

**LA GARDE D'ENFANTS ET LE DROIT D'ACCÈS**

**Kristen Douglas**  
**Division du droit et du gouvernement**

**Juillet 1997**



Bibliothèque  
du Parlement  
Library of  
Parliament

**Direction de la  
recherche parlementaire**

**La Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, elle assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.**

**THIS DOCUMENT IS ALSO  
PUBLISHED IN ENGLISH**

## TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION.....	1
LA LÉGISLATION TOUCHANT LA GARDE ET LE DROIT D'ACCÈS .....	1
A. Le cadre législatif.....	1
B. La <i>Loi sur le divorce</i> – Demandes visant la garde et l'accès .....	3
C. « L'intérêt de l'enfant » et les autres critères utilisés pour la garde et le droit d'accès..	5
D. Garde conjointe ou garde exclusive .....	7
E. Les arrangements touchant l'accès et les droits du parent ayant le droit d'accès.....	9
F. L'exécution des ordonnances touchant la garde et le droit d'accès.....	11
NOUVELLES ORIENTATIONS POLITIQUES.....	13
A. Un comité parlementaire mixte sur la garde d'enfants et le droit d'accès.....	14
B. Questions en suspens.....	14
CONCLUSION.....	15
BIBLIOGRAPHIE .....	17



CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT  
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

## LA GARDE D'ENFANTS ET LE DROIT D'ACCÈS

### INTRODUCTION

L'adoption de la première *Loi sur le divorce* fédérale, en 1968, a permis à un nombre beaucoup plus grand de Canadiens de divorcer<sup>(1)</sup>, ce qui a multiplié les conflits concernant la garde des enfants et le droit d'accès (ou droit de visite). Au Canada, près de 40 p. 100 des mariages se soldent maintenant par le divorce, ce qui affecte des milliers d'enfants. Les experts en santé mentale peuvent le prouver : les tiraillements des parents, pendant et après la séparation, ont des répercussions à long terme sur leurs enfants. Certains parents peuvent régler rapidement, avec peu ou point d'acrimonie, les questions relatives à la garde et au droit d'accès, alors que d'autres s'enlisent dans des conflits à long terme qui ne sont jamais résolus. Dans le présent document, nous examinons la législation relative à ces questions au Canada, en accordant une attention particulière aux mesures fédérales, ainsi que certaines questions juridiques connexes comme celles de l'enlèvement d'enfants et des mesures d'exécution. Nous analysons également un certain nombre de nouvelles options pour le Canada sur le plan législatif et celui des politiques.

### LA LÉGISLATION TOUCHANT LA GARDE D'ENFANTS ET LE DROIT D'ACCÈS

#### A. Le cadre législatif

Le droit de la famille fait l'objet d'une responsabilité législative partagée au Canada. La *Loi constitutionnelle de 1867* réserve le domaine du divorce au Parlement fédéral,

---

(1) De 1991 à 1994, il y a eu plus de 77 000 divorces par année au Canada. Statistique Canada, « Divorces, Canada, provinces et territoires » [en ligne].  
Accessible à l'adresse : [http://www.statcan.ca:80/français/Pgdb/People/famili\\_f.htm](http://www.statcan.ca:80/français/Pgdb/People/famili_f.htm) [24 juillet 1997].

mais elle accorde aux assemblées législatives provinciales le pouvoir de légiférer en ce qui touche la propriété et les droits civils. Le Parlement a compétence exclusive pour établir les règles juridiques de fond en matière de divorce, qui visent notamment des questions subsidiaires comme la garde des enfants et le droit d'accès. La législation provinciale, dans le secteur du droit de la famille, couvre toutes les situations liées à la séparation des conjoints de fait; elle s'applique également à des questions comme la répartition des biens, l'exécution des obligations alimentaires et autres, ainsi que le soutien et la garde dans les cas de séparation de couples mariés ou non, mais qui ne demandent pas le divorce. La loi provinciale régit en outre l'adoption et la protection des enfants, le changement de nom et d'autres éléments liés à l'administration des tribunaux. Les mesures législatives en matière de droit de la famille pouvant aisément faire double emploi, la plupart des initiatives de réforme sont le résultat d'efforts coordonnés du fédéral, des provinces et des territoires. Il n'en demeure pas moins qu'il existe des différences importantes d'une province à l'autre pour ce qui regarde les dispositions législatives à ce chapitre.

Au Canada, les conflits intéressant la garde d'enfants et le droit d'accès peuvent être résolus par l'application de la *Loi sur le divorce*<sup>(2)</sup> fédérale, si l'instance est introduite dans le contexte d'une demande de divorce; dans les autres cas, c'est la législation du droit de la famille de la province ou du territoire qui s'applique. Le fait que ces lois s'appliquent dans les situations en question ne signifie pas, cependant, que les décisions reviennent toujours à des juges. En effet, dans la plupart des cas, ce sont les parents qui s'entendent entre eux, avec ou sans l'aide d'avocats, de médiateurs ou de travailleurs sociaux. Il est très rare que les tribunaux soient appelés à prendre la décision finale en matière de garde.

