



Ministère de la Justice  
Canada

Department of Justice  
Canada

---

---

**DOCUMENT DE TRAVAIL PUBLIC  
SUR LA GARDE D'ENFANTS  
ET LE DROIT D'ACCÈS**

---

---

Mars 1993

Canada

---

---

**DOCUMENT DE TRAVAIL PUBLIC  
SUR LA GARDE D'ENFANTS  
ET LE DROIT D'ACCÈS**

---

---

**Mars 1993**

Publié en vertu de l'autorisation du ministre  
de la Justice et procureur général du Canada  
Gouvernement du Canada

par la

Direction des communications  
et de la consultation  
Ministère de la Justice du Canada  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0H8

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1993  
Imprimé au Canada

---

## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>PARTIE I - DESCRIPTION DU RÉGIME ACTUEL</b> .....	3
<b>PARTIE II - LES QUESTIONS ET LES PROBLÈMES</b> .....	7
<b>A. Décisions relatives à la garde d'enfants et au droit d'accès</b> .....	7
1. Incertitude entourant la portée et les effets de l'ordonnance de garde .....	7
2. Préoccupations concernant le droit d'accès .....	9
3. Critique du «principe du parent amical» .....	11
4. Les actes de violence et les agressions au sein de la famille .....	12
5. La discrimination fondée sur le sexe .....	13
6. Qui représente les intérêts et les opinions de l'enfant? .....	15
<b>B. Problèmes liés à l'exécution</b> .....	16
1. Rapt d'enfants par les parents .....	16
2. L'exécution des ordonnances de garde extraprovinciales .....	17
3. L'exercice du droit d'accès .....	18

<b>C.</b>	<b>Préoccupations fondamentales concernant le régime juridique actuel</b>	19
1.	Le système accusatoire	19
2.	Le caractère incertain du critère fondé sur «l'intérêt de l'enfant»	20
3.	La terminologie actuelle	22
<b>PARTIE III - POSSIBILITÉS AUX FINS D'UNE RÉFORME</b>		29
<b>Possibilité 1 :</b>	<b>Mesures non législatives</b>	29
	Éducation efficace des parents	29
	Amélioration de l'accès à d'autres mécanismes de règlement des conflits	30
	Recherche supplémentaire	30
<b>Possibilité 2 :</b>	<b>Modifications législatives dans le contexte du régime actuel des droits de garde et d'accès</b>	31
1.	Clarification de la portée et des conséquences des ordonnances de garde	31
	La garde conjointe	31
	La norme fondée sur le principal pourvoyeur de soins	33
	Le <i>Code civil</i> du Québec	35
	Dispositions législatives précises	36
2.	Examen des problèmes touchant le droit d'accès	36
3.	Élimination de la «règle du parent amical»	37
4.	Adoption de mesures directes dans les cas de violence et de mauvais traitements	37

---

5.	Reconnaissance et examen des préoccupations fondées sur la discrimination sexuelle . . . . .	37
6.	Représentation des enfants . . . . .	38
7.	Examen des problèmes d'application . . . . .	38
<b>Possibilité 3 :</b>	<b>Nouvelles dispositions législatives . . . . .</b>	<b>39</b>
	D'autres exemples . . . . .	39
	La solution fondée sur la condition parentale . . . . .	41
	Élaboration d'objectifs et de principes fondamentaux . . . . .	41
<b>CONCLUSION</b> . . . . .		<b>45</b>
<b>Annexe A</b>	Description des dispositions pertinentes de la <i>Loi sur le divorce</i> . . . . .	49
<b>Annexe B</b>	Législation provinciale et territoriale en matière de garde et d'accès . . . . .	53
<b>Annexe C</b>	Autres critères appliqués aux fins des décisions . . . . .	57
<b>Annexe D</b>	Modèle de directives en matière d'inculpation pour enlèvement d'enfants par le père ou la mère . . . . .	61



---

## INTRODUCTION

Le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille a entrepris un projet visant à examiner le régime juridique actuel qui s'applique à la garde d'enfants et au droit d'accès. Le ministère de la Justice fédéral a préparé le présent document de travail dans le cadre de ce projet, afin d'encourager le public à participer à l'examen. On souhaite qu'en plus d'informer le lecteur, le document déclenche les débats et fasse naître de nouvelles idées.

De façon générale, on a reproché au régime actuel d'être fondé sur l'hypothèse du gagnant et du perdant, qui ne sert qu'à envenimer les conflits et à inciter la partie «frustrée» à ne pas verser la pension alimentaire de l'enfant. Beaucoup d'autres problèmes ont également été relevés, bien que bon nombre des critiques et des préoccupations semblent opposées, voire contradictoires et que, fait étonnant, la nature et la gravité véritables des problèmes ne soient guère connues.

La première partie du document renferme une description du régime juridique actuel concernant la garde d'enfants et le droit d'accès. Dans la partie II, on fait état des principaux problèmes et questions qui se posent, tandis que dans la partie III on examine certaines possibilités quant à une réforme. Il convient de souligner que, même si les conflits concernant la garde et l'accès peuvent survenir dans différents contextes juridiques, le présent document porte uniquement sur les litiges entre les parents qui se séparent ou cessent de vivre ensemble.

En présentant le présent document, le Ministère désire obtenir des opinions qui lui permettront de mieux cerner les questions à examiner et de mieux comprendre la nature des solutions de rechange à envisager.

Comme il y a chevauchement des compétences constitutionnelles en matière de droits de garde et d'accès, le Ministère transmettra les réponses aux fonctionnaires provinciaux et fédéraux, afin qu'on élabore ensuite des recommandations mixtes fédérales-provinciales en vue d'une réforme. Cependant, il faut reconnaître que chaque province et chaque territoire ont leurs propres lois régissant la garde et l'accès dans le contexte de la séparation. En conséquence, les questions soulevées dans le présent document ne concernent pas nécessairement tous les territoires et les réformes appropriées pour certains ne conviendront peut-être pas pour d'autres. Tout en tenant compte des réponses au présent document et en reconnaissant les avantages pouvant découler de mesures uniformes dans tout le pays, chaque territoire évaluera ses propres besoins et déterminera sa propre orientation en ce qui a trait à la réforme.

1950-1951

1950-1951

1950-1951

1950-1951

1950-1951

1950-1951

1950-1951

1950-1951



---

## PARTIE I - DESCRIPTION DU RÉGIME ACTUEL

Pour permettre au lecteur de mieux comprendre le contexte général dans lequel sont soulevées les questions énoncées dans la partie II du présent document, l'auteur décrit brièvement ci-après la façon dont les mesures relatives à la garde d'enfants sont actuellement prises au Canada. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce* sont mentionnées et décrites de façon plus détaillée à l'annexe A. En outre, l'annexe B renferme le texte des dispositions législatives pertinentes de chaque province et de chaque territoire et l'annexe C comporte un résumé de plusieurs autres critères que les tribunaux ont jugés importants aux fins des décisions en matière de garde et d'accès.

Lors de la rupture du mariage, il faut prendre des dispositions concernant la garde, le soin, l'éducation et l'entretien des enfants. Habituellement, ces mesures peuvent être négociées entre les parents ou leurs avocats. L'entente peut être intégrée dans un jugement de consentement ou un accord de séparation et reconnue sur le plan juridique.

Cependant, certains différends ne peuvent être réglés au moyen d'une entente. Il peut y avoir des questions complexes qui nécessitent l'intervention du tribunal et des cas où le litige porte sur des allégations sérieuses qui ont été contestées ou niées par un parent et au sujet desquelles une décision doit être rendue sur les faits. Dans ces causes contestées, les tribunaux peuvent déterminer les mesures à prendre.

Au Canada, ces mesures sont prises conformément à la législation fédérale ou provinciale. Les lois provinciales renferment des dispositions concernant la garde et l'obligation alimentaire tant que les liens du mariage subsistent, même dans les cas de cohabitation sans mariage. La *Loi sur le divorce* fédérale régit la garde des enfants et l'accès à ceux-ci pendant les procédures de divorce et après.

De façon générale, la *Loi sur le divorce* accorde au tribunal un large pouvoir discrétionnaire aux fins des ordonnances de garde ou d'accès. Le tribunal peut accorder la garde ou l'accès à l'égard de l'un des enfants du mariage ou de tous ceux-ci. Ces droits peuvent être accordés à une ou plusieurs personnes pour une période définie ou non, sous réserve des conditions ou restrictions que le tribunal juge appropriées.

Les critères législatifs servant à trancher les litiges en matière de garde et d'accès sont énoncés au paragraphe 16(8) de la *Loi sur le divorce*. Selon cette disposition, lorsqu'il rend une ordonnance concernant la garde ou l'accès, 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».

---

Même si les lois provinciales diffèrent sur le plan du libellé et du style, le même critère est utilisé, en l'occurrence, l'intérêt de l'enfant. Sauf dans un cas, tous les territoires canadiens imposent ce critère comme le facteur principal ou le seul facteur que le tribunal doit appliquer pour rendre ses décisions concernant la garde des enfants et l'accès à ceux-ci<sup>1</sup>.

En outre, selon le paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce*, un enfant doit avoir le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, le tribunal tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée à faciliter ou non ce contact.

Une autre disposition importante est le paragraphe 16(9), selon lequel il n'y a pas lieu de tenir compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite concerne directement l'aptitude de la personne en question à agir à titre de parent de l'enfant.

---

## NOTE

1. L'exception se trouve dans la loi des Territoires du Nord-Ouest, dans laquelle le législateur n'a pas utilisé les mots «intérêt de l'enfant». Le tribunal doit plutôt tenir compte du «bien-être de l'enfant, de la conduite des parents et des désirs de chacun des parents». Voir la *Loi sur les relations familiales*, L.R.T.N.-O. (1988), ch. D-8, par. 28(2).



---

## PARTIE II - LES QUESTIONS ET LES PROBLÈMES

Dans la présente section du document, l'auteur expose différentes questions et préoccupations concernant la garde et l'accès. En A, il énonce les questions touchant les décisions dans ce domaine. Même si certaines préoccupations générales sont mentionnées, ce sont surtout les problèmes et les critiques concernant la *Loi sur le divorce* qui sont présentés. En B, on résume certaines préoccupations fondamentales qui ont été relevées au sujet du régime juridique actuel.

### A. DÉCISIONS RELATIVES À LA GARDE D'ENFANTS ET AU DROIT D'ACCÈS

#### 1. Incertitude entourant la portée et les effets de l'ordonnance de garde

Dans le passé, le mot garde a été interprété selon les règles de common law, qui prévoyaient une distinction entre la «tutelle» et la «garde». La tutelle était une notion plus vaste dont la garde ne constituait qu'un aspect. Le tuteur était tenu d'assumer la charge de l'enfant, de l'éduquer, de le protéger et de s'occuper de sa formation religieuse. Il était habilité à réprimander l'enfant et à consentir à son mariage ou à refuser d'y consentir. Il en avait aussi la «garde», lequel mot désignait uniquement la possession physique de l'enfant.

Aujourd'hui, cette distinction est beaucoup moins claire, le mot garde pouvant englober deux notions différentes. Au sens strict, le terme se limite à la garde physique, c'est-à-dire à la prise en charge matérielle de l'enfant ou plus précisément aux droits et aux responsabilités liés au contrôle physique de l'enfant. Selon le sens plus large, la garde comporte la même gamme d'obligations et de pouvoirs que la tutelle, notamment l'ensemble des droits liés à la prise en charge, au contrôle, à l'éducation, à la santé et à la vie religieuse de l'enfant. Dans ce contexte, on l'appelle souvent la garde «légale».

Non seulement le mot «garde» prête-t-il à confusion, mais les conséquences juridiques d'une ordonnance de garde ne sont plus claires. On ne connaît pas très bien les droits du parent qui a la garde ou les aspects de la garde qui sont restreints ou assujettis aux droits du parent qui a obtenu des droits d'accès. Le problème se complique du fait que les juges utilisent une gamme variée d'expressions plus ou moins explicites pour décrire les différents arrangements dans les ordonnances qu'ils rendent.

Selon l'opinion traditionnelle, sauf dispositions contraires, le parent qui obtient la «garde exclusive» d'un enfant est responsable des soins matériels à lui donner et doit prendre les décisions qui concernent son éducation et sa vie religieuse. En général, c'est lui qui doit guider l'éducation de l'enfant sans la participation de l'autre parent.

---

Ainsi, dans *Kruger c. Kruger*<sup>1</sup>, le juge J.A. Thorson, a mentionné ce qui suit :

[TRADUCTION] À mon avis, le fait de confier à l'un des parents la garde exclusive de l'enfant l'investit, pendant la durée de la validité de l'ordonnance, de toute la puissance parentale et de la responsabilité parentale définitive quant au soin et à l'éducation de l'enfant. En général, cette mesure exclut pour l'autre des parents tout droit de s'immiscer dans les décisions prises en exerçant cette puissance ou en s'acquittant de cette responsabilité.

Cependant, on a de plus en plus tendance à contester cette opinion et à demander que l'on reconnaisse le maintien du statut parental du parent qui a obtenu un droit d'accès. En Angleterre, la Cour d'appel britannique a décidé, dans l'arrêt *Dipper c. Dipper*<sup>2</sup>, que le parent qui a obtenu la garde n'a pas de droit de préemption par rapport à l'autre parent, qu'une consultation pleine et entière est nécessaire et que tout désaccord entre les parents au sujet de l'éducation ou de la vie religieuse de l'enfant ou au sujet d'autres aspects majeurs qui touchent le bien-être de l'enfant doit être tranché par le tribunal.

De la même façon, selon le sens le plus large, les «ordonnances de garde conjointe» prévoient des mesures de garde auxquelles les deux parents participent. Bon nombre de tribunaux ont proposé ce type d'ordonnance comme solution de rechange à la garde exclusive, mais on ne s'entend pas sur les effets ou sur la portée de cette ordonnance, qui peut prévoir une panoplie de mesures diverses portant ou non sur la répartition des responsabilités liées à la garde physique, au soin et à la charge de l'enfant.

À l'heure actuelle, on ne sait pas très bien au Canada dans quelle mesure le parent qui a la garde devrait consulter le parent qui a obtenu un droit d'accès avant que des décisions importantes ne soient prises au sujet de l'enfant.

Cette incertitude est bien illustrée par deux problèmes précis que révèle un examen de la jurisprudence.

Le problème du déménagement a été soulevé dans les cas où le tribunal a accordé ou s'est fait demander d'accorder la garde à un seul parent qui désire s'éloigner avec l'enfant malgré les objections de l'autre parent.

Ce problème est un exemple de la tension grandissante entre la réalité économique et sociale qui explique que les parents ayant obtenu la garde doivent ou veulent s'éloigner après la rupture du mariage pour des raisons personnelles ou des raisons liées à leur travail et la nécessité de favoriser le maintien des liens entre l'enfant et les parents.

Les tribunaux ne semblent pas appliquer de façon uniforme le critère de «l'intérêt de l'enfant» lorsqu'ils sont appelés à statuer sur cette question. Certains juges semblent être d'avis que le parent ayant obtenu la garde a le droit de déménager et d'emmenner l'enfant

---

avec lui, à moins que le déménagement ne soit perçu comme une mesure «déraisonnable». Il incomberait donc au parent qui conteste le déménagement de démontrer que celui-ci nuirait à l'enfant ou qu'il n'est pas raisonnable.

D'autres juges semblent plutôt se préoccuper des conséquences du déménagement sur l'exercice du droit d'accès et de visite. Cette opinion serait fondée sur le paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce*, qui semble favoriser l'accès maximal des parents, et sur le paragraphe 16(7), qui permet expressément au tribunal d'ordonner la remise d'un avis de trente (30) jours en cas de changement de résidence. D'autre part, certains tribunaux ne permettraient aucun changement ayant pour effet d'autoriser un déménagement<sup>3</sup>.

