

LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES APRÈS UNE RUPTURE : RÔLE ET LIMITES DU DROIT

Michelle GIROUX

Volume 105, Number 1, March 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045932ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045932ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

GIROUX, M. (2003). LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES APRÈS UNE RUPTURE : RÔLE ET LIMITES DU DROIT. *Revue du notariat*, 105(1), 87–111. <https://doi.org/10.7202/1045932ar>

Article abstract

Ce texte traite du partage des responsabilités parentales après une rupture, à la lumière de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*. En utilisant l'exemple canadien, c'est-à-dire le droit civil québécois et la *Loi sur le divorce*, l'auteure traite du rôle et des limites du droit en cette matière de droit familial. Elle avance que le choix du modèle législatif est primordial pour favoriser l'idéal de partage des responsabilités parentales. À cet égard, le droit a une force symbolique indéniable. Toutefois, il a aussi ses limites. Le *Code civil du Québec* présente un modèle d'exercice conjoint de l'autorité parentale plus rapproché de l'idéal de partage égalitaire des responsabilités parentales que celui de l'actuelle *Loi sur le divorce*. Cependant, dans les faits, il n'est pas beaucoup plus effectif. En effet, il existe un écart entre l'idéal visé par la règle de droit et sa concrétisation dans les pratiques sociales. Il faut donc chercher ailleurs que dans le droit les moyens d'améliorer, dans les faits, le partage des responsabilités des parents à l'égard de leurs enfants.

LE PARTAGE DES RESPONSABILITÉS PARENTALES APRÈS UNE RUPTURE : RÔLE ET LIMITES DU DROIT

Michelle GIROUX*

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ

INTRODUCTION

- I. DROIT ET RÉALITÉ SOCIALE : UNE RENCONTRE DIFFICILE
 - A. Partage des responsabilités parentales en droit
 - B. Propositions de réforme de la *Loi sur le divorce*
 - C. Écarts entre la norme et la réalité sociale

- II. PRISE EN COMPTE DE LA RÉALITÉ SOCIALE : LE RÔLE ET LES LIMITES DU DROIT
 - A. Explications des écarts entre le droit et la réalité sociale
 - B. Rôle et limites du droit

CONCLUSION

* Professeure à la Faculté de droit, Section de droit civil, de l'Université d'Ottawa. Ce texte constitue une version remaniée d'une conférence prononcée dans le cadre du Congrès de l'Association internationale de droit de la famille, tenu à Oslo, en août 2002. L'auteure remercie la Fondation du Barreau du Québec pour son aide financière dans la réalisation d'un projet de recherche en matière d'autorité parentale, en collaboration avec la professeure Marie Pratte, dont le présent texte est issu. Elle est aussi reconnaissante envers le professeur Jacques Beaulne pour ses judicieux conseils. Toutefois, les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que l'auteure.

RÉSUMÉ

Ce texte traite du partage des responsabilités parentales après une rupture, à la lumière de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*. En utilisant l'exemple canadien, c'est-à-dire le droit civil québécois et la *Loi sur le divorce*, l'auteure traite du rôle et des limites du droit en cette matière de droit familial. Elle avance que le choix du modèle législatif est primordial pour favoriser l'idéal de partage des responsabilités parentales. À cet égard, le droit a une force symbolique indéniable. Toutefois, il a aussi ses limites. Le *Code civil du Québec* présente un modèle d'exercice conjoint de l'autorité parentale plus rapproché de l'idéal de partage égalitaire des responsabilités parentales que celui de l'actuelle *Loi sur le divorce*. Cependant, dans les faits, il n'est pas beaucoup plus effectif. En effet, il existe un écart entre l'idéal visé par la règle de droit et sa concrétisation dans les pratiques sociales. Il faut donc chercher ailleurs que dans le droit les moyens d'améliorer, dans les faits, le partage des responsabilités des parents à l'égard de leurs enfants.

INTRODUCTION

Les enfants vivent de plus en plus jeunes des situations de rupture parentale¹. Les changements sociaux provoqués par l'augmentation du nombre de divorces et de séparations et l'évolution des rapports hommes/femmes et parents/enfants expliquent le besoin de redéfinir le rôle des parents après la rupture.

Certains pays, notamment la Belgique et la France, ont entrepris de revoir leurs règles en matière de partage des responsabilités parentales. Le Canada n'échappe pas à ce vent

1 Au Canada, en 1994 et 1995, plus de 77 000 divorces ont été prononcés. Aussi, 20% des enfants nés entre 1987 et 1988 ont vu leurs parents se séparer avant d'avoir atteint l'âge de cinq ans. Pour les gens nés entre 1961 et 1963, ce n'est qu'à l'âge de 16 ans que ce pourcentage était atteint. Voir STATISTIQUES CANADA, *Divorces 1995*, cité dans PARLEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants. Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants*, Décembre 1998, p. 4. Voir aussi MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Les enfants d'abord. Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2, 2002, p. 8.

de réformes. En effet, depuis le début des années 1990, la question est discutée. Une réforme est attendue après plusieurs rapports et de nombreuses consultations publiques². Il faut, ici, noter que ce texte a été écrit avant le dépôt en première lecture du projet de loi C-22. Cela explique le peu de références y ayant trait. Dans l'hypothèse où il serait adopté, la teneur de notre propos demeurerait pertinente.

2 D'abord, en 1993, le Ministère fédéral de la justice publie un document dans lequel il dénonce les difficultés liées au partage des responsabilités parentales à la suite d'un divorce et l'impact de la législation actuelle sur les conflits et les difficultés en matière de paiement de pension alimentaire pour les enfants : MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, Mars 1993. Puis, en 1997 des modifications à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2^e suppl.), sont adoptées par la *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pension et la Loi sur la marine marchande du Canada*, L.C. 1997, c. 1 (ci-après citée *Projet de Loi C-47*). Ce dernier introduit des lignes directrices en matière de pension alimentaire pour enfants. On remet à plus tard les modifications en matière de garde et d'accès. À l'automne 1997, la question de la garde est relancée par la création d'un Comité mixte (Sénat et Chambre des communes) spécial sur la garde et le droit de visite des enfants. Ce Comité a pour mandat d'étudier les questions relatives à la garde et à l'accès. Son rapport est publié en décembre 1998 et s'intitule PARLEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants. Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit des enfants*, Décembre 1998. Dans l'esprit de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A/RES/44/25, Doc. off. AGNU c. 3, 44e sess., Doc. NU A/C.3/44/L.44 (1989); R.T. Can. 1992 n. 3 (ci-après citée *Convention*), il met en avant l'idée que la *Loi sur le divorce* L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) doit refléter davantage le principe à l'effet que les parents divorcés et leurs enfants ont le droit d'entretenir des rapports étroits et permanents et prône donc un meilleur partage des responsabilités parentales. Il réitère l'importance du principe de l'intérêt de l'enfant (recommande l'ajout d'une liste de critères) et suggère qu'on remplace les termes « garde » et « accès » par « partage des responsabilités parentales ». En mai 1999, le gouvernement formule une réponse favorable à ce rapport. Voir *Réponse du gouvernement du Canada au Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants. Stratégies de réforme*, mai 1999. Il prévoit des modifications législatives pour mai 2002 au même moment que le rapport sur les lignes directrices doit être déposé. À partir de 2000, une Enquête (focus groups) est organisée à travers le pays. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *L'intérêt de l'enfant d'abord. Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada*. Consultations fédérales, provinciales, territoriales, mars 2001. En novembre 2001, le rapport sur le résultat des consultations est publié par le Ministère de la Justice. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Droits de garde et de visite et pensions alimentaires* (à suivre...)

