

La garde conjointe des enfants de familles désunies

Marie Pratte

Volume 19, Number 3, September 1988

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058597ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058597ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pratte, M. (1988). La garde conjointe des enfants de familles désunies. *Revue générale de droit*, 19(3), 525–573. <https://doi.org/10.7202/1058597ar>

Article abstract

Joint custody is a growing, but still contested practice. The present paper describes the evolution of this notion, provides an analysis of the merits of this form of custody and questions the advisability of this concept in Quebec Civil Law.

DOCTRINE

La garde conjointe des enfants de familles désunies

MARIE PRATTE

Professeure à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

La garde conjointe est un phénomène de plus en plus répandu, mais encore contesté. Ce texte retrace l'origine de la notion, analyse les mérites de cette forme de garde et s'interroge sur l'opportunité du concept en droit civil québécois.

ABSTRACT

Joint custody is a growing, but still contested practice. The present paper describes the evolution of this notion, provides an analysis of the merits of this form of custody and questions the advisability of this concept in Quebec Civil Law.

SOMMAIRE

Introduction	526
I. L'apparition et le rayonnement de la notion de garde conjointe	530
A. Un contexte propice à son épanouissement	531
B. Le façonnement du concept	533
1. L'apparition de la garde conjointe en common law	535
2. L'apparition de la garde conjointe en droit civil français et québécois	539
C. L'application du concept	542
1. Les pactes de garde conjointe	543
2. La garde conjointe imposée	545
3. La garde conjointe présumée	546
II. Les mérites de la garde conjointe	549
A. Les avantages de la garde conjointe	550
B. Les risques de la garde conjointe	554
C. Les conditions nécessaires à l'ordonnance de garde conjointe	558

III. L'opportunité de la notion de garde conjointe en droit civil québécois	560
A. Les effets de l'ordonnance de garde d'après le <i>Code civil du Québec</i>	560
1. Les droits du parent gardien	561
2. Les droits du parent non gardien	561
a) le droit de surveillance	561
b) un droit de participation	564
B. L'impact de la <i>Loi de 1985 sur le divorce</i> sur l'ordonnance de garde rendue au Québec	566
1. La prééminence de la loi fédérale sur le divorce	567
2. L'unité d'interprétation	570
Conclusion	572

INTRODUCTION

1. À la suite de la désunion de la famille, le droit, avec logique et par tradition, confie habituellement la garde des enfants à un seul des parents ou parfois à un tiers. Le gardien devient alors le principal responsable de l'enfant¹. « Installé au poste de commande, il choisit l'école, le genre d'instruction, l'établissement hospitalier ou le médecin à qui il faut faire appel². » Il y a vingt ans, on ne pouvait guère imaginer différents modes d'attribution. Aujourd'hui, on cherche, par de nouvelles formules de garde, à assurer entre les parents divorcés ou séparés une répartition plus équitable de l'autorité parentale. À la garde « exclusive » s'ajoutent donc la garde alternée, conjointe et partagée³.
2. La garde alternée est rarement attribuée⁴; elle suppose que l'enfant vivra successivement, généralement pour des périodes de temps

1. C'est du moins ce qu'on enseigne généralement. Toutefois en Angleterre, la Cour d'appel a récemment dénoncé le mythe légal selon lequel le gardien aurait le pouvoir de prendre seul toutes les décisions concernant l'enfant. Voir : *Dipper v. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722 : « The parent is always entitled, whatever his custodial status, to know and be consulted about the future education of the children and any other major matters. » La même position pourrait être prise au Québec, voir *infra*, n° 64.

2. A. MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193, p. 206.

3. L'appellation est impropre. Lire à ce sujet, A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 2; H. FULCHIRON, *Autorité parentale et parents désunis*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1985, p. 143.

4. Lire à ce sujet : H.J. FOLBERG and M. GRAHAM, « Joint Custody of Children Following Divorce », (1979) 12 *U. of C. Davis* 523, pp. 526-527. « Despite the generally negative attitude toward divided custody, appellate courts have upheld such awards when the facts of a particular case have warranted a division of custody. Courts sometimes have found the disadvantages of divided custody did not outweigh the child's right to the love

assez longues, chez chacun de ses parents. Ceux-ci exerceront l'autorité parentale tour à tour, au gré des visites de l'enfant. On condamne habituellement cette forme de garde⁵. Elle n'offre pas à l'enfant la stabilité nécessaire à son bon développement, n'incite pas à la collaboration et symbolise la méfiance que chacun des parents ressent pour l'autre. Quoiqu'encore exceptionnelle⁶, la garde conjointe est de plus en plus populaire. Elle maintient, malgré la séparation, l'exercice en commun de l'autorité parentale et réserve donc à chacun des parents le droit de participer aux décisions importantes concernant l'enfant⁷. La forme de

and affection of both parents. Courts most often award divided custody which provides for residence with one parent during the school year and the other during vacations. When parents' homes are widely separated, making frequent visits impractical, courts have sometimes approved divided custody. » Voir aussi A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 2, pp. 208-209.

5. En France, la garde alternée a été condamnée par la Cour de cassation : Cass. civ. 2^e, 21 mars 1983, *J.C.P.* 1984. II. 20163; *D.* 1984.53, note MOUSSA, après avoir été imposée à quelques reprises par les tribunaux inférieurs : C.A. Montpellier 1^{re} Ch., *Gaz. Pal.* 1981. I.95, note BRAZIER. Au Canada, elle n'a été que rarement attribuée, *Buchko v. Buchko*, [1973] 11 R.F.L. 252 (Sask. Q.B.). La Cour suprême de l'Ontario l'a vivement condamnée : *McCahill v. Robertson*, [1975] 17 R.F.L. 23. Elle est généralement critiquée par les auteurs : Lire par exemple H.J. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, pp. 526-527; C. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 289; E.S. DE LA MARNIERRE, « Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires », *Gaz. Pal.* 1987. 2.

6. Au Canada, les données les plus récentes (juin 1987) indiquent qu'en divorce la garde conjointe est accordée dans 8,8 % des cas. Une étude effectuée par le Bureau de l'Évaluation des programmes et de la vérification interne indique cependant que les tribunaux sont beaucoup plus réceptifs que par le passé aux demandes de garde conjointe. De plus, ajoute-t-on, la popularité de la médiation a sans doute contribué à la popularité croissante de la garde conjointe. La hausse de l'attribution de la garde conjointe reflète en effet la tendance des médiateurs à encourager les parties à accepter la garde conjointe. Voir à ce sujet : C.J. RICHARDSON, *La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes : un aperçu des résultats de recherche*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1988, pp. 32-33; Bureau de l'Évaluation des programmes et de la vérification interne, Canada, Ministère de la Justice, *Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce, Phase I : Cueillette des données de base*, Ottawa, 1987, pp. 95-99.

En France, à la même époque, l'exercice conjoint de l'autorité parentale était prononcé dans 5,1 % des divorces sur demande acceptée, 4 % des divorces pour faute, 3,1 % des divorces pour rupture de vie commune. G. RAYMOND, « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental », *J.C.P.* 1987. I. 2399.

Aux États-Unis, J. FOLBERG note qu'en Californie où depuis 1979 la garde conjointe a la faveur du législateur, 26 % des ordonnances de garde prévoient une garde conjointe. Parmi ce 26 %, seulement 5 % sont des cas de garde partagée. Lorsque la garde est contestée, la garde conjointe n'est attribuée que dans 2 % des cas. J. FOLBERG, « Joint Custody » in *Family Law : Dimensions of Justice*, Edited by R. ABELLA et Claire L'HEUREUX-DUBÉ, Toronto, Butterworth, 1989, p. 185 et p. 188.

7. Au sujet de la *joint custody*, lire notamment : R. ABELLA, « Procedural aspects of arrangements for children upon divorce in Canada », (1983) 61 *R. du B. can.* 443,

la garde conjointe peut varier. Habituellement, elle a l'apparence d'une garde exclusive : à l'un des parents est confié l'enfant, l'autre jouit d'un droit de visite, dont la fréquence est ou non précisée⁸. Une forme plus moderne existe aussi : l'enfant ne vit alors plus avec un seul de ses parents, mais tour à tour avec chacun d'entre eux. La garde est alors dite « partagée »^{8a}, quoique l'autorité parentale soit là aussi exercée en commun. On préfère habituellement à cette formule la forme habituelle de garde conjointe, modelée sur l'ordonnance de garde exclusive⁹.

p. 468; G. AWAD, « Joint custody : Preliminary Impressions », (1983) 28 *Can. J. Psychiatry* 41; A. BISSETT-JOHNSON, « Recent Developments in Family Law », (1980) 4 *Fam. L.R.* 244, pp. 249 et ss.; A. FINEBERG, « Joint Custody of Infants : Breakthrough or Fad? », (1979) 2 *Can. J. Fam. L.* 417, pp. 433 et ss.; J. FOLBERT et M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, pp. 528-529; S. GADDIS & B. BINTLIFF, « Current Custody : a means of continuing parental responsibility after dissolution », *idem*, p. A-11; M. MORGENBESSER & N. NEHLS, « What is joint custody? », in *Joint custody : a handbook for judges, lawyers and counselors*, prepared by The Association of family conciliation courts, Portland, 1979, p. A-7; J. PAYNE & P. BOYLE, « Divided opinions on joint custody », (1979) 2 *Fam. L.R.* 163; L. ROBINSON, « Custody and Access » in *Studies in Canadian Family Law*, 1972, p. 543; J.P. RYAN, « Joint custody in Canada : Time for a second look », (1986) 49 *R.F.L.* 119; W. WHITE, « A comparison of some parental and guardian rights », (1980) 3 *Can. J. Fam. L.* 219.

Pour des définitions de la garde conjointe en droit québécois, lire : M. CASTELLI, *Précis du droit de la famille*, Québec, P.U.L., 1987, p. 193. Pour certains auteurs la garde conjointe exige non seulement que « les parents établissent de concert le programme général de l'éducation des enfants mais aussi qu'ils en assurent ensemble l'exécution au jour le jour » : R. JOYAL, « La garde partagée », dans *Le droit de la famille au Canada : nouvelles orientations*, sous la direction d'Élizabeth SLOSS, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1985, p. 115; C. L'HEUREUX-DUBÉ, « La garde conjointe, concept acceptable ou non? », (1979) *R. du B.* 835; *L'autorité parentale : un droit ou un devoir... pour qui!*, (1984), Prix Charles-Coderre, Cowansville, Les Éditions Blais inc., 1985; A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 2, p. 217; M. OUELLETTE, *Droit de la famille*, Montréal, Les éditions Thémis, 1984, p. 225; Pour certains auteurs la garde conjointe exige non seulement que « les parents établissent de concert le programme général de l'éducation des enfants mais aussi qu'ils assurent ensemble l'exécution au jour le jour » : J. CARBONNIER, *Droit civil 2 — La Famille, les incapacités*, Paris, P.U.F., 1983, p. 238.

8. Au Québec, la fréquence des visites est habituellement précisée à moins de circonstances exceptionnelles : *Trudeau c. Ouellette*, [1972] C.S. 699; elle est à peu près la même que dans les cas de garde simple. Voir par exemple : *Droit de la famille — 172*, [1984] C.S. 1111.

8a. Cette appellation prête particulièrement à confusion. On devrait en fait parler d'hébergement alterné dans le cadre d'un exercice conjoint de l'autorité parentale. Mais la formule est un peu longue!

9. Il n'existe pas de statistiques sur ce sujet, mais une étude de la jurisprudence canadienne rapportée révèle que la garde partagée est rarement imposée. On note chez les tribunaux une méfiance à l'égard de cette forme de garde. Voir, *Droit de la famille — 361*, [1987] R.D.F. 196 (C.S.) : « l'examen de la jurisprudence révèle que ce que les tribunaux rejettent finalement c'est une forme de garde qui implique un morcellement de la présence des enfants chez les parents d'une façon telle qu'il est à craindre que les enfants qui

3. Imaginée par la pratique, la notion de garde conjointe, a vu le jour il y a une vingtaine d'années¹⁰. Toutefois, elle n'a pas immédiatement gagné la faveur du droit. D'abord réticents, les tribunaux tant américains qu'européens l'ont tout de même accueillie, influencés par une littérature qui vantait ses mérites¹¹. Approuvée par le prétoire, la garde conjointe devait attirer l'attention des législateurs. Si quelques-uns ont continué à l'ignorer¹², certains l'ont condamnée¹³, plusieurs l'ont permise¹⁴ et même favorisée¹⁵, d'autres discutent encore de ses avantages¹⁶.

alternent ainsi entre l'un et l'autre parent ne bénéficient de la stabilité souhaitable pour leur développement ».

10. Voir *infra*, n° 9 et suivants.

11. Elle est de plus en plus abondante. Voir notamment : THE COMMITTEE ON THE FAMILY GROUP FOR THE ADVANCEMENT OF PSYCHIATRY, *Divorce, Child custody and the Family*, San Francisco — Washington, London, Jossey-Bass Publishers, 1981; V. EDER, « Shared custody — An idea whose time has come », in *Joint Custody: A handbook for Judges, Lawyers and Counsellors*, *supra*, note 7, p. B-22; J. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4; H. FULCHIRON, *op. cit.*, *supra*, note 3; M. GALPER, *Joint custody & Co-Parenting: sharing your child equally*, Philadelphia, Running Press, 1980; D. GROTE & J. WEINSTEIN, « Joint custody: a viable and ideal alternative », [1977] *J. of Divorce* 43; J.J. GUILLARME & P. FUGUET, *Les parents, le divorce et l'enfant*, Paris, Les Éditions E.S.F., 1985, pp. 125 et ss.; D. HOLUB, « The pros and cons of joint custody », in *Joint Custody: A Handbook for Judges, Lawyers and Counsellors*, *supra*, note 7, p. B-20; R. LIBERMAN, *Les enfants devant le divorce*, Paris, P.U.F., 1979, p. 181; J. PAYNE & P. BOYLE, *loc. cit.*, *supra*, note 7; I. RICCI, *Mom's house, Dad's house*, New York, Macmillan Publishing Co., 1980; M. ROMAN & W. HADDAD, « The case for joint custody », in *Joint custody: A Handbook for Judges, Lawyers and Counsellors*, *supra*, note 7, p. B-24; M. ROMAN & W. HADDAD, *The disposable parent: the case for joint custody*, New York, Holt, Rinehart & Winston, 1978; J. RYAN, *loc. cit.*, *supra*, note 7; S. SCHWARTZ, « Toward a presumption of joint custody », (1984) 18 *Fam. L.Q.* 225; P.M. STAHL, « A Review of Joint and shared parenting literature », in *Joint custody and shared parenting*, J. Folberg ed., Association of Family Conciliation Courts, 1984, p. 25; Voir aussi : *Bibliographie annotée sur la documentation relative à la garde d'enfants et aux pensions alimentaires*, soumise par ALDERSON-GILL & ASSOCIATES au ministère de la Justice, 16 novembre 1984, Ottawa, Ministère de la Justice, Canada, 1988.

12. Il en est ainsi du législateur québécois.

13. La loi allemande du 18 juillet 1979 a interdit l'exercice conjoint de l'autorité parentale après divorce (art. 1671 al. 4 B.G.B.) alors que des décisions antérieures l'avaient admis. F. GRASS, *La réforme de la puissance parentale en droit allemand*, Annales de la faculté de Toulouse, 1981, p. 351, cité dans Cass. civ. 2^e, 2 mai 1984, *J.C.P.* 1985. II.20412, note DEKEUWER.

14. Au Canada, voir : *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1987, c. 4, par. 16(4); voir aussi, *infra*, note 54.

En France, depuis la *Loi n° 87-370 du 22 juillet 1987*, le *Code civil* permet l'exercice conjoint de l'autorité parentale à la suite de divorce. Voir *J.O.*, 24 juillet 1987, p. 8253. Aux États-Unis, plusieurs États permettent la garde conjointe. Voir à ce sujet, J. SCHULMAN, « Who's Looking after the Children? », (1982) 5 *Family Advocate* 31, pp. 32-35.

15. Au moins huit États américains la favorisent, voir J. SCHULMAN, *id.*

16. Voir en Ontario les discussions provoquées par la présentation du projet de loi 95. *An act to amend the Children's Law Reform Act*, Bill 95, 1st session, 34th legislature,

4. Le droit québécois n'a pas échappé à cette tendance. Si le *Code civil du Québec*, à juste titre, reste indifférent à la garde conjointe, les tribunaux y sont de plus en plus favorables¹⁷. Le phénomène était inévitable. Séduits par les mérites de cette forme de garde, influencés par la jurisprudence des provinces anglaises¹⁸ et encouragés par la nouvelle loi sur le divorce¹⁹, les tribunaux québécois ne pouvaient guère résister : l'emprunt a été fait ; il reste à juger de sa valeur.

Certes, depuis son apparition, la notion de garde conjointe a connu tant en droit civil qu'en common law, un rayonnement remarquable (I). Il est vrai aussi que l'exercice en commun de l'autorité parentale à la suite du divorce présente des avantages (II). Malgré cela, l'opportunité de cette notion en droit civil québécois demeure discutable (III).

I. L'APPARITION ET LE RAYONNEMENT DE LA NOTION DE GARDE CONJOINTE

5. Modelé par l'évolution sociale, le droit ne pouvait longtemps rester indifférent au phénomène de la garde conjointe. Pour faire accepter ce concept, en effet, les pressions étaient fortes. Influencés par les revendications et les préoccupations contemporaines, la common law a façonné cette notion et le droit civil l'a empruntée. Chacun de ces systèmes applique donc aujourd'hui, avec plus ou moins de souplesse selon les législateurs et les juridictions, le principe de la garde conjointe.

Ontario, 37 Eliz. II, 1988. Lire notamment un numéro spécial de *Jurisfemme*, « Le lobby du droit paternel et la médiation imposée : le contrecoup anti-égalitaire en droit de la famille », (1988) 8 *Jurisfemme*.

17. Aucune statistique précise n'existe sur le sujet. C'est toutefois l'impression qui se dégage de la lecture de la jurisprudence rapportée. Même dans les cas où la garde conjointe est refusée à cause de circonstances particulières, les juges prennent souvent soin, en *obiter*, de dire qu'elle est une formule à envisager. Voir : *Gratton c. Bernatchez*, C.S. Gaspé, n° 110-12-000871-840, 23 sept. 1986 ; *Droit de la famille — 301*, [1986] R.J.Q. 2141 (C.S.), infirmé par [1988] R.J.Q. 17 (C.A.), *sub nomine Dussault v. Ladouceur*, (1988) 14 R.F.L. (3d) 185. Une enquête effectuée en 1987 dans la région de Québec par un groupe de chercheurs de l'Université Laval révèle que cette année-là, 25 % des familles séparées ou divorcées avaient opté pour la garde partagée : D. DONTIGNY, « Parents pour la vie », [1988] *Contact* 20.