Une autre question très controversée concerne l'éducation religieuse des enfants ou la participation de ceux-ci aux activités religieuses. Par tradition, le contrôle exclusif de l'éducation religieuse d'un enfant a toujours été confié au parent qui en a la garde. Toutefois, des décisions récentes laissent entendre qu'avant d'imposer des restrictions au parent ayant un droit d'accès pour l'empêcher de transmettre ses croyances religieuses à un enfant, la preuve doit établir que le fait de partager ses croyances ou ses pratiques religieuses avec l'enfant ou de l'exposer à deux religions est contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>4</sup>.

Des problèmes semblables concernant les répercussions de la race et de la culture sur les décisions relatives à la garde et au droit d'accès peuvent se poser lorsque les parents sont issus de milieux culturels différents.

## 2. Préoccupations concernant le droit d'accès

Selon la *Loi sur le divorce*, le juge peut accorder le droit d'accès, tout comme la garde, à son gré, en se fondant toutefois sur l'intérêt de l'enfant.

Selon l'ensemble des études menées par des spécialistes en sciences sociales, il y a lieu, dans l'intérêt de l'enfant, de favoriser le maintien des liens avec le parent qui n'a pas la garde<sup>5</sup> et les tribunaux semblent présumer, au départ, que le droit d'accès est salutaire pour les enfants. D'après les données de dossiers judiciaires recueillies dans quatre villes du Canada et analysées dans le cadre d'une évaluation de la *Loi sur le divorce* par le ministère de la Justice<sup>6</sup>, il est rare que les tribunaux refusent d'accorder le droit d'accès. Selon les données de l'étape 1, qui ont été recueillies à l'automne de 1985, le droit d'accès a été refusé dans seulement 1,1 % des cas. En ce qui a trait aux données de l'étape 2, qui ont été recueillies en 1988, ce droit a été refusé dans 2,4 % des cas.

D'après un examen de la jurisprudence, ce n'est que dans les cas extrêmes que le tribunal refusera le droit d'accès à un parent; il ira même jusqu'à imposer ce droit à un parent réticent, à moins qu'il n'existe des motifs exceptionnels qui en justifient le refus<sup>7</sup>.



---

Il convient cependant de souligner que ce ne sont pas tous les spécialistes qui reconnaissent la nécessité de favoriser le maintien des liens avec le parent qui n'a pas obtenu la garde. De l'avis de certains, pour assurer le bien-être de l'enfant, il faut avant tout diminuer le plus possible les conflits entre les parents et le droit d'accès représente parfois une grande source de problèmes tant pour les parents que pour l'enfant. Le maintien des liens avec le parent qui n'a pas la garde peut parfois donner lieu à des émotions et à des décisions complexes et, même lorsque les relations entre les parents sont bonnes, l'exercice du droit d'accès peut troubler les enfants. Il se peut que le parent ayant obtenu la garde rende difficile ou impossible l'exercice par l'autre parent de son droit d'accès, soit par malveillance, soit parce que les visites contrarient l'enfant ou que celui-ci n'en veut pas. À l'inverse, il se peut que le parent ayant obtenu un droit d'accès ne se présente pas à l'heure fixée ou décide de ne pas s'y rendre, ce qui risque de décevoir les enfants et d'entraîner des inconvénients ou même des frais pour l'autre parent.

Par ailleurs, même si le droit d'accès est souvent accordé, le libellé des ordonnances rendues à cet égard varie considérablement. Tentant de trouver la solution la plus apte à favoriser le bien-être des enfants, les juges laissent souvent aux parents le soin de trancher les détails à ce sujet. Il arrive fréquemment que le droit d'accès ne soit pas défini ou qu'il soit décrit de façon très générale, au moyen de qualificatifs comme «raisonnable». Cependant, dans d'autres cas, l'ordonnance est très détaillée et comporte des conditions très précises au sujet d'aspects comme l'endroit, la fréquence et la durée des visites, notamment au sujet de la possibilité que la visite dure plus d'une journée. Le tribunal peut également exiger que la visite ait lieu sous surveillance, si l'intérêt de l'enfant l'exige<sup>8</sup>.

En outre, on a exprimé des doutes au sujet de la viabilité à long terme des dispositions énoncées dans une ordonnance du tribunal au sujet du droit d'accès. D'après l'étude d'évaluation de la *Loi sur le divorce*, environ 20 % des hommes et des femmes ont dit que des modifications avaient été apportées aux mesures qui avaient été convenues ou ordonnées à cet égard au moment du divorce<sup>9</sup>. Il semble que, lorsque les parents qui n'ont pas obtenu la garde se remarient et ont d'autres enfants, leur engagement antérieur à l'endroit des enfants nés du premier mariage est quelque peu modifié. En outre, un nouveau poste ou une promotion pourra signifier un déménagement. Bien entendu, au fur et à mesure que les enfants vieillissent, ils commencent à avoir leurs propres intérêts et à définir leurs priorités et leurs préférences. C'est pourquoi l'arrangement qui était peut-être raisonnable à un moment donné peut devenir inapproprié ou inapplicable.

Un autre problème lié au droit d'accès concerne l'accès des tiers. Même si l'on reconnaît généralement que le maintien de liens harmonieux avec les membres de la famille étendue «bilatérale» de l'enfant est souhaitable, on craint que les enfants n'aient moins de contacts avec leurs grands-parents et les membres de leur famille étendue après le divorce<sup>10</sup>. Récemment, on a demandé une réforme législative qui garantirait aux grands-parents le droit de voir leurs petits-enfants. À l'heure actuelle, selon la *Loi sur le divorce*, les tiers, dont les grands-parents, doivent obtenir l'autorisation du tribunal pour présenter une demande de

---

garde des enfants nés du mariage ou d'accès à ceux-ci. Cette condition n'a pas pour but d'empêcher le maintien des liens avec les grands-parents, mais de diminuer le plus possible les recours aux tribunaux, de façon que ceux-ci n'aient à se prononcer que sur les conflits graves.

Par ailleurs, l'exercice du droit d'accès est souvent perçu comme un problème sérieux. Nous y reviendrons plus loin en B.

### 3. Critique du «principe du parent amical»

Tel qu'il est mentionné plus haut, selon les paragraphes 16(10) et 17(9) de la *Loi sur le divorce*, l'enfant devrait avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et le tribunal doit tenir compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

Des dispositions semblables de la législation américaine ont été vivement critiquées. On a soutenu principalement qu'elle pourrait signifier que, si l'un des conjoints s'oppose à ce que l'autre obtienne un droit d'accès, le tribunal pourra conclure que la garde devrait être accordée au parent qui favorisera ces contacts au maximum. On a même ajouté que la réticence d'un parent à accepter des arrangements de garde conjointe pourrait être perçue comme une conduite négative que le tribunal invoquerait pour refuser d'accorder la garde exclusive<sup>11</sup>.

Aux États-Unis, certains ont été d'avis que le problème pourrait être particulièrement grave dans le cas des femmes battues, qui peuvent se sentir menacées par le dépôt d'une demande de garde conjointe par l'époux ou l'ex-époux agresseur. Les lois américaines ont eu pour effet de dissuader les femmes de révéler l'agression ou les agressions dont elles ont été victimes lorsqu'elles demandent au tribunal de restreindre les droits d'accès du père afin de ne pas perdre la garde<sup>12</sup>.

Il faudrait faire des recherches plus approfondies pour déterminer si ces craintes sont justifiées au Canada. Cependant, il faut se rappeler que la *Loi sur le divorce* ne renferme pas de présomption au sujet de la garde conjointe et que, au Canada, les tribunaux ont eu tendance à ne pas accorder la garde conjointe lorsqu'une des parties s'y opposait.

En outre, au cours de l'évaluation de la *Loi sur le divorce*, des avocats spécialisés en droit de la famille ont été consultés<sup>13</sup>. On leur a demandé, entre autres choses, quelles sont les conséquences de ce principe (1) sur les négociations relatives aux arrangements touchant la garde et le droit d'accès et (2) sur les décisions concernant les demandes de garde et d'accès. Un nombre égal de répondants ont dit que le critère du droit d'accès maximal n'avait eu aucune conséquence ou qu'il avait donné lieu à un droit d'accès plus généreux. Selon les tenants de cette dernière opinion, la règle permet d'obtenir un droit d'accès plus large

---

notamment parce que l'autre partie craint de se voir refuser la garde. De l'avis des avocats qui représentent les conjoints demandant ou ayant obtenu la garde, ce principe est un argument important qu'ils peuvent invoquer pour convaincre leurs clients d'agir raisonnablement.

#### 4. Les actes de violence et les agressions au sein de la famille

On craint que les tribunaux ne tiennent pas dûment compte de l'agression dont l'épouse a été victime lorsqu'ils rendent leurs ordonnances en matière de garde d'enfants et de droit d'accès. Bon nombre de femmes battues craignent de ne pas obtenir la garde de leurs enfants si elles décident de quitter leur conjoint. Les femmes qui se sentent le plus vulnérables sont des victimes d'agressions commises par leur conjoint qui, par ailleurs, n'a jamais directement agressé les enfants. D'après un examen de la jurisprudence, même si la preuve semble parler d'elle-même, certains tribunaux n'ont pas nécessairement tenu compte de la preuve d'agressions à l'endroit de l'épouse comme un élément pertinent pour rendre leurs ordonnances sur la garde et l'accès<sup>14</sup>.

Un des problèmes semble résider dans le fait que, à l'heure actuelle, le paragraphe 16(9) de la *Loi sur le divorce* n'autorise pas le tribunal à tenir compte de la «conduite antérieure» d'une personne, sauf si celle-ci est «liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère». Cette disposition ne précise pas les éléments qui sont ou ne sont pas pertinents aux fins de déterminer si une personne est apte à agir en qualité de père ou de mère. En conséquence, elle pourrait avoir pour effet d'exclure la preuve de l'agression à l'endroit de l'épouse, lorsque les tribunaux ne reconnaissent pas les effets de cette agression sur les enfants.

Cependant, des données empiriques indiquent clairement que même le fait d'assister à des scènes de violence à la maison risque d'avoir sur les enfants des répercussions pouvant engendrer des problèmes de comportement et, par la suite, des tendances à la violence<sup>15</sup>. Compte tenu de ces données empiriques, il y aurait peut-être lieu de clarifier la législation de façon à obliger le tribunal à tenir compte de la preuve d'actes de violence physique ou morale ou d'agression verbale au sein de la famille, même si ces actes ne visent pas les enfants, lorsqu'il rend des ordonnances en matière de garde et de droit d'accès.

Certains soutiennent qu'il peut être dangereux d'accorder beaucoup d'importance au problème de l'agression dans les litiges en matière de garde, parce qu'il est possible que des allégations fausses soient alors formulées. On a soulevé une objection semblable au sujet de l'utilisation croissante d'allégations d'agression sexuelle dans ces litiges. Ces conflits sont particulièrement éprouvants, tant pour les parents que pour les enfants, et les allégations à elles seules peuvent avoir de graves conséquences. Lorsque l'épouse formule une allégation de cette nature, l'enquête tend à porter, non plus sur l'intérêt de l'enfant, mais sur la question de savoir si les agressions ont effectivement eu lieu. Cette situation donne lieu à un

---

grand nombre de questions juridiques concernant la preuve et la procédure et crée des problèmes difficiles sur le plan moral<sup>16</sup>.

Il faudra faire des recherches plus approfondies pour déterminer les facteurs permettant de faire la distinction entre les allégations probablement fondées et celles qui sont peu vraisemblables. Selon des recherches menées aux États-Unis, le quart, voire les deux tiers des allégations d'agression sexuelle formulées dans le contexte de la séparation des parents seraient sans fondement; cependant, d'aucuns ont vivement contesté tant les statistiques que les fondements psychiatriques (souvent freudiens) de ces études<sup>17</sup>.

## 5. La discrimination fondée sur le sexe

Selon une critique très sérieuse qui a été formulée au sujet des décisions actuellement rendues en matière de garde, les mères obtiennent la garde dans la plupart des cas. Cela s'expliquerait par le fait que les tribunaux ont une opinion préconçue en faveur de la femme. On soutient que la femme jouit d'un avantage inéquitable par rapport à l'homme dans ces litiges et que les tribunaux appliquent encore la doctrine de l'âge tendre en tant qu'hypothèse favorable à la mère. On demande de reconnaître l'égalité des droits du père de famille et d'adopter des dispositions législatives imposant la garde conjointe de façon à garantir au père, après la séparation et le divorce, une participation permanente à la vie de l'enfant.

Les données compilées par Statistique Canada et les recherches menées dans le cadre de l'évaluation de la *Loi sur le divorce* par le ministère de la Justice fédéral permettent de dire qu'effectivement, les femmes se voient, plus souvent que les hommes, confier la garde exclusive de l'enfant. Selon les données de Statistique Canada<sup>18</sup>, en 1990, 27 367 ordonnances de divorce assorties d'une ordonnance de garde ont été rendues sous le régime de la *Loi sur le divorce*. Des 47 631 enfants touchés, 73,3 % ont été confiés à la mère, 12,2 % au père, 14,3 % aux deux époux dans le cadre d'une garde conjointe et moins de 1 % à une personne autre que les parents. De plus, on peut conclure, d'après ces données, que l'époux qui avait demandé le divorce avait de meilleures chances d'obtenir la garde des enfants, surtout s'il s'agissait d'un homme.

Toutefois, l'étude d'évaluation de la *Loi sur le divorce* laisse aussi entendre que, dans les nombreux cas où la garde de l'enfant a été confiée exclusivement à la mère, cette décision traduisait le désir des deux parents. Il se peut que la mère obtienne la garde exclusive des enfants parce que le père y consent, dans la plupart des cas, et pas nécessairement parce que les tribunaux appliquent une hypothèse favorable à la mère. D'après les entrevues menées dans les quatre villes visées par la recherche auprès des personnes qui sont divorcées ou qui divorcent, [TRADUCTION] «dans les cas où la mère s'est vu confier la garde exclusive, on présumait, conformément aux idées reçues, que les enfants avaient besoin de leur mère»<sup>19</sup>.

---

Dans le cadre de l'analyse de la prétention selon laquelle les tribunaux auraient un parti pris en faveur de la mère, on mentionne dans l'étude d'évaluation que, s'il y a là une forme de supercherie, il est impossible de la déceler directement et nous ne pouvons qu'accepter, à titre de données expérimentales, les déclarations des hommes : ils affirment que les différends relatifs à la garde surviennent rarement et qu'en général, ils sont d'accord pour dire qu'il est nettement préférable de confier les enfants à leur mère<sup>20</sup>.

Une explication semblable a été proposée au sujet des statistiques relatives à la Californie. Selon une étude importante menée dans cet État, malgré les modifications majeures apportées aux règles sur le divorce au début des années 1970 afin de promouvoir la garde conjointe, quinze ans plus tard, la répartition des décisions relatives à la garde n'avait guère changé<sup>21</sup>. Dans la plupart des cas, c'était principalement la mère qui continuait à s'occuper des enfants après le divorce. De l'avis de Lenore Weitzman, [TRADUCTION] « Cette tendance traduit la réalité sociale sous-jacente selon laquelle les mères assument la majeure partie des responsabilités quotidiennes relatives au soin de leurs enfants après le divorce, comme elles le font pendant le mariage ». En outre, il est peu probable que cette tendance change de façon importante dans un avenir rapproché, en raison des préjugés sociaux fortement enracinés qui expliquent que les femmes se consacrent davantage à leurs enfants<sup>22</sup>.

En réponse à ceux qui soutiennent que les tribunaux semblent avoir des préjugés en faveur de la mère lorsqu'ils rendent leurs décisions en matière de garde, d'autres allèguent que les règles actuelles sur la garde et l'accès reposent sur des mythes patriarcaux.

De l'avis de certains, les tribunaux jugent parfois les qualités de parent du père en appliquant une norme différente et beaucoup moins stricte que dans le cas de la mère<sup>23</sup>. On fait valoir qu'on s'attend encore à ce que les femmes jouent un rôle traditionnel en ce qui a trait au soin des enfants et de la maison et que, lorsqu'elles ne jouent pas ce rôle ou qu'elles sacrifient des valeurs « traditionnelles » pour poursuivre une carrière ou vivre à leur guise, elles sont pénalisées. De même, on allègue que les tribunaux accordent trop d'importance aux efforts déployés par les hommes pour modifier leur image traditionnelle de gagne-pain et jouer un rôle plus actif dans l'éducation de leurs enfants ou l'entretien de la maison<sup>24</sup>.

