

DE CHOSES ET D'AUTRES EN DROIT DE LA FAMILLE

Le nourrisson, la garde et les tribunaux : Quand la justice fait dans la puériculture¹

Texte préparé par :

Michel Tétrault, avocat

Lemay, Collard, Samoïsette

Bureau d'aide juridique, Sherbrooke



¹ Aucune reproduction sans l'autorisation écrite de l'auteur.

Table des matières

<i>Introduction</i>	3
<i>I. L'évolution des tribunaux dans l'attribution des contacts parent-nourrisson</i>	4
A. <i>Le meilleur intérêt de l'enfant</i>	5
B. <i>Les critères d'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant</i>	11
<i>II. La jurisprudence actuelle relative au contact parent- nourrisson en cas de rupture et la garde partagée</i>	13
A. <i>Les critères d'établissement de la garde partagée et le concept de l'intérêt de l'enfant</i>	13
B. <i>La capacité parentale</i>	14
C. <i>La disponibilité</i>	15
D. <i>La communication</i>	16
E. <i>Le parent de référence et le lien d'attachement</i>	23
F. <i>L'âge de l'enfant</i>	27
G. <i>L'allaitement et les problèmes de santé</i>	29
H. <i>L'aliénation parentale, le dénigrement ou le parent gardien contrôlant</i>	32
I. <i>Le changement de garde et le statu quo</i>	37
J. <i>La fratrie</i>	40
K. <i>La stabilité de l'environnement et des personnes</i>	43
<i>III. La littérature scientifique</i>	45
<i>IV. L'effet et la nécessité de l'expertise sur la décision du tribunal : un survol</i>	50
<i>V. Le procureur à l'enfant et son rôle : un succédané à l'expert ?</i>	53
<i>Conclusion</i>	60
<i>Bibliographie</i>	61
<i>Annexe I</i>	63

Le nourrisson, la garde et les tribunaux : Quand la justice fait dans la puériculture

Par symétrie, pour qu'il y ait droit à l'enfance encore faut-il qu'il y ait devoir de parenté [i] plaisir à faire rire un enfant, à l'aider à acquérir les moyens de sa curiosité, de son savoir, de son exigence, à découvrir ce qu'il peut y avoir d'original ou d'unique en lui.

Jacques Attali, *Fraternités*.

Introduction

Les chiffres le démontrent de façon éloquent, les mariages et les unions de fait durent de moins en moins longtemps. La première conséquence de cet état de fait est que les enfants sont de plus en plus jeunes au moment de la rupture et que les tribunaux sont saisis de la question des contacts parent-enfant beaucoup plus tôt au stade de développement de l'enfant².

Depuis une dizaine d'années, les décisions des tribunaux opèrent des nuances quant aux éléments à considérer dans les questions relatives à l'attribution de la garde et plus particulièrement lorsque l'intérêt d'un nourrisson ou d'un « trottineur » (quatre ans et moins) est en cause. Après un court historique des développements au plan juridique, nous aborderons les questions et solutions proposées par les tribunaux aux fins de déterminer les meilleures modalités de contacts entre le nourrisson et ses parents suite à une rupture. Cette modalité, c'est un peu beaucoup la garde partagée. Or, Tout n'a pas été écrit sur la garde partagée et en dépit de la faveur qu'accordent les tribunaux à cette modalité de garde, on se questionne de plus en plus, tant dans l'arène judiciaire que dans les milieux scientifiques, sur les bienfaits ou les préjudices qui peuvent en résulter. Certes la tendance est lourde mais tend à s'alléger, mais on se questionne de plus en plus sur des

² Francine CYR, « La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée », (2006) 27 *Revue québécoise de psychologie* 79, 92.

critères comme l'âge de l'enfant, le niveau de communication nécessaire pour qu'elle puisse être envisagée sans que l'enfant en souffre, etc. Nous tenterons dans les prochaines pages de procéder à un bref tour d'horizon des décisions récentes rendues en la matière tout en recensant ce qui s'écrit hors les jugements sur cette modalité de garde. Soulignons que l'enfant ne subit pas passivement les transitions familiales.

Nous traiterons particulièrement des questions suivantes : la « maximisation » des contacts parent-enfant, le lien d'attachement et le caractère progressif de l'intégration des personnes significatives auprès du nourrisson, l'effet de l'allaitement sur les contacts, la nécessité de l'expertise sur la décision du tribunal et pour terminer, le procureur de l'enfant et son rôle.

I. L'évolution des tribunaux dans l'attribution des contacts parent-nourrisson

L'intérêt de l'enfant est une notion qui a évolué socialement. Au XIX^e siècle, il était « dans l'intérêt de l'enfant » de confier la garde au père, automatiquement. Au XX^e siècle, on a élaboré la théorie de l'attachement de l'enfant, qui suppose une présence continue de la mère pendant les premières années (« la doctrine de l'âge tendre »), les tribunaux accordaient presque de manière automatique la garde à la mère.

Le monde juridique a constaté au milieu des années soixante-dix l'émergence du critère du meilleur intérêt de l'enfant. D'ailleurs, madame la juge Christine Tourigny, de la Cour d'appel, s'exprimait ainsi :

L'examen des décisions de la Cour suprême du Canada en matière de droits parentaux démontre la fluidité même des concepts en cause depuis le début du siècle. Sans refaire l'analyse que refait pour la Cour suprême, le juge McIntyre dans l'affaire *King c. Low* [...], il faut voir que l'on est passé de la puissance paternelle à l'autorité parentale, puis de la primauté de l'autorité parentale à l'intérêt de l'enfant comme facteur prépondérant sinon primordial dans les décisions qui concernent ce dernier.³

³ *Droit de la famille ó 1544*, [1992] R.J.Q. 617, 637 (C.A.).

A. Le meilleur intérêt de l'enfant

L'enfant n'est plus seulement un objet que l'on se dispute à l'occasion des litiges en matière familiale, l'enfant est un « sujet de droit »⁴. On doit renvoyer à deux textes de loi pour connaître la portée du concept du meilleur intérêt de l'enfant : la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁵ [ci-après : la *Convention*], une convention internationale, et le *Code civil du Québec*. La *Convention* consacre le critère du meilleur intérêt de l'enfant comme étant celui qui doit présider aux décisions qui le concernent. Essentiellement, cette *Convention* énonce le droit de l'enfant de se développer normalement, à la fois sur les plans physique, affectif et psychologique, au sein de sa famille naturelle et de bénéficier de soins de santé et de services sociaux. La responsabilité d'élever et d'assurer le développement de l'enfant incombe en premier lieu aux parents. L'exercice de cette responsabilité doit être motivé par l'intérêt supérieur de l'enfant. La *Convention* n'a pas été mise en œuvre par le Parlement ou l'Assemblée nationale. Le Canada étant un des pays signataires, on devrait appliquer les dispositions de la *Convention* en conformité avec les obligations et les droits qu'elle confère dès sa mise en oeuvre.

Le *Code civil du Québec* prévoit à l'article 33 les composantes de cet intérêt :

33. Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

Le deuxième alinéa nous renvoie à certains critères : les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques, son âge, sa santé, son caractère et son milieu familial. La Cour d'appel, dans l'arrêt *Droit de la famille ó 3242*⁶, fait référence à un texte du professeur Claude Boisclair, quant à la notion de « besoins ». Nous citons :

⁴ *Droit de la famille ó 1549*, [1992] R.J.Q. 855 (C.A.).

⁵ Rés. A/RES/44/25, Doc. Off. AGNU, c. 3, 44e session, entrée en vigueur pour le Canada, le 12 janvier 1992.

⁶ [1999] R.J.Q. 370, 373 (C.A.), [1999] R.D.F. 9, REJB 1999-10804.

Le terme besoins a un sens précis. Il ne s'agit pas d'un espoir lointain ou d'une probabilité indéfinie ou éventuelle ou encore de satisfaction des besoins de l'enfant uniquement par personnes interposées. Les besoins reposent sur des éléments indissociables tels que l'immédiateté et la quotidienneté.⁷

Les parents doivent donc être en mesure de combler les besoins de l'enfant de façon immédiate : son meilleur intérêt n'attend pas ! Cet intérêt s'évalue *in concreto* en fonction des besoins particuliers de chaque enfant. Pour définir l'intérêt de l'enfant, on peut aussi employer une formule plus lapidaire : le meilleur intérêt de l'enfant est la mesure de son bien. Le rôle du Tribunal n'est pas de tenter de combler les désirs et les attentes d'un parent ou de trancher la question en fonction de l'effet thérapeutique que l'attribution de la garde peut avoir sur ce dernier, l'intérêt du parent ne peut primer celui de l'enfant⁸. Le devoir du tribunal est de se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l'enfant et non dans la vie du parent⁹. Son seul objectif demeure toujours de prendre la meilleure des décisions dans l'intérêt de l'enfant selon la perspective de l'enfant¹⁰.

L'autorité parentale, le pouvoir conféré aux parents pour prendre des décisions quant à l'entretien, la surveillance et l'éducation et la garde de l'enfant¹¹, est limitée notamment par le meilleur intérêt de l'enfant. En effet, le pouvoir décisionnel confié aux parents est encadré par le fait que la décision doit se justifier dans le meilleur intérêt de l'enfant et lorsqu'il y a mésentente, c'est à la Cour qu'il revient de trancher le litige (art. 604 *Code civil*), ce que certains ont qualifié de ménage à trois.

Au Québec « tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner ». Cette disposition du

⁷ Claude BOISCLAIR, « Les besoins et les droits de l'enfant en matière de garde ; réalité ou apparence ? », Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1978, p. 97.

⁸ *Droit de la famille-07397*, C.A. Montréal, 500-09-015974-058, j. Rochon, Dalphond et Morissette, REJB 2007-115671 ; *Droit de la famille-06160*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-006254-068, 21 décembre 2006, j. Godin ; *Droit de la famille-06149*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-0020104-987, 25 septembre 2006, j. Legris ; *B. (J.) c. K. (D.)*, REJB 2006-107854, J.E. 2007-219 (C.S.).

⁹ *Racine c. Woods*, (1983) 2 R.C.S.173, 185.

¹⁰ *D. (A.) c. B. (L.)*, EYB 2006-111032 (C.S.) ; *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, REJB 2006-110468.

¹¹ Art. 598 et 599 du *Code civil*.

Code civil (art. 32) s'inspire de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹². De plus, le *Code civil* prévoit à l'article 34 le droit pour l'enfant d'être entendu par le tribunal saisi d'une demande le concernant, si son âge et son discernement le permettent, ce qui sera rarement le cas en ce qui a trait à l'enfant de quatre ans et moins.

La Cour suprême du Canada indiquait les facteurs pertinents dont les tribunaux doivent tenir compte lorsqu'il s'agit de trancher une question concernant l'intérêt de l'enfant. La Cour affirme ce qui suit :

[...] la considération primordiale à laquelle toutes les autres considérations doivent rester subordonnées doit être le bien-être de l'enfant. Cela ne signifie pas que l'on doit trancher la question de la garde en évaluant la situation matérielle des parties. Cette question ne sera pas déterminée seulement en évaluant la situation matérielle des parties. Cette question ne sera pas examinée seulement à partir du confort physique et des avantages matériels que peut offrir le foyer de l'une ou de l'autre des parties. Le bien-être de l'enfant doit être déterminé en tenant compte de ces facteurs et de tous les facteurs pertinents, dont le bien-être général de l'enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. Lorsque la Cour est appelée à trancher des différends entre des parties réclamant la garde d'un enfant, elle doit avoir pour objectif de choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sain qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte.¹³

La Cour suprême, dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, énonce ce qui suit :

Le critère du meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'article 30 [C.c.B.C.] confère une discrétion étendue aux tribunaux. Il n'est cependant pas, de ce fait, contraire à la constitution. La présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant. Ce critère, qui est universellement reconnu dans le droit de la famille moderne, se rapporte à l'ensemble des considérations relatives à l'enfant et il est susceptible d'application aux circonstances de chaque cas. Il n'est donc pas imprécis au sens de l'article premier de la Charte. Ce critère n'est pas non plus imprécis au sens de l'article 7 de la Charte puisqu'il constitue un guide suffisant et un fondement adéquat pour asseoir un débat judiciaire.¹⁴

Il ne fait plus de doute que en droit civil québécois « l'intérêt de l'enfant est devenu la pierre angulaire des décisions prises à son endroit »¹⁵. Dans l'arrêt *Young c. Young*, la juge L'Heureux-Dubé, de la Cour suprême du Canada, signale que :

¹² L.R.Q., c. C-12, art. 39.