La garde d'enfants est une notion large qui embrasse tous les droits et obligations ayant un rapport avec l'enfant ou les enfants d'un mariage. Pendant le mariage, les deux parents jouissent également de ces droits. En cas de séparation ou de divorce, les droits et obligations sont habituellement répartis entre les deux parents; la plupart du temps, l'un a la garde et fournit la résidence principale de l'enfant, tandis que l'autre jouit du droit d'accès ou de visite et du droit d'être informé. Cet aspect du droit de la famille est peut-être le plus délicat, compte tenu de la charge émotionnelle de la situation ainsi que des conséquences sérieuses d'une décision qui peut

---

(2) *Loi sur le divorce*, LRC 1985, chap. 3 (2<sup>e</sup> Suppl.), modifiée.

être perçue par le conjoint n'ayant pas la garde comme une intervention destinée à lui « arracher » son enfant. C'est lorsque les parents sont incapables de résoudre leurs conflits, ou à tout le moins d'empêcher leurs enfants d'y être entraînés, que le divorce risque le plus d'avoir des conséquences néfastes.

### **B. La *Loi sur le divorce* — Demandes visant la garde et l'accès**

La garde des enfants et l'accès auprès de ces enfants constituent deux types de mesures accessoires qu'un tribunal peut décréter en vertu des articles 15 à 19 de la *Loi de 1985 sur le divorce*. Les mesures accessoires peuvent être demandées par l'un des époux dans sa demande de divorce, ou par l'autre époux dans une demande reconventionnelle en divorce. En plus d'accorder le divorce, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance pour les aliments des enfants ou de l'autre époux, ou pour la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux ou l'accès auprès de ces enfants, ou encore une ordonnance qui modifie une ordonnance alimentaire ou de garde.

Les demandes visant la garde ou l'accès sont présentées en vertu de l'article 16 de la *Loi sur le divorce*, soit par l'un ou l'autre des époux, soit par une autre personne qui a obtenu à cette fin l'autorisation du tribunal<sup>(3)</sup>. On peut également rendre ces ordonnances à titre provisoire, en attendant une décision définitive; dans certains cas, l'ordonnance peut prévoir la garde commune au lieu de la garde par un seul des époux. En vertu du paragraphe 16(5), l'époux qui obtient le droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant. En rendant une ordonnance touchant la garde et l'accès conformément aux paragraphes 16(8) et 16(9), le tribunal tient compte de l'intérêt de l'enfant en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation; il ne tient pas compte de la conduite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère.

En vertu du paragraphe 16(10), le tribunal, en rendant une ordonnance touchant la garde et l'accès, applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt; il doit se demander dans quelle mesure chaque parent est disposé ou non à faciliter ce contact, ce que l'on nomme souvent la règle du

---

(3) *Ibid.*, paragraphe 16(3).

« parent coopératif ». Elle part du principe que le maintien d'un contact étroit avec les deux parents correspond à l'intérêt de l'enfant et qu'il convient de décourager toute conduite de la part d'un parent qui nuirait à la relation de l'autre parent avec l'enfant.

L'article 17 énonce les conditions à remplir dans une demande visant la modification d'une ordonnance de garde ou d'accès. Au paragraphe 17(9), on réitère le principe du contact maximum, ou la règle du « parent coopératif », dans le contexte d'une ordonnance modificative d'une ordonnance de garde. En vertu des paragraphes 17(4) et 17(5), le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les besoins, les ressources ou, d'une façon générale, la situation de l'époux ou de l'enfant depuis le prononcé de l'ordonnance initiale. En règle générale, les juges exigent qu'on fasse la preuve de ces nouvelles conditions avant de modifier le statu quo.

Conformément au paragraphe 16(9) de la *Loi sur le divorce*, le tribunal ne peut tenir compte de la conduite antérieure d'un parent au moment de rendre une ordonnance touchant la garde ou l'accès, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère. On voulait ainsi éviter que le tribunal tienne en compte des preuves de mauvaise conduite conjugale au moment de rendre son ordonnance; toutefois, l'incidence de cette disposition est plus controversée maintenant que de nombreuses ordonnances de divorce sont rendues sans égard à la faute. On a en effet exclu, à cause de ce paragraphe, certains types de renseignements sur l'histoire de la famille dans le contexte des demandes en question. Par exemple, jusqu'à tout récemment, les tribunaux estimaient de façon générale que la violence d'un conjoint à l'égard de l'autre ne rendait pas nécessairement son auteur inapte à assumer son rôle de parent; seule la violence dirigée contre l'enfant était considérée comme pertinente pour l'octroi de la garde. Ce raisonnement contre-intuitif a prévalu jusqu'à l'arrêt *Young c. Young*, en 1989, dans lequel on a décidé que les mauvais traitements infligés par le père durant le mariage avaient un rapport direct avec sa capacité d'assumer son rôle parental à plein temps<sup>(4)</sup>.