La Convention relative aux droits de l'enfant³ (ci-après Convention) a donné le ton à ces différentes réformes. À son article 3, elle reconnaît le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit guider dans les décisions qui le concernent. Les articles 9, 10 et 18 traitent du principe du partage des responsabilités parentales ou pour reprendre le libellé de l'art. 18 « du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assumer son développement »⁴. Ces principes mis en avant par

2 (...suite)

pour enfants au Canada. Rapport sur les consultations fédérales, provinciales, territoriales, 2001. Finalement, au printemps 2002, le MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA publie *Les enfants d'abord. Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 1 et 2. Comme son titre l'indique, le rapport ne porte que sur les Lignes directrices en matière de pension alimentaire. La réforme sur le partage des responsabilités parentales est donc à nouveau reportée. Ces documents peuvent être consultés sur le site web suivant Par la suite, en novembre 2002, un dernier rapport du Ministère de la Justice paraît, voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Rapport fédéral-provincial-territorial final sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants. L'enfant d'abord !*, 2002. Et finalement, le 10 décembre 2002, le *Projet de loi C-22. Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence*, Deuxième session, trente-septième législature, 51 Elizabeth II, 2002, est déposé devant la Chambre des Communes du Canada. Dans ce texte, les références au *Projet de loi* référeront à sa version au moment du dépôt en 1^{re} lecture.

3 La *Convention* a été signée par le Canada le 28 mai 1990, est entrée en vigueur le 2 septembre 1990, mais a été ratifiée par le Canada en décembre 1991. Décret québécois n° 1676-91, adopté le 9/12/1991, concernant la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

4 Les *paragraphes* 1 et 3 de l'art. 9 de la *Convention* se lisent comme suit :
 1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.
 3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'art.10.2 est au même effet dans le cas où les parents résident dans des États différents.

(à suivre...)

la Convention sont reconnus par un nombre sans précédent d'États, dans le contexte d'une convention internationale⁵.

Au Canada, bien qu'un consensus social semble se dessiner autour de ces principes, ils ne font toutefois pas l'unanimité. Plus particulièrement, deux groupes s'affrontent dans une lutte de pouvoirs sur la question du partage des responsabilités parentales, que certains ont même qualifié de « nouvelle guerre des sexes »⁶. D'une part, les groupes « masculinistes » revendiquent le droit de maintenir des liens avec leurs enfants après la rupture. Ils prônent l'adoption d'une présomption en faveur de la garde partagée. D'autre part, les groupes féministes répliquent que ce discours ne reflète pas la réalité. Ces derniers souhaitent une plus grande implication des pères, mais dans l'intervalle affirment que ce sont les femmes qui ont, au quotidien, le soin des enfants. Les femmes désirent plutôt l'adoption d'une présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins pour faciliter le maintien des liens privilégiés entre ce dernier et l'enfant et la prise de décisions concernant l'enfant. En ce sens, les féministes s'opposent à une présomption en faveur de la garde partagée, qu'elles jugent particulièrement dangereuse dans le contexte où il existe de la violence familiale.

4 (...suite)

L'art. 18 prévoit pour sa part :

Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents, ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.

5 Comme le mentionne un document d'information du Gouvernement canadien : Elle est l'instrument international relatif aux droits de l'homme qui a été le plus rapidement et le plus largement ratifié dans le monde entier. Cette large participation, [...] démontre clairement une volonté politique commune d'améliorer la situation des enfants.

Voir <http://untreaty.un.org/French/TreatyEvent2001/3htm>.

Voir aussi : <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/Statusfiset?OpenFrameSet>.

6 (2002) 23 (6) *Gazette des femmes* 17 à 31. La page couverture de la revue du Conseil québécois du statut de la femme titrait « Enfance partagée. Nouvelle guerre des sexes ».

Des études en sciences sociales démontrent que le maintien des relations avec les deux parents est extrêmement positif pour l'enfant, mais dans la mesure où le maintien de ces relations n'est pas chaotique ni, pire encore, violent⁷. Par ailleurs, la Convention érige en droit le maintien des relations parents/enfants. En conséquence, si un meilleur partage des responsabilités parentales est souhaitable et constitue l'idéal social à atteindre, il ne correspond pas à la réalité de toutes les familles et dans certains cas (violence familiale, par exemple), il peut même être néfaste. Alors, dans ce contexte social complexe, quel modèle législatif doit-on privilégier ? Le droit a-t-il ses limites et ont-elles été atteintes ? Y a-t-il d'autres actions à prendre ? Pour tenter de répondre à ces questions, l'exemple canadien est intéressant. En effet, une réforme de la *Loi sur le divorce* s'organise. Aussi, deux modèles législatifs différents coexistent au Canada. Au Québec, le droit civil établit la règle de l'autorité parentale conjointe et ailleurs au Canada, y compris dans la *Loi sur le divorce*, la common law privilégie le modèle de l'exercice exclusif de l'autorité parentale. Bien que les deux modèles respectent l'esprit de la Convention, ils ont une philosophie différente. L'analyse comparative de ces deux modèles est utile tant dans le cadre de la réforme canadienne que pour l'étude de l'influence de la Convention.

I. DROIT ET RÉALITÉ SOCIALE : UNE RENCONTRE DIFFICILE

Nous verrons les règles juridiques relatives au partage des responsabilités parentales au Québec et ailleurs au Canada, dans le cadre de la *Loi sur le divorce* (A). Nous expliquerons

7 Voir les études de Judith S. WALLERSTEIN, notamment Judith S. WALLERSTEIN et Joan Berlin KELLY, *Surviving the Breakup : How Children and Parents Cope with Divorce*, New York, Basic Books, 1980, Judith S. WALLERSTEIN et Sandra BLAKESLEE, *Second Chances, Men, Women and Children, A Decade After Divorce*, New York, Tichnor & Fields, 1989 et Judith S. WALLERSTEIN et Julia LEWIS, "The long-term impact of divorce on children. A first Report From a 25- Year Study" (1998) 36 *Family and Conciliation Courts Review* 368. Voir aussi l'étude québécoise de Denyse CÔTÉ, *La garde partagée : l'équité en question*, Editions du remue-ménage, 2000 et « L'équité en matière de garde parentale : l'art de l'illusion », dans Marie-Blanche TAHON et Denyse CÔTÉ, *Famille et fragmentation*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2000, p. 29.

ensuite les différentes propositions de réforme de la *Loi sur le divorce*⁸ (B). Puis, nous constaterons que si le modèle choisi a un effet sur le partage des responsabilités parentales, il a aussi ses limites (C).