¹³ *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, 101.

¹⁴ [1993] 4 R.C.S. 141, 143.

Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, les tribunaux doivent s'efforcer de pondérer des facteurs tels l'âge, l'état physique, affectif et psychologique, tant de l'enfant que de ses parents, et le milieu particulier dans lequel l'enfant vivra.¹⁶

Dans ce même arrêt, la majorité en vient à la conclusion qu'il n'est pas nécessaire de prouver que l'enfant subit un préjudice pour qu'il y ait une restriction quant aux contacts avec l'autre parent : il faut démontrer que cette restriction se justifie dans son meilleur intérêt et à ce niveau, le meilleur intérêt de l'enfant demeure donc le critère à considérer¹⁷. Il ne s'agit pas de démontrer l'absence d'aspects négatifs dans ces contacts mais plutôt la présence d'aspects positifs.

Dans l'affaire *N. (K.) c. G. (D.)*¹⁸, le Tribunal s'exprime ainsi :

[78] Le tribunal ne dispose d'aucune expertise qui démontre qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un accès plus grand, sinon égal, à son père.

Cet énoncé vient confirmer combien le concept d'égalité est important pour une partie de la jurisprudence et il se reflète généralement par un partage égal du temps parental en vertu du principe de la maximisation des contacts. Comme nous le verrons, la littérature scientifique est quasi inexistante sur la question des bienfaits ou inconvénients pour un enfant de cet âge de faire l'objet d'une garde partagée. Nous croyons qu'à cet âge si le père a sa place il faut respecter le lien d'attachement avec le parent de référence qui doit être priorisé¹⁹. Le simple bon sens mène à conclure que le lien affectif de l'enfant ne peut que croître à l'égard de la personne qui répond à ses besoins. La recherche démontre qu'il faut être prudent avant que l'enfant n'atteigne l'âge de deux ans de l'éloigner trop

¹⁵ *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, 269.

¹⁶ [1993] 4 R.C.S. 3, 66.

¹⁷ *Ibid.*, 126.

¹⁸ C.S. Hull, 550-04-010267-058, 26 janvier 2006, j. Bédard (confirmé en appel sur ces questions, voir C.A. Montréal, n° 500-09-016407-066, 5 octobre 2006).

¹⁹ Voir notamment, *D. (M.) c. P. (S.)*, C.S. Montréal, 500-12-281939-052, 8 mai 2006, j. Matteau (en l'espèce l'enfant a deux ans) ; *H. (M.-J.) c. C. (É)*, C.S. Montréal, 500-04-039079-059, 7 mars 2006, j. Beaudoin, J.E. 2006-2022 (en l'espèce l'enfant a deux ans).

longtemps de ses figures d'attachement. En effet, en vertu leur compréhension limitée du temps, qui excède rarement plus de deux jours, ils tolèrent mal cette séparation²⁰.

Dans un autre arrêt datant de 1994, la juge L'Heureux-Dubé énonce ce qui suit :

La portée générale du test du meilleur intérêt de l'enfant englobe l'examen de la situation dans son ensemble, notamment des préoccupations reliées aux problèmes affectifs, à l'attachement psychologique et aux désirs de l'enfant que la Loi vise également.²¹

La Cour suprême, en 1998, se prononçait de la façon suivante en ce qui concerne les droits d'accès et le meilleur intérêt de l'enfant :

La preuve de la façon dont s'est exercé un droit de visite est très pertinente, à la fois quant à l'attitude du parent et quant aux effets des visites sur l'enfant. Tout parent doit faire passer l'intérêt de son enfant avant le sien. Son incapacité de le faire jointe au préjudice subi par l'enfant sont des indications pouvant mener à une interdiction d'accès. Tel sera le cas, par exemple, lorsque le parent est violent, manipulateur, instable ou qu'il ne peut contrôler ses émotions. Quant aux effets des visites sur l'enfant, des signes tels que la tristesse, l'anxiété, la régression, le retour ou l'aggravation de problèmes de comportement ou de l'humeur, les cauchemars, peuvent être révélateurs de préjudice.²²

(nos soulignements)

Il ressort de ces décisions de la Cour suprême du Canada et d'une revue de l'ensemble de la jurisprudence de cette Cour que l'intérêt de l'enfant est une question de faits qui doit être analysée à travers la perception de l'enfant et non celle des parents.

L'article 33 du *Code civil* reconnaît que toutes les décisions le concernant doivent être prises dans son meilleur intérêt et dans le respect de ses droits, mais cet article n'est pas

²⁰ Francine CYR, « La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée », (2006) 27 *Revue québécoise de psychologie* 79, 102. Au même effet, Jean Simon GOSSELIN, « Les règles et modalités d'application de la Loi sur la protection de la jeunesse, particulièrement au niveau judiciaire, prennent-elles adéquatement en compte la notion de temps chez l'enfant » dans *Développements récents en droit de la jeunesse*, 1998, Vol. 101, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 85, 86.

²¹ C.C.A.S., *Metro. Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, 201.

²² *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 534, 561 et 562.

créateur de droit pour lui, il ne s'agit pas non plus d'un droit fondamental²³. La notion d'intérêt de l'enfant a obtenu ses lettres de noblesse grâce à plusieurs jugements de la Cour suprême datant du début des années 1980²⁴. Ce concept n'est pas défini par la loi, ce qui amène certaines critiques du concept qui laisserait trop de place quant à sa définition, pour ainsi dire aux valeurs, qu'en a le décideur. Les décisions concernant l'enfant mettent parfois en cause des principes contradictoires : l'intérêt à court terme versus l'intérêt à moyen et à long terme ? Les besoins matériels versus les besoins affectifs ? L'environnement urbain ou rural ? Comment en arriver à équilibrer ces valeurs ? Aucun guide sur la démarche, le résultat auquel on arrive dans un dossier sera différent d'un autre où les faits sont pourtant les mêmes. Nous aurons l'occasion de voir qu'il existe des consensus sur les composantes du meilleur intérêt de l'enfant en certaines circonstances. Il n'en demeure pas moins que dans certains cas, des tendances pourront se développer sur les éléments à considérer sans qu'il s'agisse de valeurs clairement reconnues ou qui ont une certaine pérennité. Bref, le concept du « meilleur intérêt de l'enfant » est aussi victime de modes et de théories qui ne sont pas toujours appuyées par la littérature scientifique ou des évaluations cliniques sur un échantillonnage significatif.

Rappelons qu'il n'y a pas si longtemps, la faute conjugale était un élément à considérer dans l'attribution de la garde et que dire de l'orientation sexuelle ! Le « meilleur intérêt de l'enfant » n'est pas à l'abri des tendances sociales : les femmes qui travaillent à l'extérieur du foyer, la durée des unions ou encore la plus grande implication des pères dans l'éducation et les soins quotidiens qu'ils prodiguent à leur enfant, les études pour évaluer les effets de la rupture sur les enfants, pour ne nommer que celles-là.

D'ailleurs, une partie de la doctrine se montre particulièrement critique quant à l'utilisation du critère de l'intérêt de l'enfant parce que pouvant être soumis aux valeurs et préjugés du décideur²⁵ tout en étant par la force des choses un concept dont les

²³ [2004] 1 R.C.S. 76.

²⁴ *Beson c. Director of Child Welfare (Terre-Neuve)*, [1982] 2 R.C.S. 716 ; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, 93.

²⁵ Robert E. EMERY, Randy K. OTTO et William T. O'DONOHUE, « A Critical Assessment of Child Custody Evaluations », *Psychological science in the public interest*, American Psychological Society, Vol.6, 1; Shelley A. RIGGS, « Is the Approximation Rule in the Child's

contours sont mal définis. Affirmant qu'il doit en être ainsi, la juge McLachlin, dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*²⁶, écrivait :

Il est néanmoins tout à fait évident que le législateur souhaite ainsi que la seule et unique question, en matière de garde et d'accès, soit le bien-être de l'enfant dont l'avenir est en jeu. La multitude de facteurs qui risquent de faire obstacle à l'intérêt de l'enfant rend inévitable un certain degré d'indétermination. Un critère davantage précis risquerait de sacrifier l'intérêt de l'enfant au profit de l'opportunité et de la certitude.

B. Les critères d'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant

On peut énumérer les éléments d'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant dans un litige relatif à la garde de la façon suivante et qui font consensus²⁷ (cette énumération n'est pas exhaustive) :

1. Le parent qui a le lien le plus fort et le plus sain avec l'enfant et qui a été la figure parentale principale tant pendant l'union qu'après la rupture ;
2. La capacité parentale ;
3. Les valeurs et la moralité ;
4. La disponibilité ;
5. L'engagement du parent dans l'éducation au niveau scolaire ;
6. La santé mentale et physique de l'enfant ;
7. L'importance que le parent accorde à l'implication de l'autre parent dans l'éducation de l'enfant ;
8. La collaboration ;
9. La communication ;
10. L'engagement du parent de fournir nourriture, vêtements et hébergement ;

²⁶ Best Interest? A Critique from the Perspective of the Attachment Theory », (2005) 43 *Family Court Review* 481.

²⁷ [1996] 2 R.C.S. 27, par. 20.

²⁷ Richard A. GARDNER, « Guidelines for Assessing Parental Preference in Child Custody Disputes », (1999) 30 *Journal of Divorce and Remarriage*, Haworth Press. On notera que les parents ont tendance à définir le meilleur intérêt de l'enfant en utilisant des critères plus précis et concrets que les juristes. Les juristes ont une vision à plus long terme alors que les parents tendent à se concentrer sur les besoins immédiats de l'enfant et sont plus terre à terre, voir Marsha Kline PRUETT, Kathy Hogan BRUEN, Tamara JACKSON, « The Best Interest of the Child : Parents versus Attorneys Perspectives », (2000) 33 *Journal of Divorce and Remarriage*, 47.

11. La santé physique de chaque parent ;
12. La santé psychologique de chaque parent ;
13. La présence et la proximité de la famille élargie ;
14. L'importance de ne pas mêler l'enfant au conflit qui implique les parents ;
15. L'engagement dans l'enrichissement des habiletés de l'enfant ;
16. L'implication de la famille élargie ;
17. L'implication avec les amis de l'enfant ;
18. La fierté liée à l'enfant ;
19. La préférence exprimée par l'enfant ;
20. L'engagement de répondre aux besoins d'un enfant handicapé ;
21. La stabilité de l'un et l'autre des parents ;
22. Le maintien de l'intégrité de la fratrie.

Soulignons qu'il ne s'agit pas uniquement de passer en revue ces éléments un par un et d'en faire le total au profit d'un parent qui en rencontre le maximum aux fins d'attribuer la garde de l'enfant, il ne s'agit pas d'un exercice mathématique. Nous ne croyons pas d'ailleurs qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant de cristalliser les critères : le tribunal doit pouvoir user de sa discrétion en fonction des circonstances. Par ailleurs, l'expert qui procèdera à l'évaluation de la situation pourrait devoir en considérer un ou plusieurs selon les faits de l'espèce.

En conclusion, le seul critère qui doit guider la prise de décisions relativement à un enfant est son meilleur intérêt (art. 33 du *Code civil*). Malgré le flou qui entoure ce critère, il demeure définissable²⁸.

²⁸ Andrew J. WINTON, « Case Comment: *D. (B.) c. Children's Aid Society of Halton* », (2006) 26 *Canadian Family Law Quarterly*, 1.

II. La jurisprudence actuelle relative au contact parent- nourrisson en cas de rupture et la garde partagée

A. Les critères d'établissement de la garde partagée et le concept de l'intérêt de l'enfant

La Cour d'appel²⁹ retient les critères suivants relatifs à l'attribution d'une garde partagée :

- 1) l'intérêt de l'enfant;
- 2) la stabilité;
- 3) la capacité des parents de communiquer³⁰;
- 4) la proximité des résidences de chaque parent;
- 5) l'absence de conflit entre ces derniers;
- 6) le désir de l'enfant.