D'autres sont d'avis que la façon dont les concepts de l'absence de discrimination sexuelle et de l'égalité officielle sur le plan juridique sont appliqués favorise le retour à la puissance patriarcale par des méthodes comme l'ordonnance de garde conjointe<sup>25</sup>. Sur le plan des politiques sociales, dans le cadre de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, on a tendance à conférer à l'égalité un statut officiel en adoptant des normes fondées sur l'absence de discrimination sexuelle. Bien que l'absence de discrimination sexuelle constitue un élément important de l'égalité, elle est, dans une large mesure, symbolique. En fait, les hommes et les femmes ne se trouvent peut-être pas dans la même situation et l'analyse axée sur l'égalité des sexes n'est pas toujours appropriée. Le fait de traiter les hommes et les femmes comme s'ils étaient égaux ne leur conférera pas cette égalité et risque plutôt de donner lieu à des attentes qui peuvent désavantager la femme dans les litiges

---

touchant la garde. Par exemple, il se peut que la femme qui occupe un emploi à l'extérieur du foyer ne réponde pas aux exigences des tribunaux quant à ses qualités de mère et ne jouisse pas non plus d'une stabilité économique comparable à celle du père.

## 6. Qui représente les intérêts et les opinions de l'enfant?

Même si les décisions en matière de garde et d'accès touchent directement les enfants en cause, ceux-ci jouent un rôle très restreint dans les litiges. Pourtant, la loi exige que l'on tienne compte de l'intérêt de l'enfant et il existe plusieurs procédures judiciaires permettant d'obtenir l'opinion de l'enfant au cours du litige. Ainsi, on peut utiliser des rapports de travailleurs sociaux et des opinions de témoins-experts; en outre, le juge peut lui-même interroger l'enfant. Par ailleurs, dans certains territoires, un conseiller juridique est chargé de représenter les enfants devant le tribunal, qu'il s'agisse du tuteur à l'instance, qui doit veiller à ce que toute la preuve concernant l'intérêt de l'enfant fasse partie du dossier, ou d'un intervenant bénévole, qui peut présenter en preuve les opinions de l'enfant.

Cependant, il faut faire une distinction entre le fait de promouvoir l'intérêt de l'enfant et le fait de représenter ses opinions. Ni le tuteur à l'instance ni l'intervenant bénévole n'agissent comme véritables représentants de l'enfant.

Dans le passé, les enfants n'ont pas été représentés pendant les litiges, parce qu'ils n'étaient pas considérés comme des personnes ayant elles-mêmes des droits à faire valoir. Depuis que le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* (ONU) en décembre 1991, on insiste davantage sur les droits des enfants. Plus précisément, l'article 12 de la Convention prévoit que l'enfant doit avoir l'occasion d'exprimer ses opinions et d'être entendu dans les causes qui le concernent. On a donc critiqué le fait qu'à l'heure actuelle, les enfants ne puissent exiger qu'on leur permette de participer aux litiges en matière de garde et d'accès. On a également souligné que de nombreux conflits d'intérêts entre les parents qui se séparent ou qui divorcent, d'une part, et les enfants, d'autre part, peuvent être décelés. Ainsi, un parent peut décider d'abandonner des droits d'accès ou des versements de pension alimentaire ou encore de vendre la résidence familiale de façon à liquider ses droits sur des biens. On recommande donc de plus en plus que les enfants soient représentés de façon indépendante par un conseiller juridique qui pourrait présenter les préférences de l'enfant sans opposition de la part du tribunal<sup>26</sup>. Cette recommandation a toutefois permis de soulever la question du coût, ainsi que bon nombre de questions qui doivent encore être résolues, notamment la capacité de l'enfant de donner des directives à un avocat et la réaction négative qu'il pourrait avoir si on lui demandait de choisir entre son père et sa mère.

---

## B. PROBLÈMES LIÉS À L'EXÉCUTION

Lorsque les ordonnances en matière de garde et d'accès ne sont pas respectées, il devient difficile d'en forcer l'exécution. Voici quelques-uns des problèmes habituellement soulevés à cet égard.

### 1. Rapt d'enfants par les parents

Le plus grave problème d'exécution est celui du parent qui, n'ayant pas obtenu la garde, refuse de se conformer aux dispositions de l'ordonnance et enlève l'enfant pour l'emmener dans un autre territoire. Habituellement, il le fait pour empêcher l'autre parent d'exercer son droit de garde et espère obtenir une autre ordonnance de garde dans un territoire différent. Dans ces cas-là, les enfants sont d'abord et avant tout les victimes du conflit qui oppose leurs parents. L'auteur de l'enlèvement les prive de la sécurité et de la stabilité ainsi que des habitudes de vie auxquelles ils ont droit et leur bien-être est donc en jeu.

Depuis 1983, il existe en droit pénal un recours qui permet de trouver rapidement l'auteur du rapt et de le punir. Des accusations peuvent en effet être portées conformément aux articles 282 et 283 du *Code criminel*<sup>27</sup>. Dès que des accusations sont portées, un mandat d'arrestation valable partout au Canada peut être délivré à l'encontre de l'auteur du rapt. D'après les statistiques recueillies par le Bureau d'enregistrement des enfants disparus de la GRC, en 1990, 432 enfants ont été enlevés par leur père ou leur mère au Canada, sans tenir compte des enlèvements non signalés aux autorités policières. Parmi ces enfants, 77 pour cent ont été retrouvés au cours de la même année.

Il convient de souligner que le rapt d'enfants par le père ou la mère ne sera pas considéré comme un acte criminel dans tous les cas. La question de savoir s'il y a lieu de porter des accusations dépend de plusieurs facteurs, dont la preuve de l'intention criminelle, la nécessité d'établir la preuve hors de tout doute raisonnable et la possibilité d'invoquer le consentement et le risque de danger immédiat, qui sont des moyens de défense prévus par le Code criminel. C'est l'avocat de la poursuite qui décide lui-même en dernier ressort si des accusations seront portées ou non dans un cas donné, compte tenu des circonstances de chaque cause. En 1990, tous les territoires ont adopté des directives uniformes en matière d'inculpation suivant les articles 282 et 283 du Code criminel. Ces directives se trouvent à l'annexe "D".

Si un enfant est emmené en dehors du Canada, la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants pourra s'appliquer. Le Canada a ratifié cette convention internationale et chaque province de même que chaque territoire ont adopté une loi visant à assurer l'application des dispositions de la Convention. Celle-ci comporte deux grands objectifs : assurer le retour rapide des enfants enlevés ou gardés illégalement dans un



---

État contractant et veiller à ce que les droits de garde et d'accès en vigueur dans un État contractant soient respectés dans les autres États contractants.

## 2. L'exécution des ordonnances de garde extraprovinciales

Lorsqu'il ne convient pas d'intenter de poursuites au pénal, il faudra utiliser des recours civils qui peuvent également donner plus de poids aux mesures d'exécution de nature pénale, le cas échéant.

On a relevé de nombreux problèmes liés à l'exécution au civil d'une ordonnance de garde rendue dans une autre province. Les provinces et les territoires ont maintenant adopté des dispositions législatives explicites au sujet de l'exécution d'ordonnances de garde extraprovinciales, mais on se plaint encore du fait que l'exécution demande beaucoup de temps et d'argent et que, trop souvent, la démarche est vaine.

Ainsi, il est parfois difficile de déterminer quand un tribunal devrait forcer l'exécution d'une ordonnance de garde extraprovinciale, tenir une autre enquête et peut-être même modifier l'ordonnance. Habituellement, une ordonnance rendue par un tribunal d'une autre province dont la compétence est reconnue sera respectée et appliquée. Cependant, les tribunaux peuvent également reconnaître leur droit et leur devoir de déterminer eux-mêmes la solution la plus compatible avec l'intérêt de l'enfant, notamment lorsqu'on allègue que celui-ci court un danger<sup>28</sup>.

On s'interroge également au sujet du pouvoir de la police d'exécuter une ordonnance de garde rendue dans une autre province. L'ordonnance d'exécution par laquelle le tribunal enjoint aux agents de la paix de faciliter l'exécution de l'ordonnance de garde ne lie pas ceux-ci en dehors des limites de la province où elle a été rendue. En conséquence, avant que les agents de la paix ne puissent agir dans l'autre province, il faut obtenir une nouvelle ordonnance conformément à la législation de la province où l'on cherche à l'exécuter.

En outre, conformément aux paragraphes 20(2) et 20(3) de la *Loi sur le divorce*, les ordonnances en matière de garde et d'accès rendues par un tribunal de toute province et de tout territoire sont valables partout au Canada. Elles peuvent être enregistrées auprès d'un tribunal partout au Canada et exécutées comme si elles avaient été rendues par ce tribunal à l'origine ou de toute autre façon prescrite par les lois de cette province ou de ce territoire. Cependant, cette règle vaut pour les ordonnances rendues conformément à la *Loi sur le divorce* et ne s'applique pas à celles qui sont rendues sous le régime des lois provinciales.

De plus, la *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, qui est une loi fédérale, énonce une démarche à suivre pour déterminer les adresses des parents et des enfants à l'aide des banques de données fédérales afin de faciliter l'exécution des ordonnances de garde.

---

### 3. L'exercice du droit d'accès

Au cours des dernières années, on a souligné à quel point il est difficile pour les parents qui ont obtenu un droit d'accès de voir leurs enfants, parce que les tribunaux sont réticents à forcer l'exécution des ordonnances relatives au droit d'accès ou qu'ils sont incapables de le faire.

À l'heure actuelle, dans la plupart des provinces, le principal moyen de forcer l'exécution de l'ordonnance est la requête pour outrage au tribunal, qui peut entraîner l'imposition d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement à l'encontre du parent qui a obtenu la garde de l'enfant. Cependant, les juges sont souvent réticents à imposer ces mesures, estimant qu'il ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant de punir ainsi le parent qui a la garde. En conséquence, dans certains cas, les ordonnances et ententes en matière d'accès ne sont pas appliquées. On a souligné que la frustration ressentie par le parent qui a un droit d'accès peut parfois aggraver le problème du défaut de paiement de la pension alimentaire. Cependant, il convient de reconnaître que le système de droit ne peut permettre de résoudre tous les litiges en matière d'accès efficace ou significatif si les parents omettent d'en reconnaître les avantages pour l'enfant et continuent à se quereller au sujet des dispositions relatives à l'exercice de ce droit<sup>29</sup>.

À l'inverse, on a soutenu que le parent qui obtient des droits d'accès peut lui aussi créer de graves problèmes s'il ne se rend pas aux heures prescrites, ce qui peut décevoir l'enfant et représenter des inconvénients et des frais pour le parent qui a la garde, ou s'il omet tout simplement d'exercer ses droits d'accès.

Il convient également de souligner que, même si de nombreux problèmes liés au droit d'accès ont été signalés, il est difficile d'en évaluer la nature et la gravité exactes. Récemment, l'Institut canadien de recherche pour le droit et la famille a mené une étude dans le but d'obtenir des renseignements indiquant jusqu'à quel point les parents qui n'avaient pas obtenu la garde de leurs enfants en Alberta pouvaient ou non les voir<sup>30</sup>. Dans le cadre de l'étude, tant les parents qui avaient obtenu la garde que les autres ont répondu à un questionnaire. D'après les résultats, l'exercice du droit d'accès ne constitue pas un problème majeur en Alberta. La majorité des répondants des deux groupes (70 % des parents qui avaient obtenu la garde et 63,6 % des autres parents) ont mentionné que l'exercice de ce droit était rarement refusé. En fait, la majorité (92 %) des parents qui avaient obtenu la garde ont mentionné qu'ils préféraient que l'autre parent voie leurs enfants. De la même façon, lorsqu'on a demandé aux parents leur avis au sujet du temps de visite accordé, la majorité des parents qui avaient obtenu des droits d'accès ont dit que le temps accordé était raisonnable (57,9 %). Même si 36,8 % des parents qui n'avaient pas obtenu la garde étaient d'avis que le temps accordé était inférieur à ce qu'ils auraient voulu obtenir, cette proportion est plus basse que le pourcentage correspondant (54,5 %) de parents qui avaient obtenu la garde et qui ont dit la même chose.

---

Une des conclusions les plus intéressantes de l'étude concerne la préoccupation susmentionnée, soit le fait que les règles de droit soient totalement inefficaces sur le plan de l'exécution des ordonnances en matière d'accès. Cette lacune est souvent considérée comme un grave problème qui peut déconsidérer l'administration de la justice. Cependant, l'étude a aussi révélé que les parents des deux camps semblent capables de s'entendre au sujet de l'accès sans avoir recours au tribunal. Au total, 69 % des parents n'ayant pas la garde et 43,3 % des autres parents ont mentionné qu'ils avaient parfois éprouvé des problèmes liés à l'exercice du droit d'accès. Le questionnaire comportait une série de questions à choix multiples visant à déterminer ce que les parents avaient fait pour résoudre ces problèmes. Parmi ceux qui ont répondu, 40 % des parents ayant la garde et 69,2 % des autres ont indiqué qu'ils discutaient des problèmes avec l'autre parent. D'autres ont dit qu'ils en parlaient à des amis, à un conseiller ou à un médiateur.

### C. PRÉOCCUPATIONS FONDAMENTALES CONCERNANT LE RÉGIME JURIDIQUE ACTUEL

#### 1. Le système accusatoire

Les dispositions législatives actuellement en vigueur au sujet de la garde d'enfants et du droit d'accès sont fondées sur le système accusatoire, qui s'applique dans les cas où il y a des conflits. La loi énonce les règles qui autorisent les tribunaux à imposer des ordonnances de garde et d'accès et la démarche à suivre à cet égard et le tribunal agit comme décideur impartial. Plusieurs problèmes ont été relevés au sujet de ce système.

En réalité, ce n'est qu'une proportion mineure de cas touchant la garde qui font l'objet d'un litige ou qui sont tranchés par le tribunal. D'après les recherches menées dans le cadre de l'évaluation de la *Loi sur le divorce*, les différends sont moins nombreux que ce qu'on pense et ceux qui nécessitent l'intervention judiciaire sont encore plus rares. Selon cette étude, dans les quatre villes, 35 cas seulement sur un total de 1 170 avaient été portés devant le tribunal.

On ne sait pas exactement jusqu'à quel point les règles officielles énoncées dans la législation ont des répercussions sur la conclusion d'ententes privées en matière de garde et de droit d'accès. Cependant, il convient de reconnaître que cette influence est probablement très grande. Même lorsque les parents parviennent à s'entendre de façon informelle, il est possible que les règles de droit aient un effet indirect car, au cours des négociations, les parents seront guidés par ces règles telles qu'ils les perçoivent ou les comprennent. Il se peut que l'entente éventuelle soit fondée, du moins en partie, sur la perception que les parents ont de leurs droits et obligations fondamentaux.

Lorsque l'une ou l'autre des parties ou les deux consultent un avocat, comme cela se produit souvent, les règles de droit ont alors des répercussions plus directes. L'avocat donne des conseils qui sont fondés sur une évaluation de l'application des dispositions législatives

---

pertinentes aux faits. Cette évaluation est fondée à son tour sur des facteurs comme la jurisprudence, l'expérience personnelle et l'obligation de protéger les intérêts du client. En outre, il arrive souvent que l'avocat donne cet avis en n'ayant qu'une connaissance restreinte des problèmes personnels complexes qui existent habituellement entre les conjoints ainsi qu'entre les parents et leurs enfants.

On doute également que le système accusatoire convienne même dans les cas où la garde est contestée.

