

CONCOURS DE RÉDACTION DU LRIDE 2017-2018

LA GARDE PARTAGÉE DES ENFANTS EN MATIÈRE FAMILIALE : L'UTOPIE  
DE LA PENSÉE MAGIQUE DES TRIBUNAUX

Léonie Bordeleau

REVUE CANADIENNE DE DROIT

LE 15 MAI 2018

## TABLE DES MATIÈRES

<b>1. Introduction.....</b>	<b>3</b>
<b>2. La motivation des juges à favoriser la garde partagée .....</b>	<b>4</b>
2.1 Les critères d'octroi de la garde partagée selon la jurisprudence récente ...	6
2.2 La « pensée magique » des tribunaux.....	7
<b>3. La présomption de l'intérêt de l'enfant :.....</b>	<b>10</b>
3.1 Les effets bénéfiques de la garde partagée sur les enfants ; réalité ou fiction? .....	12
3.2 L'âge des enfants et la présomption d'intérêt : .....	14
3.3 La nuance entre le désir de l'enfant et son meilleur intérêt :.....	16
<b>4. L'impact du conflit des parents et son influence quant aux décisions rendues par les tribunaux :.....</b>	<b>17</b>
4.1 Les conséquences du conflit des parents sur les enfants :.....	18
4.2 Le manque de communication et la difficulté de communications des parents ;.....	20
<b>5. Conclusion : .....</b>	<b>23</b>

## La garde partagée des enfants en matière familiale : l'utopie de la pensée magique des tribunaux

### 1. Introduction

Le portrait du droit familial a changé considérablement depuis de nombreuses années de par l'évolution de nos mœurs au sein de notre société. Notamment, quant à la garde partagée, la jurisprudence s'est métamorphosée en une tendance plutôt mitigée. Entre les années 1920 et 1975, les tribunaux privilégiaient la garde exclusive des enfants à la mère, elle qui était souvent femme au foyer. Les tribunaux pensaient également que les enfants avaient un besoin essentiel de cette éducation maternelle afin de bien se développer socialement et émotionnellement.<sup>1</sup> Pourtant, au fil des ans, cette mentalité s'est peu à peu transformée puisque nous vivons désormais dans une réalité où hommes et femmes se côtoient naturellement sur le marché du travail. Nous sommes passés d'une garde exclusive quasi-assurée à la mère, à la garde basée sur le critère de figure parentale, favorisant majoritairement la figure maternelle, pour finalement aboutir à la garde découlant du critère de parent de référence.<sup>2</sup> De nos jours, les tribunaux semblent avoir adopté une approche relativement consensuelle qui dicte que la garde partagée soit pratiquement rendue la norme, tandis que la garde exclusive de l'enfant, l'exception.

Bien que cette tendance soit de plus en plus courante, les tribunaux doivent demeurer vigilants et ne pas faire fi de l'unicité des besoins de chaque enfant. Au-

---

<sup>1</sup> Michel Tétrault, *La garde partagée et les tribunaux ; une option ou la solution?* Cowansville, Yvon Blais, 2006, à la page 1, [Tétrault].

<sup>2</sup> Ibid.

delà des tendances consensuelles, il est impératif de les protéger en gardant à l'esprit que chacun de ces derniers a un contexte, des besoins et des intérêts qui lui sont propres. Certes, plusieurs experts en la matière diront que la garde partagée est la solution miracle afin de préserver la paix psychologique de l'enfant, alors que d'autres, faisant usage d'une approche plus personnalisée, au cas par cas, relèveront des failles à ce concept appliqué de manière plutôt littérale. Il faut réellement se poser les questions suivantes, à savoir s'il est réaliste et bénéfique d'opter pour la garde partagée dans l'éventualité où il y a présence de conflits parentaux particulièrement sévères. De plus, il faut s'interroger à savoir si la garde partagée est devenue, à ce jour, une présomption d'intérêt de l'enfant. Et finalement, les enfants sont-ils des victimes de cette nouvelle tendance, ou en ressortent-ils gagnants? Voilà des questions qui nécessitent une méticuleuse réflexion et qui seront traitées dans ce travail de recherche.

## **2. La motivation des juges à favoriser la garde partagée**

Tel que mentionné antérieurement, les juges des tribunaux de la chambre de la famille favorisent à ce jour la garde partagée des enfants au détriment de toutes autres modalités de garde depuis déjà dix ans<sup>3</sup>. Bien que notre société évolutive soit un effet direct de ce changement de norme, maintes autres raisons ont convaincu plusieurs juges d'adopter cette nouvelle tendance juridique. Entre autres, les juges considèrent cette modalité de garde comme étant une solution qui favorise le maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents. La garde

---

<sup>3</sup> Ibid., à la page VII.

partagée semble en effet favoriser un lien d'attachement et un modèle parental plus fort entre l'enfant et ses deux parents.<sup>4</sup> En principe, cette modalité de garde engendre une panoplie d'autres effets bénéfiques. Elle contribue à réduire le stress économique pour les parents, à rendre plus égalitaire la supervision de l'éducation des enfants en plus de donner un meilleur support moral pour tous. À première vue, la garde partagée semble être une solution simple et efficace.

De plus, l'on remarque un nouveau courant jurisprudentiel et d'expertise à l'effet que la garde partagée peut s'avérer être un outil de stabilité chez les enfants. Par exemple, dans l'arrêt *D. (M.-C.) c. Du. (S.)*<sup>5</sup>, le juge de cette affaire énonce qu'un enfant a un grand besoin d'aimer ses deux parents et qu'il faut non pas prendre en considération les besoins et désirs des parents, mais bien celui de l'intérêt de l'enfant.<sup>6</sup> À la lumière des faits, bien que la mère de l'enfant se soit opposée catégoriquement au changement de garde demandé par le père pour une garde partagée, le tribunal a préféré octroyer la garde partagée car il résultait du désir profond de l'enfant ainsi que de sa stabilité personnelle.<sup>7</sup>

Bien qu'il soit de notoriété publique que de savoir que l'enfant a, en général, besoin d'entretenir une relation saine et équilibrée avec ses deux parents<sup>8</sup>, ce concept n'est toutefois pas absolu et c'est probablement à tort que certains juges aient un préjugé favorable envers la garde partagée. Par exemple, dans la décision *P. (V.) c. S. (G.)*, le juge a conclu qu'a priori, la garde partagée s'imposait

---

<sup>4</sup> Ibid. à la page 4.