A. Partage des responsabilités parentales en droit

Depuis 1977, le Québec a adopté un modèle législatif qui prévoit l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁹. En principe, les parents exercent ensemble l'autorité parentale¹⁰ de même que la tutelle légale de leur enfant¹¹. Cette situation prévaut pendant la vie commune comme après une rupture. L'un des parents pourra exercer seul l'autorité parentale dans les trois situations suivantes : le décès, la déchéance de l'autorité parentale ou l'impossibilité pour l'autre parent de manifester sa volonté¹². C'est seulement s'il existe un motif grave et si l'intérêt de l'enfant le commande que la déchéance pourra être prononcée¹³. Pour faciliter la prise de décisions dans le cas où l'un des parents « n'est pas en mesure de manifester sa volonté », le législateur a prévu une présomption selon laquelle « À l'égard des tiers de bonne foi, le père ou la mère qui accomplit seul un acte d'autorité à l'égard de l'enfant est présumé agir avec l'accord de l'autre »¹⁴.

Puisque la garde est l'un des attributs de l'autorité parentale, plusieurs modalités sont possibles en cas de rupture, notamment l'attribution de la garde exclusive à l'un des parents avec des droits de visite plus ou moins étendus à l'autre parent,

8 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1.

9 Pour plus de détails voir Michelle GIROUX, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », [1998] 77 *Canadian Bar Review* 354 et Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51.

10 Art. 599 et 600, al. 1 C.c.Q.

11 Art. 192 C.c.Q. (depuis 1994 seulement, *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64, art. 192, entré en vigueur le 01/01/94).

12 Art. 600, al. 2 C.c.Q.

13 Art. 606 C.c.Q. et *C.(G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244.

14 Art. 603 C.c.Q. L'art. 194 C.c.Q. est au même effet en matière de tutelle.

la garde partagée, etc. Il est important de noter que dans l'un ou l'autre de ces scénarios, les deux parents restent investis de l'autorité parentale¹⁵.

Dans l'hypothèse où la garde serait confiée à l'un des parents, le parent gardien a le pouvoir de prendre les décisions quotidiennes (décider des habitudes alimentaires et vestimentaires de l'enfant, des heures de sorties et de celles des devoirs, etc.) concernant l'enfant¹⁶. Toutefois, le parent non-gardien conserve son pouvoir de surveillance quant à ces décisions. Si le parent non-gardien est en désaccord avec certaines d'entre elles, il peut réagir¹⁷. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre à l'amiable, le tribunal pourra trancher¹⁸. Par ailleurs, comme le parent non-gardien demeure titulaire de l'autorité parentale, il doit participer à la prise des décisions importantes pour la vie de l'enfant (choix de l'école, éducation religieuse, soins médicaux importants, etc.¹⁹).

Cette interprétation trouve application dans toutes les situations de rupture. Son interprétation sera donc tout aussi pertinente, que la rupture prenne la forme d'un divorce ou non. Sur ce dernier point, il n'y a toutefois pas unanimité. Pour la majorité, la formulation actuelle de la *Loi sur le divorce*²⁰ permet que l'ordonnance de garde prononcée dans le cadre d'un divorce au Québec soit interprétée conformément

15 L'art. 605 C.c.Q. prévoit la règle. Il se lit comme suit :

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

16 C.(G.) c. V.-F. (T), [1987] 2 R.C.S. 244.

17 *Id.*

18 Art. 604 C.c.Q.

19 C.(G.) c. V.-F. (T), [1987] 2 R.C.S. 244. Il faut ajouter que cette interprétation n'a pas toujours fait l'unanimité, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine québécoises. Pour plus de détails, Michelle GIROUX, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », [1998] 77 *Canadian Bar Review* 354 et Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51.

20 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1.

au droit civil²¹. Pour d'autres, l'ordonnance de garde dans le contexte d'un divorce devrait être interprétée conformément à la common law, ce qui aurait un impact important²².

En effet, les conséquences de l'ordonnance de garde ne sont pas forcément les mêmes, selon qu'elle sera rendue au Québec ou dans une province de common law. En effet, alors qu'en droit civil québécois la garde est l'un des attributs de l'autorité parentale, en common law, la notion d'autorité

21 Il est généralement reconnu que les définitions de garde et d'accès prévues aux articles 2 et 16 (5) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.), permettent le respect des deux systèmes juridiques canadiens : art. 2, définition de « garde » : Sont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache ». La version anglaise prévoit : « "custody" includes care, upbringing and any other incident of custody ». Quant au terme accès, la définition se lit comme suit : « "accès" Comporte le droit de visite. Il n'y a pas de pendant du mot accès dans la version anglaise. L'article 16 complète toutefois les définitions en précisant le terme accès : « (5) [Accès] Sauf ordonnance contraire du tribunal, l'époux qui obtient un droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant. » La version anglaise, quant à elle, prévoit : « (5) [Access] Unless the court orders otherwise, a spouse who is granted access to a child of the marriage has the right to make inquiries, and to be given information, as to the health, education and welfare of the child. » Comme le souligne Marie PRATTE, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) 19 R.G.D. 525, 566 à 572, plus particulièrement, à la page 571, « [...] la version française de la *Loi de 1985 sur le divorce* ne s'oppose pas au concept civiliste de la garde. [...] Même prononcée dans le cadre d'un divorce, l'ordonnance de garde a donc au Québec les effets prévus par le *Code civil du Québec* ». Voir également Pierre-André CÔTÉ, « La *Loi de 1985 sur le divorce* et le droit civil », (1987) 47 R. du B. 1181 et Albert MAYRAND, « La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 19, aux p.29 à 31; Renée JOYAL, *Précis de droit des jeunes*, t. 1 - Le Code civil, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 76, par. 267. *Contra* : Mireille CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Sainte-Foy, P.U.L., 2000, p. 233 et 234.

22 Pour plus de détails, voir Michelle GIROUX, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », [1998] 77 *Canadian Bar Review*, 354, plus particulièrement à la page 359. Pour un bon résumé de la question, voir aussi Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Sainte-Foy, P.U.L., 2000, p. 227 à 233.

parentale, telle qu'on la connaît dans le contexte civiliste, n'existe pas. C'est l'interprétation large du concept de garde qui est généralement retenue en common law²³.

Ainsi, contrairement au droit civil québécois, en common law, la garde entraîne donc l'autorité parentale, et le parent gardien, par l'effet de cette règle, est investi de tous les pouvoirs décisionnels concernant l'enfant²⁴. Cela n'empêche pas le tribunal de common law de décider autrement en ayant recours au concept de garde conjointe pour permettre au parent ne résidant pas avec son enfant de participer aux décisions qui concernent celui-ci.