18. Cette influence apparaît nettement dans plusieurs décisions : *Benoît c. Bisailon*, [1976] C.S. 1651 ; *Bohuslav c. VLK*, C.S., J.-E. 80-500 ; *Bourret c. Ouellet*, C.S. Québec, n° 200-12-016101-779, 15 fév. 1979.

19. *Supra*, note 14, voir *Droit de la famille — 301*, *supra*, note 17 ; *Droit de la famille — 361*, *supra*, note 9.

A. UN CONTEXTE PROPICE À SON ÉPANOUISSEMENT

6. La garde conjointe est née d'une culture centrée sur l'enfant et d'une société aux tendances égalitaires²⁰. Elle est revendiquée avec force par les pères divorcés. Depuis la fin du XIX^e siècle, la mère est en effet celle que les tribunaux favorisent lorsque des parents se disputent la garde de leur enfant²¹. Cette préférence est aujourd'hui contestée. La naissance d'un important mouvement protégeant les droits individuels et favorisant l'égalité a en effet permis aux membres du couple de revendiquer de nouveaux rôles. Les femmes travaillent de plus en plus à l'extérieur du foyer, ce qui oblige les époux à un certain partage des tâches familiales. Les hommes redécouvrent la paternité, encouragés par les résultats de recherches confirmant l'importance de leur présence auprès de l'enfant²².

20. Ainsi que le soulignent J. FOLBERG et M. GRAHAM : « The law concerning custody has changed to accommodate the needs of the day », *loc. cit., supra*, note 4, p. 530. Lire notamment : A. DERDEYN, « Child custody : A reflection of cultural change », [1978] *J. of Clinical Child Psycho.* 169; H. IRVING, M. BENJAMIN, N. TROCME, « Shared Parenting : An Empirical Analysis Utilizing a Large Data Base », (1984) 23 *Fam. Proc.* 561, p. 562; S. SCHWARTZ, « Toward a Presumption of Joint Custody », (1984) 18 *Fam. L. Q.* 225, p. 233; S. STEINMAN, « The Experience of Children in a Joint-Custody Arrangement : a Report of a Study », (1981) 51 *Amer. J. Orthopsychiat* 403; D.A. LUEPTNIZ, « A Comparison of Maternal, Paternal and Joint custody », (1986) 9 *J. of Divorce* 1; A. FINEBERG, *loc. cit., supra*, note 7, pp. 418 et ss. et J. RYAN, *loc. cit., supra*, note 7.

21. Au Canada, les plus récentes statistiques démontrent que la garde exclusive est accordée à la femme dans 76,6 % des cas. Voir Bureau de l'Évaluation des programmes et de vérification interne, Ministère de la Justice, Canada, *op. cit., supra*, note 6, p. 97, voir aussi p. 7 et pour les motifs justifiant cette préférence pp. 9-10; voir aussi, E. DELEURY & A. CLOUTIER, *Maman ou Papa?, l'attribution de la garde des enfants dans les situations de divorce*, Québec, Centre de recherche sur les droits et libertés, Facultés de droit, Université Laval, 1987 et *Divorce : La loi et la famille au Canada*, Ottawa, Statistique Canada, 1983, pp. 228 et ss. Selon une enquête effectuée en 1987 à Québec, dans 38 % des familles divorcées ou séparées la garde avait été accordée à la mère : D. DONTIGNY, *loc. cit., supra*, note 17.

Aux États-Unis, elle serait accordée à la mère dans environ 90 % des cas. L. WEITZMAN, *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York, the Free-Press, 1985, ch. 4. À ce sujet lire aussi : H. IRVING, M. BENJAMIN et N. TROCME, *loc. cit., supra*, note 20, p. 561; S. STEINMAN, *loc. cit., supra*, note 20, p. 403; V. EDER, « Shared Custody : An Idea Whose Time has Come », (1978) 16 *Conciliation courts Rev.* 23, p. 25; J. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit., supra*, note 4, p. 531; THE COMMITTEE OF THE FAMILY GROUP FOR THE ADVANCEMENT OF PSYCHIATRY, *op. cit., supra*, note 11, pp. 19-21.

22. La plus importante de ces recherches est celle-ci : J.S. WALLERSTEIN et J.B. KELLY, *Surviving the Breakup : How Children and Parents Cope With Divorce*, New York, Basic Books, 1980; voir aussi : J. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit., supra*, note 3, p. 533; O. BOURGUIGNON, « Effets psychologiques sur l'enfant », dans O. BOURGUIGNON, J.L. RALLU, I. THÉRY, *Du divorce et des enfants*, Paris, P.U.F., 1985, pp. 124 et ss.

Ils « dénoncent [alors] la “ patriphobie ” des tribunaux »²³. Incertains de pouvoir obtenir une garde exclusive ou ne désirant pas la présence quotidienne de l'enfant, ils plaident en faveur d'une garde conjointe²⁴. L'enfant vivra avec l'un de ses parents alors que l'autre jouira d'un droit de visite; les deux exerceront l'autorité parentale.

7. L'apparition de lois libérales en matière de divorce contribue aussi au développement de la notion de garde conjointe. L'individualisme du XX^e siècle a fait du mariage un moyen d'épanouissement personnel. En cas d'échec, il est donc de plus en plus facile d'y mettre fin. Aussi le divorce s'assouplit-il : il ne souligne plus la faute d'un conjoint, mais leur mésentente; il ne dresse plus les époux l'un contre l'autre, mais encourage médiation et accord. La séparation a donc souvent lieu en dehors de tout conflit²⁵. « Dans cette optique, des couples de plus en plus nombreux

23. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et F. VAUVILLÉ, « Droits de l'Homme et droits de l'Enfant », *D.* 1988. Chr. XXI, 138. Les auteurs notent avec justesse que cette « patriphobie » est largement mythique. Les analyses statistiques de décisions judiciaires montrent en effet que le taux élevé de gardes attribuées à la mère provient avant tout de ce que très peu de pères la revendiquent réellement. En France, voir : A. MAZEL, « Conflit parental et père gardien », *J.C.P.* 1985. I. 3214; au Canada, voir le *Rapport du Bureau d'évaluation des programmes et de la vérification interne*, *op. cit.*, *supra*, note 6, pp. 104-106. Les auteurs notent ceci : « nous n'avons pas pu découvrir de nombreux cas dans lesquels la garde avait été vraiment contestée [par les pères] avec vigueur. Même si certains hommes avaient initialement soulevé la question de la garde, nous avons eu l'impression au cours des entrevues que pour plusieurs d'entre eux, le fait de contester la garde était une question qui les laissait plutôt tièdes, ou résultait, dans certains cas, du besoin de se venger. [...] Il semble que la plupart des hommes, ou bien partagent les idées répandues selon lesquelles les femmes auraient des qualités supérieures de parent ou bien, s'estiment incapables d'assumer la parentalité à temps plein ».

24. Voir en particulier : M. ROMAN, W. HADDAD, *The disposable parent : the case for joint custody*, *op. cit.*, *supra*, note 11 et pour d'autres exemples : J. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 534. Dans les faits, on remarque que la garde conjointe est très souvent demandée par un père qui veut continuer à participer à l'éducation de l'enfant. Au Québec, par exemple, voir : *Bohuslav c. VLK*, *supra*, note 18; *Droit de la famille* — 37, J.-E. 83-643, (C.S.); *Boulay c. Guay*, C.S. Gaspé, n° 110-04-000054-857, 4 août 1986 (J.R. GOODWIN).

25. Voir notamment au Canada, la *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1987, paragraphe 8(1) et alinéa 8(2)a; au Québec, l'article 527 C.c.Q. concernant la séparation sur projet d'accord. En France, voir les règles du divorce sur demande conjointe, art. 230, 232 C.civ.frs. Dans le même esprit, plusieurs espèrent un changement de vocabulaire. « Des commentateurs influents des aspects juridiques du divorce sont d'avis que des concepts comme la garde et l'accès sont démodés. À leur avis, cette terminologie laisse entendre que les enfants sont des biens et autorise des connotations qui se prêtent mieux à des criminels détenus dans un pénitencier » : BUREAU DE L'ÉVALUATION DES PROGRAMMES, Ministère de la Justice, Canada, *op. cit.*, *supra*, note 6, p. 8. Voir aussi : A. BISSETT-JOHNSON et D. DAY, *The New Divorce Law : A Commentary on the Divorce Act, 1985*, Toronto, Carswell, 1986, p. 39 et R. ABELLA, « Procedural aspects of arrangements for children upon divorce in Canada », (1983) 61 *R. du B. can.* 443, pp. 468 et ss.

[manifestent] le désir de se soustraire à la règle habituelle de l'attribution de la garde à l'un ou l'autre pour adopter le système de garde conjointe »²⁶. On empêche ainsi « à propos des enfants, des tensions évitées au niveau du divorce »²⁷.

8. L'intérêt de l'enfant devient en effet, au XX^e siècle, le critère déterminant lors de l'attribution de la garde²⁸. Dégagés des présomptions qui guidaient autrefois leurs décisions, les juges peuvent désormais faire preuve de souplesse. Or, les traumatismes que le divorce risque de causer à l'enfant inquiètent²⁹. Le souci de protéger l'enfant pousse donc à la recherche et à l'acceptation de nouvelles formes de garde plus adaptées à ses besoins.

B. LE FAÇONNEMENT DU CONCEPT

9. Le terme « garde conjointe », traduction littérale de *joint custody*, trahit l'origine d'un concept emprunté à la common law. En droit civil, en effet, l'expression n'a pas de sens³⁰. « Le concept civiliste de la

26. T. FEYDEAU, L. ROBINEAU et P.J. CLAUX, « Autorité parentale conjointe », *Gaz. Pal.* 1981, 363. Voir aussi, H. IRVING, M. BENJAMIN et N. TROCME, *loc. cit.*, *supra*, note 21, pp. 562 et 568.

27. T. FEYDEAU, L. ROBINEAU et P.J. CLAUX, *ibid.*

28. Au Québec, voir article 30 C.c.B.-C. et article 569 C.c.Q. Sur l'émergence de la notion d'intérêt de l'enfant, lire : É. DELEURY, M. RIVET & J.M. NAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa véritable finalité », (1974) 15 *C. de D.* 741, pp. 841 et ss.; Alberta : *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, c. D-37, par. 56(2); Colombie-Britannique : *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121; Île-du-Prince-Édouard : *Custody Jurisdiction and enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, c. 17, par. 2, 3(2), 5(2) et 8(1); Manitoba : *The Family Maintenance Act*, R.S.M., c. F-20, art. 1.1; Nouveau-Brunswick : *The Child and Family Services and Family Relations Act*, S.N.B. 1980, c. C-2.1, par. 129(2); Nouvelle-Écosse : *The Family Maintenance Act*, S.N.S. 1980, c. 6, par. 18(5); Ontario : *The Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68, tel qu'amendé par *An Act to Amend the Children's Law Reform Act*, S.O. 1982, c. 20, par. 24(1) et (2); Saskatchewan : *The Infants Act*, R.S.S. 1978, c. I-9, par. 3(3); Terre-Neuve : *The Child Welfare Act*, R.S.N. 1970, c. 37, par. 47; au fédéral, *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1980, c. 4, par. 16(8).

29. H. IRVING et coll., *loc. cit.*, *supra*, note 21, p. 562. J.S. WALLERSTEIN et J.B. KELLY, *op. cit.*, *supra*, note 21; S. STEINMAN, *loc. cit.*, *supra*, note 20, p. 404. Voir les propositions que faisait en 1976, la Commission de réforme du droit du Canada, COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Rapport sur le droit de la famille*, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 48.

30. Son caractère inapproprié a d'ailleurs souvent été dénoncé : C. L'HEUREUX-DUBÉ, « La garde conjointe, un concept acceptable ou non », (1979) 39 *R. du B.* 835, p. 860; J. PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil, La Famille*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 175; A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 2, pp. 215 et ss., *T.V.-F. et D.F. c. G.C.*, [1987] 2 R.C.S. 244.

garde est indissociable de la présence de l'enfant³¹. » La séparation des parents empêche donc la garde d'être conjointe. Ce n'est pas la garde mais les autres attributs de l'autorité parentale qui sont exercés en commun. En droit anglais, selon l'opinion la plus répandue, la notion de *custody*, équivaut, dans son sens le plus large, à l'autorité parentale du droit civil³². « It is frequently associated with such obligations as maintenance, protection, education and emotional support³³. » L'attribution du droit de *custody* confère donc à son détenteur un faisceau de droits et de pouvoirs, qui s'apparente à l'autorité parentale.

These include power to control education, the choice of religion and the administration of the child's property. They include entitlement to veto the issue of a passport and to withhold consent to marriage. They include, also, both the personal power physically to control the infant until the years of discretion and the right to apply to the courts to exercise the power of the crown as *parens patriae*. It is thus clear that somewhat confusingly one of the powers conferred by custody in its wide meaning is custody in its limited meaning, such personal power of physical control as parent or guardian may have.

An unqualified order giving custody to a parent appears nowadays to be interpreted as having the wide meaning, but if at the same time, « care and control » is given to the other parent, then one of the powers, custody in the limited meaning of physical control, is taken out of custody in the wide meaning³⁴.

Une ordonnance de *joint custody*, au contraire d'une garde simple, permet donc à chacun des parents de conserver ses pouvoirs sur l'enfant.

Parents with joint custody have the right to continue to act as parents, as well as the responsibility of sharing such important decisions as the child's

31. *T.V.-F. et D.F. c. G.C., id.*, p. 264.

32. En fait le terme *custody* est devenu en droit anglais presque synonyme de *guardianship*. Sur la distinction et les rapports entre ces deux notions, voir : W.G.W. WHITE, « A Comparison of Some Parental and Guardian Rights », (1980) 3 *Can. J. Fam. L.* 219, p. 225; A. FINEBERG, *loc. cit., supra*, note 7, pp. 423 et ss. Toutefois la Cour d'appel d'Angleterre, il y a quelques années a cependant critiqué cette trop large définition : *Dipper c. Dipper, supra*, note 1.

33. W.G.W. WHITE, *ibid.*

34. *Hewer v. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357, [1969] 3 All. E.R. 578, pp. 585-586. Cette décision a été suivie au Canada : Voir notamment : *Kruger v. Kruger*, (1980) 25 O.R. (2d) 673 : « In my view, to award one parent the exclusive custody of a child is to clothe that parent, for whatever period he or she is awarded the custody, with full parental control over and ultimate parental responsibility for the care, upbringing and education of the child, generally to the exclusion of the right of the other parent to interfere in the decisions that are made in exercising that control or in carrying out that responsibility. » Voir aussi : *Gunn v. Gunn*, (1975) 24 R.F.L. 182 (P.E.I.S.C.) et W.G.W. WHITE, *loc. cit., supra*, note 32, p. 226.

health, education and spiritual and general welfare. Such an order retains for both parents participation and influence in the child's life, which does not occur when one parent has custody and the other has access, as the granting of even the most liberal access does not confer the right to participate in the upbringing of the child³⁵.

C'est donc en common law qu'apparaît d'abord la notion de garde conjointe. Sa naissance en droit civil est plus tardive et plus timide³⁶.

1. L'apparition de la garde conjointe en common law

10. En droit anglais, le père a longtemps été considéré propriétaire de ses enfants et en cas de conflit, il en obtenait nécessairement la garde³⁷. Au XIX^e siècle, le Parlement anglais modifie la règle et permet à la mère d'obtenir la garde de ses jeunes enfants³⁸. Dès lors, la décision relative à la garde n'est plus prise en fonction d'un droit exclusif du père mais relève de la discrétion du tribunal³⁹. Or, celui-ci, fidèle à la tendance observée dans la plupart des pays occidentaux, favorise la mère⁴⁰.

35. *Baker v. Baker*, (1978) 3 R.F.L. (2d) 193, p. 197, (J. BOLAND); voir aussi à ce sujet : A. FINEBERG, *loc. cit.*, *supra*, note 7, pp. 422 et ss.

36. C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 838.

37. « In England, the Common law regarded children as their father's property. The presumption that the father was the person entitled by law to the custody of his child was [almost] irrefutable » : J. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 1, p. 530; à ce sujet lire : *Bromley's Family Law*, 6^e éd., London, Butterworth, 1981, pp. 283-284, H. FOSTER et D. FREED, « Life with father : 1978 », (1977) XI *Fam. L.Q.* 321, p. 325; J. RYAN, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 186; THE COMMITTEE ON THE FAMILY GROUP FOR THE ADVANCEMENT OF PSYCHIATRY, *op. cit.*, *supra*, note 11, p. 19; A. DERDEYN, « Child Custody Contests in Historical Perspective », (1976) 133 : 12 *Am. J. Psychiatry* 1369.

38. En 1839, le parlement anglais passe le *Talfourd's Act*, qui donne à la mère le droit d'obtenir la garde de ses enfants de moins de 7 ans : *An Act to Amend the Law relating to the custody of infants*, (1839) 2 et 3 *Vict. c. 54*; puis pour tous ses jeunes enfants, sans précision d'âge : *An act to amend the law as to the custody of infants*, (1873) 36 et 37 *Vict. a. 12*. Voir à ce sujet : A. DERDEYN, *loc. cit.*, *supra*, note 37, pp. 1369 et ss. Pour un résumé de l'ensemble des législations ayant affecté les droits du père, voir *Bromley's Family Law*, *supra*, note 37, pp. 284-285.

39. L.I. STRANGER-JONES, *The Law of Domestic Relations*, 6^e éd., London, Sweet et Maxwell, 1951, p. 351.

40. *Shelley v. Westbrook*, [1817] 37 Eng. Rep. 850. « If one were to arbitrarily set the date at which the modern law of custody began, it would be 1817. In that year the poet Percy Bysshe Shelley was involved in a controversy over the custody of his children. He was unfortunate enough to appear before a Lord Elson, who castigated Shelley's Atheistic beliefs as vicious and immoral and denied him custody of his children. After the Shelley case the mother's claim to custody evolved to the point where, in England and in America, she had a preference and a prior right to custody as if she was deemed a " fit

Comme le droit de garde confère à son détenteur des pouvoirs considérables sur la personne de l'enfant, la perte est lourde pour le père et dans certains cas paraît même injuste. Les tribunaux anglais imaginent donc le *split order*⁴¹, fractionnement de la garde qui leur permet de ne pas déchoir de ses droits un père méritant, tout en confiant l'enfant à sa mère lorsque l'intérêt de celui-ci l'exige. La mère est alors chargée des soins quotidiens de l'enfant (*care and control*), le père a le pouvoir de diriger sa vie (*custody*). Cette formule, qu'on a beaucoup utilisée⁴², est aujourd'hui critiquée⁴³. En 1954, Lord Denning la justifiait cependant ainsi :

Cases often arise in the Divorce Court where a guilty wife deserts her husband and takes the children with her, but the father has no means of

parent ») : COMMITTEE ON THE FAMILY GROUP FOR THE ADVANCEMENT OF PSYCHIATRY, *op. cit.*, *supra*, note 20, p. 20; voir aussi A. DERDEYN, *loc. cit.*, *supra*, note 37, p. 1369. C'est à partir du XX^e siècle toutefois que la préférence pour la mère devient manifeste.

