.J. 1988).

¹¹³ *Jaramillo c. Jaramillo*, 823 P.2d 299 (N.M. 1992), p. 308.

¹¹⁴ Voir *Tropea c. Tropea*, 665 N.E.2d 145 (N.Y. Ct. App. 1996).

[TRADUCTION] En réalité, les affaires où le désir de déménager du parent gardien entre en conflit avec le désir du parent non gardien de maximiser les occasions de visites, sont simplement trop complexes pour être traitées de façon satisfaisante au moyen d'une analyse mécanique à plusieurs volets qui empêche ou entrave une évaluation et une analyse comparative simultanées de la situation et de tous les faits pertinents. Bien que nous ayons reconnu et que nous continuions d'apprécier le besoin de l'enfant et le droit du parent non gardien de maintenir un contact régulier et significatif... nous croyons aussi qu'aucun facteur ne devrait être considéré comme un facteur juridique ou revêtir une importance telle qu'il prédétermine le résultat¹¹⁵.

Cependant, la Cour d'appel a affirmé que c'est le parent gardien qui conserve le fardeau de la preuve : « À la fin, il incombe au tribunal de déterminer, à partir de toute la preuve soumise, s'il a été établi par une prépondérance de la preuve que le déménagement proposé servirait l'intérêt de l'enfant¹¹⁶ ».

La Cour d'appel de l'État de New York a déclaré que tous les facteurs pertinents devraient être pris en considération, c'est-à-dire :

[TRADUCTION] les motifs du parent qui veut déménager et ceux du parent qui s'y oppose, la qualité des relations entre l'enfant et, d'une part, le parent gardien puis, d'autre part, le parent non gardien, l'effet du déménagement sur le nombre et la qualité des contacts futurs de l'enfant avec le parent non gardien, la mesure dans laquelle la qualité de vie de l'enfant et du parent gardien peut être améliorée sur les plans économique, émotif et éducatif par le déménagement, ainsi que la possibilité de préserver la relation entre le parent non gardien et l'enfant grâce à des droits d'accès satisfaisants¹¹⁷.

g) Le Dakota du Nord

Au Dakota du Nord, le parent ayant la garde ne peut changer la résidence de l'enfant afin d'établir celle-ci dans un autre État à moins d'obtenir une ordonnance judiciaire ou le consentement du parent non gardien. Une ordonnance judiciaire n'est pas nécessaire si le parent non gardien n'a pas exercé ses droits d'accès depuis au moins un an ou s'il a déménagé dans un autre État situé à plus de 50 milles du lieu de résidence du parent gardien¹¹⁸.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ N.D. Cent. Code, art. 14-09-07 (1991).

La Cour suprême du Dakota du Nord s'est penchée sur la question du déménagement à deux reprises depuis 1997. La deuxième de ces affaires résume le droit du Dakota du Nord comme suit¹¹⁹.

Lorsqu'un parent gardien cherche à déplacer l'enfant de l'État, il doit obtenir le consentement du parent non gardien ou, si le consentement n'est pas accordé, une ordonnance judiciaire. La principale préoccupation à l'égard du déplacement de l'enfant est de savoir si ce déménagement sert l'intérêt de l'enfant. Souvent, lorsqu'une requête pour déplacer un enfant d'un territoire est présentée, l'autre conjoint essaie d'obtenir une modification de la garde.

Une requête présentée en vertu de la loi du Dakota du Nord qui régit le déplacement doit être analysée conformément aux quatre facteurs suivants qui placent au-dessus de tout l'intérêt de l'enfant :

1. les avantages que le déménagement pourrait présenter pour l'amélioration de la qualité de vie du parent gardien et de l'enfant;
2. l'intégrité du motif de déménagement du parent gardien, et s'il sert ou non à empêcher ou à entraver les visites du parent non gardien;
3. l'intégrité des motifs du parent non gardien qui s'oppose au déménagement;
4. s'il est réaliste de penser que des visites auraient lieu, et que celles-ci permettraient de préserver et de favoriser la relation du parent non gardien avec l'enfant, si le déménagement est permis.

Au Dakota du Nord, une requête pour faire modifier la garde n'est pas traitée de la même façon qu'une requête visant à obtenir l'autorisation de déménager. Afin de décider si une modification de la garde est nécessaire, le tribunal doit appliquer un processus en deux étapes. D'abord, le tribunal doit examiner s'il y a eu un changement important dans la situation depuis l'ordonnance de garde initiale. S'il y a un changement important, le tribunal doit décider si ce changement oblige le tribunal à modifier la garde afin de servir l'intérêt de l'enfant.

Si le tribunal de première instance accorde la requête pour déplacer l'enfant de l'État, une requête pour faire modifier la garde est effectivement rejetée, si le seul fondement de la requête est le déménagement planifié. Cela s'explique par le fait que l'intérêt de l'enfant a déjà été pris en considération dans le contexte du déménagement.

Si le tribunal de première instance rejette la requête pour déplacer l'enfant, le tribunal doit demander au parent gardien s'il déménagera sans l'enfant. Si le parent gardien compte déménager sans l'enfant malgré le rejet d'une requête pour déplacer l'enfant, il y a en droit un changement important de situation. En vertu de ces faits, le déménagement du parent gardien loin de l'enfant nécessite une modification de la garde afin de servir l'intérêt de l'enfant. Si le parent gardien ne déménage pas par suite du rejet de la requête pour déplacer l'enfant, il n'existe aucun changement important de situation justifiant une modification de la garde, à moins que

¹¹⁹ *In the Matter of B.E.M.*, 566 N.W.2d 414 (N.D., 1997), paragr. 10-15. L'autre décision était celle de *Stout c. Stout*, 560 N.W.2d 903 (N.D., 1997).

d'autres motifs soient allégués. S'il existe d'autres motifs, le tribunal de première instance doit d'abord déterminer si ces motifs entraînent un changement important de situation et, deuxièmement, s'ils nécessitent une modification de la garde afin de servir l'intérêt de l'enfant.

h) Le Tennessee

Le Tennessee a une politique explicite selon laquelle on doit accorder la priorité au maintien de la stabilité de la relation de l'enfant avec le parent gardien. Dans cet État, un parent non gardien qui tente d'obtenir la garde en raison du déménagement proposé du parent gardien doit surmonter la présomption ou la préférence en faveur du parent gardien. Par exemple, la Cour suprême du Tennessee a récemment déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] [U]n parent gardien obtiendra l'autorisation d'amener l'enfant à l'extérieur de la juridiction, à moins que le parent non gardien puisse démontrer, par une prépondérance de la preuve, que les motifs de déménagement du parent gardien sont vindicatifs — c'est-à-dire qu'ils sont destinés à empêcher ou à entraver les droits d'accès du parent non gardien¹²⁰.

Cependant, le parent gardien doit obtenir une modification de l'ordonnance d'accès avant le déménagement, si ce déménagement aura pour effet d'entraver les droits d'accès tels que déterminés par le tribunal. La Cour suprême du Tennessee a souligné ce qui suit : [TRADUCTION] « À l'égard de la procédure, nous concluons que si les parties ne peuvent convenir d'un calendrier de visites acceptable, le parent gardien qui cherche à déplacer l'enfant doit saisir le tribunal d'un recours pour faire approuver de nouveau ou réviser, le cas échéant, le calendrier de visites actuel »¹²¹.

i) Le Vermont

Au Vermont, les litiges en matière de déménagement se traduisent par des demandes de modification de l'ordonnance de garde et de transfert de la garde. Dans la décision la plus récente qu'elle a rendue en matière de déménagement, la Cour suprême du Vermont a statué que lorsque le tribunal de la famille détermine que le déménagement sera préjudiciable à l'enfant, sa seule option est d'ordonner une modification de la garde. Il se peut que le tribunal de la famille n'interdise pas le déménagement¹²². Le demandeur doit démontrer qu'il y a eu un changement important de situation et que l'ordonnance demandée sert l'intérêt de l'enfant. Le demandeur peut réussir à satisfaire au critère de changement important, mais échouer à démontrer que l'ordonnance demandée sert l'intérêt de l'enfant¹²³. Ainsi, au Vermont — qui applique le même processus en deux étapes que

¹²⁰ *Auby c. Strange*, WL 189801 (Tenn. 1996).

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *McCart c. McCart*, 8 Vt. L. W. 165 (1997).

¹²³ *deBeaumont c. Goodrich*, 644 A.2d 843 (Vt. 1994).

le Canada — le parent non gardien a un « double fardeau ». Dans son interprétation de la loi du Vermont qui régit la garde dans le contexte d'un déménagement¹²⁴, la Cour suprême du Vermont a précisé :

[TRADUCTION] Pour faire modifier une décision touchant la garde, le demandeur doit franchir deux obstacles. Il doit d'abord démontrer qu'il y a « un changement réel, substantiel et imprévu de situation ». Une fois cette étape franchie, le demandeur doit ensuite démontrer que l'annulation ou la modification d'une décision antérieure portant sur les droits et les responsabilités parentaux sert l'intérêt de l'enfant¹²⁵.

En 1992, la Cour suprême du Vermont a affirmé que le lieu de résidence d'une famille est au cœur de l'éducation des enfants; le tribunal de la famille ne devrait pas anticiper la décision de déménager d'un parent gardien¹²⁶. Néanmoins, de nombreuses demandes ont continué d'être présentées par des parents non gardiens afin d'empêcher des parents gardiens de déménager¹²⁷. Malgré la préférence en faveur des parents gardiens qui souhaitent déménager, les tribunaux ont continué de manifester une volonté de restreindre les déménagements afin de servir l'intérêt de l'enfant¹²⁸. Cependant, en 1997, la Cour suprême du Vermont a renversé une décision d'un tribunal inférieur interdisant un déménagement. Elle a statué qu'un tribunal ne peut interdire un déménagement et que la seule option est le transfert de garde si celui-ci sert l'intérêt de l'enfant :

[TRADUCTION] Bien que l'on puisse comprendre le désir du tribunal de maintenir l'unité familiale, le tribunal ne pourrait substituer son jugement à celui du parent gardien. Ayant conclu, tout compte fait, que l'intérêt de l'enfant résidait dans le maintien de la garde par la mère, le tribunal a abusé de son pouvoir discrétionnaire en empêchant le déménagement au lieu de rejeter la requête¹²⁹.

En dépit de ce jugement clair de la Cour suprême du Vermont¹³⁰, des avocates et des avocats ont prédit que les juges continueraient de tenter de restreindre certains déménagements. Au dire d'un

¹²⁴ Vt.Stat.Ann. tit. 15, art. 668.

¹²⁵ *deBeaumont c. Goodrich*, 644 A.2d 843 (Vt. 1994), pp. 845-846.

¹²⁶ *Lane c. Schenck*, 158 Vt. 489 (1992).

¹²⁷ « Family Courts Struggle With Relocation Issues » (le 24 juin 1997) *Vermont Lawyer and Trial Court Reporter* 1.

¹²⁸ *deBeaumont c. Goodrich*, 162 Vt. 91, 644 A.2d 843 (Vt. 1994).

¹²⁹ *McCart c. McCart*, 8 Vt. L. W. 165 (1997).

¹³⁰ Voir aussi *Gazo c. Gazo*, 697 A.2d 342 (Vt. 1997), où la Cour suprême du Vermont a déclaré qu'il n'est pas de la compétence du tribunal de prescrire où vivront le parent gardien et les enfants, même si un déménagement imprévu constitue un changement important de situation qui motivera un examen de la décision concernant la garde.

avocat : « Ces juges se soucient véritablement des enfants. Lorsqu'ils voient des parents faire ce qu'ils estiment être des choix stupides qui porteront préjudice aux enfants, ils veulent tenter de les en empêcher, peu importe ce que peut dire la Cour suprême¹³¹ ».

j) L'État de Washington

La législature de l'État de Washington a examiné avec beaucoup d'attention les questions touchant le rôle parental après la séparation. Par le biais d'une loi, elle a abandonné les catégories de « garde » et « d'accès » et adopté l'utilisation de « régimes parentaux ». Les législateurs de l'État de Washington ont fait preuve d'une connaissance approfondie des questions relatives à la garde et au droit de visite. C'est pour cette raison que les lois de l'État de Washington méritent un examen attentif. Récemment, la Cour suprême de l'État de Washington a étudié la question du déménagement et fourni une longue discussion du nouvel ensemble de lois et de ses conséquences sur les conflits en matière de déménagement¹³². Dans l'affaire *Littlefield*, la Cour suprême a précisé que la loi de l'État de Washington ne permet de restreindre un parent que si le juge considère que l'intervention ou la conduite du parent peut avoir des effets préjudiciables sur l'intérêt de l'enfant. En outre, la détresse normale qu'éprouve l'enfant en raison du voyage, des contacts peu fréquents avec un parent ou d'autres préjudices découlant de manière prévisible de la dissolution du mariage, ne justifie pas de telles restrictions. Dans son jugement, la Cour suprême a passé en revue des aspects importants de la loi de l'État de Washington régissant la garde et l'accès.

[TRADUCTION] La législature de notre État a refusé à maintes reprises d'adopter une loi sur la « garde partagée » et refusé année après année d'établir, à titre de question d'ordre public, que le contact fréquent et continu avec les deux parents sert l'intérêt de l'enfant. De plus, la législature n'a pas imposé de restriction légale à la capacité de l'un ou l'autre parent de déménager et n'a même pas exigé qu'un avis préalable soit donné avant un changement du lieu de résidence.[...]

La *Parenting Act* représente une tentative législative unique pour atténuer le conflit entre les parents qui vivent la dissolution de leur mariage. Elle met l'accent sur le maintien des responsabilités « parentales » plutôt que sur le fait de remporter des victoires lors des litiges concernant la garde ou les droits de visite. Dans notre État, même les termes « custody » (*garde*) et « visitation » (*droits de visite*) ont été remplacés par les concepts de « régimes parentaux » et de « fonctions parentales ». Le concept du « régime parental » efficace forme le point central de la *Parenting Act*. Cette loi présente un guide pour permettre aux parents de réaliser les plans proposés et convenus de manière à continuer d'assumer leur rôle parental auprès de leurs enfants. Par rapport au concept de garde inclus dans l'ancienne loi, le concept de régime parental a le net avantage de s'appliquer à des situations très différentes et de répartir les responsabilités parentales en conséquence.

¹³¹ « Family Courts Struggle With Relocation Issues » (le 24 juin 1997) *Vermont Lawyer and Trial Court Reporter* 1, p. 9.

¹³² *Littlefield c. Littlefield*, 133 Wash.2d 39, 940 P.2d 1362 (1997).

Le régime parental doit prévoir des dispositions concernant : (1) la résolution des différends futurs entre les parents; (2) le partage du pouvoir décisionnel entre eux; (3) le lieu de résidence de l'enfant. Dans le présent appel, le seul point en litige est la disposition concernant le lieu de résidence.

La loi encourage les parents à prévoir ensemble les dispositions qui régiront leurs obligations parentales une fois le jugement rendu. Toutefois, lorsque les parents ne parviennent pas à s'entendre sur un régime qui soit dans l'intérêt de l'enfant, la responsabilité d'établir le régime parental relève alors d'une cour de première instance. Cette cour dispose d'une vaste latitude pour établir et imposer le régime parental, latitude qui doit cependant s'exercer en fonction des lignes directrices [établies par la loi]. [...]

Il n'y a, dans la *Parenting Act* de cet État, aucun pouvoir conféré à la cour de première instance qui lui permette de modifier la situation matérielle des parties de manière

à créer un environnement qui serait, de l'avis de cette cour, plus souhaitable pour l'enfant que l'environnement actuel. La loi ne confère pas non plus au tribunal le pouvoir d'interdire à un parent de déménager loin de l'enfant ou de l'autre parent, à moins qu'il n'existe un facteur justifiant une telle restriction en vertu du RCW 26.09.191. Les dispositions du régime parental peuvent aussi être modifiées s'il y a un changement dans la situation des parents ou de l'enfant. Pour que les parents puissent se prévaloir de cette possibilité, on encourage les tribunaux de première instance à inclure dans le régime parental une exigence selon laquelle chaque parent doit informer l'autre parent de tout changement important, tel qu'un changement de résidence prévu, en lui donnant un préavis suffisant pour faciliter la modification de l'horaire de résidence de l'enfant.

La *Parenting Act* tente donc de donner aux parents l'occasion de continuer à exercer leur rôle parental auprès des enfants après la dissolution du mariage. Cependant, dans les faits, la dissolution du mariage perturbe inévitablement les rapports parents-enfants et la vie de famille. Et cela, même si la cour de première instance considère qu'il est dans « l'intérêt de l'enfant » de continuer à vivre dans la même entité familiale.

L'enfant ne peut échapper

à la réalité du fait que sa famille n'est désormais plus la même. Le tribunal de première instance n'a ni la responsabilité, ni l'autorité, ni la capacité de recréer un cadre familial idéal. Au contraire, il doit plutôt prendre des décisions relatives au cadre parental, en tenant compte de la situation actuelle des parents et des enfants au moment du procès¹³³.

¹³³ Littlefield, pp. 1367-68 (notes infrapaginales omises).

3. L'Australie

Récemment, l'Australie a révisé ses lois concernant l'accès et la garde et s'est orientée vers un modèle de partage des responsabilités parentales comparable à celui de l'Angleterre et du pays de Galles. En vertu de la *Family Law Reform Act 1995*¹³⁴, les deux parents continuent à partager les responsabilités parentales après leur séparation, à moins que la cour ne rende une ordonnance contraire. La question du déménagement est abordée dans les articles 65Y et 65Z de la loi. Si une ordonnance de résidence, de visite ou de soins est en vigueur, on ne peut procéder au déplacement de l'enfant hors de la juridiction sans une ordonnance de la cour ou le consentement écrit de chaque personne en faveur de laquelle l'ordonnance a été demandée. La même procédure s'applique lorsqu'une demande d'ordonnance de résidence, de visite ou de soins est en cour d'instance. Lorsqu'il n'y a pas d'ordonnance judiciaire et qu'aucune demande d'ordonnance n'est en instance, il n'est pas clair que l'un ou l'autre parent puisse unilatéralement déplacer l'enfant de la juridiction. Un tel geste unilatéral semblerait contraire à l'intention de la loi, qui est d'encourager la coopération parentale.

La plus importante affaire australienne ayant trait au déménagement est *B c. B*¹³⁵, qui fut la première décision rendue en cette matière par la Full Court depuis l'entrée en vigueur de la *Family Law Reform Act*. *B c. B* offre une discussion complète du nouveau cadre législatif australien et un examen approfondi de la question du déménagement, qui tient compte des récentes décisions faisant autorité en Angleterre, en Nouvelle-Zélande et au Canada.

Dans *B c. B*, la Cour a souligné que la *Family Law Reform Act* de l'Australie mettait davantage l'accent sur les responsabilités parentales que sur les droits. Elle a éliminé les termes « guardianship » (*tutelle*), « custody » (*garde*) et « access » (*accès*), et les a remplacés par les concepts de résidence et de contact. La nouvelle loi vise à encourager la coopération entre les parents séparés plutôt que la propriété et le contrôle des enfants. Elle permet aux parents de conclure une entente sur leurs responsabilités envers leurs enfants au moyen d'un régime parental pouvant être entériné par la cour (quoique, selon la Cour dans l'affaire *B c. B*, de tels régimes ne soient pas encore largement répandus).

La Cour a passé en revue la jurisprudence internationale relative au déménagement, en particulier la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Goertz*. La Cour a rejeté l'adoption d'une présomption favorable au déménagement, et elle a affirmé que l'analyse faite par la juge McLachlin dans *Goertz* était sur ce point convaincante. La Cour a déclaré que la *Family Law Reform Act* de l'Australie :

[TRADUCTION] fait place aux droits individuels. Toute question de présomption ou de fardeau risque de nuire à la recherche de l'intérêt des enfants. Elle peut rendre l'affaire

¹³⁴ *Family Law Reform Act 1995* (Cth) (en vigueur le 11 juin 1996), art. 61C.

¹³⁵ *B c. B* (9 juillet 1997) Full Court of Family Court of Australia at Brisbane. *Farrow c. Farrow* (30 juillet 1997) Family Court of Australia, et *R c. R* (16 octobre 1997) sont deux décisions australiennes subséquentes ayant trait au déménagement.

plus technique et contradictoire et ainsi détourner l'enquête des faits ayant trait à l'intérêt des enfants vers des questions légales relatives au fardeau de la preuve¹³⁶.