<sup>5</sup> *D. (M.-C.) c. Du. (S.)*, 2001 CanLII 24639 (QC CS), EYB 2001-30135, [*D. (M.-C.) c. Du. (S.)*].

<sup>6</sup> Ibid., au para 10.

<sup>7</sup> Ibid., au para 17.

<sup>8</sup> Ibid., au para 11 et 32.

à moins que la partie adverse ne s'y oppose et qu'elle démontre par prépondérance de probabilités que l'intérêt de l'enfant en soit autrement.<sup>9</sup> Ce genre de décision atteste clairement de l'état actuel du droit en matière de modalités de garde auquel nous faisons face ; ce préjugé favorable est-il réellement bénéfique ? Nous y reviendrons plus loin.

## **2.1 Les critères d'octroi de la garde partagée selon la jurisprudence récente**

Bien que la garde partagée puisse être bénéfique dans un contexte favorable et qu'elle puisse motiver les juges à opter pour cette tendance, cette dernière doit répondre à certains critères qui ont été énoncés dans l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Droit de la famille-3123*<sup>10</sup> en 1998. Dans cette affaire, le juge énonce une liste de critères non-exhaustive tels l'intérêt de l'enfant, la stabilité, la capacité des parents de communiquer entre eux, la proximité des résidences ainsi que l'absence de conflit entre les parents.<sup>11</sup> On énonce dans cette affaire l'importance du critère de la communication entre les parents ainsi que de l'absence de conflits.<sup>12</sup> À titre d'exemple, en 1998, comme en témoigne le nombre plus important de garde exclusive et des modalités de garde autres que la garde partagée<sup>13</sup>, la position des juges semblait davantage infléchie par ces critères de communication et de conflits.

---

<sup>9</sup> *P. (V.) c. S. (G.)* 2000 CanLII 28944 (QC CA), 200-09-003235-006.

<sup>10</sup> *Droit de la famille - 3123*, 1998 CanLII 13136 (QC CA), aux pages 8 à 12, [*Droit de la famille-3083*].

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, aux pages 10 et 11.

<sup>13</sup> *Droit de la famille - 301*, 1987 CanLII 876 (QC CA), [*Droit de la famille-301*].

De nos jours cependant, ces critères sont interprétés de plus en plus minimalement. En effet, le critère du manque et difficulté de communication, ainsi que le critère de l'absence de conflits ne sont plus des motifs aussi contraignants qu'ils l'étaient auparavant pour empêcher la garde partagée.<sup>14</sup> Tel que nous le verrons, certains juges se sont permis de passer outre des conflits parentaux de très grande importance afin d'octroyer une garde partagée au détriment de bien être réel des enfants, allant au point d'impacter négativement la vie de ceux-ci.

En plus de cette liste de critères, les tribunaux doivent désormais chercher au regard de l'ensemble des faits prouvés un arrangement favorisant le plus de contacts entre l'enfant et chacun de ses parents.<sup>15</sup> Le tout doit être compatible avec l'intérêt de l'enfant. La jurisprudence reconnaît qu'en théorie, à moins de circonstances particulières, la garde partagée doit être envisagée en présence de deux parents dotés de compétences parentales équivalentes.<sup>16</sup> Cette nouvelle pensée est-elle révolutionnaire et réaliste ou n'est-elle pas plutôt utopique ?

## **2.2 La « pensée magique » des tribunaux**

Le vœu des tribunaux est simple ; ils souhaitent que le conflit familial s'estompe et ordonnent la garde partagée avec cette idéologie en tête<sup>17</sup>. Toutefois, nombreuses sont les jurisprudences qui démontrent un réel problème face à des attributions peu étoffées de garde partagée. Les auteurs de doctrine s'entendent pour dire que certains juges ont un préjugé favorable à l'égard de cette modalité

---

<sup>14</sup> *Droit de la famille - 3237*, B.E. 99BE-210 (C.S.), à la page 6 ; *Droit de la famille - 2419*, 1996 RDF. 355.

<sup>15</sup> Marie Christine Kirouack et al, *Développements récents en droit familial : Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol 273, Montréal, Yvon Blais, 2007 à la page 731, [Kirouack].

<sup>16</sup> *É.R. c. C.G.*, 2006 QCCS 4955 (CanLII), à la page 3, [*É.R. c. C.G.*].

<sup>17</sup> Kirouack, *supra* note 15 à la page 744.

de garde.<sup>18</sup> Trop souvent, cette idéologie utopique place les enfants en plein milieu d'un champ de bataille qui n'est pas de leur ressort. Selon l'auteur Michel Tétrault, l'octroi d'une garde exclusive à l'un des parents pourrait activement atténuer les effets des dissensions importantes du conflit entre les deux parents.<sup>19</sup> Pourtant, leur pensée magique ne va pas du tout en ce sens.

L'affaire *E.R. c. C.G.* illustre bien les problèmes potentiels associés à la pensée magique des tribunaux. Dans ce cas, le juge a accordé une garde partagée dans un contexte de violence; le père avait fait signer à la mère une convention établissant une garde partagée de leur enfant et ce, sous la contrainte et la menace.<sup>20</sup> De plus, la Direction de la protection de la jeunesse « DPJ », a reçu quelque temps plus tard, un signalement concernant un climat de violence inter familial.<sup>21</sup> Le rapport d'expertise ordonné par le tribunal mentionnait qu'il n'y avait pas de problèmes sérieux au niveau des capacités parentales des parents et qu'ils étaient tous deux aptes à s'occuper de l'enfant. La cour n'en était pas complètement convaincue puisqu'en l'espèce, les deux parents consommaient du cannabis et aucune communication entre ces derniers n'était disponible, même que le père pouvait devenir violent et agressif lorsqu'il communiquait avec la mère.<sup>22</sup> Il y avait également une action pendante en cour criminelle pour menaces de morts et lésions entre ces deux acteurs.<sup>23</sup> De plus, la preuve démontrait que

---

<sup>18</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 49, au para 4.1.