Le droit canadien présente donc deux modèles de partage des responsabilités parentales. Ces deux modèles sont généralement respectueux des principes mis en avant par la Convention²⁵. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant y occupe une place privilégiée puisque, lors de l'attribution de la

23 Le passage suivant de l'arrêt *Young c. Young* [1993] 4 R.C.S. 3, 37 et 38 (j. L'Heureux-Dubé) (Nous soulignons), en témoigne :

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

[En common law] au sens le plus large, la garde s'apparente à la notion de tutelle et englobe l'intégralité des droits des parents ». Et c'est la notion large de garde qui prévaut. L'attribution de la garde à l'un des parents emporte la majorité des droits liés à la tutelle. (p. 39)

24 Il semble cependant que l'interprétation large de la notion de garde en common law soit remise en question ou à tout le moins atténuée. Voir notamment l'affaire *Dipper c. Dipper*, [1981] Fam. 31 (C.A. d'Eng.) et Berend HOVIUS, « The Changing Role of the Access Parent », (1993) 10 *C.F.L.Q.* 123. Voir également Nicholas BALA, « Developments in Family Law : The 1993-94 Term. The Best Interests of the Child », (1995) 6 (2d) *Sup. Ct. Law Review* 453, à la p. 459 et Dominique GOU-BAU, « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », (1996) 13 *Revue canadienne de droit familial* 11, 31.

25 C'est ce que révèle les deux rapports que le Canada a présenté au Comité des droits de l'enfant de l'ONU et la réponse du Comité des droits de l'enfant de l'ONU au premier rapport. Pour consulter ses rapports et cette (à suivre...)

garde, c'est le seul critère applicable²⁶. De plus, comme nous l'avons vu, il est possible pour les enfants de maintenir un lien avec leurs deux parents après la rupture. Toutefois, le modèle québécois semble davantage respectueux de la philosophie de partage des responsabilités parentales prévue dans la Convention. En effet, dans le *Code civil du Québec*, chaque parent a un rôle plus important à jouer, sur papier du moins, dans les soins et l'éducation à prodiguer à son enfant. Aussi, la Convention permet donc à plusieurs modèles de coexister, mais certains modèles favorisent davantage l'esprit de la Convention; c'est le cas du modèle québécois. Dans la prochaine section, nous verrons les différentes propositions de réforme faites dans le but d'améliorer le partage des responsabilités parentales dans la *Loi sur le divorce*²⁷.

B. Propositions de réforme de la *Loi sur le divorce*

Comment influencer sur le cours des choses et se rapprocher de l'idéal du partage des responsabilités parentales ? Y a-t-il un modèle législatif à privilégier ? Dans le cadre des consultations auprès de la population qui se sont tenues au Canada pendant le printemps et l'été 2001, on a demandé aux citoyens de se prononcer sur cinq options législatives dans le but de modifier la *Loi sur le divorce*²⁸. L'option 1, Conserver la terminologie actuelle, équivalait au *statu quo*, puisqu'elle correspond à ce qui existe présentement dans la *Loi sur le divorce*. L'option 2, Préciser le sens de la terminologie législative actuelle : Donner une définition large du droit

25 (...suite)
réponse, voir le site web suivant : http://www.pch.gc.ca/pdp-hrd/docs/crc/index_f.shtml. Il faut ajouter que ces rapports demeurent très généraux dans leurs énoncés et donc que la question du partage des responsabilités parentales n'y est pas analysée de façon détaillée. De plus, dans son examen suite au premier rapport canadien, le Comité des droits de l'enfant de l'ONU a notamment souligné qu'une plus grande uniformisation des règles à travers le pays était généralement souhaitable et que l'intérêt supérieur de l'enfant n'était pas toujours aussi présent qu'il le devrait dans les lois et politiques du pays.

26 Art. 33 C.c.Q., art. 16(8)(9)(10) et 17(5)(6)(10) *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1.

27 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1.

28 *Id.*

de garde, privilégiée par les féministes, précise le pouvoir décisionnel prédominant du parent gardien en ce qui a trait à l'enfant. L'option 3, Préciser le sens de la terminologie législative actuelle : Donner une définition étroite du terme droit de garde et introduire un terme et concept nouveau, la responsabilité parentale, correspond à la situation prévalant dans la législation québécoise, mis à part l'introduction du nouveau concept de responsabilité parentale, qui nécessiterait seulement un ajustement terminologique dans la législation québécoise. L'option 4, Remplacer la terminologie législative actuelle : Introduire le nouveau terme et concept de responsabilité parentale, va un peu plus loin que la précédente sur le plan terminologique. Elle remplace les termes droits de garde et de visite par le concept nouveau de responsabilité parentale et insiste sur l'importance de préciser de façon détaillée les modalités d'exercice des responsabilités parentales. Finalement, l'option 5, Remplacer la terminologie législative actuelle : Adopter une approche de « partage des responsabilités parentales »²⁹, introduit une présomption en faveur de la garde partagée. Elle est revendiquée par différents groupes de pères.

Dans le cadre de cette vaste entreprise de coopération intergouvernementale pour la réforme de la *Loi sur le divorce*³⁰, des principes directeurs ont été édictés. Parmi ces principes, l'un d'eux met l'accent sur l'importance de faire prédominer l'intérêt de l'enfant. Un autre reconnaît qu'il n'existe pas de modèle parfait qui pourrait convenir à tous les types de situations familiales. Cela est fondamental. L'importance de protéger les enfants dans les situations où il existe de la violence et des conflits fait l'objet d'un autre principe directeur. S'ajoute à ces principes celui reconnaissant l'importance du maintien des rapports parents/enfants dans le contexte d'une rupture.

Le résumé des consultations canadiennes, toutes provinces confondues, rapporte que la plupart des participants sont favorables à l'option 4 (Remplacer la terminologie législative actuelle : Introduire le nouveau terme et concept de

29 Pour une présentation de ces différentes options, voir notamment MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *L'intérêt de l'enfant d'abord. Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada*. Consultations fédérales, provinciales, territoriales, mars 2001.

30 *Id.*

responsabilité parentale), c'est-à-dire à une option similaire à celle prévalant en droit civil québécois, mis à part quelques modifications terminologiques. Cette dernière option est souple et permet la prise en compte de chaque réalité familiale dans l'organisation du partage des responsabilités parentales après la rupture. Par ailleurs, les groupes féministes ont préféré l'option 2 (garde exclusive) donnant des pouvoirs accrus au parent gardien. Ils revendiquent une présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins à l'enfant (le plus souvent la mère). Finalement, les groupes de pères insistent pour l'adoption d'une présomption en faveur de la garde partagée (option 5)³¹.

