



Ministère de la Justice
Canada

Department of Justice
Canada

DOCUMENT DE RÉFÉRENCE

**RÉFORME DU DIVORCE
ET EXERCICE CONJOINT
DE L'AUTORITÉ PARENTALE**

La perspective du droit civil québécois

2000-FCY-3F

NON ÉDITÉ

Canada

Réforme du divorce et exercice conjoint de l'autorité parentale

La perspective du droit civil québécois

Préparé par :

Dominique Goubau

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

Présenté à :

La section de la famille, des enfants et des adolescents
Ministère de la Justice du Canada

*Les opinions exprimées dans le présent rapport
sont celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement
les opinions du ministère de la Justice du Canada*

Also available in English

© Dominique Goubau, 2000.

Traduit de l'anglais.

Les opinions exprimées dans ce document sont uniquement celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada.

Pour obtenir la permission de reproduire la totalité ou une partie de ce rapport, veuillez communiquer directement avec l'auteur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

Pour plus de renseignements sur ce rapport, veuillez appeler l'Équipe sur les pensions alimentaires pour enfants, ministère de la Justice du Canada, au 1-888-373-2222.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	iii
AVANT-PROPOS	ix
PARTIE I L'AUTORITÉ PARENTALE DANS LA FAMILLE UNIE : NOTION ET PRINCIPES.....	1
PARTIE II L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE POST-SÉPARATION OU POST-DIVORCE	5
A. LES CERTITUDES.....	6
1. Le pouvoir du tribunal d'aménager l'exercice de l'autorité.....	6
2. L'effet de l'attribution de la garde sur l'existence de l'autorité parentale et de la tutelle.....	7
3. De certains actes d'autorité particuliers	8
4. Le droit de surveillance, le droit d'opposition et le droit à l'information.....	10
B. L'INCERTITUDE : LA PARTICIPATION DU PARENT NON GARDIEN À L'ÉDUCATION DE L'ENFANT.....	10
C. LE POINT DE VUE DES PROFESSIONNELS DU DROIT DE LA FAMILLE	15
D. LA TERMINOLOGIE.....	16
E. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA SOLUTION QUÉBÉCOISE	17
F. LE DROIT COMPARÉ : EXISTE-T-IL UNE APPROCHE « CIVILISTE » DU PARTAGE DES RÔLES PARENTAUX?.....	19

SOMMAIRE

Cette étude préparée en 1999, à la demande du ministère de la Justice, décrit la notion civiliste d'« exercice de l'autorité parentale » et fait l'analyse critique de son application et entendement au Québec. L'objectif ultime de cette étude est de savoir si, dans l'éventualité d'une réforme de la *Loi sur le divorce*, le droit québécois offre une solution de rechange en ce qui concerne les rôles parentaux.

I. L'AUTORITÉ PARENTALE DANS LA FAMILLE UNIE : NOTION ET PRINCIPES

On ne saurait élaborer sur la question de l'autorité parentale sans, au préalable, rappeler les principes de base qui s'appliquent en la matière. Ces principes s'appliquent aussi bien aux couples désunis qu'aux familles unies.

Fidèle à la tradition des pays civilistes, le droit québécois utilise le concept d'autorité parentale. Ce concept peut être qualifié de « droit-fonction », car il renferme aussi bien des droits que des responsabilités. Entre autres responsabilités, on peut citer celle de pourvoir à l'éducation et à l'épanouissement des enfants.

Bien que calqué largement sur les dispositions contenues dans le *Code Napoléon* de 1804, le droit québécois a depuis évolué. Ainsi est-il passé d'un système de « puissance paternelle », dans lequel l'autorité parentale, bien qu'appartenant aux deux parents, était exercée durant la vie commune exclusivement par le père, à un système de collégialité dans lequel les deux parents possèdent une autorité parentale égale.

Durant cette phase de transformation, non seulement le législateur québécois a changé la terminologie utilisée, mais il a également introduit en 1969 la notion de garde et, en 1994, le concept de « tutelle légale des parents ». La tutelle légale des parents confère à ces derniers l'exercice conjoint des droits administratifs ainsi que la représentation légale de leurs enfants. En ce sens, on peut dire que la tutelle légale complète les droits et obligations dévolues aux parents dans le cadre de l'autorité parentale.

L'autorité parentale comprend aussi bien les responsabilités générales mentionnées à l'article 599 du *Code civil du Québec* (*C.c.Q.*), notamment « le devoir de garde, de surveillance et d'éducation », que celles plus spécifiques contenues dans de nombreuses lois statutaires, y compris dans d'autres articles du *Code civil*.

L'autorité parentale, de même que la tutelle, s'exerce conjointement par les parents. Toutefois, cette collégialité est aménagée de façon pratique de façon à ce que, dans les faits, la participation matérielle de chacun des parents ne soit requise. Cet aménagement pratique repose sur la présomption selon laquelle le parent qui accomplit seul un acte à l'égard de l'enfant ou un acte relatif à la tutelle est présumé, aux yeux du tiers de bonne foi, agir avec l'accord de l'autre.

A l'instar de la tutelle, l'autorité parentale est conférée par le seul fait d'être le parent de l'enfant. Cependant, cette autorité n'est pas absolue, puisque qu'un juge peut prononcer la déchéance

totale ou partielle de cette autorité. Soulignons que pareille déchéance n'est pas définitive et qu'elle est prononcée dans l'intérêt de l'enfant et lorsque des motifs graves le justifient.

En conclusion, la garde ne représente qu'un des attributs de l'autorité parentale. Elle est, en quelque sorte, l'élément physique de l'autorité parentale (domicile, présence de l'enfant, contrôle physique sur celui-ci), alors que l'éducation en est l'élément moral.

La distinction entre la notion de garde et celle d'autorité parentale revêt une plus grande importance dans le contexte de la séparation ou du divorce. La question qui se pose alors est celle de savoir quels sont les effets de l'attribution de la garde sur l'exercice de l'autorité parentale.

II. L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE POST-SÉPARATION OU POST-DIVORCE

Au Québec, l'interprétation que doit recevoir la notion de garde dans le contexte de l'application de la *Loi sur le divorce* soulève des incertitudes qui se reflètent aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence. La question qui se pose est de savoir si on doit appliquer la notion civiliste de garde, ou au contraire, celle connue dans les autres provinces. La majorité des auteurs québécois opte pour une interprétation civiliste, mais, il existe un important courant jurisprudentiel à l'effet contraire. Cela explique pourquoi les praticiens ont commencé, comme dans les autres provinces, à établir des distinctions qui incorporent des notions inutiles (garde légale conjointe) ou étrangères (garde physique) au droit québécois. Étrangère, car la garde est en principe toujours physique, et inutile, puisque l'attribution exclusive de la garde ne remet pas en cause le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

Il existe dans le milieu juridique une confusion et une différence d'interprétation en ce qui a trait au pouvoir du parent non gardien. Cependant, ce qui est indéniable, c'est que le droit civil québécois est basé sur une philosophie générale de coparentalité en cas de désunion et il rejette clairement la théorie de la concentration de l'autorité parentale entre les mains du seul parent gardien.

A. LES CERTITUDES

1. Le pouvoir du tribunal d'aménager l'exercice de l'autorité

En pratique, le *Code civil* et la jurisprudence reconnaissent que le tribunal peut aménager l'exercice de l'autorité parentale en conférant à la notion de garde un contenu spécifique à chaque cas d'espèce. Ce pouvoir comprend, par exemple, la possibilité d'attribuer expressément l'exercice conjoint de l'autorité parentale aux deux parents ou de restreindre certains droits parentaux. En pratique, il est plutôt rare que les tribunaux aménagent de façon spécifique les rôles des parents. Ils se contentent d'accorder la garde à un parent et un droit d'accès au parent non gardien sans autre spécification. Par contre, des restrictions ou aménagements à un droit particulier d'un parent sont souvent inclus dans les décisions judiciaires.

En ce qui concerne le pouvoir que possèdent les tribunaux d'aménager les rôles parentaux, le droit québécois ne diffère pas du droit qui prévaut dans les autres provinces.

2. L'effet de l'attribution de la garde sur l'existence de l'autorité parentale et de la tutelle

L'attribution exclusive de la garde à un parent n'a pas pour effet de déchoir le parent non gardien de son autorité parentale. Ce principe fondamental est de jurisprudence constante depuis l'arrêt *C. (G.) v. V.-F. (T.)* rendu par la Cour suprême en 1987. L'application de ce principe est plus confuse quant à certains aspects de l'exercice de l'autorité conjointe. De même, le parent non gardien conserve l'exercice du droit de tutelle (art. 599 *C.c.Q.*). Il pourra ainsi valablement représenter l'enfant dans l'exercice de ses droits civiques et dans l'administration de ses biens.

Qu'il s'agisse de parents divorcés ou de parents séparés, le droit civil québécois consacre sans ambiguïté le principe de la coparentalité dans l'exercice des droits civils de l'enfant ainsi que dans l'administration des biens de celui-ci.

3. De certains actes d'autorité particuliers

Le *Code civil* ainsi que plusieurs lois statutaires confèrent spécifiquement au titulaire de l'autorité parentale le pouvoir d'agir pour un enfant dans un certain nombre de situations, telles que le consentement à donner, l'accès aux dossiers administratifs et le droit de recevoir des informations concernant l'enfant. Ce faisant, ces lois confirment que le parent non gardien conserve son droit de participer activement aux affaires concernant l'enfant et qu'une ordonnance de garde n'a pas pour effet de le priver de ce droit. Ces lois confirment donc que le principe de la collégialité dans l'exercice de l'autorité parentale continue à être la règle. Les seules exceptions à ce principe sont la déchéance, le décès et l'impossibilité d'agir.

Le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale a pour corollaire la présomption selon laquelle, à l'égard des tiers de bonne foi, le titulaire qui agit seul est présumé agir avec l'accord de l'autre.

4. Le droit de surveillance, le droit d'opposition et le droit à l'information

En droit civil, l'attribution de la garde exclusive, sans spécifications concernant les rôles parentaux, emporte automatiquement un droit de surveillance pour le parent non gardien. Ce droit de surveillance, prévu à l'article 605 *C.c.Q.*, a pour corollaire le droit d'être informé de la situation de l'enfant et celui de contester judiciairement les décisions prises par le parent gardien.

Certains tribunaux, se basant sur une interprétation a contrario de l'article 605 *C.c.Q.*, en viennent à la conclusion que le parent non gardien ne conserve pas le droit de participer a priori aux décisions importantes concernant l'éducation de l'enfant. Quoique ce courant jurisprudentiel soit minoritaire, il n'en demeure pas moins qu'il ajoute à la confusion sur le partage des responsabilités parentales dans la famille désunie.

B. L'INCERTITUDE : LA PARTICIPATION DU PARENT NON GARDIEN À L'ÉDUCATION DE L'ENFANT

L'arrêt *W.(V.) c. S.(D.)* rendu en 1996 par la Cour suprême a affirmé la règle selon laquelle, en l'absence de spécification contraire, le parent gardien détermine seul le lieu de résidence de l'enfant. Cette solution pratique est conforme à la conception de la notion de garde du droit québécois et est généralement appuyée aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence québécoise. S'il est admis que les décisions pratiques engendrées par la présence physique de l'enfant sont prises par le parent gardien, qu'en est-il des autres décisions plus importantes qui affectent le développement de l'enfant et son éducation?