Dans le cadre du système accusatoire, c'est un décideur impartial qui est appelé à trancher le différend entre les parties. Chaque partie peut présenter ses arguments et contester ceux de la partie adverse. Selon certains, ce système ne sert qu'à envenimer les sentiments de colère et de frustration liés à la démarche de la séparation et du divorce et risque d'accentuer les différends entre les époux. Le régime du gagnant et du perdant ne sert qu'à aggraver le conflit entre les conjoints et à accroître le sentiment d'aliénation qu'éprouvent les conjoints qui n'ont pas obtenu la garde à l'endroit de leurs enfants. À son tour, cette situation peut provoquer le refus de verser la pension alimentaire de l'enfant. Il arrive trop souvent que la garde ne devienne qu'un autre aspect du conflit dans le cadre duquel les conjoints se disputent le statut de «parent véritable».

Plus précisément, on a souligné que, dans le cadre de ce système accusatoire, le tribunal doit se demander qui est le «meilleur» parent pour rendre son ordonnance de garde. Non seulement cette situation provoque-t-elle des critiques et accroît-elle la colère et la douleur déjà présentes au cours de la démarche de séparation, mais elle exige des tribunaux qu'ils analysent et jugent les rapports antérieurs entre les intéressés. Toutefois, il se peut que les parties se préoccupent tellement de faire valoir leur propre position qu'elles révèlent peu de leurs caractéristiques qui permettraient au juge de rendre une décision éclairée au sujet de la garde.

On soutient également que la nature des liens entre les conjoints ou entre les parents et les enfants est tellement subjective qu'on ne peut présenter d'éléments de preuve pertinents à ce sujet. Le père ou la mère peut souvent faire état de dates et d'incidents qui n'ont qu'un rapport secondaire avec la véritable question que la Cour doit trancher et il n'est pas facile d'évaluer les facteurs pertinents au cours de l'instance.

## **2. Le caractère incertain du critère fondé sur «l'intérêt de l'enfant»**

Au Canada, toutes les décisions en matière de garde et d'accès doivent être fondées uniquement ou avant tout sur l'intérêt de l'enfant. C'est là le critère adopté dans les lois de tous les pays de common law et il a également été reconnu dans les conventions internationales concernant les enfants.

---

En conséquence, la garde doit être envisagée d'abord du point de vue de l'enfant et ensuite, du point de vue des adultes, et non l'inverse. Dans chaque cas, le tribunal doit tenir compte des besoins de l'enfant en question et déterminer lequel des adultes qui lui sont présentés est le plus apte à répondre à ces besoins.

Cependant, l'application de ce principe dépend entièrement de ce que l'on entend par l'intérêt de l'enfant au moment sous étude. Dans cette perspective, on a fait valoir que ce principe repose sur des convictions concernant l'éducation qui sont influencées par des valeurs religieuses, morales et sociales. De toute évidence, les tribunaux interprètent autrement cette notion depuis quelques années, compte tenu de l'évolution, sur les plans social et culturel, des idées relatives au mariage, une des institutions fondamentales de notre société. Par exemple, à l'époque où l'adultère était inadmissible sur les plans juridique et social, on soutenait que le fait de refuser la garde à la mère coupable d'adultère assurait le respect de l'institution du mariage et protégeait l'enfant contre des influences néfastes. C'est ainsi que l'on ne peut plus s'appuyer sur les certitudes et les perceptions d'antan sur ce qui est approprié aux plans juridique et social pour l'entretien d'un enfant. Le droit que les pères détenaient sur leurs enfants n'a plus de caractère sacré et les infidélités conjugales de la mère ne la disqualifient plus du contrôle légal de ses enfants. Les soins maternels ne sont plus considérés indispensables aux enfants d'âge tendre.

On a aussi fait remarquer qu'il est très difficile de prédire les effets des dispositions concernant la garde sur un enfant. Les théories de l'heure, en matière de psychologie, ne permettent pas en général de faire pareille prédiction et lors même qu'une prédiction valable pourrait être faite, il est peu probable que notre société serait favorable à une décision plutôt qu'à une autre en cas de contestation. Il s'ensuit que les décisions en matière de garde qui sont fondées sur le critère de l'intérêt de l'enfant, lequel est probablement imprécis, sont souvent perçues comme des décisions arbitraires et imprévisibles. Comme le résultat est incertain, la partie qui est le plus en mesure de prendre des risques et de supporter les contraintes financières et émotives des négociations ou du litige est avantagée. On ajoute aussi que le rejet de la demande de garde ou de droit d'accès peut être fondé sur un facteur qui ne concerne pas vraiment le bien-être de l'enfant. À ce sujet, on mentionne souvent l'orientation sexuelle du requérant.

Ce problème est directement lié à une autre conséquence du critère de «l'intérêt de l'enfant», c'est-à-dire le fait que les tribunaux appelés à déterminer ce qui est l'intérêt de l'enfant se fondent dans une large mesure sur les évaluations préparées par des professionnels de la santé mentale comme des psychiatres, des psychologues et des travailleurs sociaux. On a aussi constaté que les évaluations jouent souvent un rôle fondamental dans le règlement des litiges et ajoutent un «élément de négociation» aux pourparlers<sup>31</sup>. Même si ces rapports d'expert peuvent être utiles, pour les raisons déjà indiquées, il faut les examiner avec un oeil critique et en reconnaître les limites.

---

### 3. La terminologie actuelle

De l'avis de certains, la terminologie actuellement utilisée dans la législation canadienne au sujet de la garde cause de véritables problèmes.

On a constaté que les expressions actuellement utilisées sont tirées du droit pénal et du droit des biens et ne conviennent pas pour décrire les liens entre les parents et leurs enfants<sup>32</sup>. Ainsi, le mot «garde» est constamment utilisé à l'égard des criminels incarcérés et est également employé dans le cadre de la conservation des biens. L'emploi de ce mot à l'égard des enfants laisse supposer qu'il s'agit de prisonniers ou de biens à répartir entre les parents, tout comme les autres éléments d'actif accumulés pendant le mariage. Il en va de même pour le mot «accès», qui provient du droit des biens et sert à désigner le droit de passer sur un terrain adjacent sans entrave. L'application de cette notion du droit des biens aux liens qui unissent l'enfant et ses parents a tendance à amoindrir le rôle du «parent qui n'a pas la garde».

On reconnaît de plus en plus que les étiquettes juridiques utilisées pour décrire les liens entre les parents divorcés et leurs enfants ont des répercussions très importantes et que certains litiges touchant la garde peuvent, en réalité, porter sur des étiquettes plutôt que sur les dispositions de fond sur le soin des enfants<sup>33</sup>. Non seulement ces étiquettes renforcent-elles la notion du gagnant et du perdant et l'idée selon laquelle la garde est l'enjeu d'une lutte que seul un des deux opposants peut remporter, mais il semble que le fait d'être étiqueté «parent qui a la garde» ou parent qui a un droit d'accès peut influencer les attentes et les rôles que les parents jouent auprès de leurs enfants après le divorce.

---

## NOTES

1. *Kruger c. Kruger* (1979) 104 D.L.R. (3d) 481, p. 485.
2. *Dipper c. Dipper*, [1980] 3 W.L.R. 626.
3. Voir *Jones c. Jworski* (1989) 93 A.R. 378 (C.B.R.).
4. Voir *Hockey c. Hockey* (1989), 69 O.R. (2d) 338, (Cour div.), décision confirmée dans *Young c. Young* (1990), 29 R.F.L. (3d) 112 (C.A. C.-B.). Décision portée en appel devant la Cour suprême du Canada.
5. Voir, par exemple, Susan Maidment, *Child Custody and Divorce* (Londres : Croom, Helm, 1984), à la page 253, où l'auteure souligne ce qui suit : [TRADUCTION] «mis à part le rejet exceptionnel, par Goldstein et al, du droit d'accès comme étant une menace à la stabilité des rapports entre l'enfant et le parent ayant obtenu le droit de garde, les professionnels de ce domaine conviennent en général qu'il y a lieu, dans l'intérêt de l'enfant, de maintenir des liens constants avec les père et mère et que ces liens favorisent le bien-être de l'enfant dans la mesure où ils sont plus intimes et plus normaux». Voir également Norris Weisman, «On Access After Parental Separation», (1992) 36 R.F.L. (3d) 35.
6. Bureau de l'examen, *Évaluation de la Loi sur le divorce*, (ministère de la Justice du Canada, mai 1990), à la page 111. Menée en deux étapes, cette étude a permis de recueillir des données en provenance de quatre villes du Canada, soit Saint John, Montréal, Ottawa et Saskatoon. Elle comportait l'analyse de dossiers judiciaires ainsi que des entrevues auprès des personnes divorcées dont les dossiers avaient été examinés.
7. Voir, par exemple, *Ader c. McLaughlin* [1964] 2 O.R. 457 (H.C.); *Savidant c. MacLeod*, [1991] P.E.I.J. 59.
8. Les données recueillies en 1985 pour l'étape 1 de l'évaluation de la *Loi sur le divorce* indiquent que, dans environ 23 % des cas, l'ordonnance relative au droit d'accès comportait des horaires et des conditions très détaillés et précis qui résultaient très souvent d'accords conclus par suite de la médiation. En général, le droit d'accès n'était pas mentionné dans l'ordonnance ou, lorsqu'il l'était, il était décrit par des qualificatifs comme «raisonnable» et «généreux», de façon que les parents s'entendent eux-mêmes à ce sujet. Dans environ 1 % des cas, le tribunal a ordonné que la visite ait lieu sous surveillance.
9. *Évaluation de la Loi sur le divorce*, précitée, note 6, aux pages 110 et 113.



- 
10. Cette crainte est confirmée jusqu'à un certain point par les résultats d'une enquête qui a été menée très récemment en Alberta. Les membres de la famille étendue d'enfants de parents divorcés ont été interrogés au sujet des problèmes d'accès. Même si la majorité de ces membres ont déclaré qu'ils avaient obtenu le droit de voir leurs petits-enfants, nièces et neveux, plus de la moitié des proches parents ont dit que le nombre et la durée des visites étaient inférieurs à ce qu'ils souhaitaient. Lorsqu'on leur a demandé s'ils avaient eu du mal à voir leurs petits-enfants, nièces et neveux et à maintenir des liens avec eux après la séparation des parents, 54,2 % des membres de la famille élargie ont répondu par l'affirmative. Voir Debra Perry et al., *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown In Alberta* (Calgary, Alberta: Institut canadien de recherche sur le droit et la famille, mai 1992).
  11. Ainsi, après une étude de dix ans au sujet des conséquences de la réforme dont les règles sur le divorce de la Californie ont fait l'objet au cours des années 1970, Lenore Weitzman souligne ce qui suit : [TRADUCTION] «Le parent réticent sera davantage incité à conclure une entente de garde conjointe dans les États où le principe du parent amical est en vigueur. Selon ce principe, le tribunal doit se demander lequel des deux conjoints serait le plus disposé à permettre à l'autre l'exercice fréquent et constant de son droit d'accès, lorsqu'il rend une ordonnance de garde exclusive. Plusieurs associations d'avocats ont contesté ce principe, parce qu'il risque de forcer les parents à conclure un "accord" de garde conjointe.» *The Divorce Revolution, The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America* (New York: The Free Press, 1985), à la page 246.
  12. Voir Louise Lamb, «Involuntary Joint Custody: What Mothers will Lose if Fathers' Rights Groups Win» (1987) 5 *Horizons* 20, et Joanne Schulman, Valerie Pitt, «Second Thoughts on Joint Child Custody: Analysis of Legislation and its Implications for Women and Children», [1982] 12 *Golden Gate University Law Review* 538, aux pages 555 et 556, où il est question du témoignage donné par Diane Palladine, directrice de Women Helping Women, Abused Women's Services Middlesex County, N.J., lequel est reproduit dans *Hearings on A. 1471, Comm. on the Judiciary, Law, Public Safety and Defense, 1980 Sess.* (New Jersey, 1980), disponible auprès du National Center of Women and Family Law 799 Broadway, Room 402, New York, New York 10003.
  13. Ministère de la Justice du Canada, *Consultation concernant la Loi de 1985 sur le divorce avec des avocats en droit de la famille* (mai 1989), à la page 16.
  14. Voir, par exemple, *Peterson c. Peterson* (1988) N.S.R. (2d) 107 (Cour de comté de la Nouvelle-Écosse); *Renaud c. Renaud* (1989) 22 F.R.L. 366 (Cour de district de l'Ontario); *Clothier c. Ettinger* (1989) 91 N.S.R. (2d) 423 (Division de la famille de la Nouvelle-Écosse) et *Grills c. Grills* (1982) 30 R.F.L. (2d) 390 (Cour provinciale de l'Alberta).

- 
15. Voir Peter G. Jaffe, David Wolfe et Susan Kaye Wilson, *Children of Battered Women* (volume 21, *Developmental Clinical Psychology and Psychiatry*) (Newbury Park, Californie : Sage Publications, 1990), chapitre 2.
  16. On trouvera des commentaires détaillés à ce sujet dans Nicholas Bala et Jane Anweiler, "Allegations of Sexual Abuse in a Parental Custody Dispute: Smokescreen or Fire", 2 *Canadian Family Law Quarterly* 343.
  17. Voir Elissa Benedek et Diane Schetky, "Allegations of Sexual Abuse in Child Custody and Visitation Disputes", dans *Emerging Issues in Child Psychiatry and the Law* (New York: Brunner/Mazel, 1984); Arthur Green, "True and False Allegations of Sexual Abuse in Child Custody Disputes", 25 *Journal of American Academy of Child Psychiatry*, 4:449 et Michael F. Elterman et Marion F. Ehrenberg, "Sexual Abuse Allegations in Child Custody Disputes", (1991) 14 *International Journal of Law and Psychiatry* 269.
  18. Louise Lapierre, «Divorce, Canada, provinces et territoires, 1990», *Rapports sur la santé*, volume 3, n° 4 (Ottawa : Centre canadien d'information sur la santé, Statistique Canada, 1992), à la page 383.
  19. *Évaluation de la Loi sur le divorce*, précitée, note 6, à la page 106.
  20. *Ibid*, à la page 108.
  21. Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution - The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, précité note 11, aux pages 260 et 261.
  22. *Ibid*, à la page 256.
  23. Voir, par exemple, *Tyndale c. Tyndale* (1985), 48 R.F.L. (2d) 426 (C.B.R. Sask.), où le père s'est vu octroyer la garde de préférence à la mère, qui occupait un emploi à temps plein, même s'il était considéré comme un témoin peu fiable et que l'on reconnaissait qu'il [TRADUCTION] «n'avait véritablement assumé qu'après la séparation ses responsabilités de père envers ses garçons». Dans ses motifs de jugement, le tribunal a mentionné que le père était à son compte et que, par conséquent, son horaire était plus souple que celui de la mère. De plus, le juge a reconnu ce qui suit : [TRADUCTION] «j'ai l'impression que la pétitionnaire possède elle-même assez de force de caractère pour faire face à la situation alors même qu'elle n'a pas la garde des enfants, et qu'elle continuera d'assumer envers ses enfants ses responsabilités à titre de mère».