Depuis 1989, on a soutenu (et démontré) plus souvent que le fait, pour un enfant, d'être témoin d'actes de violence familiale ou d'autres formes d'abus a effectivement une incidence sur son bien-être, et qu'il convient de faire entrer cet élément dans toute évaluation des

---

(4) *Young c. Young* (1989), 19 R.F.L. (3d) 227, p. 235 (S.C. Ont.), cité dans Nicholas Bala, « Spousal Abuse and Children of Divorce: A Differentiated Approach », *Revue canadienne de droit familial*, vol. 3, 1996, p. 215, à la p. 253.

capacités de l'agresseur d'assumer son rôle parental<sup>(5)</sup>. Alors que la plupart des États américains mentionnent explicitement dans leur législation que la violence domestique est un facteur pertinent dans le contexte des ordonnances de garde et d'accès<sup>(6)</sup>, au Canada seule la législation de Terre-Neuve fait une mention explicite de la violence dans le même contexte<sup>(7)</sup>.

### C. « L'intérêt de l'enfant » et les autres critères utilisés pour la garde et le droit d'accès

Lorsque les parents ne peuvent convenir des modalités de la garde et de l'accès, il appartient à un tribunal de trancher. Les avocats qui défendent ces causes font souvent valoir à leurs clients qu'ils devraient tout essayer pour ne pas laisser un étranger décider de l'endroit où vivra leur enfant, et qu'ils auraient intérêt à s'entendre entre eux. De fait, de tels litiges sont souvent réglés hors cour. Mais lorsqu'il devient nécessaire de recourir au système judiciaire, la jurisprudence offre plusieurs points de repère pour guider le juge responsable. Le critère le plus fréquemment appliqué, en vertu soit de la *Loi sur le divorce*, soit des textes de loi provinciaux, est celui de « l'intérêt de l'enfant »<sup>(8)</sup>.

Au paragraphe 16(8), la *Loi sur le divorce* exige du tribunal qu'il tienne compte uniquement de l'intérêt de l'enfant au moment d'arrêter les modalités de la garde et de l'accès. D'aucuns considèrent ce critère trop ambigu, mais beaucoup y souscrivent en affirmant qu'il est le seul suffisamment souple pour permettre aux tribunaux de parvenir à la bonne solution pour chaque enfant, en fonction des circonstances qui lui sont particulières. Au moment de l'appliquer, le tribunal prend généralement en considération tout élément de preuve relatif au bien-être de l'enfant, fourni par les parents de celui-ci, d'autres parents ou des amis intéressés, ou encore par des professionnels de la santé mentale retenus comme témoins experts par l'un ou l'autre des parents.

---

(5) Peter G. Jaffe, David Wolfe, Susan Kaye Wilson, *Children of Battered Women*, Newbury Park (Californie), Sage Publications, 1990, chapitre 2, cité dans ministère de la Justice, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, Ottawa, mars 1993, p. 12.

(6) Bala (1996), p. 252.

(7) *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, paragraphe 31(3).

(8) Toutes les provinces et tous les territoires au Canada appliquent le critère de « l'intérêt de l'enfant » comme facteur déterminant dans les litiges concernant la garde d'enfants et le droit d'accès, sauf les Territoires du Nord-Ouest, où la *Domestic Relations Act* exige qu'on prenne en considération le bien-être de l'enfant ainsi que la conduite et les désirs des parents.



Tout facteur ayant un rapport avec l'intérêt de l'enfant doit entrer en ligne de compte. Parmi les plus importants, mentionnons la relation de l'enfant avec chaque parent; le bien-être moral et émotionnel de l'enfant; les vœux de l'enfant, si ce dernier est assez vieux pour les exprimer; le désir de ne pas séparer les frères et sœurs; et la volonté de chaque parent de faciliter l'accès de l'autre auprès de l'enfant. Le maintien du statu quo, afin de perturber le moins possible les conditions de vie de l'enfant, revêt souvent une importance cruciale, en particulier lorsqu'il s'agit d'arrêter des modalités de garde et d'accès provisoires. Dans certaines provinces et certains territoires, les législateurs ont inscrit dans les textes de loi une liste de critères que les tribunaux doivent compiler. On estime que ce mécanisme, là où il a été employé, constitue une méthode efficace pour structurer et reconnaître formellement certains aspects qui n'entraient pas auparavant dans la réglementation, comme le caractère souhaitable du contact entre les enfants et leurs grands-parents.

De nombreux juges ainsi que des avocats qui aident à négocier des modalités de garde ont recours à un critère fort utile pour déterminer les arrangements qui servent au mieux l'intérêt de l'enfant, soit la règle du « principal pourvoyeur de soins ». En vertu de cette règle, il est dans l'intérêt de l'enfant que celui-ci demeure sous la garde du parent qui a été son principal fournisseur de soins durant le mariage<sup>(9)</sup>. Dans la plupart des familles, un parent (souvent la mère) a fourni la plupart des soins aux enfants pendant toute leur vie. De fait, s'il est vrai que les lois au Canada mettent les parents sur un pied d'égalité en ce qui touche les demandes de garde et d'accès, il convient de noter que, sauf certaines exceptions, les responsabilités parentales sont rarement réparties de façon égale pendant un mariage. Il y a certes un fondement à maintenir le rôle du principal pourvoyeur de soins après une séparation, afin de réduire au minimum le bouleversement que traversent les enfants à ce moment-là, en particulier les jeunes enfants. Abstraction faite de l'arrangement définitif en matière de garde et d'accès, on a observé que la fin d'un mariage malheureux et l'occasion qui est ainsi donnée à chaque conjoint d'assumer son rôle parental indépendamment de l'autre, peuvent donner à celui qui jouait auparavant le rôle secondaire la chance de devenir un meilleur parent, une amélioration dont l'enfant sera bénéficiaire.