La jurisprudence a développé une série de critères auxquels les juges ont recours lorsqu'ils sont appelés à statuer sur la garde d'un enfant, notamment : l'habileté parentale, la continuité du milieu de vie, la stabilité de l'enfant, la satisfaction des besoins de l'enfant, le souhait de ce dernier, la relation entre l'enfant et les parents, la santé physique et mentale de l'enfant, son âge, l'existence d'aliénation parentale, la volonté du parent gardien de favoriser les droits d'accès, la disponibilité des parents, etc³¹. Aucun de ces critères n'est déterminant. Il s'agit de rechercher le meilleur intérêt de l'enfant.

²⁹ *Droit de la famille - 3123*, J.E. 98-2091 (C.A.). Au même effet : *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, REJB 2006-110468 ; *Droit de la famille-07813*, C.S. Hull, 550-04-009603-040, 13 avril 2007, j. Isabelle. Pour une revue de la jurisprudence quant à l'application de ces critères voir, Mario PROVOST, «La garde partagée en 2006 : un rappel des principes jurisprudentiels», *Juriste*, Février 2007, Bulletin CCH, Éditions C.C.H. ; Michel TÉTRAULT, « Chronique-La garde partagée : les développements récents », *Repères*, Janvier 2007, Droit civil en ligne, Éditions Yvon Blais, EYB2007REP535.

³⁰ Pour revue de la jurisprudence voir, *H. (M.-J.) c. L. (F.)*, C.S. joliette, 705-12-022636-046, 3 mars 2006, j. Trudel (confirmée en appel, C.A. Montréal, 500-09-016545-063, 18 octobre 2006).

³¹ *Droit de la famille ô 07657*, EYB 2007-117002 (C.A.).

B. La capacité parentale

La capacité parentale que l'on peut définir sommairement comme la capacité pour un parent de répondre efficacement aux besoins de son enfant tout en employant un mode d'intervention approprié constitue un critère de première importance dans l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant. Dans l'affaire *R. (M.-F.) c. T. (P.)*³², le Tribunal refuse d'établir une garde partagée à la demande du père. Le Tribunal indique que monsieur ne dispose pas de la capacité parentale requise pour que la garde partagée réussisse. D'une part, il est permis de croire que la demande de garde partagée formulée par monsieur est en partie fondée sur les conséquences financières qu'implique ce type de garde. D'autre part, monsieur a fait preuve d'instabilité depuis la rupture. Monsieur affirme qu'il a besoin d'avoir les enfants avec lui pour « retrouver son équilibre ». Or, il n'appartient pas aux enfants de régler un tel problème.

Dans *L. (P.) c. D. (G.)*³³, le Tribunal conclut que le mode de vie de la mère et sa consommation de substances interdites ne lui permettent pas de répondre aux besoins de l'enfant, notamment au niveau du suivi scolaire.

Dans l'affaire *G. (N.) c. D. (S.)*³⁴, le Tribunal procède à faire les commentaires suivants quant à la capacité parentale d'un père qui demande de bénéficier de larges droits d'accès alors que le Tribunal lui a accordé de droits supervisés :

[30] Enfin, la participation de M. D..., à titre de complice de celui qui avait escaladé le pont Jacques-Cartier, au nom de *Fathers-4-Justice*, en septembre 2005, constitue un acte démontrant une immaturité et une irresponsabilité particulièrement inquiétantes.

Le défaut du parent d'identifier ou de répondre aux besoins de l'enfant constitue une

³² EYB 2006-101789 (C.S.).

³³ C.S. Québec, 200-04-015062-068, 31 août 2006, j. Jacques ; *Droit de la famille-07644*, C.S. Québec, 200-04-013330-046, 22 mars 2007, j. Bélanger.

³⁴ [2006] QCCS 4392. Au même effet : *Droit de la famille-0614*, J.E. 2007-219 (C.S.).

lacune au plan de la capacité parentale³⁵. Ainsi, dans l'affaire *R. (M.E.E.) c. L. (J.-L.)*³⁶, le Tribunal indique ce qui suit :

33 [í] Le père n'a pas semblé préoccupé par le fait que la mère qui, à l'époque, ne travaillait pas et qui parlait pratiquement *seulement* l'espagnol et les deux enfants soient réduits avec un budget familial annuel de 5 400 \$ à la mendicité.

[í]

36 Lorsque le père appelle le soir, il parle cinq minutes à Al... et près de trente minutes à A... A... a, à nouveau, cette attitude agressive envers sa mère. A... a récemment dit à sa mère à propos d'une dépense qu'il voulait faire que son père payait une pension alimentaire pour cela! L'enfant va à une école de musique. Il a besoin d'un nouveau violon. Il s'agit d'une dépense au montant de 1 200 \$. Le père a promis à l'enfant de le lui acheter pendant la semaine de relâche, soit pendant les jours suivant l'audition, à condition que la mère débourse l'autre moitié de la dépense! Tous les messages entre le père et la mère sont faits par l'enfant.

37 Le Tribunal estime que l'attitude du père envers A... est déplorable et ne démontre pas qu'il agit dans l'intérêt de l'enfant.

38 Les visites au père pèsent à Al..., âgée de 10 ans, depuis que son père a dit aux enfants que les procédures en divorce seraient vite réglées si, par hasard, un camion renversait leur mère sur la rue. Al... se plaint de ce que, lors des visites, son père lui refuse toute activité avec des amis parce c'est « sa fin de semaine ».

C. La disponibilité

Il est normal que l'enfant soit sous la supervision d'un de ses parents plutôt que d'un tiers lorsque ce dernier est plus disponible³⁷. Il en est de même notamment si l'un des parents travaille à temps partiel et que l'autre occupe un emploi à temps plein³⁸. Toutefois la disponibilité est *un* des éléments à considérer³⁹. Toutefois, au nom de la maximisation des contacts, qui est un idéal à atteindre on traite parfois assez légèrement la question de

³⁵ *S. (F.) c. B. (E.M.)*, EYB 2006-108555 (C.S.) ; *É. (M.) c. G. (S.)* EYB 2006-106009 (C.S.) ; *P. (J.) c. Pe. (M.)*, REJB 2006-108145 (C.S.) (confirmée en appel sur cette question voir, REJB 2006-111569 (C.A.)).

³⁶ REJB 2006-105909 (C.S.) (inscription en appel, C.A. Montréal, 500-09-016749-061, 6 juin 2006; Requête pour suspendre l'exécution provisoire accueillie, C.A. Montréal, 500-09-016749-061, 26 juillet 2006).

³⁷ *Droit de la famille-07317*, C.S. Montréal, 500-04-042702-069, 16 février 2007, j. Jolin ; *(K.) c. R. (J.)*, C.S. Baie-Comeau, 655-04-001659-047, 24 février 2006, j. Corriveau ; *O. (R.) c. J. (K.)*, C.S. Québec, 200-04-011660-030, 29 août 2006, j. Jacques ; *M. (D.) c. M.-È. (G.)*, EYB 2006-100896 (C.S.) ; *B. (L.) c. L. (R.)*, EYB 2006-109483 (C.S.).

³⁸ *S. (S.) c. N. (SO.)*, C.S. Montréal, 500-12-273538-045, 30 août 2006, j. Lemelin, REJB 2006-109487.

³⁹ *P. (C.) c. G. (L.)*, B.E. 2006BE-1260 (C.S.) (pourvoi à la Cour d'appel).

la disponibilité pour certains le concept de temps de qualité est toujours de mise. Nous soumettons respectueusement que la disponibilité doit tenir compte de deux composantes le temps à accorder et les interactions entre le parent et l'enfant pendant ces périodes.

Dans l'affaire *R. (M.-F.) c. T. (P.)*⁴⁰, le Tribunal refuse d'établir une garde partagée à la demande du père. En effet, il a omis à plusieurs reprises d'exercer ses droits d'accès. Il ne s'est pas non plus impliqué dans la rentrée scolaire des enfants. On peut penser qu'à court terme, son implication ou sa disponibilité ne se modifiera pas.

D. La communication

D'emblée, soulignons qu'aucun jugement ou aucune intervention ne saurait améliorer rapidement la qualité des relations entre les parties, ni alléger le climat de méfiance et d'hostilité qui prévaut entre des parties⁴¹. Il faut à tout le moins éviter que l'enfant ne devienne victime des règlements de compte.

Dans l'affaire *S. (L.) c. D. (J.-R.)*⁴², monsieur présente une requête pour l'obtention d'une garde partagée à l'égard de ses deux enfants âgés respectivement de quinze et douze ans. Les faits d'armes de ce dernier peuvent se résumer comme suit :

[3] Monsieur D, qui a reçu pendant un temps des prestations de la C.S.S.T., demeure invalide et n'occupera plus jamais d'emploi rémunérateur. Tout au plus s'investira-t-il tour à tour dans trois petits commerces, qui n'ont pas très loin. Lorsque les prestations cessent, en 1994, il s'engage dans une véritable guérilla contre la C.S.S.T., d'abord par la voie judiciaire, puis sur un autre terrain.

[4] En janvier 2002, pour sensibiliser l'opinion publique à l'injustice dont il se dit victime, il pénètre en plein jour dans les bureaux de la C.S.S.T., à [ville B], brandissant un fusil de calibre 12. Il y tient le personnel et les policiers en alerte pendant plus de quatre heures. L'arme n'est pas chargée, mais il est le seul à le savoir, de sorte que l'intrusion est prise très au sérieux, aussi bien par les personnes présentes que par les tribunaux, auxquels monsieur devra ensuite faire face. Son coup de force médiatique lui vaut une sentence d'emprisonnement de seize (16) mois, qu'il purgera au Centre de détention de [ville C].

⁴⁰ EYB 2006-101789 (C.S.). Au même effet : *J. (F.) c. G. (B.)*, EYB 2006-101435 (C.S.) ; *J. (C.) c. S. (G.)*, EYB 2006-101418 (C.S.) ; *Droit de la famille-2232*, [1995], R.J.Q. 1704 (C.A.).

⁴¹ *Droit de la famille-06153*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-004889-030, 13 septembre 2006, j. Legris.

⁴² C.S. Gaspé, 110-04-001667-038, 28 août 2006, j. Blanchet, REJB 2006-109409.

[5] Libéré sous condition en avril 2003, monsieur Dí signifie dès le 25 août suivant la requête pour garde partagée dont le Tribunal est maintenant saisi. Dans une ordonnance de sauvegarde prononcée en septembre, il obtient le droit de voir ses enfants, d'abord sous supervision. Mais le 21 octobre, il tente de mettre fin à ses jours par absorption de fortes doses d'alcool et de médicaments. Réincarcéré pour bris de conditions, il sera finalement libéré en février 2004, sujet à une période de probation de trois ans.

[6] On pourrait croire que l'expérience vécue jusque-là aura suffi à pondérer l'ardeur de monsieur Dí dans son combat contre la C.S.S.T., mais il n'en sera rien. Le 4 juillet 2006, un mois à peine avant que ne soit entendue sur le fond sa requête en garde partagée, il s'installe sur la structure d'un pont ferroviaire, près de [ville A], arborant autour du cou une corde avec laquelle il menace apparemment de se pendre.

[7] Ce coup d'éclat, que monsieur Dí a soigneusement planifié avec quelques ténors de la presse à sensation, se prolongera pendant plus d'une demi-journée et lui vaudra de faire face une fois de plus à la justice. Le 18 août 2006, à quelques jours seulement de l'audition devant nous, il est condamné à 23 mois d'emprisonnement, à purger toutefois dans la collectivité, le tout suivi d'une probation de 2 ans. Jusqu'au 18 octobre prochain, il sera assigné à sa résidence, sous plusieurs conditions, après quoi il devra respecter un couvre-feu de 21:00 h à 6:00 h pendant 15 mois, puis de 23:00 h à 6:00 h pendant 5 mois.

[8] Après les événements du 4 juillet, mais avant de recevoir sa sentence, monsieur Dí continue d'entretenir les médias, cette fois par le biais d'une grève de la faim, qu'il poursuit jusqu'au point d'atteindre un état s'apparentant au coma. Au cours de cette période, il s'entretient par téléphone avec le cadet de ses fils, Pí (10 ans), à qui il dit qu'il va mourir. Et au lendemain même de sa sentence, le samedi 19 août, il convoque chez-lui l'aîné des enfants, Dí (14 ans), lui laissant entendre qu'il pourrait mettre fin à ses jours s'il n'obtient pas bientôt la garde partagée qu'il réclame depuis si longtemps.