Toujours dans le cadre des consultations visant à réformer la *Loi sur le divorce*³², il est intéressant de comparer le compte rendu des consultations québécoises aux options retenues au Canada en général. À l'instar de l'opinion générale au Canada, la majorité des participants du Québec se sont montrés favorables aux options 3 (Préciser le sens de la terminologie législative actuelle : Donner une définition étroite du terme droit de garde et introduire un terme et concept nouveau, la responsabilité parentale) ou 4 (Remplacer la terminologie législative actuelle : Introduire le nouveau terme et concept de responsabilité parentale) ou à une option qui serait à mi-chemin entre ces deux dernières. Donc, le modèle préféré est assez semblable à celui qui prévaut présentement en droit civil québécois. Tout comme au Canada anglais, les groupes de pères ont opté pour le scénario 5, soit la présomption de garde partagée. Par contre, les options 1 (*statu quo*) et 2 (présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins) ont été rejetées par voie de consensus au Québec. Le fait que tous les participants québécois ont rejeté en plus grand nombre les options qui rendraient plus difficile l'implication des deux parents est assez révélateur du fait qu'ils s'entendent sur l'idée d'un partage des responsabilités parentales. Le rapport démontre que ce n'est pas aussi clair au Canada anglais, puisque pour certains, l'option 2 (présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins) y est considérée comme une solution.

31 MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Rapport fédéral, provincial, territorial final sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants au Canada, L'enfant d'abord*, 2002.

32 *Id.*

Il ressort de ce qui précède que la majorité des Canadiens consultés s'accordent pour donner une place accrue à un meilleur partage des responsabilités parentales pour le meilleur intérêt de l'enfant, mais ils ne souhaitent pas que cette formule leur soit imposée. Ils reconnaissent que l'idéal de partage n'est pas possible pour toutes les familles et qu'il ne peut être atteint que lorsque les conditions familiales de communication et de bonne entente sont présentes. Ce partage ne doit pas être imposé, mais il doit pouvoir s'organiser sans problème et sans fardeau de preuve additionnel, en tenant compte de toutes les réalités familiales, y compris des problèmes de violence, le cas échéant. Aussi, comme chaque famille a des caractéristiques différentes, l'adaptation aux différentes réalités familiales exigera de la législation une certaine souplesse. Les présomptions en faveur du principal pourvoyeur de soins ou en faveur de la garde partagée doivent être rejetées pour cette raison.

Dans le contexte des modifications à apporter à la *Loi sur le divorce*³³, les Canadiens ont donc montré un intérêt marqué pour un modèle similaire à celui existant dans le *Code civil du Québec*. À la lumière des propositions de réforme et en gardant en tête l'idéal du maintien des rapports entre parents et enfants après une rupture, prôné par la Convention, la question de l'effectivité du modèle législatif doit maintenant être soulevée³⁴. Nous verrons dans la prochaine section que le modèle législatif ne peut à lui seul solutionner ce problème de société.

C. Écarts entre la norme et la réalité sociale

Malgré la place accordée théoriquement par le droit aux deux parents dans les soins et l'éducation des enfants, tant dans le modèle québécois que dans celui de la *Loi sur le divorce*³⁵

33 *Id.*

34 La notion d'effectivité est définie comme étant le « [d]egré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit », voir A. J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 217. Voir également Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », dans (1958) VII *L'Année sociologique*, p. 3 et J. F. PERRIN, « Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme juridique ? » dans *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, p. 91.

35 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1.

lorsqu'il y a garde conjointe, cette vision ne correspond pas toujours à la réalité des pratiques sociales. L'exemple canadien illustre bien le problème d'effectivité de la règle de droit en matière de partage des responsabilités parentales ainsi que celui des limites du droit³⁶. Au Québec, certaines incertitudes découlent des divergences d'interprétation de la *Loi sur le divorce*. De plus, il faut constater qu'il existe au Québec un écart entre l'idéal visé par la règle de droit et sa concrétisation dans les pratiques sociales.

D'une part, il faut rappeler que, même en droit civil québécois, deux courants de pensée ont coexisté dans la jurisprudence et dans la doctrine sur l'ampleur des pouvoirs du parent non-gardien. L'un retenait une interprétation large de la notion de garde comme dans les provinces de common law. L'autre lui donnait plutôt une interprétation restrictive. La question n'est toujours pas parfaitement réglée³⁷. C'est en partie pour cela que le Québec est aussi très intéressé à tous les débats entourant le projet de réforme de la *Loi sur le divorce*³⁸. Un meilleur arrimage entre le droit civil québécois et la *Loi sur le divorce*³⁹ est souhaitable, et c'est d'ailleurs l'une des recommandations du Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies (ONU)⁴⁰.

36 Un auteur parle de l'écart entre le droit symbolique et le droit instrumental. En ce sens, bien que la bi-parentalité soit privilégiée en principe par les règles, leur application permet dans plusieurs situations, l'exercice de la monoparentalité. Voir Pierre NOREAU, « Construction et déconstruction du lien social en droit privé : Le cas de la monoparentalité », dans Nicholas KASIRER (dir.), *La solitude en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002.

37 Pour plus de détails, voir Dominique GOUBAU, « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », (1996) 13 *Revue canadienne de droit familial*, 11, Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Sainte-Foy, P.U.L., 2000, et tel que déjà mentionné Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille » (2001) 61 *R. du B.* 51 et Michelle GIROUX, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », [1998] 77 *Canadian Bar Review*, 354.

38 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1.

39 *Id.*

40 Voir le rapport que le Canada a présenté au Comité des droits de l'enfant de l'ONU.

D'autre part, si le droit consacre l'idée de coparentalité, dans les faits et selon les statistiques⁴¹, les ordonnances de garde partagée, modèle de partage par excellence, demeurent exceptionnelles. Elles représentent seulement 13 % des cas⁴². De plus, dans une proportion de 87 %, la garde est attribuée à l'un des parents, le plus souvent à la mère (environ 80 %). Dans le contexte québécois, il faut rappeler que la garde attribuée à la mère n'exclut pas le père de la prise des décisions importantes concernant l'enfant. Ainsi, au Québec, la coparentalité n'est pas uniquement présente lors d'une ordonnance de garde partagée. Par ailleurs, si en principe chaque parent a un rôle à jouer, le joue-t-il vraiment dans les faits ? En effet, « même lorsque le tribunal a rendu une ordonnance de garde partagée (dans environ 13 % des cas), les enfants sont toujours plus susceptibles (76 %) de vivre avec la mère, alors que 15 % d'entre eux vivent avant tout avec le père et que seulement 9 % bénéficient d'un "partage égal" entre les parents »⁴³. Aussi, seulement 40 % des parents bénéficient de droits de visite leur permettant de garder contact avec leur enfant. En réalité, de ce nombre, près de 15 % ne voient jamais leur père, tandis qu'un peu moins de 1 % ne voient jamais leur mère. En général, les parents non-gardiens (le

41 Les statistiques proviennent d'un rapport du gouvernement fédéral. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Les enfants d'abord. Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2, p. 10 et 11.