41. Le terme *split order* peut aussi désigner une ordonnance qui partage les enfants entre les parents. Dans ce deuxième sens, elle est une mesure exceptionnelle. Comme le soulignent J. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 528 : « The policy of the law has generally been to keep siblings together because a family unit is struck a vital blow when parents divorce; it is struck an additional one when children are separated from each other. Courts, therefore, refuse to grant split custody absent compelling reasons »; voir aussi : *Cossey c. Cossey* (1980-81) 10-11 *Fam. L.* 56.

42. C'est du moins ce qu'on affirme dans *Re W (J.C.)*, (1963) 3 All. E.R. 459, voir aussi : S.M. CRETNEY, *Principles of Family Law*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1976, p. 345; au Québec, de telles ordonnances sont rares. Elles ont à quelques reprises été utilisées lorsque l'enfant était confié à un tiers. On confiait alors au tiers la garde physique (*care and control*), au parent la garde légale (*custody*). Voir notamment : *Latreille c. Joly-Latreille*, [1974] C.S. 173; *M. c. P.*, [1976] C.S. 1445; *Droit de la famille* — 228, [1985] C.S. 808 et É. GROFFIER-ATALA, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1977) 8 *R.G.D.* 223, p. 230; C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 849. De telles ordonnances ne sont aujourd'hui plus possibles, la Cour suprême ayant condamné la distinction garde légale/garde physique dans l'affaire *T.V.-F. et D.F. c. G.C.*, *supra*, note 30. Dans les provinces anglaises, le *split order* a été à quelques reprises ordonné mais n'a pas connu la popularité qu'il a eu outre-mer : *Hubert v. Hubert*, (1975) 18 R.F.L. 378; *Chako v. Chako*, (1974) 17 R.F.L. 343; *Jones v. Jones*, (1983) 13 R.F.L. 209; voir les circonstances exceptionnelles de la dernière affaire.

43. Voir A. FINEBERG, *loc. cit.*, *supra*, note 11, pp. 425 et ss. : « Split orders, in practice are unrealistic and unworkable ». Dans l'affaire *Cooper c. Cooper*, [1961] 3 All. E.R. 539, la Cour d'appel d'Angleterre reconnaît que la garde légale (*custody*) accordée au père ne lui confère guère plus qu'un droit de visite et un mot à dire dans l'éducation de l'enfant. Voir aussi I. BAXTER, M. EVERTS, *The Child and the Courts*, London, Sweet & Maxwell, 1978, p. 41 et p. 52 et *Dipper v. Dipper*, *supra*, note 1, p. 722, p. 731. Aussi, même en Angleterre, le *split order* a aujourd'hui perdu sa popularité : GREAT BRITAIN LAW COMMISSION, (1976-77) 17 *Report on Matrimonial Proceedings in Magistrate's Courts* 678.

Les tribunaux australiens ont particulièrement condamné cette forme de garde : *Taylor v. Taylor*, (1972) 11 R.F.L. 126 (Tasmania Sup. Crt.) : « Orders [of this type] are usually unsatisfactory because in cases where some trouble or dispute arises it may be difficult to

bringing them up himself. In such a situation the usual order is that the father, the innocent party, is given the custody of the child or children, but the care and control is left to the mother. That order is entirely realistic. By giving the father the custody, it recognizes that he, the innocent party, is at least entitled to a voice in the bringing up of the child or children [...], although solely for practical reasons, the mother may have the care and control⁴⁴.

11. En acceptant le *split order*, les tribunaux anglais admettent la possibilité de répartir la garde entre les parents en distinguant le *custody* du *care and control*. Techniquement, la garde conjointe devient alors possible. Ce n'est cependant qu'en 1964, dans l'affaire *Clissold*⁴⁵, qu'un tribunal anglais se prononce pour la première fois sur l'opportunité d'une garde conjointe. Il la refuse, craignant les conflits pouvant opposer deux parents gardiens. Un an plus tard, grâce aux circonstances exceptionnelles de l'affaire en cause, une semblable demande est accueillie⁴⁶. À plusieurs reprises, par la suite, de telles ordonnances sont rendues par les tribunaux de première instance⁴⁷.

12. En 1972, la Cour d'appel d'Angleterre, dans la décision *Jussa v. Jussa*⁴⁸, reconnaît la valeur de la garde conjointe lorsque les parents sont prêts à coopérer.

[...] it would be wrong to say that joint orders for custody should only be made in exceptional circumstances, unless by that is meant that the circumstances in which both parents can be expected to co-operate fully in making such an order work are themselves to be regarded as exceptional⁴⁹.

Dans cette affaire, le père appelle d'une décision confiant les enfants à la garde de leur mère. Il ne s'oppose pas à ce que les enfants vivent avec celle-ci, mais désire une garde conjointe, afin de ne pas être privé de ses droits.

It has been contended on behalf of the father that he should not have been deprived of the custody of the children altogether, even though, being a father and not a mother, he was unable to offer them care and control in the

determine where care and control ends and custody begins. There should be no room for uncertainty in a field such as this »; voir aussi *Harnett v. Harnett*, [1954] V.L.R. 533 (Vict. S.C.), *Marks v. Marks*, [1964-5] N.S.W.R. 606; *Capadici v. Capadici*, [1967] Tas. S.R. (N.C.) 7.

44. *Wakeham v. Wakeham*, [1954] 1 All. E.R. 434, p. 436.

45. *Clissold v. Clissold*, (1964) 108 S.J. 220.

46. *S. v. S.*, (1965) 109 S.J. 289.

47. Voir à ce sujet les propos du juge WRANGHAM dans l'affaire *Jussa v. Jussa*, [1972] 2 All. E.R. 600, p. 603 : « my own experience is that since 1964, the [joint custody] order which was then so exceptional has been on many occasions, and I think it is not too much to say that the apprehensions expressed by Keminski J. in *Clissold* have not been fulfilled to their full extent. »

48. *Jussa v. Jussa*, *id.*

49. *Id.*, p. 885.

way that the mother could. He recognized, in other words, that the right and duty of looking after three little children of this age was best committed to an unimpeachable mother; but he contended that there was no reason why a wholly unimpeachable father should be cut out from any form of guardianship of his children at all⁵⁰.

Le juge Wrangham justifie ainsi sa décision d'accueillir l'appel :

When one has two wholly unimpeachable parents of this character, who could, I think, be reasonably contemplated as capable of co-operating with each other in the interest of the children whom they both love, there can be no serious objection to an order for joint custody, and many advantages for the children from that order⁵¹.

Sous le couvert de la recherche de l'intérêt de l'enfant, la garde conjointe permet en réalité au tribunal d'équilibrer les droits des père et mère.

13. En recevant l'approbation de la Cour d'appel, la garde conjointe s'imposait au droit anglais⁵². À la même époque, c'est-à-dire au début

50. *Id.*, p. 883.

51. *Id.*, p. 886.

52. La garde conjointe ne connaît pas cependant en Angleterre la popularité qu'elle aura aux États-Unis. Toutefois, comme le souligne le juge WILSON, alors à la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Kruger v. Kruger*, (1979) 11 R.F.L. (2d) 52, p. 67. « Since that time [c'est-à-dire depuis l'affaire *Jussa*] many orders for joint custody have been made in England : see *Owen v. Owen*, (1973) 4 Fam. L. 13 (C.A.), *Peters v. Peters*, (1974) 5 Fam. L. 23 (C.A.), *Haleem v. Haleem*, (1975) 6 Fam. L. 184 (C.A.) » ; voir aussi : *Dipper v. Dipper*, *supra*, note 1, p. 722, *May v. May*, (1986) 16 Fam. L. 185 ; voir par ailleurs, S. MAIDMENT, *Child custody and divorce : the law in social context*, London, Croom Helm, 1984, p. 259 : « In practice, few joint custody orders are made, although they are said to be increasing. According to the Lord Chancellor, some 2 to 2.5% of orders were for joint custody ; in the Oxford study it was 3.4%. The Lord Chancellor, echoing the judiciary and legal profession generally, explained this low percentage as resulting from fear of damage to children from hostility between parents who under joint custody would need to agree on decisions concerning the child. Others explain it as resulting from failure of the legal profession to explain to clients the possibility and advantages of joint custody. There is also some evidence of the reluctance of the judiciary to approve joint custody even where this is agreed between parties. A recent practice direction (1980) has ruled that the judge should not dismiss an agreed joint custody application at the Children's Appointment, but should adjourn the matter for hearing. » Voir aussi : *Practice Directions*, (1980-81) 10 *Fam. L.* 67. Cette directive débute ainsi : « Joint custody orders are being sought more often now than formerly and variations of practice have been noticed in different parts of the country [...] »

La garde conjointe semble être apparue aux États-Unis, à peu près en même temps qu'en Angleterre. Dans l'article de T. ERNST et R. ALTIS, « Joint custody and Co-parenting : not by law but by love », [1981] *LX Child Welfare* 669, pp. 671-672, on peut lire ceci : « Foster and Freed cite a 1944 " Symposium on Child Custody " as one of the earliest considerations of joint custody [...]. However, most appellate decisions concerning joint custody are from the 1960s and 1970s ; there are only a few earlier decisions [...] most of the literature concerning joint custody and co-parenting has been published since 1978 [...] »

des années '70, elle apparaît dans la jurisprudence des provinces canadiennes de common law⁵³. Aujourd'hui au Canada, quelques lois provinciales⁵⁴, ainsi que la loi fédérale sur le divorce⁵⁵, permettent que la garde d'un enfant soit confiée à plusieurs personnes. Cette référence implicite à la garde conjointe est perçue comme une attestation de sa valeur et encourage les tribunaux à l'ordonner.

2. L'apparition de la garde conjointe en droit civil français et québécois

14. La notion de garde conjointe se développe un peu plus tardivement en droit civil. À partir de 1976 en France⁵⁶, 1980 au Québec⁵⁷, elle

53. Avec toutefois quelques différences de terminologie. Ainsi la distinction *custody/care and control* devient celle-ci : *legal custody/physical custody*. Voir *Farkasch v. Farkasch*, (1971) 4 R.F.L. 339 (Man. Q.B.); *McRae v. McRae*, (1974) 15 R.F.L. 270 (P.E.I. S.C.); *Miller v. Miller*, (1974) 17 R.F.L. 92 (Man. C.A.); *Parker v. Parker*, (1975) 20 R.F.L. 232 (Man. C.A.); *Baker v. Baker*, (1978) 3 R.F.L. (2d) 193 (Ont. S.C.) renversé par (1979) 8 R.F.L. (2d) 236 (Ont. C.A.); *Bérard v. Bérard*, (1979) 10 R.F.L. (2d) (B.C. S.C.); *Gee v. Gee*, [1979] 27 O.R. (2d) 675; *Green v. Green*, (1979) 10 R.F.L. (2d) 257 (P.E.I. S.C.); *Kruger v. Kruger*, *supra*, note 52 (Ont. C.A.); *McCabe v. McCabe*, (1979) 11 R.F.L. (2d) 260 (P.E.I. S.C.); *Nicholson v. Nicholson*, (1979) 9 R.F.L. (2d) 205 (Ont. P.C.); *Charlton v. Charlton*, (1980) 15 R.F.L. (2d) 220 (B.C. S.C.); *Fontaine c. Fontaine*, (1980) 18 R.F.L. (2d) 235 (Man. C.A.); *Zwicker v. Morine*, (1980) 16 R.F.L. (2d) 293 (N.S.S.C. [appeal div.]); *Charmasson v. Charmasson*, (1982) 27 R.F.L. (2d) 241 (Ont. County Court); *Carruthers v. Carruthers*, (1982) 30 R.F.L. (2d) 215 (N.S.S.C.); *Stewart v. Green*, (1983) 26 Sask. R. 80 (Q.B.); *Boody v. Boody*, (1983) 32 R.F.L. (2d) 396 (Cnt. Dist. Crt.); *Keyes v. Gordon*, (1985) 45 R.F.L. (2d) 177, 67 N.S.R. (2d) 216, leave to appeal to S.C.C. refused 46 R.F.L. (2d) XXXV; *Nichols v. Nichols*, (1985) 47 R.F.L. (2d) 436 (B.C.S.C.); *Parsons v. Parsons*, (1985) 48 R.F.L. (2d) 83; *Irwin v. Irwin*, (1986) 3 R.F.L. (3d) 403 (Ont. S.C.); *Adams v. Adams*, (1987) 6 R.F.L. (3d) 299 (N.S. S.C.); *Anson v. Anson*, (1987) 10 B.C.L.R. (2d) 357; *Clarke v. Clarke*, (1987) 7 R.F.L. (3d) 176 (B.C.S.C.); *Cowan v. Cowan*, (1987) 9 R.F.L. (3d) 401 (Ont. S.C.); *Dowe v. Dowe*, (1987) 11 R.F.L. (3d) 265 (Nfl S.C.); *Menage v. Hedges*, (1987) 8 R.F.L. (3d) 225 (Ont. Unified Family Court); *P.F. v. A.M.*, (1987) 9 R.F.L. (3d) 410 (N.S. Family Court); *Derosier v. Derosier*, (1988) 12 R.F.L. (3d) 235, (Ont. District Court); *Faunt v. Faunt*, (1988) 12 R.F.L. (3d) 331 (Alb. C.A.); *Kamimura v. Squibb*, (1988) 13 R.F.L. (3d) 31 (B.C. S.C.); *Klachefsky v. Brown*, (1988) 12 R.F.L. (3d) 280 (Man. C.A.).

54. Au Manitoba : *The Family Maintenance Act*, R.S.M., c. F-20 (S.M. 1978, c. 25) par. 14.1(2) en S.M. 1982-83-84, c. 54, s. 19; au Nouveau-Brunswick : *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. C-21, par. 129(2); en Ontario : *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. C-68, mod. by *An Act to amend the Children's Law Reform Act*, S.O. 1982, c. C-20, art. 28; au Yukon : *Children's Act*, S.Y. 1984, c. C-2, par. 31(4), 32.

55. *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1987, c. 4, par. 16(4).

56. En 1983, en parlant de la garde conjointe, Alain DEKEUWER, Cass. civ. 2^e, 21 mars 1983, *J.C.P.* 1984, II.20163, note DEKEUWER, écrivait ceci : « l'apparition du problème en jurisprudence est récente. Jusqu'en 1976, on ne note que quelques très vieux

est l'objet d'une jurisprudence, sinon abondante, du moins constante. Auparavant, seules de rares décisions y avaient fait référence⁵⁸.

15. En droit français, comme en common law, la notion de garde conjointe était nécessaire pour répartir entre les parents séparés ou divorcés l'exercice de l'autorité parentale. Depuis 1970 et jusqu'à tout récemment, le droit français liait en effet l'exercice de l'autorité parentale à l'attribution de la garde. L'article 373.2 du *Code civil* français prévoyait ceci : « si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercé par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre ». Seule une garde conjointe pouvait donc permettre le partage de l'exercice de l'autorité parentale. La légalité de cette forme de garde se heurtait cependant au texte de l'article 287 du *Code civil* qui se lisait ainsi : « Selon l'intérêt des enfants mineurs, leur garde est confiée à l'un ou l'autre des époux [...] ». Ces termes semblaient exclure l'attribution conjointe de la garde⁵⁹. En dépit de cette difficulté, la Cour de cassation,

arrêts et un arrêt de 1971. Mais à partir de 1976, la jurisprudence devient nettement plus abondante : une dizaine d'arrêts et jugements seront publiés de 1976 à 1983 ». Voir notamment, Paris 12 juillet 1979, *Jurisdata* n° 411; Montpellier, 22 avril 1980, *Gaz. Pal.* 1981. 1, 95. note BRAZIER; Nîmes, 23 oct. 1980, cité par BRAZIER, précité; Tr. gr. inst. Vers, 28 avril 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 2. Somm. 241; Reims 19 novembre 1981, *Gaz. Pal.* 1982.1. Somm. 172; Grenoble 8 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1983. 1. Somm. 29; Paris 27, octobre 1982, *D.*1983.1 449.

57. *Bohuslav c. V.L.K.*, *supra*, note 18; *Coderre c. Amyot*, J.-E. 82-574 (C.S.); *Droit de la famille* — 13, [1983] C.S. 42; *Droit de la famille* — 37, J.E. 83-435 (C.S.); *Droit de la famille* — 172, *supra*, note 8; *Droit de la famille* — 234, J.-E. 85-872 (C.S.); *Ford c. Long*, C.A. Montréal, n° 500-09-000010-850, 23 octobre 1985; *Boulay c. Guay*, *supra*, note 24; *Gratton c. Bernaichez*, C.S. Gaspé, *supra*, note 17; *Droit de la famille* — 301, *supra*, note 17; *Droit de la famille* 1021, [1986] R.D.F. 230; *Droit de la famille* — 323, [1987] R.J.Q. 157 (C.S.); *Droit de la famille* — 361, *supra*, note 9.

58. Au Québec : *Trudeau c. Ouellette*, *supra*, note 8; *Benoît c. Bisailon*, *supra*, note 18; *Favreau c. Éthier*, [1976] C.S. 48; *Bourret c. Ouellet*, C.S.Q., n° 200-12-016101-779, 15 février 1979, (Juge Jacques PHILIPPON). En France : Cass. Req. 13 février 1922, *Jur. Gen.* V° Séparation de corps, n° 325, Trib. civ. Auxerre, 8 mars 1905, *D.P.* 1907. 2. 60, cités dans la note de DEKEUWER, précitée, *supra*, note 56. Voir aussi : Paris, 8 juillet 1971, *Gaz. Pal.* 1971. 2. Somm. 102.

59. Voir Cass., 2^e civ., *D.S.* 1984. 53, note MOUSSA : « [...] estimer qu'une autre solution, la garde conjointe, n'est pas interdite par ces dispositions serait enlever toute signification à l'alternative marquée par la conjonction " ou " [...] ». Se plus, ajoute-t-il, l'article 373-2 al. 1^o, C.civ., qui est le pendant de l'article 287, édicte très clairement que l'exercice de l'autorité parentale en cas de divorce est unilatéral; il est assuré par un seul parent : le titulaire de la garde ». Voir aussi : GEBLER, Divorce (conséquences) : *J.-Cl. civ.*, art. 286-295, Fasc. I. Pour permettre la garde conjointe, on a prétendu que l'article 287 C.c. ne concernait que les divorces « contentieux, et que l'article 373-2 du *Code civil*, écrit avant la loi de 1975, ne pouvait pas viser les divorces sur requête conjointe », CARBONNIER, *Droit civil*, tome II, Paris, P.U.F., n° 75; M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « À propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés », *D.*1983.

en 1983⁶⁰, puis en 1984⁶¹, affirmait la validité de principe de la garde conjointe. La *Loi du 22 juillet 1987*⁶² modifiait enfin les textes du *Code civil* relatifs à l'exercice de l'autorité parentale afin « de les mettre en harmonie avec cette jurisprudence et de rassurer certains juges de fond trop timorés »⁶³. L'article 287 est maintenant ainsi rédigé :

Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents après que le juge ait recueilli leur avis, soit par l'un d'eux. En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le juge indique le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.