Le Tribunal ne peut que constater l'incapacité totale de communiquer à laquelle les parties en sont arrivées sur une base neutre ou objective, et cela même lorsqu'il s'agit de s'entendre sur la moindre décision visant le meilleur intérêt de leurs enfants⁴³. Or, pour le Tribunal, cette incapacité de communiquer, si elle ne constitue pas nécessairement un obstacle péremptoire à une garde partagée, risque tout de même d'entraver sérieusement l'harmonie attendue d'une telle mesure, tout en exacerbant inévitablement le climat de conflit et d'insécurité dans lequel les enfants se trouvent plongés depuis déjà trop longtemps. Il refuse d'établir une garde partagée.

⁴³ Voir, *Droit de la famille-07813*, C.S. Hull, 550-04-009603-040, 13 avril 2007, j. Isabelle.

Le Tribunal en vient à la même conclusion dans l'affaire *D. (A.) c. B. (L.)*⁴⁴, un litige particulièrement acrimonieux oppose les parties quant à la garde de leurs trois enfants depuis novembre 2000. Chacune des parties veut maintenant se voir confier la garde des enfants. Quant à la possibilité d'établir une garde partagée, après une minutieuse mais pertinente revue du vécu des enfants pendant et après la cohabitation le tribunal indique ce qui suit :

191 La situation idéale voudrait que les enfants puissent profiter également des apports des deux parents. Ceci est impossible. Si les parents avaient vécu plus proches, une garde partagée aurait pu être considérée, encore que, dans l'état actuel des choses, elle aurait vraisemblablement été une occasion perpétuelle de confrontation entre les parents. Peut-être l'avenir permettra-t-il d'envisager cette solution.

Par analogie, au plan de la communication, l'exigence de *la jurisprudence ontarienne* quant à la preuve d'une coopération préalable⁴⁵ à la rupture des parents, prérequis à l'établissement d'une garde partagée ou de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, ne date pas d'hier, les effets d'un conflit parental moyen ou élevé sont d'ailleurs documentés⁴⁶. Dans l'arrêt *Lefebvre c. Lefebvre*⁴⁷, la Cour indique que cette preuve est nécessaire.

Dans l'arrêt *Roy c. Roy*⁴⁸, la Cour d'appel d'Ontario confirme l'approche adoptée dans l'arrêt *Kaplanis c. Kaplanis*⁴⁹, à savoir que l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la garde partagée et même la garde parallèle ne peuvent être ordonnés si le tribunal ne

⁴⁴ EYB 2006-111032 (C.S.).

⁴⁵ Pour un exemple québécois, voir *L. (C.) c. F. (M.)*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-005899-053, 19 janvier 2007, j. Godin.

⁴⁶ Sur l'effet du conflit sur les enfants voir Par exemple, les pressions d'un parent, voir *B. (C.) c. L. (R.)*, C.S. Saint-François, 450-04-004443-007, 31 janvier 2006, j. Dumas, J.E. 2006-2125. À la page 15 du jugement, l'expert Arès indique ce qui suit dans son rapport :

« Ce sont les conflits familiaux qui entraînent les problèmes d'adaptation sociale, émotionnelle et cognitive chez un enfant. Ce facteur supplanterait l'absence d'un des parents et le facteur économique. Plus le conflit est ouvert et implique les enfants, plus les conséquences semblent nocives pour ces derniers. »

⁴⁷ [2002] CanLII (C.A. Ont.).

⁴⁸ [2006] CanLII 15619 (C.A. Ont.).

⁴⁹ [2005] CanLII 1625 (C.A. Ont.).

dispose pas d'une preuve préalable à l'effet que les parents peuvent coopérer et communiquer efficacement. Nous citons les passages pertinents :

[7] In her interim order granting the appellant sole custody of the children, Templeton J. stated:

In the circumstances of the apparently complete communication breakdown between the parties, the open discord and the history of substantial instability in the parties' relationship over a number of years, joint custody would not be in the best interests of the children.

[8] Mary Satterfield, the court-appointed mediator, testified that the respondent told her that "he doesn't want to have anything to do with [the appellant] if he wouldn't give [her] the time of day." She also testified that the parties have a "horrendous mistrust" of each other. Moreover, in her report to the judge, after 10 mediation sessions with the parties, she stated: "[W]e have been unable to obtain agreement about a parenting plan. We are not even close."

[9] During the trial, the trial judge observed: "[T]here is a horrible rift between you in terms of communication. You are simply unable to trust each other and communicate to each other so that you can jointly parent these kids." In his judgment, he referred to "the enormous antipathy and mistrust that pervades their relationship."

[í]

[16] The appeal is allowed on the shared parenting issue. The appellant shall be the sole custodial parent with power to make all major decisions concerning the children, including decisions relating to place of residence, schooling, religion and medical treatment.

Avec déférence, on doit s'interroger sur ce que l'on voulait faire subir à l'enfant en établissant une garde partagée. S'il faut que des parents aillent débattre de la question à la Cour pendant trois, cinq et parfois huit jours, comment croire qu'ils pourront coopérer ? Quand on énonce qu'en certaines circonstances l'établissement de la garde partagée tient plus de l'idéologie que de l'intérêt de l'enfant, force est d'admettre qu'il y a lieu de s'interroger suite à la lecture de cette décision. Si le seul *mantra* à l'appui de cette propension à l'optimisme est de croire que plus l'enfant aura accès à ses deux parents, plus la modalité retenue est bonne, encore faut-il voir dans quel environnement (physique et émotionnel) le tout se déroule. Rappelons qu'en présence d'un conflit

important et systématique⁵⁰ entre les parents, l'établissement d'une garde partagée peut le prolonger tout en l'exacerbant⁵¹. Les enfants ne peuvent être qu'affectés par la situation conflictuelle existant entre les parents et se retrouvent nécessairement pris entre les deux⁵². D'ailleurs les études démontrent que la rupture a un effet moins dévastateur qu'un conflit parental sur l'adaptation de l'enfant à sa nouvelle situation, la littérature traite de deux effets indépendants⁵³.

Dans l'affaire *C. (M.) c. B. (D.)*⁵⁴, en présence d'un enfant de six ans, le Tribunal qui conclut que le père pose des gestes qui frôlent l'aliénation parentale et que la mère a très peu de disponibilité à cause de son emploi, opte pour l'établissement d'une garde partagée. Le Tribunal indique ce qui suit :

[11] Nous espérons sincèrement que la garde partagée sur une base hebdomadaire aidera toutes ces personnes à établir de la sérénité dans leurs vies respectives afin de permettre à l'enfant de faire face aux défis personnels et scolaires auxquels il est confronté et nous l'ordonnerons.

N'est-ce pas là faire preuve de trop d'optimisme ?⁵⁵

⁵⁰ *L. (F.) c. H. (M.-J.)*, C.A. Montréal, 500-09-016545-063, 18 octobre 2006, j. Morin, Dalphond et Rayle.

⁵¹ *B. (A.) c. G. (F.)*, C.S. Saint-François, 450-12-021961-034, 12 juillet 2006, j. Bureau, par. 8. Au même effet : *Dans la situation de C. (J.-M.)*, C.Q. Beauce, 350-41-000020-043, 28 août 2006, j. Gosselin-Després.

⁵² *Le Directeur de la protection de la jeunesse*, C.Q. Frontenac, 235-41-000023, 10 octobre 2006, j. Sirois.

⁵³ *É. (M.) c. G. (S.)*, EYB 2006-106009 (C.S.). Au même effet : *D. (A.) c. B. (L.)* EYB 2006-111032, para. 163 (C.S.). Voir Hallie FRANK, « Young Adults Relationship with Parents and Siblings: The Role of Marital Status, Conflicts and Post-Divorce Predictors », (2007) 46 *Journal of Divorce and Remarriage*, 105 ; Susan L. HUTCHISON, Tamara AFIFI et Stephanie KROUSE, « The Family that Plays Together Fares Better : Examining the Contribution of Shared family to Family Resilience Following Divorce », (2007) 46 *Journal of Divorce and Remarriage*, 21.

⁵⁴ *C.S. Richelieu*, 765-04-003001-061, 14 juin 2006, j. Riordan, REJB 2006-108944 ou J.E. 2006-1700.

⁵⁵ Au même effet : *M. (B.) c. Ma. (C.-A.)*, C.S. Mingan, 650-04-001750-037, 11 décembre 2006, j. Goodwin. À l'opposé voir, *J. (C.) c. S. (G.)*, EYB 2006-101418 (C.S.) où avant d'établir une garde partagée le Tribunal indique qu'il serait très souhaitable que les parties puissent rétablir leurs communications pour le bien et dans l'intérêt de leurs enfants.

Dans l'affaire *G. (C.) c. L. (V.)*, le Tribunal indique que lorsque l'enfant souffre de troubles d'apprentissage sérieux le critère de la communication entre les parents prend de l'importance.

Il est nécessaire de rappeler les effets possibles que peut avoir l'absence de communication entre les parties, résultats du conflit parental : désorganisation résultant de la difficulté à gérer ses émotions, anxiété, conflit de loyauté⁵⁶, agressivité, problèmes de socialisation, problèmes d'adaptation à la rupture ou à un nouvel environnement, sentiment de culpabilité, etc.

Dans l'affaire *R. (É.) c. G. (C.)*⁵⁷, le Tribunal est saisi d'une demande en changement de garde, d'un enfant de cinq ans, par le père dans le but d'obtenir la garde exclusive et subsidiairement la garde partagée. Le père appuie sa demande sur son déménagement qui a pour effet qu'il réside maintenant à quelques minutes de distance du domicile de la mère et sur le fait que la Direction de la protection de la jeunesse (D.P.J.) a reçu un signalement qui met en cause les problèmes de toxicomanie des deux parents, l'immaturité, l'impulsivité, l'instabilité de la mère et de son nouveau conjoint, la tolérance de tiers à risque dans l'environnement de l'enfant et enfin, un climat de violence verbale intra-familiale. À ce sujet, le Tribunal souligne qu'en octobre 2005, monsieur fait signer à madame une convention établissant une garde partagée. La preuve révèle toutefois que Madame signe cette convention sous les menaces et la contrainte de Monsieur. Le Tribunal ne reviendra pas sur ces deux éléments. La D.P.J. délivre son rapport, lequel en vient à la conclusion que les allégations du signalement ne sont pas fondées. Elle recommande la fermeture du dossier. Le Tribunal reviendra sur ce rapport. Il constate que tout va bien présentement pour l'enfant et que le mode de garde actuel semble lui convenir. Partant, c'est à monsieur de démontrer que le *statu quo* doit être changé, qu'une garde partagée doit lui être accordée dans le meilleur intérêt de son enfant⁵⁸. Le Tribunal

⁵⁶ Par exemple, *Droit de la famille-07767*, C.S. Montréal, 500-12-266165-020, 11 avril 2007, j. Hurtubise ; *Droit de la famille-07813*, C.S. Hull, 550-04-009603-040, 13 avril 2007, j. Isabelle ; *D. (A.) c. B. (L.)*, B.E. 2006BE-1262 (C.S.) ; *B. (M.) c. M. (C.)*, C.S. Iberville, 755-04-004184-058, 21 décembre 2006, j. Corriveau.

⁵⁷ EYB 2006-109396 (C.S.).

⁵⁸ *Droit de la famille-06160*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-006254-068, 21 décembre 2006, j. Godin ; *Droit de la famille-06124*, C.S. Québec, 200-12-072321-053, 17 octobre 2006, j. Jacques.

note en tout premier lieu que monsieur désire avoir une garde partagée depuis sa séparation avec Madame. En cela, sa demande actuelle est cohérente avec ses démarches antérieures. Avec déférence, la persistance ne devrait pas constituer un motif en soi d'établir une garde partagée surtout lorsque l'on considère, comme en l'espèce, que monsieur n'hésitera pas à exercer des menaces ou de la contrainte pour parvenir à ses fins. Nous croyons que cette façon d'agir devrait teinter l'évaluation que le Tribunal fait du père, nous citons : « 18 Après avoir réalisé en janvier dernier qu'il ne pourrait pas obtenir une garde partagée en demeurant à ville C, Monsieur a demandé à son employeur d'être transféré à Québec, chose qu'il a obtenue. C'est là l'agissement d'un père sincère et soucieux du bien-être de son enfant. Sa promptitude à se pourvoir à nouveau devant le Tribunal suite aux révélations faites à la D.P.J. permet de tirer la même conclusion. ».