<sup>19</sup> Kirouack, *supra* note 15, à la page 745.

<sup>20</sup> *É.R. c. C.G.*, *supra* note 16, à la page 2.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*, à la page 5.

<sup>23</sup> *Ibid.*

l'enfant était très bien chez sa mère avant la demande de garde du père.<sup>24</sup> De l'avis du tribunal, ce volet du présent dossier n'était pas non plus fatal à l'octroi d'une garde partagée car lorsqu'il s'agissait de l'intérêt de l'enfant, ils étaient capables de communiquer, semblait-il.<sup>25</sup> Toutefois, la perspective d'impliquer un enfant au sein d'un conflit d'une telle ampleur n'est fort probablement pas de nature à assurer chez lui un cheminement serein et épanouissant, sans compter les risques potentiels y étant inhérents. Il s'agit ici d'un réel problème et à la lumière des faits, il est raisonnable de croire dans ce cas-ci qu'une garde partagée, bien que chacun des parents soit « capable » de s'occuper de l'enfant, ne soit pas bénéfique et indiquée à ce moment précis de sa vie. Les tribunaux se bercent parfois d'illusions, en pensant que des conflits de la sorte se résorberont grâce à une garde partagée.

La Cour d'appel, dans l'affaire *Droit de la famille – 301*, s'est aussi prononcée sur la possibilité de contraindre les parties à une garde partagée.<sup>26</sup> La cour a conclu que cette solution était envisageable même si l'un des parents refusait la garde partagée, pourvu que cette garde ait des chances de réussir.<sup>27</sup> Il semble toutefois illogique d'octroyer une garde partagée sachant que l'un des parents ne veut pas investir son temps et qu'il s'y objecte.

---

<sup>24</sup> *É.R. c. C.G.*, *supra* note 16, au para 16.

<sup>25</sup> *Ibid.*, à la page 5.

<sup>26</sup> *Droit de la famille-301*, *supra* note 13, à la page 13. ; Michel Tétrault, « La garde partagée : de la légende urbaine à la réalité », (2004), Barreau du Québec - Service de formation continue, « <http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende.pdf> » à la page 452, [Tétrault].

<sup>27</sup> *Ibid.*, à la page 452

Somme toute, ce phénomène de la pensée magique ou d'optimisme anime nos tribunaux québécois de plus en plus<sup>28</sup> et malheureusement, au cours des années, le seuil à remplir pour satisfaire chacun des critères de garde partagée est devenu de plus en plus minime, possiblement au détriment du réel intérêt de l'enfant et de son bien-être.

### **3. La présomption de l'intérêt de l'enfant :**

L'intérêt de l'enfant est devenu avec les années, en droit civil québécois, la pierre angulaire des décisions prises à son endroit.<sup>29</sup> En 1980, la réforme du droit de la famille a été mise de l'avant par l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*<sup>30</sup>. Le chapitre 39 de cette loi a été consacré au critère de l'intérêt de l'enfant. Le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le Code civil du Québec.<sup>31</sup> Avec l'avènement de tous ces changements concernant les modalités de garde, est-ce que la garde partagée est désormais devenue une présomption quasi irréfragable de l'intérêt de l'enfant?

Il faut comprendre que malheureusement, les présomptions créent parfois un effet pervers car elles permettent des raccourcis ainsi qu'un relâchement intellectuel quant à la preuve et la décision à rendre. Certaines jurisprudences<sup>32</sup> sont à l'effet que non, il n'y a pas de présomption d'aucune forme de garde en tant

---

<sup>28</sup> Kirouack, *supra* note 15, à la page 748.

<sup>29</sup> Mireille D.-Castelli, Dominique Goubau, *Précis de droit de la famille*, Québec, Les Presses de l'université Laval, 2000, à la page 222

<sup>30</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, chap. 39.

<sup>31</sup> *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 RCS 108, 1996 CanLII 192 (CSC), au para 80.

<sup>32</sup> *T.L c. L.A.P.*, J.E. 2002-1937, REJB 2002-34955 (C.A.), 500-09-010867, [*TL c. L.A.P.*] ; *R. (M.-F.) c. T. (P.)*, C.S.Q. 200-12-071132-048, EYB 2006-101789 (C.S.) ; *G. (T.P.) c. M. (D.)*, 500-09-010867-018.

que tel et donc, aucune forme de présomption de l'intérêt de l'enfant. Par exemple, dans l'arrêt *T.L c. L.A.P.*<sup>33</sup>, la cour énonce que toutes les décisions en matière du partage du temps de vie de l'enfant demeurent un cas d'espèce et aucune forme d'arrangement ne doit être privilégié à priori.<sup>34</sup>

Cependant, de plus en plus, lorsque les facteurs des critères de garde partagée sont établis, allié du principe selon lequel le tribunal doit chercher l'arrangement qui permet le plus d'accès entre l'enfant et ses parents, cette modalité est de plus en plus privilégiée.<sup>35</sup> La jurisprudence est donc majoritairement à « l'effet que la garde partagée soit ordonnée sans même que ne soit réellement soupesé en quoi, cette modalité de garde répond au meilleur intérêt de l'enfant en cause, et ce, quelles que soient les difficultés qui existent par ailleurs au dossier en regard d'un tel modèle de garde »<sup>36</sup>.

Est-il nécessairement une bonne chose, qu'en tout temps, les enfants soient le plus souvent que possible avec leurs deux parents? Encore là, semble-t-il que chaque cas soit un cas d'espèce, et les tribunaux ne devraient pas s'arrêter à cette idéologie pour octroyer une garde partagée. De l'avis de Michel Tétrault, « rien ne démontre que le principe de la maximisation des contacts d'un enfant doit mener à une division mathématique en parts égales dans toutes les situations, sans plus d'interrogation sur le vécu des enfants et des parties avant la rupture »<sup>37</sup>.