Ayant rejeté l'adoption de présomptions, la Cour a statué que les considérations suivantes sont, selon toutes probabilités, pertinentes quant à la détermination de l'intérêt de l'enfant :

- 1) la profondeur et la qualité du lien existant entre les enfants et le parent gardien;
- 2) la profondeur et la qualité de la relation entre l'enfant et le parent non gardien;
- 3) le motif invoqué pour le déménagement. (Si, en déménageant, le parent est en mesure d'améliorer la situation économique de cette partie de la famille, il s'agit alors d'une considération importante, puisque cela aura un effet sur le bien-être de tous les membres de la famille. En particulier, lorsque le parent chez qui résident les enfants peut cesser d'être bénéficiaire de l'aide sociale et gagner un revenu plus substantiel, il s'agit là d'un point important. Le déménagement en vue d'une nouvelle union peut être d'égale importance. Bon nombre de parents divorcés se remarient, ce qui parfois entraîne un changement de résidence. Le mariage fait habituellement une différence significative quant aux conditions sociales et économiques du parent et ceci aura généralement une répercussion directe sur l'intérêt des enfants. [...] Il est important que la cour examine si les motifs du déménagement sont véritables, s'ils sont facultatifs ou s'ils sont vus comme importants et essentiels à la vie ordonnée du parent);
- 4) la distance et la permanence du changement proposé;
- 5) la rupture par rapport aux autres aspects de l'ancien environnement des enfants, par exemple les écoles, les amis et la famille élargie;
- 6) les désirs des enfants;
- 7) l'âge des enfants;
- 8) la faisabilité et les coûts du transport;
- 9) les autres formes de contact¹³⁷.

La Cour a remarqué qu'une proposition de déménagement peut affecter de deux manières l'intérêt de l'enfant :

[TRADUCTION] Premièrement, le déménagement peut être bénéfique non seulement au parent mais aussi à l'enfant directement. C'est-à-dire que le mode de vie de cette partie de la famille et de ces enfants peut être amélioré par le déménagement. Deuxièmement, dans certains cas, le fait de ne pouvoir déménager fera subir au parent chez qui réside l'enfant des pressions importantes et diminuera sa capacité de fonctionner, ce qui entraînera du même coup une baisse de la qualité de vie dans ce foyer. Un aspect très important de l'intérêt de l'enfant est le fait de vivre dans un milieu familial heureux. Celui-ci peut être fortement perturbé lorsque le parent chez qui réside l'enfant est obligé de vivre une

¹³⁶ B c. B, paragr. 9.59.

¹³⁷ B c. B, paragr. 9.62.

situation qui nuit à son avenir, que ce soit sur le plan social ou économique. Si cela avait un effet négatif sur l'intérêt de l'enfant, ce serait alors un point important à prendre en considération. De même, le fait que le mode de vie des membres de cette famille puisse être amélioré par le déménagement constitue un facteur positif dont on doit tenir compte lorsqu'on cherche à déterminer quel est l'intérêt de l'enfant¹³⁸.

Bien que la Cour ait souligné qu'il s'agissait de déterminer l'intérêt de l'enfant et non de satisfaire les désirs du parent, elle a constaté qu'il y avait un lien entre les deux : [TRADUCTION] « Selon l'expérience générale, quand le parent chez qui résident les enfants n'arrive pas à s'épanouir, cela risque de rendre la famille malheureuse et, par conséquent, d'avoir une répercussion sur l'intérêt des enfants de cette famille. Quand ce parent peut s'épanouir, cela produit un effet positif sur les enfants »¹³⁹.

La Cour a déclaré que la liberté de circulation des parents ne prévalait pas sur l'intérêt de l'enfant. En outre, la Cour a affirmé que le droit des femmes de vivre sans subir de discrimination pourrait être violé si l'on adoptait une « approche doctrinaire » en matière de litiges relatifs à un déménagement. Il est préférable d'adopter une approche raisonnable, suivant laquelle le déménagement de l'un ou des deux parents, pour de bons motifs, est vu comme potentiellement important, non seulement pour le parent mais aussi pour les autres membres de la famille. La Cour a ajouté plus loin que les défis économiques auxquels faisaient face les mères seules étaient pertinents et devaient être pris en compte lorsqu'il s'agissait de déterminer l'intérêt d'un enfant. La Cour a toutefois souligné que l'intérêt de l'enfant primait sur les droits des parents¹⁴⁰.

4. La Nouvelle-Zélande

La Nouvelle-Zélande a conservé un modèle traditionnel de garde et d'accès similaire à celui du Canada (à l'exception du Québec). Le droit relatif au déménagement a été examiné récemment par la Cour d'appel dans *Stadniczenko c. Stadniczenko*.¹⁴¹ Dans cette affaire, la mère cherchait à obtenir une ordonnance de garde et une ordonnance l'autorisant à déménager de Wellington à Auckland avec les deux enfants issus du mariage. Le juge lui accorda la garde et l'autorisa à déménager. Le mari fit appel devant la haute cour, qui renversa la décision, accordant la garde à la mère à la condition que les enfants ne quittent pas Wellington sans le consentement du père et une ordonnance de la cour. L'épouse tenta sans succès d'obtenir une autorisation de pourvoi de la Cour d'appel. Dans son jugement refusant l'autorisation de pourvoi, la Cour a discuté du droit qui s'appliquait dans ces affaires.

¹³⁸ *B c. B*, paragr. 9.67.

¹³⁹ *B c. B*, paragr. 9.67.

¹⁴⁰ *B c. B*, paragr. 10.44-10.46.

¹⁴¹ *Stadniczenko c. Stadniczenko*, [1995] N.Z.F.L.R. 493 (CA).

La Cour d'appel a cité en l'approuvant la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Carter c. Brooks*, et elle a conclu que :

[TRADUCTION] les droits du parent gardien de poursuivre sa propre vie ou sa carrière et ceux du parent non gardien à un accès à l'enfant doivent être pris en compte. Toutefois, le choix du lieu de résidence et les droits d'accès ne sont pas seulement des questions touchant les droits des parents. Comme le démontrent les affaires citées, ils peuvent aussi constituer d'importantes considérations en raison de leur impact sur le bien-être de l'enfant¹⁴².

La Cour d'appel statua que l'approche appropriée en matière de déménagement était la suivante : le juge doit rendre sa décision [TRADUCTION] « en fonction du bien-être de l'enfant, en prenant en compte tous les facteurs pertinents, y compris le besoin qu'ont les enfants en cause de maintenir une relation suivie avec leur père ».

5. La France

La France, comme le Québec, vit sous un régime de droit civil. Depuis 1987, et plus encore depuis 1993, la France s'est orientée vers un modèle d'autorité parentale conjointe¹⁴³. Excepté pour certaines situations décrites à l'article 374 du *Code civil français* et ayant trait aux enfants nés hors du mariage, les articles 372 et 287 disposent que les décisions concernant l'enfant doivent être prises conjointement par les deux parents. Ce principe s'applique que les parents aient divorcé ou non. Il s'étend aussi aux enfants nés hors mariage si les deux parents ont reconnu l'enfant avant qu'il ait atteint l'âge d'un an et s'ils vivaient ensemble au moment de la reconnaissance¹⁴⁴, ou encore s'ils ont présenté une déclaration commune selon laquelle ils exerçaient tous les deux l'autorité parentale¹⁴⁵. Les décisions concernant un enfant doivent être prises en accord avec ses intérêts¹⁴⁶. Comme c'est le cas au Québec, le Code français prévoit qu'une tierce partie peut présumer que la décision prise par un parent jouit de l'assentiment de l'autre parent¹⁴⁷.

¹⁴² *Stadniczenko*, p. 500.

¹⁴³ L. n. 87-570, 22 juillet 1987; L. n. 93-22, 8 janvier 1993. Les modifications apportées par ces lois ont été ajoutées au *Code civil français*.

¹⁴⁴ Art. 372 du *Code civil français*.

¹⁴⁵ Art. 374 du *Code civil français*.

¹⁴⁶ Art. 372-1-1 et 287 du *Code civil français*.

¹⁴⁷ Art. 372-2 du *Code civil français*. La présomption est plus étroite que celle prévue par l'article 603 du *Code civil du Québec* et, comme nous le verrons, par l'article 373,2 du *Code civil belge*. Le libellé limite l'application de la présomption à un « acte usuel de l'autorité parentale ».

En dépit du fait que l'autorité parentale conjointe soit la règle, la cour peut à sa discrétion, conformément aux articles 287 et 288 du *Code civil français*, modifier l'exercice de l'autorité parentale dans le but de protéger les intérêts de l'enfant. La cour peut statuer en faveur d'une autorité parentale exercée par un seul parent¹⁴⁸, auquel cas l'enfant réside avec le parent à qui est octroyée cette autorité, mais l'accès ne peut être refusé que pour des motifs graves¹⁴⁹. Le parent non gardien peut contester en cour des décisions prises par l'autre parent¹⁵⁰. Le parent jouissant de l'autorité parentale et avec qui réside l'enfant est désigné comme « le parent chez lequel l'enfant a sa résidence habituelle »¹⁵¹. L'accord entre les parents est encouragé et le fardeau de preuve requis pour modifier une ordonnance judiciaire avec accord est plus lourd que celui requis pour modifier une ordonnance sans accord¹⁵².

Un juge français peut entendre le témoignage de l'enfant, selon l'article 388-1 du *Code civil français*. Les désirs d'un enfant mineur capable de discernement (« les sentiments exprimés par un enfant mineur ») devraient être pris en compte dans les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale¹⁵³.

Le déménagement ne fait pas l'objet d'une règle particulière en droit civil français. Quand une cour doit rendre une décision dans une affaire de déménagement, elle procède comme pour toutes les autres décisions concernant l'enfant. Toutefois, la Cour de cassation a statué que le déménagement constituait un motif grave justifiant le réexamen d'une ordonnance judiciaire, conformément à l'article 292 du *Code civil français*¹⁵⁴. Le principe général suivant lequel les décisions doivent être conformes à l'intérêt de l'enfant est appliqué au problème précis du déménagement. Il n'y a pas de règles particulières. La règle juridique générale, telle qu'énoncée dans le Code civil, s'applique. Ce ne sont pas les juges qui élaborent le droit sur cette question, comme c'est le cas dans les juridictions de common law.

¹⁴⁸ En vertu de l'art. 288 du *Code civil français*, l'autre parent a le droit et la responsabilité de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et un droit corollaire d'être informé des décisions importantes qui concernent la vie de l'enfant (par exemple, l'éducation ou le déménagement vers une autre région). Pour plus de détails voir Cornu, G. *Droit civil. La famille*, coll. Domat Droit privé, 5^e édition Paris, Montchrestien, 1996, p. 578.

¹⁴⁹ Art. 288, 2 du *Code civil français*.

¹⁵⁰ Paris, 25 octobre 1991, R.T.D.C. 1992. 379. Chron. Hauser, citée par G. Cornu.

¹⁵¹ Art. 288 du *Code civil français*.

¹⁵² Art. 287, 290 et 292 du *Code civil français*. Pour modifier une ordonnance judiciaire avec accord, selon l'article 292, on doit prouver qu'il y a des motifs graves.

¹⁵³ Art. 290 du *Code civil français*.

¹⁵⁴ Voir, par exemple, Civ. 2^e, 17 décembre 1984: *Bull. civ.* II, n^o 197, p. 139.

Lorsqu'il y a exercice conjoint de l'autorité parentale, le juge désigne la résidence de l'enfant.¹⁵⁵ Un parent non gardien n'ayant l'exercice de l'autorité parentale a toutefois le droit et la responsabilité de superviser l'éducation de l'enfant. En conséquence, le parent avec qui l'enfant réside devrait informer le parent non gardien de ses décisions importantes concernant l'enfant, y compris de toute décision de déménager en un lieu dont la distance remettrait en cause l'entente sur l'accès¹⁵⁶.

En France, certains auteurs voient un paradoxe dans le modèle de l'autorité parentale conjointe. Irène Théry, par exemple, estime paradoxale l'idée que la relation parentale doive se poursuivre de la même manière que lorsque la relation maritale était intacte¹⁵⁷.

6) La Belgique

La Belgique est dotée elle aussi d'un système de droit civil. À l'exemple de la France et de plusieurs autres juridictions dans le monde, la Belgique a adopté, en 1995, un modèle d'autorité parentale conjointe¹⁵⁸. Conformément aux articles 302 et 374 du *Code civil Belge*, les décisions concernant l'enfant doivent être prises conjointement par les deux parents. Ce principe s'applique à tous les parents, qu'ils soient mariés ou non et divorcés ou non. L'intérêt de l'enfant est aussi le critère qui s'applique à toutes les prises de décision qui concernent un enfant¹⁵⁹. Tel qu'au Québec et en France, et pour la protection de tierces parties (tels que des médecins traitant un enfant), le *Code* s'appuie sur la présomption réfutable que les parents se sont entendus sur toutes les décisions prises par l'un d'entre eux¹⁶⁰.

La loi belge ne s'attaque pas directement au problème posé par la terminologie, mais elle tend à utiliser les termes « hébergement principal » pour désigner le parent chargé de la garde ou de l'hébergement de l'enfant, et les termes « hébergement secondaire ou subsidiaire » pour désigner le parent non gardien ou n'hébergeant pas l'enfant¹⁶¹.

¹⁵⁵ Art. 287 du *Code civil français*.

¹⁵⁶ Art. 288 du *Code civil français*.

¹⁵⁷ Théry, I. *Le démariage. Justice et vie privée*, coll. Opus. Paris, Odile Jacob, 1996.

¹⁵⁸ L.13, avril 1995, en vigueur depuis le 3 juin, 1995. Les modifications apportées par cette loi ont été incorporées au *Code civil Belge*.

¹⁵⁹ Art. 374, *Code civil Belge*.

¹⁶⁰ Art. 373, 2 *Code civil Belge*.

¹⁶¹ Pour de plus amples détails et une critique du changement apporté à la terminologie, voir : J. Sosson, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité. » (1996) 1 *Annales de droit de Louvain* 115, p. 148. Il semble être très difficile de trouver une terminologie appropriée; la précédente, en dépit de certains effets négatifs potentiels, n'est ni meilleure ni pire que la nouvelle.

Quand les parents ne vivent plus ensemble, conformément à l'article 374 du *Code civil Belge*, le tribunal a la prérogative de modifier le protocole établi pour l'exercice conjoint de l'autorité parentale et ceci, de manière à protéger l'intérêt de l'enfant¹⁶². La souplesse d'intervention offerte par ce pouvoir discrétionnaire permet de prescrire l'exercice unique de l'autorité parentale ou encore, d'ordonner toute autre forme d'exercice conjoint de l'autorité parentale¹⁶³.

Par principe, les réformateurs de la loi ont présumé que les parents s'entendraient pour prendre les décisions importantes concernant l'enfant, telles que celles énumérées au premier paragraphe de l'article 374 (c.-à.-d. touchant les soins médicaux, l'éducation, la religion, etc.). En dépit du fait que l'éclatement de la relation matrimoniale puisse rendre la coopération difficile en ce qui a trait aux décisions quotidiennes concernant l'enfant, ils étaient d'avis que la présomption du consentement parental encouragerait la consultation et la coopération. Dans les situations où cela est impossible, une marge de manoeuvre est allouée au juge pour modifier les termes de l'exercice de l'autorité parentale.

Même lorsque le tribunal ordonne l'exercice exclusif de l'autorité parentale, la loi belge favorise, autant que possible, un maximum de contacts entre les deux parents et l'enfant après la dissolution de la famille. Dans ce cas, le droit d'accès (c.-à.-d. « le droit d'avoir des relations personnelles avec l'enfant »), ne peut être refusé, sauf pour des motifs graves¹⁶⁴. Par ailleurs, le parent à qui l'exercice de l'autorité parentale est retiré conserve un droit de regard sur l'éducation de l'enfant, de même que celui de recevoir des informations sur la manière dont s'exerce cette éducation, sur la prestation des soins de santé, etc. Ce droit de regard comprend également celui de contester, devant tribunal, les décisions prises par l'autre parent touchant l'éducation de l'enfant.

¹⁶² L'art. 374 du *Code civil Belge* prévoit que : « À défaut d'accord sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ou si cet accord lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge compétent peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des père et mère. Il peut aussi fixer les décisions d'éducation qui ne pourront être prises que moyennant le consentement des père et mère. Il fixe les modalités selon lesquelles celui qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des relations personnelles avec l'enfant. Ces relations ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves. Celui qui n'exerce pas l'autorité conserve le droit de surveiller l'éducation de l'enfant. Il pourra obtenir, de l'autre parent ou tiers, toutes informations utiles à cet égard et s'adresser au tribunal de la jeunesse dans l'intérêt de l'enfant. Dans tous les cas, le juge détermine les modalités d'hébergement de l'enfant et le lieu où il est inscrit à titre principal dans les registres de la population. »

¹⁶³ Voir aussi : J. Sosson, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité. » (1996) 1 *Annales de droit de Louvain* 115, pp. 152-154.

¹⁶⁴ J. Sosson, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité. » (1996) 1 *Annales de droit de Louvain* 115, p. 151.

Les affaires de déménagement sont traitées de la même manière que les autres affaires portant sur l'autorité parentale. Il n'existe donc pas de règles précises sur le déménagement, ni de droit jurisprudentiel sur ce problème, et la doctrine en fait à peine mention. Dans l'esprit de la récente réforme effectuée en Belgique, on pourrait penser qu'un parent qui se propose de déménager avec un enfant devrait obtenir le consentement de l'autre parent ou, au moins, l'en informer. Si le lieu de résidence de l'enfant a été arrêté par ordonnance du tribunal, chaque parent est lié par cette décision. Par conséquent, si un parent contrevient à l'ordre reçu et que l'enfant est amené à changer de domicile, l'autre parent pourrait invoquer la loi sur les enlèvements, ou encore demander que l'on modifie l'ordonnance du tribunal. Dans ce dernier cas, le seul critère qui guide la cour est celui de l'intérêt de l'enfant, comme dans les autres décisions concernant l'enfant. Néanmoins, il convient de noter que chaque fois qu'une ordonnance judiciaire est rendue, le juge fixe le domicile de l'enfant, conformément au dernier paragraphe de l'article 374. Fait intéressant, il existe un registre de la population sur les lieux où le domicile de l'enfant doit être déclaré¹⁶⁵. Dans le cas d'une séparation *de facto* et en l'absence d'une ordonnance du tribunal, l'article 108 ne précise pas où devrait être le lieu de résidence de l'enfant¹⁶⁶.

En résumé, bien que certaines juridictions favorisent encore des règles présomptives et ce, en faveur ou à l'encontre du déplacement, la tendance générale dans les pays occidentaux est de faire un examen individualisé de l'intérêt de l'enfant, de rejeter les présomptions et de reconnaître l'importance des opinions du parent gardien.

C. Données démographiques et preuves empiriques

Cette section présente un sommaire des données démographiques ainsi qu'une revue des preuves empiriques actuelles et pertinentes. Elle traite de la question suivante : existe-t-il des preuves empiriques quant à l'effet qu'exercent, sur les enfants, divers modèles parentaux d'après-séparation pour appuyer l'adoption de règles ou de principes particuliers quant aux conflits relatifs à un déménagement?

Il existe un grand nombre de publications sur les répercussions de la séparation et du divorce sur les enfants¹⁶⁷. Les premières recherches sur le sujet tendaient à faire le lien entre les « foyers brisés » et des comportements tels que la délinquance juvénile ou le piètre rendement

¹⁶⁵ Ce registre est utile dans le contexte de la sécurité sociale.

¹⁶⁶ Lequel dispose que : « Le mineur non émancipé a son domicile à la résidence de ses père et mère ou, si ceux-ci ne vivent pas ensemble, à la résidence de l'un d'eux. »

¹⁶⁷ Pour une discussion des études récentes, voir : J. Kunz, « Les effets du divorce sur les enfants » dans : S.J. Bahr, ed., *Family Research: A Sixty-Year Review, 1930-1990*, (New York : Lexington, 1992) 325, pp. 341-345; J. McCord, « Long-term Perspectives of Parental Absence », dans : L. Robins & M. Rutter, eds., *Straight and Devious Pathways From Childhood to Adulthood* (Cambridge University Press, 1990) 116; et dans : F.F. Furstenberg, Jr. et A.J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (Cambridge: Harvard University Press, 1991).

scolaire. Ultérieurement, l'attention s'est portée sur des facteurs précis qui, en matière de divorce, ont été associés à des répercussions négatives sur les enfants; en corollaire, on a procédé à l'identification de facteurs ayant des effets positifs sur les enfants du divorce. Plus récemment, des chercheuses et des chercheurs ont signalé que la démarche visant à définir les conséquences du divorce, sur les enfants, comportait un degré de complexité élevé; or, les résultats de recherches portant sur certains problèmes sont toujours plus partagés ou non concluants¹⁶⁸.