Le Tribunal revient sur deux éléments du rapport de la D.P.J. :

- Les deux parents consomment du cannabis;
- Monsieur explique qu'il en consomme, à l'occasion, pour prolonger ses nuits. En tant qu'ex-militaire qui a participé à une mission en Yougoslavie en 1992, il en est revenu affecté d'un diagnostic de syndrome post-traumatique qui se matérialise dans son cas par une perte de sommeil, des cauchemars et des sueurs fortes;
- Il promet au Tribunal qu'il va cesser et prend l'engagement de se soumettre à un test de dépistage sur demande;
- Madame fume également du cannabis. Un test récent de dépistage demandé par la D.P.J. s'est avéré positif. Madame mentionne de plus avoir pris en une occasion du «*freebass*», un mélange à base de cocaïne, au mois de décembre 2005. Chose encore plus grave, elle mentionne avoir consommé cette substance avec la gardienne de l'enfant;
- Les relations entre le conjoint de Madame et Monsieur sont de plus problématiques et révèlent que ce dernier, lorsque contrarié ou stressé, peut devenir agressif et violent. Des plaintes criminelles de menaces de causer la mort ou des lésions corporelles sont actuellement pendantes en Cour du Québec. La simple présence du conjoint de Madame lui fait perdre ses moyens.

Par ailleurs, le Tribunal constate que les relations entre les parties, lorsque ces dernières sont seules et discutent du bien-être de l'enfant sont bonnes. Le Tribunal retient de la preuve que les parties ont passé une heure ensemble le mois dernier à la clinique

médicale avec leur fille et tout s'est bien déroulé. Or, la possibilité que les parties puissent encore communiquer entre elles lorsqu'il est question du bien-être de leur enfant est un élément important à considérer dans la décision d'octroyer ou non une garde partagée. Le Tribunal souligne à juste titre que madame s'oppose malgré tout à l'octroi de ce type de garde, alors que lorsqu'elle avait des problèmes avec sa gardienne, elle s'est tournée naturellement vers monsieur et lui a demandé de prendre l'enfant. On doit en conclure que madame ne remet pas en cause la capacité parentale de monsieur, nous nous interrogeons toutefois sur leur capacité de communiquer qui repose sur des éléments pour le moins fragiles.

En terminant sur cet aspect de la question, on doit souligner que la présence d'un conflit parental important peut avoir un effet sur la disponibilité et l'efficacité parentale et sur le niveau de collaboration des parents qui y prennent part volontairement ou involontairement⁵⁹. Une étude des relations antérieures entre les parents peut être révélatrice⁶⁰ tant au plan de la communication que de l'implication⁶¹.

Nous soumettons que c'est dans la situation où un parent veut créer un rapport de force dans l'unique but d'éliminer l'option de la garde partagée que l'absence de communication ne devrait pas constituer un empêchement à l'établissement de cette modalité de garde, le critère du meilleur intérêt de l'enfant étant l'élément déterminant. La communication ne doit pas être le seul critère d'établissement d'une garde partagée⁶².

E. Le parent de référence et le lien d'attachement

La propension à répondre aux besoins de l'enfant et même à les devancer crée le lien d'attachement⁶³ entre l'enfant et le parent. Les tribunaux utilisent fréquemment le

⁵⁹ Pour un exemple où le litige entre les parties a affecté sa capacité à prendre des décisions, voir *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, para.42 et s., REJB 2006-110468.

⁶⁰ *Droit de la famille-06114*, C.S. Québec, 200-04-013862-055, 29 septembre 2006, j. Moulin.

⁶¹ *Droit de la famille-0742*, C.S. Alma, 160-04-000122-063, 18 janvier 2007, j. Duchesne, EYB 2007-112780, J.E. 2007-453 (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A. Québec, no 200-09-005861-072, 22 février 2007, EYB 2007-115052).

⁶² *Droit de la famille-07813*, C.S. Hull, 550-04-009603-040, 13 avril 2007, j. Isabelle.

⁶³ Le lecteur pourra consulter le texte suivant : Sonia LECHASSEUR, « L'enfant et le lien d'attachement : la pierre angulaire des décisions en matière de garde, sa définition, ses

concept du parent de référence pour traiter du lien d'attachement. Ce dernier concept joue un grand rôle dans la détermination des modalités de contacts de l'enfant en bas âge.

Le rôle du Tribunal n'est pas de tenter de combler les désirs et les attentes d'un parent ou de trancher la question en fonction de l'effet thérapeutique que l'attribution de la garde peut avoir sur ce dernier, l'intérêt du parent ne peut primer celui de l'enfant⁶⁴. Le devoir du tribunal est de se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l'enfant et non dans la vie du parent⁶⁵. Son seul objectif demeure toujours de prendre la meilleure des décisions dans l'intérêt de l'enfant selon la perspective de l'enfant⁶⁶.

Dans l'affaire *Dans la situation de l'enfant X*⁶⁷, le Dr Gilles Fortin, neurologue pédiatre, qui partage son expertise notamment avec le Dr. Yvon Gauthier de la clinique de l'attachement de l'Hôpital St-Justine, explique de la façon suivante ce qu'est un lien d'attachement, nous citons :

[14] Ce médecin explique de façon succincte et précise ce qu'est un lien d'attachement. C'est, dit-il, la capacité pour un enfant de gérer son stress dans des situations données. En pareilles situations, ainsi confronté, l'enfant se réfère automatiquement aux personnes les plus significatives pour lui afin d'être sécurisé.

[15] À titre d'exemple, il compare ce phénomène au port d'attache d'un bateau. L'enfant ainsi rassuré peut par la suite s'ouvrir aux expériences extérieures et ainsi progresser; son équilibre psychologique étant préservé.

[16] Cet expert se référant à son expérience et aux études existantes sur la question déclare :

composantes, son évolution » dans *Développements récents en droit familial*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, 717.

⁶⁴ *Droit de la famille-07397*, C.A. Montréal, 500-09-015974-058, j. Rochon, Dalphond et Morissette, REJB 2007-115671 ; *Droit de la famille-06160*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-006254-068, 21 décembre 2006, j. Godin ; *Droit de la famille-06149*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-0020104-987, 25 septembre 2006, j. Legris ; *B. (J.) c. K. (D.)*, REJB 2006-107854, J.E. 2007-219 (C.S.).

⁶⁵ *Racine c. Woods*, (1983) 2 R.C.S. 173, 185.

⁶⁶ *D. (A.) c. B. (L.)*, EYB 2006-111032 (C.S.) ; *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, REJB 2006-110468.

⁶⁷ C.Q. Cowansville, 455-41-00404-046, 9 janvier 2006, j. Denis.

"Ce qui se passe dans les deux premières années de vie est extrêmement important. C'est à partir de six mois à dix-huit/vingt-quatre mois que l'enfant bâtit sa relation".

[17] Il relate les conséquences désastreuses observées chez les enfants dont les liens d'attachement furent brisés dans les deux premières années. Les études ont démontré chez ces enfants devenus adultes qu'ils éprouvaient de grands problèmes d'adaptation, qu'ils étaient désorganisés et certains d'entre eux développaient des problèmes psychopathologiques.

[í]

[22] Au défenseur de la thèse qui privilégie des droits d'accès nombreux à l'endroit des parents qui ne peuvent assumer l'autorité parentale auprès de leurs enfants, afin de palier à leur absence et leur permettre de développer un lien d'attachement avec ces derniers, le Dr. Fortin est formel : "*cela ne se peut*", dit-il, "*un lien d'attachement ne peut se créer par le biais des visites*". Il découle de son témoignage, qu'un tel lien se forge dans l'assumption quotidienne des responsabilités parentales axée toute entière sur une réponse des besoins de l'enfant.

(nos soulignements)

Dans l'arrêt *R. (M.) c. S. (M.)*⁶⁸, la Cour d'appel indique que la mère a été de parent de référence pendant la vie commune et que cet élément n'a pas été suffisamment considéré par le Tribunal d'instance.

Dans l'arrêt *V. (P.) c. C. (M.)*⁶⁹, la Cour indique qu'il est certain que l'enfant aime beaucoup sa mère avec qui il a passé les neuf premières années de sa vie. Mais il est également attaché à son père avec qui, depuis juillet 2004, il a développé une certaine intimité. L'enfant peut donc avoir plusieurs liens d'attachement alors qu'il avance en âge et le critère du parent de référence perd de son importance. La décision dans *G. (B.) c. Gu. (L.)*⁷⁰ est au même effet. Encore faut-il pour conclure à l'attachement de l'enfant à ses deux parents que ces derniers se soient impliqués dans le développement de

⁶⁸ EYB 2006-100769 (C.A.). Sur l'importance du lien d'attachement et du parent de référence, voir *Droit de la famille-06878*, C.S. Québec, 200-04-015134-065, 14 décembre 2006, j. Lesage (enfant âgé d'un an) ; *B. (G.) c. B. (S.)*, C.Q. Drummond, 405-41-001079-057, 16 octobre 2006, j. Ménard.

⁶⁹ EYB 2006-107979, J.E. 2006-1501 (C.A.).

⁷⁰ J.E. 2006-1451 (C.S.).

l'enfant⁷¹. Dans l'affaire *S. (M.) c. V. (K.)*⁷², le Tribunal retient les éléments suivants pour confier la garde exclusive à la mère :

- À l'égard de la fréquentation scolaire de l'enfant, monsieur souhaitait l'inscrire dans une école lui offrant, selon lui, plus de possibilités de développement que celle de ville A, par exemple, dans un programme de sport-études ou d'études internationales. Il affirme avoir discuté de son intention avec madame en mars 2006. Il explique aussi avoir effectué des recherches sur Internet au sujet de ces institutions. Il admet toutefois n'avoir communiqué avec aucune d'elles. Il n'en a pas eu le temps. Soulignons que monsieur est étudiant à temps plein, quinze heures semaine;

- Pourtant, madame a pu procéder à l'inscription de leur fils ;

- En ce qui concerne le partage des dépenses pour le transport de l'enfant, il explique que madame ne l'a jamais demandé et qu'il a lui-même proposé de payer la différence entre ce que lui coûte un déplacement à ville B et un autre à Québec. Il admet qu'à chaque occasion, le fait pour lui de se rendre à ville B chercher l'enfant, lui occasionnait des débours de 60 \$ en autobus et traversier. Il prétend aussi avoir payé 20 \$ par mois de février à juin 2005. En 2006, il ne l'a pas fait puisque, dit-il « *ça lui est sorti de la tête* ». Il ajoute toutefois que si madame lui avait rappelé, il aurait payé ;

- Quant aux rendez-vous médicaux de l'enfant, il soutient qu'il y va « *s'il est avisé* ». Il ajoute, à l'égard de la coupe de cheveux de son fils, qu'il aurait voulu y voir, mais qu'il n'a connu le nom du coiffeur que récemment, en juin 2006. Il a alors proposé de payer 50 % du coût, il reconnaît devoir cinq dollars à madame, à ce titre.

Citons maintenant ce passage du jugement :

51 La preuve révèle qu'elle est mieux en mesure de répondre aux besoins quotidiens de G... Elle a démontré s'impliquer de façon effective et efficace à leurs égards. Elle va chercher l'aide dont elle a besoin, par exemple auprès d'un psychologue pour

⁷¹ Voir, *Droit de la famille-0742*, C.S. Alma, 160-04-000122-063, 18 janvier 2007, j. Duchesne, EYB 2007-112780, J.E. 2007-453 (en appel) ; *G. (N.) c. C. (E.)*, C.S. Chicoutimi, 150-04-004176-066, 18 juillet 2006, j. Babin, REJB 2006-108349, J.E. 2006-1768 ; *G. (C.) c. D. (A.)*, EYB 2006-108679 (C.S.).

⁷² EYB 2006-109476 (C.S.), B.E. 2007BE-207. Au même effet : *Droit de la famille-07564*, C.S. Laval, 540-12-013168-067, 16 mars 2007, j. Borenstein ; *Droit de la famille-07714*, C.S. Terrebonne, 700-12-030682-017, 4 avril 2007, j. Rousseau.

l'enfant; elle suit les recommandations. Elle prend les rendez-vous médicaux et autres et s'y rend. Elle adopte des mesures pratiques qui répondent aux besoins de l'enfant; elle lui trouve une garderie en milieu familial, l'inscrit à [programme A], à la maternelle. Malgré ses faibles moyens financiers, elle fait en sorte qu'il voit son père. Elle sait s'organiser.