Et l'article 373.2 se lit désormais comme ceci :

Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents, soit par celui d'entre eux à qui le tribunal l'a confiée, sauf, dans ce dernier cas, le droit de visite et de surveillance de l'autre [...].

Par souci de clarté et de justesse, le législateur français préfère donc au mot « garde », l'expression « exercice de l'autorité parentale ». Plus rien n'empêche les tribunaux français d'ordonner l'exercice en commun de l'autorité parentale lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige.

16. Au Québec, les textes législatifs ne s'opposent pas à cette forme de garde⁶⁴ et les tribunaux ne discutent guère de sa légalité.

Chron. 113; J.-F. REVEL, « Les conventions entre époux désunis », *J.C.P.* 1982. I.3055; T. FEYDEAU, J.P. CLAUX, L. ROBINEAU, « Autorité parentale conjointe », *Gaz. Pal.* 1981. 2. doc. 363; C. COLOMBET, « Rapport sur l'autorité parentale à l'épreuve de la désunion » in *L'autorité parentale à l'épreuve*, Paris, Economica, 1983, p. 9; H. FULCHIRON, *op. cit.*, *supra*, note 3, pp. 144 et ss.

60. Civ. 2^e, 21 mars 1983, *J.C.P.* 1984.II.20163, note A. DEKEUWER; *D.* 1984.53, note MOUSSA; *D.* 1983.I. 499, obs. BÉNABANT; *Rev. trim. dr. sanit. et soc.* 1984.272, obs. RAYMOND; *Rev. trim. dr. civ.* 1984.91, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI.

61. Voir Cass. civ. 2^e, 2 mai 1984, *J.C.P.* 1985. II. 20412. note A. DEKEUWER; *Gaz. Pal.* 1985. 69 note GRIMALDI.

62. *Loi n° 87-570*, *J.O.* 24 juillet, p. 8253, *D.* et *A.L.D.* 1987.319, *décret d'application n° 87-578* du 22 juillet 1987, *J.O.* 25 juillet, p. 8325; *D.* et *A.L.D.* 1987.329. À propos de cette loi, lire : G. RAYMOND, « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental », *J.C.P.* 1987.I.3299; E.S. DE LA MARNIERRE, « Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires », *Gaz. Pal.* 1987.2, *Doctr.* 638; MORANÇAIS-DEMEESTER, *D.* 1988, *Chron.* 7; J. RUBELLIN-DEVICHI, *Rev. trim. dr. civ.* 1987.733; ZÉNATI, *Rev. trim. dr. civ.* 1987.805; P. COET, « Réflexions sur la réforme de l'exercice de l'autorité parentale », *Gaz. Pal.* 1988. *doct.* 4; F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ et F. VAUVILLÉ, « Droits de l'Homme et droits de l'Enfant », *D.* 1988, ch. XXI, 137.

63. F. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ et F. VAUVILLE, *id.*, p. 138.

64. Ils sont sur ce point silencieux. Lire, A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 2, p. 219 et ss.

Influencés par la jurisprudence de common law⁶⁵, ils jugent habituellement que la notion de garde conjointe est nécessaire pour assurer, à la suite de la séparation ou du divorce, l'exercice en commun de l'autorité parentale. Elle garantit à chacun des père et mère le droit de participer aux décisions importantes affectant l'entretien et l'éducation de l'enfant. Comme le souligne le juge Tourigny dans l'affaire *Droit de la famille — 361* :

La garde conjointe est finalement l'application pratique du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de morcellement de la famille. Si l'on veut que les parents conservent tous deux l'autorité parentale et participent également aux grandes décisions concernant l'enfant c'est vraisemblablement la solution à privilégier⁶⁶.

Tenant généralement pour acquis la légalité et l'utilité de la notion de garde conjointe en droit civil québécois, les tribunaux du Québec discutent surtout de l'application du principe. Comme leurs pairs des provinces de common law, ils se demandent s'ils doivent ou non, pour la permettre, exiger l'accord des parents.

C. L'APPLICATION DU CONCEPT

17. Tout en admettant la validité de principe de la garde conjointe, on a habituellement limité son attribution aux cas où chacun des parents la désirait. Cette rigidité témoigne évidemment d'une certaine méfiance, due en partie à la nouveauté du concept. Aujourd'hui les juges imposent parfois une garde conjointe lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige. Insatisfaits de l'état actuel du droit, quelques groupes réclament l'établissement d'une présomption en faveur de la garde conjointe.

65. Voir *supra*, note 14. Les tribunaux québécois ont non seulement emprunté la notion de garde conjointe, mais aussi la distinction garde physique — garde juridique; voir par exemple : *Bohuslav c. V.L.K.*, *supra*, note 18, cette distinction a récemment été condamnée par la Cour suprême. Voir *T.V.-F. et D.F. c. G.C.*, *supra*, note 30, p. 264.

66. *Droit de la famille — 361*, *supra*, note 9. Voir aussi : *Bohuslav c. VLK*, *supra*, note 18 : « la garde conjointe amène une modification de l'exercice habituel de l'autorité parentale en matière de divorce ou de séparation. Elle donne aux deux conjoints la garde juridique, à l'un d'eux, seul ou alternativement la garde physique et à l'autre un accès très étendu aux droits de visite et de sortie ». Certains juges québécois ont toutefois contesté l'opportunité et la légalité de la garde conjointe : voir par exemple les propos du juge Benoît de la Cour supérieure dans *Droit de la famille — 37*, J.-E. 83-435 (C.S.), p. 7 et ceux du juge Nichols de la Cour d'appel dans *Droit de la famille — 320*, [1987] R.J.Q. 9, p. 12 (C.A.).

1. Les pactes de garde conjointe

18. Il est évident qu'il ne suffit pas que des parents décident d'une garde conjointe pour que le tribunal approuve leur convention⁶⁷. Dans les faits cependant, les juges ont tendance à entériner une telle entente, surtout si la garde conjointe a été expérimentée avec succès. Les juges doivent-ils cependant exiger cet accord? Plusieurs ont adopté cette position : « By its very nature, it [joint custody] is not something that can be imposed by a court on two persons », affirmait le juge Thomson de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Kruger v. Kruger*⁶⁸. La coopération, en effet ne s'impose pas mais doit être volontaire; autrement les risques de conflits entre les parents sont trop élevés.

While it [joint custody] should be encouraged « primarily as a voluntary alternative for relatively stable, amicable parents behaving in mature civilized fashion », it can only « enhance family chaos as a court ordered arrangement imposed upon already embattled and embittered parents accusing one another of serious vices or wrongs »⁶⁹.

19. La Cour d'appel de l'Ontario, en 1979, a particulièrement insisté sur le caractère exceptionnel de l'ordonnance de garde conjointe⁷⁰. Les années précédentes, plusieurs juges avaient vanté les mérites de la garde conjointe et n'avaient pas hésité à l'imposer⁷¹. Certains avaient même affirmé l'existence d'une présomption en faveur de la garde conjointe :

[...] not only should there be a presumption in favour of joint custody, but unless there is a preponderance of evidence submitted to show that it would not be in the interests of the child, the child should not be deprived of a parent⁷².

67. Leur décision doit en effet être guidée par l'intérêt de l'enfant, voir *supra*, note 28; *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584 (C.S.) : « la garde dite conjointe ne s'attribue pas pour des motifs monétaires ou parce que les parties sont d'accord. Il faut, et c'est là la qualité essentielle et obligatoire du concept, qu'il y ait entente et communication entre les parties ».

68. *Kruger v. Kruger*, *supra*, note 52, p. 79; voir aussi *Zwicker v. Morine*, *supra*, note 53; A. FINEBERG, *loc. cit.*, *supra*, note 11, pp. 438-439. Au Québec : voir *Droit de la famille — 37*, *supra*, note 66; aux États-Unis, *Dodd v. Dodd*, (1978) 403 N.Y. S.(2d) 401; *Braiman v. Braiman*, 407 N.Y.S. (2d) 449; D. GRATE & J. WEINSTEIN, « Joint Custody : A viable and ideal alternative », (1977) 1 *Journal of Divorce* 43, p. 45; T. ERNST & R. ALTIS, *loc. cit.*, *supra*, note 52, p. 674.

69. *Baker v. Baker*, *supra*, note 53, (Ont. C.A.).

70. *Ibid.* et *Kruger v. Kruger*, *supra*, note 52.

71. *MacRae v. MacRae*, *supra*, note 53; *Miller c. Miller*, *supra*, note 53; *Parker v. Parker*, *supra*, note 53; *Fitzsimmins v. Fitzsimmins*, Ont. Prov. Ct., 1 Nov. 1978 non rapporté, cité dans 8 R.F.L. (2d) 238; *Baker v. Baker*, *supra*, note 53, (Ont. S.C.); *Groom v. Groom*, (1979) 10 R.F.L. (2d) 257; *Berard v. Berard*, *supra*, note 53.

72. *Fitzsimmins v. Fitzsimmins*, *id.*

La Cour d'appel de l'Ontario n'est pas de cet avis. Dans les affaires *Baker* et *Kruger*, elle met les tribunaux en garde contre ce qu'elle juge être une solution de facilité.

There is absolutely no support in the case law to warrant the alleged presumption in favour of joint custody. Quite to the contrary Canadians as well as British and American cases regard joint custody as an exceptional disposition reserved for a limited category of separated parents. [...] we believe that judges engaged in the resolution of child custody litigation must take a realistic and practical approach to joint custody, and limit that form of order to the exceptional circumstances which are rarely, if ever, present in cases of disputed custody⁷³.

D'après la Cour d'appel de l'Ontario, l'ordonnance de garde conjointe doit être limitée aux cas où chacun des parents la désire :

[...] if the court has before it the right combination of thoughtful and mature parents who understand what is involved in such an arrangement and are willing to try it, the court should feel encouraged to go ahead with it; but if they are not evidently willing, the court should not seek to impose it on them, because it is then not likely to work, and because the price to be paid if it does not work is likely to be altogether too high to warrant taking the risk that is then present of trying it⁷⁴.

Ces décisions de la Cour d'appel de l'Ontario ont contribué à créer, dans les provinces canadiennes de common law, un climat de méfiance à l'égard de la garde conjointe. Suite à ces jugements et jusqu'à ces dernières années, elle n'a été que rarement ordonnée⁷⁵. Il faut dire que la position de la Cour d'appel est réaliste. On peut difficilement forcer des parents à coopérer et une garde conjointe non désirée risque de ne pas fonctionner. Cependant on ne doit pas transformer cette constatation en une stricte règle juridique. Les tribunaux doivent faire preuve de souplesse⁷⁶. Ils doivent avoir la liberté d'imposer une garde conjointe au père et à la mère qui la refusent sans juste motif.

73. *Baker v. Baker*, *supra*, note 53, (Ont. C.A.).

74. *Kruger v. Kruger*, *supra*, note 52, p. 83.

75. Les décisions de la Cour d'appel de l'Ontario ont été suivies dans les jugements suivants : *Silver v. Silver*, (1979) 35 N.S.R. (2d) 85 (N.S.S.C. [appeal div.]); *Zwicker v. Morine*, *supra*, note 53; *Carruthers v. Carruthers*, *supra*, note 53; *Clarke v. Clarke*, *supra*, note 53; *P.F. v. A.M.*, *supra*, note 53; *Cowan v. Cowan*, *supra*, note 53; *Adams v. Adams*, *supra*, note 53; *Menage v. Hedges*, *supra*, note 53. Au Québec, la méfiance semble avoir été moins grande. Bien que quelques juges aient déclaré ne pouvoir l'imposer (voir *Droit de la famille — 37*, *supra*, note 57), plusieurs l'ont fait. Voir notamment *Trudeau c. Ouellette*, *supra*, note 8; *Favreau c. Éthier*, *supra*, note 58; *Droit de la famille — 234*, *supra*, note 57; *Droit de la famille — 172*, *supra*, note 57; *Boulay c. Guay*, *supra*, note 24; *Droit de la famille — 361*, *supra*, note 9; *Droit de la famille — 323*, *supra*, note 57.

76. *Infra*, par. 27.

2. La garde conjointe imposée

20. La tendance actuelle est heureusement moins stricte. Probablement influencés par les quelques lois qui permettent aujourd'hui la garde conjointe⁷⁷, les juges s'accordent une plus grande discrétion.

21. Déjà en France, en 1984, la Cour de cassation, tout en décidant de la légalité de la garde conjointe, avait discrètement ajouté qu'en rendant une telle ordonnance, le juge devait tenir compte des accords entre époux⁷⁸. Pour certains auteurs, cette affirmation signifiait que s'il n'existait pas d'accord, la liberté du juge était totale⁷⁹. Une décision du 4 mars 1987 a par la suite franchement énoncé cette position⁸⁰. Le législateur français l'a récemment confirmée : « Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents *après que le juge ait recueilli leur avis*, soit par l'un d'eux [...] »⁸¹.

22. Cette position est aussi celle exprimée récemment par la Cour d'appel du Québec⁸².

[...] bien que très conscient des difficultés d'application de la garde conjointe, je ne peux la caractériser comme non disponible au juge. Toutefois, avant de l'imposer, le juge, sachant l'importance de l'unité de direction et la continuité dans l'éducation d'un enfant, surtout s'il est jeune, devra s'assurer qu'elle a des chances de réussir. C'est pourquoi il lui faudra être convaincu que les ex-époux seront tous deux de bons parents et surtout qu'ils soient capables de passer outre leurs querelles personnelles pour collaborer ensemble au meilleur développement de leurs enfants⁸³.

77. Voir *supra*, note 54, lire à ce sujet : *Droit de la famille — 301, supra*, note 17 : « le législateur en matière de divorce veut que dorénavant le tribunal n'exclue pas de son esprit la possibilité d'une ordonnance de garde conjointe » ; *Droit de la famille — 361, supra*, note 9 : « La nouvelle loi sur le divorce (S.C. 1984 c. C-4) prévoit explicitement à l'article 16(4) la possibilité pour le tribunal de confier la garde à plus d'une personne en même temps [...] un principe est maintenant établi : la garde conjointe ne peut plus être considérée comme une chose essentiellement mauvaise. »

78. Voir Cass. civ. 2^e, 2 mai 1984, *J.C.P.* II. 20412, note DEKEUWER.

79. A. DEKEUWER, note précitée. Pour la majorité des auteurs toutefois, l'accord des parents était le fondement de la garde conjointe et aussi sa condition primordiale : C. COLOMBET, *loc. cit.*, *supra*, note 59, p. 11 ; F. NICOLAS-MAGUIN, *loc. cit.*, *supra*, note 59, p. 111 ; T. FEYDEAU, P.J. CLAUX et L. ROBINEAU, *loc. cit.*, *supra*, note 59 ; Paris, 24^e ch. A, 27 oct. 1982, *D.E.* 1983. som. 449 & 450 BENABENT ; certains juges avaient toutefois imposé la garde conjointe, voir notamment Trib. Gr. Inst. Versailles, 28 avril 1981, cité dans DEKEUWER, note précitée.

80. Cass. 1^{re} civ., 4 mars 1987, *Bull. civ.* II. n^o 61.

81. Art. 287 nouveau, *C.civ.* français.

82. *Droit de la famille — 301, supra*, note 17, *sub nomine Dussault v. Ladouceur, supra*, note 17.

83. *Id.*, p. 25.

Cette décision de la Cour d'appel du Québec est plus nuancée que celles rendues en 1979 par la Cour d'appel de l'Ontario. Aujourd'hui, dans les provinces de common law, la tendance est cependant au même effet : dans l'intérêt de l'enfant les tribunaux ordonnent de plus en plus la garde conjointe lorsqu'ils sont persuadés que les parents peuvent coopérer, et cela en dépit des objections superficielles formulées par l'un des père et mère⁸⁴.

23. Cette position se justifie. En effet, le juge qui doit décider d'une garde d'enfant n'est pas lié par les demandes des parties. Il conserve la plénitude de ses pouvoirs⁸⁵. De plus,

[...] cet argument juridique est corroboré par une observation pratique. Subordonner la garde conjointe à l'accord des parents serait donner à chacun un « droit de veto ». Qui ne voit les possibilités de pressions ou de chantages ainsi ouvertes à celui — ou plutôt à celle — qui a les plus grandes « chances » d'obtenir la garde? Ne risquerait-on pas de susciter des marchandages scandaleux dont l'enfant serait la première victime? [...] le juge est bien plus que les parents, arbitre de l'opportunité de la garde conjointe⁸⁶.

3. La garde conjointe présumée

24. Insatisfaits de cette discrétion que s'accordent les tribunaux, certains groupes — il s'agit surtout d'associations de pères divorcés — plaident en faveur de l'établissement d'une présomption de garde conjointe⁸⁷. En Ontario, le projet de loi 95, passé en première lecture le 8 février 1988, propose d'amender le *Children's Law Reform Act* pour y inclure une telle présomption⁸⁸. Lorsque des parents se disputent la

84. *Fontaine v. Fontaine*, supra, note 53; *Charlton v. Charlton*, supra, note 53; *Charmasson v. Charmasson*, supra, note 53; *Parsons v. Parsons*, supra, note 53; *Derosier v. Derosier*, supra, note 53; *Faunt v. Faunt*, supra, note 53; *Kamimura v. Squibb*, supra, note 53; *Boody v. Boody*, supra, note 53; Voir aussi : J. RYAN, loc. cit., supra, note 7, p. 207; J. PAYNE et P. BOYLE, « Divided opinions on joint custody », (1979) 2 *Fam. L.R.* 163, p. 170.

85. Lire à ce sujet : *Droit de la famille — 320*, [1987] R.J.Q. 9, p. 29, (C.A.) où le juge Claire L'HEUREUX-DUBÉ, alors à la Cour d'appel, affirme ceci : « [...] et, si tant est que l'on doive parler de garde légale, je l'accorderais aux intimes, qu'ils l'aient ou non demandée, étant donné qu'en matière familiale la règle de l'*ultra petita* ne joue pas »; voir aussi Cass. civ. 2^e, 21 mars 1983, *J.C.P.* 1984. II.20163. note DEKEUWER.

86. Cass. civ. 2^e, 21 mars 1983, *J.C.P.* 1984. II. 20163 note DEKEUWER. Au même effet : *Re Abott and Taylor*, (1986) 28 D.L.R. (4th) 125 (Man. C.A.), p. 132; *contra* : C. NEIRINCK, op. cit., supra, note 5, pp. 292-293.

87. S. SCHWARTZ, « Toward a Presumption of Joint Custody », (1984) 18 *Fam. L.Q.* 226; voir aussi, A. RAUHALA, « Des activistes mâles inquiètent les femmes », (1988) 8 *Jurisfemme* 12; J.P. RYAN, loc. cit., supra, note 7.