Il serait alors erroné de dire que l'intérêt de l'enfant équivaut à une garde partagée

---

<sup>33</sup> *TL c. L.A.P.*, *supra* note 32.

<sup>34</sup> *Ibid.*, au para 41.

<sup>35</sup> *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c C-3 (2<sup>e</sup> supp), à l'art 16 (10).

<sup>36</sup> Marie Christine Kirouack, Sylvie Schirm, *La garde partagée : les « pour » et les « contre*, Montréal, Yvon Blais, 2012, à la page 12, [Kirouack].

<sup>37</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 49, au para 4.1.

; il faut aller au-delà de cette pensée car chaque enfant est unique et chaque situation familiale ne se ressemble pas. Dire alors qu'une garde partagée est plus bénéfique qu'une autre modalité de garde est utopique car chaque cas reste un cas d'espèce.

### **3.1 Les effets bénéfiques de la garde partagée sur les enfants ; réalité ou fiction?**

Bien que sur papier il soit démontré par certains experts des effets bénéfiques que peut avoir une garde partagée, il faut s'assurer de ne pas tomber dans un préjugé favorable à cette idéalisation, mais de bien regarder la situation factuelle qui se présente devant nous. Cependant, il faut noter que la garde partagée ne fait pas l'unanimité mondialement ; en Italie, par exemple, la garde partagée n'est pas appliquée pour les enfants de bas âge et en Suisse, les tribunaux s'y oppose majoritairement.<sup>38</sup> Plus près de notre terre d'accueil, aux États-Unis, dans l'état de la Californie, cette dernière a récemment renoncé à édicter une présomption relativement à l'établissement de la garde partagée.<sup>39</sup> Le droit québécois, qui se base régulièrement sur le droit Suisse, va-t-il éventuellement se questionner plus promptement sur cet enjeu? Ceci reste à voir.

Dans l'ouvrage du professeur Dominique Goubau, certains experts se prononcent pour dire que lorsque les critères établis militent en faveur de la garde partagée, l'octroi de celle-ci serait bénéfique puisque la garde exclusive, à l'inverse, risquerait de maintenir les parents dans leur passé conflictuel et

---

<sup>38</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 20-21.

<sup>39</sup> Ibid.

problématique, alors que la garde partagée obligerait les parents à se distancer de leur conflit.<sup>40</sup> D'autres, diront que la garde partagée n'est pas la solution en présence d'un conflit car cette nouvelle ordonnance ne ferait qu'exacerber les conflits parentaux.<sup>41</sup> Logiquement, il est facile de constater qu'un conflit dans un contexte d'une séparation est un élément stressant qui engendre toutes sortes d'émotions négatives ; si les parents ne sont pas en mesure de laisser le conflit derrière eux pour le bénéfice de leurs enfants, il n'est pas non plus préférable ni bénéfique pour ces derniers qu'ils soient plongés dans ce genre de négativité. Il est irréaliste de penser qu'une garde partagée éloignera le conflit ; il faut pousser la chose beaucoup plus loin et aider les parents à consulter des spécialistes pour les aider activement à gérer leurs différends.

Dans la jurisprudence *Droit de la famille-12426*, le juge s'appuie sur les commentaires de la chercheuse Francine Cyr, selon laquelle il faut avoir une position nuancée sur la question de la garde partagée; les enfants, peu importe leur âge, ont besoin de leurs deux parents pour se développer sur le plan affectif, social et intellectuel.<sup>42</sup> Mais cela ne veut pas nécessairement dire que l'enfant a besoin d'une garde partagée pour bénéficier de l'apport de ses deux parents.

Selon Richard Cloutier, la garde partagée constitue « un arrangement dynamique à construire et à maintenir en équilibre, ajusté aux contours uniques

---

<sup>40</sup> Dominique Goubau, *La garde partagée : vague passagère ou tendance locale*, Mélanges Jean Pineau, Thémis, 2003 aux pages 109-130, et à la page 119.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> *Droit de la famille - 12426*, 200-04-020802-110, 6 février 2012, 2010 QCCS 822. ; Francine Cyr, *La garde partagée peut être plus néfaste que le divorce*, vol 11, 35 Forum, 2000.

de chaque famille réorganisée »<sup>43</sup>. Elle a un fort potentiel protecteur pour les enfants bien qu'elle pose des défis exigeants ; ainsi, l'examen de chaque situation s'impose, dans la reconnaissance des besoins différents de chaque enfant.<sup>44</sup>

Pour conclure brièvement, a priori, la garde partagée est gorgée d'effets potentiellement bénéfiques pour les enfants. Or, cette dernière ne sera pas nécessairement bénéfique en soi en présence de conflits. En effet, il est préférable, selon Michel Tétrault, pour des raisons de stabilité et de stress que peut subir l'enfant, d'envisager des modalités de garde et de prise de décisions qui limiteront l'exposition des enfants au conflit.<sup>45</sup> La garde partagée ne semble donc pas être, à première vue, une présomption de l'intérêt de l'enfant qui soit bénéfique. Au risque de se répéter, chaque cas est un cas d'espèce.

### **3.2 L'âge des enfants et la présomption d'intérêt :**

Des études démontrent que l'âge de l'enfant a une influence sur l'importance ou non d'une garde partagée en droit civil québécois. L'âge constitue donc, en quelque sorte, un facteur de présomption d'intérêt de l'enfant.

Il est cependant regrettable qu'à ce jour, peu de recherches ont été menées auprès des très jeunes enfants en lien avec la garde partagée. Il est prouvé toutefois que la séparation des parents à un très bas âge de l'enfant peut constituer un élément excessivement perturbant.<sup>46</sup> La jurisprudence s'entend sur le fait qu'un

---

<sup>43</sup> Richard Cloutier, *La famille séparée demeure la famille d'un enfant*, t 1, vol 33, Santé mentale du Québec, 2008, à la page 202.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 31.