Les recherches en sciences sociales portant sur les effets de la séparation sur les enfants indiquent un lien entre une adaptation plus positive chez ceux-ci et : (a) un parent responsable qui fonctionne bien; (b) l'absence de conflits parentaux; et (c) une relation suivie avec les deux parents. Les facteurs associés aux effets positifs sur les enfants peuvent entrer en conflit — par exemple, lorsqu'un rapport assidu avec le parent non gardien donne lieu à un conflit parental et mine la capacité de bien fonctionner du parent gardien. Les recherches ne sont pas concluantes quant aux objectifs à viser en priorité lorsque ceux-ci deviennent conflictuels. Certains juristes et magistrats, toutefois, accordent explicitement ou implicitement la priorité à l'un de ces objectifs. À titre d'exemple, les travaux de recherche démontrant la valeur d'une relation suivie avec les deux parents a servi d'appui à la politique d'extension du rôle du parent non gardien; il a aussi renforcé la présomption favorable au droit de visite parental. Comme la prise de conscience de la complexité du projet va en s'accroissant chez les chercheuses et les chercheurs et considérant que les résultats obtenus ne sont pas concluants, les effets de cette politique sont devenus moins clairs. En mettant trop l'accent sur un but précis quant à l'adoption d'une politique (par exemple : promouvoir une relation suivie avec le parent non gardien), on risque de porter atteinte au principe de l'intérêt de l'enfant.

1. Un parent gardien fonctionnel

Au Canada, la plupart des parents gardiens sont des mères, alors que la majorité des parents non gardiens sont des pères. Dans les causes de divorce, toujours au Canada, les hommes obtiennent la garde unique dans une proportion d'environ 15 p. 100 de tous les cas; les femmes, elles, se voient confier la garde unique dans une proportion de 72 p. 100 des cas et, pour le reste, les parents obtiennent une garde partagée¹⁶⁹.

Le divorce est l'une des causes des familles monoparentales. Celles-ci doivent aussi leur existence à une séparation, à des mères n'ayant jamais été mariées et à la mort de l'un des deux parents. D'après le recensement fait au Canada en 1996, on comptait 1 137 505 familles monoparentales au pays et, de ce nombre, 85 p. 100 avaient des mères comme chefs de

¹⁶⁸ J.S. Wallerstein, « The Long-Term Effects of Divorce on Children: A Review » (1991) 30, *J. Am. Academy Child & Adolescent Psych.* 349; J.B. Kelly, « Current Research on Children's Postdivorce Adjustment: No Simple Answers » (1993), 31, *Fam. & Conciliation, Cts. Review* 29.

¹⁶⁹ Justice Canada, *Evaluation of the Divorce Act: Phase II: Monitoring and Evaluation*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990, quant au rapport de statistiques pour 1987-1988.

famille¹⁷⁰. Un tiers environ des familles monoparentales l'étaient suite à un divorce, 22 p. 100 d'entre elles avaient comme chefs des mères n'ayant jamais été mariées, 20 p. 100 étaient dues à une séparation et, enfin, 20 p. 100 étaient attribuables à la mort de l'un des époux. En 1996, il y avait 1,8 million d'enfants vivant au sein d'une famille monoparentale; de ce nombre, 84 p. 100 appartenaient à une famille où le parent unique était de sexe féminin.

Il existe un lien entre la pauvreté chez un enfant et le type de famille dont il fait partie. Les familles monoparentales dont le chef est une femme font état de revenus beaucoup plus bas que celui d'autres types de familles; 56 p. 100 d'entre elles vivent d'ailleurs dans la pauvreté. En 1994, le revenu moyen des familles monoparentales dirigées par un homme était de 34 869 \$ alors que celui des familles monoparentales dirigées par une femme était de 24 057 \$. Les familles biparentales ont aussi des revenus plus élevés que ceux dont disposent les familles monoparentales¹⁷¹. Les enfants issus de familles monoparentales dirigées par des femmes sont exposés à des risques accrus de problèmes émotifs et comportementaux, de même qu'à des difficultés sur les plans scolaire et social. On devrait souligner, toutefois, que la plupart des enfants de ces mêmes familles ne connaissent pas ces problèmes. En fait, la majorité des enfants qui les éprouvent sont issus de familles biparentales (80 p. 100 de ceux-ci appartenant à des familles de ce type¹⁷²).

La vaste enquête menée par Statistique Canada, en 1994-1995, a révélé que 8,6 p. 100 des enfants canadiens vivaient au sein de belles-familles. Chez ceux habitant avec un parent biologique et un beau-parent, on recensait un pourcentage beaucoup plus élevé d'enfants vivant avec leur mère biologique et un beau-père¹⁷³.

En résumé, les données démographiques obtenues montrent que, dans la vaste majorité des cas où les parents biologiques ou adoptifs ne vivent pas ensemble, la mère est celle qui est chargée de la garde des enfants. Les données révèlent en outre que les familles monoparentales dirigées par une femme sont plus susceptibles de vivre dans la pauvreté. Elles montrent enfin que les enfants appartenant à ce type de famille courent un risque plus élevé de souffrir de troubles affectifs, de problèmes comportementaux, de problèmes de rendement scolaire et d'éprouver des difficultés sur le plan social.

¹⁷⁰ Les informations portant sur le recensement de 1996 sont tirées du site Web de Statistique Canada, <http://www.statcan.ca>.

¹⁷¹ Les informations portant sur les revenus familiaux sont tirées du site Web du Conseil canadien du développement social, <http://www.gdsourcing.com/works/CCSD.htm>.

¹⁷² Développement des ressources humaines Canada/Statistique Canada, *Growing Up in Canada: National Longitudinal Survey of Children and Youth*, Ottawa, Statistique Canada, 1996, pp. 83-91.

¹⁷³ Développement des ressources humaines Canada/Statistique Canada, *Growing Up in Canada: National Longitudinal Survey of Children and Youth*, Ottawa, Statistique Canada, 1996, pp. 29-30 et 95.

Les motifs qui président au choix prépondérant des mères pour la garde des enfants sont complexes. La « doctrine de la tendre enfance », ou de la préférence maternelle, a été acceptée par la Cour suprême du Canada comme « règle du bon sens », en 1976¹⁷⁴. Depuis, cette approche a été remplacée par celle, plus directe, du critère de l'intérêt de l'enfant¹⁷⁵. La plupart des arrangements conclus en matière de la garde et l'accès aux enfants reposent sur l'accord des parties plutôt que sur une ordonnance du tribunal¹⁷⁶. Le consentement des parents à la garde des enfants par la mère s'explique par le fait que dans la plupart des familles, ce sont elles qui assument la responsabilité première des soins à donner à l'enfant. Des chercheuses et chercheurs en sciences sociales ont noté la persistance de la division des tâches selon le sexe quand un enfant dans le cadre de l'éducation des enfants est élevé et, selon la plupart d'entre eux, cette répartition des responsabilités tient à des pratiques sociales bien enracinées plutôt qu'à la nature intrinsèque des hommes et des femmes¹⁷⁷.

Les parents gardiens ont des vues différentes, en ce qui touche l'accès aux enfants, de celles des parents non gardiens. Un échantillonnage aléatoire a été établi à partir de répondants venant de cinq localités estimées représentatives, en Alberta. Ceux qui déclaraient avoir des droits d'accès à des enfants ont été sélectionnés à partir de l'échantillonnage général. Les réponses de 30 parents gardiens et de 26 parents non gardiens ont été comparées. La plupart des parents gardiens (74 p. 100) ont rapporté que les rapports établis pour l'exercice des droits d'accès étaient détendus, informels ou encore, quelque peu difficiles mais convenables, avis partagés par un peu moins de la moitié (48 p. 100) des parents non gardiens. Près de la moitié (45 p. 100) des parents non gardiens ont décrit leurs rapports avec le parent gardien comme étant tendus et très difficiles, alors que seulement 19 p. 100 des parents gardiens étaient de cet avis¹⁷⁸.

Dans le cadre de l'étude albertaine, les parents gardiens ont été plus enclins que les parents non gardiens à signifier que les allocations de soutien pour l'enfant n'étaient pas versées à temps et au complet. Ils ont dit en plus grand nombre discuter de la vie de leurs enfants avec l'autre parent, que ne l'ont fait les parents non gardiens. Ces derniers ont dit manquer parfois des visites parce que leurs enfants étaient trop occupés, que la visite ne convenait pas au parent gardien ou encore, que leurs occupations ne la permettaient pas. Pour leur part, les parents

¹⁷⁴ *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292.

¹⁷⁵ *Young c. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

¹⁷⁶ Justice Canada, *Evaluation of the Divorce Act: Phase II: Monitoring and Evaluation*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990, statistiques pour 1987-1988.

¹⁷⁷ M.E. Lamb, éd., *The Father's Role: Cross-Cultural Perspectives* (Hillsdale: Lawrence Erlbaum, 1987).

¹⁷⁸ D. Perry *et al.*, *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta* (Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1992) xiii. Sur 2 500 questionnaires généraux expédiés, 890 réponses ont été utilisables. Lors d'une enquête de suivi, on a fait des envois à ceux qui déclaraient avoir eu un droit d'accès à des enfants. Sur 182 questionnaires de suivi, 80 réponses se sont avérées utilisables : 30 de parents gardiens, 26 de parents non gardiens, 19 de grands-parents et cinq de tantes et d'oncles.

gardiens ont fourni davantage de raisons pour expliquer les visites manquées. Ces derniers ont ainsi avancé que le motif le plus fréquent pour une visite manquée était qu'elle ne convenait pas à l'autre parent; d'autres raisons citées étaient que les enfants pouvaient être malades ou occupés, que les enfants refusaient la visite, que celle-ci pouvait ne pas convenir au parent gardien et, enfin, que le parent autorisé à voir les enfants avait un problème de dépendance à la drogue ou à l'alcool qui nuisait aux visites¹⁷⁹.

L'étude albertaine a montré que plus de la moitié des parents gardiens (54,5 p. 100) et des parents non gardiens (57,9 p. 100) considéraient raisonnable le temps alloué aux visites. Une plus grande proportion de parents gardiens (45 p. 100) que de parents non gardiens (36,8 p. 100) auraient préféré un temps plus important alloué aux visites. Un certain nombre (38,5 p. 100) de parents gardiens ont rapporté refuser une visite à un moment ou à un autre. Les raisons fournies pour ce refus étaient que les enfants pouvaient être malades ou occupés, que l'autre parent avait un problème de consommation de drogue ou d'alcool qui affectait les visites, que la visite ne leur convenait pas ou que la famille était en vacances. Certains parents gardiens (9,1 p. 100) ont dit redouter des abus à caractère physique de la part de l'autre parent, alors qu'un autre a dit craindre de possibles abus sexuels commis par le parent non gardien. Plus de la moitié des parents non gardiens (57,1 p. 100) ont dit avoir été confrontés à un refus à un moment ou à un autre. Les motifs cités pour ces refus étaient que ça ne convenait pas au parent gardien, que les enfants étaient en vacances, que ces derniers avaient autre chose au programme ou étaient malades ou, encore, que le parent gardien ne souhaitait pas que la relation se poursuive. La majorité des parents gardiens (92 p. 100) ont indiqué vouloir que l'autre parent maintienne le contact avec ses enfants.

D'autres études ont également indiqué que les parents gardiens souhaitaient plus de temps alloué aux visites. En s'appuyant sur l'étude empirique qu'il a menée sur les services de médiation en divorce, étude menée dans quatre villes canadiennes, C. James Richardson a formulé le commentaire que [TRADUCTION] « beaucoup de parents gardiens expriment de l'inquiétude quant aux répercussions possibles de l'absence du père sur leurs enfants et, aussi, que la plainte la plus souvent exprimée concernant l'accès aux enfants est que le droit d'accès n'est pas exercé ou qu'il est exercé sur une base irrégulière¹⁸⁰ ». Bien qu'un grand nombre de parents gardiens expriment le désir que les visites soient plus étendues, cela ne signifie pas nécessairement qu'ils sont satisfaits de la manière de procéder de l'autre parent ou qu'ils souhaitent un élargissement à n'importe quelles conditions. Ce désir peut reposer en partie sur le sentiment que le fardeau de l'éducation des enfants n'est pas réparti également et peut être une expression de blâme concernant la contribution inadéquate de l'autre parent.

Il apparaît évident, dans une certaine mesure, que les mères gardiennes deviennent moins proches de leurs enfants à la suite d'un divorce. Wallerstein et Blakeslee rapportent que parmi

¹⁷⁹ D. Perry *et al.*, *Access to Children*, *ibid.*, p. 71.

¹⁸⁰ C. J. Richardson, *Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: Overview of Research Results* (Ottawa, Justice Canada, 1988) 36.

les relations mère-enfant qui étaient étroites alors que la famille était intacte, seulement la moitié continuent de l'être pendant la décennie qui suit le divorce¹⁸¹.

De nombreux chercheurs et chercheuses sont d'avis que la séparation parentale engendre une crise majeure dans la vie de la plupart des enfants¹⁸² et que le problème est exacerbé par l'amointrissement de la responsabilité parentale qui tend à suivre une séparation. Dans l'année suivant celle-ci, les aptitudes parentales du parent gardien tendent à se détériorer, probablement à cause des stress psychologiques et financiers auxquels font face beaucoup de parents séparés¹⁸³. Au moment de la séparation, les parents peuvent être tellement vidés par leurs propres besoins qu'ils deviennent temporairement incapables de percevoir ou de répondre à ceux de leurs enfants¹⁸⁴. Il se peut que les parents ayant un nouvel emploi soient obligés de laisser leurs enfants seuls après l'école, de les confier à une gardienne pendant de longues périodes ou encore, de les placer en garderie pour la première fois. Il y a souvent un degré moindre de communication entre parents et enfants, un contact moins affectueux; la discipline tend aussi à devenir plus incohérente¹⁸⁵. Un parent gardien qui ne sait plus où donner de la tête parce qu'il doit à la fois s'occuper de enfants et travailler, peut exiger que même les très jeunes enfants préparent leurs propres collations, se préparent sans aide pour l'école et fassent de même pour le coucher¹⁸⁶. Wallerstein conclut que ces conditions ont pour résultat d'engendrer [TRADUCTION] « un désordre croissant, une discipline amoindrie, des soins restreints, tout en créant un sentiment d'anxiété chez les enfants, à savoir que le divorce a mené à la perte non d'un seul parent mais des deux¹⁸⁷ ».

À la lumière des défis auxquels font face les parents gardiens et à celle de l'impact qu'engendre sur les enfants le comportement du parent gardien, beaucoup de chercheuses et de chercheurs font ressortir qu'il est important d'appuyer ce parent. Beaucoup d'entre eux

¹⁸¹ J.S. Wallerstein & S. Blakeslee, *Second Chances* (New York: Ticknor & Fields, 1989).

¹⁸² J.S. Wallerstein, « The Long-Term Effects of Divorce on Children: A Review » (1991) 30, *J. Am. Academy of Child and Adolescent Psychology* 349; J.B. Kelly, « Longer-Term Adjustment in Children of Divorce: Converging Findings and Implications for Practice » (1988) 2, *J. Fam. Psychology* 119, p. 122.

¹⁸³ J.S. Wallerstein & J.B. Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (New York: Basic, 1980).

¹⁸⁴ J.B. Kelly & J.S. Wallerstein, « Brief Interventions with Children in Divorcing Families » (1977) 47 *Am. J. Orthopsychiatry* 23, p. 30.

¹⁸⁵ E.M. Hetherington *et al.*, « Effects of Divorce on Parents and Children » dans M. Lamb, éd., *Non-traditional Families* (Hillsdale: Erlbaum, 1982); J.S. Wallerstein & J.B. Kelly, *Surviving the Breakup* (New York: Basic, 1980).

¹⁸⁶ J.S. Wallerstein, « Child of Divorce: An Overview » (1986) 4 *Behavioral Sci. & L.* 105, p. 109.

¹⁸⁷ *Ibid.*

définissent la compétence du parent gardien comme étant le facteur de prédiction le plus important des adaptations positives que pourront réaliser les enfants du divorce. Furstenberg et Cherlin concluent que [TRADUCTION] « les facteurs les plus importants pour assurer le bien-être des enfants après le divorce sont l'efficacité de la mère, les manifestations d'amour, la nourriture, la routine bien établie, une discipline modérée mais qui se tient et, enfin, le fait d'éviter aux enfants d'être exposés à de perpétuels conflits entre les parents¹⁸⁸ ».

Le soutien du parent gardien est souvent considéré comme une démarche peu conciliable avec une politique visant à encourager la participation du parent non gardien¹⁸⁹. Goldstein, Freud et Solnit ont soutenu qu'on devrait même accorder au parent gardien un droit de veto sur les visites de l'autre parent¹⁹⁰, une proposition qui a été amplement critiquée¹⁹¹. En réponse aux critiques formulées sur ce texte rédigé en collaboration, Goldstein a mis l'accent sur la valeur des visites; [TRADUCTION] « nous n'étions pas et ne sommes pas opposés aux visites », y disait-il. « Bien sûr, toutes choses étant égales, les tribunaux, guidés par un souci de continuité, pourraient confier la garde au parent le plus désireux d'offrir à l'enfant des occasions de voir l'autre parent »¹⁹². L'argument de Goldstein, Freud et Solnit a été appuyé par de récentes études, dont celle menée à grande échelle par Furstenberg *et al.* Cette dernière a permis d'établir que la relation entre l'enfant et la mère gardienne était clairement associée au bien-être de l'enfant, ceci relativisant sensiblement l'importance du contact avec le parent non gardien¹⁹³. Furstenberg et

¹⁸⁸ F.F. Furstenberg & A.J. Cherlin, *Divided Families* (Cambridge: Harvard University Press, 1991) p. 118. Voir aussi F.F. Furstenberg & C. W. Nord, « Parenting Apart: Patterns of Childbearing after Marital Disruption » (1985), 47 *J. Marr & Fam.* 893; J. Guidubaldi & J.D. Perry, « Divorce and Mental Health Sequelae for Children: A Two-Year Follow-up of a Nationwide Sample » (1985) 24 *J. Am. Academy of Child Psychiatry* 531, p. 536.

¹⁸⁹ Voir England, Law Commission, *Review of Child Law: Custody*, Working Paper No. 96 (Londres, HMSO, 1986), par. 3.7 et 3.8, où des objectifs variés de la loi sur la garde sont identifiés, entre autres, comment maintenir des relations bénéfiques et promouvoir un « milieu sécurisant et stable pour l'enfant... dans lequel la confiance et la sécurité de la personne qui l'élève peut s'avérer un élément important ». Cette commission déclare que de concilier ces deux objectifs peut causer « de grandes difficultés » et a suggéré qu'en cas de conflits entre les deux, la priorité devrait aller au dernier, avançant que ceci était « juste en principe » et qu'il était « plus facile de prédire ce qui favorisera la sécurité de l'enfant à la maison, laquelle ne devrait pas être risquée pour des buts hypothétiques à plus long terme ».

¹⁹⁰ J. Goldstein, A. Freud & A. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, revised edition (New York: Free Press, 1979).

¹⁹¹ M. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children* (Londres : Pinter, 1983), pp. 215-19. Voir aussi M. Freeman, « Taking Children's Rights More Seriously » (1992), *Int'l J.L. & Fam.* 52, pp. 55-56.

¹⁹² J. Goldstein, « In Whose Best Interest », dans J. Folberg, éd., *Joint Custody and Shared Parenting* (Washington: Bureau of National Affairs, 1984) 47, p. 48.

¹⁹³ F.F. Furstenberg *et al.*, « Paternal Participation and Children's Well-being After Marital Dissolution » (1987) 52 *Am. Sociological Review*, p. 695.