---

(9) Karen M. Munro, « The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision-Making », *Alberta Law Review*, Vol. XXX, n° 3, 1992, p. 852, à la p. 895.

#### **D. Garde conjointe ou garde exclusive**

Bien d'usage courant, les termes « garde » et « accès » sont souvent mal compris. La garde d'un enfant implique la responsabilité et le pouvoir de prendre des décisions au sujet de cet enfant dans des domaines comme l'instruction scolaire, les soins médicaux, l'éducation religieuse et d'autres aspects importants de sa vie. Depuis toujours, le pouvoir de décider est assumé par le parent qui s'occupe de l'enfant au jour le jour et qui lui fournit un toit. Le parent n'ayant pas la garde obtient généralement le droit d'accès, qui comprend à la fois le droit de visite et le droit d'obtenir certains renseignements au sujet des décisions prises par le parent gardien.

Par suite des pressions des défenseurs de la garde conjointe et d'autres nouvelles approches quant au rôle des parents après le divorce, certaines remettant en cause la démarcation classique entre la garde et le droit d'accès, on a essayé un large éventail d'options et mis au point des modèles pertinents afin que les familles, en particulier celles qui sont le plus capables de résoudre leurs différends à l'amiable, puissent choisir la formule qui leur convient le mieux. À l'heure actuelle, l'éventail des arrangements à cet égard est très large; il peut s'agir tantôt d'un accord classique en vertu duquel la garde est confiée à un parent (habituellement la mère), l'autre parent (habituellement le père) ayant accès auprès de l'enfant le mercredi soir et une fin de semaine sur deux, tantôt d'une convention de garde conjointe en vertu de laquelle l'enfant vit alternativement chez l'un et l'autre parent, selon des périodes hebdomadaires ou mensuelles, les deux parents partageant également le pouvoir de décision.

Les tribunaux ordonnent rarement la garde conjointe sans l'accord des parents. On estime que si les parents n'ont pas une relation suffisamment constructive pour élaborer leur propre accord en matière de garde et d'accès, la garde conjointe ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant. Celle-ci implique des contacts fréquents entre les parents, au fur et à mesure qu'ils trouvent ensemble des solutions à tous les problèmes liés au long processus d'éducation de l'enfant. Ils doivent pouvoir communiquer souvent et partager au fur et à mesure le pouvoir de décision en ce qui touche l'école, la religion, les questions médicales et d'autres préoccupations. En règle générale, les tribunaux estiment qu'il ne faut pas imposer de tels arrangements lorsque les parents ne sont pas d'accord. Par ailleurs, la garde partagée a une incidence importante sur la mobilité future des parents; elle a constitué un facteur déterminant dans un certain nombre de litiges où l'un des parents ayant la garde conjointe n'a pu faire approuver son déménagement à

l'extérieur de la province ou du territoire dans laquelle les deux demeuraient depuis leur séparation ou leur divorce.

En vertu d'une ordonnance de garde conjointe, les deux parents ont le même pouvoir de décision à l'égard de l'enfant. Cela ne veut pas toujours dire que l'enfant passe autant de temps avec chacun des parents, bien que ce soit souvent l'objectif du parent qui demande la garde conjointe. Dans une ordonnance de ce genre, on précise les modalités de résidence de l'enfant. L'ordonnance peut ressembler à une ordonnance conventionnelle en matière de garde et d'accès, l'enfant ayant sa résidence habituelle avec l'un des parents et se rendant une fin de semaine sur deux chez l'autre. Beaucoup de familles sont d'avis que les enfants préfèrent rester avec l'un des parents la plupart du temps, en particulier pendant l'année scolaire, et visiter l'autre fréquemment. À certaines étapes du développement de l'enfant, un va-et-vient constant entre les parents peut s'avérer trop perturbateur pour l'enfant. Lorsqu'ils sont en mesure de le faire, certains parents peuvent faciliter ces déplacements en ayant des résidences dans le même quartier, de sorte que les enfants seront toujours à proximité des mêmes amis et de leur école.

Le mouvement vers la garde conjointe et la double résidence reflète la volonté de nombreux parents de maintenir entre eux et avec leurs enfants, après le divorce, des relations étroites et significatives. Il est tout aussi important, du point de vue de la santé mentale, d'empêcher les enfants d'être entraînés dans un conflit consécutif à la séparation de leurs parents; dans certains cas, en effet, le partage des décisions inhérent à la garde conjointe aura pour effet d'exacerber le conflit parental. Les tribunaux doivent se montrer prudents lorsque le conjoint n'ayant pas la garde (ou celui qui a le moins participé à l'éducation avant la séparation) avance comme argument, en faveur de la garde conjointe, qu'il convient de partager le temps de l'enfant à parts égales entre les deux parents pour des motifs d'équité. De tels arguments, qui accordent trop de poids à l'intérêt des parents, peuvent facilement compromettre l'objectif principal de la décision, c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant. Il s'agit plutôt de déterminer si un accord qui suppose des déplacements fréquents entre les résidences des parents peut servir l'intérêt de l'enfant. Lorsqu'on envisage un accord de cette nature, il peut y avoir une longue période de tâtonnement avant qu'un emploi du temps définitif convienne à toutes les parties.