À notre avis, le courant jurisprudentiel qui concentre tout le pouvoir éducationnel entre les mains du parent gardien est fondé sur une « erreur de droit ». Le parent non gardien conserve le droit de participer aux décisions qui ne sont pas de nature courante. Ce principe a été clairement établi par l'arrêt unanime de la Cour suprême *C. (G.) v. V.-F. (T.)*. Par conséquent, l'article 605 *C.c.Q.*, loin de restreindre l'exercice de l'autorité parentale du parent non gardien, ajoute au contraire à ce droit. Ainsi, le parent non gardien a le droit de déterminer les options majeures relatives à l'orientation de l'enfant (*C. (G.) v. V.-F. (T.)*) ainsi que celui de surveiller et de contester les décisions prises par le gardien, y compris les décisions mineures.

Il existe une distinction fondamentale entre « attribution du droit de garde » et « exercice de l'autorité parentale ». L'attribution du premier n'a pas pour effet de dépouiller de la possession du second. Au Québec, la jurisprudence majoritaire ainsi que la doctrine acceptent l'idée du maintien du droit de participation du parent non gardien aux décisions majeures concernant l'éducation des enfants comme conséquence de l'exercice de l'autorité parentale.

Toutefois, la jurisprudence est divisée au Québec sur la question du partage des responsabilités parentales post-séparation. Cette division est largement due à des récentes décisions de la Cour suprême qui confèrent au parent gardien l'essentiel des pouvoirs décisionnels, contrairement à sa position unanime dans *C. (G.) v. V.-F. (T.)*. En dépit des récentes décisions de la Cour suprême, nous pensons que l'arrêt *C. (G.) v. V.-F. (T.)* représente toujours la position de la Cour sur la question.

C. LE POINT DE VUE DES PROFESSIONNELS DU DROIT DE LA FAMILLE

Les professionnels du droit de la famille, de même que le public en général, n'échappent pas à la confusion qui existe sur la question du partage des rôles parentaux post-séparation.

Cette confusion a généré un souci de clarification chez les professionnels du droit. Pour les praticiens, ce souci se manifeste par l'insertion dans les conventions, de séparation ou de divorce, de clauses qui spécifient les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Ces clauses ne font en fait que réitérer le principe de coparentalité. Les tribunaux, quant à eux, rendent des ordonnances de garde légale conjointe ou d'exercice conjoint de l'autorité parentale.

D. LA TERMINOLOGIE

La critique de la terminologie (« garde » et « accès ») reflète une volonté d'associer les deux parents dans l'éducation des enfants. Cependant, la question de la terminologie n'a pas donné lieu à beaucoup de débats au Québec. La raison réside sans doute dans la distinction qui est faite en droit québécois entre la notion de garde et celle d'autorité parentale. La garde n'est qu'un élément de l'autorité parentale ; dès lors, elle n'affecte pas cette autorité dans son essence.

En réalité, ce n'est pas tant la terminologie utilisée que la portée de son contenu qui pose problème. C'est la confusion qui entoure les effets juridiques de l'attribution de la garde exclusive qui explique en grande partie l'insatisfaction à l'égard de la terminologie elle-même. Le sentiment majoritaire au Québec est cependant qu'un changement de la terminologie légale ne changera pas le fond de la question et que le véritable problème est celui de l'éducation des parents et de la perception sociale des rôles parentaux.

Dans la pratique, les avocats tentent d'éliminer le problème de terminologie en tentant de clarifier le terme « garde » ou en évitant de l'utiliser dans la mesure du possible. Ainsi, ils ont recours à des expressions telles que « garde légale conjointe » ou « exercice conjoint de l'autorité parentale » pour clarifier le partage des responsabilités et lever toute ambiguïté dans les rapports de chaque parent avec les tiers. Par ailleurs, le terme « garde » est souvent remplacé par des expressions telles que « horaire de l'enfant », « partage de la résidence de l'enfant », « l'enfant est avec *Monsieur* de telle date à telle date et avec *Madame* de telle date à telle date », « temps de garde », etc. Les conventions sont généralement très détaillées sur la question.

E. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA SOLUTION QUÉBÉCOISE

Pour les fins de cette analyse, nous prenons pour acquis que l'attribution exclusive de la garde n'affecte pas les autres aspects de l'autorité parentale.

L'inconvénient de la solution québécoise est son manque de clarté dans l'esprit du public et au sein du milieu judiciaire. Il faudrait, comme nous l'avons déjà suggéré, modifier la loi québécoise pour pallier cet inconvénient.

En prenant pour acquis que la coparentalité post-séparation ou post-divorce est socialement souhaitable, comment peut-on évaluer les avantages de la solution du droit québécois?

L'avantage manifeste est de faire du parent non gardien un coresponsable de l'éducation de l'enfant. Cela ne signifie pas pour autant, et ceci représente un autre avantage, que les parents sont sur un pied d'égalité, mais simplement que les décisions *majeures* concernant les enfants doivent faire l'objet d'une concertation parentale. Le choix de la résidence et les autres décisions quotidiennes liées à la présence physique de l'enfant sont prises par le parent gardien. Bien sûr, le parent non gardien conserve le droit d'être informé et de contrôler a posteriori ces décisions. La présomption relative aux tiers s'applique également. La solution québécoise est pratique et juste.

La solution québécoise pourrait servir de modèle advenant une réforme de la *Loi sur le divorce*. Pour ce faire, il faudrait :

- introduire dans la législation du divorce une distinction entre la notion de garde et celle d'autorité parentale ;
- affirmer le principe de l'exercice conjoint de l'autorité post-divorce, sauf si l'intérêt de l'enfant dicte une solution différente ;
- établir la présomption selon laquelle chaque parent agit avec l'accord de l'autre à l'égard des tiers de bonne foi.

La distinction entre « garde » et « autorité » se rapproche de la distinction faite dans certaines provinces canadiennes entre « custody » et « guardianship ». Cette dernière notion se rapproche, sous certains aspects, de la notion civiliste d'autorité parentale.

F. LE DROIT COMPARÉ : EXISTE-T-IL UNE APPROCHE « CIVILISTE » DU PARTAGE DES RÔLES PARENTAUX?

La coparentalité n'a pas toujours été le principe dans les pays de tradition civiliste. Cependant, depuis ces dernières années, on assiste à une forte transformation en faveur d'un rééquilibrage des responsabilités parentales. Ainsi, la France, la Belgique l'Allemagne et les Pays-Bas ont récemment modifié leur législation pour y introduire le principe de la collégialité.

En France, les réformes de 1987 et de 1993 ont modifié l'article 287 du *Code civil* français, pour y introduire l'exercice conjoint de l'autorité parentale. En Belgique, en Allemagne et aux Pays-Bas, le droit a subi une évolution similaire. Dans ces quatre pays, la législation prévoit des exceptions au principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Ainsi, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de cette autorité à l'un des deux parents.

La réforme a également modifié la terminologie utilisée dans ces pays. En France, l'expression plus neutre « le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle » a remplacé le terme « garde ». En Belgique, la loi du 13 avril 1995 a modifié le *Code civil* qui utilise le mot « hébergement » au lieu de « garde ». Notons que cette nouvelle terminologie n'est pas unanimement employée par les juristes belges.

Les Codes allemands et néerlandais ont été modifiés respectivement le 1^{er} juillet 1998 par le *Parentage Law Reform Act* et le 1^{er} janvier 1998.

En conclusion, l'évolution du droit dans les pays de tradition civiliste réhabilite le parent non gardien dans son rôle de coresponsable de l'éducation des enfants, tout en affirmant le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans les décisions qui le concernent.

AVANT-PROPOS

La présente étude a été préparée, dans le courant de l'été 1999, à la demande de la Section de la famille, des enfants et des adolescents du ministère de la Justice du Canada. Elle s'inscrit dans la foulée du Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, intitulé *Pour l'amour des enfants*,¹ et de la réponse du gouvernement du Canada, intitulée *Stratégie de réforme*².

Dans ce dernier document, le gouvernement fédéral appuie notamment « l'idée d'une politique centrée sur l'enfant qui encouragera les parents à partager la responsabilité de l'éducation des enfants d'une manière qui leur donnera à tous deux la possibilité de guider et d'élever leurs enfants ». Il y indique également son intention de réexaminer « les concepts, les termes et le langage employés en droit de la famille pour trouver la façon la plus appropriée de souligner le caractère permanent des responsabilités des parents envers leurs enfants et de leur statut de parent après le divorce ».

Dans son rapport, le Comité mixte spécial a évoqué à plusieurs reprises la situation particulière du droit québécois qui, dans sa tradition civiliste, fait appel à la notion d' « exercice conjoint de l'autorité parentale ». L'objet de la présente étude est de décrire cette notion de droit civil et de faire état de la façon dont elle est appliquée et comprise au Québec, afin d'en évaluer les avantages et inconvénients. La référence à la solution d'autres juridictions de droit civil permettra de mettre en lumière la spécificité de cette notion. L'objectif de mon exposé est ultimement de répondre à la question suivante : dans la perspective d'une réforme du divorce, le droit québécois offre-t-il un scénario intéressant en ce qui concerne les rôles parentaux?

Je tiens à remercier M^e Josée Lalancette pour son importante contribution à titre d'assistante de recherche. Mes remerciements vont également à M^{es} Pierre Daigneault, Roger Garneau, Carole Hallée, Suzanne Pilon, Sylvie Schirm et Pierre Valin, professionnels spécialisés en droit familial, qui ont généreusement accepté de me transmettre leur perception de certains aspects de la question.

¹ Parlement du Canada, *Pour l'amour des enfants*, Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, Ottawa, décembre 1998.

² Gouvernement du Canada, *Stratégie de réforme*, Réponse du gouvernement du Canada au Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, Ottawa, mai 1999.

PARTIE I

L'AUTORITÉ PARENTALE DANS LA FAMILLE UNIE : NOTION ET PRINCIPES

Avant d'élaborer sur la question de l'autorité parentale en contexte de rupture du couple, il est important de rappeler les principes de base en rapport avec le concept civiliste d'autorité parentale. Dans cette section, il sera donc question, de façon sommaire, de l'exercice de l'autorité dans la famille unie.

Le droit civil québécois, à l'instar du droit de tous les pays de tradition civiliste, utilise le concept d'« autorité parentale ». Cette notion englobe la plupart des attributs nécessaires à l'éducation des enfants. Cette autorité peut être analysée comme un « droit-fonction », en ce sens que, si elle implique des droits, elle représente avant tout une responsabilité : celle de voir à tous les aspects de l'éducation et de l'épanouissement des enfants.

Calqué en bonne partie sur le *Code Napoléon* de 1804, le *Code civil du Bas-Canada* de 1866 utilisait la terminologie de « puissance paternelle » : celle-ci appartenait aux deux parents mais était exercée, pendant la vie commune, par le père seulement. La notion de « garde » n'existait pas dans l'ancien *Code civil*, même pas au chapitre de la séparation de corps, dont l'article 214 se contentait d'édicter que « Les enfants sont *confiés* à l'époux qui a obtenu la séparation de corps » (nous soulignons). Ce n'est, en effet, qu'en 1969 que le terme « garde » apparut pour la première fois dans le *Code civil*³.