- 
24. Voir Susan Boyd, «Child Custody and Working Mothers», dans S. Martin et K. Mahoney (ed.), *Equality and Judicial Neutrality*, (Toronto : Carswell, 1987).
25. Susan Boyd, «Child Custody Ideologies and Employment», (1989) 3 CJWL 111.
26. Voir B. Landau, «Parents' Rights, Children's Rights and the Development of a Coherent Policy for Balancing of Interests - Family Law Reform, Where do we go from here? (1988) 26:1 Conc. Cts. Rev., 29 à 37. Elle soutient que les enfants devraient avoir le droit d'être représentés par un avocat chaque fois que les deux parents sont prêts, pour une raison ou pour une autre, à abandonner un droit important qui touche avant tout l'enfant ou que les parents ne s'entendent pas et que les questions de la garde, de l'accès, de la pension alimentaire ou du foyer doivent être tranchées par le tribunal. L'avocat pourrait représenter l'enfant lors des négociations et pendant le litige, si c'est nécessaire. Voir également l'honorable juge A.P. Nasmith, «The Inchoate Voice», 8 Canadian Family Law Quarterly 43, ainsi que Carol Mahood Huddart et Jeanne Charlotte Ensminger, «Hearing the Voice of Children», 8 C.F.L.Q. 95.
27. Selon l'article 282 du *Code criminel*, le parent, tuteur ou gardien d'un enfant au sens de l'article 14 qui enlève, cache, retient, etc. un enfant contrairement aux dispositions d'une ordonnance de garde rendue au Canada dans le but de priver un parent, tuteur ou autre gardien de la possession de l'enfant commet une infraction.
- L'article 283 concerne l'enlèvement commis par les parents lorsque aucune ordonnance de garde n'est en vigueur. Selon le paragraphe (1), le parent, tuteur ou autre gardien d'un enfant au sens de l'article 14 qui enlève, cache, retient, etc., l'enfant sans avoir obtenu d'ordonnance de garde à son égard dans le but de priver un parent, tuteur ou autre gardien de l'enfant de la possession de celui-ci commet une infraction. Selon le paragraphe (2), il faut obtenir le consentement du procureur général avant d'engager des poursuites.
28. Voir par exemple *Choi c. Choi* (1986), 69 A.R. 223 (C.B.R.); *Aumais c. Aumais* (1986), 41 Man. R. (2d) 275 (C.B.R.) et *Bearisto c. Bearisto* (1982), 65 A.R. 281 (C.A.).
29. Voir, par exemple, Norris Weisman, «On Access After Parental Separation», 36 R.F.L. (3d) 35.
30. Les résultats de cette étude sont présentés dans un document de Debra Perry et al. intitulé «Access to Children Following Parental Relationship Breakdown In Alberta», Institut canadien de recherche pour le droit et la famille (Calgary, Alberta) (mai 1992).

- 
31. Nicholas Bala, «Assessing the Assessor : Legal Issues» (1990) 6 Can. F.L.Q. 179, à la page 181.
  32. C'est l'un des principaux thèmes qu'a abordés M<sup>me</sup> Judith Ryan dans un rapport préparé pour le ministère fédéral de la Justice et intitulé «Parents pour la vie : Pour des rapports durables entre les parents divorcés et leurs enfants» (mars 1989), aux pages 10 à 17. Voir également M. Elkin, «The Language of Family Law is the Language of Criminal Law» (1975), 13:1 Conc. Cts. Rev. viii.
  33. *Ibid*, aux pages 13-17 qui renvoient à Pearson, J. et N. Thoennes «Mediating and Litigating Custody Disputes: A longitudinal evaluation» (1984) 17 F.L.Q. 497-524 (dont la critique de Levy, R.J. aux pp. 525-533, et la réponse de l'auteur aux pp. 535-538); ainsi que Patrician, Marty, «Child Custody Terms: Potential Contributors to Custody Dissatisfaction and Conflict», *Mediation Quarterly*, Vol. 3, mars 1984, p.41.



---

### **PARTIE III - POSSIBILITÉS AUX FINS D'UNE RÉFORME**

De nombreux problèmes et controverses liés au régime juridique actuel ont été mentionnés dans la partie II du présent document. Pour résoudre les problèmes, on peut faire appel à différentes solutions, dont voici les principales:

1. L'adoption de mesures de nature non législative, comme la recherche, la formation des tribunaux et des parents et l'amélioration des services de consultation et de médiation.
2. Dans le contexte du régime actuel des droits de garde et d'accès, l'adoption de modifications législatives visant à corriger certains problèmes décelés.
3. L'élaboration de nouvelles dispositions législatives concernant le soin des enfants après la séparation et le divorce.

Voici des commentaires concernant chacune de ces possibilités :

#### **POSSIBILITÉ 1 : MESURES NON LÉGISLATIVES**

Même si de nombreuses critiques sont formulées à l'endroit du régime juridique actuellement en place, on n'admet pas pour autant à l'unanimité que des modifications législatives sont nécessaires à ce moment-ci. Plusieurs mesures de nature non législative peuvent permettre de régler bon nombre des problèmes liés au régime actuel concernant la garde et l'accès.

#### **Éducation efficace des parents**

Il est bien évident que le droit à lui seul ne peut jouer qu'un rôle restreint aux fins du règlement de certains des litiges en matière de garde et d'accès. Ainsi, même si la législation peut permettre à un tribunal de rendre une ordonnance d'accès, aucune règle de droit ne peut être invoquée pour forcer les gens à modifier leurs attitudes et leurs émotions et, en conséquence, il est impossible d'ordonner ou de faire en sorte que les droits d'accès soient exercés de façon significative et positive. Il y aurait peut-être lieu de montrer aux gens qu'il est nécessaire de modifier leurs attitudes pour le bien de leurs enfants et de rappeler aux parents l'importance d'en arriver à une entente sur les droits d'accès.

Une des façons d'y parvenir consiste à élaborer des programmes efficaces visant à informer les parents au sujet des besoins de leurs enfants. En raison du bouleversement émotif causé par le divorce, il faut attirer l'attention des parents sur ces besoins. Les programmes d'éducation des parents au sein de la société peuvent aider les parents séparés à jeter un regard nouveau sur leur comportement et leurs attitudes.

---

## Amélioration de l'accès à d'autres mécanismes de règlement des conflits

On peut arriver à régler une partie des problèmes relevés dans le présent document au sujet de l'actuel système accusatoire en améliorant l'accès à la médiation ou à d'autres méthodes de règlement des conflits. Il faut se rappeler que seule une proportion mineure des litiges en matière de garde sont portés devant les tribunaux et que, dans la plupart des cas, il n'est pas nécessaire que les tribunaux interviennent.

Dans le cadre de la médiation, un professionnel rencontre les parties pour les aider à s'entendre. Dans les litiges en matière de divorce et de garde, on peut souvent avoir recours à la médiation plutôt qu'au litige. À l'heure actuelle, selon le paragraphe 9(2) de la *Loi sur le divorce*, l'avocat est tenu d'aviser son client du fait que la médiation est disponible.

Il y a plusieurs années, le ministère de la Justice a étudié les options relatives à la médiation dans les cas de divorce au Canada. À l'époque, la médiation obligatoire sans le consentement des deux parties a été rejetée, mais on veut encore et toujours améliorer l'accès aux services disponibles dans ce domaine.

## Recherche supplémentaire

De toute évidence, de nombreuses questions doivent encore être tranchées au sujet de la garde d'enfants et des droits d'accès. Ainsi, il faut vraiment obtenir des données empiriques concernant les aspects pratiques des problèmes de garde et d'accès. Les recherches peuvent projeter un éclairage nouveau sur la façon dont les enfants des parents divorcés vivent la situation et sur la façon dont l'ordonnance de garde est appliquée. Tel qu'il est déjà mentionné, nous ignorons jusqu'à quel point les règles officielles énoncées dans des lois qui visent à régler des conflits officiels touchent les négociations privées.

Cependant, la recherche a aussi ses limites. Ainsi, on se plaît à répéter que d'autres recherches sont nécessaires au sujet de ce qu'est l'intérêt de l'enfant. Même si les études et les recherches en sciences sociales peuvent nous fournir des indices utiles, elles ne sont pas les seuls éléments qu'il faut examiner lors de l'élaboration de la politique législative et il ne faut pas y accorder trop d'importance. Les recherches ne peuvent fournir de modèles législatifs définitifs ni même nous permettre de déterminer ou de prévoir le milieu qui serait le plus salubre pour l'évolution de l'enfant. Il est important de se rappeler que les sciences sociales ne sont pas des sciences exactes et qu'elles sont axées sur des valeurs; il faut donc évaluer avec soin la fiabilité des études sur les plans théorique et méthodologique.

Même s'il est indubitable que d'autres recherches seraient utiles, le Ministère estime qu'il ne faut pas pour autant mettre de côté les solutions axées sur la réforme législative. Des études pourraient être conçues et menées en guise de complément aux modifications jugées nécessaires.



---

## POSSIBILITÉ 2 : MODIFICATIONS LÉGISLATIVES DANS LE CONTEXTE DU RÉGIME ACTUEL DES DROITS DE GARDE ET D'ACCÈS

Cette solution consiste à élaborer des options visant à clarifier les incertitudes et à répondre aux critiques formulées dans la partie II du présent document. À cette fin, il faut analyser les différentes options à examiner et, à cet égard, le lecteur est invité à répondre aux questions formulées ci-dessous. Grâce à vos réponses, le Ministère devrait être plus en mesure de cerner les problèmes à régler et la nature des solutions de rechange à envisager.

### 1. Clarification de la portée et des conséquences des ordonnances de garde

On a souligné qu'il y a des incertitudes au sujet des droits du parent qui a obtenu la garde et des aspects de celle-ci qui sont restreints par les droits d'accès de l'autre parent ou qui y sont assujettis.

*Est-il nécessaire de clarifier par la voie législative les droits et les responsabilités du parent qui obtient la garde et de celui qui obtient un droit d'accès? Comment pourrait-on le faire?*

Voici les diverses solutions qui ont été proposées :

#### La garde conjointe

On entend souvent dire que l'utilisation d'ordonnances de garde conjointe permettrait peut-être de clarifier quelques-unes des incertitudes entourant les droits du parent qui obtient la garde et qui découlent implicitement de la garde exclusive. Même si la *Loi sur le divorce* permet ce type d'ordonnance, elle ne comporte aucune présomption favorable à ces ordonnances.

Aux États-Unis, au cours des années 1980, diverses administrations ont tenté de prévoir la garde conjointe dans leur législation. En général, elles ont fait appel à deux méthodes :

- a) des dispositions législatives encourageant les parties intéressées à se partager la garde, en autorisant habituellement les tribunaux à ordonner la garde conjointe lorsqu'ils estimaient qu'elle était dans l'intérêt de l'enfant;
- b) une loi plus rigoureuse établissant une présomption en faveur de la garde conjointe.

À un moment donné, 34 États des États-Unis avaient adopté des textes législatifs où l'on reconnaissait expressément la garde conjointe. Tous les États, sauf deux d'entre eux, autorisaient les tribunaux à l'ordonner en dépit des objections de l'un des parents. Seize États ont accordé la préférence à la garde conjointe par rapport à tout autre arrangement. La Californie est le premier État à avoir adopté une loi établissant une présomption en faveur de la garde conjointe. Cependant, elle a modifié sa loi depuis et il n'y a plus de présomption ou

---

de préférence maintenant en faveur ou à l'encontre de la garde conjointe, juridique ou physique, ou de la garde exclusive. Le tribunal et la famille ont plutôt toute la latitude voulue maintenant pour choisir un régime parental qui est le plus compatible avec l'intérêt des enfants concernés.

Il est fort difficile d'évaluer les mérites ou les avantages de la garde conjointe, notamment parce qu'elle peut englober les arrangements les plus divers auxquels les deux parents participent. Dans un grand nombre d'articles, des avocats, des juges, des médiateurs, des psychiatres, des psychologues, des travailleurs sociaux, des féministes et des associations de militants des droits du père ont tenté de donner un aperçu à la fois des avantages et des inconvénients de la garde conjointe<sup>1</sup>.

Les principales raisons qui justifient la tendance en faveur de la garde conjointe sont l'égalité, la participation accrue du père à l'éducation de l'enfant et la nécessité d'atténuer le fardeau imposé au chef de famille monoparentale. On soutient dans ce contexte que les enfants doivent avoir droit à la présence et du père et de la mère et que les parents ne devraient pas perdre leurs droits sur leurs enfants lorsqu'ils demandent la dissolution du mariage. On ajoute que la participation du père peut l'encourager à verser plus régulièrement la pension alimentaire, ce qui allégerait le fardeau de la mère chef de famille monoparentale.

Certes, ce sont là des objectifs valables, mais on s'entend de plus en plus pour dire qu'on ne peut les atteindre au moyen d'ordonnances de garde conjointe. Selon certaines études menées à ce sujet, en pratique, la garde conjointe ne permet tout au plus que d'améliorer de façon minime la participation du père à l'éducation des enfants<sup>2</sup>.

Ceux qui s'opposent à l'imposition d'une ordonnance de garde partagée malgré l'objection d'un parent invoquent de nombreux arguments, dont les plus sérieux sont les suivants.

D'abord et avant tout, on soutient que, si l'on adopte une loi imposant la garde conjointe, une partie pourra être forcée d'accepter des modalités de garde insatisfaisantes par crainte de se voir imposer la garde conjointe. Tel qu'il est mentionné plus haut, la loi exerce une grande influence lors des négociations menant à la conclusion d'accords sur la garde et l'accès et l'on craint que l'une des parties invoque cette possibilité d'ordonnance de garde conjointe comme arme au cours des négociations.

Cette crainte est justifiée par les résultats d'une étude longitudinale menée auprès de plus de mille familles de la Californie, laquelle étude visait notamment à comparer les désirs des parents avec les demandes effectivement formulées lors de la requête en divorce<sup>3</sup>. Selon les résultats, certains parents demandent des droits de garde plus étendus que ce qu'ils veulent en réalité. Les données ont révélé que 31 des 158 pères qui ont d'abord dit qu'ils souhaitaient que la garde soit confiée à la mère ont demandé la garde conjointe lors de la requête en

---

divorce, probablement comme tactique visant à persuader la mère d'accepter un accord financier moins généreux.

On craint également que le tribunal n'impose la garde conjointe malgré l'objection d'un parent comme compromis pour éviter que ce parent n'ait le sentiment d'être perdant. Cette solution pourrait être tentante lorsque les deux parents semblent également capables de voir à l'éducation de l'enfant. Cependant, il se peut qu'en pratique, le père obtienne des droits égaux sans que les responsabilités des deux conjoints soient égales. En effet, dans les situations de garde conjointe obligatoire, lorsque les deux parents sont censés participer également aux décisions qui touchent leurs enfants, c'est habituellement la mère qui voit chaque jour au soin des enfants et le père a alors un droit de regard accru au sujet des décisions qui la touchent elle-même dans sa vie quotidienne.

Au milieu des années 1980, lorsque la *Loi de 1985 sur le divorce* a été présentée devant le comité parlementaire, la question de savoir s'il y avait lieu d'adopter ou non une présomption législative en faveur de la garde conjointe a été débattue. On a alors décidé de ne pas adopter cette présomption et, pour les raisons déjà exposées, cette position est restée la même.

*Avez-vous des commentaires à formuler au sujet de la position actuelle, soit celle de ne pas adopter de présomption en faveur de la garde conjointe obligatoire?*

### **La norme fondée sur le principal pourvoyeur de soins**

Pour éliminer quelques-unes des incertitudes entourant les décisions en matière de garde et d'accès, on a proposé de tenir compte de la conduite antérieure des conjoints et d'accorder la garde à celui qui s'était le plus occupé des soins à donner aux enfants pendant le mariage.

En 1981, dans l'arrêt américain *Garska c. McCoy*<sup>4</sup>, la Cour d'appel de la Virginie occidentale a établi ce que l'on appelle aujourd'hui la présomption en faveur du principal responsable des soins. La Cour a alors décidé qu'il y avait lieu d'octroyer la garde des enfants en bas âge au parent qui a été la principale personne à s'occuper de l'enfant, s'il avait les aptitudes voulues. Après avoir mentionné que cette décision était dans l'intérêt de l'enfant, la Cour a énuméré les facteurs dont il y a lieu de tenir compte à cette fin :

- . la préparation et la planification des repas;
- . le bain, la toilette et l'habillement;
- . l'achat, le nettoyage et l'entretien des vêtements;
- . les soins médicaux, y compris les soins infirmiers et les visites chez le médecin;

- 
- . les dispositions à prendre en vue des relations sociales de l'enfant avec d'autres enfants après l'école, par exemple, le fait de l'amener chez des amis ou à des réunions de scouts;
  - . les dispositions à prendre pour confier le soin de l'enfant à d'autres personnes, pour le gardiennage de l'enfant, la garde de jour et ainsi de suite;
  - . le fait de coucher l'enfant le soir, de s'occuper de l'enfant au milieu de la nuit et de le réveiller le matin;
  - . le fait de discipliner l'enfant, notamment de lui apprendre le savoir-vivre;
  - . le fait d'éduquer l'enfant, notamment sur les plans religieux, culturel, social, etc.;
  - . le fait d'apprendre à l'enfant des connaissances de base, par exemple à lire et à écrire.