### **E. Les arrangements touchant l'accès et les droits du parent ayant le droit d'accès**

Lorsqu'un des parents se voit confier la garde d'un enfant, l'autre obtient généralement le droit d'accès. Encore une fois, le critère utilisé est l'intérêt de l'enfant. En règle générale, les dispositions concernant l'accès précisent le calendrier des visites sur toute l'année, ainsi que l'endroit où l'enfant ira pour son anniversaire ou les vacances d'été, entre autres. Là où les parents sont très coopératifs, on peut faire montre de beaucoup de souplesse et accorder un droit d'accès « généreux » ou « raisonnable ». Toutefois, il est plus difficile d'appliquer ce genre d'ordonnance si un conflit intervient entre les parents; lorsque ces derniers cessent de coopérer, un calendrier précis des visites devient nécessaire. Même si l'ordonnance du tribunal trace un calendrier précis, les parents peuvent devoir se montrer plus souples afin de satisfaire aux désirs et aux activités parascolaires de leurs enfants au fur et à mesure qu'ils vieillissent. S'il y a lieu, le droit d'accès peut être restreint, par exemple pour empêcher l'un des parents de faire sortir l'enfant de la province ou territoire; on peut aussi exiger que le droit en question soit exercé sous la surveillance d'un tiers, ou préciser, s'il y a lieu, que celui des parents qui exerce son droit d'accès s'abstienne de consommer de l'alcool ou des drogues.

En 1994, la Cour suprême du Canada a rendu deux décisions sur les droits des conjoints n'ayant pas la garde : *Young c. Young*, et la décision complémentaire à l'égard d'un litige au Québec, *Droit de la famille – 1150 D.P. c. C.S.*<sup>(10)</sup>. Ces décisions portent sur le droit de parents n'ayant pas la garde, tous deux pères, de faire participer leurs enfants à des activités et discussions religieuses. Même si les conclusions sont différentes dans les deux cas, les motifs invoqués présentent des points communs. Les modalités de l'accès sont déterminées selon l'intérêt de l'enfant, lequel, de l'avis de tous les juges, repose sur des faits concrets et spécifiques. Les intérêts ou désirs du parent ayant la garde ne sont pas pertinents sauf s'ils coïncident avec l'intérêt de l'enfant.

En droit de la famille, il importe de faciliter l'exercice du droit d'accès, comme le veut la règle du « parent coopératif » de la *Loi sur le divorce*. Le maintien de liens étroits avec les deux parents peut réduire de beaucoup l'incidence négative du divorce sur les enfants, de sorte qu'on prive rarement un parent de son droit d'accès. Cette façon de voir émane des écrits dans le domaine des sciences sociales, où il ressort que le contact continu avec les deux

---

(10) (1994), 49 R.F.L. (3d) 117; (1994), 49 R.F.L. (3d) 317.

parents, sans que l'enfant ressente les frictions ou les conflits, peut aider celui-ci à se relever plus rapidement du divorce de ses parents et à ne pas en ressentir trop longtemps les effets néfastes<sup>(11)</sup>. Néanmoins, on a signalé que, même si le rôle du parent ayant le droit d'accès fait l'objet d'un renforcement, afin d'encourager le maintien de relations significatives entre l'enfant et ses deux parents, le plus important critère du bien-être d'un enfant, à la suite de la séparation, demeure sa relation avec le parent gardien<sup>(12)</sup>. Par conséquent, les juges qui envisagent de renforcer le rôle du parent ayant le droit d'accès doivent faire preuve de circonspection afin de ne pas exacerber les conflits entre les parents ni de saper la relation du parent gardien avec son enfant, ce qui ajouterait au stress de ce dernier<sup>(13)</sup>.

Dans des cas extrêmes, l'accès à l'enfant par le parent privé de la garde peut représenter un risque trop grand par rapport à l'avantage du maintien de la relation. Un tribunal peut ordonner qu'on révisé le droit d'accès d'un parent non gardien lorsque les circonstances le justifient, par exemple en cas d'abus physique ou sexuel de l'enfant. Lorsqu'il y a violence du parent non gardien à l'égard du parent gardien, il peut être ordonné que l'« échange » ait lieu dans un endroit public, comme un centre commercial ou l'entrée d'un poste de police, ou encore que telle ou telle personne supervise l'opération. Dans les pires situations, lorsqu'un tribunal constate que le maintien du droit d'accès n'est plus dans l'intérêt de l'enfant, le droit en question peut tout simplement être supprimé. Il est très rare qu'on prive complètement un parent de son droit d'accès, sauf en cas de comportement nuisible ou destructif répété, sur une longue période, par le parent non gardien.

Les demandes visant la garde ou l'accès peuvent être présentées par des personnes autres que les parents de l'enfant dans la mesure où elles détiennent une autorisation du tribunal<sup>(14)</sup>. Normalement, on accorde l'autorisation en question sauf si la demande est faite pour des motifs frivoles ou dans une optique vexatoire. Même si l'on accorde l'autorisation, le tiers

---

(11) Voir, par exemple, Susan Maidment, *Child Custody and Divorce*, Londres, Croom, Helm, 1984, cité dans ministère de la Justice, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, p. 9.