88. *An Act to amend the Children's Law Reform Act*, Bill 95, 1st session, 34th Legislature, Ontario, 37 Eliz. II. 1988.

garde d'un enfant, le juge devra présumer que la garde conjointe est la meilleure solution pour l'enfant.

In any proceeding in which, (a) both parents of a child apply for joint custody of the child, (b) one parent applies for joint custody and the other parent applies for sole custody of the child, it is presumed, in the absence of evidence to the contrary, that joint custody of the child by both parents is in the best interests of the child⁸⁹.

25. Le projet de loi précise en outre que si la garde est conjointe, l'enfant doit, lorsque c'est possible, passer un temps égal chez chacun de ses parents⁹⁰. La « garde partagée » est donc favorisée.

26. Lors de la réforme de la loi fédérale sur le divorce, l'établissement d'une telle présomption avait été proposé⁹¹. La recommandation n'a toutefois pas été suivie.

The imposition of a joint custody order on unwilling parents would unduly put pressure on children at a point in time where too many spouses show their unwillingness or incapacity to resolve conflicts⁹².

27. L'existence d'une telle présomption en effet n'est pas souhaitable. Elle limite la discrétion du juge et peut l'inciter à escamoter l'étude du dossier⁹³.

If the presumption were predicated on consent, a party who would in fact cooperate in a joint custody arrangement, but would prefer to have sole custody and felt his or her prospect of obtaining it was good would preclude any order of joint custody. On the other hand, if a presumption did not require consent, orders might be made in inappropriate circumstances, or parties not really desiring custody might claim joint custody in order to

89. *Id.*, par. 1(1).

90. *Id.*, par. 1(2).

91. La Chambre des communes du Canada, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent sur la Justice concernant le projet de loi C-47*, 1986, fascicules n^{os} 34 et 38.

92. John C. CROSBIE, ministre de la Justice et procureur général du Canada, la Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent sur la Justice concernant le projet de loi C-47*, 1986, fascicules n^{os} 42 et 42.9. Au lieu d'accepter cette proposition, le législateur fédéral a amendé la loi pour y inclure les paragraphes 5, 7 et 10 de l'article 16.

93. Plusieurs, tout en reconnaissant les avantages de la garde conjointe, se prononcent contre l'établissement d'une présomption : I. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 577 : « Presumptions of the past, first for the father, then for the mother, have not worked well. It does not seem wise to create a presumption for joint custody in all cases; it might serve as a disincentive for careful fact-finding if custody is contested »; J. WALLERSTEIN, in the *National Association of Women and the Law Brief on Bill C-47*, Ottawa, 1985, vol. II, Appendix D; S. STEINMAN, *id.*; D.A. LUEPTNIZ, *id.* Appendix A; *id.*, « A Comparison of Maternal, Paternal and Joint Custody : understanding the varieties of post-divorce family life », (1986) 9 *J. of D.* 1.

increase their overall bargaining leverage, knowing they had a presumption to back them upon⁹⁴.

28. Les groupes féministes s'opposent farouchement à l'établissement d'une telle présomption⁹⁵. De nombreuses femmes dénoncent l'hypocrisie d'une règle qui, selon elles, cherche à plaire à une minorité d'hommes⁹⁶. Certes, la garde conjointe permet aux parents de conserver l'exercice commun de l'autorité parentale. Dans les faits cependant, la mère a habituellement la responsabilité quotidienne de l'enfant, le père un droit de visite. Les droits du père sont donc augmentés, mais non ses responsabilités à l'égard de l'enfant, ni la fréquence des contacts qu'il est susceptible d'avoir avec l'enfant^{96a}. Une telle formule de garde profite certainement au père; pour l'enfant, ses mérites seraient cependant illusoire.

29. De plus, en exigeant le maintien d'un certain contact entre les parents, la garde conjointe est particulièrement mal adaptée aux familles victimes de violence conjugale⁹⁷. Naïvement, on pourrait croire que dans

94. A. EHRCKE, « Limiting judicial discretion in custody proceedings on divorce », (1988) 6 *C.J. Fam. L.* 211, p. 240.

95. Voir ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET LE DROIT, *The National Association of Women and the Law Brief on Bill C-47*, Ottawa, 1985; J. SCHULMAN et V. PITT, « Second thoughts on joint child custody : analysis of legislation and its implications for women and children », (1982) 12 *Golden Gate U.L.R.* 539.

96. A. RAUHALA, « Des activités mâles inquiètent les femmes », (1988) 8 *Jurifemme* 12; voir aussi C. BONJEAN, « Divorce : un enfant sur deux oublie son père », *Le point*, 24 janvier 1988, p. 48.

96a. Dans plus de 40 % des cas, la mère assume la garde pendant la semaine et le père, durant la fin de semaine; les mères continueraient de jouer un rôle prépondérant dans l'éducation des enfants : D. DONTIGNY, *loc. cit.*, *supra*, note 17, p. 22.

97. Voir à ce sujet : D.A. LUEPTNIZ, « A Comparison of Maternal, Paternal and Joint custody : understanding the varieties of Post-Divorce Family life », *supra*, note 93, pp. 9 et 10 : « If presumption for the joint award were to become more firmly entrenched in the law, would women lose some of their ability to protect and separate themselves from violent men? This is of particular concern since, in California, from exemple, a judge in ordering single-parent custody, is required to take into account which parent will be more likely to grant access to the children to the other parent. What does a mother do who has suffered physical abuse from a spouse who decides that he wants joint custody? He might be very willing to share parenting, but her position might (justifiably) be that she wants no showing at all. This woman would have to choose between losing her children entirely, and continuing to place herself in danger. It is important to keep in mind that up to 50% of all women will be battered at some times in their lives by men who love them (WALKER, 1980). If a man is abusive to his children, judges will often take this into account when granting or denying visitation rights. However, judges do not always believe that wife abuse makes a father unfit. Indeed, in a recent case in Illinois, a father convicted of murdering his wife was granted custody of their 6 year-old son (*In re Abdullah*, 1980). »

un tel cas, la garde conjointe ne sera pas accordée. Comment cependant en être certain en entendant ces réflexions rapportées dans un quotidien de Toronto : « Un gars peut très bien battre sa femme à tour de bras tout en étant le meilleur père au monde. Un homme qui bat sa femme a des problèmes vis-à-vis les femmes adultes et pas nécessairement face aux enfants⁹⁸. »

30. En outre, argumente-t-on, une présomption de garde conjointe augmentera les risques de chantage et de manipulation au sein du couple.

Joint custody preferences and friendly parent regimes also unfairly skew the pre-divorce negotiation process in favour of the parent who proposes joint custody, whether it is in the best interests of the child or not⁹⁹.

Enfin, sommes-nous certains que la garde conjointe, doublée ou non d'une garde partagée, est dans l'intérêt de l'enfant?

II. LES MÉRITES DE LA GARDE CONJOINTE

31. La jurisprudence n'a guère approfondi les risques et mérites de la garde conjointe. Elle l'a accordée ou refusée, au nom de l'intérêt de l'enfant, sans discuter à fond de ses avantages ou inconvénients¹⁰⁰. Il faut dire que les études scientifiques sur le sujet sont récentes et incomplètes¹⁰¹.

98. Propos de madame BAILEY du Conseil canadien de la famille, *Globe and Mail*, 11 mars 1988, rapporté dans « La Californie en Ontario : les lobbyistes du droit paternel cherchent à mettre un pied dans la porte », (1988) 8 *Jurisfemme* 18.

99. ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET LE DROIT, *op. cit.*, *supra*, note 95, p. 10.

100. Voir par exemple : *Benoit c. Bisailon*, *supra*, note 18, le tribunal ordonne la garde conjointe, sans avoir auparavant discuté de son mérite. *Favreau c. Éthier*, *supra*, note 58; voir particulièrement *MacCahill v. Robertson*, (1974) 17 R.F.L. 23, où le juge WEATHERSTON de la Cour suprême de l'Ontario écrit ceci : « My judgment here is based on the very strong feeling that divided custody is inherently a bad thing »; *Baker v. Baker*, *supra*, note 53 (Ont. S.C.); *Campeau v. Campeau*, (1979) 2 Fam. L. Rev. 284 (Ont. Prov. Ct.) et *Kruger v. Kruger*, *supra* note 52. Dans ces décisions les tribunaux demeurent vagues et parlent des recherches et des études faites dans ce domaine, sans en citer une. Voir à ce sujet : J. RYAN, *loc. cit.*, *supra*, note 49, pp. 190-195.

101. En plus, elles ont toutes été effectuées aux États-Unis. A. ABARBANEL, « Shared parenting after separation and divorce : a study of joint custody », (1979) *Amer. J. Orthopsychiat* 320; C.R. AHRONS, « The continuing coparental relationship between divorced spouses », (1981) 51 *Am. J. Orthopsychiat* 415; G.A. AWAD, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 41; J.B. GREIF, « Fathers, Children and joint custody », (1979) 49 *Am. J. Orthopsychiat* 311; F.W. ILFELD, H.Z. ILFELD, J.R. ALEXANDER, « Does Joint custody work? A first look at outcome data of relitigation », (1982) 139(1) *Am. J. Psychiat* 62; H. IRVING, M. BENJAMIN, N. TROCME, « Shared parenting : an empirical analysis utilizing a large canadian date base », (1984) 23 *Fam. Proc.* 561; D.A. LUEPNITZ, *loc. cit.*, *supra*, note 93; N.M. NEHLS & M. MORGENBESSER, « Joint custody : an exploration of the

Basées sur un nombre réduit d'échantillons, par ailleurs trop homogènes, elles ne sont en effet guère concluantes¹⁰². Elles fournissent, bien sûr, quelques renseignements intéressants, mais ne permettent pas de condamner ou d'approuver sans réserve la garde conjointe. De nombreux auteurs considèrent néanmoins cette forme de garde comme la solution idéale¹⁰³. Des risques sont cependant à craindre¹⁰⁴; certaines conditions sont donc indispensables à sa réussite.

A. LES AVANTAGES DE LA GARDE CONJOINTE

32. La recherche de l'intérêt de l'enfant est au cœur de l'argumentation des partisans de la garde conjointe. On ne saurait d'ailleurs s'en étonner puisque l'intérêt de l'enfant est le critère déterminant lors de l'attribution de la garde¹⁰⁵. Dire que la garde conjointe répond à un souci d'égalité entre les parents ne convaincrat pas de sa valeur. Comme le soulignait, en France, Alain Dekeuwer :

Le souci d'égalité se comprend surtout à l'occasion de revendication d'avantages personnels. Or, l'autorité parentale n'en est pas un : elle appartient aux parents « pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé, sa moralité ». (art. 371.2 C.civ. frs) « Le droit n'est accordé qu'en vue de mieux s'acquitter du devoir » (Weill et Terre, *Les personnes*, n° 756). Le principe d'égalité des parents ne saurait donc être d'aucun secours s'il n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant, critère majeur de l'attribution, de l'exercice et du [...] retrait de l'autorité parentale.

issues », (1980) 19 *Fam. Process* 117-125; W. PHEAR, J.C. BECK, B. HOUSER, J. CLARK and R.A. WHITNEY, « An empirical study of custody agreements : Joint versus sole legal custody », *Joint custody and shared parenting*, J. Folberg éd., The Bureau of National Affairs Inc., Association of Family Conciliation Courts, 1984; B. ROTHBERG, « Joint Custody : Parental problems and satisfaction », (1983) 22 *Fam. Process* 43; D. STEINHAM, « The experience of children in a joint-custody arrangement : a report of a study », (1981) 51 *Amer. J. Orthopsychiat* 403; M.A. WASON, « Custody alternatives: defining the best interests of the children », (1981) 30 *Fam. Rel.* 474; S.W. WHITE and B.C. BLOOM, « Factors related to the adjustment of divorcing men », (1981) 30 *Fam. Rel.* 349-360. Une recherche intéressante est toutefois en cours à l'Université Laval : D. DONTIGNY, *loc. cit.*, *supra*, note 17.

102. Le manque de recherche, ainsi que leur faiblesse a souvent été dénoncé : J. FOLBERG and M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 533; S. STEINMAN, *loc. cit.*, *supra*, note 92, p. 404, C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 846; J. RYAN, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 199; G. AWAD, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 43.

103. *Supra*, note 11.

104. Pour un résumé des risques et bienfaits de la garde conjointe, voir : V. ECKEL, « Shared custody — an idea whose times has come », (1978) 16 *Conc. Courts Rev.* 23; J.D. PAYNE and P.J. BOYLE, *loc. cit.*, *supra*, note 7, pp. 166-168; D. HOLUB, *loc. cit.*, *supra*, note 11.

105. *Supra*, note 28.

Conscients de la faiblesse d'une argumentation qui n'intégrerait pas ce critère fondamental, les défenseurs de la garde conjointe essaient de démontrer que l'intérêt de l'enfant est bien servi par leur proposition ¹⁰⁶.

33. Le rapport de conformité entre la garde conjointe et l'intérêt de l'enfant a d'abord été fait, tant par la jurisprudence que par la doctrine, de façon intuitive, sur la base de cas particuliers ou d'expériences personnelles ¹⁰⁷.

34. Très tôt cependant, des études scientifiques ont servi à confirmer cette correspondance. Celle de mesdames Wallerstein et Kelly ¹⁰⁸, terminée quelques années après l'apparition en jurisprudence de la notion de garde conjointe, a été particulièrement utilisée. Elle analysait les effets du divorce chez l'enfant et a révélé l'importance pour celui-ci d'une relation continue avec chacun de ses parents. Plus des deux tiers des enfants interviewés regrettaient l'absence du parent non gardien, généralement le père. A été aussi observée une corrélation entre l'état dépressif de l'enfant et l'absence de contact avec le parent non gardien, de même qu'entre la confiance de l'enfant en lui-même et le maintien de relations parents-enfants.

Une conclusion s'imposait donc :

Taken as a whole our findings point to the desirability of the child's continuing relationship with both parents during the post-divorce years in an arrangement which enables each parent to be responsible for and genuinely concerned with the well-being of the children ¹⁰⁹.

35. Cette étude, presque malgré elle, a certainement contribué à augmenter la popularité de la garde conjointe. Elle démontrait en effet les effets négatifs de la coupure qu'opère souvent le divorce entre l'enfant et le parent non gardien. Or, le désintérêt des pères non gardiens est fréquent. Une récente enquête française effectuée par l'I.N.E.D. révèle que plus de la moitié des enfants de couples séparés — 54 %, est-il dit — perdent le parent qui ne les a pas en charge : leur père pour la grande majorité d'entre eux. Certains ne le voient jamais, d'autres le voient si épisodiquement qu'à la longue il devient un étranger ¹¹⁰. Ce désintérêt a

106. Cass. civ. 2^e, 2 mai 1984, *J.C.P.* 1985. II. 20412. note A. DEKEUWER.

107. Voir *supra*, note 96; voir aussi S. STEINMAN, *loc. cit.*, *supra*, note 92; M. ROMAN and W. HADDAD, *op. cit.*, *supra*, note 24.

108. J.S. WALLERSTEIN et J.B. KELLY, *op. cit.*, *supra*, note 22.

109. *Id.* p. 311. Voir aussi J. FOLBERG et M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 535; HETHERINGTON, COX & COX, « Divorced fathers », *25 Fam. Coordinator* 417, pp. 425-426.

110. C. BONJEAN, *loc. cit.*, *supra*, note 96; voir aussi *Groom v. Groom*, *supra*, note 71, p. 257: « An exclusive custody order, and no more, will, I fear, create a remote cheque-book Daddy » et les propos du juge BOLAND dans *Baker v. Baker*, *supra*, note 53, p. 197.

de multiples causes : le lien qu'entretiennent certains pères avec leur enfant est parfois si ténu qu'il ne résiste pas à la séparation. Mais souvent cette rupture s'opère à l'encontre de la volonté première du père, et paraît alors être le résultat de la garde simple. C'est, du moins, la conclusion de mesdames Wallerstein et Kelly :

There is evidence in our findings that lacking legal rights to share in decisions about major aspects of their children's lives, that many noncustodial parents withdrew from their children in grief and frustration. Their withdrawal was experienced by the children as a rejection and was detrimental in its impact¹¹¹.

36. La garde conjointe sert à maintenir, à la suite de la séparation ou du divorce, l'exercice en commun de l'autorité parentale. Elle crée donc chez les parents un sentiment de justice et ménage les susceptibilités¹¹². Si elle n'assure pas la continuité des contacts entre l'enfant et chacun de ses parents, au moins ne leur nuit-elle pas. En effet, elle ne met pas l'accent sur le conflit, mais encourage la coopération¹¹³. De plus, si la garde conjointe réussit à empêcher le père de se désintéresser de son enfant, elle favorisera peut-être le respect du paiement de la pension alimentaire¹¹⁴. À l'égard de l'enfant, les effets négatifs du divorce seront donc amoindris. Comme le soulignait en France le professeur Grimaldi, « la garde conjointe est bien une manière d'ignorer relativement à la personne de l'enfant, l'existence du divorce ; elle repose sur l'espérance que, pour

111. J.S. WALLERSTEIN et J.B. KELLY, *op. cit.*, *supra*, note 22, p. 311. Au même effet, voir J.B. GRIEF, *loc. cit.*, *supra*, note 94, p. 319.

112. Voir à ce sujet les propos du juge GOMERY dans *Droit de la famille — 301*, *supra*, note 57 ; voir aussi : H. IRWING, M. BENJAMIN et N. TROCME, *loc. cit.*, *supra*, note 20, p. 57.

113. Il est évident que la coopération parentale ne peut être ordonnée efficacement, toutefois elle peut être encouragée : « "Winner take all" custody decisions tend to exacerbate parental differences and cause predictable post divorce disputes as parents try to get back and get the last word. » : J. FOLBERG & M. GRAHAM, *loc. cit.* note 4, p. 536 et ils ajoutent : « An award of joint custody makes the motivation for cooperation greater because a break-down of the arrangement will likely result in a award of sole custody to the parent who did not precipitate the failure », *id.*, p. 551. « Les enfants vivant la garde partagée montrent le plus haut taux de satisfaction, le fait de rester en contact avec les deux parents étant présenté comme le grand avantage de cette formule, alors que les enfants vivant la garde exclusive se plaignent de la perte de contact avec l'un de leurs parents » : D. DONTIGNY, *loc. cit.*, *supra*, note 17, p. 22.

114. C'est du moins l'opinion de certains auteurs : A. LUEPTNIZ, *loc. cit.*, *supra*, note 20, p. 6 ; J. RYAN, *loc. cit.*, *supra*, note 11, p. 203 ; l'Association nationale de la femme et le droit ne partage pas cette opinion, qui, dans les faits, n'a pas été sérieusement démontrée. Voir ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET LE DROIT, *op. cit.*, *supra*, note 95, pp. 4-6 ; J. FOLBERG & M. GRAHAM reconnaissent cet avantage à la garde partagée uniquement, voir *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 564.

lui, tout pourra continuer comme avant, grâce au consensus que ses parents entendent rechercher sur ses intérêts »¹¹⁵.