52 Monsieur S... adopte une attitude attentiste et réagit de façon plus théorique que madame V.... Il attend de recevoir des informations, par exemple à l'égard des rendez-vous médicaux; il laisse à madame V... le soin de rappeler ses besoins financiers pour le transport de l'enfant. Bien qu'il préconise une inscription de G... à la maternelle de la région de Québec, il ne va pas chercher d'informations précises à ce sujet.

53 Bref, l'intérêt de l'enfant sera mieux servi s'il est confié à la garde exclusive de sa mère.

Comme nous l'indiquons l'enfant ne peut se contenter de voir ses parents il faut répondre à ses besoins de façon concrète.

F. L'âge de l'enfant

Rappelons que plus de la moitié des enfants font face au divorce de leurs parents avant l'âge de six ans et que soixante-quinze pour cent des enfants de cette cohorte ont moins de trois ans⁷³, il s'agit donc d'un élément non négligeable.

Dans un article intitulé *Parce que la vie continue...Aider les enfants et les adolescents à vivre la séparation et le divorce*⁷⁴, Santé Canada aux pages 34 et 38 indiquent ce qui suit quant aux nourrissons et aux tout-petits :

Les bébés et les tout-petits (de la naissance à 2 ans)

Au cours des deux premières années de vie, l'enfant se développe à une vitesse incroyable. Depuis sa naissance, l'enfant a rapidement acquis la capacité de comprendre une grande partie de ce qu'on lui dit et de ce qui se passe autour de lui. La croissance physique est tout aussi rapide: hier encore il se traînait à quatre pattes, aujourd'hui il court. À mesure qu'il acquiert de nouvelles compétences, l'enfant devient plus autonome, mais il continue de dépendre presque totalement de ses parents. Le départ du parent qui lui donne des soins le plus souvent, même si celui-ci quitte tout simplement la pièce, suffit souvent à plonger l'enfant dans le désarroi. Le bébé trouve parfois très difficile d'être privé de la présence de ce parent, ne serait-

⁷³ Francine CYR, « La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée », (2006) 27 *Revue québécoise de psychologie* 79, 92.

⁷⁴ Unité de la promotion de la santé mentale, Santé Canada, Natacha JOUBERT et Kathleen GUY, site Internet : <http://www.promotionsantementale.com>. On y renvoie en jurisprudence voir, *Droit de la famille-07307*, C.S. Saint-François, 450-04-008979-063, 14 février 2007, j. Fournier.

ce que quelques heures, et même si on le confie aux soins d'une personne qu'il connaît.

Au cours de ce stade critique de leur développement, les nourrissons et les tout-petits ont un intense besoin de stimulation et d'attention chaleureuse. Lorsque les bébés sont cajolés et reçoivent des soins attentionnés, ils sont plus portés à se sentir en sécurité auprès des adultes qui s'occupent d'eux. Or, les très jeunes enfants peuvent sentir que leur parent est bouleversé et le devenir tout autant. Les enfants de tous âges sont remarquablement sensibles à l'anxiété et au désarroi de leurs parents.

Même s'ils progressent constamment sur le plan intellectuel, les bébés et les tout-petits ont toujours une compréhension limitée de leur univers. La modification de leurs habitudes de vie et les conflits entre les parents constituent des expériences troublantes et douloureuses pour les très jeunes enfants. Il arrive qu'après la séparation ou le divorce des parents, leur vie soit instable, déroutante, parfois même angoissante.

Et plus loin :

Le besoin de la mère et du père:

L'enfant d'âge préscolaire n'a pas encore atteint sa pleine autonomie sur les plans social et affectif. La présence des parents et la stabilité du foyer sont essentielles à sa sécurité affective. À ce stade, l'enfant a également besoin de son père et de sa mère ó il commence à développer une relation avec son père qui diffère de celle qu'il entretient avec sa mère. Il ressent un profond sentiment de perte si l'un des parents est moins présent dans sa vie. Non seulement la présence et l'affection du parent absent lui manquent dans bien des cas, mais certains de ses besoins physiques et affectifs pourraient n'être pas comblés. Souvent, l'enfant est déchiré par la crainte insurmontable de perdre ses deux parents. Tout comme les bébés et les tout-petits, les enfants d'âge préscolaire ont besoin de voir le parent qui ne vit plus avec eux très souvent. Il convient que les parents tiennent compte de tout cela lors de l'élaboration du plan de partage des responsabilités parentales.

(nos soulignements)

Quoiqu'on en dise l'âge est un élément à considérer et plusieurs facettes doivent être analysées.

Dans la décision *R. (G.) c. F. (D.)*⁷⁵, le Tribunal reprend les principes énoncés par la Cour d'appel à l'effet que le jeune âge d'un enfant ne constitue pas en soi une raison militent en faveur du rejet d'une demande de garde partagée. Au contraire, il s'agit plutôt d'un facteur qui joue dans l'autre sens, en amoindrissant l'argument de la distance entre les résidences

⁷⁵ EYB 2006-108802 (C.S.) ; *J. (P.) c. M. (C.)*, EYB 2006-100296 (C.S.). Au même effet: *Droit de la famille-07758*, C.S. Roberval, 155-04-000129-068, 11 avril 2007, j. Babin. En l'espèce, l'enfant est âgé de deux ans.

des deux parties, vu que l'enfant ne fréquente pas l'école⁷⁶. En l'espèce, l'enfant a cinq ans. On indique parfois dans les décisions qu'il s'agit justement de la dernière occasion qu'aura l'enfant de pouvoir maximiser ses contacts avec ses deux parents.

G. L'allaitement et les problèmes de santé

Les tribunaux sont sensibles à ses questions. Quant à l'allaitement on s'en tiendra la plupart du temps aux recommandations de l'Organisation mondiale de la santé à savoir, qu'une période d'allaitement de six mois est souhaitable et peut justifier des restrictions aux contacts père-enfant. Dans l'affaire *L. (M.) c. M. (Ma.)*⁷⁷, le Tribunal doit se prononcer sur les modalités de contacts d'un père à l'égard d'un enfant de dix semaines. La mère invoque l'allaitement pour restreindre la durée des contacts. Le Tribunal indique ce qui suit :

51 La régularité de l'allaitement maternel invoquée par Julie Thibault et Annie Leblanc perd de son importance puisqu'elle a été suspendue non pas que pour des cas d'urgence mais selon la volonté et le désir de la demanderesse.

[í]

55 L'objection de l'allaitement perd de son acuité lorsqu'on constate son irrégularité.

Le Tribunal accorde les modalités de contacts suivantes :

61 ACCORDE au défendeur les droits d'accès selon entente entre les parties et, à défaut :

Du dépôt du présent jugement au 24 juin, trois accès d'une durée d'une heure et demie chacun dont un chez le défendeur et deux chez la demanderesse;

Du 24 juin au 24 juillet, trois accès de deux heures chacun, deux chez le défendeur, un chez la demanderesse;

Du 24 juillet au 24 octobre, trois accès de trois heures chez le défendeur;

⁷⁶ *B. (R.) c. C. (N.)*, EYB 2005-95107 (C.A.).

⁷⁷ EYB 2006-104233 (C.S.). Commentée dans Marie Christine KIROUACK, « L'allaitement du nourrisson permet-il de soumettre aux accès de son père ? Virage en jurisprudence ? », *Juriste*, Juillet 2006, Éditions C.C.H., 7.

Du 24 octobre au 24 janvier, trois accès, un d'une journée, deux d'une demi-journée;

À compter du 24 janvier, une fin de semaine sur deux du vendredi 17 h 30 au dimanche 18 h plus un contact durant la semaine.

Dans *N. (K.) c. G. (D.)*⁷⁸, le Tribunal doit décider des modalités d'accès d'un père avec son enfant que sa mère allaite. Au moment du jugement l'enfant est âgé de sept mois. La mère s'oppose à l'établissement d'une garde partagée. Les accès du père sont restreints à quelques heures par semaine, sous supervision. Même si les deux parties reconnaissent les bienfaits de l'allaitement maternel, il ne peut non plus servir de prétexte pour évincer le père. La jurisprudence limitant en général l'allaitement à une période de six mois sauf contre-indication médicale. Le Tribunal indique qu'il ne faut pas que les inconvénients qui en résultent en dépassent les bienfaits. Soulignant le peu d'ouverture de la mère à l'égard des contacts de l'enfant avec le père le Tribunal accorde à ce dernier des droits d'accès progressifs à savoir, plus fréquents mais moins longtemps, pour en arriver à l'établissement d'une garde partagée :

[105] **CONFIE** conjointement aux deux parties la garde légale de l'enfant F... N....

[106] **CONFIE** la garde physique de l'enfant à la demanderesse, jusqu'au 30 juin 2006, date à laquelle la garde physique sera confiée aux deux parents, à être exercée par chaque parent, alternativement de semaine en semaine, à compter du dimanche soir 18:00 heures.

[107] **ACCORDE** au défendeur, déjà au 30 juin 2006, les accès non supervisés suivants:

a) À partir de maintenant, le défendeur aura des accès tous les samedis et dimanches, de 13:00 heures à 16:00 heures, à son domicile. Le défendeur ira chercher l'enfant chez la mère et le ramènera.

b) Le défendeur pourra, de plus, avoir accès à l'enfant tous les mercredis, de 17:00 heures à 19:00 heures.

c) À compter de la fin de semaine du 11 mars 2006, le défendeur aura l'enfant de 09:00 heures le matin à 17:00 heures le samedi et de 13:00 heures à 17:00 heures le dimanche, à chaque semaine, tout en conservant les mercredis soirs.

d) À compter du 11 avril 2006, l'enfant pourra coucher chez le défendeur le samedi soir.

⁷⁸

C.S. Hull, 550-04-010267-058, 26 janvier 2006, j. Bédard (confirmé en appel sur ces questions, voir C.A. Montréal, 500-09-016407-066, 5 octobre 2006).

Le défendeur aura donc l'enfant du samedi matin au dimanche après-midi, à 15:00.

e) Dès l'instant où l'enfant fréquentera la garderie, le défendeur ira chercher l'enfant à la garderie le mercredi, après le travail, et le ramènera à la garderie le jeudi matin.

f) À compter du vendredi 12 mai 2006, le défendeur aura l'enfant une fin de semaine sur deux, du vendredi 17:00 heures au dimanche 18:00 heures.

g) Lorsque le défendeur aura la garde partagée de l'enfant, il lui appartiendra de décider si l'enfant, durant sa semaine, fréquentera la garderie ou sera gardée par un membre de sa famille.

La Cour d'appel est saisie du litige et ne procède qu'à modifier les conclusions pour éliminer les références aux concepts de garde légale et physique qui n'existent pas en droit civil tel qu'indiqué dans l'arrêt *C. (G.) c. F. (T.)*⁷⁹. À la lumière de ces deux décisions on constate le caractère progressif de l'instauration des contacts père-enfant⁸⁰. Il en est de même lorsque la modalité de garde interviendrait pendant l'année scolaire, il est souhaitable de l'établir à la fin des classes en fonction des circonstances⁸¹. On sentent au principe que retient la littérature scientifique quant aux enfants en bas âge, plus fréquemment moins longtemps⁸². Ce qui pourrait aussi s'appliquer aux enfants plus âgés.

Les problèmes de santé

Dans l'arrêt *Droit de la famille-071*⁸³, un juge seul la Cour d'appel, saisit d'une demande de suspension de l'exécution des mesures provisoire du jugement d'instance, procède à une révision sommaire des difficultés au plan de la santé qui peuvent affecter un enfant que l'on qualifie de grand prématuré (né à moins de vingt-six semaines de gestation). Nous citons :

⁷⁹ [1987] 2 R.C.S. 244, 285.

⁸⁰ Au même effet : *Droit de la famille-06310*, C.S. Longueuil, 505-04-014926-067, 12 octobre 2006, j. Chabot. Quant au caractère progressif de la mise en place de la garde partagée voir, *Droit de la famille-07767*, C.S. Montréal, 500-12-266165-020, 11 avril 2007, j. Hurtubise.

⁸¹ *L. (C.) c. F. (M.)*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-005899-053, 19 janvier 2007, j. Godin.