Plus tard, en 1977, le législateur québécois suivit l'exemple du droit français en remplaçant l'expression « puissance paternelle » par celle d'« autorité parentale » et, surtout, en instaurant le principe de l'exercice conjoint de l'autorité par le père et la mère en toute égalité. Depuis 1977, le concept d'exercice conjoint de l'autorité parentale n'a pas changé. Toutefois, en 1994 (année de l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil* du Québec), le législateur compléta ce concept en instaurant le principe de la « tutelle légale des parents ». Ce droit de tutelle signifie qu'en plus d'exercer l'autorité sur la personne des enfants, les parents assurent aussi conjointement la représentation de leurs enfants mineurs dans l'exercice de leurs droits civils et administrent conjointement le patrimoine de ceux-ci⁴. L'autorité parentale, de même que la tutelle légale, est un effet automatique de la filiation et existe quel que soit le statut matrimonial des parents. Dès lors que le lien de filiation est légalement établi, peu importe que les parents soient ou non mariés, l'autorité parentale et la tutelle sont exercées par les deux conjointement.

Fidèle à la tradition civiliste, le droit québécois prévoit que l'autorité parentale comprend « le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation » ainsi que l'obligation de nourrir et d'entretenir l'enfant⁵. Au-delà de ce principe général, l'autorité parentale implique également des responsabilités plus spécifiques qui sont prévues aussi bien dans de nombreuses lois

³ L.Q. 1969, c. 74, art. 9 et 14 : « Le tribunal peut aussi statuer sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants... », cité par A. Mayrand, « La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel », dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1990, p. 22.

⁴ Art. 192 C.c.Q.

⁵ Art. 599 C.c.Q.

statutaires que dans le *Code civil*. On peut citer, par exemple, le droit de consentir aux soins requis par l'état de santé du mineur⁶ ou celui de consentir au mariage de celui-ci⁷. La collégialité dans l'exercice de l'autorité parentale et de la tutelle légale est cependant aménagée de façon pratique. Ainsi, à l'égard des tiers de bonne foi (la garderie, l'école, l'hôpital, l'institution financière, etc.), le père ou la mère qui accomplit seul un acte d'autorité à l'égard de l'enfant ou un acte relatif à l'exercice de la tutelle est présumé agir avec l'accord de l'autre⁸. L'exercice conjoint de l'autorité parentale n'implique donc pas, dans les faits, la participation matérielle de chacun des parents. C'est une règle de bon sens qui joue dans la famille unie comme dans la famille séparée.

En droit civil, les parents peuvent perdre l'autorité parentale par un jugement de *déchéance*⁹. Cette déchéance peut être totale ou ne viser qu'un attribut de l'autorité. Dans le premier cas, elle entraîne non seulement la perte de l'autorité parentale mais, également et automatiquement, la perte de la tutelle. Dans le second, le tribunal peut décider qu'il y aura perte de la tutelle ou non¹⁰. La déchéance ou le retrait d'un attribut ne peuvent être prononcés que dans l'intérêt de l'enfant et que lorsque des *motifs graves* le justifient. La jurisprudence est constante sur le fait qu'une décision de déchéance de l'autorité parentale implique un jugement de valeur sur des carences fondamentales des parents dans l'exercice de leur autorité (violence, abandon, négligence grave, etc.)¹¹. Un tel jugement n'est pas nécessairement définitif, puisqu'un parent peut, en justifiant de circonstances nouvelles, obtenir la restitution de son autorité¹². Cette dernière possibilité est cependant assez théorique. En réalité, la déchéance de l'autorité parentale représente, la plupart du temps, une étape vers l'adoption de l'enfant. Il est donc important de souligner que la déchéance de l'autorité parentale et l'attribution éventuelle de l'exercice de cette autorité dans le cadre d'une ordonnance de garde sont deux choses totalement différentes. Nous ne traiterons pas, dans cet exposé, de la déchéance de l'autorité parentale qui est une mesure d'exception et qui ne se pose pas dans les dossiers ordinaires de divorce ou de séparation.

En conclusion de ce bref survol des principes régissant l'exercice de l'autorité parentale dans la famille unie, retenons un élément qui prendra toute son importance dans le contexte d'une séparation ou d'un divorce : **la garde ne constitue qu'un élément du concept d'autorité parentale**. On peut dire que la notion de « garde » représente en quelque sorte l'élément physique de l'autorité parentale (domicile, présence de l'enfant, contrôle physique sur celui-ci)¹³ alors que l'*éducation* en est l'élément moral.

⁶ Art. 14 *C.c.Q.*

⁷ Art. 373 (1^o) *C.c.Q.*

⁸ Art. 194, al. 2 et 603 *C.c.Q.*

⁹ Art. 606 *C.c.Q.*

¹⁰ Art. 197 *C.c.Q.*

¹¹ En ce sens, voir l'arrêt de la Cour suprême *C. (G.) v. V.-F (T.)*, (1987)2 R.C.S. 244, 261.

¹² Art. 610 *C.c.Q.*

¹³ Albert Mayrand définit la garde comme « le droit et l'obligation qu'a une personne (ordinairement le père ou la mère) de loger et retenir un enfant auprès d'elle ou de fixer sa résidence ailleurs » : A. Mayrand, « La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel », dans *Formation permanente du Barreau du Québec, Droit et enfant*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 23.

Dans le contexte de la famille unie, cette distinction n'est évidemment jamais problématique. Mais lorsque la *garde* est attribuée à l'un des parents lors d'une séparation ou d'un divorce, se pose alors la question des *effets* de cette attribution sur l'exercice de l'autorité parentale qui, comme nous venons de le voir, est un concept beaucoup plus large que celui de la *garde*.

PARTIE II

L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE POST-SÉPARATION OU POST-DIVORCE

D'entrée de jeu, il faut signaler qu'il existe actuellement, une incertitude dans l'application de la *Loi sur le divorce* au Québec. On ne sait s'il convient d'appliquer la notion de garde telle qu'elle est connue dans les autres provinces (c'est-à-dire incluant pour le parent gardien l'essentiel du pouvoir décisionnel en matière d'éducation des enfants) ou s'il faut, au contraire, appliquer la notion civiliste de garde. Dans ce dernier cas, la garde n'est qu'un élément de l'autorité parentale et son attribution à un parent n'a pas pour effet de dépouiller l'autre de son autorité sur l'enfant. La plupart des auteurs québécois soutiennent que la *Loi sur le divorce* doit recevoir une application civiliste au Québec¹⁴. Pour l'honorable Albert Mayrand, on peut même dire que « le législateur fédéral a réussi un tour de force en respectant les deux systèmes juridiques propres à deux sociétés distinctes »¹⁵. Cependant, il existe au Québec un courant jurisprudentiel important qui (dans le cadre précis du divorce) applique malgré tout la notion de garde dans son sens large, c'est-à-dire en dépouillant le parent non gardien d'une importante partie de son autorité parentale et en le reléguant à un rôle de surveillant¹⁶. Cela explique pourquoi les praticiens ont commencé, comme dans les autres provinces, à faire une distinction entre « garde physique » et « garde légale »¹⁷ et à utiliser la notion de « garde conjointe », laissant intact le pouvoir de participation du parent non gardien lorsqu'il s'agit des décisions importantes relatives à l'éducation des enfants. Pourtant, comme l'avait souligné la Cour suprême en 1987, la notion de garde physique est étrangère au droit civil (la garde est en principe toujours « physique ») et celle de garde légale conjointe est inutile, puisque le droit civil ne porte pas atteinte au principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas d'attribution d'un droit de garde exclusif¹⁸. La notion de garde conjointe vient dès lors pallier un déséquilibre dans l'exercice de l'autorité parentale. Mais en réalité, l'affirmation d'un tel déséquilibre est fondée sur une erreur de droit¹⁹. Il y a là une incertitude dont plusieurs juges sont d'ailleurs fort conscients. Elle les amène à y remédier en faisant expressément appel à la notion de garde conjointe ou d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Ainsi, dans *Droit de la famille 3202*²⁰, le juge Sénécal, constatant que les tribunaux québécois et la doctrine ne s'entendent pas toujours sur la signification réelle d'une ordonnance de garde exclusive, particulièrement dans le cadre des dossiers de divorce, affirme :

C'est pour éviter que l'autorité parentale ne soit exercée par le seul parent gardien et que celui-ci prenne seul les décisions importantes concernant l'enfant que les avocats et les

¹⁴ P.-A. Côté, « La Loi de 1985 sur le divorce et le droit civil », (1987)47 *R. du B.* 1187; M. Pratte, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988)19 *R.G.D.* 525; R. Joyal, *Précis de droit des jeunes*, T.1, 2^e édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1994 et, plus récemment, M. Giroux, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », (1998) 77 *r. DU b. CAN.*, 354.

¹⁵ A. Mayrand, *loc. cit.*, p. 31.

¹⁶ Par exemple, *Droit de la famille*, (1993) R.J.Q. 1728 (C.A.); *Droit de la famille-120*, (1984) C.A. 101; *Droit de la famille-301*, (1988) R.J.Q. 17 (C.A.).

¹⁷ *Droit de la famille-2471*, (1996) R.D.F. 556 (C.S.); *Droit de la famille-2233*, (1995) R.D.F. 489 (C.S.).

¹⁸ *C. (G.) v. V.-F (T.)*, (1987)2 R.C.S. 244.

¹⁹ En ce sens, A. Mayrand, *loc. cit.*, p. 33.

²⁰ *Droit de la famille-3202*, (1999) R.J.Q. 248 (C.S.). Au même effet, voir *Droit de la famille-2384*, (1996) R.J.Q. 912 (C.S.).

tribunaux prévoient dans les conventions et les jugements que, malgré la séparation des parents, ceux-ci continueront à exercer conjointement l'autorité parentale.

Il n'entre pas dans notre intention d'élaborer plus loin sur la question de savoir si la loi fédérale sur le divorce doit, au Québec, faire l'objet d'une interprétation « civiliste » ou non, puisque l'objet de notre étude est plutôt d'analyser l'approche civiliste du partage de l'autorité post-divorce et d'en évaluer les différentes facettes. Mentionnons simplement que ce débat alimente la confusion qui entoure généralement, au Québec, la dimension juridique des rôles parentaux en contexte de rupture du couple. Il est frappant de constater que, sur des questions aussi importantes (Que peut décider le parent gardien? Quel est le rôle du parent non gardien au chapitre de l'éducation?) qui touchent un nombre de plus en plus important d'individus, cette confusion existe dans les milieux juridiques depuis plusieurs années. En ce qui concerne la réponse du droit civil à la question de l'exercice de l'autorité parentale en cas de rupture, disons franchement que ni les tribunaux, ni les praticiens ne partagent une vision univoque, même si une tendance majoritaire se dessine actuellement. Certains privilégient une interprétation selon laquelle le parent gardien, en principe, prend seul les décisions concernant l'éducation des enfants. D'autres soutiennent, au contraire, que le parent non gardien conserve le droit de participer aux décisions importantes et donc de rester impliqué très activement dans l'éducation des enfants. Par contre, on peut dire que presque tous les auteurs (la « doctrine ») ont la même interprétation des textes en la matière. Ils soutiennent que l'attribution du droit de garde n'enlève pas au parent non gardien son droit de participer aux décisions importantes à l'égard de l'enfant.