Cherlin concluent, à partir de travaux plus récents sur la question de l'importance de la mère, en tant que parent gardien, par rapport à celle du père non gardien :

[TRADUCTION] Ceci ne veut pas dire que nous devrions abandonner les efforts en vue de faire participer davantage les pères divorcés à la vie de leurs enfants. Cependant, à court terme, il y a probablement plus de chances que l'adaptation des enfants au divorce s'améliore si nous nous employons avant tout à appuyer les parents gardiens et à réduire les conflits. En gardant ces objectifs en tête, une assistance accrue donnée aux mères et aux enfants, de même que des changements apportés aux mesures législatives touchant la famille viendront en aide à un million d'enfants américains qui, chaque année, doivent composer avec le divorce de leurs parents¹⁹⁴.

2. Absence de conflits parentaux

Alors qu'initialement, les travaux de recherche faisaient un lien entre la délinquance et les foyers brisés¹⁹⁵, des études ultérieures ont avancé que c'étaient les conflits associés au divorce, plutôt que le divorce lui-même, qui devait être reliés à la délinquance¹⁹⁶. Les conflits entre les parents précèdent souvent la séparation et sont associés à un comportement et à un rendement scolaire relativement piètres chez les enfants — que les parents soient déjà séparés ou non — et ce, particulièrement chez les garçons¹⁹⁷. On a établi que les enfants de parents mariés connaissant un degré élevé de conflits s'avéraient moins bien adaptés socialement que les enfants de parents divorcés et vivant dans un milieu peu fertile en conflits¹⁹⁸. Une étude a constaté que les enfants dont les parents connaissaient une incidence élevée de conflits conjugaux étaient trois fois plus sujets à être victimes de détresse psychologique que les enfants exposés à un degré faible ou modéré de conflits matrimoniaux avant la séparation¹⁹⁹.

¹⁹⁴ F.F. Furstenberg & A.J. Cherlin, *Divided Families* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), p. 119.

¹⁹⁵ J. Kunz, *The Effects of Divorce on Children*, dans Stephen J. Bahr, éd., *Family Research: A Sixty-Year Review, 1930-1990* (New York: Lexington, 1992), p. 325.

¹⁹⁶ M. Rutter, *Maternal Deprivation Reassessed*, 2^e ed. (Harmondsworth: Penguin, 1991), p. 110.

¹⁹⁷ R.E. Emery, *Marriage, Divorce, and Children's Adjustment* (Californie : Sage, 1988); M. Rutter, *Maternal Deprivation*, *ibid.*

¹⁹⁸ E.M. Hetherington *et al.*, « Effects of Divorce on Parents and Children », dans M. Lamb, éd., *Non-traditional Families* (Hillsdale: Erlbaum, 1982).

¹⁹⁹ J. Peterson & N. Zill, « Marital Disruption, Parent-Child Relationships, and Behavior Problems in Children » (1986) 48 *J.Marr & Fam.*, p. 295

Les troubles de comportement chez les enfants de parents qui divorcent sont davantage susceptibles de diminuer si le divorce a pour effet d'améliorer les relations dans la famille²⁰⁰. Si les parents continuent à avoir de nombreux conflits après leur séparation, il y a plus de chances pour que les enfants éprouvent des difficultés d'adaptation sociale et de comportement, particulièrement s'il y a violence physique entre les parents²⁰¹. Les conflits entre parents ont tendance à détériorer le climat des relations parent-enfant, que les parents soient séparés ou non²⁰². Lorsque les relations parent-enfant sont maintenues en dépit du conflit parental, les enfants sont moins susceptibles de subir d'effets négatifs²⁰³.

Selon une étude menée auprès de 100 enfants (âgés de un à douze ans) et de leurs parents, ayant tenté de négocier mais en vain une entente par voie de médiation ou par le recours à des avocats ou avocates sur la question de la garde et des droits de visite, les relations parentales étaient très hostiles et 71 p. 100 des parents avaient posé des gestes de violence physique envers l'autre²⁰⁴. Moins de cinq pour cent des enfants visés par l'étude ont été protégés des conflits parentaux et il est manifeste que leur sécurité et leur bien-être ont été mis de côté. Les enfants ont démontré des symptômes aigus de détresse, les transitions entre les domiciles de leurs parents étant des événements particulièrement menaçants pour eux. Les parents ont noté des changements de comportement marqués chez leurs enfants à ces occasions (par exemple, comportement de repli marqué ou d'automate). Les enfants ont mentionné aux chercheuses et chercheurs qu'ils voulaient visiter régulièrement les deux parents, même si de telles visites étaient source d'anxiété pour eux.

Des études de suivi ont été menées deux ans et demi et quatre ans et demi après la séparation. Ces études ont révélé que les enfants étaient encore plus perturbés que ne l'avait montré l'étude initiale. L'étude menée après quatre années et demi a révélé que les enfants visés par une ordonnance judiciaire de garde physique partagée, ou qui faisaient l'objet de droits d'accès plus larges découlant d'une ordonnance judiciaire ou d'une entente de médiation primant sur les objections de l'un ou l'autre des parents, étaient considérablement plus déprimés et repliés sur eux-mêmes que les autres enfants. Les relations parent-enfant s'étaient détériorées dans les familles à garde physique partagée.

²⁰⁰ J. S. Wallerstein & J. B. Kelly, *Surviving the Breakup* (New York: Basic, 1980).

²⁰¹ J. Johnston *et al.*, « Ongoing Post-divorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access » (1989) 59 *Am. J. Orthopsychiatry* 605; M. Kline *et al.*, « Children's Adjustment in Joint and Sole Physical Custody Families » (1989) 25 *Developmental Psychology* 430.

²⁰² M. Richards, « Children, Parents and Families: Developmental Psychology and the Re-ordering of Relationships at Divorce » (1987) 1 *Int'l J.L. & Fam.* 295.

²⁰³ R.D. Hess, « Post-divorce Family Relationships as Mediating Factors in the Consequences of Divorce for Children » (1979) 35 *J. Social Issues* 79; M. Richards, « Joint Custody Revisited » (1989) *Fam. L.* 19, p. 84.

²⁰⁴ M. Kline & J.M. Tschann, « Ongoing Post-divorce Conflict » (1989) 59 *Am. J. Orthopsychiatry* 576.

Une étude menée auprès de 58 familles divorcées ou séparées de la région du Grand Toronto, incluant 58 enfants âgés entre un et douze ans, a révélé que les visites fréquentes et les graves conflits parentaux nuisaient aux enfants sur le plan émotionnel et de l'adaptation. Par ailleurs, le chercheur est parvenu à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Les conflits entre les parents après le divorce produisent toujours des effets négatifs chez tous les enfants. Cette situation a engendré beaucoup de sentiments de colère chez ceux qui ont maintenu des contacts réguliers avec les deux parents. Bon nombre d'entre eux ont tenté d'obtenir l'appui de leurs parents en leur demandant de ne pas se disputer, une stratégie pouvant rendre leur adaptation comportementale encore plus difficile. Les émotions négatives vécues par les enfants viennent atténuer les aspects bénéfiques que peut avoir la participation continue des parents à la vie de leurs enfants lorsqu'il y a de graves conflits²⁰⁵.

Les contacts fréquents et continuels avec les deux parents ont un lien avec une meilleure adaptation comportementale, cependant, tel n'est pas le cas lorsqu'il existe de graves conflits parentaux.

3. Relations suivies de l'enfant avec les deux parents

Dans de nombreuses juridictions anglo-américaines, il est prouvé qu'un pourcentage important des pères ayant des droits d'accès se désengagent de leurs enfants sur le plan physique, émotionnel et financier et que ce désengagement s'accroît avec le temps²⁰⁶. Les données d'un sondage national mené en 1987-1988 auprès de familles et de foyers américains (*U.S.A. National Survey of Families and Households*) ont révélé que de trois à cinq ans après une séparation, seul le tiers des enfants voyaient toujours leur père à chaque semaine et 18 p. 100 ne le voyaient qu'une fois l'an ou pas du tout. Dix ans après la séparation, seulement 12 p. 100 voyaient leur père chaque semaine et la moitié ne le voyaient jamais ou une seule fois par an. De trois à cinq ans après la séparation, 36 p. 100 des pères ne payaient aucune pension pour leur enfant, ce chiffre augmentant à 54 p. 100 après 10 années de séparation²⁰⁷. Une étude canadienne menée vers la fin des années 80 a démontré que plus de 40 p. 100 des parents non gardiens ne voyaient jamais leurs enfants ou ne les voyaient qu'une fois par mois. En général, l'étude a révélé une

²⁰⁵ M. Lee, « Post-Divorce Interparental Conflict, Children's Contact with Both Parents, Children's Emotional Processes, and Children Behavioral Adjustment » (1997) 27 *J. Divorce & Remarriage* 61, p. 79.

²⁰⁶ C. E. Depner & J. H. Bray, « Modes of Participation for Noncustodial Parents: The Challenge for Research, Policy, Practice, and Education » (1990) 39 *Fam. Relations* 378; F. Furstenburg *et al.* « The Life Course of Children of Divorce: Marital Disruption and Parental Contact » (1983) 48 *Am. Sociological Rev.* 656; E.M. Hetherington *et al.*, « Divorced Fathers » (1976) 25 *Fam. Coordinator* 417; J.A. Seltzer & S.M. Bianchi, « Children's Contact With Absent Parents » (1988) 50 *J. Marr. & Fam.* 663; J.A. Seltzer, « Relationships Between Fathers and Children Who Live Apart: The Father's Role After Separation » (1991) 53 *J. Marr. & Fam.* 79.

²⁰⁷ J.A. Seltzer, « Relationships Between Father and Children », *ibid.*

faible participation des parents ayant des droits d'accès ainsi qu'un désengagement progressif vis-à-vis de leur responsabilité parentale²⁰⁸. Une recension des études sur les taux d'inexécution d'ordonnances alimentaires pour enfant qui a été effectuée en 1985 a révélé que de 50 à 75 p. 100 des parents non gardiens manquaient à leurs obligations en matière de pension alimentaire pour leurs enfants²⁰⁹.

Wallerstein et Blakeslee ont rapporté qu'après 10 ans, peu d'enfants parmi ceux ayant fait l'objet de leur étude ont continué à entretenir des rapports étroits avec leurs deux parents. Même si un pourcentage relativement élevé de pères continuaient à leur rendre visite régulièrement, très peu entretenaient des rapports émotionnels profonds avec leurs enfants²¹⁰. Une vaste étude menée en 1981 par Furstenberg et ses collaborateurs a démontré que 23 p. 100 des pères n'avaient eu aucun contact avec leurs enfants depuis cinq ans et un autre 20 p. 100 ne les avaient pas vus depuis un an. L'étude révèle que lorsqu'il existe une relation entre le parent non gardien et l'enfant, ces visites sont principalement à caractère social, et le parent participe rarement à la discipline ou à l'éducation de l'enfant²¹¹.

Les motifs de désengagement émotionnel et physique des pères sont nombreux. Ils varient selon qu'ils ont été formulés par les pères non gardiens, les mères gardiennes, des tiers, les chercheuses et les chercheurs. Les motifs des parents non gardiens et gardiens peuvent être évalués en tenant compte du fait que bon nombre d'entre eux sous-estiment peut-être leurs responsabilités face à ce désengagement, et de leur prise de conscience de leur propre situation et de leurs propres motivations. Il se peut également que les chercheuses et les chercheurs surestiment la responsabilité d'un parent, particulièrement si leur groupe-échantillon inclut uniquement des parents gardiens ou uniquement des parents non gardiens.

Quatre-vingt-dix pour cent des pères dans l'étude de Kruk ont affirmé que le découragement et le fait que la mère gardienne faisait obstacle à leurs droits d'accès motivaient leur désengagement. D'autres motifs cités sont : qu'ils avaient décidé de rompre les liens (33 p. 100); qu'il existait des difficultés d'ordre pratique, comme la distance, les finances ou leur horaire de travail (28 p. 100); que les enfants ne désiraient pas les voir (18 p. 100); qu'une injonction leur interdisait le droit de visite (16 p. 100); et qu'il existait déjà une tendance à n'établir aucun contact (5 p. 100)²¹².

Plusieurs études ont établi qu'une relation conflictuelle entre père et mère et le peu de discussions concernant l'éducation des enfants avait un lien avec le désengagement du père non

²⁰⁸ Canada, *The Evaluation of the Divorce Act* (Ottawa: ministère de la Justice, 1990).

²⁰⁹ E. Finnbogason & Monica Townson, *The Benefits and Cost Effectiveness of a Central Registry of Maintenance and Custody Orders* (Ottawa: Condition féminine Canada, 1985).

²¹⁰ J. S. Wallerstein & S. Blakeslee, *Second Chances* (New York; Ticknor & Fields, 1989).

²¹¹ F.F. Furstenberg, Jr. & C. W. Nord, « Parenting Apart » (1985) 47 J. Marr. & Fam. 893.

²¹² E. Kruk, *Divorce and Disengagement* (Halifax: Fernwood, 1993) 71

gardien²¹³. Bon nombre d'études ont démontré que les sentiments négatifs éprouvés par les pères après le divorce peuvent avoir un lien avec leur désengagement. Certains pères non gardiens ont affirmé avoir éprouvé des sentiments de perte, de culpabilité, d'anxiété, de dépression et de perte d'estime de soi²¹⁴. Certains sont insatisfaits de l'entente de garde et estiment qu'ils manquent d'influence auprès de leurs enfants²¹⁵. Certains ont exprimé le sentiment d'être traités injustement, se montrent hostiles envers leur ancienne épouse et leurs avocats ou avocates et manifestent de la colère et de la frustration face au système judiciaire²¹⁶. Certains parents non gardiens ont également exprimé des sentiments d'injustice en ce qui a trait à leur rôle parental en raison de la nouvelle image qu'on leur attribuait (c.-à.-d. « parent non gardien »). Les sentiments d'iniquité qu'a provoqué l'usage d'une telle terminologie ont eu pour effet que les questions de pouvoir et le droit de prendre part à la vie de leurs enfants se sont retrouvées au cœur du conflit²¹⁷.

Certains ont suggéré par ailleurs que la source du désengagement des pères est que bon nombre d'entre eux doivent prendre soin d'une deuxième famille. En effet, ils « échangent » des enfants contre d'autres, en assumant parfois la responsabilité de belles-filles ou de beaux-fils et ont parfois d'autres enfants avec une nouvelle conjointe. Si le père ne peut se permettre de faire vivre deux familles, il est davantage plausible qu'il choisisse d'entretenir celle dans laquelle il vit. Il peut donc en venir à cesser de voir les enfants de sa première famille pour diverses raisons comme le ressentiment de la mère vis-à-vis le fait qu'il ne verse pas de pension alimentaire, le

²¹³ C. Ahrons, « Predictors of Paternal Involvement Postdivorce: Mothers' and Fathers' Perceptions » (1983) 6 J. Divorce 55; E.M. Hetherington *et al.*, « Divorced Fathers » (1976) 25 Fam. Coordinator 417; M.E. Lund, « The Noncustodial Father: Common Challenges in parenting After Divorce », in C. Lewis & M. O'Brian, éd., *Reassessing Fatherhood* (Lexington, 1987) 173.

²¹⁴ A. D'Andrea, « Joint Custody as Related to Paternal Involvement and Paternal Self-esteem » (1983) 21 Conciliation Cts. Rev. 81; J. Grief, « Fathers, Children, and Joint Custody » (1979) 49 Am. J. Orthopsychiatry 311; E.M. Hetherington *et al.*, « Divorced Fathers » (1976) 25 Fam. Coordinator 417; H.J. Friedman, « The Father's Parenting Experience in Divorce » (1980) 137 Psychiatry 1177; J.R. Stewart *et al.*, « The Impact of Custodial Arrangements on the Adjustment of Recently Divorced Fathers » (1986) 13 J. Divorce 55.

²¹⁵ A. D'Andrea, « Joint Custody as Related to Paternal involvement » *ibid.*; J. Grief, « Fathers, Children, and Joint Custody », *ibid.*; D. Luepnitz, *Child Custody* (Lexington; Lexington, 1982); et S. Steinman, « The Experience of Children in a Joint Custody Arrangement; A Report of a Study » (1981) 51 Am. J. Orthopsychiatry 403.

²¹⁶ J.A. Arditti & Katherine R. Allen, « Understanding Distressed Fathers; Perceptions of Legal and Relational Inequities Postdivorce » (1993) 31 Fam. Conciliation Cts. Rev. 461.

²¹⁷ J. Pearson & N. Thoennes, « Mediating and Litigating Custody Disputes: A Longitudinal Evaluation » (1984) 17 Fam. L.Q. 497.

sentiment d'abandon qu'éprouvent les enfants, ou sa propre confusion concernant l'abandon de ses enfants²¹⁸.

Les chercheuses et les chercheurs se sont principalement attardés au phénomène de désistement, mais certains faits laissent croire que le désengagement parental débute bien avant la séparation. Selon une étude de dix ans sur la personnalité et le développement cognitif d'enfants provenant de 110 familles (dont 41 ont subi un divorce durant l'étude), les pères qui ont éventuellement divorcé se sont désintéressés de leurs enfants bien avant la période de crise et la fin de leur mariage. Le désengagement parental et le comportement de non-fiabilité — particulièrement en ce qui a trait aux fils — coïncidaient avec le fait que la mère souhaitait que le père exerce davantage ses responsabilités parentales²¹⁹. Si le désengagement prend effectivement naissance avant la séparation, l'explication des variables relatives à la période qui suit la séparation peut paraître biaisée. Les efforts en vue de trouver une solution au désengagement des pères se sont centrés sur les variables relatives à la période qui suit la séparation, comme la terminologie afférente à la garde et aux droits d'accès. Le fait que le désengagement parental débute avant la séparation et puisse se poursuivre peu importe la suite des événements a attiré peu d'attention.

Quant à la question de la pension alimentaire et des droits d'accès, dans son étude portant sur des pères habitant la Caroline du Nord, Haskins a conclu que certains pères non gardiens éprouvent de réelles difficultés à respecter leurs obligations en matière de pensions alimentaires. Haskins a révélé que les hommes considéraient comme seul motif valable de non-paiement le fait d'être sans emploi et que la mère ne consacrait pas l'argent qu'ils versaient au soin des enfants. Certains pères ayant des droits d'accès étaient perturbés par le manque de contrôle sur la manière dont la pension est dépensée²²⁰. Certains chercheurs ont avancé que les pères qui se sentent coupés de leurs enfants sont moins susceptibles de verser leur pension alimentaire de façon régulière²²¹. Il n'existe aucun lien de cause à effet entre le défaut de paiement de pensions et les problèmes de droit d'accès, or il en existe un entre le défaut de verser la pension et les visites irrégulières ou problématiques, auquel cas les taux de manquement les plus élevés correspondent à l'absence totale de visites ou à des visites extrêmement problématiques²²². Furstenberg et Cherlin soulignent que, peu importe leur expérience en matière d'accès, les hommes ont tendance à s'éloigner, tant sur le plan émotionnel que financier, et à investir leurs

²¹⁸ N. Weisman, un juge canadien a présenté cet argument dans « The Second Family in the Law of Support » (1984) 37 R.F.L. (2d) 245, p. 268.

²¹⁹ J.H. Blocke *et al.*, « The Personality of Children Prior to Divorce » (1986) 57 Child Development 827.

²²⁰ R. Haskins, « Child support: A Father's View » dans S. Kamerman et A. Kahn, éd., *Child Support: From Debt Collection to Social Policy* (Newbury Park: Sage, 1988), p. 306.

²²¹ N. Pearson & J. Thoennes, « Supporting Children After Divorce: The Influence of Custody on Support Levels and Payments » (1990) 22 Fam. L.Q. 319.

²²² J. Pearson *et al.*, « Child Support in the United States: The Experience in Colorado » (1992) 6 Int'l J. L. & Fam. 321.

ressources dans leurs nouveaux foyers. Ils ne versent pas leurs pensions alimentaires parce qu'ils « peuvent s'en tirer sans crainte²²³ ». Wallerstein et Blakeslee ont révélé que le versement de pensions alimentaires cessait abruptement lorsque les enfants visés par leur étude atteignaient l'âge de 18 ans. Même les pères qui étaient à l'aise cessaient de verser une pension lorsqu'ils n'étaient plus légalement obligés de le faire²²⁴.