Cette norme est fondée sur deux valeurs connexes, soit a) la continuité, c'est-à-dire le fait que l'enfant continuera de recevoir les soins de la personne qui les lui a prodigués dans le passé et b) les qualités parentales établies, c'est-à-dire le fait que la personne ayant pris soin de l'enfant a établi qu'elle a les aptitudes voulues pour s'acquitter de ses responsabilités parentales.

Cette présomption a été adoptée au Minnesota en 1985 dans l'arrêt *Pikula c. Pikula*<sup>5</sup> et depuis, les tribunaux l'ont considérée comme un facteur important dans plusieurs États, notamment en Alabama, en Alaska, en Arizona, au Delaware, en Floride, dans l'Illinois, dans l'Iowa, en Louisiane, au Missouri, dans l'Oklahoma, dans l'Oregon, en Pennsylvanie, en Caroline du Sud, au Texas, au Utah, au Vermont, dans l'État de New York et dans le Dakota du Nord. Cette présomption peut être formulée de diverses façons. Sous sa version la plus stricte, notamment en Virginie occidentale et au Minnesota, il s'agit d'une présomption selon laquelle le parent qui a été la principale personne à s'occuper de l'enfant dans le passé devrait obtenir la garde dans les litiges contestés, sauf s'il est établi qu'il n'est pas apte à cette fin. Sous sa forme la plus souple, cette présomption serait appliquée dans les cas où, compte tenu de tous les autres éléments, le père et la mère ont «également» droit à la garde de l'enfant.

La présomption en faveur du principal responsable des soins a été débattue à maintes reprises et a fait couler beaucoup d'encre<sup>6</sup>. Ceux qui sont en faveur de cette présomption soutiennent principalement qu'elle clarifie, sans discrimination sexuelle, la valeur et l'importance du rôle de la principale personne responsable des soins et que, par le fait même, elle dissuadera vraisemblablement les parties de porter la cause devant le tribunal en donnant un indice clair du résultat probable du litige. Cependant, on a aussi dit qu'elle n'était qu'une autre version de la doctrine de l'âge tendre et que l'on ne peut prévoir lequel des deux parents s'acquittera le mieux des responsabilités du parent qui obtient la garde en se fondant sur la façon dont l'intéressé s'est acquitté de cette responsabilité dans le passé.

---

*Une présomption juridique en faveur de modalités de garde précises donne au tribunal une directive explicite à suivre. Il s'agirait d'une présomption réfutable, de façon qu'elle ne soit pas appliquée de façon arbitraire. Bon nombre de lois des États-Unis renferment une présomption en faveur de la garde conjointe. En général, êtes-vous en faveur de l'utilisation des présomptions législatives pour déterminer la garde et les droits d'accès?*

*Devrait-on appliquer un critère fondé sur le principal responsable des soins pour accorder la garde? Seriez-vous en faveur de l'utilisation de ce critère dans un contexte plus restreint, par exemple, pour déterminer la résidence principale?*

### **Le Code civil du Québec**

Le *Code civil* du Québec renvoie à une notion appelée l'autorité parentale. Voici le libellé de l'article 647 du *Code* :

Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant.

De même, l'article 648 énonce ce qui suit :

Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale. Si l'un d'eux décède, est déchu de l'autorité parentale ou n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre.

Selon la façon dont ces dispositions ont été interprétées, que la garde soit confiée à l'un des époux ou à un tiers, le père et la mère conservent le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants. Dans la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans *T.V.-F. et D.F. c. G.C.* [1987] 2 R.C.S. 244, le juge Beetz a décrit en ces termes le rôle du parent qui a obtenu la garde et de l'autre parent selon le droit civil du Québec :

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 l'enfant, le parent non gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien... 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 l'enfant<sup>7</sup>.

---

Même si cette interprétation semble clarifier certains points nébuleux, on lui a reproché de donner des droits au parent qui n'avait pas obtenu la garde sans lui imposer de responsabilités correspondantes.

*Êtes-vous d'accord avec la solution préconisée par le droit civil du Québec? Jusqu'à quel point les parents qui obtiennent des droits d'accès devraient-ils être consultés lors des décisions importantes qui touchent l'enfant?*

### **Dispositions législatives précises**

On a mentionné que le déménagement et l'éducation religieuse posent des problèmes spéciaux. Plusieurs lois provinciales renferment déjà des dispositions précises concernant l'éducation religieuse. Ainsi, selon le paragraphe 60(1) du *Domestic Relations Act* de l'Alberta et le paragraphe 32(1) de la *Loi sur les relations familiales* des Territoires du Nord-Ouest, le tribunal peut ordonner que l'on enseigne à l'enfant la religion de l'un des parents alors même qu'il n'a pas obtenu la garde de l'enfant. De plus, l'alinéa 3(2)b) du *Custody Jurisdiction and Enforcement Act* de l'Île-du-Prince-Édouard prévoit expressément que la personne ayant la garde de l'enfant [TRADUCTION] «a le droit de veiller à son éducation et à sa formation morale et religieuse, dans l'intérêt de l'enfant».

*Devrait-il y avoir des dispositions législatives portant expressément sur le déménagement et sur l'éducation religieuse et culturelle? Quelles dispositions recommanderiez-vous?*

## **2. Examen des problèmes touchant le droit d'accès**

À l'heure actuelle, la *Loi sur le divorce* favorise l'octroi d'un droit d'accès le plus large possible, mais elle ne renferme aucune autre indication au sujet de la façon d'encourager l'exercice de ce droit. Cette question relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui se fonde à cet égard sur l'intérêt de l'enfant.

*De façon générale, l'intérêt de l'enfant devrait-il demeurer le critère à appliquer lors des décisions touchant la garde et le droit d'accès? Dans l'affirmative, serait-il utile d'adopter une liste de facteurs et de l'intégrer dans la Loi sur le divorce pour aider les tribunaux?*

*Quelles autres mesures pourrait-on proposer pour restreindre le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ou en orienter l'exercice?*

*En ce qui a trait au droit d'accès, est-il nécessaire d'inclure des critères plus précis dans la loi, notamment une règle interdisant ou restreignant l'accès lorsqu'il y a preuve de violence ou de mauvais traitements à l'endroit de l'enfant?*

---

On a mentionné que les recours juridiques visant à faire valoir le droit d'accès semblent peu efficaces. Les tribunaux ne peuvent tout simplement pas ordonner que la visite soit profitable ou significative lorsque les parents omettent d'en reconnaître les avantages pour l'enfant et qu'ils ne s'entendent toujours pas sur les modalités d'exercice de ce droit.

*Quelles autres mesures pourrait-on adopter pour promouvoir, dans les cas appropriés, le maintien des liens entre les enfants et les deux parents après le divorce?*

*Faut-il adopter d'autres mesures pour favoriser explicitement le maintien des liens avec les grands-parents dans les cas appropriés?*

### **3. Élimination de la «règle du parent amical»**

*Que pensez-vous du principe énoncé aux paragraphes 16(10) et 17(9) de la Loi sur le divorce, selon lesquels il faut maintenir le plus de liens possibles avec le parent qui n'a pas la garde? Ces dispositions devraient-elles être abrogées? Pourquoi ou pourquoi pas?*

### **4. Adoption de mesures directes dans les cas de violence et de mauvais traitements**

Il semblerait nécessaire de clarifier la loi pour obliger le tribunal à tenir compte de la preuve établissant qu'un conjoint a été victime de mauvais traitements lorsqu'il rend ses décisions en matière de garde et de droit d'accès.

*Êtes-vous d'accord avec cette position? Quel type de disposition législative pourrait-on adopter à cette fin?*

*Comment les allégations d'agression sexuelle à l'endroit de l'enfant devraient-elles être traitées dans le cadre des décisions en matière de garde?*

### **5. Reconnaissance et examen des préoccupations fondées sur la discrimination sexuelle**

Même si, à première vue, les lois canadiennes qui régissent le droit de garde et d'accès à l'égard des enfants semblent s'appliquer également au père et à la mère, on soutient qu'elles peuvent donner lieu à la discrimination fondée sur le sexe, notamment lorsque les juges les appliquent. Certains reprochent aux tribunaux d'appliquer une présomption en faveur de l'octroi de la garde à la mère. Par ailleurs, on a aussi soutenu que les tribunaux jugent les qualités de parent du père en se fondant sur un critère différent et beaucoup moins strict que dans le cas de la mère.

---

*Avez-vous le sentiment que la discrimination fondée sur le sexe est un problème? Comment peut-on réduire ou éliminer la discrimination fondée sur le sexe lors des décisions en matière de garde et d'accès?*

## **6. Représentation des enfants**

Même si les décisions relatives à la garde doivent être fondées avant tout sur l'intérêt de l'enfant, qui est le critère énoncé dans la Loi, il est rare que l'enfant soit représenté et, dans bon nombre de cas, le tribunal ignore ce qu'il pense. En outre, même si les enfants sont grandement touchés par les décisions relatives à la garde et au droit d'accès, ils ne sont pas parties aux litiges présentés devant les tribunaux et la loi ne leur reconnaît pas le droit d'y participer.

*Devrait-il exister des règles assurant aux enfants le droit de participer davantage aux litiges qui les touchent en matière de garde et d'accès? Dans l'affirmative, quelles seraient les mesures à prendre à cette fin?*

## **7. Examen des problèmes d'application**

Plusieurs territoires ont récemment adopté ou songent à adopter de nouvelles dispositions législatives concernant l'exercice du droit d'accès. À Terre-Neuve<sup>8</sup> et en Saskatchewan<sup>9</sup>, les lois renferment des dispositions autorisant des recours comme l'accès compensatoire et l'acquiescement de frais dans les cas de refus du droit d'accès ainsi qu'une disposition permettant d'adopter ou de modifier des ordonnances de garde ou d'accès lorsque des problèmes d'exercice du droit d'accès se posent.

D'autres provinces élaborent actuellement de nouveaux programmes visant à atténuer les problèmes liés au droit d'accès. Au Manitoba, le programme appelé *Access Assistance Program* vise à aider la famille à surmonter les problèmes entourant le droit d'accès. Le programme a pour but d'assurer l'exercice de ce droit conformément à l'ordonnance du tribunal, pourvu que cela soit dans l'intérêt de l'enfant. Le programme prévoit une démarche de conciliation volontaire visant à résoudre les problèmes fondamentaux ainsi que des mesures juridiques permettant d'intenter une action en justice pour assurer le respect des droits d'accès.

L'Ontario a récemment établi un nouveau projet pilote axé sur la prestation de services de surveillance lors des visites. Des subventions ont été accordées à 14 organisations et organismes communautaires de la province pour qu'ils aident les familles séparées à se conformer aux modalités d'exercice des droits d'accès ordonnées par le tribunal ou convenues entre les parents. Visant avant tout à aider l'enfant, ces centres offriront un



---

endroit sûr, neutre et surveillé où les visites pourront se dérouler et où l'on pourra aussi laisser l'enfant ou le reprendre.

*Jusqu'à quel point pensez-vous que l'application de l'ordonnance en matière de garde et d'accès constitue un problème? Quelle est la nature du problème?*

*Selon vous, quelles sont les autres mesures qui pourraient être adoptées pour que les droits de garde et d'accès accordés soient mieux respectés?*

### **POSSIBILITÉ 3 : NOUVELLES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES**

Cette possibilité constituerait une réponse aux questions présentées aux pages 19-22 de ce document lesquelles mettent en doute certains aspects très fondamentaux du régime juridique actuel.

#### **D'autres exemples**

Il convient de souligner que plusieurs États américains ont déjà essayé d'incorporer une nouvelle terminologie et de nouvelles solutions à leurs lois.

Ainsi, en 1982, la Floride a adopté la *Shared Parental Responsibility Act*, qui est axée sur la responsabilité parentale partagée. Cette loi vise principalement à garantir, dans la mesure du possible, la participation constante de l'un et l'autre des parents aux décisions relatives aux enfants et à favoriser le maximum de contacts entre les enfants et leurs parents après la rupture du mariage. Selon ces dispositions législatives, le contact fréquent et constant de chaque enfant mineur avec l'un et l'autre de ses parents après la séparation ou le divorce et le fait d'encourager les parents à répartir entre eux les droits et responsabilités touchant l'éducation de leurs enfants constituent des mesures d'ordre public dans l'État de la Floride.

Dans son *Domestic Relations Statute*, le Maine a remplacé la terminologie traditionnelle en matière de garde et de droits d'accès par des termes axés sur les droits et les responsabilités des parents. Cette loi est fondée sur la politique qui y est explicitement énoncée et selon laquelle [TRADUCTION] «il est dans l'intérêt des enfants mineurs d'encourager la résolution, au moyen de la médiation, des différends entre les parents». Trois possibilités sont présentées. La première prévoit la répartition entre les parents des responsabilités liées aux différents aspects du bien-être de l'enfant, celui qui s'est vu attribuer une responsabilité donnée ayant le droit de prendre en charge cet aspect du bien-être de l'enfant. Selon cette loi, la répartition de ces responsabilités peut être exclusive ou proportionnelle.

---

Selon une autre possibilité prévue, les droits et les responsabilités des parents sont partagés, de sorte que la responsabilité liée à la plupart, sinon la totalité des aspects du bien-être de l'enfant incombe à la fois au père et à la mère. Tous deux conservent alors des droits égaux et des responsabilités égales comme parents et prennent les décisions ensemble.

Selon la troisième possibilité, un des parents obtient des droits et des responsabilités exclusifs quant à tous les aspects du bien-être de l'enfant, sauf peut-être en ce qui a trait à la pension alimentaire. Le texte législatif n'énonce aucune préférence ou présomption en faveur de l'une ou l'autre de ces possibilités; cependant, lorsque les parents ont choisi la deuxième possibilité, soit celle de répartir entre eux leurs droits et responsabilités, le tribunal doit rendre une ordonnance en ce sens, sauf s'il est établi de façon prépondérante qu'il n'y a pas lieu de le faire. Lorsque les intéressés ne sont pas d'accord, le tribunal doit rendre une ordonnance conforme à l'une des trois possibilités susmentionnées, compte tenu de l'intérêt de l'enfant.

Pour sa part, dans la loi intitulée *The 1987 Parenting Act*, l'État du Washington a abandonné le mot garde et l'a remplacé par le concept de la [TRADUCTION] «condition parentale». Le législateur a adopté un point de vue fonctionnel en définissant quatre secteurs de la «condition parentale» (fondés sur les besoins des enfants) auxquels doit correspondre un «plan de la condition parentale». Ces secteurs sont les suivants : (i) les modalités ayant trait à la résidence de l'enfant; (ii) les dispositions visant à subvenir aux besoins de l'enfant sur le plan financier; (iii) la répartition des pouvoirs décisionnels; (iv) une démarche relative à la résolution des conflits. En ce qui a trait à la répartition des pouvoirs décisionnels, le plan de la condition parentale doit indiquer lequel des deux parents obtient les pouvoirs de décision quant aux principaux aspects de l'éducation, des soins médicaux et de la formation religieuse de l'enfant.

Tout comme celle de la Floride, cette loi du Washington est fondée sur la présomption selon laquelle des rapports intimes permanents avec chacun des parents répondent le mieux aux besoins de l'enfant, sauf s'il y a des motifs probants indiquant le contraire. Cependant, le législateur a aussi reconnu qu'il n'y a pas toujours lieu d'encourager le partage des responsabilités entre les parents et a inclus dans cette loi une disposition restreignant explicitement les cas dans lesquels il est possible de répartir les pouvoirs décisionnels.

Comme ce n'est qu'une proportion infime des causes relatives à la garde qui sont portées devant les tribunaux ou tranchées par ceux-ci au Canada, un des aspects les plus intéressants de cette loi du Washington est le fait qu'elle tente de régler tant les négociations privées que les litiges officiels. La loi est de nature assez interventionniste et précise ce que doit prévoir le plan des droits et des responsabilités des parents, notamment en ce qui a trait à l'horaire du temps que chaque enfant passera avec chaque parent et aux termes (autres que les mots garde et accès) qui doivent être utilisés. Elle précise également les comportements nuisibles et énonce les différents facteurs restrictifs applicables à chacun des éléments du plan.