(12) Le juge Weisman, « On Access After Parental Separation », (1992) 36 R.F.L. (3d) 35, cité dans Berend Hovius, « The Changing Role of the Access Parent », *Canadian Family Law Quarterly*, vol. 10, 1993, p. 123.

(13) Hovius (1993), p. 185.

(14) Une autorisation est nécessaire en vertu de la *Loi sur le divorce*, mais de nombreuses dispositions provinciales du droit de la famille permettent à « toute personne » de présenter une demande visant la garde ou le droit d'accès.

ne pourra obtenir la garde ou le droit d'accès que dans la mesure où cela coïncide avec l'intérêt de l'enfant. En règle générale, la personne sera un membre de la famille proche, comme un grand-parent, ayant joué un rôle particulièrement important dans la vie de l'enfant et dont le contact régulier et étroit pourrait être interrompu, au détriment de l'enfant, par suite du divorce des parents.

#### **F. L'exécution des ordonnances touchant la garde et le droit d'accès**

Bien que les mesures d'exécution soient principalement de la compétence législative des provinces, celles-ci pouvant faire des lois concernant « la propriété et les droits civils dans la province », plusieurs lois fédérales forment des éléments importants du système d'exécution des ordonnances et accords en matière de droit de la famille. Auparavant, l'exécution d'une ordonnance alimentaire ou de garde, comme de toute autre ordonnance d'un tribunal civil, incombait au créancier alimentaire, habituellement le parent gardien. Les créanciers pouvaient, à titre privé, faire exécuter les accords et ordonnances en matière de droit de la famille, et ce de différentes façons, dont les suivantes : convoquer le parent en infraction, habituellement le payeur<sup>(15)</sup>, à un examen du débiteur en vertu du jugement, saisir le salaire ou d'autres sommes dues au payeur, saisir ses biens, enregistrer des brefs d'exécution à l'encontre du nom ou des biens-meubles du débiteur, ou poursuivre pour outrage. Ce dernier recours se prêtait le plus facilement aux violations des accords ou ordonnances touchant la garde ou le droit d'accès.

Depuis le milieu des années 80, la plupart des provinces canadiennes ont établi des agences d'État chargées de faire respecter les obligations alimentaires à l'égard du conjoint ou des enfants, sans frais pour le créancier<sup>(16)</sup>. La non-observation des accords et ordonnances de soutien avait atteint des proportions inacceptables depuis nombre d'années, et il en découlait des conséquences économiques catastrophiques tant pour les enfants qui devaient en être les bénéficiaires que pour les parents ayant la garde (habituellement les mères). Bon nombre de ces

---

(15) En droit de la famille, on appelle « payeurs » les personnes tenues de pourvoir aux aliments.

(16) Pour de plus amples renseignements sur les mesures d'exécution mises en place dans les provinces et sur d'autres aspects juridiques de la pension alimentaire pour enfants, voir *Pension alimentaire pour enfants : détermination du quantum, exécution et imposition*, BP-345F, Ottawa, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement, février 1996.

parents gardiens ont alors eu recours à l'assistance publique pour atténuer leurs difficultés économiques, jusqu'à ce que l'exécution des obligations alimentaires ne puisse plus être considérée comme une question privée.

Les droits de garde en vertu d'une ordonnance d'un tribunal, ou découlant d'un accord ou d'une entente tacite, sont exécutoires conformément au *Code criminel du Canada*. On a adopté les dispositions pertinentes du *Code criminel*, qui rendent illégal l'enlèvement d'un enfant par un parent à la suite d'un divorce, afin de protéger les droits des enfants à la sécurité et à la stabilité. Les enfants ne peuvent donc être emmenés en dehors de leur province de résidence ou dans un autre pays; des lois provinciales portant exécution réciproque ainsi que la *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* assurent une protection dans ce domaine.

L'exécution des accords et ordonnances touchant le droit d'accès demeure une obligation privée; la procédure habituelle utilisée à cet égard est celle de l'outrage au tribunal, et la sanction peut être une amende ou même l'emprisonnement du parent gardien. La législation provinciale, comme la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario, peut autoriser le tribunal à ordonner que l'enfant soit remis au parent ayant le droit d'accès par les soins de la police ou du shérif. Les porte-parole des parents non gardiens ont avancé que l'aide gratuite à l'exécution des ordonnances alimentaires accordée par les provinces au cours de la dernière décennie n'a eu aucune incidence positive sur les mécanismes d'application du droit d'accès; au contraire, elle aurait profité injustement aux parents gardiens, habituellement les mères, tout en faisant fi des préoccupations souvent exprimées par les parents non gardiens, habituellement les pères. Certaines provinces et certains territoires ont envisagé de nouvelles méthodes visant à faire respecter le droit d'accès, mais à ce jour aucune proposition ne s'est concrétisée.