Le désengagement émotionnel et financier des pères préoccupe manifestement les décideurs et les personnes chargées de la réforme du droit,²²⁵ particulièrement en Angleterre et au pays de Galles. La *Children Act* et la *Child Support Act*²²⁶ soulignent l'importance primordiale du maintien de la responsabilité des parents envers leurs enfants. Ces lois abandonnent le modèle traditionnel de « garde ou droit d'accès » en faveur de la poursuite du partage de la responsabilité parentale après la séparation, et elles ont pour but de veiller à ce que le parent non gardien verse une pension alimentaire adéquate. Virginia Bottomley, Secrétaire d'État à la Santé et aux Services sociaux a écrit [TRADUCTION] « Les gens qui deviennent parents, peu importe leur âge ou leur situation, doivent prendre conscience du fait qu'ils s'engagent pour la vie²²⁷ ».

Le fait que l'on s'efforce de maintenir les rapports entre le père non gardien et ses enfants par le biais de la responsabilité conjointe ou de la garde partagée s'inspire probablement de données recueillies dans le domaine des sciences sociales, selon lesquelles les enfants élevés par les mères seules sont défavorisés sur le plan socio-économique et, de façon plus immédiate, du lien qui existe entre l'implication du père auprès de l'enfant après la rupture et les taux d'assiduité de versement des pensions alimentaires²²⁸. On ne sait pas cependant si de telles modifications à la loi incitent bel et bien les pères non gardiens à maintenir davantage les liens avec leurs enfants et si l'engagement du père non gardien contre véritablement la diminution des charités sur le plan socio-économique chez les enfants issus de parents divorcés ou séparés. Selon les conclusions de Maccoby et Mnookin, [TRADUCTION] « la garde légale partagée n'est ni une solution au problème du maintien de l'implication du père divorcé, ni un facteur

²²³ F.F. Furstenberg & A.J. Cherlin, *Divided Families* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), p. 60.

²²⁴ J.S. Wallerstein & S. Blakeslee, *Second Chances* (New York; Ticknor & Fields, 1989).

²²⁵ Ministère de la Justice du Canada, *Custody and Access: Public Discussion Paper* (Ottawa: ministère des Approvisionnement et Services, 1993), p. 17.

²²⁶ *Child Support Act, 1991* (R.-U.), (1991 c. 48).

²²⁷ V. Bottomley, « Even Divorce Doesn't Change A Child's Need for Parents » (29 mai 1994) *Sunday Express* 15. Voir également K. Whitehorn, « Plight Your Troth to Your Kids » (29 mai 1994) *The Observer* 25.

²²⁸ Voir, par exemple, E. Maccoby & R.H. Mnookin, *Dividing the Child* (Cambridge : Harvard University Press), pp. 251-257, où l'on rapporte que dans le cadre d'une étude portant sur 1 100 familles californiennes, la nature du lien entre le père ayant droit de visite et l'enfant allait normalement de pair avec l'assiduité du versement de la pension alimentaire.

La plupart des recherches sur les droits d'accès portent sur des cas de mère gardienne et de père non gardien. On a peu étudié le cas des mères non gardiennes. Selon des témoignages de nature anecdotique et impressionniste, les mères non gardiennes seraient perçues plus négativement que les pères non gardiens²³⁰. Les mères non gardiennes constituent une minorité et peuvent par conséquent être considérées comme étant des cas inhabituels. En général, on dit de la mère qu'elle est plus étroitement liée à ses enfants que le père; donc la mère qui consent à ce que ce soit le père qui obtienne la garde de l'enfant risque d'être perçue comme étant « contre nature ». De plus, la perception selon laquelle ce sont davantage les mères que les pères qui sollicitent et qui se voient confier la garde de leur enfant laisse supposer qu'il doit y avoir quelque chose d'anormal chez une mère qui n'obtient pas la garde de son enfant.

Les études dont nous disposons révèlent en fait que la mère non gardienne a tendance à s'engager davantage auprès de ses enfants par rapport au père non gardien. Certaines mères non gardiennes vont s'éclipser de la vie de leurs enfants, mais ce phénomène s'observe plus rarement que chez les pères non gardiens. Selon l'étude de Grief, 15 p. 100 des mères gardiennes ont fait état de l'absence de contact entre le père non gardien et ses enfants, contre 9 p. 100 dans la situation inverse²³¹. Selon Maccoby et Mnookin, alors que les contacts entre le père non gardien et ses enfants s'amointrissent avec le temps, il semble que ce soit le phénomène inverse qui se produise chez les mères non gardiennes²³². Selon les données du rapport Buchanan *et al.* sur l'adolescent, seulement 4,1 p. 100 des adolescents qui résidaient chez leur père n'avaient pas eu de contact avec leur mère depuis un an ou plus, alors que dans le cas inverse, ce pourcentage atteignait 7,5 p. 100²³³. Les raisons pour lesquelles les mères non gardiennes se désengagent vis-

²²⁹ E. Maccoby & R.H. Mnookin, *Dividing the Child* (Cambridge : Harvard University Press, 1992), p. 289. Voir également F.F. Furstenberg & A.J. Cherlin, dans *Divided Families* (Cambridge : Harvard University Press, 1991), pp. 116-117, où les auteurs examinent d'autres normes juridiques pouvant servir à la détermination de la garde et concluent que [TRADUCTION] « la base empirique permettant de choisir parmi ces possibilités est encore plutôt faible. En fait, la distinction parmi toutes les normes juridiques est mince; dans tous les cas, la plupart des enfants vivent avec leur mère et la plupart des pères joueront un rôle relativement faible dans leur éducation. »

²³⁰ R. Jackson, *Mothers Who Leave* (London: Pandora, 1994); G.L. Grief, *Single Fathers* (Lexington: Lexington, 1985), p. 102.

²³¹ G.L. Grief, *Single Fathers* (Lexington: Lexington, 1985), p. 139.

²³² E.E. Maccoby & R.H. Mnookin, *Dividing the Child* (Cambridge: Harvard University Press, 1992), p. 197.

²³³ C.M. Buchanan *et al.*, *Adolescents After Divorce* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), p. 162. Ce volume est basé sur un suivi effectué après l'étude portant sur les 1 100 familles ayant participé au « Stanford Custody Project ». La première partie de l'étude figure dans *Dividing the Child*, *ibid.*

à-vis de leur enfant peuvent également différer un tant soit peu. Par exemple, certaines recherches démontrent que les pères gardiens sont plus susceptibles que les mères gardiennes de dénigrer l'autre parent auprès de leurs enfants²³⁴.

Sa situation financière étant en général moins bonne que celle du père non gardien, la mère non gardienne fait généralement moins l'objet d'une ordonnance de pension alimentaire. Dans un échantillonnage de 731 parents gardiens choisis au hasard parmi des foyers du Colorado pourvu de téléphone, on a constaté que 6 p. 100 d'entre eux étaient des pères ayant la garde exclusive de leurs enfants. Dans près de la moitié de ces cas (46 p. 100), la mère non gardienne ne faisait l'objet d'aucune ordonnance de pension alimentaire. Dans les cas où il y avait une ordonnance, le montant réclamé à la mère non gardienne était inférieur (138 \$ par mois) à celui que déboursait le père non gardien (192 \$ par mois). Le taux de non-paiement était le même pour les mères que pour les pères. La mère non gardienne, cependant, a davantage tendance à garder contact avec ses enfants en dépit du non-paiement de la pension alimentaire, par rapport au père non gardien placé dans la même situation²³⁵. Selon Grief, la mère non gardienne dont le revenu est assez élevé a davantage tendance à verser une pension, et plus il y a de contacts entre le père et la mère, plus la mère est susceptible de payer²³⁶.

L'enfant a de meilleures chances de bien s'adapter au divorce s'il garde de bons rapports avec ses deux parents²³⁷. Il semble que la régularité des visites joue un rôle important dans l'adaptation de l'enfant après la séparation de ses parents²³⁸. Selon des recherches, la qualité des rapports parent-enfant serait cependant plus importante que la quantité. Hess et Camera ont en effet découvert que l'espacement des visites n'amointrissait pas l'importance qu'accorde l'enfant au rapport qu'il a avec son père²³⁹. Dans une étude portant sur des enfants pensionnaires, on constate que plusieurs se sentent près de leurs parents même s'ils les voient peu. Selon les chercheuses et les chercheurs, il semble que [TRADUCTION] « la perception des liens ne correspond pas avec la fréquence des contacts et les enfants se sentent près de leurs parents

²³⁴ J. DeFrain & R. Eirick, « Coping as Divorced Single Parents: A Comparative Study of Mothers and Fathers » (1981), 30 *Fam. Relations* 265; J.L. Fischer & J.M. Cardea, « Mother-Child Relationships of Mothers Living Apart From Their Children » (1982) 5 *Alternative Lifestyles* 42.

²³⁵ J. Pearson *et al.*, « Child Support in the United States: The Experience in Colorado » (1992) 6 *Int'l J.L. & Fam.* 321, p. 332.

²³⁶ G.L. Grief, *Single Fathers* (Lexington: D.C. Heath, 1985), 111.

²³⁷ D.A. Luepnitz, *Child Custody* (Lexington: Lexington, 1982).

²³⁸ Y. Walczak & S. Burns, *Divorce: The Child's Point of View* (London: Harper & Row, 1984).

²³⁹ R.D. Hess & K.A. Camera, « Post-divorce Family Relationships as Mediating Factors in the Consequences of Divorce for Children » (1979), 34 *J. Social Issues* 79.

absents dans la mesure où ils ont l'assurance que ceux-ci interviendront dans leur intérêt au besoin²⁴⁰ ».

L'étude la plus fréquemment citée dans laquelle on insiste sur l'importance des rapports continus est une étude de Wallerstein et Kelly, intitulée *Surviving the Breakup*²⁴¹ (c.-à-d. « survivre à la rupture »). Cette étude porte sur un échantillonnage de 131 enfants dont l'âge variait de 3 à 18 ans lors de la rupture. Ces enfants ont été étudiés avec leurs parents dans le cadre d'entrevues cliniques au moment de la rupture, puis à deux reprises par la suite, soit respectivement 18 mois et 5 ans plus tard. Il n'y a pas eu de groupe témoin. Les chercheurs ont observé, dans de nombreuses familles, une capacité amoindrie des parents à assumer leur rôle; bon nombre de parents n'étaient pas à l'écoute des besoins affectifs de leurs enfants. Bon nombre d'enfants n'étaient pas consultés au sujet des modalités d'exercice des droits d'accès et pour la plupart d'entre eux, l'absence du père pesait lourd. Lors du suivi effectué cinq ans après la rupture, il est ressorti que les facteurs les plus cruciaux en vue d'une bonne adaptation des enfants étaient d'une part la qualité des rapports au sein de la famille à la suite du divorce, et d'autre part la mesure dans laquelle la famille avait créé un environnement propice à la bonne éducation des enfants. Le tiers des enfants étaient dans un état de dépression dont le niveau variait de modéré à grave.

Wallerstein a par la suite poursuivi l'étude et produit des rapports 10 et 15 ans plus tard²⁴². Dix ans après la rupture, bon nombre d'enfants parlaient encore avec tristesse de la détresse émotive et financière qu'ils avaient vécue. La moitié entretenaient toujours l'illusion d'une réconciliation. Le rapport avec le père non gardien avait toujours de l'importance pour eux, indépendamment de la fréquence des visites. À l'adolescence, de nombreux enfants ressentaient le besoin de resserrer les liens avec le père absent. Les plus âgés, soit ceux qui avaient entre 19 et 29 ans lors du suivi effectué 10 ans après la rupture, considéraient toujours le divorce de leurs parents comme ayant été l'expérience la plus formatrice de leur vie. Bien que le rapport de ce suivi effectué 10 ans après la rupture, ayant pour titre *Second Chances* (c.-à-d. « La deuxième chance »), ait eu du succès, il a néanmoins été grandement critiqué par les chercheurs du domaine. Une bonne partie de ces critiques dénonçaient le fait que le livre tenait le divorce responsable d'une multitude de conséquences négatives chez l'enfant, soutenant ainsi la thèse des traditionalistes qui s'opposent aux lois libérales régissant le divorce et maintiennent que le divorce est un acte immoral et pathologique. De plus, l'allusion du livre au fait que la garde partagée ne comporte aucun avantage par rapport à la garde exclusive traditionnelle a été dénoncée comme étant [TRADUCTION] « fondée sur une recherche incomplète de peu d'envergure, réalisée dans le propre centre [de Wallerstein], sans que l'on n'ait véritablement tenu compte des recherches faites ailleurs²⁴³ ». Le fait que bien des critiques portant sur la

²⁴⁰ S. Millham *et al.*, *Lost in Care* (Hants: Gower, 1986), p. 16.

²⁴¹ J.S. Wallerstein & J.B. Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (New York: Basic Books, 1980).

²⁴² J.S. Wallerstein & S. Blakeslee, *Second Chances* (New York: Ticknor & Fields, 1989).

²⁴³ D. Bagshaw, « Children of Divorce in Britain and the United States: Current Issues in Relations to Child Custody and Access » (1992) 6 *Aust'n J. Fam. L.* 32, p. 47.

méthode de Wallerstein (par exemple, celles qui dénoncent la possibilité que l'échantillonnage ait été biaisé et l'absence de groupe témoin) s'appliqueraient également à la recherche souvent citée de Wallerstein et Kelly, illustre le lourd contexte idéologique dans lequel s'effectue une bonne partie de la recherche dans ce domaine. L'importance pour l'enfant de maintenir des rapports continus avec ses deux parents constituait l'argument de *Surviving the Breakup*. Or, cet argument est à la base de la réforme des modalités de l'accès et de la valorisation du père non gardien à laquelle on assiste depuis les dix dernières années.

Le maintien des rapports avec le père non gardien a été identifié comme étant un facteur de retombées positives chez les enfants dans certaines études. Cependant, des études plus récentes remettent en question l'importance de ce facteur²⁴⁴. L'étude étendue réalisée par Furstenberg et ses collaborateurs révèle que les pères ont effectivement tendance à s'éclipser de la vie des enfants; cependant, elle ne conclut pas que les contacts avec le père comportent des avantages pour l'enfant. Toujours selon cette étude, les enfants qui n'avaient pas vu leur père depuis cinq ans semblaient faire preuve d'un meilleur comportement et avoir de meilleurs résultats scolaires que les enfants qui avaient vu leur père fréquemment ou plus récemment. Les auteurs concluent, [TRADUCTION] « selon notre étude, nous n'avons aucune preuve tangible que les enfants seront avantagés par les interventions judiciaires ou législatives conçues de façon à promouvoir la participation du père, sauf pour ce qui est du soutien financier²⁴⁵ ». Dans le même ordre d'idées, Buchanan et ses collaborateurs soutiennent que la fréquence des visites importe peu dans le cadre de l'adaptation de l'adolescent après une rupture. L'étude révèle que [TRADUCTION] « même les adolescents qui voient rarement leur parent non gardien s'adaptent en moyenne aussi bien que ceux qui voient ce parent régulièrement²⁴⁶ ». Après avoir analysé des études récentes portant sur diverses modalités de garde, Johnston, pour sa part, conclut que [TRADUCTION] « la fréquence des contacts ou des visites, en soi, n'entraîne ni l'amélioration ni la détérioration de la situation de l'enfant²⁴⁷ ».

Martin Richards, par contre, observe la détérioration sociale chez les enfants du divorce et soutient que les pères non gardiens peuvent aider non seulement en versant une pension alimentaire, mais par le biais d'autres formes de soutien matériel, ainsi qu'en permettant à leur enfant d'avoir accès à un cercle familial plus élargi, ce qui constitue également une forme de soutien matériel. Selon lui, on devrait considérer davantage les incidences à long terme pour l'enfant. Il écrit à ce sujet : [TRADUCTION] « le fait de faire tout ce que l'on peut pour maintenir les rapports entre l'enfant et, d'une part ses parents et d'autre part, son cercle familial,

²⁴⁴ R.E. Emery, *Marriage, Divorce, and Children's Adjustment* (Beverly Hills: Sage Publications, 1988) 85-88.

²⁴⁵ F.F. Furstenberg *et al.*, « Paternal Participation and Children's Well-being After Marital Dissolution » (1987) 52 *Am. Sociological Rev.* 695.

²⁴⁶ C.M. Buchanan *et al.*, *Adolescents After Divorce* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), p. 262.

²⁴⁷ J.R. Johnston, « Children's Adjustment in Sole Compared to Joint Custody Families and Principles for Decision Making » (1995) 33 *Fam. & Conciliation Cts. Rev.* 415, p. 419.

malgré le divorce est sans doute beaucoup plus important que ne le prétendent ceux qui se préoccupent des suites immédiates du divorce »²⁴⁸. Cette distinction entre l'incidence de la perte du père sur la situation socio-économique et l'adaptation psychologique après la séparation est importante. L'impact significatif de cette perte s'intensifie lorsqu'il implique également la perte du cercle familial paternel. La perte du soutien affectif, social et matériel que pourraient procurer les membres de la famille élargie a peut-être un lien avec le phénomène de détérioration socio-économique qui accompagne le divorce²⁴⁹. Les conclusions de ceux qui se préoccupent davantage de l'adaptation suivant la rupture en accordant moins d'importance au problème de la détérioration sociale risquent de sous-estimer l'incidence de la perte du père.

4. Conséquences de la recherche en sciences sociales sur les orientations

Les données des sciences sociales sur l'effet, chez l'enfant, du bien-être du parent gardien, de l'absence de conflit et de rapports continus avec ses deux parents n'aident pas beaucoup les tribunaux quand vient le temps de décider ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. En effet, les résultats sont trop variables. Voici d'ailleurs les commentaires d'un juge canadien à propos de ce dilemme :

[TRADUCTION] Si la capacité de fonctionner du parent gardien, malgré la séparation, risque de représenter la principale influence sur la situation de l'enfant à long terme, les tribunaux devraient faire preuve de prudence avant de contribuer au stress du parent en faisant fi des craintes qu'il exprime pour l'enfant et en obligeant, par le biais de droits d'accès, des contacts plus fréquents entre des ex-conjoints qui ne s'entendent pas. D'autre part, si le maintien du rapport avec le parent non gardien peut contribuer à mitiger les effets néfastes de la rupture parentale, l'ordonnance d'accès peut avoir de l'intérêt, et ce en dépit des objections du parent gardien. L'ordonnance d'accès risque toutefois de remettre en jeu ce troisième facteur. L'accroissement des liens parentaux risque de raviver des blessures²⁵⁰.

Il n'est pas certain que la priorité devrait être accordée au maintien des rapports avec le parent non gardien lorsque cela empêche d'éviter les conflits ou de soutenir le parent gardien. En outre, on manque de preuves en ce qui a trait aux effets de l'implication accrue du père non

²⁴⁸ M. Richards, « Children and Parents and Divorce », in J. Eekelaar & P. Sarcevic, eds., *Parenthood in Modern Society* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993) 307, p. 314.

²⁴⁹ Pour en savoir plus sur la détérioration socio-économique, voir M. MacLean & M.E.J. Wadsworth, « The Interests of Children After Parental Divorce: A Long-term Perspective » (1988) 2 Int'l J. L. & Fam. 155. Cette étude porte sur le « MRC National Survey of Health and Development », où il est question de 5 362 enfants nés en mars 1946. Le rapport entre la perte des liens familiaux et la détérioration socio-économique est réaffirmé dans les ouvrages suivants : G.C. Kitson & L.A. Morgan, « The Multiple Consequences of Divorce: A Decade Review » (1990) 52 J. Marr. & Fam. 913; M. Richards, « Children and Parents and Divorce », in J. Eekelaar & P. Sarcevic, *Parenthood in Modern Society* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993) 307.

²⁵⁰ N. Weisman, « On Access After Parental Separation » (1991) 36 R.F.L. (3d) 35.

gardien sur la situation socio-économique des enfants du divorce. Bien que des données prouvent que le versement de la pension alimentaire est généralement plus assidu chez les parents qui se prévalent régulièrement de leur droit d'accès, ce qui constitue une retombée positive pour l'enfant, le parent gardien et l'État, il n'est pas certain que la régularité des visites et du versement de la pension protègent l'enfant contre les effets néfastes du divorce ou de la séparation de ses parents. Peu importe la qualité et la quantité des visites, celles-ci ne remplacent peut-être pas très bien une famille unie. Selon Wallerstein et Blakeslee, [TRADUCTION] «[I]l est difficile de transplanter la relation père-enfant du terreau fertile de la vie familiale au sol appauvri des visites parentales »²⁵¹.