---

## La solution fondée sur la condition parentale

Le plan indique aux parties quelles sont les responsabilités parentales dont elles doivent tenir compte et les incite à réfléchir attentivement au sujet des dispositions qu'elles veulent prendre pour leurs enfants. Les parents peuvent élaborer ce plan eux-mêmes lors de la médiation ou encore lors des négociations, avec l'aide de leurs avocats.

Tel qu'il est mentionné plus haut, la législation du Washington est fondée sur une solution axée sur la condition parentale. Les parents sont tenus de formuler un plan dans lequel ils énoncent de façon précise leurs droits et leurs responsabilités et ces dispositions seront intégrées dans toutes les ordonnances finales de séparation ou de dissolution du mariage. Les tribunaux doivent approuver les plans convenus, à moins que le plan ne viole une restriction qui doit être appliquée lorsqu'il y a preuve de négligence, de mauvais traitements ou de violence familiale.

En 1991, après avoir examiné différents plans des droits et des responsabilités des parents, le *Family Law Council* de l'Australie a présenté un document dans lequel il souligne ce qui suit : [TRADUCTION] «Le conseil estime qu'il est utile, voire important que tous les parents qui se séparent préparent leur propre plan dans lequel ils énonceront leurs intentions au sujet de leur engagement à long terme à l'endroit de leurs enfants. De l'avis du conseil, on devrait songer à modifier le Family Act de façon à imposer aux parents qui ne s'entendent pas l'obligation de formuler un plan de leurs droits et obligations»<sup>10</sup>.

*Êtes-vous d'accord avec l'utilisation d'un plan des droits et obligations des parents au Canada?*

*Reconnaissez-vous que les concepts actuels de la garde d'enfants et du droit d'accès devraient être remplacés par une nouvelle terminologie? Quels nouveaux termes ou concepts pourraient être utilisés?*

## Élaboration d'objectifs et de principes fondamentaux

Les lois susmentionnées comportent des solutions de rechange intéressantes. Cependant, avant d'élaborer une nouvelle loi au Canada, il faudrait d'abord déterminer les objectifs et principes fondamentaux.

Voici plusieurs objectifs préliminaires qui pourraient servir de point de départ à cette fin :

- a) Le texte de loi doit être rédigé avec soin en ce qui a trait aux valeurs qui le sous-tendent, aux présomptions qu'il renferme concernant les droits et les responsabilités des parents après le divorce et aux termes qui servent à en exprimer l'orientation de base.

- 
- b) Il faudrait s'arrêter davantage aux besoins et aux droits des enfants ainsi qu'aux responsabilités des parents plutôt qu'à leurs droits.
  - c) Lorsque les parties ont démontré qu'elles peuvent s'entendre, il faudrait encourager les parents à continuer de travailler ensemble et à participer tous deux à la vie de leurs enfants.
  - d) Il faut inciter les parents à cesser d'utiliser leurs enfants comme objets de gage dans la lutte qui les oppose.
  - e) Il faut protéger les enfants et les conjoints qui ont été victimes de mauvais traitements ou de violence.
  - f) Il faudrait permettre, voire encourager, la conclusion d'ententes individuelles entre les parents et leurs enfants.
  - g) Il faudrait reconnaître que la plupart des ententes sont conclues sans l'intervention du tribunal.

*À votre avis, les objectifs et principes susmentionnés sont-ils appropriés?*

---

## NOTES

1. On trouvera un tableau présentant une comparaison des deux thèses opposées dans Julian Payne et Brenda Edwards, «Co-operative Parenting After Divorce: a Canadian Perspective», *supra*, note 19 aux pp 15-22. En outre, on trouvera une analyse approfondie de quatorze travaux de recherche expérimentale sur la garde conjointe dans l'article de Judith Ryan intitulé «Joint Custody in Canada: Time for a Second Look», 49 R.F.L. (2nd) 118 à la page 120.
2. Voir Frank Furstenberg, Jr. et Andrew J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991, à la p. 74), où l'on renvoie à une étude menée à Stanford par Albiston, Maccoby et Mnookin selon laquelle, dès qu'on tenait compte du revenu et de l'éducation, le père qui avait obtenu la garde conjointe ne cherchait pas à voir ses enfants plus souvent; il ne communiquait pas davantage avec son ex-épouse et ne participait pas davantage aux décisions concernant la vie de ses enfants.
3. Robert H. Mnookin, Eleanor E. Maccoby, Catherine R. Albiston et Charlene E. Depner, «Private Ordering Revisited: What Custodial Arrangements are Parents Negotiating?» dans *Divorce Reform at the Crossroads*, S. Sugarman, H. Hill Kay ed. (New Haven: Yale University Press, 1990), à la page 50. Voir également Lenore J. Weitzman, «Gender Differences in Custody Bargaining in the United States» dans *Economic Consequences of Divorce, The International Perspective*, L. Weitzman, M. Maclean ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), aux pages 395 à 405.
4. *Garska c. McCoy* 178 S.E. 2d 357.
5. *Pikula c. Pikula*, (1985) 374 NW 2d 705 (C.S. Minn).
6. Voir Sue Boyd, «Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption», (1990) 7 C.F.L.Q. 1; Richard Neeley, «The Primary Caretaker Parent Rule: Child Custody and the Dynamics of Greed» (1984), 3 Yale Law and Policy Review 168, aux pages 180 à 182; Marcia O'Kelly, «Blessing the Tie that Binds: Preference for the Primary Caretaker as Custodian», (1987), 63 North Dakota Law Review 481; Sher A. Ahl, «A Step Backward: The Minnesota Supreme Court Adopts a Primary Caretaker Presumption in Child Custody Cases: *Pikula v. Pikula*», (1986) 70 Minnesota Law Review 1344; Jeff Atkinson, «Criteria for Deciding Child Custody in Trial and Appellate Courts» (1984), 18:1 R.L.Q. 1, aux pages 16 à 19.
7. *T.V.-F. et D.F. c. G.C.* [1987] 2 R.C.S. 244, à la page 282.
8. *The Children's Law Act* S.Nfld. 1990, ch. C-13, articles 40-47.

- 
9. *The Children's Law Act*, S.S. 1990, ch. C-8.1, Partie V.
  10. Australian Family Law Council, *Patterns of Parenting after Separation Discussion Paper*, (Robert Garran Offices, National Circuit, BARTON ACT 2600, avril 1991), à la page 44.

---

## CONCLUSION

Le présent document avait pour but de nous inviter à réfléchir sur la nécessité de modifier les règles de droit actuelles qui s'appliquent aux droits de garde d'enfants et d'accès et de susciter des commentaires concernant la gravité des problèmes et la nature des solutions de rechange à envisager.

Le lecteur est invité à répondre aux questions qui précèdent ou à présenter ses opinions de façon générale au sujet des solutions de rechange possibles.

Les mémoires et les commentaires écrits peuvent être adressés comme suit :

Projet relatif à la garde d'enfants et au droit d'accès  
Section des politiques sur le droit de la famille et des jeunes  
Ministère de la Justice  
239, rue Wellington  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0H8

La date limite de réception des mémoires est le 31 décembre 1993.





# **ANNEXES**



---

## Annexe A

### DESCRIPTION DES DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA *LOI SUR LE DIVORCE*

#### Compétence

D'après la *Loi sur le divorce*, la requête en vue d'obtenir une ordonnance de garde est une demande de mesures accessoires qui, selon l'article 4, peut être entendue et tranchée «si le tribunal a accordé le divorce à l'un ou l'autre ou aux deux ex-conjoints».

Les paragraphes 16(1), 16(4) et 16(6) de la *Loi sur le divorce* confèrent au tribunal de vastes pouvoirs discrétionnaires qui l'autorisent à rendre une ordonnance de garde ou de droit d'accès à l'égard de l'un des enfants ou de tous les enfants du mariage. Il peut accorder ces droits à une ou plusieurs personnes pour une durée précisée ou non et assujettir ces droits aux conditions et restrictions qu'il estime justes et appropriées.

En outre, le paragraphe 16(2) autorise expressément le tribunal à rendre une ordonnance provisoire et l'alinéa 17(1)b) l'autorise à rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir, une ordonnance de garde ou une disposition de celle-ci.

Voici un résumé des pouvoirs que la *Loi sur le divorce* confère aux tribunaux :

Le tribunal est habilité ... à rendre une ordonnance, provisoire ou permanente, de garde, d'accès ou de garde et d'accès ...

- a) en faveur d'un conjoint ou d'un ex-conjoint
- b) conjointement en faveur de conjoints ou d'ex-conjoints
- c) à diverses personnes, y compris les conjoints ou ex-conjoints et d'autres personnes autorisées à participer aux procédures.

La durée de validité de l'ordonnance peut

- a) être déterminée,
- b) dépendre d'un événement précis,
- c) être indéterminée.

---

Si le tribunal estime que cela est «juste et approprié», il peut inclure dans l'ordonnance des éléments

- a) établissant des dispositions,
- b) fixant des conditions,
- c) appliquant des restrictions<sup>1</sup>.

## DÉCISIONS CONCERNANT LA GARDE ET L'ACCÈS

### La garde

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur le divorce* énonce que «sont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache». L'utilisation des mots «sont assimilés» donne à penser que la garde ne se limite pas aux éléments qui sont mentionnés dans la définition.

Le critère servant à rendre les décisions en matière de garde et d'accès est énoncé au paragraphe 16(8), qui prévoit qu'en rendant une ordonnance relative à la garde ou à l'accès, «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».

Un autre critère est prévu au paragraphe 16(10), selon lequel «l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, [le tribunal] tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact».

Une autre disposition importante est le paragraphe 16(9), selon lequel la conduite passée d'une personne n'est pas pertinente, sauf si elle porte directement sur l'aptitude de cette personne à agir comme parent de l'enfant.

Ces dispositions sont très générales et, selon la jurisprudence, il y a très peu de restrictions quant aux types d'ordonnances de garde qui peuvent être rendues. C'est pourquoi il existe une panoplie d'ordonnances de garde que l'on peut obtenir sous le régime de la *Loi sur le divorce*.

L'ordonnance traditionnelle, qui est aussi celle que l'on voit le plus souvent, est l'ordonnance de garde exclusive, qui a pour effet d'accorder la garde à un parent et des droits d'accès à l'autre. Les autres types d'ordonnance que l'on connaît bien sont les suivants :

- a) les ordonnances par lesquelles le tribunal répartit les responsabilités entre les deux conjoints en confiant à l'un le soin, la charge et la possession de l'enfant et en accordant à l'autre le droit de prendre les décisions importantes concernant l'enfant<sup>2</sup>;

---

b) les «ordonnances de garde conjointe» qui, dans l'acception la plus large, prévoient des dispositions de garde auxquelles participent l'un et l'autre des parents, lesquelles dispositions peuvent comporter des précisions sur la répartition des responsabilités liées à la garde physique ou au soin et à la charge de l'enfant.

Si le tribunal estime que ni l'un ni l'autre des parents n'est apte à assumer la garde de l'enfant, il peut rendre une ordonnance ayant pour effet d'en conférer la garde à un tiers ou à un organisme.

### L'accès

Bien qu'il ne soit défini dans aucune loi, le mot accès est fréquemment employé dans la *Loi sur le divorce*.

Le renvoi le plus précis se trouve au paragraphe 16(5), qui prévoit que, sauf dispositions contraires, le conjoint qui obtient un droit d'accès a le droit de s'enquérir et d'obtenir des renseignements au sujet de la santé, de l'éducation et du bien-être de l'enfant.

Tout comme la garde, le droit d'accès devrait être accordé en fonction de l'intérêt de l'enfant. Tel qu'il est mentionné ci-dessus, le paragraphe 16(10) de la *Loi sur le divorce* semble favoriser un droit d'accès maximal en énonçant que l'enfant devrait avoir le plus de contact compatible avec son intérêt et que le tribunal doit tenir compte du fait que la personne pour laquelle la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

En outre, le paragraphe 16(7) autorise expressément le tribunal à ordonner à une personne qui obtient la garde d'un enfant d'aviser celle qui a obtenu un droit d'accès de tout changement de résidence prévu. Si cette possibilité n'est pas mentionnée dans l'ordonnance, l'avis doit être remis au moins trente jours avant le changement de résidence prévu et la personne ayant obtenu des droits d'accès pourra, lorsqu'elle recevra l'avis, contester le changement de résidence devant le tribunal ou demander une modification des mesures relatives à la garde et aux droits d'accès.

De plus, tout comme dans le cas des ordonnances de garde, le libellé des ordonnances relatives à l'accès varie considérablement.

Dans le but de trouver une solution qui convient le mieux pour les enfants, les juges laissent souvent aux parents le soin de régler les détails. Il arrive donc fréquemment que les droits d'accès ne soient pas définis ou qu'ils soient décrits au moyen de termes très larges, comme le mot «raisonnable». Cependant, dans d'autres ordonnances en matière d'accès, le juge se montre très précis et renvoie expressément à des éléments comme l'endroit, la durée et la fréquence des visites en indiquant notamment si celles-ci peuvent durer plus d'une journée. Le tribunal peut également ordonner que la visite ait lieu sous surveillance, lorsque c'est dans l'intérêt de l'enfant<sup>3</sup>.

---

## NOTES

1. Alastair Bissett-Johnson et David C. Day, *The New Divorce Law*, (Toronto: Carswell, 1986), aux pages 59 et 60.
2. C'est l'ordonnance qui a été rendue dans *Huber c. Huber* (1975), 18 R.F.L. 378 (C.B.R. Sask.).
3. Les données recueillies en 1985 pour l'étape 1 de l'évaluation de la *Loi sur le divorce* indiquent que, dans environ 23 pour 100 des cas, l'ordonnance relative à l'accès prévoyait des horaires et des conditions très détaillés et très précis qui découlaient bien souvent d'ententes conclues dans le cadre de la médiation. En général, le droit d'accès n'était pas mentionné dans l'ordonnance ou, lorsqu'il l'était, il était décrit par des qualificatifs comme «raisonnable» et «généreux», de sorte que les parents devaient eux-mêmes s'entendre sur les aspects pratiques. Dans environ un pour cent de tous les litiges en matière de garde, les tribunaux ont ordonné que la visite ait lieu sous surveillance.

---

## Annexe B

### LÉGISLATION PROVINCIALE ET TERRITORIALE EN MATIÈRE DE GARDE ET D'ACCÈS

La législation provinciale régit l'octroi de la garde des enfants et l'obligation alimentaire à leur égard pendant la durée du mariage ou de la vie commune.

Certaines lois provinciales et territoriales comportent une liste de facteurs pertinents dont les tribunaux doivent tenir compte pour déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant. Voici un résumé des différents facteurs (énumérés sans renvoi à la législation) dont il faut tenir compte, d'après la législation provinciale et territoriale, lors des décisions touchant la garde :

- la conduite des parents
- les volontés du père et de la mère
- la santé de l'enfant et son bien-être sur le plan émotif, notamment ses besoins spéciaux en matière de soins et de traitements
- les opinions de l'enfant, s'il y a lieu
- les liens d'amour et d'affection et autres liens similaires entre l'enfant et d'autres personnes
- l'éducation et la formation de l'enfant
- la capacité, chez chacune des personnes à qui des droits ou des obligations découlant de la tutelle, de la garde ou de l'accès peuvent être accordés ou imposés, d'exercer ces droits et de s'acquitter de ces obligations comme il se doit
- les répercussions pour l'enfant de tout changement qui touche son besoin de stabilité
- l'amour, l'affection et les liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à laquelle la garde de l'enfant est confiée, chaque personne qui obtient un droit d'accès à son égard et, dans les cas appropriés, chacun des frères et soeurs de l'enfant
- le patrimoine culturel et religieux de l'enfant
- la période au cours de laquelle l'enfant a vécu dans un milieu familial stable
- la capacité et le désir de chaque personne qui demande la garde de guider l'enfant, d'assurer son éducation, de lui fournir les nécessités de la vie et de répondre à ses besoins spéciaux
- l'aptitude du père ou de la mère qui cherche à obtenir la garde ou le droit d'accès à agir comme parent
- les mesures proposées à l'égard du soin et de l'éducation de l'enfant
- la permanence et la stabilité de l'unité familiale que l'on se propose de fournir à l'enfant
- les liens entre l'enfant et chaque personne qui est partie à la demande, qu'il s'agisse de liens sanguins ou de liens découlant d'une ordonnance d'adoption
- la personnalité, le caractère et les besoins émotifs de l'enfant
- les besoins physiques, psychologiques, sociaux et économiques de l'enfant

- 
- la capacité de la personne qui demande la garde d'agir comme tuteur de l'enfant
  - le foyer que l'on propose de fournir à l'enfant
  - les projets d'avenir que le requérant formule pour l'enfant
  - les conséquences de l'octroi de la garde ou du soin de l'enfant à l'un des intéressés en ce qui a trait à l'exercice du droit d'accès par l'autre partie.