Toute forme de mise en vigueur automatique du droit d'accès est particulièrement controversée; les parents gardiens affirment souvent qu'il peut leur arriver de ne pas laisser partir l'enfant parce qu'ils s'inquiètent de son bien-être. Lorsqu'il devient nécessaire de recourir aux tribunaux pour l'exécution d'une obligation touchant l'accès, le juge évalue les risques potentiels pour l'enfant avant de modifier le calendrier des visites et sorties ou d'imposer une sanction au parent gardien. En 1989, l'Ontario a adopté une nouvelle loi (la *Loi modifiant la Loi portant sur la réforme du droit de l'enfance, 1988*, projet de loi 124) afin de permettre un accès plus rapide aux tribunaux et d'habiliter ceux-ci à décréter des mesures compensatoires; toutefois, cette loi

n'a jamais été promulguée. Ce sont principalement les groupes de promotion de la femme qui s'y sont opposés, parce que selon eux il aurait été trop facile pour les parents non gardiens d'entraîner les parents gardiens dans des procédures judiciaires coûteuses et fastidieuses.

## NOUVELLES ORIENTATIONS POLITIQUES

Ces dernières années, on a inscrit assez régulièrement au programme législatif fédéral des questions liées au droit de la famille. Entre autres, on a voulu accorder aux grands-parents le droit de demander, en vertu de la *Loi sur le divorce*, l'accès à leurs petits enfants, grâce à un projet de loi d'initiative parlementaire; après étude par un comité de la Chambre des communes, celui-ci a été rejeté au printemps de 1996. La même année, le gouvernement a présenté le projet de loi C-41, qui modifiait la *Loi sur le divorce* et deux autres lois fédérales, afin de créer les lignes directrices fédérales sur la pension alimentaire pour enfants et de renforcer les mesures fédérales visant l'exécution des obligations à cet égard. Le projet de loi C-41 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1997, en même temps que de nouvelles dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* modifiaient le traitement fiscal des paiements de pension alimentaire pour enfants, ces paiements n'ayant plus à être inclus dans le revenu imposable du bénéficiaire, habituellement le parent gardien.

Il y a plus de dix ans que les questions liées à la garde et au soutien des enfants sont à l'ordre du jour. Un nombre croissant de familles canadiennes étant aux prises avec des problèmes de séparation et de divorce, on se demande de plus en plus si le système de droit familial canadien constitue le forum adéquat pour résoudre les conflits et permettre aux familles de retrouver une certaine sérénité. Au cours des travaux sur le projet de loi C-41, le Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes sur ainsi que le Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie ont entendu un certain nombre de témoins exprimer un profond mécontentement au sujet de l'ordre des priorités du gouvernement, qui a permis l'élaboration de lignes directrices pour le soutien des enfants avant même qu'on envisage de revoir les dispositions législatives liées à la garde et au droit d'accès. Les membres du Comité sénatorial ont trouvé que le projet de loi C-41 avait été étudié et adopté trop rapidement, et qu'on n'avait pas examiné adéquatement les importantes questions de garde et d'accès soulevées par les témoins. Afin de faciliter l'adoption du projet de



loi au Comité sénatorial, le ministre de la Justice et le leader du gouvernement du Sénat ont convenu qu'un comité parlementaire mixte serait formé pour étudier ces questions.

#### **A. Un comité parlementaire mixte sur la garde d'enfants et le droit d'accès**

La décision d'établir un comité mixte sur ce sujet tient au fait que les sénateurs chargés d'étudier le projet de loi C-41 ont eu le sentiment que de nombreuses préoccupations soulevées par les témoins n'avaient pas été prises en compte dans le projet de loi ni dans aucun de ses amendements. Les sénateurs ont également dit craindre que les lignes directrices, constituant un règlement d'application de la *Loi sur le divorce*, ne soient pas assujetties au même genre d'examen parlementaire que celui qui s'applique aux nouveaux textes de loi. En réponse à cette préoccupation, on a convenu que le Comité sénatorial aurait la tâche d'examiner toute modification future des lignes directrices en question.

Bon nombre des préoccupations soulevées par les témoins qui se sont présentés devant le Comité sénatorial figuraient déjà dans le rapport du ministère de la Justice intitulé *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, rendu public en mars 1993. Ce document visait à encourager la participation du public au processus d'examen et faisait suite à la participation du gouvernement fédéral à l'examen des mesures législatives régissant ces questions, entrepris par le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille (le « Comité du droit de la famille »). À ce jour, aucun sommaire ni suivi n'a été publié sur les résultats de cet effort de consultation. Les représentants ministériels ont indiqué au Comité sénatorial que le Comité du droit de la famille, tout comme le ministère fédéral de la Justice, avaient accordé la priorité aux questions entourant la pension alimentaire pour enfants et les mesures d'exécution; du point de vue du gouvernement, les recours qui existent en vertu de la *Loi sur le divorce* et des lois provinciales sont suffisants.

#### **B. Questions en suspens**

Parmi les questions très litigieuses soulevées par les témoins qui se sont présentés devant le Comité sénatorial et susceptibles d'être étudiées par un comité mixte sur la garde d'enfants et le droit d'accès, mentionnons les suivantes : le caractère adéquat des mécanismes actuels servant à faire respecter le droit d'accès; les droits de la deuxième famille ou des familles

subséquentes; l'opportunité d'imposer la médiation en matière de divorce; les droits des grands-parents ou d'autres tiers en matière de garde ou d'accès auprès des enfants; le droit à la mobilité des parents après le divorce; le droit à l'information et les autres droits des parents non gardiens; ainsi que les effets du divorce sur l'état psychologique et le développement des enfants. Par ailleurs, les sénateurs se sont montrés très intéressés aux témoignages concernant l'incidence de l'actuel « langage du divorce » sur les parents en train de divorcer et sur leurs enfants. Des témoins ont soutenu que les expressions « garde » et « parents non gardiens » ont un effet aliénant et réducteur sur les familles, en particulier sur le parent qui ne fournit pas la résidence principale de l'enfant après le divorce, la plupart du temps le père.