42 Encore que pour certains, ce chiffre est beaucoup trop élevé et se situerait plutôt entre 5 à 7 %. Voir Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LEBOURDAIS, *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire : Résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, Ottawa, Gouvernement du Canada, Ministère de la Justice, 1999, p. 20 et PARLEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants. Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants*, Décembre 1998, p. 4. Il faut noter que l'enquête longitudinale inclut tous les types de ruptures, pas seulement les divorces. L'union de fait est très populaire au Québec, sans compter que l'on fait face à deux systèmes juridiques différents, ce qui explique la difficulté de comparer les statistiques canadiennes à celles du Québec.

43 Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Les enfants d'abord. Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2, p. 11.

plus souvent les pères) passent très peu de temps avec leur enfant. En effet, les droits de visite ne sont pas toujours exercés comme ils le devraient⁴⁴. Il est intéressant d'ajouter que les moins bons payeurs de pension alimentaire sont les non-gardiens qui ont le moins de liens avec leur enfant⁴⁵.

Même si les statistiques canadiennes et québécoises sont difficilement comparables, selon l'Institut de la Statistique du Québec, la garde partagée est en progression⁴⁶. Elle est passée de 6 % en 1986 à près de 23 % en 2000. De plus, toujours pour l'année 2000, le pourcentage de garde attribué à la mère dans le cadre d'un divorce est de 63 % et de 14 % au père⁴⁷. Si le Québec a adopté un modèle d'exercice conjoint d'autorité parentale, il n'est pas beaucoup plus effectif que le modèle canadien. Dans les faits, la garde partagée y est encore peu répandue, quoiqu'elle soit en progression et, dans la majorité des cas, c'est encore la mère qui obtient la garde des enfants. Les relations entre l'enfant et ses deux parents après une rupture demeurent encore souvent limitées.

En conclusion de cette première partie, nous pouvons affirmer que la rencontre entre le droit et les pratiques sociales s'effectue difficilement et de façon imparfaite. Le modèle québécois, bien que plus rapproché de l'idéal visé par la Convention, ne semble pas beaucoup plus effectif. Il faut donc reconnaître que malgré le respect sur papier de la Convention, un travail reste à faire pour que l'effet utile de la Convention soit atteint. Des modifications législatives, dans le sens des options 3 ou 4 pourront certes parfaire son effet, mais il ne faut pas croire que ces mesures complèteront le travail. Que peut-on faire pour améliorer la situation et quel est le rôle de l'État à cet égard ?

44 Voir notamment PARLEMENT DU CANADA, *Pour l'amour des enfants. Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants*, Décembre 1998, p. 57.

45 Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Les enfants d'abord. Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2, p. 13.

46 Au contraire de l'enquête canadienne, celle-ci ne tient compte que des divorces, mais comptabilise le résultat des ententes à l'amiable dans le cadre de litiges, ce qui n'est pas fait au Canada anglais.

II. PRISE EN COMPTE DE LA RÉALITÉ SOCIALE : LE RÔLE ET LES LIMITES DU DROIT

Dans cette partie, nous expliquerons brièvement la raison d'être des écarts entre la norme et la réalité sociale. Puis, nous tenterons de démontrer que l'État a un rôle à jouer dans le choix d'un modèle législatif plus susceptible d'encourager le partage de l'autorité parentale ou un meilleur maintien des relations entre l'enfant et ses deux parents, lorsque souhaitable pour le meilleur intérêt de l'enfant. Toutefois, nous avançons aussi que le droit ayant ses limites, l'État doit chercher ailleurs d'autres moyens pour faire évoluer la situation. La Convention, à son article 18 (2), va d'ailleurs dans ce sens :

[...] les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.

Enfin, l'amélioration du sort des enfants, en ce qui a trait au droit qu'ils ont de maintenir des relations avec leurs parents après une rupture, est directement liée à l'évolution des mentalités dans le même sens.

A. EXPLICATIONS DES ÉCARTS ENTRE LE DROIT ET LA RÉALITÉ SOCIALE

Comment peut-on expliquer les écarts entre le principe véhiculé par la règle de droit et le résultat pratique obtenu ? Le rapport sur les consultations fédérales-provinciales-territoriales fait état de trois facteurs influençant l'implication des parents dans le soin et l'éducation des enfants après la rupture : « les parents eux-mêmes, le soutien législatif et les autres formes de soutien dont disposent les parents »⁴⁸.

47 INSTITUT DE LA STATISTIQUE DE QUÉBEC, *La situation démographique au Québec*, principalement les pages 78 et 79 : http://www.stat.gouv.qc.ca/publications/demograp/sit_demo.htm.

48 MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Rapport fédéral-provincial-territorial final sur les consultations fédérales-provinciales-territoriales sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants au Canada, L'enfant d'abord*, 2002 (nous soulignons).

Par exemple, sur le rôle de père, des recherches sociologiques québécoises font ressortir des données intéressantes. En effet, lorsqu'on regarde les comportements des pères dans la société, on se rend compte qu'une infime partie des pères seulement établit une distinction entre la relation conjugale, la relation parentale et la relation filiale⁴⁹. Pour ces « nouveaux pères », « la paternité est ressentie comme une coresponsabilité en regard des besoins et de l'épanouissement de l'enfant »⁵⁰. Pour ceux-là, il sera donc beaucoup plus facile d'assumer leur rôle quant au soin et à l'éducation des enfants après la rupture, car ils jouent déjà ce rôle au quotidien.

Cependant, d'autres types de pères démontrent des caractéristiques très différentes du « nouveau père ». On peut donc penser qu'il ne sera pas aussi facile pour eux d'assumer les responsabilités liées au soin et à l'éducation des enfants après la rupture. Trois différents types ont été identifiés :

Pour « l'homme de famille », le rapport aux enfants transite par l'existence même de l'unité familiale. [...] C'est une paternité contextualisée qui tire son sens de l'ensemble des rapports familiaux. Pour le second type, le « père téflon », le rapport aux enfants transite par l'action de la conjointe, qui constitue la figure parentale centrale de la famille et sans la présence de laquelle la paternité signifie peu de choses. [...] On compte finalement au rang des modèles de la paternité, le « père décrocheur » dont on saisit facilement l'indifférence relative par rapport à la paternité, parce qu'il y a une mère qui s'en occupe.

On comprend immédiatement que ces différents types de père sont amenés à réagir différemment à la rupture conjugale « [...] en fonction du contexte dans lequel s'est développée la relation paternelle »⁵¹.

Une autre façon d'expliquer le manque d'effectivité du droit est de rappeler une autre réalité sociale primordiale, celle de l'écart entre l'égalité formelle et l'égalité réelle entre les

49 Nous nous rapportons ici aux études d'Anne QUÉNIART et à l'utilisation qu'en fait Pierre NOREAU dans son texte sur la monoparentalité : Pierre NOREAU, « Construction et déconstruction du lien social en droit privé : le cas de la monoparentalité » dans Nicholas KASIRER (dir.), *La solitude en droit privé*, Éditions Thémis, 2002.