37. Ces avantages de la garde conjointe sont plus évidents lorsque l'hébergement est alterné^{115a}. La plupart des recherches américaines, ayant étudié le phénomène du *joint custody*, se sont intéressées à des cas où l'enfant passait un temps à peu près égal chez chacun de ses parents. Non seulement, les père et mère partagent-ils alors l'exercice de l'autorité parentale, mais aussi la prise en charge quotidienne de l'enfant.

Celui-ci a alors plus de chances de maintenir des liens étroits avec chacun de ses parents. Comme le souligne Deborah Anne Luepnitz :

The children who had joint custody appeared to have retained two psychological parents in their lives. Whereas half of the children in single parent custody never saw the other parent at all, all of the joint custody children had regular contact with both parents. Moreover, the interview with them elicited descriptions of their lives in both houses which revealed that « business as usual » went on with both parents. In the single custody families, in contrast, a visit with the non-custodian was more likely a holiday or a « date »¹¹⁶.

38. La garde conjointe, qu'elle soit partagée ou non, présente un autre avantage pour l'enfant. Elle lui évite la douloureuse décision d'avoir à choisir entre deux parents. Les enfants de la garde conjointe, fait remarquer Susan Steinman, ne sont pas tirillés par l'attachement exclusif qu'ils croient devoir à chacun de leurs parents.

This is an extremely important component of the joint or cooperative parenting approach — whether or not the children live in two houses. The children whose parents supported their having a positive relationship with the other parent, generally felt free to love and be with both parents¹¹⁷.

39. Tout en avantageant l'enfant, la garde conjointe favorise aussi les parents. Non seulement ménage-t-elle leur susceptibilité mais aussi leur permet-elle de partager joies, inquiétudes et prises de décisions importantes concernant l'enfant. Le fardeau est donc moins lourd. De plus, dans le cas d'une garde partagée, chaque parent peut tour à tour se

115. Cass. civ. 2^e, 2 mai 1984, *Gaz. Pal.* 1985.. 69. note GRIMALDI; au même effet voir aussi au Québec, les propos du juge TURMEL de la Cour supérieure, dans *Bohuslav v. VLK, supra*, note 18.

115a. La garde est alors dite partagée.

116. D.A. LUEPNITZ, *loc. cit.*, *supra*, note 20, pp. 4-5; S. STEINMAN, *loc. cit.*, *supra*, note 92, p. 412 : « Overall these children did not suffer the feelings of rejection and abandonment frequently seen when one divorced parent does not maintain regular contact with the children. »

117. S. STEINMAN, *loc. cit.* note 92, p. 408.

libérer de la responsabilité quotidienne de l'enfant. Ceci permet d'éviter la fatigue psychologique et émotive qui assaille souvent le parent gardien.

An advantage to joint custody has to do with time-off from parenting. All of the single custody parents reported feeling overwhelmed at times by the pressure of solo parenting with no one to consult with, and no time-off. Joint custody parents have a but-in break. Without asking for it, or making special plans, they have part of the week to be free of parenting¹¹⁸.

La garde conjointe, dans certaines circonstances, peut avoir aussi des aspects négatifs, qu'il est important de souligner.

B. LES RISQUES DE LA GARDE CONJOINTE

40. Si les défenseurs de la garde conjointe invoquent l'intérêt de l'enfant, c'est en brandissant le même étendard que certains condamnent cette forme de garde.

41. Le principal reproche adressé à la garde conjointe est de ne pas offrir la stabilité requise à l'équilibre psychologique et à l'épanouissement de l'enfant.

[...] Children who are shaken, disoriented, and confused by the breakup of their family need an opportunity to settle down in the privacy of their reorganized family with one person in authority upon whom they can rely for answers to their questions and for protection from external interference¹¹⁹.

Entre les parents divorcés ou séparés en effet, le risque de discorde est grand. Est-il réaliste d'espérer leur coopération? Les enfants les plus perturbés par les conflits opposant leurs parents sont, bien sûr, ceux qui ont maintenu des contacts fréquents avec leur père et mère. Peut-on prendre le risque de les blesser? Les dangers sont encore plus grands lorsque la garde conjointe est imposée ou si elle est partagée. Pour

118. *Ibid.*; voir aussi S. SCHWARTZ, *loc. cit.*, *supra*, note 11, p. 237. « Le mode de garde semble aussi influencer la possibilité pour les parents de former de nouvelles unions. Les mères qui ont la garde exclusive de leurs enfants sont, sur ce plan, désavantagées; environ 25 % d'entre elles fondent un nouveau foyer comparativement à 59 % pour leurs ex-conjoints. Par contre, 45 % des mères et 43,6 % des pères du groupe "garde partagée" forment de nouvelles unions » : D. DONTIGNY, *loc. cit.*, *supra*, note 17, p. 22.

119. J. GOLDSTEIN, « In whose best interest? », [1983] *Family L.* 119, p. 125. Voir aussi *Roberts v. Roberts*, 30 Or. App. 1149, 1154, cité dans J. FOLBERG & M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 547 : « Joint custody is the least attractive alternative facing a court. It succeeds in dividing not only the legal responsibilities but also the practical aspects of child rearing and shifts the parental role in the eyes of the children on a constant basis. »

certains, l'imposition d'une garde conjointe contre la volonté des parents est nécessairement néfaste pour l'enfant. En effet, le maintien des liens entre celui-ci et chacun de ses parents est alors illusoire.

When the authority of the court becomes a substitute for shared understanding between separated parents, or when the authority of the law is used to impose the will of one parent over another by enforcing [...] joint custody orders, the continuity of relations within the newly organized family unit(s) is undermined. At that point joint custody is no longer joint. In the eyes and the life of the child it becomes split or divided custody and visitation or access becomes transportation — forced attendance. At that point only lip service is paid to continuity; the continuity of the tie to both parents is placed in jeopardy [...] ¹²⁰.

42. Dans le cas d'une garde partagée, les risques d'instabilité sont manifestes. En effet, l'enfant doit alors, selon un horaire parfois complexe, changer régulièrement de résidence. À chacune de ses demeures correspondent un mode de vie et des règles particulières. Les recherches entreprises par Steinman et Lueptniz révèlent que si la plupart s'adaptent assez bien à leur horaire, au moins le tiers des enfants interviewés ne supportent pas ces changements de cadre familial ¹²¹. Ils souffrent d'anxiété et d'insécurité même si aucun conflit n'oppose leurs parents. Si des différends surviennent, les dommages causés à l'enfant sont encore plus grands.

43. En réplique à ces critiques, plusieurs arguments sont formulés. Si l'on recherche vraiment la stabilité de l'enfant, fait-on d'abord remarquer, pourquoi ne pas favoriser une formule qui permet à celui-ci d'avoir avec ses parents, après la séparation, les mêmes rapports que ceux qu'il entretenait avec eux auparavant ¹²²? Il ne faut pas oublier non

120. *Id.*, p. 120. Voir aussi : *Braiman v. Braiman*, 44 N.Y. (2d) 584, 586 : « [...] as a court-ordered arrangement imposed upon already embattled and embittered parents, accusing one another of serious vices and wrongs, it can only enhance familial chaos. »

121. S. STEINMAN, *loc. cit.*, *supra*, note 92, p. 411. Voir aussi D. LUEPTNIZ, *loc. cit.*, *supra*, note 20, p. 5. Il est d'ailleurs fréquent que la garde partagée ne fonctionne pas et que les parents retournent en cour pour se faire attribuer une garde simple. Voir par exemple au Québec : *Coderre c. Amyot*, *supra*, note 57. La garde partagée semble particulièrement risquée pour les jeunes enfants. Voir : R. MOFFAT & J. SCHERER, *Dealing with divorce* (1976) 108-109, cité dans J. FOLBERG & M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 547 : « Particularly for younger children the instability of this sort of arrangement is bound to be upsetting. In early development, psychologists are agreed, routine has an important emotional function in a child's growth. The repeated uprooting from friends and school is another source of disturbance. For a child faced with a situation that is already bewildering, this life can be nothing more than an additional and possibly overwhelming burden. »

122. J. FOLBERG and M. GRAHAM, *loc. cit.*, *supra*, note 4, p. 552 : « One might ask at the outset why a guideline seeking stability and continuity does not logically imply continuing, as nearly as possible, the same relationship between child and parents that existed before the divorce. »

plus, ajoute-t-on, que la possibilité de conflits existe aussi chez des parents non divorcés, ou même lors d'une garde exclusive. Dans ces cas, les parents qui ne s'entendent pas peuvent demander au tribunal de régler leur différend; il en est de même lorsque la garde est conjointe.

And what if occasional resort has to be made to the courts when the parents cannot agree on a major matter affecting the child? Is this to be the determinative consideration? It seems to me to be a modest price to pay in order to preserve a child's confidence in the love of his parents and with it his own sense of security and self-esteem¹²³.

44. Enfin, certains prétendent que le degré de mésentente des parents est moins grand si la garde est conjointe que si elle est exclusive. Les résultats des enquêtes menées à ce sujet sont cependant contradictoires¹²⁴. Il est toutefois évident que la garde conjointe peut parfois fonctionner. Plusieurs parents sont capables, dans l'intérêt de leur enfant, d'oublier les conflits qui les opposent¹²⁵.

Most mature adults, after the initial trauma has worn off, are able to overcome the hostility attendant on the dissolution of their marriages or at the very least are capable of subserving it to the interests of their children. This is particularly so now that the social stigma attending divorce has all but disappeared and men and women are picking themselves up and putting their lives together again. Indeed, the so-called « friendly divorce » is one of the phenomena of our time. It is in this social milieu that more imaginative and, if I may say so, more humane custody orders find their place¹²⁶.

45. En plus du manque de stabilité, la garde conjointe, dit-on, présente pour l'enfant d'autres inconvénients. On constate en effet que

123. *Kruger v. Kruger*, *supra*, note 52, p. 73; *contra* : *Silver v. Silver*, *supra*, note 75, p. 104 : « The circumstances resulting from separation and divorce are so different from those found in the home of happily married parents that the analogy attempted to be drawn is not appropriate. » Pour diminuer les risques de conflits, la Cour d'appel du Québec suggère de prévoir les décisions qui devront faire l'objet d'un accord entre les ex-époux : *Droit de la famille — 301*, *supra*, note 17.

124. Selon H.Z. ILFELD, F.W. ILFELD et J.R. ALEXANDER, à la suite d'une ordonnance de garde conjointe, les parents retournent beaucoup moins souvent en cour que si la garde est exclusive. Par ailleurs, W. PHEAR, J.-C. BECK, B. HOUSER, J. CLARK et R.A. WHITNEY ont constaté que dans les cas de garde conjointe les litiges au sujet de l'enfant étaient plus nombreux. Voir : H.Z. ILFELD, F.W. ILFELD et J.R. ALEXANDER, « Does Joint custody work? A first look at outcome date of relitigation », (1982) 139(1) *Am. J. of Psychiat* 62 et W. PHEAR, J.-C. BECK, B. HOUSER, J. CLARK et R.A. WHITNEY, « An empirical study of custody agreements : Joint versus sole legal custody », in *Joint custody and shared parenting*, J. Folberg editor, the Bureau of National Affairs Inc., Association of Family Conciliation Courts, 1984.

125. Lire à ce sujet l'étude d'A. ABARBANEL, *loc. cit.*, *supra*, note 101 et celle de S. STEINMAN, « A study of parents who sought joint custody following divorce », (1983) 16 *U.C.L.R.* 739, voir p. 745.

126. *Kruger v. Kruger*, *supra*, note 52, p. 73.

les enfants en situation de garde conjointe s'efforcent outre mesure de ne pas témoigner de préférence pour l'un ou l'autre de leurs parents.

Comme l'a constaté Susan Steinman :

Loyalty concerns for about a third of these children manifest themselves in a « hyper-loyalty ». These children were hyper-alert to their parents' feelings and concerned about being fair to both ¹²⁷.

Et elle explique ainsi ce comportement :

[...] this « hyper-loyalty » to their parents and to the joint custody arrangement seems to be related both to their worry about siding with one parent and hurting the other, and to their awareness of their parents' efforts in their behalf ¹²⁸.

Ce souci de justice, ces efforts pour ne pas susciter de jalousie entre les parents peuvent devenir encombrants pour l'enfant.

While the empathy is certainly a highly valued character trait, the sense of responsibility for keeping things even and their parents happy was clearly burdensome to a number of these children ¹²⁹.

46. Enfin, certains prétendent que la garde conjointe nuit à l'enfant en entretenant chez lui l'espoir d'une réconciliation. On craint qu'il ne parvienne jamais à accepter la destruction de la famille ¹³⁰. On n'a toutefois jamais démontré que cette appréhension était justifiée.

47. Sur un plan plus général, l'utilité même de l'ordonnance de garde conjointe est souvent mise en doute.

In the majority of cases where joint custody is an appropriate award the order is unnecessary. If the individuals are the type of people who can cooperate to the extent necessary to justify joint custody they will not need a court order to confirm this duty ¹³¹.

48. En effet, seule la collaboration entre les parents permet de préserver le lien qui les unit à leur enfant. Or cette coopération ne dépend pas de l'ordonnance d'un tribunal, mais de la seule volonté des parties. L'ordonnance de garde conjointe ne garantit donc pas le maintien des relations parents-enfant; ne peut-elle pas cependant les faciliter?

127. S. STEINMAN, *loc. cit.*, note 20, p. 409.

128. *Id.*, p. 410.

129. *Ibid.*

130. J. WESTMAN, « Joint custody from the child's point of view », in *Joint custody : A handbook for judges, lawyers and counselors*, prepared by the Association of family conciliation courts, Portland, 1979, pp. B-39 — B-40; voir aussi *Berard v. Berard*, *supra*, note 53, p. 371; *contra* : *Baker v. Baker*, *supra*, note 53, dans lequel le juge BOLAND écrit ce qui suit : « Joint custody orders would assist recently divorced parents to find stability for their future relationships with their children. They would help them to understand that divorce is not the dissolution of a family but merely its reorganization. »

131. *Berard v. Berard*, *supra*, note 53.

49. Seule la garde dite « partagée », même si elle est plus risquée, offrirait quelque avantage à l'enfant. Elle permet en effet des contacts réguliers entre celui-ci et chacun de ses parents.

A recently concluded study compared children in joint physical, joint legal/sole physical and sole custody families and concluded that joint physical custody, but not joint legal/sole physical custody was associated with better individual child adjustment ¹³².

50. Les mérites de la garde conjointe sont donc contestés. Elle profite certainement au père et au juge. Au premier, elle évite dans bien des cas la perte de l'exercice de l'autorité parentale, au second, elle permet d'échapper à un choix difficile ¹³³. Tous admettent aussi qu'elle est la solution idéale lorsque les parents, malgré leur séparation, demeurent conciliants et coopératifs et que l'arrangement convient à l'enfant. Il est toutefois évident qu'elle n'est appropriée ni à toutes les personnes, ni à toutes les situations. Pour l'enfant, l'avantage de la garde conjointe est d'atténuer les effets négatifs du divorce en lui permettant de maintenir des liens avec chaque parent. Or, si la garde conjointe aggrave les conflits entre les parents, l'objectif n'est évidemment pas atteint. Il est certain aussi que la garde conjointe ne permet pas de remédier à tous les inconvénients du divorce. L'enfant ne peut plus vivre en même temps avec chacun de ses parents. Il en souffrira certainement, et aucun arrangement concernant la garde n'empêchera totalement cette douleur.

Les juges paraissent pour la plupart conscients des risques de la garde conjointe, ils ne l'ordonnent qu'à certaines conditions.

C. LES CONDITIONS NÉCESSAIRES À L'ORDONNANCE DE GARDE CONJOINTE

51. Pour accorder une garde conjointe, l'exigence première est évidemment la capacité des parents d'assurer à l'enfant une bonne éducation ¹³⁴. « Si l'un d'entre eux s'avère moralement ou psychologiquement incapable de s'occuper de l'enfant, l'intérêt de ce dernier commandera l'attribution de la garde à l'autre parent ¹³⁵. » Mais cette

132. W. PHEAR, J.C. BECK, B. HOUSER, J. CLARK et R.A. WHITNEY, *loc. cit.*, note 124, cité dans ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET LE DROIT, *op. cit.*, *supra*, note 95, vol. 2, p. 10.

133. Lire à ce sujet les propos de MOUSSA, *loc. cit.*, *supra*, note 59.

134. Voir par exemple : *Baker v. Baker*, *supra*, note 53; *Droit de la famille* — 172, *supra*, note 8; *Droit de la famille* — 234, *supra*, note 57; *Droit de la famille* — 361, *supra*, note 9; *Droit de la famille* — 301, (C.S.), *supra*, note 17.

135. A. DEKEUWER, *loc. cit.*, *supra*, note 56.

capacité ne suffit pas. En effet, afin de parer à l'éventualité de désaccords entre les parents, les tribunaux n'attribuent la garde conjointe que s'il y a possibilité d'entente entre les parents¹³⁶. Évidemment, si les litiges sont prévisibles dès le moment où la garde conjointe est sollicitée, le tribunal habituellement la refusera¹³⁷. À ce sujet, souligne Alain Dekeuwer :

[...] il pourra sembler curieux que l'entente des parents soit exigée au regard des circonstances de fait permettant la garde conjointe, alors qu'elle est indifférente en droit. Cette solution donne toute latitude aux juges du fond pour décider en opportunité, sans être gênés par des rigidités juridiques¹³⁸.

52. Par ailleurs, si la garde conjointe correspond déjà pour l'enfant à un *modus vivendi* et si elle semble fonctionner, les juges n'hésiteront pas à l'attribuer¹³⁹.

53. Enfin, les tribunaux se méfient des changements trop fréquents de milieu de vie et hésitent à accorder une garde partagée¹⁴⁰. Elle est perçue comme une mauvaise solution dès qu'elle oblige l'enfant à changer de ville, de quartier ou d'école. Ils l'ordonnent lorsqu'elle a été expérimentée avec succès¹⁴¹, sinon ils lui préfèrent « une autorité parentale conjointe, assortie d'une résidence principale permanente de l'enfant chez un de ses parents »¹⁴². Malheureusement, ils rendent alors trop souvent des ordonnances de garde conjointe totalement inutiles. En quoi par exemple une telle ordonnance profite-t-elle à l'enfant, lorsqu'il vit avec sa mère à l'étranger et que le père réside au Canada¹⁴³? Les avantages de la garde conjointe sont dans ce cas bien théoriques. Et même de ce point de vue, son opportunité peut, en droit civil québécois, paraître discutable.

136. La bonne volonté des parents est essentielle : *Trudeau c. Ouellette*, *supra*, note 8; *Bohuslav c. V.L.K.*, *supra*, note 18; *Gratton v. Bernatchez*, *supra*, note 54; *Droit de la famille* — 411, (1987) R.J.Q. 2584 (C.S.); *Clarke v. Clarke*, *supra*, note 53; *Cowan v. Cowan*, *supra*, note 53; *P.F. v. A.M.*, *supra*, note 53; *Adams v. Adams*, *supra*, note 53.