Un comité mixte pourrait également étudier les nouvelles mesures adoptées par d'autres gouvernements au Canada, ou encore aux États-Unis ou en Europe. Par exemple, lors de l'étude du projet de loi C-41, des témoins ont fait l'éloge du « plan parental » adopté dans un certain nombre d'États américains, en vertu duquel il existe une présomption législative en faveur de la garde conjointe ou du partage du rôle parental; on présume que la garde partagée est la meilleure solution pour chaque couple en train de divorcer, et l'on n'accorde la garde exclusive que si le contraire peut être prouvé. Toutefois, certains s'opposent fermement à ce mécanisme et un nombre important des États qui avaient opté pour la présomption en faveur de la garde conjointe ont depuis fait marche arrière. D'autres témoins ont parlé de formation concernant le divorce, selon un modèle mis en oeuvre dans plusieurs villes canadiennes et certaines villes américaines, en vertu duquel les parents en train de divorcer se font renseigner quant aux répercussions possibles sur les enfants de leur comportement près la séparation. Ces programmes, qui ont connu des succès variés jusqu'ici, visent à empêcher les parents de se livrer à certains comportements qui se sont révélés être les plus psychologiquement néfastes pour leurs enfants, par exemple entraîner ceux-ci dans leurs propres conflits.

## **CONCLUSION**

Comme d'autres l'ont signalé, ce n'est peut-être pas en modifiant les textes de loi qu'on peut apporter des solutions aux difficultés qu'entraîne un divorce pour ce qui est des besoins des enfants, de leur développement et de leur santé mentale. De plus en plus de familles vivent l'expérience du divorce et cherchent à résoudre le problème à long terme de l'éducation

des enfants dans deux foyers; leur expérience offrira des leçons aux autres parents pour ce qui est des mesures favorisant l'intérêt de l'enfant. La majorité des couples qui divorcent au Canada ont très peu recours à la législation ou aux tribunaux pour fixer les modalités de leurs arrangements à l'égard des enfants. Le bien-être des enfants semble dépendre davantage de l'intensité de la dispute entre les parents et de la mesure dans laquelle ces derniers peuvent maintenir leurs enfants éloignés du conflit, que des dispositions législatives applicables.

Pour les parents qui sont incapables de s'entendre, le régime du droit de la famille peut parfois s'avérer un outil efficace. Le système judiciaire offre un cadre formel et objectif où l'on peut mettre en balance des versions contradictoires des événements, prendre des décisions et faire intervenir des professionnels de la santé mentale s'il y a lieu. Parmi ses fonctions les plus cruciales, le système veille à ce que, lorsque les conflits sont les plus exacerbés, les enfants soient protégés de la violence, des mauvais traitements ou de l'enlèvement. Toutefois, il s'agit d'un système coûteux et adversatif, qui prend du temps; le résultat est habituellement imprévisible et presque toujours décevant pour au moins un des participants. Il faudra investir beaucoup plus d'efforts pour réduire au minimum les répercussions néfastes du divorce sur tous les enfants. Toutefois, on est en train de franchir un pas dans la bonne direction: des universitaires, des décideurs et des législateurs procèdent à une analyse critique du droit de la famille et examinent les expériences de ceux qui y sont assujettis.

En 1986, on a apporté à la *Loi sur le divorce* des modifications traduisant les préoccupations des époux désireux de mettre fin à un mariage malheureux et d'éviter les rancœurs normalement associées au divorce pour faute maritale. Depuis, ceux qui s'occupent du système de droit de la famille concentrent leur attention sur les enfants, qui sont si profondément touchés par les décisions de leurs parents au moment du divorce. Bien que les besoins et le bien-être de ces enfants soient intimement liés à ceux de leurs parents, toute modification de la politique ou de la législation doit se faire dans le contexte d'un effort concerté en vue de bien distinguer entre les désirs des parents et l'intérêt des enfants. Le mariage (comme le divorce) n'est plus considéré comme un simple ensemble de droits et d'obligations juridiques entre adultes; on en reconnaît maintenant toute l'importance pour ce qui est d'élever dans un climat de sécurité des enfants heureux et en bonne santé.

## **BIBLIOGRAPHIE**

Bala, Nicholas. « Spousal Abuse and Children of Divorce: A Differentiated Approach ». *Revue canadienne de droit familial*, vol. 13, 1996, p. 215.

Ministère de la Justice. *Évaluation de la Loi sur le divorce : Phase II*. Ottawa, mai 1990.

Douglas, Kristen. *Le divorce : état du droit au Canada*. Bulletin d'actualité 96-3F. Ottawa, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement, mis à jour le 12 juin 1997.

Hovius, Berend. *Family Law: Cases, Notes and Materials. Third Edition*. Toronto, Carswell, 1992.