Malgré les données conflictuelles recueillies dans le domaine des sciences sociales, la relation avec le parent non gardien constitue un objectif dominant dans de nombreuses juridictions, notamment celles où prévalent la présomption de garde partagée ou le maintien de la responsabilité parentale partagée après la séparation. Les juges risquent d'entériner le maintien des rapports avec le parent non gardien sans se demander si leur décision provoquera des conflits parentaux ou amoindrira la capacité de fonctionnement du parent gardien.

Nombre de commentateurs ont mis en évidence les données recueillies dans le domaine des sciences sociales et portant sur l'importance de maintenir le contact avec le parent non gardien, lorsqu'ils ont formulé leurs arguments concernant les politiques de garde et de visite. Michael Freeman critique le volume de Goldstein, Freud et Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child* (« Au-delà de l'intérêt de l'enfant »), dans lequel on soutient que le parent gardien devrait avoir le contrôle sur les visites²⁵². Or, les arguments qu'il utilise dans le but de convaincre les parents de l'importance des visites parentales et de solliciter plus de supervision gouvernementale en ce qui a trait aux modalités d'exercice des droits d'accès s'inspirent des conclusions de la recherche de Wallerstein et Kelly sur l'importance de maintenir les rapports²⁵³. Susan Maidment rejette également la thèse de Goldstein, Freud et Solnit. Après avoir examiné le rapport de Wallerstein et Kelly, de même que d'autres études portant sur les enfants du divorce, elle en conclut que [TRADUCTION] « dans l'intérêt de l'enfant, il faut voir à ce que ses rapports soient maintenus avec ses deux parents biologiques. Par ailleurs, plus les liens seront étroits et les rapports normaux [c.-à-d. visites de plus d'une journée], mieux l'enfant s'en portera »²⁵⁴. À l'instar de Freeman, Maidment recommande une supervision juridique accrue et des démarches d'éducation

²⁵¹ J.S. Wallerstein & S. Blakeslee, *Second Chances* (New York: Ticknor & Fields, 1989), pp. 234-235.

²⁵² J. Goldstein, A. Freud & A.J. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child* (New York: Free Press, 1979) [première parution en 1973].

²⁵³ M. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children* (London: Pinter, 1983), pp. 215-19. L'antipathie de Freeman à l'endroit de la thèse de Goldstein, Freud et Solnit semble toujours prévaloir : M. Freeman, « Taking Children's Rights More Seriously » (1992) *Int'l J. L. & Fam.* 52, pp. 55-56.

²⁵⁴ S. Maidment, *Child Custody and Divorce* (London: Croon Helm, 1984), p. 253.

auprès des parents²⁵⁵. Maidment a analysé des études sur la détresse vécue par l'enfant après un divorce, l'ennui qu'il éprouve à l'endroit du parent manquant et les bienfaits du maintien de l'engagement du parent non gardien. À partir de ces études, elle en conclut que [TRADUCTION] « [L]'insistance actuelle de la loi sur le fait que le droit d'accès [...] est le droit de l'enfant de « connaître » ses deux parents malgré le divorce concorde ainsi avec les conclusions tirées des données des sciences sociales »²⁵⁶.

Certains juges, législateurs et commentateurs ont insisté sur l'importance d'éviter les conflits et de soutenir le parent gardien. Bien que peu aient adopté la thèse soutenue dans *Beyond the Best Interests of the Child* (voulant qu'il appartienne au parent gardien de déterminer si et comment les visites auront lieu), certains se sont prononcés contre la présomption de garde partagée et le maintien de la responsabilité parentale partagée au motif que les parents risquent de ne pas pouvoir ou de ne pas vouloir collaborer après la séparation et que les modalités de garde partagée peuvent constituer une source de conflit. Par exemple, la juge L'Heureux-Dubé, après avoir analysé de près une série de données recueillies dans le domaine des sciences sociales, s'est prononcée contre l'accroissement du rôle du parent non gardien, l'éparpillement des modalités de garde et la répartition de ces modalités entre les deux parents. Elle a affirmé :

C'est pour éviter que l'enfant ne devienne l'enjeu que se disputent les parents pour faire valoir leurs droits, que la loi confirme l'autorité parentale du parent qui en a la garde. Cette politique législative vise deux objectifs : prévenir de telles disputes et accorder l'appui nécessaire au parent qui assume la responsabilité de l'enfant. La sagesse de cette approche réside dans la reconnaissance de la facilité avec laquelle l'intérêt de l'enfant pourrait être masqué ou oublié si les tribunaux s'avisent de partager entre des parents qui sont en désaccord le pouvoir relatif au bien-être affectif, moral et physique de l'enfant²⁵⁷.

De la même façon, des juges et des décideurs appuient une « présomption favorable » au parent gardien quand des litiges surviennent à propos des droits d'accès. À l'appui de leurs arguments, ils invoquent les conclusions des sciences sociales relatives aux répercussions négatives des conflits parentaux sur l'enfant. Par exemple, lorsqu'elle a approuvé des restrictions au droit d'accès d'un père non gardien qui fait participer son enfant à des activités religieuses pendant ses visites, la juge L'Heureux-Dubé a préconisé l'adoption d'une présomption favorable au parent gardien, dans les litiges relatifs à l'accès dans le but de minimiser le conflit entre les parents. Elle déclare qu'un tel conflit est l'unique facteur, qui s'est avéré de façon consistante, sérieusement préjudiciable aux enfants, lors d'une séparation ou d'un divorce²⁵⁸. La présomption favorable au parent gardien, dans les litiges relatifs à l'accès, peut éviter le conflit (bien que ce

²⁵⁵ *Ibid.*, pp. 254-256.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 254.

²⁵⁷ *Young*, p. 222.

²⁵⁸ *Ibid.*

soit loin d'être clair); cela peut, cependant, mettre en péril l'intérêt de l'enfant, dans les cas où le parent gardien agit contrairement à cet intérêt.

La Commission anglaise du droit a considéré les divers objectifs de la loi sur la garde d'enfant. Elle a constaté la difficulté de concilier deux de ces objectifs — encourager le maintien de liens bénéfiques [TRADUCTION] « lui donnant la plus grande portée possible » et promouvoir « un environnement sécurisant pour l'enfant pendant sa croissance, où la confiance et la sécurité de la personne qui l'élève peuvent être des éléments importants »²⁵⁹. La Commission du droit a conclu que si ces objectifs sont également équilibrés, la priorité devrait être donnée au dernier objectif, celui de promouvoir un environnement sécurisant et de soutenir le parent gardien dans sa responsabilité. La Commission a déclaré : [TRADUCTION] « Non seulement voyons-nous ce droit comme un principe, mais une fois qu'est déterminé l'endroit où l'enfant va rester, nous croyons aussi qu'il est plus facile de prévoir ce qui va favoriser la sécurité de l'enfant dans ce foyer, laquelle ne devrait pas être mise en péril par des objectifs à long terme plus incertains »²⁶⁰. La Commission du droit, cependant, a exprimé l'espoir [TRADUCTION] « que le droit puisse être ainsi, encadré de manière à encourager, plutôt qu'à entraver la réalisation des deux objectifs »²⁶¹.

Les données des sciences sociales portant sur les effets de la séparation sur les enfants semblent indiquer que les efforts devraient tendre à assister le parent gardien dans sa responsabilité, à minimiser le conflit parental et à promouvoir le contact continu avec les deux parents. Les données indiquant à quel objectif on devrait accorder la priorité, ne sont pas concluantes. Un usage sélectif des données des sciences sociales pour soutenir les présomptions, comme ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, est problématique. Comme la Commission du droit anglaise l'a déclaré, [TRADUCTION] « les conclusions tirées de la théorie ou de l'observation expérimentale peuvent être tellement différentes que leur utilité sur le plan de la politique juridique est difficile à déterminer »²⁶².

Dans le cas où un déménagement projeté fait obstacle aux droits d'accès, un conflit survient, entre le but de maintenir le contact fréquent et continu avec les deux parents, et celui de maintenir la stabilité dans les relations de l'enfant avec le parent gardien. Les données des sciences sociales sur des questions telles que l'importance de soutenir le parent gardien et l'importance de maintenir une relation avec les deux parents ne règlent pas la question de savoir ce qui est dans l'intérêt de l'enfant dans les affaires relatives à un déménagement, parce que cela conduit à des résultats conflictuels²⁶³. Les preuves empiriques existantes qui portent sur l'effet

²⁵⁹ England, Law Commission, *Review of Child Law: Custody*, Working Paper, No. 96 (London, HMSO, 1986), p. 82.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 83.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*, p. 81.

²⁶³ O. Bourguignon, J.-L. Rally & I. Théry en arrivent à la même conclusion générale dans *Du divorce et des enfants*, coll. Ined (Paris: P.U.F., 1985) 33-114, p. 98.

que pourraient avoir sur les enfants les divers modèles de rôles parentaux après la séparation, n'appuient pas l'adoption de présomptions ou de règles particulières s'appliquant aux litiges causés par le déménagement du parent gardien.

D. Principes régissant les litiges causés par un déménagement

Cette section abordera les questions suivantes : quand et dans quelle mesure les désirs des enfants devraient-ils influencer l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, et quelle incidence la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devrait-elle avoir sur les litiges causés par un déménagement? Quels principes devraient guider l'appréciation de l'intérêt de l'enfant quand l'un ou l'autre des parents désire déménager à un endroit où il sera difficile à l'autre parent de maintenir le contact avec l'enfant? Comment la Loi sur le divorce peut-elle tenir compte du besoin de déménager qu'éprouve un parent pour des raisons économiques et sociales, dans le cadre de l'analyse de l'intérêt de l'enfant? Le Canada devrait-il adopter une présomption en faveur de la principale personne responsable des soins à l'enfant? Quel poids devrait-on donner au principe du contact maximum avec les deux parents, lorsqu'on détermine l'intérêt de l'enfant dans le contexte d'un litige causé par un déménagement? Quelle est la meilleure façon de résoudre un tel litige et quel est le rôle du droit?

1. Droits et intérêts de l'enfant

L'intérêt de l'enfant est le critère d'analyse de toutes les questions relatives à la garde des enfants et au droit d'accès, y compris le déménagement. Ce critère peut être difficile à appliquer; il oblige la cour à faire une prédiction très arbitraire au sujet d'un enfant en particulier, s'il n'y a pas de lignes directrices claires établissant quels sont les facteurs auxquels on doit donner le plus de poids dans ce cas particulier. La norme est souvent critiquée, pour le motif qu'elle permet aux juges de mettre à effet leurs propres hypothèses et préjugés. Parce que sa nature imprécise entraîne de l'incertitude, un conflit entre les parents et une augmentation probable du nombre de litiges ou de la durée des litiges, la norme peut effectivement causer du tort à l'enfant²⁶⁴. Ceux qui critiquent la norme de l'intérêt de l'enfant recommandent souvent l'adoption de présomptions en faveur de l'un ou l'autre parent. Les présomptions proposées ont cependant l'effet de miner le principe de l'intérêt de l'enfant. L'examen individualisé de l'intérêt de chaque enfant devrait être maintenu afin d'en arriver aux résultats les plus positifs pour les enfants après la séparation des parents.

²⁶⁴ Pour un résumé des critiques sur la norme de l'intérêt, voir J.L. Dolgin : « Suffer the Children: Nostalgia, Contradiction and the New Reproductive Technologies » (1996) 28 Ariz. State L.J. 473, p. 495-98. Voir aussi A. LaFrance: « Child Custody and Relocation: A Constitutional Perspective » (1995-96) 34 U Louisville J.Fam. L. 1 p.125 : [TRADUCTION] « La nature déroutante et les normes obscures des décisions touchant la garde d'enfant, dans les affaires relatives à un déménagement, suscitent inévitablement des litiges prolongés. Ceux-ci provoquent, à leur tour, des mois et des années d'instabilité, de perturbation et de bouleversement dans la vie des enfants, qui se seraient peut-être sinon adaptés depuis longtemps à un déménagement ».

La Commission anglaise du droit a fourni une discussion utile sur le principe de l'intérêt de l'enfant (welfare principle) et sur l'éventualité de le remplacer par un système qui serait régi davantage par des règles²⁶⁵. Elle a conclu qu'on ne devrait pas le remplacer et a affirmé :

[TRADUCTION] Il y a divers arguments à l'appui d'une modification de la règle de la prépondérance (c.-à.-d. la règle selon laquelle l'intérêt de l'enfant devrait être le facteur prépondérant), mais il semble qu'il faille renforcer cette règle plutôt que l'affaiblir. Un important énoncé du principe est que les adultes sont censés placer le bien-être des enfants au-dessus de leurs propres intérêts et qu'une modification de la règle mettrait en péril le bien-être des enfants²⁶⁶.

La Commission anglaise du droit a reconnu [TRADUCTION] « l'incohérence et la subjectivité de l'application du principe de l'intérêt de l'enfant ». Elle estimait qu'une liste de facteurs à prendre en considération pouvaient être utile pour dissiper cette incohérence, et elle était d'avis qu'[TRADUCTION] « on devrait toujours prendre en considération les désirs et les sentiments de l'enfant si cela est indiqué compte tenu de son âge et de son discernement »²⁶⁷.

L'arrêt *Goertz* établit que l'opinion de l'enfant est un des facteurs à considérer dans la détermination de l'intérêt de l'enfant dans les affaires relatives à un déménagement. Cela est conforme aux lois générales du Canada régissant la garde et l'accès et conformes aux obligations du Canada en vertu de l'article 12 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. La Convention des Nations Unies prévoit que les désirs de l'enfant doivent être pris en considération dans les décisions concernant la garde et l'accès et revêtir l'importance qui convient vu l'âge et la maturité de l'enfant.

La Cour suprême de Californie a souligné que les désirs de l'enfant étaient un facteur à considérer²⁶⁸ lorsque celui-ci est assez vieux pour exprimer une préférence. Elle a mentionné que :

[TRADUCTION] La professeure Judith S. Wallerstein, amie de la Cour, qui a publié de nombreux ouvrages sur les questions concernant les enfants après le divorce, observe que pour les adolescents suffisamment matures, soit ceux qui sont bien adaptés et qui ont un bon rendement scolaire et de bonnes relations sociales... il se peut que la stabilité ne dépende pas de l'un ou l'autre parent, mais peut trouver sa source dans un cercle d'amis, des sports particuliers ou des activités scolaires, à l'école ou dans la communauté? Elle

²⁶⁵ England, Law Commission, *Review of Child Law: Custody*, Working Paper No. 96 (London: HMSO, 1986), p. 179-209.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 216.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 217.

²⁶⁸ *In re Marriage of Burgess*, 913 P.2d 473 (Cal. 1966).

estime qu'on devrait donner le choix à ces adolescents ... et leur demander s'ils désirent déménager avec le parent qui se déplace²⁶⁹.

Les autres juridictions ont entériné le choix des enfants adolescents dans les affaires relatives à un déménagement. La Cour suprême du Wyoming a respecté la volonté d'un fils de 15 ans de ne pas déménager mais de rester dans sa localité pour finir ses études secondaires avec ses amis (et donc être sous la garde de son père). Dans un même temps, la Cour ordonnait que la fille de 11 ans déménage avec sa mère²⁷⁰. Dans leur étude sur les adolescents en Californie, Buchanan *et al.* ont constaté que, lorsque les adolescents avaient changé de résidence pendant le cours de leurs études, la raison la plus fréquente de ce changement était le déménagement d'un ou des deux parents. Ils ont aussi constaté que le changement était habituellement le choix personnel des adolescents, et que ces adolescents étaient motivés par le désir de rester près de leurs amis ou de continuer à fréquenter la même école pour finir leurs études²⁷¹. On devrait réaliser les désirs des enfants plus vieux et plus matures, sauf dans les circonstances inhabituelles où cela n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

L'article 9 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* prévoit que « les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré », à moins que cela ne soit dans l'intérêt de l'enfant. Il prévoit en outre que « les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». L'emploi du verbe « entretenir » semble indiquer que ce droit requiert une relation préexistante, non seulement un lien juridique ou biologique. Lorsqu'il y a une relation préexistante, l'enfant a le droit d'entretenir régulièrement des contacts, à moins que cela ne soit contraire à son intérêt. Donc, le Canada a l'obligation de veiller à ce que toute décision qui interromprait le contact régulier entre un enfant et un parent (c.-à.-d. une décision qui permet au parent gardien de déménager) soit prise conformément au critère de l'intérêt de l'enfant.

L'idée voulant que le droit d'accès soit un droit de l'enfant a été énoncée non seulement dans la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, mais aussi dans l'affaire *Frame c. Smith*²⁷² en 1987, qui a fait jurisprudence. Le droit d'accès en tant que droit de l'enfant a été considéré comme une conséquence inévitable de l'adoption du principe de l'intérêt de

²⁶⁹ *In re Marriage of Burgess*, 913 P.2d 473 (Cal. 1996) note 11 en bas de page. Cependant, la position générale de Wallerstein était que lorsqu' [TRADUCTION]« un enfant est *de facto* dans la résidence ou sous la garde physique d'un des parents, ce parent devrait pouvoir déménager avec l'enfant, sauf dans des circonstances inhabituelles ». J.S.Wallerstein & Tony J. Tanke: « To Move or Not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children Following Divorce » (1996) 30 Fam. L.Q. 305, p. 318.

²⁷⁰ *Love c. Love*, 851 p.2d 1283 (Wyo. 1993).

²⁷¹ C. M. Buchanan *et al.*, *Adolescents After Divorce* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), pp. 32-33.

²⁷² *Frame c. Smith* (1987), 9 R.F.L. (3d) 225 (S.C.C.).

l'enfant, et il est, en effet, inextricablement lié à l'intérêt de l'enfant. Le droit était alors celui d'obtenir une ordonnance d'accès qui était dans l'intérêt de l'enfant. Le droit de l'enfant à un accès favorisant son bien-être devrait l'emporter sur le droit d'accès d'un parent (bien qu'en pratique, l'on tienne pour acquis que l'accès est dans l'intérêt de l'enfant). Dans les litiges causés par un déménagement, le droit d'accès d'un parent ne devrait pas primer l'intérêt de l'enfant, et le droit d'accès de l'enfant ne devrait pas être utilisé par les juges ou les parents pour remplacer le critère de l'intérêt de l'enfant.

Les litiges causés par un déménagement devraient être réglés suivant le principe de l'intérêt de l'enfant. Ce principe ne devrait pas être modifié par l'adoption de présomptions en faveur d'un parent ou l'autre. On devrait tenir compte des désirs de l'enfant dans les décisions qui le concernent, en particulier dans les décisions importantes comme relative à un déménagement, pourvu qu'il soit assez vieux pour exprimer ses désirs. L'importance accordée aux désirs de l'enfant devrait augmenter avec son âge et sa maturité. On devrait réaliser les désirs des adolescents matures, sauf dans des circonstances inhabituelles où cela ne serait pas dans leur intérêt. En outre, on devrait prendre au sérieux l'obligation du Canada de protéger les droits de l'enfant, notamment en veillant à ce que les désirs de l'enfant relativement au déménagement soient pris en considération comme il se doit et à ce que les décisions en matière de déménagement respectent le critère de l'intérêt de l'enfant.

2. Principe du soutien de la nouvelle cellule familiale

Les politiques et les lois qui soutiennent la nouvelle cellule familiale (habituellement la mère gardienne et les enfants) en respectant le désir du parent gardien de déménager, vont dans le sens des conclusions des recherches en sciences sociales selon lesquelles le fait qu'un parent gardien s'acquitte bien de ses responsabilités est un facteur important pour en arriver à des résultats positifs pour les enfants. On devrait cependant garder à l'esprit que le fait d'entretenir une relation avec les deux parents est également associé à des résultats positifs pour les enfants. Il n'y a pas de preuve claire quant au facteur auquel on devrait accorder priorité en cas de conflit.

Une autre raison de soutenir le désir du parent gardien de déménager est que cela permet à chaque parent de refaire sa vie. En restreignant la mobilité du parent gardien, il se pourrait qu'on l'empêche de donner suite à d'importantes décisions, ce qui peut créer une situation instable pour les enfants. Cet argument a été avancé par la chercheuse influente Wallerstein, qui a écrit ce qui suit en collaboration avec Tony Tanke :

[TRADUCTION] Une intervention de la cour visant à maintenir la proximité géographique des parents divorcés est fondamentalement en contradiction avec une décision de divorce, qui établit nécessairement que chaque parent refera sa vie, séparé de l'autre. Il est irréaliste d'obliger les parents divorcés à passer leur vie dans le même espace géographique. [...] Le fait de forcer les parents divorcés à demeurer dans la même

ville peut diminuer les effets du divorce et exposer l'enfant à une instabilité continuelle durant toute son enfance²⁷³.