<sup>46</sup> Sonia Lechasseur, *L'enfant et le lien d'attachement : la pierre angulaire des décisions en matière de garde, sa définition, ses composantes, son évolution*, dans *Développements récents en droit familial*, dir,

enfant de bas âge a besoin d'un environnement stable, sécuritaire et régulier car il est plus vulnérable aux changements et déplacements dans sa vie quotidienne.<sup>47</sup> L'auteur Michel Tétrault mentionne que ce n'est pas à l'enfant à s'adapter à la réalité de notre société mais c'est plutôt à nous de permettre aux enfants en bas âge qu'ils s'adaptent à leurs besoins prioritaires et ainsi, de retarder l'octroi d'une potentielle garde partagée.<sup>48</sup> Plus l'enfant est jeune, moins il sera bénéfique, à priori, d'octroyer une garde partagée à ce dernier.

Le docteur Rodrigue Otis offre, dans son ouvrage<sup>49</sup>, des balises selon l'âge des enfants concernant la modalité de garde la plus appropriée en résumant la position des experts et des tribunaux : Pour des enfants de 3 ans et moins, les tribunaux ont tendance à octroyer la garde à la mère, en se fondant sur cette présomption qu'elle est la première figure parentale d'un enfant de cet âge. Le docteur Otis pense qu'une garde partagée est très bien envisageable si les deux parents suivent la même routine.<sup>50</sup> Si la garde partagée est impossible à obtenir, à l'âge de 4 ou 5 ans, les tribunaux tiendront compte de ce dont l'enfant a besoin : un modèle du parent de même sexe.<sup>51</sup> Dans une même perspective, entre l'âge de 6 et 12 ans, les tribunaux auront tendance à favoriser le parent de même sexe

---

Barreau du Québec - Service de la formation continue, Montréal, Yvon Blais, 2006, vol 250, page 717, à la page 27.

<sup>47</sup> *Droit de la famille- 122558*, 250-04-002727-124, 14 septembre 2012, QCCS 5135, au para 14., [*Droit de la famille-122558*].

<sup>48</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 107.

<sup>49</sup> Nathalie Bérard et Rodrigue Otis, *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation : synthèse des écrits scientifiques*, Eastman, Behaviora, 2000. ; Tétrault, *Ibid.*

<sup>50</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 117.

<sup>51</sup> *Ibid.* ; *Droit de la famille-122558*, *supra* note 47.

que l'enfant et à partir de 13 ans, ils tiendront plus compte des choix personnels de l'enfant.<sup>52</sup>

Certes, l'âge de l'enfant constitue un élément pertinent à prendre en considération lorsque les tribunaux choisissent pour ce dernier une certaine modalité de garde. Le critère de l'âge de l'enfant bénéficie donc d'une certaine présomption d'intérêt de l'enfant.

### **3.3 La nuance entre le désir de l'enfant et son meilleur intérêt :**

L'article 34 du Code civil du Québec est consacré au droit des enfants d'être entendus lorsqu'il y a un débat judiciaire les impliquants. La jurisprudence est claire à cet effet; l'opinion de l'enfant ne lie pas les tribunaux et il ne s'agit pas là d'un élément déterminant en soi.<sup>53</sup> Il est pertinent de se questionner sur ce courant jurisprudentiel. Après une étude approfondie concoctée par un expert à savoir si l'enfant n'est pas sous l'aliénation d'un parent ou encore qu'il n'agît pas par simple caprice, il serait primordial d'accorder au témoignage et au vœu de l'enfant, un poids assez important. Le désir réel d'un enfant devrait être un critère largement pris en compte puisque si l'enfant ne veut pas d'une garde partagée et veut vivre, chez un parent X pour des motifs valables, alors pourquoi le forcer et le déstabiliser contre son gré, à vivre à deux endroits, ou même à vivre avec le parent avec lequel il ne se sent pas à l'aise?

---

<sup>52</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 107-108.

<sup>53</sup> *TL c. L.A.P.*, *supra* note 32.

Toutefois, il existe une problématique liée à ce critère puisqu'il peut exister un conflit d'intérêt entre l'enfant et ses parents. L'enfant dit-il toujours ce qu'il pense réellement, ou a-t-il peur de déplaire et faire de la peine à l'un de ses parents? Quelle est alors la portée réelle des vœux des enfants? On note cependant que la jurisprudence est constante à l'effet que l'avis d'un enfant d'entre huit et onze ans doit être considéré très fortement par le tribunal, alors que celui d'un enfant de plus de douze ans apparaît être largement déterminant.<sup>54</sup>

#### **4. L'impact du conflit des parents et son influence quant aux décisions rendues par les tribunaux :**

Plusieurs conflits parentaux insoutenables sont au cœur de la réalité familiale de plusieurs individus. Un conflit, qu'il soit important ou non, est-il un motif valable à lui seul pour refuser la garde partagée? Bien que la réponse devrait être plutôt évidente, elle n'est pas si clairement définie.

Dans la décision *D. (M.-C.) c. Du. (S.)*, le tribunal a conclu que le comportement dénigrant, agressif et vexatoire de la mère envers le père de l'enfant comportait un danger réel de par cette vision négative qu'elle avait du père.<sup>55</sup> La cour était d'avis que le comportement de la mère constituait un danger pour l'enfant si aucunes mesures n'étaient prises pour assurer un meilleur équilibre dans la relation de l'enfant avec chacun des parents.<sup>56</sup> Cependant, cette affirmation alarmante du juge ne constitue qu'une simple phrase d'une décision

---

<sup>54</sup> *Droit de la famille 1883*, (1993) R.J.Q. 2709, 2711 (C.A.).

<sup>55</sup> *D. (M.-C.) c. Du. (S.)*, *supra* note 5, au para 20-25.