137. A. DEKEUWER, *supra*, note 56.

138. *Ibid.*

139. *Benoit c. Bisaillon*, *supra*, note 18; *Favreau c. Éthier*, *supra*, note 58; *Droit de la famille* — 172, *supra*, note 8; *Droit de la famille* — 13, [1983] C.S. 42; *Kamimura c. Squibb*, *supra*, note 53.

140. *Coderre c. Amyot*, J.-E. 82-574 (C.S.).

141. Ils n'hésitent pas à la transformer en garde simple, si elle n'a pas fonctionné; *Ford c. Long*, *supra*, note 57.

142. A. DEKEUWER, *loc. cit.*, *supra*, note 56.

143. *Berard v. Berard*, *supra*, note 53; *Charmasson v. Charmasson*, *supra*, note 53.

III. L'OPPORTUNITÉ DE LA NOTION DE GARDE CONJOINTE EN DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

54. Si la garde conjointe n'est pas la panacée espérée, elle est, dans certains cas, une solution valable. Cependant, cette opportunité occasionnelle ne justifie pas, à elle seule, l'utilisation de cette notion en droit civil québécois. La garde conjointe sert en effet à préserver le mieux possible, à la suite de la désunion de la famille, l'exercice en commun de l'autorité parentale. C'est pour ce motif que la common law l'a acceptée et le droit civil empruntée. D'un point de vue théorique, elle n'est donc nécessaire que si l'attribution exclusive de la garde empêche l'exercice conjoint de l'autorité parentale. En est-il ainsi en droit civil québécois? La réponse à cette question décidera de l'opportunité de la notion de garde conjointe. Nous verrons d'abord quelles sont, sur ce point, les principes du *Code civil du Québec*. Il faudra ensuite se demander si la nouvelle loi fédérale sur le divorce change, en cette matière, les règles du jeu.

A. LES EFFETS DE L'ORDONNANCE DE GARDE D'APRÈS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC

55. La garde est une notion aux multiples significations¹⁴⁴. Attribut de l'autorité parentale, elle s'associe généralement aux droits de surveillance, d'entretien et d'éducation dont elle facilite l'exercice¹⁴⁵. Si on la définit aisément dans une situation normale, lorsque les père et mère vivent ensemble, il est plus difficile d'en saisir les contours lorsqu'elle est attribuée en exclusivité à l'un des parents¹⁴⁶.

144. Voir notamment, M. PROVOST, « Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant : réflexions à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel », (1987) 47 *R. du B.* 199, pp. 206 et ss.; C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 7.

145. Voir art. 647 C.c.Q. E. DELEURY, M. RIVET, J.M. NAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 741, p. 780.

146. À ce sujet en effet, la confusion est grande. L'incompréhension de la nature juridique du droit de garde entraîne nécessairement une reconnaissance de la notion de garde conjointe. Voir par exemple : *Lapointe c. Grenier*, C.S.Q. n° 235-12-001294-872, 1 mai 1987 (juge R. LESAGE) : « Les procureurs nous informent qu'ils entendent par garde conjointe, les droits réservés à la partie qui n'a pas la garde, en vertu de 570 C.c.Q. »

1. Les droits du parent gardien

56. Le droit de garde confère certainement à son titulaire le droit de vivre avec l'enfant et de déterminer son lieu de résidence¹⁴⁷. À ce droit, est normalement rattaché celui de surveillance, ainsi que le pouvoir de prendre les décisions quotidiennes concernant l'enfant¹⁴⁸. Lorsque le gardien est un parent, il est toujours attributaire de l'autorité parentale et il en conserve le plein exercice. Ceci lui permet donc aussi de déterminer les grandes options relatives à l'orientation de la vie de son enfant¹⁴⁹. Mais peut-il prendre seul ces grandes décisions? Ne doit-il pas consulter le parent non gardien? Quels sont donc les droits de ce dernier? Sur ce point, les avis sont partagés, la situation est confuse.

2. Les droits du parent non gardien

57. D'après le *Code civil du Québec*, le parent non gardien conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant¹⁵⁰. S'il juge menacé l'intérêt de l'enfant, il peut saisir le tribunal de la question¹⁵¹. Mais est-ce là la limite de ses droits? N'a-t-il pas aussi le droit d'éduquer son enfant et de participer à certaines décisions le concernant?

a) Le droit de surveillance

58. Selon l'opinion dominante, le seul droit que conserve le parent privé de la garde est celui de surveillance. Cette affirmation est justifiée de différentes façons. Certains relient cette diminution de pouvoirs à la perte de l'autorité parentale. « Le législateur a voulu éviter les sources de conflits et de frictions en couronnant des attributs de l'autorité parentale

147. G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Paris, Précis Domat, Éditions Montchrestien, 1980, p. 136.

148. *Ibid.*; M. PROVOST, *loc. cit.*, *supra*, note 144; P. SIMLER, « La notion de garde de l'enfant », (1972) *Rev. trim. dr. civ.* 685, p. 704; M. CASTELLI, *Précis du droit de la famille*, Québec, P.U.L., 1987, p. 190.

149. Le droit de déterminer les options majeures à l'avenir de l'enfant est en effet relié à la jouissance de l'autorité parentale. Ainsi si la garde est confiée à un tiers, c'est le parent non gardien qui conserve ce droit. Voir : *T.V.-F. et D.F. c. G.C.*, *supra*, note 30, p. 263 : « C'est en sa qualité de titulaire de l'autorité parentale que revient au parent non gardien le droit de déterminer les options majeures relatives à l'orientation de la vie de son enfant [...] ».

150. Art. 570 C.c.Q.

151. Art 653 C.c.Q.

celui qui obtient la garde », écrivait le juge Nichols dans l'affaire *Droit de la famille* 320¹⁵². Cette analyse est fautive. Comme le précise l'article 568 C.c.Q., le divorce et la séparation de corps laissent « subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants ».

59. À la suite d'une malheureuse comparaison avec la common law^{152a} et le droit civil français, on croit souvent qu'à l'attribution de la garde est relié l'exercice exclusif de l'autorité parentale¹⁵³. Le parent non gardien demeure titulaire de l'autorité parentale, mais ne peut l'exercer. Un seul droit lui est réservé : le droit de surveillance prévu à l'article 570 C.c.Q. L'analyse habituellement suggérée est légèrement différente. On admet que l'exercice de l'autorité parentale, tout comme son attribution, demeure en principe aux deux parents. La façon d'exercer l'autorité parentale est cependant modifiée par l'ordonnance de garde : le parent qui a la garde prend seul les principales décisions se rapportant à l'enfant¹⁵⁴, l'autre se contente de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et, s'il jouit d'un droit d'accès, de le voir périodiquement¹⁵⁵.

152. *Droit de la famille* — 320, *supra*, note 85, p. 13. Cette constatation est tirée de l'observation du quotidien, ainsi que le fait remarquer la Cour d'appel dans *Droit de la famille* — 301, *supra*, note 17 : « Il va de soi qu'en règle générale, lorsque la garde d'un enfant est confiée à un parent, il exerce alors tous les attributs de l'autorité parentale et l'autre parent ne s'immisce ordinairement pas dans la façon de faire du gardien, sauf dans l'exercice de son rôle de surveillance. On préserve ainsi l'unité du développement de l'enfant et évite des éparpillements et des déchirements qui pourraient lui être néfastes. Sur le plan théorique toutefois, le conjoint privé de la garde de son enfant n'a pas perdu son autorité parentale; il a seulement cessé d'en partager le plein exercice. »

152a. Dans *Droit de la famille* — 301, (C.A.), *supra*, note 17, le juge TYNDALE est tout à fait justifié de faire la remarque suivante : « Common Law precedents are to be treated with circumspection, since the concept of custody in that system is not the same as in ours. »

153. « La garde légale sert de fondement à l'exercice de l'autorité parentale », écrit C. BOISCLAIR dans « La notion de « parent » de l'article 1e) de la *Loi de la protection de la jeunesse* », (1981) 11 R.D.U.S. 271, p. 299. Voir aussi : *Droit de la famille* — 274, [1986] R.J.Q. 945, p. 949 : « le droit de garde d'un tout jeune enfant comporte celui de l'éduquer et de l'instruire en conformité de son intérêt prioritaire eu égard à son développement moral, intellectuel et physique ». Dans *Droit de la famille* — 361, *supra*, note 9, la mère demande donc une garde exclusive afin de disposer de la latitude suffisante pour pouvoir prendre seule les grandes décisions concernant l'enfant.

154. À ce sujet lire, A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 2, p. 206. « Le parent gardien a la prérogative de prendre les décisions relatives à l'éducation et à l'entretien de l'enfant [...] il choisit l'école, le genre d'instruction, l'établissement hospitalier etc. [...] ». Voir aussi M. CASTELLI, *op. cit.*, *supra*, note 148, pp. 190-191.

155. Quant au pouvoir que le parent non gardien conserve lors de ces visites, lire A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 2, pp. 204-205. Voir aussi les propos du juge BENOÎT dans *Droit de la famille* — 37, *supra*, note 66, il résume bien la position traditionnelle : « il apparaît que les père et mère conservent l'autorité parentale même advenant séparation et attribution de la garde à l'un d'eux. Celui qui a la garde exerce cependant l'autorité en

Bien sûr, le parent non gardien peut s'adresser « au tribunal pour obtenir une décision conforme aux meilleurs intérêts de l'enfant. Mais il reste que le gardien a l'avantage de l'initiative ; il exerce son autorité directement sans avoir à recourir à celle du tribunal et sans être tenu de consulter son ex-conjoint »¹⁵⁶.

[...] il semble donc que du fait du démembrement de l'exercice de l'autorité parentale comme conséquence du divorce ou de la séparation de corps, l'exercice de cette autorité parentale par celui des conjoints qui n'a pas la garde de l'enfant se fasse par le biais de son droit de surveillance et de ses droits de visite et de sortie¹⁵⁷.

60. Dans un tel contexte, la garde conjointe sert, bien sûr, à rééquilibrer les droits du parent gardien et ceux du parent non gardien en permettant à celui-ci de participer activement à l'éducation de l'enfant. En apparence, la notion est donc utile. Demeure cependant un problème. Jusqu'à présent, les tribunaux qui ont accordé une garde conjointe ont distingué la garde juridique, qu'ils ont attribuée aux deux parents, de la garde physique confiée à l'un des père et mère. La garde physique équivalait au droit de résider avec l'enfant et de prendre à son sujet les décisions quotidiennes. La garde juridique donnait à son titulaire le droit de prendre les décisions importantes concernant l'enfant. Or la Cour suprême a récemment condamné cette distinction. « L'expression " garde physique " est trompeuse », dit-elle ; « d'autre part, le concept de " garde légale ", vraisemblablement emprunté de la notion de *legal custody* de common law est inconnu en droit civil [...]. Il est de plus superflu de réserver les droits d'un parent qui devient privé par jugement de l'exercice de la garde¹⁵⁸. » La condamnation de cette distinction emporte-t-elle aussi celle de la notion de garde conjointe à laquelle elle est intimement reliée. Ceux qui tiennent à la validité du concept n'y verront sans doute qu'une question de terminologie. Ils suggéreront que l'idée soit maintenue mais que les termes utilisés soient transformés¹⁵⁹. Le problème est peut-être plus grave. Le concept de garde légale est inconnu en droit civil parce

toutes choses courantes et quotidiennes. Celui qui n'a pas la garde conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de son enfant. Si la surveillance permet de déceler des failles que le gardien refuse de corriger, l'autre a le droit de s'adresser au tribunal pour obtenir satisfaction qui peut même consister en un changement de garde. [Toutefois] le droit de s'assurer que l'enfant est logé, nourri, vêtu et éduqué n'implique pas le droit d'intervenir à moins d'urgence. »

156. *Id.*, pp. 205-206.

157. C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 7, pp. 851-852.

158. T.V.-F. et D.F. c. G.C., *supra*, note 30, p. 264. Déjà en 1983, le juge C. BENOÎT de la Cour supérieure du Québec condamnait cette distinction, voir : *Droit de la famille* — 37, *supra*, note 66.

159. A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 2, pp. 215, 222-223.

que dans ce système existe la notion d'autorité parentale. Or, avons-nous dit, l'autorité parentale survit à l'ordonnance de garde. Pourquoi alors réserver son exercice au parent privé de la garde? Pour donner au non gardien le pouvoir de participer aux décisions importantes concernant l'enfant, répondra-t-on. Mais est-il certain que la garde emporte le droit exclusif de décider de l'éducation et des soins à donner à l'enfant? Pourquoi le parent non gardien ne conserverait-il pas le droit de participer à ces décisions?

b) *Un droit de participation*

61. Malgré l'ordonnance de garde en faveur d'un des parents, les père et mère demeurent tous deux titulaires de l'autorité parentale¹⁶⁰. La séparation ou le divorce ne modifie pas le lien de filiation et ne les prive pas, en principe, de la capacité d'exercer cette autorité. Selon l'article 648 du *Code civil* du Québec,

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.

L'attribution de la garde à l'un des parents ne met donc pas fin à l'exercice en commun de l'autorité parentale. Toutefois, elle l'affecte.

62. En effet, il est évident qu'en pratique la présence de l'enfant facilite l'exercice de l'autorité parentale. De plus, d'un point de vue juridique, l'octroi de la garde donne certainement au gardien des pouvoirs plus larges que la seule faculté de déterminer la résidence de l'enfant¹⁶¹.

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'enfant¹⁶².

160. Voir Art. 647, 568 et 535 C.c.Q. Voir aussi *Droit de la famille — 1114*, [1987] R.D.F. 366, p. 369 (C.S.) : « Le tribunal laisse au père la discrétion qui est la sienne en vertu de l'autorité parentale dont il conserve une bonne partie des attributs en dépit du fait qu'il n'a pas la garde des enfants »; *Droit de la famille — 301*, [1988] *supra*, note 17 : « Les parents sont par l'effet de la loi investis de l'autorité parentale qui subsiste malgré la dissolution du lien matrimonial, sauf déchéance prononcée judiciairement. »

160a. Voir : *Droit de la famille — 236*, [1985] C.A. 566, p. 572 : « L'article 654 considère l'exercice de l'autorité parentale comme une conséquence normale de la relation de paternité ou de maternité, car il ne prévoit son retrait que pour des motifs graves. »

161. P. SIMLER, *loc. cit.*, *supra*, note 148.

162. *T.V.-F. et D.F. v. G.C.*, *supra*, note 30, p. 263.

63. La perte, pour le parent non gardien, de l'exercice de la garde et des pouvoirs qui y sont rattachés est compensée par l'octroi d'un droit de surveillance.

Privé la majorité du temps de la présence physique de son enfant, le parent non gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien. Il dispose du recours prévu à l'article 653 C.c.Q. advenant qu'une décision du gardien lui apparaisse contraire à l'intérêt de l'enfant¹⁶³.

64. Les pouvoirs que perd le parent non gardien et qui sont compensés par un droit de surveillance sont donc uniquement ceux rattachés au droit de garde : c'est-à-dire la faculté de déterminer la résidence de l'enfant, la surveillance et l'entretien quotidien de celui-ci et le pouvoir de prendre les décisions courantes le concernant. Le parent non gardien, toujours titulaire de l'autorité parentale, conserve par ailleurs l'exercice de ses autres droits. Non seulement peut-il, lorsqu'il héberge l'enfant, prendre les décisions quotidiennes le concernant¹⁶⁴, mais aussi doit-il, en principe, être consulté pour toutes les décisions impliquant l'avenir de l'enfant. Il doit consentir, par exemple, aux soins médicaux ou à tout changement d'orientation religieuse ou scolaire¹⁶⁵.

65. Évidemment, en pratique, le degré de participation du parent privé de la garde dépend de la coopération du gardien. Il en est de même cependant lors d'une garde conjointe, si elle n'est pas doublée d'une garde partagée. En effet, l'éloignement rend là aussi difficile l'exercice de l'autorité parentale du parent qui ne vit pas avec l'enfant. La notion de garde conjointe n'est-elle pas alors inutile en droit québécois? Avant de conclure ainsi, il faut vérifier l'impact de la nouvelle loi sur le divorce.

163. *Ibid.*

164. Que la garde soit conjointe ou exclusive, les décisions quotidiennes concernant l'enfant sont dans les faits habituellement prises par le parent qui vit avec celui-ci. L'exercice de ce droit dépend en effet de la présence de l'enfant. Voir : *McCabe v. McCabe*, (1979) 11 R.F.L. (2d) 260. Selon le juge A. MAYRAND lorsque le parent non gardien reçoit l'enfant chez lui, « rien ne l'empêche alors de contribuer directement à l'éducation physique, intellectuelle, morale ou religieuse [...] ». Durant cet intermède, les parents échangent leurs rôles : le gardien en titre, n'ayant plus l'enfant auprès de lui, surveille la façon dont le titulaire des droits de sortie et d'hébergement s'acquitte de ses devoirs envers l'enfant. S'il n'en est pas satisfait, c'est à son tour de s'adresser au tribunal pour faire cesser les droits de sortie d'hébergement ou pour les soumettre à des conditions appropriées ». Voir A. MAYRAND, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 205.

165. Sous réserve de l'article 652 C.c.Q. Voir aussi les articles 42 et 43 de la *Loi sur la protection de la santé physique*, L.R.Q., c. P-35.

**B. L'IMPACT DE LA LOI DE 1985 SUR LE DIVORCE
SUR L'ORDONNANCE DE GARDE RENDUE AU QUÉBEC**

66. La *Loi de 1985 sur le divorce*, tout comme celle de 1968, permet au tribunal de rendre une ordonnance en matière de garde. À la différence de la loi précédente toutefois, la loi actuelle définit le terme garde, permet la garde conjointe et accorde des droits spécifiques au parent détenteur d'un droit d'accès¹⁶⁶. Ces nouvelles dispositions sont nettement inspirées de la notion de *custody*, qui, avons-nous dit, se rapproche du concept civiliste d'autorité parentale. Rappelons que dans ce système,

[...] the parent who is granted custody has the sole right to determine the child's education and physical, intellectual, spiritual and moral upbringing.

The role of the non custodial parent with access privilege is that of a very interested observer, giving love and support to the child in the background and standing by in case the custodial parent dies¹⁶⁷.

Pourquoi a-t-on prévu au paragraphe 16(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* que le parent non gardien « qui obtient un droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant », si ce n'est pour augmenter les droits du parent privé de la garde par un tribunal non québécois? En droit civil québécois, cet article est inutile. Le parent non gardien, on le sait, demeure titulaire de l'autorité parentale et conserve un droit de surveillance¹⁶⁸.