⁸² Pour une synthèse de la question, voir Francine CYR, « La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée », (2006) 27 *Revue québécoise de psychologie* 79, 92 et 101. Au même effet : *T. (C.) c. V. (D.)*, C.S. Beauce, 350-04-000076-050, 22 février 2007, j. Ouellet.

⁸³ *Droit de la famille-071*, C.A. Québec, 200-09-005810-061, 8 janvier 2007, j. Gendreau, J.E. 2007-184 (jugement d'instance infirmé voir, *Droit de la famille-07774*, C.A. Québec, 200-09-005810-061, 11 avril 2007, j. Rochon, Morissette et Bich) ; *Droit de la famille-07763*, C.S. Québec, 200-04-015736-075, 10 avril 2007, j. Blanchet ; *Droit de la famille-06120*, C.S. Terrebonne, 700-12-033852-047, 16 octobre 2006, j. Lefebvre, EYB 2006-117389, J.E. 2007-576.

[2] X a sept ans. Elle est née le [...] 1999, extrêmement prématurée après 24 semaines de gestation; elle pesait 634 grammes. Les grands prématurés comme X, peut-on lire à la lettre du docteur Georges Caouette du 18 septembre 2001, *risquent de développer durant leur cinq premières années de vie des handicaps ou certaines limitations (environ 35% présentent des déficiences telles que paralysie cérébrale, hydrocéphalie, déficit intellectuel sévère, cécité, surdité) et c'est la raison pour laquelle il est essentiel qu'ils soient suivis durant ces cinq premières années.*

[3] Dès sa naissance, X a souffert de nombreux problèmes de santé et, en août 2002, on décelait une hypothyroïdie primaire pour laquelle elle doit prendre quotidiennement une médication particulière, le Synthroid. Malgré cela et tous les autres risques, elle s'est bien développée et elle fréquente maintenant l'école de ville A, lieu de résidence de sa mère; elle y bénéficie des services d'ergothérapie et de physiothérapie. Elle se trouve présentement au milieu de sa 2^e année primaire.

Selon la lettre du docteur Caouette, l'enfant, après son hospitalisation de 104 jours, a souffert à sa sortie de l'hôpital de problèmes pulmonaires et intestinaux en plus d'un ralentissement de son développement moteur. Elle souffre aussi d'un retard neurologique et de croissance.

(nos soulignements)

En l'espèce, la Cour n'a pas à intervenir à cette étape car le jugement d'instance a pour effet, de contraindre l'enfant à changer d'école et d'environnement en plein milieu d'une année scolaire. En effet, sans se prononcer sur le fond du litige, le juge indique qu'aucune urgence ne motive un changement aussi radical à savoir, un changement de garde en faveur du père⁸⁴ même si la mère a pu être insouciant quant à la prise d'un médicament car l'enfant a continué à se développer.

C'est pourquoi il peut être souhaitable que la garde partagée soit instaurée progressivement⁸⁵.

H. L'aliénation parentale, le dénigrement ou le parent gardien contrôlant

Dans une étude récente⁸⁶, deux chercheurs américains ont réalisé une recherche qui portait sur des parents qui déclaraient être victimes d'aliénation parentale⁸⁷. La recherche

⁸⁴ *Droit de la famille-071*, C.A. Québec, 200-09-005810-061, 8 janvier 2007, j. Gendreau, J.E. 2007-184 (jugement d'instance infirmé voir, *Droit de la famille-07774*, C.A. Québec, 200-09-005810-061, 11 avril 2007, j. Rochon, Morissette et Bich).

⁸⁵ *Droit de la famille-06120*, C.S. Terrebonne, 700-12-033852-047, 16 octobre 2006, j. Lefebvre, EYB 2006-117389, J.E. 2007-577 ; *Droit de la famille-06102*, C.S. Rimouski, 100-04-003055-050, 28 septembre 2006, j. Lemelin.

visait notamment à identifier les éléments d'aliénation perçus par ces parents. On peut résumer les résultats comme suit :

Les stratégies généralement utilisées :

1. Un dénigrement général relatif à ce parent ;
2. La limitation des contacts (déménagement à distance⁸⁸, absence lors des contacts prévus, planifier des activités à l'occasion des droits d'accès du parent aliéné, bloquer le numéro de téléphone, laisser à l'enfant le choix d'exercer les droits d'accès, indiquer aux enfants que si un des enfants ne veut pas voir le parent aliénant, aucun n'ira le voir) ;
3. Si l'enfant exprime, démontre un intérêt ou discute d'aspects positifs, le parent aliénant retire son affection ou se fâche ;
4. Le dénigrement devient spécifique à l'effet que le parent aliéné n'aime pas l'enfant (jeter les cadeaux ou la correspondance du parent aliéné) ;
5. L'obligation faite à l'enfant, par le parent aliénant, de choisir entre ses deux parents ;
6. Le dénigrement devient plus intense et vise à démontrer que le parent aliéné est dangereux ;
7. L'enfant est l'objet de confiance quant à la relation matrimoniale entre les parents et tenu au fait des procédures ;
8. Le parent aliénant limite les mentions relatives à l'autre parent et restreint l'accès aux photos du parent aliéné ;
9. Forcer l'enfant à rejeter le parent aliéné (en lui offrant des cadeaux ou en lui demandant de l'espionner pendant les contacts) ;
10. La limitation des contacts avec la famille élargie du parent aliéné ;
11. Dévaloriser le parent aliéné et les membres de sa famille élargie en présence de l'enfant ou auprès des intervenants ;
12. Créer un ou des conflits entre l'enfant et le parent aliéné ;

⁸⁶ Amy J.L. BAKER et Douglas DARNALL, « Behaviours and Strategies Employed in Parental Alienation: A Survey of Parental Experiences », (2006) 45 *Journal of Divorce and Remarriage*, 97.

⁸⁷ Pour certains il ne s'agit pas d'un syndrome, voir Janet R. JOHNSTON, « Children of Divorce Who Reject a Parent and Refuse Visitation: Recent Research and Social Policy Implications for the Alienated Child », (2004-2005) 38 *Family Law Quarterly*, 757.

⁸⁸ Par exemple, voir *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, para. 48, REJB 2006-110468.

13. Limiter l'accès à l'information relative à l'enfant⁸⁹ (notamment en refusant de la communiquer ou de fournir les sources d'information) ;

14. Indiquer à l'enfant qu'une autre personne est son véritable parent et lui permettre de l'appeler papa ou maman⁹⁰ ;

15 L'utilisation de fausses allégations d'abus physiques ou sexuels à l'encontre du parent aliéné⁹¹ qui, si elles ne sont pas prouvées, constituent un changement significatif et peuvent entraîner un réexamen de l'attribution de la garde par le tribunal⁹².

On constate que l'imagination humaine connaît peu de limites et que la créativité et la persévérance sont nécessaires pour éviter les effets pervers de l'aliénation parentale. Un des éléments communs dans les stratégies est le fait de placer l'enfant au centre du conflit entre les adultes au lieu de le tenir à l'écart. L'autre est l'utilisation de demi-vérités quand il ne s'agit pas carrément de faussetés visant le parent aliéné.

Dans l'affaire *T. (S.) c. L. (N.S.)*⁹³, le Tribunal relate les comportements suivants :

[30] Selon le tribunal, la preuve a clairement révélé que le père est autoritaire, dominateur et intransigeant de même qu'inflexible et irascible. Sous prétexte d'encadrer ses filles, il les contrôle indûment.

[31] À titre d'illustration, il veut conserver l'entier contrôle sur leurs travaux scolaires et interdit à ses deux filles d'apporter leurs manuels scolaires chez leur mère ce qui du reste, les empêche d'étudier lorsque la mère exerce ses droits d'accès deux fois par semaine sur trois.

[32] Il refuse catégoriquement que les filles invitent les amies qu'elles fréquentent lorsqu'elles sont chez leur mère.

[33] La preuve a aussi révélé que le père entrave de façon systématique les communications téléphoniques que la mère tente d'avoir avec ses deux filles lorsqu'elles sont chez le père.

⁸⁹ Par exemple, ne pas aviser d'une inscription dans une école différente pour la prochaine année scolaire, voir *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, par. 48 et s., REJB 2006-110468.

⁹⁰ Par exemple voir, *Dans la situation de l'enfant X*, C.Q. Saint-François, 450-41-002429-042, 14 novembre 2005, j. Chapdelaine, par. 42.

⁹¹ Par exemple voir, *Droit de la famille-06149*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-0020104-987, 25 septembre 2006, j. Legris ; *Dans la situation de l'enfant X*, C.Q. Saint-François, 450-41-002429-042, 14 novembre 2005, j. Chapdelaine, par.22 et s. ; *K. (R.) c. D. (D.)*, REJB 2006-109752 (C.A.) ou J.E. 2006-1924 (C.S.).

⁹² *Droit de la famille-2085*, [1994] R.J.Q. 2859 (C.A.) ; *K. (R.) c. D. (D.)*, REJB 2006-109752 (C.A.), J.E. 2006-1924 (C.S.).

⁹³ [2006] QCCS 4105 (IJCAN) (confirmé en appel voir B.E. 2006BE-1178 (C.A.)).

[34] Sachant qu'il n'a pas le contrôle de la situation lorsqu'il est interrogé à la Cour par l'avocate de madame ou encore par le tribunal, le père est émotif et hargneux.

[35] Naturellement, le père a tenté de minimiser considérablement les coups portés à sa fille en juin 2004. Interrogé par le tribunal à ce sujet, le père finira par reconnaître que dans sa jeunesse il avait lui-même été giflé par son père.

[36] Dès qu'il est moindrement pressé de questions, monsieur est brusque, impétueux et belliqueux tant envers l'avocate de madame qu'envers le tribunal.

Le Tribunal indique que monsieur veut contrôler la situation, qu'il brime le développement des enfants et qu'il ne jouit pas du discernement requis pour distinguer discipline de « belligérance ». Nous sommes donc très loin de la présomption du parent amical où la cour doit tenir compte de l'ouverture de chacun des parents à ce que l'enfant maintienne un lien significatif avec chacun de ses parents⁹⁴.

Dans un autre ordre d'idées, un article du *Newsweek*⁹⁵ laisse entrevoir une nouvelle stratégie en matière de violence conjugale quant au défendeur : l'allégation d'aliénation parentale ou de contrôle de la part du parent abusé. Il n'allègue pas l'absence de violence mais plutôt l'aliénation parentale de la part de la mère. Une étude de Jay Silverman de l'université de Harvard au Massachusetts confirme que cinquante-quatre pour cent des dossiers de garde qui impliquent de la violence conjugale documentée ont vu la garde des enfants confiée à l'abuseur et que l'aliénation parentale était plaidée par ce dernier dans presque tous les dossiers.

Le problème a atteint une telle proportion que le *National Council of Juvenile and Family Court Judges*⁹⁶ des États-Unis a dénoncé cette utilisation de l'aliénation parentale comme de la « junk science ». Au moins quatre états ont adopté des législations pour éliminer l'utilisation de ce type de défense dans les litiges de garde où on retrouve des allégations de violence conjugale. Le parent victime d'abus qui recherche de la protection

⁹⁴ Pour un exemple où l'attitude du père à cet égard a constitué un motif de lui refuser la garde exclusive, voir *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, n° 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, par. 39 et s., REJB 2006-110468.

⁹⁵ Sarah CHILDRESS, « Fighting Over the Kids », *Newsweek*, 25 septembre 2006, 35.

⁹⁶ Site Internet : www.ncjfcj.org.

pour lui-même ou ses enfants est parfois perçu comme voulant se venger ou encore être un parent aliénant et non pas comme voulant protéger les enfants de tels comportements ou opérer une coupure avec un passé récent douloureux, tant pour lui-même que les enfants. Nous avons déjà indiqué que plusieurs décisions québécoises semblaient faire une distinction subtile entre le fait que la violence se passe en présence des enfants ou hors leur présence, comme s'ils n'avaient pas connaissance du climat et de ce que ressent le parent abusé. Nous devons être conscients qu'il n'y a pas toujours de plaintes pénales et de la complexité de la relation abuseur-abusé. La littérature scientifique confirme les effets néfastes de la violence conjugale sur les enfants⁹⁷. Nous le réitérons, lorsque la violence conjugale est documentée, la garde partagée ne devrait pas être une option. D'ailleurs, certains états américains, dont la Californie, ont adopté des législations qui créent une présomption, en présence de violence conjugale documentée, à l'encontre de l'attribution de la garde au parent abuseur.