Le fait que la plupart des parents gardiens soient des femmes et que les familles monoparentales dont le chef est une femme vivent dans une pauvreté extrême est le point de départ d'un autre argument en faveur du respect du désir de déménager exprimé par le parent gardien. Il se peut que des mères gardiennes se trouvent dans l'obligation de déménager afin d'améliorer la situation financière ou le réseau de soutien de leur famille. Ainsi, la mère qui était partie à l'affaire *B c. B* et le FAEJ qui est intervenu dans l'affaire *Goertz* ont plaidé que les tribunaux devraient avoir connaissance d'office des conséquences économiques et sociales qui peuvent résulter d'une interdiction de déménager. Il est encore plus important que les tribunaux examinent les conséquences d'une interdiction de déménager ou d'une autorisation de déménagement au cas par cas. Finalement, le juge doit tenir compte des effets qu'une interdiction ou une autorisation de déménager pourrait avoir sur l'enfant dont les intérêts sont en jeu. Une ordonnance de non-déplacement qui empêche une mère ou un père gardien d'améliorer sa situation économique ou son réseau de soutien ou de rejoindre un nouveau conjoint pourrait avoir des conséquences négatives pour l'enfant. Ces considérations devraient être examinées avec la plus grande attention dans le processus d'évaluation de ce qui est dans l'intérêt de l'enfant.

Dans l'affaire *Goertz*, on a plaidé qu'il devrait exister une présomption en faveur du parent gardien, en partie parce que cela limiterait l'incertitude et les conflits. Le besoin pressant d'imposer une certitude et de diminuer le nombre de litiges était le motif invoqué par la Cour suprême du Tennessee lorsqu'elle a statué qu'un parent gardien devrait être autorisé à déménager avec l'enfant, à moins que l'autre parent ne démontre que le parent gardien déménage afin d'anéantir ou d'entraver ses droits d'accès²⁷⁴. La Cour suprême du Tennessee a déclaré que [TRADUCTION] « les intérêts du parent gardien et de l'enfant sont fondamentalement liés, même s'ils ne sont pas toujours exactement les mêmes ».

Cependant, il n'est pas tout à fait clair que le critère de l'intérêt de l'enfant « mène inévitablement à des litiges prolongés » ou que l'inclusion de présomptions dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant soit la meilleure façon de répondre à une augmentation du nombre de litiges causés par un déménagement. De plus, les présomptions tendent à substituer les intérêts et droits du parent au critère de l'intérêt de l'enfant. Cette question a été soulevée par la juge McLachlin dans *Goertz*, qui a affirmé :

La présomption pourrait avoir pour effet de centrer l'analyse non plus sur les faits qui se rapportent aux besoins de l'enfant et à la capacité des parents d'y pourvoir, mais sur les questions juridiques visant à déterminer si les parties se sont acquittées du fardeau de

²⁷³ J.S. Wallerstein & T.J. Tanke, « To Move or Not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children Following Divorce » (1996) 30 Fam. L.Q. 305, p. 314.

²⁷⁴ *Auby c. Strange* WL 189801 (Tenn. 1996).

preuve requis. [...] Chaque enfant est unique, comme l'est sa relation avec ses parents, ses frères et soeurs, ses amis et son milieu en général. Toute règle de droit ayant pour effet de miner la capacité de la cour de protéger l'intérêt de chaque enfant va à l'encontre des dispositions de la *Loi sur le divorce*, qui commandent une analyse à la fois sensible et contextuelle des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'« enfant » dont l'intérêt doit être déterminé par la cour. [...] Chaque enfant a droit à ce que le juge détermine ce qui est dans son intérêt; dans la mesure où les présomptions favorables à l'un ou l'autre parent prédéterminent cette analyse, elles doivent être écartées²⁷⁵.

Les besoins et la situation des enfants changent avec le temps, tout comme leur capacité de prendre des décisions pour eux-mêmes, cela constitue un autre argument pour rejeter une présomption en faveur du parent gardien. Comme la juge McLachlin a souligné « dans la mesure où la présomption proposée ajoute du poids à l'arrangement imposé par l'ordonnance de garde initiale, elle risque d'atténuer l'importance accordée aux nouveaux besoins de l'enfant et à la capacité de chaque parent d'y pourvoir²⁷⁶ ».

Bien que la Cour suprême ait rejeté l'adoption d'une présomption en faveur du parent gardien dans *Goertz*, elle a déclaré qu'« il y a toutefois lieu d'accorder le plus grand respect et la plus grande considération aux opinions du parent gardien, qui vit avec l'enfant et assume quotidiennement la tâche de prendre des décisions qui sont dans son intérêt²⁷⁷ ». La Cour a ajouté que le premier élément à prendre en compte dans le cadre de la détermination de l'intérêt de l'enfant est « l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien²⁷⁸ ». L'importance accordée aux opinions du parent gardien est conforme à la tendance observée dans d'autres juridictions. On reconnaît ainsi que notre société est très mobile, que les parents gardiens doivent pouvoir refaire leur vie et que l'intérêt de l'enfant sera souvent protégé en appuyant les décisions du parent gardien.

Les litiges concernant les déménagements devraient continuer d'être tranchés en fonction de l'intérêt de l'enfant et aucune présomption en faveur ou contre le déménagement ne devrait être admise. Les défis économiques particuliers auxquels font face les parents gardiens, des femmes pour la plupart, et les avantages que présente pour l'enfant l'appui donné aux décisions du parent gardien devraient être pris en compte dans la détermination de l'intérêt de l'enfant. Cependant, il ne devrait exister aucune présomption légale selon laquelle la décision de déménager prise par le parent gardien est dans l'intérêt de l'enfant.

3. Principe du contact maximum

²⁷⁵ *Goertz*, paragr. 43-44.

²⁷⁶ *Goertz*, paragr. 45.

²⁷⁷ *Goertz*, paragr. 48.

²⁷⁸ *Goertz*, paragr. 49.

La *Loi sur le divorce* du Canada prescrit qu'en rendant une ordonnance de garde ou d'accès, le tribunal applique le principe selon lequel un enfant devrait avoir « avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact²⁷⁹ ». En vertu de cette disposition, si un conjoint est prêt à favoriser un contact maximum, alors que l'autre s'oppose à un droit d'accès généreux, et que les deux parents sont tout aussi compétents, le tribunal devrait attribuer la garde au conjoint qui favorisera l'accès, à condition que cela soit dans l'intérêt de l'enfant²⁸⁰. Plusieurs États américains encouragent également les parents à favoriser une relation étroite et affectueuse avec l'autre parent grâce à des exigences législatives explicites²⁸¹; dix-huit États ont prévu que c'était un facteur dont on devait tenir compte dans la détermination de l'intérêt de l'enfant²⁸².

Les dispositions concernant le « parent amical » adoptées aux États-Unis et au Canada ont été critiquées parce qu'elles accordent trop d'importance à la volonté de faciliter l'accès par rapport à ce qu'a apporté et continue d'apporter à l'éducation de l'enfant le parent qui est le principal pourvoyeur de soins. En outre, ces dispositions peuvent empêcher les plaintes concernant les compétences parentales de l'autre partie, même dans les cas où l'on craint que l'enfant soit victime de mauvais traitements²⁸³. À cause des préoccupations concernant les mauvais traitements commis dans le cadre de l'exercice d'un droit d'accès, on a demandé que les dispositions concernant le parent amical soient modifiées afin de régler les affaires de violence familiale²⁸⁴.

L'application des dispositions concernant le « parent amical » a posé problème dans certains cas. Des tribunaux au Canada ont déclaré qu'un enfant qui a été élevé par sa mère

²⁸⁰ J.D. Payne, *Payne's Commentaries on the Divorce Act*, 1985 (Don Mills : DeBoo, 1986), p. 83.

²⁸¹ Cal. Fam. Code s. 3020; Colo.Rev.Stat. Ann. s. 14-10-124; Fla.Stat. Ann. s. 61.13; Ga. Code Ann. s. 19-9-3; Iowa Code Ann. s. 598.41; Mo. Ann. Stat. s. 452.374; Mont. Code Ann. s. 40-4-333; Nev.Rev.Stat. s. 125.460; N.J. Stat. Ann. s. 9:2-4; Tex. Fam. Code Ann. s. 14-021.

²⁸² Alaska Stat. ss. 25.20.090 et 25.24.150; Ariz.Rev.Stat. Ann. s. 25-332; Colo.Rev.Stat. Ann. s. 14-10-124; Fla.Stat. Ann. s. 61.13; Ill. Ann. Stat. ch. 750, par. 5/602; Iowa Code Ann. s. 598.41; Kan. Stat. Ann. s. 60-1610; Me. Rev. Stat. Ann. tit. 19, ss. 214, 581 et 752; Mich. Comp. Laws Ann. s. 722.23; Minn. Stat. Ann. s. 518.17; Mo. Ann. Stat. s. 452.375; Ohio Rev. Code Ann. s. 3109.04; Okla.Stat. Ann. tit. 43, s. 112; Tex. Fam. Code Ann. s. 14-012; Utah Code Ann. s. 30-3-10.2; Vt. Stat. Ann. tit. 15, s. 665; Va. Code Ann. s. 20-124.3; Wis. Stat. Ann. s. 767.24.

²⁸³ « Custody Litigation and the Child Sexual Abuse Backfire Syndrome » (1988) 8:3 *Jurifemme* 21; J. Zorza, « Friendly Parent Provisions in Custody Determinations » (1992) *Clearinghouse Rev.* 921.

²⁸⁴ The Family Violence Project of the National Council of Juvenile and Family Court Judges, « Family Violence in Child Custody Statutes: An Analysis of State Codes and Legal Practice », (1995) 29 *Fam. L.Q.* 197, p. 202.

devrait être confié à la garde de son père pour le motif qu'il y avait plus de chances que celui-ci accorde un accès généreux²⁸⁵. D'autres tribunaux canadiens, cependant, ont décidé que même une entrave volontaire au droit d'accès ne sera pas toujours suffisante pour justifier une modification des modalités d'exercice des droits de garde²⁸⁶. Les tribunaux américains ont également appliqué la règle du parent amical dans la détermination de la garde²⁸⁷ et ils ont peut-être, dans certains cas, trop mis l'accent sur ce facteur. Par exemple, dans *In Re Marriage of Lewain*, la Cour d'appel de Californie s'est appuyée sur la règle du parent amical pour attribuer au père la garde d'une fillette de deux ans qui était née après la séparation de ses parents et avait vécu toute sa vie avec sa mère :

[TRADUCTION] [L]a législature a reconnu l'importance du besoin qu'éprouve un enfant de maintenir un contact fréquent et continu avec le parent non gardien. Ce n'est que de cette façon qu'un enfant peut grandir en connaissant ses deux parents. Le tribunal a conclu à juste titre que Laurence est le parent qui est le plus susceptible de donner cette chance à Laurie. [...] Le fait que l'enfant ait vécu avec Sally depuis sa naissance n'a pas transféré à Laurence le fardeau de prouver un changement de situation afin d'obtenir la garde²⁸⁸.

Le groupe de travail du Sénat de Californie sur l'égalité dans la famille (*California's Senate Task Force on Family Equity*) a recommandé que l'on apporte des modifications à la règle du parent amical et à la présomption *de facto* de garde conjointe. Quelques modifications ont été adoptées en conséquence²⁸⁹.

Dans le contexte du déménagement, dans l'affaire *Goertz*, la juge McLachlin a fait référence au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce* et a déclaré que le principe du « contact

²⁸⁵ Dans *Tremblay c. Tremblay* (1987), 10 R.F.L. (3d) 166 (Alta. Q.B), l'ordonnance de garde maternelle a été modifiée et le père a obtenu la garde en partie à cause des conclusions du tribunal selon lesquelles le père allait accorder un accès généreux. Le tribunal a critiqué le fait que la mère n'avait pas permis les visites en conformité avec la première ordonnance du tribunal. Dans *Tyndale c. Tyndale* (1986) 48 R.F.L. (2d) 426 (Sask. Q.B.), le tribunal a accordé la garde au père qui [TRADUCTION] « n'est vraiment devenu un père pour les deux garçons qu'après la séparation » pour qu'il y ait un contact entre les enfants et les deux parents. Ce n'est pas que la mère allait entraver le droit d'accès, mais plutôt que le père allait se retirer s'il n'obtenait pas la garde.

²⁸⁶ *Legault c. Legault* (1988), 93 A.R. 370 (Alta. Q.B.).

²⁸⁷ Voir, par exemple, *Schmidkunz c. Schmidkunz*, 529 N.W. 2d 857 (N.D. 1995), où le tribunal a déterminé que l'attribution de la garde au père était dans l'intérêt de l'enfant car il y avait plus de chances que le père laisse la mère visiter l'enfant alors qu'il y avait peu de chances pour que la mère favorise les visites du père.

²⁸⁸ *In re Marriage of Lewin*, 231 Cal.Rptr. 433 (Cal. Ct. App. 1986).

²⁸⁹ California, *Final Report of the Senate Task Force on Family Equity* (Sacramento: Joint Publications, 1987).

maximum » est « obligatoire mais non absolu. » Le juge est plutôt obligée de respecter le principe du contact maximum dans la mesure où un tel contact est de l'intérêt de l'enfant et « si d'autres éléments révèlent que l'application du principe ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut et doit limiter le contact²⁹⁰ ». Elle a également affirmé que « [s]i selon toute vraisemblance, il sera plus adéquatement pourvu aux besoins de l'enfant si celui-ci demeure avec le parent gardien, et que cet élément compense pour la perte ou la diminution des contacts avec le parent ayant un droit d'accès, le juge devrait se garder de modifier la garde, et permettre le déménagement²⁹¹ ».

Le paragraphe 16(10) tel qu'il est interprété et appliqué par la juge McLachlin dans *Goertz* ne semble pas s'éloigner de la norme de l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, la disposition pose problème car elle met en valeur un facteur associé à un résultat positif pour les enfants, et lui donne, par là même, une prépondérance législative. Cependant, comme il a été mentionné ci-dessus, de nombreux chercheurs et chercheuses renommés ont conclu que le contact continu avec les deux parents a moins d'importance que le fait d'avoir un parent gardien qui s'acquitte bien de ses obligations et que le fait d'éviter les conflits parentaux. Furstenberg et Cherlin, par exemple, ont déclaré que [TRADUCTION] « les facteurs les plus importants pour assurer le bien-être des enfants après le divorce sont que la mère doit être un parent efficace qui apporte de l'amour, de la tendresse, une routine prévisible, une discipline modérée et cohérente et que les enfants ne soient pas exposés aux conflits perpétuels entre les parents²⁹² ». Bien que le maintien de visites régulières puisse quelques fois prévaloir sur les facteurs mentionnés par Furstenberg et Cherlin dans des cas particuliers, il n'existe aucune raison pour « privilégier » le maintien d'un contact avec chaque parent dans la détermination de l'intérêt de l'enfant.

Les paragraphes 16(10) et 17(9) de la *Loi sur le divorce* devraient être modifiés pour tenir compte du fait que le contact continu avec les deux parents n'est qu'un des facteurs associés à un résultat positif pour les enfants. D'autres facteurs comme le fait qu'un parent gardien s'acquitte bien de ses obligations et le fait d'éviter les conflits parentaux sont également associés à un résultat positif pour les enfants. La loi ne devrait donner la primauté à aucun facteur.

4. Programmes d'éducation, résolution des conflits et rôle du droit

Les limites de la loi dans le cadre de la résolution efficace des conflits relatifs à l'accès ont été déterminées depuis longtemps. Les juges et les législateurs tentent de persuader les parties d'adopter des comportements qui servent les intérêts des enfants et de reconnaître qu'un résultat positif ne peut pas être obtenu par le tribunal seul. Comme l'a affirmé Berend Hovius :

²⁹⁰ *Goertz*, paragr. 24.

²⁹¹ *Goertz*, paragr. 25.

²⁹² F.F. Furstenberg & A.J. Cherlin, *Divided Families* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), p. 118.

[TRADUCTION] La meilleure réponse est celle selon laquelle tous les parents sont des êtres humains sûrs d'eux qui ont des connaissances en matière de développement des enfants, donnent la priorité aux besoins de leur enfant et élaborent des techniques et des mécanismes efficaces de résolution des conflits. Cependant, les tribunaux ne peuvent pas ordonner aux personnes de « changer leurs attitudes, leurs sentiments et leurs façons de se comporter envers les autres ». Les conseils et la médiation peuvent être les meilleurs moyens de faire comprendre aux parents le besoin qu'éprouve l'enfant d'avoir une bonne relation avec les deux parents et les façons de satisfaire ce besoin²⁹³.

On devrait encourager et aider les parents à conclure eux-mêmes des accords sur les responsabilités parentales après la séparation. Des programmes d'éducation et des services de médiation viendraient appuyer les décisions responsables des parents. Le Connecticut a été l'un des premiers États à établir, pour l'ensemble de son territoire, un programme obligatoire d'éducation des parents qui traite de l'art d'être parent et de la façon de protéger les enfants contre les conflits parentaux. En vertu de la loi du Connecticut, tous les parents qui sont parties à une affaire devant le tribunal de la famille doivent suivre un programme d'éducation d'une durée de six heures²⁹⁴. Après avoir passé en revue la documentation portant sur l'adaptation des enfants après un divorce, Twaite et Luchow ont plaidé en faveur des programmes d'éducation parentale qui servent de méthode de réduction des conflits parentaux et qu'ils ont qualifiés de [TRADUCTION] « paramètre de prévision de l'adaptation des enfants²⁹⁵ ». Des programmes d'éducation qui renseignent sur les effets de la séparation des parents sur les enfants et les facteurs associés à un résultat positif pour les enfants contribueraient à ce que les parents concluent des ententes qui servent les intérêts de leurs enfants.

On devrait encourager les parents à conclure eux-mêmes des accords concernant leurs enfants. La loi joue un rôle dans les accords, non seulement par le biais des programmes d'éducation, des services de médiation et des décisions judiciaires rendues quand les parents ne s'entendent pas, mais également en établissant des normes juridiques qui défendent l'intérêt de l'enfant. Le fait de conserver l'intérêt de l'enfant comme seul critère dans les litiges relatifs au déménagement et à la garde ou au droit d'accès établit clairement que l'on s'attend à ce que les parents placent l'intérêt de leurs enfants avant le leur. On peut s'attendre à ce que cette norme influe sur les accords :

[TRADUCTION] On sait exactement comment les règles législatives formelles contenues dans la législation influent sur la conclusion d'accords privés en matière de garde et d'accès. Cependant, il est important de reconnaître que la loi a probablement un effet important. Même quand les parents concluent des accords privés informels, on peut

²⁹³ B. Hovius, « The Changing Role of the Access Parent » (1993) 10 Can. Fam. L.Q. 123, p. 185.

²⁹⁴ Conn.Gen.Stat.Ann. s. 46b-69b (supp. 1994).

²⁹⁵ J.A. Twaite & A.K. Luchow, « Custodial Arrangements and Parental Conflict Following Divorce: The Impact on Children's Adjustment » (Printemps 1996) J. Psych. & L. 53, pp. 71-72.

soutenir que la loi a un effet indirect parce que la perception et la compréhension de la loi par les parents orientent leurs discussions informelles. Par conséquent, on peut dire que les accords sont fondés, au moins en partie, sur ce que les parents pensent être leurs droits et obligations fondamentales²⁹⁶.

Jehanne Sosson a soulevé une question similaire dans son commentaire sur les nouvelles lois établissant l'exercice conjoint de l'autorité parentale en Belgique et elle a émis l'idée que la loi pouvait être un outil d'éducation :

[TRADUCTION] La nouvelle loi se démarque clairement du système précédent qui prévoyait que c'était le parent ayant la garde matérielle de l'enfant qui exerçait seul l'autorité parentale sur la personne de l'enfant et sur ses biens. L'idée de base de la loi était d'établir le principe selon lequel le père et la mère devraient coopérer non seulement durant leur vie commune mais également, et ici se trouve l'innovation, après leur séparation. On prolonge la durée du couple pour couvrir la période après la séparation des conjoints et des concubins. Il est clair que la loi espère inculquer des attitudes sociales et son effet symbolique est important²⁹⁷.