Pourtant, au-delà de cette différence d'interprétation concernant le pouvoir du parent non gardien de participer aux décisions majeures, on peut souligner que le droit civil québécois est, pour le reste, indéniablement basé sur une philosophie générale de coparentalité en cas de désunion et qu'il rejette clairement la théorie de la concentration de l'autorité parentale entre les mains du seul parent gardien.

Il y a donc actuellement en droit québécois des *certitudes* et quelques *incertitudes* en ce qui concerne le partage des rôles parentaux post-séparation ou post-divorce.

A. LES CERTITUDES

1. Le pouvoir du tribunal d'aménager l'exercice de l'autorité

Il ne fait aucun doute que le tribunal a le pouvoir d'aménager, au cas par cas, la façon dont les parents séparés exerceront à l'avenir leur autorité à l'égard des enfants et d'ordonner que certaines décisions parentales soient conjointes ou d'établir le cadre précis du rôle du parent non gardien²¹. En d'autres mots, le *Code civil* n'interdit pas au tribunaux de donner à la notion de garde un contenu spécifique à chaque cas particulier, dicté par l'intérêt de l'enfant. Comme l'indiquait clairement la Cour d'appel du Québec dans une importante décision²²:

²¹ En ce sens, voir P. Rayle, « Le juge, l'enfant et...le parent pauvre du divorce », communication prononcée au Colloque sur le droit de la famille de l'Institut national de la magistrature, 10-12 février 1999 à Québec (texte non publié).

²² *Droit de la famille-301*, (1988) R.J.Q. 17 (C.A.).

[...] le juge pourra, s'il le croit à propos, définir aux parties des activités ou décisions où elles devront s'entendre, ainsi par exemple, il pourra prévoir spécifiquement que le choix de la maison d'enseignement, du camp de vacances, des traitements médicaux à long terme d'un enfant handicapé devront faire l'objet d'un accord entre les ex-conjoints. En délimitant précisément les limites du rôle additionnel conféré à celui qui n'est pas le gardien, il évitera de créer des litiges sur le contenu même des droits de chacun.

Cela signifie que le tribunal peut, par exemple, attribuer expressément l'exercice conjoint de l'autorité parentale aux deux parents afin de déjouer toute ambiguïté sur la question ou afin de leur rappeler l'état du droit selon lequel les décisions importantes concernant les enfants devront être prises de concert²³. Cela signifie aussi que le tribunal peut restreindre certains droits, comme par exemple le droit d'un parent de participer à certaines décisions. Ainsi, dans l'affaire *Droit de la famille-2212*,²⁴ le juge Goodwin aménage les droits de la façon suivante :

Le Tribunal décide donc, dans ce contexte bien particulier, de décréter une suspension partielle du droit de Mme C. d'intervenir au préalable, mais uniquement sur les questions médicales et scolaires telles choix de l'école de Ca..., de ses orientations ainsi que dans ses loisirs : choix des vacances, camps de jour, etc.

En pratique, il est plutôt rare que les tribunaux québécois énoncent ainsi des modalités précises dans la répartition des rôles parentaux, même s'ils ont le pouvoir de le faire. Au Québec, un nombre considérable de jugements se contentent d'accorder la garde à un parent et un droit d'accès au parent non gardien, sans autre spécification. La question des pouvoirs résiduels du parent non gardien n'est donc pas simplement académique. Par contre, la jurisprudence abonde de décisions comportant des restrictions ou modalités au droit de tel ou tel parent de déplacer l'enfant ou de déménager avec ce dernier²⁵.

On voit donc que, quelle que soit la solution prévue par le *Code civil*, le tribunal demeure maître dans l'aménagement des rôles parentaux. En cela le droit québécois ne diffère donc pas du droit qui prévaut dans les autres provinces.

2. L'effet de l'attribution de la garde sur l'existence de l'autorité parentale et de la tutelle

Dans le cas « classique » et très courant d'une ordonnance qui accorde la garde exclusive d'un enfant à un parent (généralement la mère) et un droit de visite et de sortie (ou droit d'accès) à l'autre, il est clair que le parent non gardien n'est pas déchu de son autorité parentale. Ce principe est de jurisprudence constante depuis l'arrêt de la Cour suprême C.

²³ Voir, par exemple, *Droit de la famille-3302*, J.E. 99-1024 (C.S.); *Droit de la famille 2756*, B.E. 97-738 (C.S.); *Droit de la famille-2473*, (1996) R.D.F. 580 (C.S.); *Droit de la famille-2384*, (1996) R.J.Q. 912 (C.S.); *Droit de la famille-3170*, (1998) R.D.F. 765 (C.S.); *Droit de la famille-2678*, (1997) R.D.F. 354 (C.S.); *Droit de la famille-2199*, (1995) R.D.F. 415 (C.S.); *Droit de la famille-2270*, J.E. 95-1852 (C.A.); *Droit de la famille-3202*, (1999) R.J.Q. 248 (C.S.).

²⁴ *Droit de la famille-2212*, (1995) R.D.F. 421 (C.S.). Voir également *Droit de la famille-2494*, (1996) R.D.F. 647 (C.S.).

²⁵ *Droit de la famille — 3297*, J.E. 99—972 (C.S.); *Droit de la famille — 2683*, [1997] R.J.Q. 1752 (C.S.); *Droit de la famille—3202*, [1999] R.J.Q. 248 (C.S.).

(G.) v. V.-F (T.)²⁶. Dans cette affaire où la Cour accorde la garde d'enfants mineurs à un tiers plutôt qu'au père devenu veuf, le juge Beetz soulignait ce principe, qui s'applique également lorsqu'il s'agit d'un conflit entre parents :

C'est aussi en sa qualité de titulaire de l'autorité parentale que revient au parent non gardien le droit de déterminer les options majeures relatives à l'orientation de la vie de son enfant. Ainsi il appartient au père ou à la mère de consentir au mariage d'un enfant mineur et au titulaire de l'autorité parentale d'être consulté sur les conventions matrimoniales projetées (art. 119 C.c.B.-C. et 466 C.c.Q.). Le titulaire de l'autorité parentale doit aussi consentir aux soins ou traitements requis par son enfant s'il est âgé de moins de quatorze ans; il doit en être averti dans certaines circonstances si l'enfant a quatorze ans et plus [...] (p. 288).

Depuis, les tribunaux n'hésitent pas à rappeler dans leurs jugements le principe fondamental selon lequel l'octroi du droit de garde n'a pour effet que de dissocier un seul élément de l'autorité parentale tout en laissant chacun des parents titulaire de cette autorité²⁷. Si cette règle fait donc l'unanimité, nous verrons plus loin que les choses sont moins claires quant à certains aspects de l'exercice de cette autorité conjointe²⁸.

Deuxièmement, il est également incontestable que l'octroi du droit de garde ne fait pas perdre la tutelle du parent non gardien. Celui-ci continue donc, en dépit du fait qu'il n'a qu'un droit d'accès, à pouvoir valablement représenter l'enfant dans l'exercice de ses droits civils et dans l'administration de ses biens. L'article 195 C.c.Q. exprime clairement ce principe :

Lorsque la garde de l'enfant fait l'objet d'un jugement, la tutelle continue d'être exercée par les père et mère, à moins que le tribunal, pour des motifs graves, n'en décide autrement (nous soulignons).

Qu'il s'agisse de parents divorcés ou de parents séparés, le droit civil québécois consacre donc sans ambiguïté le principe de coparentalité dans l'exercice des droits civils de l'enfant ainsi que dans l'administration des biens de celui-ci.

3. De certains actes d'autorité particuliers

Le *Code civil* ainsi que plusieurs lois statutaires accordent de façon spécifique certains droits aux titulaires de l'autorité parentale, sans prendre en considération qui des parents exerce le droit de garde. Ces lois réfèrent spécifiquement au titulaire de l'autorité parentale lorsqu'il s'agit d'agir pour un enfant (consentements à donner, accès aux dossiers administratifs, droit de recevoir des informations concernant l'enfant, etc.). Par conséquent, on peut dire que ces lois confirment que le parent non gardien n'est pas dépouillé de son droit de participation active aux affaires

²⁶ C. (G.) v. V.-F (T.), (1987)2 R.C.S. 244.

²⁷ Sans multiplier les exemples, voici quelques décisions qui, dans la foulée de l'arrêt C. (G.) v. V.-F. (T.) rappellent expressément ce principe : *Droit de la famille-301*, (1988) R.J.Q. 17 (C.A.); *Droit de la famille-3235*, B.E. 99BE-211 (C.S.); *Droit de la famille-2983*, B.E. 98BE-485 (C.S.); *Droit de la famille-2826*, (1997) R.D.F. 823 (C.S.); *Droit de la famille-2487*, (1996) R.D.F. 617 (C.S.); *Droit de la famille-2473*, (1996) R.D.F. 580 (C.S.); *Droit de la famille-2471*, (1996) R.D.F. 556 (C.S.).

²⁸ Voir *infra* la section « Les incertitudes ».

concernant l'enfant²⁹. En matière de soins médicaux, par exemple, c'est bien le *titulaire* de l'autorité parentale que vise la loi. Or, nous l'avons vu, le parent non gardien demeure titulaire de l'autorité parentale. Cela signifie, pour continuer dans l'exemple des soins médicaux, que le parent non gardien peut valablement consentir à un acte médical pour l'enfant. En effet, le principe de la collégialité dans l'exercice de l'autorité parentale continue à être la règle, même en contexte de séparation ou de divorce. Les seules exceptions à ce principe de la collégialité sont limitativement prévues par la loi. Il s'agit du décès, de l'impossibilité d'agir ou de la déchéance de l'autorité parentale³⁰. Le résultat pratique de cette règle est que, même dans le contexte d'une séparation ou d'un divorce, chacun des parents peut consentir aux soins pour l'enfant. En outre, à l'égard des tiers (médecin, hôpital), cet acte unilatéral est présumé accompli avec l'accord de l'autre parent. Cependant, si un parent non gardien apprend que le parent gardien s'apprête à faire subir une intervention chirurgicale à l'enfant et qu'il n'est pas d'accord avec cette décision, il pourrait valablement signifier son désaccord aux autorités médicales concernées et, dès lors, faire obstacle à l'intervention chirurgicale. C'est là un exemple concret de ce que signifie l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le consentement au mariage en est un autre exemple : l'article 373 *C.c.Q.* prévoit qu'il s'agit d'une prérogative du *titulaire de l'autorité parentale*. Une ordonnance de garde n'a pas pour effet de priver le non-gardien de ce droit. Bien entendu, dans le contexte d'une séparation, tout comme dans le contexte de la famille unie, rappelons qu'à l'égard des tiers de bonne foi, le titulaire qui agit seul est présumé agir avec l'accord de l'autre. Cette règle de la présomption est le corollaire nécessaire du principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

²⁹ Il s'agit des lois suivantes :

- *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 14, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 26, 42, 43, 175, 373, 434, 601, 1459
- *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q. c. A-2.1, art. 53, 94.
- *Loi sur l'assurance-médicaments*, L.R.Q. c. A-29.01, art. 17, 24.
- *Charte de la langue française*, L.R.Q. c. C-11, art. 74.
- *Code de la sécurité routière*, L.R.Q. c. C-24.2, art. 24, 68.
- *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25, art. 776, 779, 818.1, 824, 826, 826.1.
- *Code de procédure pénale*, L.R.Q. c. C-25.1, art. 28.
- *Loi sur le curateur public*, L.R.Q. c. C-81, art. 34, 52.
- *Loi concernant les enquêtes sur les incendies*, L.R.Q. c. E-8, art. 21.1.
- *Loi sur les infractions en matière de boissons alcooliques*, L.R.Q. c. I-8.1, art. 103.2, 103.6.
- *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q. c. I-13.3, art. 13.
- *Loi sur l'instruction publique pour les autochtones Cris, Inuit et Naskapis*, L.R.Q. c. I-14, art. 255.2.
- *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1, art. 1, 91.
- *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q. c. P-39.1, art. 30, 38.
- *Loi sur la recherche des causes et des circonstances des décès*, L.R.Q. c. R-0.2, art. 118.
- *Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*, L.R.Q. c. S-4.1, art. 1.
- *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, art. 12, 21, 25.
- *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris*, L.R.Q. c. S-5, art. 8, 8.1.
- *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elles-mêmes ou pour autrui*, L.Q. 1997 c. 75, art. 8, 19.
- *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.Q. 1998 c. 37, art. 243.