67. Il est donc évident que certaines dispositions de la *Loi de 1985 sur le divorce* relatives à la garde sont plus utiles dans un contexte de common law qu'en droit civil¹⁶⁹. De cette constatation, certains ont déduit que l'ordonnance de garde rendue par un tribunal québécois siégeant en divorce, entraînait en fait l'attribution des pouvoirs reliés à la *custody*, c'est-à-dire le droit exclusif d'exercer l'autorité parentale.

[...] le droit civil ne prime pas en matière de divorce et de ses accessoires. La *Loi sur le divorce* gouverne la relation entre l'enfant et ses parents lorsque le mariage se termine en vertu de ses dispositions. La notion de l'autorité parentale ne fait pas partie de la loi fédérale, au moins directement. Nous ne devons pas envisager une interprétation d'une loi fédérale au Québec qui est différente de l'interprétation à y donner dans les autres provinces. La garde d'un enfant, comme elle est comprise au Québec, doit céder à l'interprétation

166. Voir les paragraphes 2(1), 16(4) et 16(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce*.

167. J. PAYNE's *Commentaries on the Divorce Act, 1985*, Don Mills, De Boo, 1986, p. 79.

168. Art. 568 et 570 C.c.Q.

169. Selon certains, la *Loi sur le divorce* imposerait la définition de *custody* des tribunaux des provinces de common law; J. PAYNE, *op. cit.*, *supra*, note 167, p. 79.

à y donner dans la *Loi sur le divorce*, où les articles du *Code civil du Québec* n'ont plus le même effet dans la détermination des droits des parents vis-à-vis des enfants nés du mariage. Il est probable qu'en accordant la garde d'un enfant à l'un des parents en vertu de la loi fédérale, le tribunal québécois lui accorde aussi par la force des choses tous les attributs de l'autorité parentale : en d'autres mots, le concept de garde, tel qu'exprimé par le juge Thorson dans *Kruger*, s'applique autant ici au Québec qu'ailleurs.

Voilà pourquoi la garde conjointe en matière de divorce devient importante et nécessaire; les tribunaux du Québec ne peuvent pas se rassurer en présumant que l'autorité parentale préserve automatiquement la participation et la surveillance du parent qui n'a plus la garde¹⁷⁰.

Cette prétention est contestable tant d'un point de vue constitutionnel qu'en regard des règles d'interprétation.

1. La prééminence de la loi fédérale sur le divorce

68. Les articles 568 et 570 du *Code civil du Québec*, mis en vigueur le 1^{er} décembre 1982, précisent les effets de l'ordonnance de garde sur l'autorité parentale. L'article 16 de la *Loi de 1985 sur le divorce* accorde au tribunal le pouvoir de rendre une ordonnance de garde ou un droit d'accès, prévoit les critères d'attribution ainsi que les modalités de la garde et précise certains pouvoirs reliés au droit de garde ou d'accès. La validité de ces articles est certaine. En effet, si les provinces ont compétence en matière de droits civils, le fédéral peut légiférer en matière de divorce¹⁷¹. En vertu de son pouvoir ancillaire, il a donc aussi compétence sur les questions accessoires au divorce, tels l'entretien et la garde des enfants¹⁷².

69. S'il ne conteste pas la validité des articles 568 et 570 C.c.Q., le juge Gomery, dans l'affaire *Droit de la famille — 301*, semble croire qu'ils sont inopérants. En effet, dit-il : « Le droit civil ne prime pas en matière de divorce et de ses accessoires. La *Loi sur le divorce* gouverne la relation entre l'enfant et ses parents lorsque le mariage se termine en vertu de ses dispositions¹⁷³. »

170. *Droit de la famille — 301*, *supra*, note 17, p. 2143; *contra*, *Droit de la famille — 361*, *supra*, note 9 : « Le tribunal ne souscrit pas entièrement à la position du juge Gomery relativement à la présence de la *Loi sur le divorce* sur le droit civil québécois en matière de relation parents-enfants. »

171. Voir les paragraphes 92(13) et 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Victoria, 1867, c. 3 (U.K.).

172. Voir à cet effet : *Papp v. Papp*, (1970) 8 D.L.R. (3d) 389 (C.A. Ont.); *Heikel v. Heikel*, (1970) 12 D.L.R. (3d) 311 (C.A. Alb.); *Jackson v. Jackson*, [1973] R.C.S. 205; *Zacks v. Zacks*, [1973] R.C.S. 891.

173. *Droit de la famille — 301*, (C.S.) *supra*, note 57, p. 2143.

70. En principe, « rien ne s'oppose à ce qu'une législature, dans le cadre de sa compétence, adopte une législation complémentaire qui ne contredit pas une législation fédérale valide »¹⁷⁴. La loi provinciale cède le pas à la loi fédérale en cas d'incompatibilité d'application. Y a-t-il conflit, en matière de garde, entre la *Loi de 1985 sur le divorce* et le *Code civil du Québec*? Il n'existe aucune « contradiction expresse ». En effet, la *Loi de 1985 sur le divorce* ne précise pas que l'attribution de la garde emporte l'exercice exclusif de l'autorité parentale. Certes, le paragraphe 2(1) assimile à la garde, le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache, mais cela ne contredit pas les principes du droit civil.

71. À ce sujet en effet, trois points doivent être soulignés. Premièrement, le paragraphe 2(1) ne définit pas réellement la notion de garde. Il précise que dans la loi les éléments qui se rattachent habituellement au droit de garde sont assimilés à celui-ci. Dans cette loi, le terme « garde » désigne donc non seulement le droit de garde, mais aussi les éléments qui s'y rattachent telle la surveillance. Cette précision a facilité la tâche du rédacteur. Dans la loi de 1968 en effet, il avait dû employer les termes : « ordonnance pourvoyant à la garde, à l'administration (*care*) et à l'éducation des enfants du mariage »¹⁷⁵. Aujourd'hui, le paragraphe 2(1) lui permet d'utiliser un seul mot. La forme de la rédaction s'est transformée mais non pas le sens de la disposition. Deuxièmement, une lecture attentive de la version française de l'article 2 indique que le soin et l'éducation sont des éléments distincts de la garde. On écrit en effet « *est assimilée* à la garde, le soin etc. » et non pas comme dans la version anglaise « *custody includes* [...] ».

Dire que X est assimilé à Y, c'est dire que X est distinct de Y. Il semble que la version française de la définition est compatible avec le droit civil qui, par exemple, à l'article 647 C.c.Q., emploie le mot garde dans un sens qui exclut le soin et l'éducation et qu'elle est par contre incompatible avec la common law, car le soin et l'éducation, dans ce système, sont des éléments de la *custody*, y sont compris : on n'a pas besoin de les y assimiler. Cette idée est bien rendue par la version anglaise qui se lit : « "*custody* " includes care, upbringing and any other incident of *custody* »¹⁷⁶. »

72. Cette « définition » est donc assez inoffensive. Elle ne précise ni la nature du concept, ni ses effets sur l'autorité parentale. Enfin, dire que le soin et l'éducation se rattachent à la garde ne contredit nullement le droit civil. Personne en effet n'oserait prétendre que le gardien n'a pas

174. G. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1983, p. 39; voir aussi *P.G. du Canada v. Dupont*, [1978] 2 R.C.S. 770.

175. *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24, paragraphes 10b) et 11c), abrogée.

176. P.-A. CÔTÉ, « La *Loi de 1985 sur le divorce* et le droit civil », (1987) 47 *R. du B.* 1181, p. 1184.

aussi la tâche de fournir à l'enfant les soins nécessaires et de prendre les décisions quotidiennes relatives à son éducation. La *Loi de 1985 sur le divorce* n'impose donc pas au droit civil une définition de la garde qui lui est étrangère.

Il n'y a pas de conflit nécessaire entre la *Loi de 1985 sur le divorce* et le *Code civil du Québec* en ce qui a trait à la notion de garde¹⁷⁷.

73. Y en a-t-il un entre le paragraphe 16(5) *L.D.* et l'article 570 *C.c.Q.*? La *Loi de 1985 sur le divorce* précise au paragraphe 16(5) les pouvoirs du parent qui obtient un droit d'accès. Celui-ci, dit-elle, peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant. Cette disposition est plus limitative que les articles 568 et 570 du *Code civil du Québec*, qui maintiennent l'autorité parentale du parent privé de la garde et lui accordent le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Au Québec en effet ces droits ne dépendent pas de l'octroi d'un droit de visite¹⁷⁸.

74. Il ne semble pas y avoir de contradiction entre les articles 16, paragraphe 5 *L.D.* et 570 *C.c.Q.* La législation fédérale prévoit un minimum, que complète, au Québec, l'article 570 *C.c.Q.*

On doit considérer que l'article 16(5) de la *Loi sur le divorce* ne rend pas inopérant l'article 570 *C.c.Q.* mais le complète. La province peut en effet légiférer sur l'autorité parentale et l'article 570 est à cet égard tout à fait valide. Au surplus, il ne contredit nullement l'article 16(5) mais dit autre chose, en plus¹⁷⁹.

75. Bien sûr, on pourrait soutenir que le législateur fédéral a voulu interdire ce qu'il n'a pas expressément prévu. Ainsi, le parent privé de la garde ne pourrait participer aux décisions concernant l'enfant, celui à qui on a refusé un droit d'accès ne pourrait exercer de droit de surveillance. On accepterait alors la notion de conflit implicite, qui, en droit constitutionnel canadien, est fort critiquée.

Compte tenu du pouvoir que le parlement fédéral a de toute façon pour exclure expressément l'application de toute loi provinciale complémentaire, il vaut mieux opter pour la règle de la contradiction expresse ou encore de l'incompatibilité opérationnelle et rejeter la notion de conflit implicite¹⁸⁰.

177. *Id.*, p. 1185.

178. Voir art. 570 *C.c.Q.*

179. J.P. SÉNÉCAL, *Divorce : La nouvelle loi et les nouvelles règles*, Montréal, Formation Permanente, Barreau du Québec, 1986, p. 48.

180. F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 338.

Et le professeur Hogg ajoute :

Only express contradiction suffices to invoke the paramountcy doctrine. A provincial law that is supplementary or duplicative of a federal law is not deemed to be inconsistent with the federal law¹⁸¹.

76. À défaut d'une disposition de la loi fédérale précisant le contraire, « le parent non gardien conserve [donc] au Québec le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de son enfant »¹⁸², de même qu'un droit de participation. Il demeure titulaire de l'autorité parentale. Ceci signifie cependant que l'ordonnance de garde rendue en vertu de la *Loi de 1985 sur le divorce* n'a pas, au Québec, le même effet que dans les autres provinces canadiennes. Est-ce acceptable?

2. L'unité d'interprétation

77. Le juge Gomery, de la Cour supérieure du Québec, prétend dans l'affaire *Droit de la famille — 301* qu'on ne doit pas « envisager une interprétation d'une loi fédérale au Québec qui est différente de l'interprétation à y donner dans les autres provinces »¹⁸³. Cette affirmation est, elle aussi, contestable.

78. Une loi fédérale a généralement le même effet partout au Canada. Dans certains cas, il est cependant possible, et parfois même souhaitable, qu'elle soit interprétée différemment. Ces différences témoignent alors de l'existence au Canada de deux systèmes juridiques¹⁸⁴. De plus, il est faux de croire que le législateur fédéral fait uniquement référence à des concepts de common law et ignore les notions de droit civil. L'alinéa 8(2)c) de la *Loi sur les langues officielles*¹⁸⁵, « consacre d'ailleurs le principe de dualité droit civil — common law. Il permet au rédacteur d'une loi fédérale de faire usage, dans une version, d'un terme consacré en common law et dans l'autre d'un terme ayant un sens précis en droit civil. Ainsi la version anglaise reçoit application dans les provinces de common law et la version française au Québec »¹⁸⁶. Cet

181. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, p. 354.

182. M. PROVOST, *loc. cit.*, *supra*, note 144, p. 213.

183. *Droit de la famille — 301*, (C.S.), *supra*, note 17.

184. P.A. CÔTÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 176, p. 1183, lire aussi R.M. BEAUPRÉ, *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, p. 166.

185. *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. O-2.

186. P.A. CÔTÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 176, p. 1183. Voir aussi les propos du juge PIGEON, dans l'affaire *Sous-ministre du Revenu (Qué.) c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, pp. 41-42. « On touche ici à un problème majeur dans l'interprétation de la législation fédérale et il convient pour bien en juger de s'arrêter un instant à considérer la difficulté de

article n'apparaîtra plus dans la nouvelle loi sur les langues officielles¹⁸⁷. Le principe qu'il énonce demeurera tout de même valable : « Il faut que la loi fédérale ait le même effet partout au Canada sous réserve de la nécessité de respecter la dualité juridique canadienne : cette nécessité peut justifier une rédaction bi-juridique et donc la rupture de l'uniformité de principe¹⁸⁸. » Il est donc possible que la *Loi sur le divorce* fasse référence à la fois au concept de *custody* et à la notion civiliste de garde.

79. Non seulement cela est-il possible, mais on peut même le supposer. En effet, ajoute le professeur Côté, « le rédacteur de la *Loi de 1985 sur le divorce* connaissait les dispositions du *Code civil du Québec* relatives à l'autorité parentale, à la garde et aux effets que le Code attribue au divorce à l'égard de l'autorité parentale »¹⁸⁹. Or, « le rédacteur d'un texte compose habituellement celui-ci de manière à ce qu'il s'intègre harmonieusement dans le droit existant : il n'est pas présumé avoir voulu le modifier au-delà de ce qui est exprimé »¹⁹⁰.

80. Le législateur a-t-il indiqué son intention de modifier les règles actuelles du droit québécois en matière de garde et d'autorité parentale? Absolument pas. Comme nous l'avons vu précédemment¹⁹¹, la version française de la *Loi de 1985 sur le divorce* ne s'oppose pas au concept civiliste de la garde. La différence entre les versions anglaise et française, soulignée par le professeur Côté, démontre plutôt

[...] que le rédacteur de la version française s'est montré conscient des particularités du droit québécois et a rédigé de manière à la respecter. [...] Le droit de surveillance du parent non gardien que consacre l'article 570 C.c.Q. n'est pas [non plus] expressément exclu par la rédaction française. Cela tendrait à confirmer qu'il subsiste en vertu du principe à l'encontre de dérogations au système général de droit¹⁹².

81. Même prononcée dans le cadre d'un divorce, l'ordonnance de garde a donc au Québec les effets prévus par le *Code civil du Québec*. « Le parent qui voit la garde de son enfant confiée à un autre [...] retient toujours le droit de participer [aux décisions importantes affectant la vie de l'enfant]¹⁹³. » L'ordonnance de garde conjointe est donc en principe inutile. L'objectif qu'elle poursuit est en effet déjà atteint.

la tâche des rédacteurs de ces lois. Ils doivent non seulement aborder un texte législatif dans les deux langues mais aussi le plus souvent le faire en fonction de deux systèmes juridiques différents, le droit civil au Québec et la common law des autres provinces. »

187. *Loi concernant le statut et l'usage des langues officielles du Canada*, S.C. 1988, c. 38 ; non en vigueur.

188. P.A. CÔTÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 176, pp. 1183-1184.

189. *Id.*, p. 1184.

190. *Ibid.*

191. *Supra*, par. 71.

192. P.A. CÔTÉ, *loc. cit.*, *supra*, note 176, p. 1185.

193. *Droit de la famille* — 301, (C.S.), *supra*, note 17.

82. On reprochera sans doute à cette position de ne pas être réaliste. Il est vrai que celui qui vit avec l'enfant prend habituellement toutes les décisions le concernant. Cela peut être dû à un esprit de vengeance, mais il peut en être ainsi tout simplement par souci d'efficacité ou parce que l'autre parent se désintéresse de l'enfant. La façon dont se vit habituellement l'après-divorce n'altère toutefois en rien les droits conférés à chacun des parents par le droit civil. De plus, l'ordonnance de garde conjointe, dans sa forme habituelle, ne change rien à cette réalité. Elle n'apporte aucune solution au problème. En effet là aussi, « l'exercice de l'autorité [de celui qui ne vit pas avec l'enfant] est paralysé par l'éloignement »¹⁹⁴. Seule l'ordonnance de garde partagée favorise les contacts entre l'enfant et ses parents et paraît donc, dans certains cas, opportune.

CONCLUSION

83. En common law, la garde conjointe évite qu'un parent puisse décider seul de l'avenir de l'enfant. Bien sûr, elle ne garantit pas la coopération des père et mère. Mais si l'un d'entre eux prend seul une décision à laquelle s'oppose l'autre, ce dernier pourra saisir le tribunal du différend.

84. En droit français, jusqu'à tout récemment, l'ordonnance de garde conjointe permettait aussi de répartir entre les parents l'exercice de l'autorité parentale. Le parent non gardien avait déjà un droit de surveillance; la garde conjointe l'autorisait cependant, du moins en principe, à participer aux prises de décision.

85. Au Québec, l'observation de la réalité, l'influence des droits étrangers et l'abondance de la littérature en faveur de la garde conjointe ont convaincu certains, à tort, de la nécessité de cette notion. Peut-on croire qu'on découvrira un jour son inutilité?

La Cour suprême, en condamnant, en droit québécois, la distinction garde légale/garde physique, a créé un certain malaise¹⁹⁵. L'ordonnance de garde conjointe distingue en effet la garde physique, confiée à l'un des parents, et la garde légale, attribuée à chacun des père et mère. Sans cette distinction, évidemment, l'expression n'a plus de sens. On suggère de la remplacer par le terme : « exercice conjoint de l'autorité parentale ». Une telle substitution est souhaitable car elle fera peut-être réaliser l'inutilité de la notion. Pourquoi ordonner l'exercice conjoint de l'autorité parentale si celui-ci survit à l'ordonnance exclusive de garde?

194. J. PINEAU, *op. cit.*, *supra*, note 30, p. 175.

195. Dans l'affaire précitée, *T.V.-F. et D.F. c. G.C.*, *supra*, note 30.

86. Mais, il faut être réaliste. « C'est l'usage plus que la raison, qui donne leur sens aux mots »¹⁹⁶, écrivait récemment le juge Mayrand :

Malgré qu'elle déplaie, l'expression garde conjointe occupe déjà la place ; la bataille qu'on pourrait lui livrer est peut-être perdue à l'avance, parce que trop tardive¹⁹⁷.

87. De plus, l'ordonnance de garde conjointe, bien souvent, reconforte les parents. Elle transpose, sur le plan légal, la situation désirée et vécue par les parties ou dicte une conduite à suivre. Cet avantage suffira probablement à assurer sa survie.

On pardonnera à la garde conjointe d'être une expression [et même une notion] malheureuse pourvu qu'elle fasse des heureux¹⁹⁸.

88. Il importe toutefois de dénoncer et la terminologie employée et la pseudo-utilité de la notion en droit québécois. En plus d'éviter les confusions, cela permet de saisir ce qui souvent modèle le droit : l'influence des droits étrangers, l'impact de la pratique et la force de certaines réclamations.

196. A. MAYRAND, *loc. cit.*, *supra*, note 3, p. 223.

197. *Ibid.*

198. *Id.*, p. 224.