<sup>56</sup> *Ibid.*, au para 20.

contenant huit pages, et rien n'a été ordonné par le juge afin de remédier à cette situation qui, vraisemblablement est inquiétante. Le juge, pourtant, a conclu que le conflit entre les parents n'était pas assez grand et que les communications étaient présentes et acceptables.<sup>57</sup> D'une part, le juge s'alarme du comportement de la mère et, d'autre part, il conclut que le conflit n'est pas assez grave. Quelle est alors le seuil à atteindre pour conclure qu'un conflit est « assez » grave aux yeux de la cour pour qu'ils amènent la question plus loin ? Il est donc plutôt malaisé de constater qu'un conflit, aussi dangereux soit-il, n'est plus un critère aussi contraignant qu'il ne l'était auparavant.

#### **4.1 Les conséquences du conflit des parents sur les enfants :**

Les experts s'entendent sur cette prémisse: Les conflits entre les parents représentent la plus grande difficulté et le plus grand danger psychologique potentiel pour l'enfant.<sup>58</sup> Selon le docteur Otis, les difficultés d'adaptation de l'enfant sont davantage une question de conflits parentaux que de modalités de garde<sup>59</sup>.

Selon Michel Tétrault, il appert important de préciser trois points sur lesquels il semble y avoir consensus parmi les spécialistes: Premièrement, la présence de conflits entre les parents avant et/ou après le divorce constitue le principal élément responsable des conséquences nocives pour l'enfant à la suite

---

<sup>57</sup> Ibid., au para 33.

<sup>58</sup> Valérie Laberge, *L'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant dans les litiges de garde*, dans La revue du Barreau dir, Barreau du Québec, Montréal, Yvon Blais, 2013, aux pages 78 ss.

<sup>59</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 19.

de la séparation de ses parents.<sup>60</sup> Les experts en la matière divulguent que les problèmes d'adaptation sociale et émotionnelle chez les jeunes, sont malheureusement influencés par les conflits des parents qui résultent de leur séparation. En effet, les études démontrent que lors de conflits, les enfants peuvent devenir confus, désorganisés ou déstabilisés.<sup>61</sup> Ce faisant, il est démontré qu'une famille stable dont les parents sont séparés est préférable pour un enfant à une famille dont les deux parents sont présents mais en conflit.<sup>62</sup> Deuxièmement, dans les familles où il n'y a pas de conflit, après le trauma initial de la séparation, les enfants sont aussi bien adaptés émotionnellement que dans les familles avec deux parents<sup>63</sup>; il serait donc erroné selon cet auteur de dire que des familles séparées sont en soi nocives pour le développement des enfants. Troisièmement, à la suite d'une séparation, il est simpliste et tout à fait erroné de croire que les conséquences sont identiques pour tous les enfants.<sup>64</sup> Effectivement, tel que mentionné à plusieurs reprises dans ce texte, il est important d'attarder énormément d'importance aux besoins spécifiques de chaque enfant et de ne pas tomber dans la facilité avec une présomption positive à l'égard d'une modalité de garde.

La décision *B. (C.J.A) c. L. (R.-M.)*<sup>65</sup> énonce bien la problématique du conflit parental. Dans cette affaire, l'expertise concluait que le comportement des parents

---

<sup>60</sup> Tétrault, *supra* note 26, aux pages 446-447 et 106. ; Rodrigue Otis, *Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction de différentes modalités de garde : un relevé des écrits expérimentaux*, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, dir Développements récents en droit de la famille, Cowansville, Yvon Blais, 1995, aux pages 109 et 119.

<sup>61</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 20.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *B. (C.J.A) c. L. (R.-M.)*, C.S Saint Maurice, no 410-04-001610-016, 3 mai 2006.

était dangereux et devait changer dans le meilleur intérêt des enfants.<sup>66</sup> Étant donné que ces derniers étaient placés au beau milieu du conflit parental, l'expert craignait même des répercussions psychologiques à long terme sur les enfants.

Selon la jurisprudence *Droit de la famille – 07413*<sup>67</sup>, on insiste pour dire qu'il est primordial de maintenir dans la mesure du possible la stabilité du foyer actuel d'un enfant au détriment d'une situation incertaine qu'est le conflit, par exemple.<sup>68</sup>

#### **4.2 Le manque de communication et la difficulté de communications des parents ;**

Contrairement à la jurisprudence antérieure, celle d'aujourd'hui ne considère plus nécessairement les problèmes de communication comme un empêchement à la garde partagée<sup>69</sup> s'il existe une capacité minimale de communication entre les parents.<sup>70</sup> La raison est la suivante: les juges veulent éviter de donner tous les pouvoirs à un parent et ainsi, donner à ce dernier la possibilité de conserver une mauvaise communication afin de garder le contrôle et d'empêcher la garde partagée.<sup>71</sup> Alors comme conséquence directe, ce critère est interprété plutôt minimalement. Il est toutefois important de se rappeler que malheureusement, dans la réalité, il s'avère que les conflits ne résultent pas uniquement de la mauvaise foi d'une des parties; souvent, le conflit va bien au-

---

<sup>66</sup> Ibid., au para 6.

<sup>67</sup> *Droit de la famille - 07413*, 2007 QCCS 2800 (CanLII), 2007 QCCS2800, juge Pierre Isabelle, QCCS 2800 au para 75-76, [*Droit de la famille-07413*].

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Kirouack, *supra* note 36, à la page 21, au para 3.2.4.1.

<sup>70</sup> *G. (G.) c. J. (P.)*, 500-09-015140, 24 février 2005.