50 Pierre NOREAU, *id.*, p. 23.

51 *Id.*, p. 23 et 24.

hommes et les femmes⁵². La société vit présentement des transformations importantes qui nécessitent des ajustements. D'une part, les difficultés liées à la rupture du couple sont incontestables. Dans ce contexte, la notion de responsabilité du parent à l'égard de l'enfant est parfois évacuée. D'autre part, les rôles sont à redéfinir. Les femmes sont davantage sur le marché du travail que les femmes des générations précédentes. De la même façon, les pères d'aujourd'hui assument leurs responsabilités à l'égard des enfants d'une autre façon que leur père le faisait. Les débats entourant la garde partagée ont entraîné des luttes de pouvoir dont l'enfant est souvent l'enjeu. Ces luttes démontrent qu'un travail important reste à faire pour que le partage des responsabilités parentales s'effectue dans l'intérêt supérieur de l'enfant et au nom du droit de l'enfant de maintenir des liens avec ses parents. Dans ce contexte, quelles sont les forces et les limites du droit ?

B. RÔLE ET LIMITES DU DROIT

Quel est le rôle du droit dans toute cette entreprise ? Le droit est symbole, c'est l'une de ses forces⁵³ : « Il fournit à la société une définition idéale d'elle-même⁵⁴. » Dans le contexte de la réforme des règles en matière de partage des responsabilités parentales, le consensus social est celui selon lequel le partage des responsabilités parentales est le modèle idéal. Il faut donc que le modèle adopté vise cet idéal.

Cependant, puisqu'il faut reconnaître les limites du droit :

-
- 52 Voir notamment à ce sujet Marlène CANO, « Reflections on Recent Trends in the Analysis of Custody and Parental Authority in Canada », (1994) 10 *C.F.L.Q.* 269 et les écrits de l'Honorable Claire L'HEUREUX-DUBÉ, plus particulièrement, "Making Equality Work in Family Law" (1997) 14 *C.J.F.L.* 103.
- 53 Michelle GIROUX, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », [1998] 77 *Canadian Bar Review*, 354, p. 378 et 380. Voir aussi Jehane SOSSON, « Belgique » dans *The International Survey of Family Law 1996*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996 et « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », (1996) 1 *Annales de droit de Louvain* 115.
- 54 Pierre NOREAU, « Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire ? - Le cas du droit de la famille », (1999) 33 *R.J.T.* 307, 316.

[...] il faut savoir être ambitieux et modeste à la fois en mettant la force du droit au bon endroit, dans ce qu'il offre de référence plutôt que dans ce qu'il « fait exister », de manière à ce que la fiction et la réalité tiennent leur place respective. C'est la difficulté incontournable de tout législateur [...]⁵⁵.

Il faut que le modèle juridique permette les adaptations aux réalités sociales qui n'ont, par ailleurs, pas encore atteint cet idéal ou qui, peut-être, ne pourront jamais l'atteindre. C'est pourquoi nous croyons que le meilleur modèle est celui qui mise sur cet idéal, sans pour autant tomber dans l'utopie que le partage égal des responsabilités parentales soit nécessairement la panacée⁵⁶. Ainsi, les présomptions sont à éviter. D'une part, prévoir une présomption de garde partagée rendrait plus difficile la prise en compte de la réalité par le droit. Elle imposerait un fardeau de preuve additionnel au parent qui veut obtenir la garde parce que l'intérêt de l'enfant le commande. La dualité serait encore plus présente et pourrait causer plus de tort à l'enfant en raison des débats qui en résulteraient. D'autre part, l'intégration dans le droit d'une présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins équivaldrait à retenir une conception instrumentale du droit en évacuant complètement l'élément symbolique. Procéder ainsi nuirait à l'évolution des rapports sociaux parents/parents et parents/enfants⁵⁷. La souplesse de la règle est donc primordiale pour que l'enfant soit placé au centre de toutes les décisions le concernant, sans en être l'enjeu.

55 *Id.*, 325. En d'autres termes, choisir un symbole trop ambitieux (présomption en faveur de la garde partagée) risquerait de rendre le droit inefficace : « La référence à une fonction symbolique du droit semble correcte dans la mesure où l'ont retient que dans les fonctions du droit entre aussi cette symbolique, et où cette fonction ne porte pas préjudice aux autres. » Voir A.J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 219 (sur l'efficacité) et 220.

56 Voir Denyse CÔTÉ, « L'équité en matière de garde parentale : l'art de l'illusion », Éditions du Remue-ménage, 2000, p. 31. *Contra* : Pierre NOREAU, « Construction et déconstruction du lien social en droit privé : le cas de la monoparentalité », dans Nicholas KASIRER (dir.), *La solitude en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002.

57 Voir A.J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 219.

En ce sens, le modèle québécois est valable, car il ne présume pas qu'une situation familiale est préférable à une autre, tout en valorisant le partage des responsabilités parentales. C'est l'intérêt de l'enfant qui y est le seul guide dans la prise de décisions. Les débats virulents opposant les groupes « masculinistes » et féministes dans le cadre des consultations en vue d'une réforme de la *Loi sur le divorce*⁵⁸, beaucoup plus nombreux au Canada anglais qu'au Québec, démontrent que le choix du modèle législatif a certainement un impact sur le partage des responsabilités parentales, du moins sur la perception que les parties en présence ont de leur rôle. Le droit peut être amélioré. (Au Québec, il suffirait d'arrangements terminologiques mineurs. Dans la *Loi sur le divorce*⁵⁹, des changements plus importants sont requis.) De la même manière, un plus grand souci des conditions susceptibles d'améliorer l'administration de la justice (par exemple, en créant un tribunal spécialisé dans les matières familiales) ne nuirait pas.

Par ailleurs, un modèle législatif ne pourra jamais forcer l'engagement parental. Le soutien législatif est un facteur important, mais au-delà du modèle législatif, il y a les parents eux-mêmes et les intervenants : avocats, juges⁶⁰, etc.

En guise de catalyseur des changements sociaux, l'éducation des parents et des intervenants est donc essentielle. Les importantes transformations dans la vie des familles entraînent une redéfinition des rôles respectifs des parents qui ne s'opérera qu'avec le temps. Il serait notamment vital de prévoir plus largement la diffusion de l'information sur le rôle de père et de mère dans la société aujourd'hui. Plus le parent aura un rôle actif et assumera ses responsabilités à l'égard des enfants pendant la vie commune, plus le partage se

58 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1.