³⁰ Art. 600 *C.c.Q.*

4. Le droit de surveillance, le droit d'opposition et le droit à l'information

Dans le cas d'une ordonnance de garde exclusive sans autre spécification concernant les rôles parentaux, il est incontestable qu'en droit civil, le fait pour le parent non gardien de ne pas être dépouillé de son autorité parentale signifie, à tout le moins, le droit automatique pour ce parent de surveiller la façon dont le parent gardien assume sa charge. Cela implique le droit d'être informé de la situation de l'enfant³¹, soit par le parent gardien, soit par les tiers qui interviennent auprès de l'enfant (on songe ici à la garderie, à l'école, etc.). Ce droit de surveillance du parent non gardien entraîne, bien entendu, le droit pour lui de contester judiciairement les décisions prises par le parent gardien³². L'article 605 *C.c.Q.* mérite d'être reproduit ici :

Que la garde 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.

Certains tribunaux s'appuient sur cette disposition pour conclure que, si le parent non gardien, en droit civil, conserve un droit de surveillance, il faut conclure a contrario qu'il ne conserve pas le droit de participer a priori aux décisions importantes concernant l'éducation de l'enfant³³. Comme nous le verrons dans les pages qui suivent, cette jurisprudence représente un courant minoritaire. Elle entretient cependant cette confusion que nous avons déjà évoquée et qui continue d'exister au Québec à propos du partage réel des responsabilités parentales dans la famille désunie.

B. L'INCERTITUDE : LA PARTICIPATION DU PARENT NON GARDIEN À L'ÉDUCATION DE L'ENFANT

Depuis l'arrêt *W.(V.) c. S.(D.)* de la Cour suprême³⁴ en 1996, il semble acquis que l'attribution de la garde exclusive à un parent implique pour ce dernier le droit de déterminer seul le lieu de résidence de l'enfant lorsque l'ordonnance de garde ne prévoit aucune modalité particulière à ce sujet. Cette solution est généralement appuyée par la doctrine³⁵ et par la jurisprudence³⁶ au Québec. En plus d'être éminemment pratique, elle s'inscrit de façon logique dans le concept de garde tel qu'on le conçoit au Québec. En effet, dans la mesure où, tel qu'expliqué plus haut, la garde constitue l'aspect *physique* de l'autorité parentale, il semble acceptable que le détenteur du droit de garde puisse prendre les décisions en rapport avec le lieu de résidence de l'enfant sous réserve, bien entendu, du droit de contrôle et de contestation du parent non gardien³⁷. Il en va de même des décisions de la vie courante qui appartiennent de toute évidence au parent gardien, tout comme le parent non gardien est amené à prendre ce type de décisions lorsque l'enfant est

³¹ Art. 605 *C.c.Q.*

³² Art. 604 et 612 *C.c.Q.*

³³ Par exemple, dans *Droit de la famille-3055*, (1998) R.D.F. 475 (C.S.), le tribunal, saisi d'une question de choix d'école, décide qu'en droit civil, il appartient au parent gardien, mère ou père, de prendre les décisions qu'il juge appropriées concernant l'éducation de son enfant, notamment en matières religieuses, et que le parent non gardien n'a qu'un droit de surveillance.

³⁴ *W.(V.) c. S.(D.)*, (1996) 2 R.C.S. 108.

³⁵ Voir M. Pratte, *loc. cit.*, et M. Giroux, *loc. cit.*

³⁶ *Droit de la famille-2683*, (1997) R.J.Q. 1752 (C.S.).

³⁷ *Gordon c. Goertz*, (1996) 2 R.C.S. 27.

avec lui pendant l'exercice du droit d'accès. La présence physique de l'enfant implique, on le sait, un certain nombre de « petites » décisions (l'heure du coucher, le choix des divertissements, etc.) que le parent concerné peut prendre seul.

Mais qu'en est-il des *autres* décisions concernant l'éducation, c'est-à-dire les décisions importantes qui dépassent la dimension quotidienne? On pense ici au choix de l'école ou aux orientations majeures affectant le développement de l'enfant, comme par exemple la décision de permettre à un enfant d'investir considérablement son temps et ses énergies à un entraînement sportif intensif ou à une formation culturelle très prenante. Comme nous l'avons évoqué plus haut, un certain courant jurisprudentiel tend à concentrer le pouvoir éducationnel entre les mains du parent gardien, reléguant le parent non gardien au rôle de témoin plus ou moins passif et distant dont l'autorité s'exerce essentiellement à travers son droit d'être informé et de saisir le tribunal, le cas échéant³⁸. Dans cette optique, il appartient à ce parent de faire, devant le tribunal, la démonstration du caractère néfaste de telle ou telle décision du parent gardien. À notre avis, cette approche, qui a entraîné l'implantation au Québec des concepts de « garde légale », « garde physique » et « garde conjointe », est fondée, pour reprendre les propos de l'honorable Albert Mayrand, *sur une erreur de droit*³⁹. En effet, *l'idée d'une concentration du rôle éducatif dans le chef du gardien est étrangère au droit civil québécois*. Comme l'écrivait le juge Lesage il y a déjà plus de dix ans :

En droit civil, la simple ordonnance de garde laisse subsister « *un droit de surveillance* » du parent non gardien auprès du gardien. Le parent non gardien conserve aussi le droit de participer aux décisions qui ne sont pas de nature courante, i.e. les décisions majeures, à moyen et à long terme, tel que le choix de la formation scolaire, religieuse, les traitements médicaux non urgents [...]. *Il n'est pas requis que la garde, dite légale ou non, soit attribuée conjointement pour atteindre ce résultat*⁴⁰.

Par conséquent, l'article 605 *C.c.Q.*, qui autorise le non-gardien à surveiller le parent gardien, n'enlève pas au premier ce droit de participation que le juge Lesage décrit si bien. En effet, si le droit de surveillance vise effectivement la possibilité de contrôler le gardien dans sa gestion quotidienne de l'éducation de l'enfant, il faut rappeler que cet article vise sans distinction les situations où la garde est confiée à un parent et celles où un tiers est désigné gardien. Or il ne fait aucun doute, dans ce dernier cas, que le parent, en sa qualité de titulaire de l'autorité parentale, peut non seulement contrôler le tiers gardien, mais qu'il peut aussi prendre lui-même les décisions majeures à l'égard de l'enfant. La Cour suprême a unanimement établi ce principe dans l'affaire *C. (G.) v. V.-F. (T.)* sous la plume du juge Beetz :

Le gardien exerce un contrôle évident sur le choix des sorties, des loisirs et des fréquentations de l'enfant; il est aussi amené, par sa position privilégiée, à prendre les décisions courantes qui affectent la vie de l'enfant. Privé la majorité du temps de la présence physique de son enfant, le parent non gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien [...].

³⁸ Voir en ce sens *Droit de la famille-3055*, (1998) R.D.F. 475 (C.S.).

³⁹ Dans le même sens, voir *Droit de la famille-2473*, (1996) R.D.F. 580 (C.S.).

⁴⁰ R. Lesage, « Garde ou autorité parentale : l'emprise de la sémantique », (1988) 91 *R. du N.*46, 49.

C'est aussi en sa qualité de titulaire de l'autorité parentale que revient au parent non gardien le droit de déterminer les options majeures relatives à l'orientation de la vie de l'enfant. Ainsi il appartient au père ou à la mère de consentir au mariage d'un enfant mineur et au titulaire de l'autorité parentale d'être consulté sur les conventions matrimoniales projetées [...]. Le titulaire de l'autorité parentale doit aussi consentir aux soins ou traitements requis par son enfant [...]⁴¹.

Étant donné que l'article 605 *C.c.Q.* ne fait aucune distinction entre la situation de la garde confiée à un parent et celle où un tiers est désigné, il faut conclure que ce principe fondamental exprimé dans cet arrêt unanime de la Cour suprême prévaut dans tous les cas. Par conséquent, l'article 605 *C.c.Q.*, loin de restreindre l'exercice de l'autorité parentale du parent non gardien, *ajoute* au contraire un droit : celui de surveiller les décisions prises par le gardien et d'exprimer son désaccord avec celles-ci, même s'il s'agit de décisions que l'on ne peut pas qualifier de majeures. Ce pouvoir supplémentaire est nécessaire pour pallier le fait que, l'enfant se trouvant la plupart du temps chez le parent gardien, l'autre parent n'a plus aucune possibilité de savoir ce qu'il advient de son éducation. Ajoutons à cela que cette interprétation est confortée par le fait que l'article 605 *C.c.Q.* énonce que le non-gardien demeure tenu de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses facultés⁴². Cette décision de la Cour suprême qui rappelle la distinction fondamentale entre « attribution du droit de garde » et « exercice de l'autorité parentale » est en tous points conforme aux enseignements traditionnels du droit civil. Ainsi, au siècle passé, Pierre Basile Migneault écrivait dans son traité de droit civil canadien ce qui suit à propos des effets d'une ordonnance de garde :

[...] comme il faut bien confier la garde des enfants à l'un des époux, on se guide d'après l'avantage de ces enfants. Mais tous les autres droits et devoirs des parents vis-à-vis de leurs enfants restent intacts.⁴³

Trudel va dans le même sens lorsqu'il écrit dans son Traité : « la garde des enfants n'emporte pas l'exercice exclusif de la puissance paternelle. Nonobstant le jugement, les parents conservent envers leurs enfants leurs droits et surtout leurs devoirs naturels⁴⁴. » Au Québec, la jurisprudence majoritaire ainsi que la doctrine acceptent donc l'idée du maintien du droit de participation du parent non gardien aux décisions majeures concernant l'éducation des enfants⁴⁵,

⁴¹ C. (G.) v. V-F. (T.), (1987)2 R.C.S. 244, 282 et 288.

⁴² Dans le même sens, voir M. Giroux, *loc. cit.*

⁴³ P. B. Migneault, *Le droit civil canadien*, T. II, Montréal, C. Théoret éd., 1896, p. 37.

⁴⁴ G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec*, T. II, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 51.