<sup>71</sup> *T.L c. L.A.P.*, *supra* note 32, au para 44.

delà de cette inquiétude qu'ont les tribunaux quant à cette potentielle mesquinerie d'un l'un envers l'autre parent.<sup>72</sup>

Plusieurs auteurs de doctrine s'entendent pour dire que lorsque la communication est insoutenable, la garde partagée n'est pas la solution miracle. Pourtant, ce critère est de moins en moins évalué de manière rigoureuse tandis que l'absence de communication fonctionnelle est un grave indicateur d'un conflit entre les parents. La jurisprudence actuelle s'entend pour dire que si il n'y a pas de consensus minimal, la garde partagée sera impossible et ne pourra bénéficier à l'enfant.<sup>73</sup> Il faut une capacité minimale de communication ou de signes concrets et positifs d'une meilleure communication entre les deux parents pour qu'une garde partagée fonctionne.<sup>74</sup>

Me Sylvie Schirm et Marie Christine Kirouack définissent ce critère plutôt comme étant un critère visant avant tout à s'assurer que la communication « effective » et « efficace » existe entre les parents.<sup>75</sup> Ce critère devrait servir à s'assurer que les parents jouent dans la même équipe et qu'ils puissent ainsi assurer leur rôle conjointement, sans que leurs différends ne rejaillissent sur leurs enfants.<sup>76</sup>

Les lignes qui suivent décrivent des décisions dans lesquelles on démontre l'importance de la communication chez les deux parents. Bien entendu, il ne s'agit

---

<sup>72</sup> A. (I.) c. B. (N.), EYB 2006-102443 au para 121.

<sup>73</sup> Kirouack, *supra* note 15, à la page 731. ; R. (S) c. B. (N.), (C.S.). Hull no 550-04-0055773-003 8 novembre 2005 juge Plouffe.

<sup>74</sup> Kirouack, *supra* note 15, à la page 731. ; *Droit de la famille 07413*, *supra* note 67.

<sup>75</sup> Kirouack, *supra* note 36, à la page 24, au para 3.2.4.3.

<sup>76</sup> *Ibid.*

pas d'un courant jurisprudentiel majoritaire étant donné cette propension ou tendance favorable à la garde partagée, mais il s'agit tout de même d'exemples probants souvent relevés et cités par de nombreux auteurs et par certains juges :

Dans *Droit de la famille - 301*, le juge a pris en considération le fait que les parents étaient en conflits et n'étaient pas capables de communication, afin de ne pas octroyer une garde partagée. Bien que le père eût un comportement extrêmement fautif à l'égard de la mère, il a tout de même obtenu la garde exclusive simplement à cause de l'intérêt de ses enfants; en effet, le principe n'est pas à l'effet que l'on récompense le parent le plus adéquat.<sup>77</sup>

Dans l'affaire *Droit de la famille – 3123*, la mère dans cette histoire contestait la décision du juge quant au changement de garde pour une garde partagée de l'enfant en invoquant entre autres le manque de communication avec son ex conjoint.<sup>78</sup> Les deux rapports d'experts dans cette cause sont contradictoires; l'un est en faveur de la garde partagée malgré les conflits et l'autre ne l'est pas.<sup>79</sup> Le juge cite ceci : « l'importance du critère de communication et de l'absence de conflit entre les parents ressort clairement de la décision de cette cour rendue à l'occasion de l'affaire *Droit de la famille – 2955*<sup>80</sup> »<sup>81</sup>.

Tel qu'en conclut Michel Tétrault, il est vrai de penser que le droit des enfants prime sur le droit des parents. Il conclut également que les juges devraient prendre les mesures raisonnables afin d'aider activement les parents à régler leurs

---

<sup>77</sup> *Droit de la famille-301*, *supra* note 13, à la page 15.

<sup>78</sup> *Droit de la famille-3083*, *supra* note 10, à la page 6.

<sup>79</sup> *Ibid.*, à la page 8.

<sup>80</sup> *Droit de la famille - 2955*, J.E. 98-746 (C.A.).

<sup>81</sup> *Droit de la famille-3083*, *supra* note 10, aux pages 10-11.

problèmes de communication pour qu'une garde partagée, si elle est souhaitée, soit fonctionnelle.<sup>82</sup>

## 5. Conclusion :

La garde partagée qui est devenue une tendance lourdement critiquée par certains, comme nous avons pu le constater, n'est pas nécessairement fondée sur une preuve scientifique. Cette pensée idéologique qu'ont les tribunaux est encore à ce jour une tendance qui ne résulte pas d'un consensus unanime en matière doctrinale et scientifique quant à ses effets bénéfiques et ses effets néfastes. Le niveau conflictuel entre les parents, tel que mentionné antérieurement, constitue le meilleur indicateur permettant de prédire si une garde partagée pourra fonctionner ou non. Est-il réellement juste pour un enfant de le jeter dans un conflit vif comme le feu, au seul motif que l'on pense, à tort ou à raison, que c'est le seul moyen pour l'enfant de créer une relation significative avec ses deux parents? Ne serait-il pas mieux d'aider les parents à passer outre leurs différends pour ainsi être en mesure de créer des liens forts et vrais avec leur(s) enfant(s)?

À titre d'exemple, si les tribunaux peuvent ordonner aux parents de ne plus fumer<sup>83</sup> dans la maison et de ne plus consommer de drogues ou d'alcool devant les enfants<sup>84</sup>, alors les tribunaux pourraient-ils aller jusqu'à ordonner la bonne conduite des parents en présence de leurs enfants, s'ils veulent absolument octroyer la garde partagée et qu'elle puisse être bénéfique pour ces derniers? Il

---

<sup>82</sup> Tétrault, *supra* note 1, à la page 40.

<sup>83</sup> *Droit de la famille - 06668*, 2006 QCCS 7821 (CanLII), au para 13.

<sup>84</sup> *Ibid.*

est vrai que l'enfant, pour plusieurs raisons énoncées plus haut, a généralement besoin d'avoir ses deux parents présents dans sa vie. Alors, tout comme la cigarette, l'alcool ou les drogues consommés par les parents peuvent être nocifs pour la santé de l'enfant tant physiquement, émotionnellement et socialement, le conflit perpétuel entre les deux parents que l'enfant aime l'est tout autant. C'est pour cette raison qu'il pourrait être grandement bénéfique si les juges pouvaient ordonner cette obligation de paix mutuelle entre les deux parents, du moins, en présence de l'enfant et ce, dans son meilleur intérêt, avec comme conséquence, le retour à une autre modalité de garde en cas de non-respect. De plus, les parents qui se séparent devraient avoir recours à de l'aide quotidienne pendant un certain temps afin d'apprendre à gérer leurs différends et apprendre à se côtoyer sous le nouvel angle de leur séparation.