La loi est importante à titre d'outil d'éducation et à titre d'instrument établissant des normes et des attentes claires pour les parents.

Les programmes d'éducation traitant des effets du divorce et de la séparation des parents sur les enfants et des méthodes de règlement extrajudiciaire des différends, notamment la médiation, devraient être offerts et encouragés afin de promouvoir des accords responsables concernant le déménagement et d'autres questions relatives à la garde et au droit d'accès.

²⁹⁶ Ministère de la Justice du Canada, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès* (Ottawa, Ministère de l'Approvisionnement et des Services Canada, 1993), pp. 18-19.

²⁹⁷ J. Sosson, « Belgique », dans A. Bainham, éd., *The International Survey of Family Law 1996* (La Hague : Martinus Nijhoff, 1996), p. 79

Index des décisions canadiennes en matière de déménagement

198 décisions

- Addison c. Braun*, [1996] B.C. J. No 2683 (C. S.C.-B.) (Q.L.)
Anderson c. Case, [1996] N.B.J. No 402 (B.R.N.-B.) (Q.L.)
Anderson c. Sullivan, [1996] B.C. J. No 905 (B.C.C.A.) (Q.L.)
Antler c. Antler, [1994] O.J. No 1180 (Cour de l'Ont. (Div. Prov.)) (Q.L.)
Appiah c. Appiah, [1996] O.J. No 4433 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Appleby c. Appleby (1989), 21 R.F.L. (3d) 307, [1989] O.J. No 2547 (Ont. H.C.) (Q.L.)
Archer c. Archer (1995), 59 A.C.W.S. (3d) 920, [1995] O.J. No 3874 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Archer c. Archer, [1996] O.J. No 1095 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.))
Avitan c. Avitan (1992), 39 R.F.L. (3d) 382, [1992] O.J. No 50 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Axam c. Sequin (1994), 5 R.F.L. (4th) 184 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Backman c. Backman, [1995] O.J. No 1865 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Beaudoin c. Stankevicius (1972), C.A. 604 (C.A. du Qué.)
Berrie c. Rollins, [1996] B.C.J. No. 675 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Bettin c. Hill-Bettin, [1993] O.J. No 1363 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
B.J. c. E.D., [1992] O.J. No 1745 (Cour de l'Ont. (Div. Prov.)) (Q.L.)
Blackwell c. Burden, [1996] O.J. No 472 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Brigante c. Brigante (1991), 32 R.F.L. (3d) 299 (Ont. U.F.C.) (Q.L.)
Brothwell c. Brothwell, [1995] S.J. No 466 (B.R. de la Sask.) (Q.L.)
Burton c. Burton, [1991] O.J. No 1624 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Busniuk c. Busniuk, [1997] O.J. No 321 (Cour de l'Ont. (Div. Gen.)) (Q.L.)
Caldwell c. Caldwell (1991), 77 Man. R. (2d) 159, [1991] M.J. No. 406 (B.R. du Man.) (Q.L.)
Carter c. Brooks (1990), 30 R.F.L. (3d) 53 (C.A. de l'Ont.)
Chambers c. Chambers, [1997] O.J. No 4387 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Charette c. Poisson, [1995] O.J. No 1679 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Chilton c. Chilton, [1996] B.C. J. No 1757 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Chinneck c. Chinneck, [1995] O.J. No 2786 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Colley c. Colley (1991), 31 R.F.L. (3d) 281, [1991] O.J. No 60 (Ont. U.F.C.) (Q.L.)
Cote c. Cote, [1996] O.J. No 2552 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Coulter c. Coulter, [1984] O.J. No 287 (Ont. H.C.) (Q.L.)
Danielson c. Danielson, [1992] No 1565 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
DeKnibber c. DeKnibber, [1992] O.J. No 2375 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
DesMoulin c. DesMoulin, [1994] Y.J. No 118 (C.S.T.Y.) (Q.L.)
Douglas c. Lindquist, [1992] O.J. No 1777 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Drayton c. Drayton, [1995] O.J. Nol 2325 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Droit de la famille-7, [1984] C.A. 350, J.E. 84-598 (autorisation de pourvoi refusée par la Cour suprême du Canada, [1983] C. S. 64, J.E. 83-77)
Droit de la famille-120, [1984] C.A. 101 (C.A. du Qué.)
Droit de la famille-190, [1985] C.A. 201 (C.A. du Qué.)
Droit de la famille-411, [1987] R.J.Q. 2584 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-1185, [1988] R.D.F. 260 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-1252, [1989] R.D.F. 377 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-1253, [1989] R.D.F. 365 (C.S. du Qué.)

Droit de la famille-1322, [1990] R.D.F. 409 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-1347, [1990] R.D.F. 595 (C.S. du Qué.) (appel rejeté)
Droit de la famille-1472 (1991), J.E. 91-1639 (C.A. du Qué.)
Droit de la famille-1517, [1992] R.D.F. 52 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-1518, [1992] R.D.F. 481 (C.A. du Qué.)
Droit de la famille-1826, [1993] R.J.Q. 1728, [1993] R.D.F. 544 (C.A. du Qué.)
Droit de la famille-2079, [1994] R.D.F. 750 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-2232, [1995] R.J.Q. 1704, [1995] R.D.F. 408 (C.A. du Qué.) (autorisation de pourvoi refusée par la Cour suprême du Canada)
Droit de la famille-2241, [1995] R.D.F. 507 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-2246, [1995] R.D.F. 530 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-2283, [1995] R.D.F. 706 (C.S. du Qué.) (autorisation de pourvoi refusée)
Droit de la famille-2380, [1996] R.D.F. 274 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-2471, [1996] R.D.F. 556 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-2473, [1996] R.D.F. 580 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-2518, [1996] R.D.F. 725 (C.A. du Qué.)
Droit de la famille-2655, [1997] R.D.F. 271 (C.S. du Qué.)
Droit de la famille-2678, [1997] R.D.F. 354 (C.S. du Qué.) (demande de permission d'appeler)
B. c. S.R., [1997] Q.J. No 1449 (C.S. du Qué.) (Q.L.)
D.T. c. C.B., [1997] Q.J. No 2435 (C.S. du Qué.) (Q.L.)
Fasan c. Fasan (1991), 32 R.F.L. (3d) 122, [1991] O.J. No 745 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Faragher c. Faragher, [1994] B.C.J. No 1171 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Fitzpatrick c. Fitzpatrick, [1990] N.J. No 281 (C.S.N.-É. (T. D.)) (Q.L.)
Freeman c. Freeman, [1995] B.C. J. No 2202 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Frisk c. Frisk, [1993] B.C.J. No 1674 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Ganz c. Ganz, [1987] O.J. No 1041 (C.A. de l'Ont.) (Q.L.)
Gernat c. Gernat, [1995] O.J. No 1081 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Gilbert c. Gilbert, [1988] O.J. No 1920 (Ont. H.C.) (Q.L.)
Gordon c. Goertz, [1996] 2. S.C.R. 27, 19 R.F.L. (4th) 177 (S.C.C.)
Green c. Green, [1996] B.C.J. No 543 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Hamilton c. Hamilton, [1996] O.J. No 3767 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Hanna c. Hanna, [1994] B.C.J. No 170 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Hanson c. Preece, [1995] S.J. No 394 (B.R. de la Sask.) (Q.L.)
Harder c. Rhymer, [1987] M.J. No 217 (B.R. du Man.) (Q.L.) (appel rejeté)
Harpur c. Belmore, [1995] O.J. No 2175 (Cour de l'Ont. (Div.Prov.)) (Q.L.)
Harrison c. Harrison, [1994] B.C.J. No 2006 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Harvey c. Harvey, [1995] B.C.J. No 2120 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Hayes c. Hayes, [1994] N.B.J. No 596 (B.R.N.-B.) (Q.L.)
Hayward c. Hayward (1994), 8 R.F.L. (4th) 66 (B.R. de l'Alb.)
Heinrichs c. Lee, [1994] B.C.J. No 2295 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Heintz c. Heintz (1992), 101 Sask. R. 119, [1992] S.J. No 105 (B.R. de la Sask.) (Q.L.)
Heydari c. Heydari, [1996] A.J. No 469 (B.R. de l'Alb.) (Q.L.)
Hines c. Hines (1992), 40 R.F.L. (3d) 274, [1992] N.S.J. No 316 (C. F.N.-É.) (Q.L.)
Hollett c. Collins-Hollet (1992), 102 Nfld & P.E.I.R. 145, [1992] N.J. No 361 (Cour de T.-N. (T.D.)) (Q.L.)
Hooper c. Hooper, [1993] B.C. J. No 729 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Hubble c. Gordon, [1994] O.J. No 2905 (Cour de l'Ont. (Div. Prov.)) (Q.L.)

Hultman c. Hultman (1990), 71 Man. R. (2d) 171, [1990] M.J. No 631 (B.R. du Man.) (Q.L.)
James c. James (1992), 43 R.F.L. (3d) 189, [1992] B.C. J. No 1974 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Jarrett c. Jarrett (1994), 10 R.F.L. (4th) 24, [1994] O.J. No 2645 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
J.B. c. M.D.R., [1995] N.B.J. No 553 (B.R.N.-B.) (Q.L.)
Jewer c. Jewer, [1996] N.J. No 163 (Cour de T.-N. (T. D.)) (Q.L.)
J.M.S. c. K.L.W., [1992] O.J. No 2508 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Jones c. Jarowski, [1989] A.J. No 60 (B.R. de l'Alb.) (Q.L.)
Jones c. Jones, [1975] C. S. 67 (C. S. du Qué.)
Jones c. Laflamme, [1995] N.B.J. No 404 (B.R.N.-B.) (Q.L.)
Johnston c. Johnston, [1987] O.J. No 1701 (C. de dist. de l'Ont.) (Q.L.)
Johnston c. Johnston, [1995] O.J. No 2157 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
K.A.M.F. c. L.G.F., [1995] B.C. J. No 1700 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Kane c. Kane, [1996] N.J. No 198 (Cour de T.-N. (T.D.)) (Q.L.)
Kanellakos c. Kanellakos, [1995] O.J. No 1681 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Kelly c. Kelly, [1997] O.J. No 4261 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Kent c. Jorzik, [1992] O.J. No 776 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
K.J.B. c. B.G.B., [1996] O.J. No 3335 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Klachefsky c. Brown (1988), 12 R.F.L. (3d) 280, [1988] M.J. No 13 (C. A. du Man.) (Q.L.)
Kosokowsky c. Kosokowsky (1992), 95 D.L.R. (4 th) 309, [1992] O.J. No 1808 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Kubinec c. Tesser-Kubinec, [1995] B.C. No 2962 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Kwok c. Kei, [1993] O.J. No 1443 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
LaFrance c. LaFrance, [1996] B.C.J. No 1947 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Lapointe c. Lapointe, [1995] M.J. No 403 (C.A. du Man.) (Q.L.)
L.A.W. c. S.C.W., [1996] O.J. No 4501 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
L.D.M. c. J.C.M., [1990] N.S.J. No 444 (Cour de la N.-É. (Dist. One)) (Q.L.)
Leblanc c. Holmes, [1993] N.B.J. No 536 (B.R.N.-B.) (Q.L.)
Le Roux c. Cross, [1992] B.C.J. No 1553 (C. S.C. -B.) (Q.L.)
Levesque c. Lapointe (1993), 44 R.F.L. (3d) 316, [1993] B.C.J. No 23 (B.C.C. A.) (Q.L.)
Ligate c. Richardson (1997), 34 O.R. (3d) 423, [1997] O.J. No 2519 (C.A. de l'Ont.) (Q.L.)
Linnell c. Linnell, [1997] B.C.J. No 1579 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Lougheed c. Lougheed, [1996] A.J. No 511 (B.R. de l'Alb.) (Q.L.)
Luckhurst c. Luckhurst, [1995] O.J. No 1525 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Lueck c. Green, [1992] Y.J. No 170 (C. S.T.Y.) (Q.L.)
Lund c. Gabel, [1995] B.C.J. No 1903 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Lundy c. Lundy, [1996] B.C.J. No 1073 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
M.A. c. G.L., [1997] Q.J. No 823 (C.S.Q.) (Q.L.)
M.A.C. c. K.Z., [1996] Q.J. No 2324 (C.S.Q.) (Q.L.)
MacGyver c. Richards, (1995) 22 O.R. (3d) 481, [1995] O.J. No 770 (C. A. de l'Ont.) (Q.L.)
MacKay c. Kelly (1995), 123 D.L.R. (4th) 562, [1995] P.E.I.J. No 49 (Cour de l'Î.-P.-É. (T.D.)) (Q.L.)
Macklin c. Macklin, [1996] B.C.J. No 2121 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
MacInnis c. MacInnis (1992), 40 R.F.L. (3d) 345, [1992] O.J. No 224 (Ont. U.F.C.)
Manore c. Manore, [1995] B.C.J. No 2719 (B.C.C.A.) (Q.L.)
Mathwich c. Jackson, [1996] O.J. 3142 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Marcoux c. Marcoux, [1995] B.C.J. No 1709 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
McCue c. McCue, [1992] O.J. No 1314 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
McGrath c. McGrath, [1996] N.S.J. No 362 (C. F.N.-É.) (Q.L.)

McIvor c. McIvor, [1991] B.C.J. No 336 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
McLean c. McLean, [1994] O.J. No 904 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
McLeod c. Loveys, [1995] B.C.J. No 355 (C.S.C.-B.) (Q.L.) (motifs supplémentaires [1995] B.C.J. No 1516, [1995] B.C.J. No 1739) (Q.L.)
McNair c. Tetreault, [1996] O.J. No 1744 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Mellon c. Mellon, [1996] M.J. No 382 (B.R. du Man.) (Q.L.)
Menzies c. Menzies, [1992] S.J. No 570 (B.R. de la Sask.) (Q.L.)
Mercredi c. Mercredi, [1988] N.W.T.J. No 28 (C. S.T.-N.-O.) (Q.L.) (Appel rejeté)
Metcalfe c. Hashem, [1996] N.S.J. No 350 (C.S.N.-É.) (Q.L.)
Millman c. Shields, [1995] P.E.I.J. No 5 (Cour de l'Î.-P.-É. (T.D.)) (Q.L.)
Mills c. Gibbs, [1997] O.J. No 1977 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Minogue c. Minogue, [1997] O.J. No 3930 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
[1997] O.J. No 3930 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Mizzan c. Bishop, [1992] O.J. No 2886 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
M.K. c. S.D., [1995] A.J. No 1357 (C.S. du Qué.) (Q.L.)
Morin c. Morin, [1994] O.J. No 162 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Moss c. Netscher Moss, [1975] C.S. 1141 (C.S. du Qué.) (appel et permission d'interjeter appel rejetés)
Moyer c. Moyer, [1993] Y.J. No 138 (C.S.T.Y.) (Q.L.)
Newel c. Newel, [1997] B.C.J. No 2004 (C.S.C.-B.) (QL)
Niewerth c. Niewerth, [1997] B.C.J. No 1091 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Oldfield c. Oldfield (1991), 33 R.F.L. (3d) 235, [1991] O.J. No 1103 (Cour de l'Ont. (Gen. Dic.)) (Q.L.) (motifs supplémentaires [1994] O.J. No 3237 (Q.L.)); [1994] O.J. No 3237 (Q.L.)
Okapuu c. Von Veht, [1982] C.S. 409 (C.S. du Qué.) (appel partiellement permis [1985] C.A. 201 (C.A. du Qué.))
Paiement c. Côté, [1997] O.J. No 958 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Patterson c. Patterson, [1995] O.J. No 2331 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
P.C. c. A.D., [1995] Q.J. No 1769 (C.S. du Qué.) (Q.L.)
Petrie c. Petrie, [1994] A.J. No 737 (B.R. de l'Alb.) (QL)
Pfohl c. Long, [1995] O.J. No 1714 (Cour de l'Ont. (Div.Prov.)) (Q.L.)
Picken c. Pratt, [1997] A.J. No 661 (B.R. de l'Alb.) (Q.L.)
Pineau c. Pineau (1994), 50 A.C.W.S. (3d) 448, [1994] W.D.F.L. 1586 (1994), 8 O.F.L.R. 59, [1994] O.J. No 2118 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.))
P. W. c. S.N., [1997] Q.J. No 1521 (C.S. du Qué. (Fam.)) (Q.L.)
Quest c. Quest, [1992] O.J. No 2695 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Radford c. Cassiano, [1995] O.J. No 105 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Ravindra c. Holland, [1993] O.J. No 1839 (Cour de l'Ont. (Di.Gen.)) (Q.L.)
Re Landry c. Lavers (1985), 50 O.R. (2d) 415 (C.A. de l'Ont.) (Q.L.)
Richardson c. Gardner, [1995] O.J. No 829 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
R.M. c. S.K., [1995] N.S.J. No 585 (C.F.N.-É.) (QL)
Roache c. Roache, [1994] N.J. No 43 (Cour de T.-N. (T.D.)) (Q.L.)
Roberts c. Roberts, [1994] B.C.J. No 1408 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Roodal c. Persal, [1995] O.J. No 3744 (Cour de l'Ont. (Div.Gen..L.)
Ruff c. Ruff, [1993] B.C.J. No 2598 (C. S.C. -B.) (Q.L.)
Sally c. Crowe, [1993] B.C.J. No 259 (C. S.C. -B.) (Q.L.)
Samaroo c. Collins, [1991] O.J. No 2557 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Scheetz c. Scheetz, [1996] A.J. No 499 (B.R. de l'Alb.) (Q.L.)
S.F. c. P.F., [1996] O.J. No 3278 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)

Simmons c. Henshall, [1997] O.J. No 4650 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Simpson c. Simpson, [1997] B.C.J. No 2885 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Singh c. Singh, [1997] O.J. No 3672 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Simmons c. Jamieson, [1997] N.S.J. No 101 (C.F.N.-É.) (Q.L.)
Smith c. Smith, [1988] N.J. No 100 (C.U.F. de T.-N.) (Q.L.)
Smok c. Smok (1994), 8 R.F.L. (4th) 59, [1994] A.J. No 1021 (B.R. de l'Alb.) (Q.L.)
Sulit c. Sulit, [1993] O.J. No 710 (Ont.U.F.C.) (Q.L.)
Sullivan c. Scott, [1994] O.J. No 2823 (Cour de l'Ont.(Div.Gen.)) (Q.L.)
Talarski c. Pool, [1996] S.J. No 4 (B.R. de la Sask.) (Q.L.)
Tanaszczuk c. Tanaszczuk, [1989] O.J. No 1963 (Ont.U.F.C.) (Q.L.)
Taylor c. Taylor (1995), 20 R.F.L. (4th) 18, [1995] N.W.T.J. No 82 (C.S.T.-N.-O.) (Q.L.)
T.(K.A.) c. T.(J.) (1989), 23 R.F.L. (3d) 214 (Ont. U.F.C.) (Q.L.)
Totten c. Hannan, [1997] O.J. No 4051 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Trace c. Trace, [1993] A.J. No 950 (B.R. de l'Alb.) (Q.L.)
Tucker c. Tucker, [1994] A.J. No 89 (B.R. de l'Alb.) (Q.L.)
Tucker c. Tucker, [1996] O.J. No 1416 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Valda c. Haubert, [1996] O.J. No 18 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)
Wainio c. Gilmour (1994), 2 R.F.L. (4th) 116 (C.A. de l'Ont.) (Q.L.)
Wainwright c. Wainwright, [1995] B.C.J. No 2471 (C.S.C.-B.)
Watkins c. Watkins, [1997] N.J. No 193 (Cour de T.-N. (T.D.)) (Q.L.)
Watson c. Watson, [1991] B.C.J. No 2604 (C.S.C.-B.) (Q.L.)
Williams c. Williams (1991), 38 R.F.L. (3d) 100 (C. S.T.-N.-O.) (Q.L.)
Woodhouse c. Woodhouse (1996), 29 O.R. (3d) 417, [1994] O.J. No 3921 (1996), 20 R.F.L. (4th) 337, [1996] O.J. No 1975 (C.A. de l'Ont.) (Q.L.) (autorisation de pourvoi refusée avec dépens par la Cour suprême du Canada)
Young c. Connelly, [1995] O.J. No 2502 (Cour de l'Ont. (Div.Prov.)) (Q.L.)
Young c. MacDonald, [1995] O.J. No 2121 (Cour de l'Ont. (Div.Gen.)) (Q.L.)