⁴⁵ Citons, parmi d'autres, M. Pratte, qui exprime bien ce principe en écrivant que le parent non gardien peut non seulement prendre les décisions quotidiennes concernant l'enfant à l'occasion de l'exercice de son droit d'accès, « mais aussi doit-il, en principe, être consulté pour toutes les décisions impliquant l'avenir de l'enfant. Il doit consentir, par exemple, aux soins médicaux ou à tout changement d'orientation religieuse ou scolaire » : M. Pratte, « La garde conjointe... », *loc. cit.*, p. 565. Nous ne partageons donc pas du tout l'opinion du juge L'Heureux-Dubé sur cette question lorsqu'elle affirme dans l'arrêt *W.(V.) c. S.(D.)*, (1996) 2 R.C.S. 108 que « [...] tant la doctrine que la jurisprudence confirment que le *Code civil du Québec* retient une conception libérale de la notion de garde [...] qui confère au gardien le pouvoir de prendre seul toutes les décisions au sujet de l'enfant [...] » (par. 70). Qu'il nous suffise de rappeler les dispositions en matière de soins médicaux ou en matière de tutelle pour souligner l'inexactitude d'une telle affirmation. Plus étonnant encore est le fait que celle-ci s'appuie sur l'arrêt *C. (G.) v. V-F. (T.)*, (1987)2 R.C.S. 244 qui pourtant, comme nous l'avons vu, dit le contraire.

même si tous s'accordent pour constater que, de facto, c'est souvent le parent gardien qui assume seul la plupart des décisions éducatives. La très récente décision *Droit de la famille-3331* représente bien cette tendance majoritaire. Le tribunal, accordant la garde des enfants au père, rappelle cependant ceci dans un passage du jugement que nous croyons utile de reproduire ici :

Ceci ne signifie pas pour autant que monsieur pourra imposer ses vues et ses volontés à madame quant à la façon, d'éduquer J... et C... Faut-il se rappeler que l'article 599 *C.c.Q.* fixe notamment l'autorité parentale en ces termes :

Art. 599. Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Ce droit et devoir d'éducation est lié à un but bien précis : élever l'enfant le mieux possible. Le droit et le devoir de garde est lié quant à lui au moyen, à savoir garder l'enfant pour réaliser le but précédent.

C'est ainsi que l'autorité parentale demeure conjointe même si, jusqu'à un certain point, les moyens d'exécution peuvent être individualisés. Chacun doit donc faire en sorte d'amener l'enfant à sa majorité dans les meilleures conditions physiques, morales et mentales.

Les titulaires de l'autorité parentale ont notamment l'obligation de veiller à la santé de l'enfant, à son éducation scolaire, religieuse, professionnelle et morale. Le parent non gardien conserve son autorité parentale et ses droits et obligations à l'endroit de l'enfant même si la garde est confiée à l'autre parent⁴⁶.

Cependant, certains arrêts récents de la Cour suprême ont semé le doute quant à l'état du droit québécois sur cette question de la distribution des rôles parentaux post-séparation. En effet, dans l'arrêt *P.(D.) c. S.(C.)*⁴⁷ prononcé en 1993, la Cour suprême semble indiquer que, sur cette question, le droit québécois ne serait pas différent du droit qui prévaut dans les autres provinces. En outre, elle semble privilégier nettement une approche qui concentre entre les mains du parent gardien l'essentiel des pouvoirs éducatifs, contrairement à sa position unanime dans *C. (G.) v. V.-F. (T.)*. Dans *P.(D.) c. S.(C.)*. L'essentiel du débat dans ces affaires ne portait que sur le critère applicable en matière de droit d'accès. La juge L'Heureux-Dubé estime pourtant qu'il est important d'analyser cette question dans le contexte plus large du droit de garde en général. Ce faisant, elle propose une interprétation du concept civiliste de garde qui réduit le parent non gardien à un observateur distant. Dans une récente étude, la professeure Michelle Giroux démontre bien que, d'une part, l'avis du juge L'Heureux-Dubé ne devrait être considéré

⁴⁶ *Droit de la famille-3331*, J.E. 99-1204 (C.S.).

⁴⁷ *P.(D.) c. S.(C.)*, (1993) 4 R.C.S. 141.

que comme un *obiter dictum*⁴⁸ et, d'autre part, que cette opinion s'appuie sur une série de références doctrinales et jurisprudentielles pour le moins ambiguës et incomplètes⁴⁹.

Plus tard, en 1996, la Cour rend deux décisions importantes concernant le droit du parent gardien de déménager avec l'enfant alors qu'une telle décision peut mettre en péril le droit d'accès de l'autre parent⁵⁰. Reprenant son analyse proposée dans les arrêts de 1993, l'honorable L'Heureux-Dubé réitère, mais au nom de la Cour unanime cette fois, son interprétation large de la notion de garde en droit québécois. Ici encore, cette affirmation générale devrait pouvoir être considérée comme simple *obiter* car, en réalité, la seule question posée était celle du pouvoir du parent gardien relativement au lieu de résidence de l'enfant. De plus, dans le droit québécois tout comme dans celui des autres provinces, il est acquis que ce pouvoir appartient effectivement au parent gardien. Il n'était donc pas nécessaire d'étendre cette affirmation aux autres domaines de décisions parentales.

Nous partageons dès lors l'opinion de M. Giroux selon laquelle l'arrêt C. (G.) v. V.-F. (T.) de 1987 représente encore et toujours l'état de la jurisprudence de la Cour suprême en ce qui regarde la question du pouvoir du parent non gardien de participer aux décisions éducationnelles. Réduire le parent non gardien au rôle de simple contrôleur à distance, comme le fait en *obiter* la Cour suprême dans ces quelques arrêts de 1993 et de 1996, n'est tout simplement pas conforme à l'état du droit civil québécois qui, au contraire, comme nous l'avons déjà souligné, est fondamentalement basé sur une philosophie de coparentalité après la rupture du couple. Cependant, il faut bien constater que ces dernières décisions de la Cour suprême sèment pour le moins la confusion en la matière.

On comprend donc qu'il y ait au Québec deux courants jurisprudentiels contradictoires, le premier reléguant le parent non gardien au rôle de surveillance⁵¹, le deuxième (majoritaire, si l'on se fie aux jugements publiés⁵²) permettant à ce parent d'assumer plus activement son rôle d'éducation et affirmant expressément son droit de participer aux décisions majeures concernant l'enfant⁵³.

⁴⁸ Ce constat vaut à plus forte raison en ce qui concerne l'analyse que fait la juge L'Heureux-Dubé de la notion civiliste de garde dans l'arrêt *Young c. Young* qui fut rendu le même jour, puisque cette décision ne portait pas sur le droit québécois mais plutôt sur le droit fédéral du divorce. Quelques années plus tard, l'honorable juge propose à nouveau, en *obiter*, une interprétation de la notion de garde en common law et en droit civil qui concentre entre les mains du parent gardien tous les pouvoirs décisionnels.

⁴⁹ M. Giroux, *loc. cit.*, p. 366 et ss.

⁵⁰ *Gordon c. Goertz; S.(D.) c. W.(V.)*.

⁵¹ Exemple : *Droit de la famille-3055*, (1998) R.D.F. 475 (C.S.).

⁵² Étant donné que le nombre de décisions publiées dans les recueils de jurisprudence est infime par rapport au nombre de décisions rendues, nous sommes bien conscients de la fragilité du qualificatif « majoritaire ».

⁵³ Exemple : *Droit de la famille-2473*, [1996] R.D.F. 580 (C.S.). Voir également *Droit de la famille - 3235*, B.E. 99BE-211 (C.S.), où le tribunal souligne que le père non gardien a conservé la totalité de son autorité parentale même s'il n'a pas la garde des enfants et qu'il doit être consulté pour toutes les décisions importantes concernant le bien-être des enfants. En l'espèce, l'ex-épouse avait pris seule des engagements financiers dont le père estime les coûts trop élevés. Comme la mère n'avait pas obtenu le consentement du père, le tribunal estimait qu'elle doit assumer seule les conséquences de ses décisions. Au même effet, en matière de choix d'une école privée et des frais reliés à un tel choix unilatéral, voir *Droit de la famille-2826*, (1997) R.D.F. 823 (C.S.).

C. LE POINT DE VUE DES PROFESSIONNELS DU DROIT DE LA FAMILLE

La confusion dont nous venons de faire état se reflète également auprès des praticiens du droit de la famille, particulièrement depuis les dernières décisions de la Cour suprême. Certains d'entre eux estiment qu'en droit québécois, le parent non gardien continue à pouvoir participer aux décisions majeures concernant les enfants, alors que d'autres croient que l'ordonnance de garde exclusive ne laisse subsister qu'un droit de contrôle pour le parent non gardien. On peut donc dire que, même au sein des professionnels de ce secteur du droit, les opinions sont très partagées quant aux effets réels d'une ordonnance de garde exclusive. Par exemple, à propos de la question très pratique du choix des écoles, certains professionnels estiment que le parent non gardien peut participer à cette décision, alors que d'autres sont persuadés que, dans l'état actuel du droit, une telle décision appartient au parent gardien, dont la décision ne peut être contestée que devant un tribunal.

À ce sujet, peu de praticiens font une distinction entre les dossiers de divorce et les dossiers de parents non mariés. Il faut souligner aussi qu'une grande majorité des justiciables, de même que de nombreuses institutions d'éducation (écoles, garderies, etc.) vivent dans l'idée que le pouvoir décisionnel n'appartient qu'au parent gardien. Il y aurait donc un important hiatus entre, d'une part, la solution théorique du droit civil québécois, qui privilégie la coparentalité, et, d'autre part, la perception des effets d'une ordonnance de garde exclusive qu'ont la plupart des justiciables ainsi que plusieurs professionnels et plusieurs juges. D'après ce second point de vue, le non-gardien est de facto dépouillé de son rôle parental actif en dehors des périodes d'exercice de son droit de visite ou de sortie, alors que le parent gardien peut faire à peu près ce qu'il veut en matière d'éducation des enfants.

Que ce soit pour éviter la concentration du pouvoir décisionnel entre les mains d'un seul parent⁵⁴ ou tout simplement pour évacuer toute ambiguïté sur la question⁵⁵, les tribunaux n'hésitent pas à rendre des ordonnances de garde légale conjointe ou d'exercice conjoint de l'autorité parentale⁵⁶. Le dispositif dans *Droit de la famille-2487* est révélateur de cette tendance. Dans cette décision, le tribunal indique : « Reminds both parents that the law provides for the joint exercise of parental authority ».

Depuis quelques années déjà, l'incertitude qui entoure les effets juridiques des ordonnances de garde incite également les professionnels du droit familial à insérer dans les conventions de séparation et de divorce des clauses très précises relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale (choix des écoles, lieu de résidence, organisation des activités parascolaires, etc.). Le but de telles clauses, qui vont généralement dans le sens d'une plus grande participation

⁵⁴ *Droit de la famille – 3302*, J.E. 99-1024 (C.S.); *Droit de la famille – 2756*, B.E. 97BE-738 (C.S.); *Droit de la famille – 2384*, [1996] R.J.Q. 912 (C.S.); *Droit de la famille – 2678*, [1997] R.D.F. 354; *Droit de la famille – 2330*, [1996] R.D.F. 76 (C.S.).