Pour terminer, notons qu'au fil des ans, nos mœurs ont évolué et se sont adaptés à la réalité que l'on vit au quotidien. La garde partagée est une option favorable aujourd'hui pour plusieurs, mais lorsque les temps changeront et que nous évoluerons, la garde partagée sera peut-être une solution oui, mais une solution parmi tant d'autres, qui n'aura plus cette supériorité incomprise. La garde partagée a certes, sa place au sein du droit familial québécois, mais elle ne devrait en aucun cas, constituer une source plus fiable qu'une autre.

La beauté du droit familial réside dans le fait que chaque cas est unique en son genre et qu'aucune modalité ne pourra jamais réellement être chaussée par tous. L'innovation s'impose.

## **Bibliographie**

### **Législation**

*Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991

*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*,  
L.Q. 1980

*Loi sur le divorce*, LRC 1985, c C-3 (2e supp)

### **Jurisprudence**

*A. (I.) c. B. (N.)*, EYB 2006-102443

*B. (C.J.A) c. L. (R.-M.)*, C.S Saint Maurice, no 410-04-001610-016, 3 mai  
2006

*C. (M.) c. E. (C.)*, EYB 2005-98006 (C.A)

*D. (M.-C.) c. Du. (S.)*, 2001 CanLII 24639 (QC CS), EYB 2001-30135

*Droit de la famille - 301*, 1987 CanLII 876 (QC CA)

*Droit de la famille 1883*, (1993) R.J.Q. 2709, 2711 (C.A.)

*Droit de la famille -2419*, 1996 RDF. 355

*Droit de la famille - 2955*, J.E. 98-746 (C.A.)

*Droit de la famille - 3123*, 1998 CanLII 13136 (QC CA)

*Droit de la famille - 3237*, B.E. 99BE-210 (C.S.)

*Droit de la famille - 06668*, 2006 QCCS 7821 (CanLII)

*Droit de la famille - 07413*, 2007 QCCS 2800 (CanLII), 2007 QCCS2800,  
juge Pierre Isabelle, QCCS 2800

*Droit de la famille - 12426*, 200-04-020802-110, 6 février 2012, 2010 QCCS

*Droit de la famille*- 122558, 250-04-002727-124, 14 septembre 2012,  
QCCS 5135

*Droit de la famille* - 152423, 2015 QCCS 4508 (CanLII)

*É.R. c. C.G.*, 2006 QCCS 4955 (CanLII)

*G. (G.) c. J. (P.)*, 500-09-015140, le 24 février 2005

*L.(T.) c. L.A.P.*, 2002 CanLII 41252 (QC CA)

*G. (T.P.) c. M. (D.)*, 500-09-010867-018

*R. (M.-F.) c. T. (P.)*, C.S.Q. 200-12-071132-048, EYB 2006-101789 (C.S.)

*R. (S) c. B. (N.)*, (C.S.). Hull no 550-04-0055773-003, 8 novembre 2005,  
juge Plouffe

*P. (V.) c. S. (G.)*, 2000 CanLII 28944 (QC CA), 200-09-003235-006

*W. (V.) c. S. (D.)*, 1996 2 RCS 108, 1996 CanLII 192 (CSC)

### **Doctrine : Monographies**

Bérard Nathalie et Otis Rodrigue, *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation : synthèse des écrits scientifiques*, Eastman, Behaviora, 2000

Cloutier Richard, *La famille séparée demeure la famille d'un enfant*, t 1, vol 33, Santé mentale du Québec, 2008

Cyr Francine, *La garde partagée peut être plus néfaste que le divorce*, vol 11, 35 Forum, 2000

D.-Castelli Mirelle et Goubau Dominique, *Précis de droit de la famille*, Québec, Les Presses de l'université Laval, 2000

Goubau Dominique, *La garde partagée : vague passagère ou tendance locale*, Mélanges Jean Pineau, Thémis, 2003

Kirouack Marie Christine et al, *Développements récents en droit familial : Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol 273, Montréal, Yvon Blais, 2007

Kirouack Marie Christine et Schirm Sylvie, *La garde partagée : les « pour » et les « contre*, Montréal, Yvon Blais, 2012

Laberge Valérie, *L'interprétation du meilleur intérêt de l'enfant dans les litiges de garde*, dans La revue du Barreau dir, Barreau du Québec, Montréal, Yvon Blais, 2013

Lechasseur Sonia, *L'enfant et le lien d'attachement : la pierre angulaire des décisions en matière de garde, sa définition, ses composantes, son évolution*, dans *Développements récents en droit familial*, dir, Barreau du Québec - Service de la formation continue, Montréal, Yvon Blais, 2006

Otis Rodrigue, *Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction de différentes modalités de garde : un relevé des écrits expérimentaux*, dans *Développements récents en droit de la famille*, dir, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Montréal, Yvon Blais, 1995

Tétrault Michel, *La garde partagée et les tribunaux ; une option ou la solution?*, Cowansville, Yvon Blais, 2006

### **Doctrine : Articles**

Evertsson Lars et Nyman Charlott, « Difficultés liées à la négociation dans la recherche sur la famille: un regard sur l'organisation financière des couples suédois », (2005), 2, *Érudit*, en ligne : [Érudit.org](http://www.erudit.org) <<https://www.erudit.org/fr/revues/efg/2005-n2-efg892/010913ar/>>

Tétrault Michel, « La garde partagée : de la légende urbaine à la réalité », (2004), Barreau du Québec - Service de formation continue, <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende.pdf> >

### **Autres sources**

Leduc Louise, « La garde partagée à tout prix ? », *La Presse canadienne* (22 novembre 2013), en ligne : la presse.ca <<http://www.lapresse.ca/vivre/famille/201311/21/01-4713424-la-garde-partagee-a-tout-prix-.php>>

Statistique Canada, « Enquête sociale générale de 2011 », (2011), en ligne : statcan.gc.ca <<http://www.statcan.gc.ca/pub/89f0115x/89f0115x2013001-fra.htm>>