En outre, l'article 9 du *Children's Law Act* de la Saskatchewan énumère les facteurs suivants dont il y a lieu de tenir compte lors de l'examen d'une demande de droit d'accès :

- la qualité des liens qui existent entre l'enfant et la personne qui demande le droit d'accès
- la personnalité, le caractère et les besoins émotifs de l'enfant
- la capacité de la personne qui demande le droit d'accès de prendre soin de l'enfant au moment où elle en a la charge
- les désirs de l'enfant, dans la mesure où le tribunal juge à propos d'en tenir compte, eu égard à son âge et à sa maturité de l'enfant.

Voici une liste des lois pertinentes qui sont en vigueur dans chacune des provinces et chacun des territoires :

Canada : *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.); *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, L.R.C. (1985), ch. 4, Partie I (2<sup>e</sup> suppl.).

Alberta : *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 8, 9 et 12; *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, ch. D-37, partie 7; *Extra-Provincial Enforcement of Custody Orders Act*, R.S.A. 1980, ch. E-17; *International Child Abduction Act*, S.A., 1986, ch. I-6.5; *Provincial Court Act*, R.S.A. 1980, ch. P-20, art. 32.

Colombie-Britannique : *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121; *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 29, 47 et 55.

Manitoba : *Loi sur les services à l'enfant et la famille*, L.R.M. (1987), ch. C80, art. 2, 78 et 80; *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. (1987), ch. C360; *Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, L.M. (1988-89), ch. 4, art. 33 et 63; *Loi sur le domicile et la résidence habituelle*, L.R.M. (1987), ch. D96; *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. (1987), ch. F20, art. 2, 9, 11, 39, 49, 50 et 51.

Nouveau-Brunswick : *Loi sur les services à la famille*, L.N.B. (1980), ch. F-2.2, art. 1, 6, 8 et 9, Partie VII; *Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, L.N.B. (1982), ch. I-12.1; *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.B. (1973), ch. J-2, art. 11.4, 11.51 et 38.

Terre-Neuve : *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, ch. C-13; *Family Law Act*, R.S.N. 1990, ch. F-2, art. 64 et 66.



---

Nouvelle-Écosse : *Child Abduction Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 67; *Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 107 et 108; *Family Orders Information Release Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 161, art. 5; *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 18 et 19; *Married Women's Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 272, art. 25; *Reciprocal Enforcement of Custody Orders Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 387.

Ontario : *Law Reform Act*, L.R.O. (1980), ch. 68; *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11, art. 109; *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4, art. 54 et 56; *Loi de 1985 sur l'exécution d'ordonnances alimentaires et de garde d'enfants*, L.O. 1985, ch. 6, art. 2, 6 et 7.

Île-du-Prince-Édouard : *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-33; *Family Law Reform Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-3, art. 47 et 49(1); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I., ch. S-10, art. 29.

Saskatchewan : *The Children's Law Act*, S.S. 1990, ch. C-8.1; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, ch. I-10.1; *The Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, ch. Q-1, art. 45(11).

Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur les relations familiales*, L.R.N.T.O. 1988, ch. D-8; *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde extraprovinciales*, L.R.N.T.O. 1988, ch. E-12; *Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, L.R.N.T.O. 1988, ch. I-15.

Yukon : *Children's Act*, R.S.Y. 1986, ch. 22, art. 1 et 2, partie 2, art. 167 et 168; *Maintenance and Custody Orders Enforcement Act*, R.S.Y. 1986, ch. 108, art. 2 et 6.



---

## Annexe C

### AUTRES CRITÈRES APPLIQUÉS AUX FINS DES DÉCISIONS

Pour prendre leurs décisions en matière de garde et de droit d'accès, les tribunaux se fondent évidemment sur les dispositions législatives, mais il importe aussi de reconnaître l'influence de la jurisprudence et des précédents. Il est bien facile de résumer le critère d'origine législative qui régit les décisions touchant la garde et l'accès. L'intérêt de l'enfant doit être le principal facteur, sinon le seul. Cependant, même si le critère peut être décrit de façon très simple, il est difficile à appliquer, parce que le concept de l'intérêt de l'enfant comporte de nombreux éléments liés entre eux.

Dans le passé, les tribunaux ont relevé plusieurs facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant. La plupart de ces facteurs ont été formulés il y a quelque temps, lorsque les tribunaux accordaient habituellement la garde exclusive d'un enfant à un conjoint et un droit d'accès à l'autre conjoint. Ces facteurs ont souvent été invoqués dans les cas où les deux parents semblaient également capables de prendre soin de l'enfant. Dans le passé, certains de ces éléments avaient, semble-t-il, le caractère d'une règle ou d'une présomption de droit nécessitant une contre-preuve. Aujourd'hui, on a plutôt tendance à les considérer comme des règles de bon sens et des présomptions de fait plutôt que des présomptions de droit, lesquelles règles et présomptions sont assujetties aux circonstances particulières de la cause.

Voici les présomptions que l'on retrouve le plus souvent dans la jurisprudence :

- a) *Statu quo* : lorsque les revendications respectives des parents s'équilibrent, il y a lieu pour le tribunal de maintenir le statu quo.

Un examen de la jurisprudence indique qu'on a très nettement mis l'accent sur le maintien du statu quo, notamment dans le cas de demande de garde provisoire<sup>1</sup>. Généralement, il semble que les tribunaux hésitent à intervenir lorsqu'il s'agit d'un arrangement qui a été appliqué pendant quelque temps sans problème et qui a donné à l'enfant un sentiment de sécurité, de stabilité et de permanence. Le statu quo s'applique à la garde de fait de l'enfant par l'un des parents et non pas à un lieu donné où l'enfant peut avoir vécu.

- b) *La doctrine de l'âge tendre* : il y a habituellement lieu de confier la garde des enfants d'âge tendre à la mère.

Même si cette règle a déjà été appliquée très fréquemment, compte tenu de l'idée préconçue selon laquelle les enfants avaient besoin de soins maternels, en 1975, dans *Talsky c. Talsky*<sup>2</sup>, la Cour suprême du Canada a décidé que la doctrine n'est pas une règle de droit, mais plutôt un principe de bon sens. Le juge Spence a souligné que l'aptitude spéciale de la mère de

---

famille à prendre soin d'un jeune enfant n'est «que l'un des éléments les plus importants dont il y a lieu de tenir compte lors de l'octroi de la garde... et ne crée sur le plan juridique aucune présomption en faveur de la mère».

Même s'il s'agit d'un principe fondé sur le bon sens, la doctrine a été critiquée à maintes reprises et les tribunaux ont décidé de plus en plus souvent que ni la doctrine de «l'âge tendre» ni l'argument selon lequel la mère de famille répond mieux aux besoins de l'enfant de sexe féminin ne sont encore valables aujourd'hui<sup>3</sup>.

c) *Le fait de ne pas séparer les frères et les soeurs* : en temps normal, le tribunal doit éviter de séparer les frères et les soeurs.

Cette règle générale semble être fondée sur le fait qu'il est préférable de faire en sorte que les enfants d'une famille demeurent ensemble, de façon qu'ils puissent s'entraider et grandir en ayant le sentiment de la solidarité familiale.

d) *Préférences de l'enfant* : il y a lieu d'accorder de l'importance aux volontés d'un enfant plus âgé.

En général, les tribunaux ont adopté une attitude réaliste. Ainsi, dans *Alexander c. Alexander*<sup>4</sup>, le tribunal a souligné que [TRADUCTION] «bien que les volontés d'un enfant ne décident pas nécessairement de la personne à laquelle la garde sera octroyée, il arrive un moment où l'enfant approche de l'âge adulte et doit être réputé capable de décider lui-même de son avenir».

Toutefois, dans *Young c. Young*<sup>5</sup>, le tribunal a passé outre à la volonté des enfants, âgés de 13 et 11 ans, d'être confiés à la garde de leur père, étant donné que les agressions du père contre la mère mettaient gravement en doute ses aptitudes parentales. En conséquence, il était préférable, dans l'intérêt des enfants, de les confier à leur mère.

De même, dans *Mamchur c. Mamchur*<sup>6</sup>, le tribunal estimait qu'il ne convenait pas que le juge interroge un enfant de 12 ans au sujet de ses préférences quant à la garde, étant donné l'âge de l'enfant, son manque de maturité et le traumatisme qui risquait d'en résulter.

D'autres juges se sont également montrés réticents à imposer un fardeau aussi lourd à un enfant<sup>7</sup>.

---

## NOTES

1. Voir *Kyle c. Kyle* (1985) 44 R.F.L. (2d) 200 (C.B.R. Sask.), à la page 202, où le tribunal a souligné qu'habituellement, la demande de garde provisoire visant à modifier la garde de fait doit être fondée sur une preuve plus convaincante que la même demande présentée au cours de l'instruction sur le fond du litige.
2. *Talsky c. Talsky* (1975) 21 R.F.L. 27, motifs de jugement du juge Spence, à la page 40.
3. Voir *Williams c. Williams* (1989), 24 R.F.L. (3d) 86 (C.S. C.-B.); *Ferjan c. Ferjan* (1980), 19 R.F.L. (2d) 113 (C.A. Man.); *Bendle c. Bendle* (1985), 48 R.F.L. (2d) 120 (Cour provinciale de l'Ontario). Voir aussi *Harden c. Harden* (1987), 6 R.F.L. (3d) 147 (C.A. Sask.), où on laisse entendre que «la doctrine de l'âge tendre» peut être contestée sur le plan constitutionnel sous le régime de l'article 15 de la *Charte*.
4. *Alexander c. Alexander* (1988), 15 R.F.L. (3d) 363 (C.A. C.-B.).
5. *Young c. Young* (1989), 19 R.F.L. (3d) 227 (H.C. de l'Ontario).
6. *Mamchur c. Mamchur* (1987), 11 R.F.L. (3d) 66 (C.S. C.-B.).
7. Voir *McCarney c. McCarney* (1985) 49 R.F.L. (2d) 69, où le tribunal a décidé que [TRADUCTION] «il n'y a pas lieu d'imposer à un enfant de 10 ans le fardeau de la décision de vivre avec son père ou avec sa mère». Pour une étude à l'appui de cette opinion, voir D. Leupnitz, *Child Custody: A Study of Families After Divorce*, (Lexington, Massachusetts: D.C. Heath, 1982), à la page 52.



---

**Annexe D**

**MODÈLE DE DIRECTIVES EN MATIÈRE D'INCUPLATION  
POUR ENLÈVEMENT D'ENFANTS PAR LE PÈRE OU LA MÈRE  
RAPT D'ENFANTS PAR LE PÈRE OU LA MÈRE — INTERPROVINCIAL**

**A. Des accusations fondées sur l'article 282 du Code criminel pourraient être portées dans les cas suivants:**

1. Lorsqu'un enfant de moins de quatorze ans est concerné.
2. Lorsqu'il y a violation d'une ordonnance rendue par un tribunal canadien.

(Remarque: il n'est pas nécessaire d'enregistrer l'ordonnance de garde délivrée dans une province avant de pouvoir porter des accusations dans une autre province. Toutefois, l'organisme chargé de l'enquête devrait chercher à déterminer le type d'infraction pour s'assurer que l'ordonnance de garde est bien la dernière qui a été rendue et qu'elle est toujours valide.)

3. Lorsque le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde légale d'un enfant l'enlève ou le retient contrairement aux modalités d'une ordonnance de garde rendue au Canada.
4. Lorsque la personne qui enlève ou retient un enfant le fait dans le but de priver de la possession de l'enfant le père, la mère, le tuteur ou une autre personne qui en a la garde légale.
5. Lorsque le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde légale de l'enfant n'a pas consenti à l'enlèvement ou à la détention de l'enfant par l'autre parent.
6. Lorsqu'il est manifeste que l'enlèvement ou la détention de l'enfant ne découlait pas de la nécessité de protéger l'enfant en question d'un danger imminent.

**B. Des accusations fondées sur l'article 283 du Code criminel pourraient être justifiées dans les cas suivants:**

1. Lorsqu'un enfant de moins de quatorze ans est concerné.

- 
2. Lorsque aucune ordonnance n'a été rendue par un tribunal canadien relativement à la garde de l'enfant. Toutefois, une accusation peut être portée lorsqu'une ordonnance de garde a été rendue par un tribunal étranger.
  3. Lorsque le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde légale d'un enfant soustrait cet enfant au contrôle du père, de la mère, du tuteur ou d'une personne qui a aussi un droit de garde dans le but de priver cette personne de la possession de l'enfant.
  4. Lorsque le consentement du procureur général ou d'un avocat que celui-ci a mandaté à cette fin a été obtenu.
  5. Lorsque le père, la mère, le tuteur ou une autre personne ayant la garde légale de l'enfant n'a pas consenti à l'enlèvement ou à la détention de l'enfant par l'autre parent.
  6. Lorsqu'il est manifeste que l'enlèvement ou la détention de l'enfant ne découlait pas de la nécessité de protéger l'enfant en question d'un danger imminent.

---

**VOICI DES EXEMPLES DE CAS OÙ LE PROCUREUR GÉNÉRAL PEUT  
AUTORISER LA MISE EN ACCUSATION :**

- 1) Un enfant est enlevé alors que sa situation comportait un certain degré de permanence, c'est-à-dire en contravention d'un arrangement que les parties ont appliqué pendant un certain temps ou en contravention des clauses d'une entente écrite.
- 2) Des procédures relatives à la garde ont été engagées devant les tribunaux et l'enlèvement de l'enfant nuit à ces procédures.
- 3) **Il existe des motifs valables de croire** qu'un des parents détient une ordonnance de garde rendue par un tribunal étranger et que le père ou la mère qui enlève ou retient l'enfant ne respecte pas les modalités de cette ordonnance.
- 4) Une des parties a souvent violé les dispositions de l'article 283.
- 5) Un enfant a été enlevé par une personne qui peut lui causer du mal et il semble que la législation provinciale n'offre aucun moyen d'assurer la protection de l'enfant.
- 6) Une personne enlève clandestinement l'enfant et disparaît avec lui ou est sur le point de quitter le pays en emmenant l'enfant.



---

Il est possible de porter des accusations dans les cas où le père ou la mère, au cours de la démarche de séparation, quitte la résidence familiale et emmène l'enfant avec lui ou elle tout en demeurant dans la même ville. Toutefois, il est peu probable que des accusations seraient portées dans ces circonstances, s'il semble que les parties essaient de résoudre la question de la garde au moyen d'un litige ou d'une entente. **L'avocat de la poursuite devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée dans ces circonstances.**

Les moyens de défense aux accusations portées conformément aux articles 282 et 283 sont les suivants:

1. L'accusé peut démontrer que le père, la mère, le tuteur ou la personne qui a la garde légale de l'enfant a consenti à l'enlèvement.
2. L'accusé peut démontrer que l'enlèvement visait à protéger l'enfant d'un danger imminent, par exemple, des risques d'agression physique.

**N.B.** Cependant, le fait que l'enfant a consenti à la conduite de l'accusé ne constitue pas un moyen de défense valable.