59 *Id.*

60 L'attitude des juges, lorsqu'ils interviennent, peut faire une différence dans l'effectivité des règles. De la même façon, leur conception de la famille et des rôles parentaux dans le soin des enfants peut influencer leur jugement. Sur ce point, voir l'étude de Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur divers aspects de la question », [2001] 61 *R. du B.* 281. Voir aussi FONDATION DU BARREAU, *Possible et actuelle, une plus grande humanisation du droit de la famille*, 1997.

concrétisera après une rupture. De la même façon, l'éducation des différents intervenants est à parfaire. D'autres mesures peuvent certainement aider : la médiation, les services d'aide psychologique, l'augmentation des centres de visites supervisées, etc. L'État a un rôle à jouer, ici aussi.

Un pas a déjà été franchi par la reconnaissance de ces besoins de changements et d'éducation dans les différents rapports et consultations liés à la réforme de la *Loi sur le divorce*⁶¹. Des mesures ont d'ailleurs déjà été mises en place, mais elles sont encore trop peu nombreuses. À titre d'exemple, mentionnons les séminaires de parentalité s'adressant aux parents, qui ont été mis sur pied au Québec. Cependant, leur accessibilité est encore trop limitée, alors qu'il serait souhaitable d'en trouver partout dans la province.

CONCLUSION

Si les modifications projetées à la *Loi sur le divorce*⁶² vont dans le sens du résultat des consultations (ce qui semble être le cas, si l'on prend en considération le projet de loi C-22⁶³), le

61 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada. Consultations fédérales, provinciales, territoriales*, mars 2001 et MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Les enfants d'abord. Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, Vol. 1 et 2.

62 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1

63 En effet, le Projet de loi C-22, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction des pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence*. Deuxième session, trente-septième législature, 51 Élisabeth II, 2002, propose de revoir la manière d'envisager les relations entre parents dans le contexte d'un divorce. En ce sens, il modifie la terminologie de l'actuelle *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1 en employant un vocabulaire plus neutre, moins conflictuel. De façon très sommaire, voyons l'essence des modifications proposées.

Le Projet de loi C-22 met en avant l'option 4 discutée dans le cadre des consultations. Voir Section I.B. Les définitions de « garde » et d'« accès » de l'article 2 (art. 1 *Projet*) sont abrogées et remplacées par celles d'« ordonnance parentale » et d'« ordonnance sur les contacts personnels ». L'article 16 de la *Loi sur le divorce* (art. 10 *Projet*) est modifié en
(à suivre...)

Canada aura évolué en ce qui concerne le partage des responsabilités parentales. Pour l'instant, le modèle québécois, en privilégiant l'exercice conjoint de l'autorité parentale, a certainement une longueur d'avance sur le modèle prévalant dans

63 (...suite)

conséquence. On s'exprime en terme « d'ordonnance prévoyant les modalités d'exercice des responsabilités parentales... ». Les paragraphes 4 et 9 de l'article 16 introduisent respectivement des définitions de « temps parental » et de « personne ayant une responsabilité parentale ». Le « temps parental s'entend de la période de temps au cours de laquelle l'enfant est confié à un époux ou à une autre personne, qu'il soit ou non physiquement avec l'époux ou la personne au cours de toute de période ». Les différents types de responsabilités parentales sont énumérées, de façon non limitative, au paragraphe 5 ainsi qu'au paragraphe 8 du nouvel article 16. Le paragraphe 8 prévoit que « sauf indication contraire du tribunal, la personne à qui est attribuée du temps parental[...] exerce exclusivement, durant ce temps, la responsabilité des décisions quotidiennes à l'égard de l'enfant ». Le paragraphe 9 prévoit quant à lui que « la responsabilité des décisions importantes concernant les soins de santé, l'éducation et l'éducation religieuse de l'enfant »(b) ainsi que « la responsabilité des décisions concernant un aspect particulier de la vie de l'enfant »(c) ainsi que les autres responsabilités non spécifiquement attribuées (d) pourront être attribuées à l'un ou l'autre des époux ou même aux deux.

Ainsi, selon le nouvel article 16 de la *Loi sur le divorce* (art. 10 *Projet*), le tribunal n'accorderait plus la garde d'un enfant à un parent et des droits d'accès à l'autre, mais il rendrait une « ordonnance prévoyant les modalités d'exercice des responsabilités parentales à l'égard de tout enfant à charge... ». Aussi, on sépare la notion de « temps parental » de celle de « responsabilité parentale ». Conformément au nouvel art. 16(5) de la *Loi sur le divorce*, le tribunal peut prononcer une ordonnance qui attribue, à un époux ou aux deux ou à un tiers du temps parental (« établi selon un programme », si nécessaire) et des responsabilités parentales, selon ce qui respecte le mieux l'intérêt de l'enfant (nouvel art. 16.2 *Loi sur le divorce*, *Projet de loi C-22, Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence*).

On peut donc constater que les modifications proposées laissent davantage de souplesse dans l'attribution des responsabilités parentales. Elles ne sont plus d'emblée l'affaire du seul parent gardien, comme dans la loi actuelle. Ceci entraîne un changement de philosophie important, surtout quand le divorce survient dans une des provinces de common law. En effet, même si la garde conjointe était possible et avec elle, le partage plus égal des responsabilités parentales, en l'absence d'ordonnance spécifique en ce sens, le fait d'avoir la garde de l'enfant entraînerait, dans ces provinces, toutes les responsabilités parentales. Notons aussi qu'aucune présomption n'a été retenue, ce qui contribue à laisser davantage de souplesse au tribunal, cas par cas, pour décider de ce qui est préférable dans l'intérêt de l'enfant.

les autres provinces canadiennes et dans l'actuelle *Loi sur le divorce*⁶⁴. Il valorise l'idéal symbolique de partage des responsabilités parentales et le maintien des rapports parents/enfants après la rupture du couple.

En tenant pour acquis qu'il n'existe pas de modèle parfait, le modèle québécois a l'avantage d'être souple en ne présumant pas, *a priori*, qu'une option de partage des responsabilités parentales est meilleure qu'une autre. L'absence de présomption, soit en faveur de la garde partagée, soit en faveur du principal pourvoyeur de soins, permet une meilleure adaptation aux différentes réalités familiales et permet l'évolution des pratiques sociales.

Par contre, examiné de plus près, le modèle législatif joue un rôle limité. L'exemple québécois démontre que l'idéal de partage des responsabilités entre les parents est difficile à atteindre. Si certains ajustements législatifs restent à faire, le droit a ses limites. Il ne pourra jamais forcer l'engagement parental. Il n'est pas suffisant de constater que les lois sont conformes à l'idéal véhiculé par la Convention. Il faut chercher ailleurs les mesures susceptibles de favoriser davantage le maintien des relations entre l'enfant et ses deux parents, toutes les fois où cela s'avérera bénéfique pour l'enfant. L'État a l'obligation de fournir des services additionnels de soutien et de formation pour les familles et les différents intervenants. Le défi est de viser non seulement la conformité des textes nationaux avec celle de l'idéal véhiculé par la Convention, mais aussi leur plus grande effectivité.

64 *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) c. 3 (2^e suppl.) telle qu'amendée par le projet de loi C-47, L.C. 1997, c. 1.