⁵⁵ Les tribunaux rappellent régulièrement le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale : *Droit de la famille – 2473*, [1996] R.D.F. 580 (C.S.); *Droit de la famille – 2471*, [1996] R.D.F. 556 (C.S.) (« En attribuant la garde uniquement à Mme P..., tous les attributs de l'autorité parentale sont conservés au père concernant les questions importantes touchant son enfant. »); *Droit de la famille – 2487*, [1996] R.D.F. 617 (C.S.); *Droit de la famille – 2199*, [1995] R.D.F. 415 (C.S.).

⁵⁶ La seule distinction entre ces deux types d'ordonnance est que l'ordonnance de garde légale conjointe confère aux deux parents le droit de participer aux décisions concernant le lieu de résidence de l'enfant.

du parent non gardien, est de rendre les choses plus claires et plus prévisibles et de sensibiliser les justiciables à leur rôle parental après la séparation. Ces clauses n'ont souvent pour objet que d'affirmer expressément le principe de la coparentalité, ce qui démontre bien que, dans l'esprit des professionnels, ce principe légal n'est pas acquis. Voici deux exemples de ce genre de clauses. Le premier est proposé par la Formation permanente du Barreau du Québec et le second est tiré d'une convention entérinée par la Cour d'appel :

1. Les époux continueront d'exercer conjointement l'autorité parentale à l'égard des enfants et, sans limiter la généralité de ce qui précède, sur toutes les questions d'importance concernant la religion, l'éducation, la santé, les soins médicaux, le bien-être des enfants, le lieu de résidence, le choix des écoles, les époux se consulteront et décideront ensemble des mesures les plus appropriées et ce dans le meilleur intérêt des enfants⁵⁷.
2. [...] avec droits d'accès généreux établis par entente entre les parties et participation conjointe aux décisions concernant les enfants incluant directement ou indirectement la santé, l'éducation, les activités parascolaires ainsi que ce qui concerne le bien-être des enfants et chaque partie informera et consultera l'autre relativement à tout autre sujet relatif à la santé, le progrès éducatif et généralement le bien-être des enfants⁵⁸.

Les contradictions de la jurisprudence expliquent en bonne partie le recours fréquent à ce type de clauses conventionnelles. De plus, la popularité grandissante de la médiation familiale favorise également de tels arrangements conventionnels.

En résumé, il est possible d'affirmer que la perception qu'ont les professionnels des effets d'une ordonnance de garde exclusive n'est pas univoque. C'est précisément cette ambivalence et la volonté de sortir d'un tel état d'incertitude qui amènent la plupart d'entre eux à tenter de clarifier les choses par la voie consensuelle. L'ambivalence porte essentiellement sur leur compréhension du partage des responsabilités parentales après la séparation et sur la portée réelle de la notion d'exercice conjoint de l'autorité parentale.

D. LA TERMINOLOGIE

Malgré les apparences, la critique de la terminologie (« garde », « accès ») dans les provinces anglophones dépasse le simple souci de ne pas exacerber les débats judiciaires et d'écartier des termes qui, selon certains, auraient des relents carcéraux. La critique de la terminologie actuelle n'est pas neutre. En réalité, elle reflète le rejet de la formule traditionnelle de concentration des pouvoirs parentaux dans le chef du parent gardien. Cette critique met de l'avant l'importance d'adopter une quelconque formule de collaboration dans l'éducation des enfants et donc de partage de la responsabilité parentale en dépit de la rupture conjugale.

On ne peut pas dire que la question de la terminologie en matière de droit de garde ait donné lieu à beaucoup de débats au Québec. Cela s'explique sans doute parce que, n'étant qu'un élément

⁵⁷ Formation permanente du Barreau du Québec, séminaire donné par M^e S. Anfousse, *Rédaction des conventions de séparation et de divorce*, Montréal, hiver 1999, p. 11.

⁵⁸ *Droit de la famille-2962*, J.E. 98-1443 (C.A.), cité par M. Tétrault, Aide juridique Sherbrooke, *Garde partagée. Opinions partagées*, mai 1999 (document dactylographié que je remercie l'auteur de m'avoir communiqué).

du concept plus large d'autorité parentale, la notion de garde en droit québécois n'affecte pas cette autorité dans son essence même et que, par voie de conséquence, elle est sans doute moins chargée émotivement. La notion de « garde » ainsi que la notion de « droit de visite et de sortie » (d'origine jurisprudentielle) sont profondément ancrées dans la population ainsi qu'au sein des professionnels du droit de la famille. Certes, plusieurs avocats sont d'avis que, pour de nombreux pères « non gardiens », la notion de garde peut être ressentie comme négative. Mais, en réalité, ce n'est pas tant la terminologie utilisée que la portée de son contenu qui pose problème : quel est le rôle précis du parent non gardien? Voilà la question que se posent les justiciables. La confusion entourant les effets juridiques de l'attribution de la garde exclusive, dont nous avons abondamment fait état, explique en grande partie, là où elle existe, l'insatisfaction à l'égard de la terminologie elle-même. Le sentiment majoritaire au Québec est cependant qu'un changement de la terminologie légale ne changera pas le fond de la question et que le véritable problème est celui de l'éducation des parents et de la perception sociale des rôles parentaux. À cet égard, je partage l'opinion de B. Cossman et de R. Mykitiuk qui écrivent :

There is, equally, reason to be concerned that the new language will become as loaded as the old, since it is not the language per se that is at issue, but rather, the restructuring of parent-child relationships⁵⁹.

Si les termes sont problématiques en raison de leur contenu incertain, en toute logique il suffit, dès lors, de clarifier ce contenu pour éliminer l'essentiel du problème. C'est précisément ce que font, dans le cadre des ententes de séparation, un nombre croissant d'avocats sensibilisés à cette question. L'analyse de clauses usuelles permet de constater que les parties ont de plus en plus recours aux notions de « garde légale conjointe » ou d'« exercice conjoint de l'autorité parentale », non seulement pour clarifier le partage des responsabilités, mais également pour éviter les inconvénients rattachés à la notion trop catégorique de « garde ». De plus, ces expressions (surtout la notion de « garde conjointe ») permettent, lorsqu'elles sont bien expliquées, de lever toute ambiguïté dans les rapports de chaque parent avec les tiers, que ce soit l'école, l'hôpital ou la garderie.

On constate également que de plus en plus de professionnels tentent d'éviter le terme « garde », lui préférant la notion d'exercice d'autorité parentale, jumelée à des expressions qui permettent de régler l'aspect de la présence physique de l'enfant. On trouvera ainsi, pour remplacer les termes « garde, accès et/ou visite » des expressions comme « horaire de l'enfant », « partage de la résidence de l'enfant », « l'enfant est *avec Monsieur* de telle date à telle date et *avec Madame* de telle date à telle date », « temps de garde », etc. L'utilisation de ce type d'expressions nécessite, bien entendu, que soient spécifiées les modalités précises concernant aussi bien la présence de l'enfant que la prise de décisions à son égard. Il n'est, dès lors, pas surprenant de constater que les conventions sont généralement très détaillées sur cette question.

E. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA SOLUTION QUÉBÉCOISE

Pour les fins de l'analyse des avantages et des inconvénients de la notion d'exercice conjoint de l'autorité parentale, je prends désormais pour acquis que l'état actuel du droit québécois se décrit

⁵⁹ B. Cossman et R. Mykitiuk, «Reforming Child Custody and Access Law in Canada: A Discussion Paper», (1998) 15 *Can. J. Fam L.*, 13, p. 22.

ainsi : l'attribution de la garde exclusive d'un enfant à un seul parent n'affecte pas les autres aspects de l'autorité parentale. Celle-ci continue donc, tout comme la tutelle, d'être exercée conjointement par les parents séparés ou divorcés. Rappelons que le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale signifie que le parent non gardien peut non seulement se tenir informé de l'éducation et de l'évolution de son enfant, mais qu'il peut, en plus, participer aux décisions majeures concernant cette éducation⁶⁰. Selon ce principe, le parent non gardien ne peut être réduit au statut de simple témoin passif de l'évolution et de l'éducation de l'enfant. Au contraire, malgré la séparation, il demeure un rouage actif de cette éducation.

L'inconvénient de la solution actuelle du droit québécois est tout simplement de ne pas être suffisamment claire dans l'esprit du public et au sein du milieu judiciaire, comme en témoigne la polémique concernant le pouvoir de participation a priori du non-gardien aux grandes décisions relatives à l'éducation. Pour ma part, j'ai déjà suggéré que la loi québécoise soit modifiée afin de lever toute incertitude à propos du principe légal de l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁶¹. Pour le reste, l'évaluation que l'on fait des avantages et des inconvénients de cette notion dépend en grande partie de la conception que l'on se fait du partage des rôles parentaux dans le cadre de la famille désunie. C'est ainsi que ce qui apparaît comme un avantage pour certains pourrait bien être ressenti comme un inconvénient pour d'autres. Par exemple, le principe selon lequel, le père non gardien a le droit de participer au choix de l'école de son enfant peut, selon les cas et selon la position dans laquelle on se trouve, être considéré comme une bonne ou une mauvaise chose.

Pour les fins de cette analyse, prenons comme point de départ que le principe d'une certaine coparentalité post-séparation ou post-divorce est généralement souhaitable socialement. À partir de ce présupposé, comment peut-on évaluer les avantages de la solution du droit québécois?

En cas d'attribution de la garde à un seul parent, l'avantage le plus évident du principe du maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale est de ne pas évacuer le parent non gardien comme coresponsable de l'éducation de l'enfant. Cela ne signifie pas (et c'est un autre avantage) que les parents sont sur un pied d'égalité : l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans le contexte d'une séparation n'implique pas que l'on impose un *modus vivendi* artificiel, ni que l'on force les parents à être de parfaits collaborateurs. En effet, l'exercice conjoint de l'autorité parentale, jumelé à l'exercice conjoint de la tutelle, signifie seulement que les décisions *majeures* concernant les enfants doivent faire l'objet d'une concertation parentale. En cela, la loi ne fait que reproduire le *modus vivendi* de la plupart des familles *ante* séparation. En effet, dans la plupart des familles non séparées, les décisions majeures concernant les enfants sont généralement prises de concert par les parents.

Par contre, le choix de la résidence, les soins quotidiens et les décisions au jour le jour sont laissés à la discrétion du parent gardien. Le parent non gardien dispose, à l'égard de ces décisions, d'un droit à l'information et d'un droit de contrôle a posteriori (c'est-à-dire le droit de contester ces décisions lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie).

⁶⁰ *Droit de la famille-1884*, J.E. 93-1848 (C.A.).

⁶¹ D. Goubau, « L'intérêt de l'enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », (1996)13 *Can. J. Fam. L.*, 11-48.

Il faut rappeler que le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale est complété par la règle selon laquelle le parent qui agit seul est présumé, à l'égard des tiers de bonne foi, agir avec le consentement de l'autre parent. Ce principe fondamental permet, dès lors, au parent gardien de prendre en toute légalité les décisions concernant l'enfant, même lorsqu'il s'agit de décisions importantes (sauf, bien entendu, si ce parent gardien connaît l'opposition de l'autre parent à l'égard d'une telle décision). Cela signifie donc qu'en ce qui concerne les décisions majeures, la concertation est la règle, mais que, si, dans les faits, le parent non gardien ne se prévaut pas de ce droit, le parent gardien n'est pas pour autant empêché d'agir. Il est donc possible d'affirmer que « l'exercice conjoint de l'autorité parentale permet aux deux parents de prendre ensemble les décisions concernant l'enfant, mais sans entraver la liberté d'action du parent gardien »⁶². En ce sens, la notion d'exercice conjoint de l'autorité parentale, jumelé à la règle de la présomption de collégialité à l'égard des tiers de bonne foi, représente une solution éminemment pratique et juste.

Enfin, rappelons que la règle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'est pas absolue. Comme nous l'avons vu, le droit québécois n'évacue pas la possibilité pour le tribunal ou pour les parties elles-mêmes de trouver un aménagement différent des rôles parentaux lorsque l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'est pas la solution adéquate. En effet, le tribunal, de même que les parties, peut soit mettre de côté le principe de la coparentalité, soit l'intensifier (par exemple, en l'étendant à *toutes* les décisions concernant l'enfant, incluant celles qui ne peuvent pas objectivement être qualifiées de *majeures*).

Pour toutes ces raisons, la solution du droit québécois pourrait effectivement représenter une avenue intéressante dans le cadre d'une réforme de la *Loi sur le divorce* qui serait axée sur le principe d'un meilleur équilibre des rôles parentaux après le divorce. Il suffirait pour cela :

- d'introduire dans la législation du divorce une distinction entre la notion de garde et celle d'autorité parentale;
- d'affirmer le principe de l'exercice conjoint de l'autorité post-divorce, sauf si l'intérêt de l'enfant dicte une solution différente;
- d'établir la présomption selon laquelle chaque parent agit avec l'accord de l'autre à l'égard des tiers de bonne foi.

Je signale, en passant, que la distinction entre « garde » et « autorité » n'est d'ailleurs pas totalement étrangère au droit de certaines provinces canadiennes. Quelques législations (en Ontario, par exemple) font déjà une distinction entre « custody » et « guardianship », cette dernière notion se rapprochant, sous certains aspects, de la notion civiliste d'autorité parentale.

F. LE DROIT COMPARÉ : EXISTE-T-IL UNE APPROCHE « CIVILISTE » DU PARTAGE DES RÔLES PARENTAUX?

Nous avons vu qu'au Québec, l'organisation légale des rôles parentaux après la rupture du couple est fondamentalement basée sur une philosophie de coparentalité. En cela, il est exact de

⁶² M. Giroux, *loc. cit.*, p. 377.

dire que le droit québécois offre une vision radicalement différente de celle qui prévaut généralement dans le droit des autres provinces. Albert Mayrand exprimait bien cette idée lorsqu'il écrivait, en référant au principe du monopole d'autorité du parent gardien que l'on retrouve dans les provinces de common law, que « au Québec, où le droit est un élément important de notre société distincte, le *Code civil* pose un principe différent : en dépit d'un divorce ou d'une séparation, même le parent non gardien conserve, dans la mesure du possible, l'exercice de son autorité parentale »⁶³.

S'il existe ainsi une approche *québécoise* distincte, on ne peut pas dire pour autant qu'il existe une *tradition civiliste* de coparentalité post-séparation. En effet, comme nous l'avons rappelé plus haut, cette idée est assez récente au Québec, dont le droit a longtemps concentré l'essentiel de l'exercice de l'autorité parentale entre les mains du *pater familias*. Un coup d'œil sur le droit traditionnel d'autres juridictions civilistes permet également de constater que le principe de la coparentalité en cas de rupture de couple conjugal n'a pas toujours été la règle. Ainsi, le *Code civil* français a longtemps retenu le principe de l'exercice exclusif de l'autorité parentale par le parent gardien en cas de divorce ou de séparation de corps. L'ancien article 273-2, al. 1 du *Code civil* français se lisait ainsi : « Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre. » Le *Code civil du Québec* n'a, par contre, jamais eu une telle disposition.

Cependant, ces dernières années, de nombreux pays de tradition civiliste ont connu des réformes importantes en la matière et se sont résolument engagés dans la voie de la coparentalité. En ce sens, on peut dire que l'on assiste actuellement à une tendance lourde, dans les pays de droit civil, en faveur d'un rééquilibrage des responsabilités parentales dans le cadre des séparations et divorces. Nous illustrerons sommairement cette tendance à la lumière des récents développements législatifs en France, en Belgique, en Allemagne et aux Pays-Bas, qui sont des juridictions de tradition civiliste.

En France, les réformes de 1987 et de 1993 ont renversé l'ancienne règle du monopole de l'exercice de l'autorité parentale pour lui substituer celle de l'exercice conjoint de cette autorité. L'art. 287 du *Code civil* français se lit actuellement comme suit :

(L 93-22 du 8 janvier 1993, art. 3.6) L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, *le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle*. (nous soulignons)

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

⁶³ A. Mayrand, « La garde conjointe... », *loc. cit.*, p. 38.

On remarquera que la réforme s'étend également à la terminologie puisque le terme « garde » disparaît au profit de l'expression plus neutre « le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. » Dans la pratique, il semblerait que les juristes français ont régulièrement recours aux termes « parent résidentiel » et « parent non résidentiel » pour désigner le gardien et le non-gardien⁶⁴.

Le droit belge a connu la même évolution que le droit français. La loi belge du 13 avril 1995 a, en effet, mis fin au principe des pouvoirs exclusifs du parent gardien en prônant la règle de la continuation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale malgré la rupture du couple. La nouvelle législation⁶⁵ prévoit cependant que le tribunal peut s'écarter de cette règle lorsque la coparentalité n'est pas la solution adéquate dans un cas particulier. Le juge peut alors aménager l'exercice de l'autorité parentale selon des modalités qu'il lui appartient de préciser. En d'autres mots, si la coparentalité est la règle, il peut y avoir des exceptions, dictées essentiellement par le meilleur intérêt de l'enfant concerné. Mais, comme le souligne l'auteure J. Sosson, dans cet exercice, les magistrats doivent « respecter la priorité légalement exprimée autant que faire se peut et dans les limites de ce qui est opportun dans chaque cas d'espèce. »⁶⁶ Il y a donc bel et bien un parti pris du législateur en faveur de la coparentalité. Il est intéressant de constater que cette réforme en Belgique s'est également accompagnée d'un changement dans la terminologie légale. Le *Code civil* belge prévoit que, dans tous les cas, « le juge détermine les modalités d'hébergement de l'enfant et le lieu où il est inscrit à titre principal dans les registres de la population. »⁶⁷ Cela signifie que, lorsque l'exercice de l'autorité est conjointe (ce qui, rappelons-le est la règle), la notion de « garde » n'est plus de mise puisqu'il y a « deux parents qui continuent à exercer en commun l'autorité parentale et qui hébergent chacun l'enfant à des moments précisés dans le jugement ou l'ordonnance. »⁶⁸ Certains juges prévoient que « l'hébergement principal » de l'enfant sera assuré par tel parent alors que l'autre parent assumera « l'hébergement secondaire ou subsidiaire. » Le terme « hébergement » plutôt que « garde » prend son sens dans un système d'exercice conjoint de l'autorité parentale. En effet, cette terminologie indique bien que, quels que soient les arrangements relatifs à la présence physique de l'enfant, le droit d'éduquer celui-ci ne s'en trouve pas pour autant affecté. Cette terminologie ne fait cependant pas l'unanimité auprès des juristes belges, dont certains lui préfèrent encore le terme traditionnel de « garde »⁶⁹. Dans les cas où le tribunal décide d'accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale à un seul parent, la loi prévoit que le juge peut aménager « les modalités du droit aux relations personnelles » de l'autre parent⁷⁰. On remarque qu'ici encore le législateur a opéré un changement de terminologie en évacuant l'expression « droit de visite » au profit de la notion plus neutre et plus moderne de « relations personnelles ».

⁶⁴ J. Sosson, « L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité », (1996) 1 *Revue trimestrielle de Droit de Louvain*, 115, p. 148.

⁶⁵ Art. 374 et 376 nouveaux du *Code civil* belge.

⁶⁶ J. Sosson, *loc. cit.*, p. 147.

⁶⁷ Art. 374, al. 5 *Code civil* belge.

⁶⁸ J. Sosson, *loc. cit.*, p. 148 et ss.

⁶⁹ J.-L. Renchon, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », (1995) *Revue trimestrielle de droit familial*, 380.

⁷⁰ Art. 374, al. 4 *Code civil* belge.

Le *Code civil* allemand a également été modifié substantiellement par les très récentes réformes en droit familial. Le *Parentage Law Reform Act*⁷¹, qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998, rompt avec la position traditionnelle du droit allemand en établissant désormais le principe de la coparentalité en cas de séparation des parents. Comme l'indique le professeur R. Frank, « exclusive custody now represents the exception to the rule of joint custody »⁷². Cette notion de garde implique, en vertu du *Code civil* allemand, que les décisions importantes concernant l'enfant doivent être prises conjointement par les deux parents⁷³.

Enfin, les Pays-Bas ont connu récemment des réformes dans le même sens. En effet, le 1^{er} janvier 1998, sont entrées en vigueur les modifications au *Code civil* néerlandais prévoyant qu'en cas de divorce ou de séparation, la garde conjointe, dans le sens « exercice conjoint de l'autorité parentale »⁷⁴ est désormais la règle et la garde exclusive l'exception. Même si, selon certains observateurs comme C. Forder, « it seems clear, given the fact that less than one in five couples requested joint custody under the old system, that the new provisions make joint custody a largely symbolic matter »⁷⁵, il n'en demeure pas moins que voici un autre pays de tradition civiliste à joindre le rang des juridictions mettant de l'avant l'idée d'un rééquilibrage des rôles parentaux après la rupture afin de ne plus écarter systématiquement un des parents. Les motifs qui ont amené le gouvernement des Pays-Bas à procéder à cette réforme sont, d'une part, la volonté de l'État de s'immiscer le moins possible dans la vie familiale et, d'autre part, d'éviter que l'ancienne règle de l'autorité exclusive puisse jouer comme obstacle dans le processus de médiation des parents en instance de rupture⁷⁶.

En conclusion de ce survol de droit comparé, il est possible de constater que ces pays de droit civil, qui traditionnellement favorisaient le principe de la concentration des pouvoirs parentaux entre les mains du parent gardien, ont, dans les récentes années, adopté une vision plus moderne des rôles parentaux post-divorce. Ils ont réhabilité le parent non gardien dans son statut de coresponsable de l'éducation des enfants, tout en affirmant que la notion d'intérêt de l'enfant doit présider aux décisions qui le concerne et que cela peut, dans certains cas, signifier l'exercice de l'autorité parentale par le seul parent gardien.

⁷¹ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG), BGBI. I 1997, n°. 84 du 19 décembre 1997.

⁷² R. Frank, « Parentage Law Reform », dans *The International Survey of Family Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publ., 1999, p. 170 et ss.

⁷³ Art. 1687 I, 1 du *Code civil* allemand (BGB).

⁷⁴ 'Gezamenlijk ouderlijk gezag' de l'article 1 :252, al. 2 nouveau du *Code civil* néerlandais.

⁷⁵ C. Forder, « An Undutchable Family Law : Partnership, Parenthood, Social Parenthood, Names and Some Article 8 ECHR Case Law », dans *The International Survey of Family Law*, The Hague, Martinus Nijhoff Publ., 1999, p.287-288.

⁷⁶ En ce sens, J. De Boer, « Familie rechtelijke vernieuwingen », (1998)1 *NBJ*, p. 5.