Le dénigrement ne doit pas être toléré⁹⁸ car il peut devenir la porte d'entrée de l'aliénation parentale. De plus, comment un enfant peut-il développer une partie de son identité et de son image au travers, entre autres, du processus d'identification avec ses parents si l'un d'eux est dénigré par l'autre ? Tout comportement dénigrant d'un parent à l'égard de l'autre est néfaste pour l'enfant.

D'ailleurs, dans l'affaire *B. (M.-C.) c. D. (Y.)*⁹⁹, le Tribunal prononce l'ordonnance suivante : « [5] **ORDONNE** aux demandereses [N.D.R. : la mère et la grand-mère maternelle] de s'abstenir de passer tout commentaire au sujet du défendeur en présence ou à portée d'oreille des enfants à moins que les commentaires ne soient positifs. ». On peut soutenir qu'il sera difficile de contrôler le respect de l'ordonnance, toutefois cela ne devrait pas être un empêchement pour la Cour d'envoyer un message clair aux parties en explicitant les effets néfastes d'un tel comportement.

⁹⁷ Nicholas M.C. BALA et coll., « La violence entre conjoints associée aux différends relatifs à la garde des enfants et au droit d'accès : recommandations visant une réforme », Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada. Mars 1998.

⁹⁸ *L. (R.) c. A. (B.)*, EYB 2006-100334 (C.S.). Voir Francine CYR, « La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée », (2006) 27 *Revue québécoise de psychologie* 79, 91.

⁹⁹ C.S. St-Hyacinthe, ⁷⁵⁰-04-003293-026, 7 août 2006, j. Trahan.

Dans l'affaire *S. (L.) c. D. (J.-R.)*¹⁰⁰, le niveau d'aliénation est tel que le tribunal permet à la mère d'enregistrer les conversations avec le père.

Le changement de garde ou la garde partagée ne sera pas toujours le remède approprié en matière d'aliénation¹⁰¹, il faut évaluer si le traumatisme sera plus important que le vécu actuel de l'enfant¹⁰². Le placement de l'enfant aliéné dans un milieu neutre pourra être un passage obligé pour modifier les perceptions que l'enfant a du parent aliéné¹⁰³.

I. Le changement de garde et le statu quo

Dans *E. (J.) c. B. (P.)*¹⁰⁴, le Tribunal conclut qu'avant d'intervenir pour modifier, tel que le demande le défendeur, l'exercice de la garde et des droits d'accès, il doit tout d'abord, tel que le prévoit l'article 612 C.c.Q., constater que les circonstances le justifient et qu'un changement significatif est intervenu quant aux besoins des enfants¹⁰⁵ ou de la capacité de l'un ou de l'autre des parents de combler ces besoins¹⁰⁶. Le seul désir de vouloir s'impliquer plus dans la vie de l'enfant ne constitue pas en soi un changement au sens de l'arrêt *Gordon c. Goertz*¹⁰⁷. Dans *E. (J.) c. B. (P.)*¹⁰⁸, la demanderesse a des lacunes évidentes dans la manière dont à certains égards elle exerce ses responsabilités

¹⁰⁰ EYB 2006-109409 (C.S.).

¹⁰¹ *Droit de la famille-0682*, C.S. Montréal, 500-04-034257-031, 31 mars 2006, j. Cohen, J.E. 2007-572. Voir Janet R. JOHNSTON, « Children of Divorce Who Reject a Parent and Refuse Visitation: Recent Research and Social Policy Implications for the Alienated Child », (2004-2005) 38 *Family Law Quarterly*, 757 ; Richard A. WARSHAK, « Bringing Sense to parental Alienation : A Look at the Disputes and the Evidence », (2003-2004), 37 *Family Law Quarterly*, 273.

¹⁰² Le changement ou l'attribution de la garde ont été retenus dans ces décisions : *P. (G.) c. L. (D.)*, EYB 2006-102971 (C.S.) ; *J. (H.) c. D. (G.)*, EYB 2006-103367 (C.S.).

¹⁰³ *Dans la situation de X*, B.E. 2006BE-1071 (C.Q.).

¹⁰⁴ C.S. Saint-François, 450-04-004936-018, 24 août 2006, j. Bureau ; *Droit de la famille-07804*, C.S. Québec, 200-04-015260-068, 13 avril 2007, j. Gosselin. Au même effet sur le *statu quo* et la stabilité si l'enfant a des problèmes de développements voir, *R. (Y.) c. B. (M.)*, C.S. Baie-Comeau, 655-04-001270-019, 22 juin 2006, j. Ouellet, REJB 2006-107619 ou J.E. 2006-1658 ; *R. (É.) c. G. (C.)*, EYB 2006-109396 (C.S.).

¹⁰⁵ *Droit de la famille-07830*, C.S. Kamouraska, 250-04-000750-995, 12 avril 2007, j. Bouchard ; *Droit de la famille-07324*, C.S. Québec, 200-04-0133389-042, 20 février 2007, j. Gosselin.

¹⁰⁶ *A. c. B.*, REJB 2006-111901 (C.A.). Par exemple, la consommation de drogues qui affectent la capacité parentale d'un parent, voir, *B. (P.) c. L. (I.)*, C.S. Montréal, 500-04-037551-042, 24 juillet 2006, j. Picard. Au même effet : *Droit de la famille-06106*, C.S. Gaspé, 110-04-002173-069, 18 octobre 2006, j. Blanchet.

¹⁰⁷ *N. (S.) c. D. (S.)*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-006524-068, 21 décembre 2006, j. Godin.

¹⁰⁸ C.S. Saint-François, 450-04-004936-018, 24 août 2006, j. Bureau. Au même effet sur le *statu quo* et la stabilité si l'enfant a des problèmes de développements voir, *R. (Y.) c. B. (M.)*, C.S. Baie-Comeau, 655-04-001270-019, 22 juin 2006, j. Ouellet, REJB 2006-107619 ou J.E. 2006-1658 ; *R. (É.) c. G. (C.)*, EYB 2006-109396 (C.S.).

parentales, mais le défendeur en a également quelques-unes. Chacun des experts a eu l'occasion d'élaborer sur ce sujet et les constatations qu'ils révèlent dans leurs expertises le démontrent. Malgré ces lacunes, la demanderesse semble, depuis deux ans, s'être acquittée adéquatement de ses responsabilités et la preuve démontre qu'elle est en mesure de le faire, tout au moins pour les deux ou trois prochaines années, à moins qu'elle ne puisse maintenir une certaine stabilité dans son lieu de résidence et dans la fréquentation scolaire de l'enfant. Toutefois, à l'heure actuelle, malgré certains risques, il semble que ceux-ci ne sont pas majeurs. Bien que le défendeur apparaisse comme la figure parentale prédominante pour l'enfant et qu'il démontre de meilleures capacités parentales, bien que le lien d'attachement entre lui et l'enfant soit plus fort que celui entre la demanderesse et l'enfant, le tribunal considère qu'il serait inapproprié dans l'état actuel des choses, compte tenu de la fragilité du lien entre la demanderesse et l'enfant, de poser des gestes qui risquent que ce lien soit mis en péril.

Les circonstances actuelles (l'éloignement des domiciles respectifs des parties) font que malgré des difficultés, le défendeur persiste et maintient ses contacts fréquents avec l'enfant et trouve les moyens de s'organiser pour que celle-ci vienne le voir à ville B le plus souvent possible, même s'il doit demander la collaboration de membres de sa famille pour assurer le transport.

L'enfant a vécu de nombreux changements et elle se retrouve depuis quelques années au milieu de crises qui caractérisent les relations entre ses parents. Depuis deux ans, l'enfant s'est habituée à un certain environnement. Elle semble avoir, même si cela n'est pas parfait, améliorée ses relations avec la demanderesse et est heureuse malgré certaines difficultés dans le milieu où elle vit. Le Tribunal examinant la situation actuelle, constate que l'enfant n'apparaît nullement en péril de la façon dont la garde et les droits d'accès s'exercent. Depuis un peu plus de deux ans, l'enfant vit presque en permanence chez la demanderesse et elle évolue adéquatement dans ce milieu¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Pour un autre exemple où la preuve a établi que les enfants se développent bien et la nécessité de maintenir le *statu quo* voir, *Droit de la famille-06160*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-006254-068, 21 décembre 2006, j. Godin ; *B. (L.) c. Q. (P.)*, C.S. Rouyn-Noranda, 600-04-001687-069, 23 août

La demanderesse a des qualités parentales minimales, mais qui lui permettent quand même d'offrir à son enfant de façon adéquate les soins de base et un certain encadrement pour sa fréquentation scolaire. Le Tribunal maintient la garde à la mère en s'appuyant sur le risque de mettre en péril le lien entre la mère et l'enfant si la garde est confiée au père qui lui, bénéficie d'un lien fort avec l'enfant. Soulignons que des deux experts consultés, un recommandait le maintien de la garde à la mère, l'autre expert la confie au père mais en indiquant que si les parties étaient domiciliées dans la même ville, il aurait recommandé une garde partagée. La Cour a donc raison de conclure que la capacité parentale est comparable.

Dans *B. (J.) c. K. (D.)*¹¹⁰, le Tribunal indique clairement l'effet de l'écoulement du temps et de l'intégration des enfants sur sa décision :

38 Mais quelque soit la raison qui a motivé le changement de garde en 2004, il n'en demeure pas moins qu'il y a effectivement eu changement de garde. Aujourd'hui, ce qui se voulait temporaire perdure depuis 2 ans et est devenu la norme.

39 Pour changer cette norme, il faut des motifs sérieux. On ne peut passer d'une situation de garde exclusive chez le père pour remplacer le tout par une situation de garde exclusive chez la mère que si l'on démontre qu'il est nécessaire et bon pour la stabilité affective, émotionnelle, physique et matérielle des enfants de procéder à un tel changement.

[í]

44 Donc, en résumé, les enfants sont bien chez leur père et on ne peut les changer de résidence pour le seul motif qu'ils seront aussi bien chez leur mère. Même si madame a été le «*primary caregiver*» de ses deux enfants, il n'en demeure pas moins que, lorsque sollicité pour les circonstances provoquées par madame, il a immédiatement et fort correctement répondu à l'appel. Les enfants bénéficient de ses attentions depuis 2 ans et s'en portent bien.

(nos soulignements)

2006, j. St-Julien ; *Droit de la famille-07211*, C.S. Québec, 200-12-069871-037, 22 janvier 2007, j. Ouellet.

¹¹⁰ EYB 2006-107854 (C.S.) ou J.E. 2006-1657. En l'espèce, la garde partagée n'était pas possible à cause de la distance séparant les domiciles des parties. De plus, elle n'avait pas été demandée. Avec déférence, rien n'aurait empêché le Tribunal de l'établir si tel était l'intérêt des enfants et que les critères d'établissement étaient présents. Sur le *statu quo*, voir *P. (C.) c. S.-B. (M.)*, C.S. Terrebonne, 700-12-034598-045, 30 janvier 2006, j. Devito, para. 123 et 124 ; *L. (P.) c. LA. (S.)*, C.S. Montréal, 500-04-034609-033, 9 juin 2006, j. Lagacé, para. 10.

Dans *D. (J.) c. P. (R.)*¹¹¹, le Tribunal maintient la garde au père, même s'il est moins disponible parce que la preuve révèle que l'enfant se développe bien.

L'affaire *S. (A.) c. T. (G.)*¹¹² constitue un autre exemple à l'effet qu'il est plus facile d'établir une garde partagée que d'y mettre fin. Le parent qui a volontairement choisit de mettre en place une garde partagée aura beaucoup de difficulté à revenir en arrière et devra assumer un fardeau plutôt lourd à l'effet que cette modalité de garde ne convient pas à l'enfant.

J. La fratrie

Si la séparation de la fratrie demeure l'exception¹¹³. Les réalités sociales doivent mener les tribunaux à considérer toute la question des familles recomposées, des enfants qui naissent d'unions différentes et des liens qui les unissent sans oublier que dans certains cas les « frères et sœurs » pourront se supporter moralement dans l'épreuve. Dans l'arrêt *L. (D.) c. D. R. (L.)*¹¹⁴, madame se pourvoit contre deux jugements de la Cour supérieure rendus dans le même dossier, le premier lui confiant la garde de l'enfant et le second ordonnant à monsieur de lui payer pour le bénéfice de l'enfant une pension alimentaire. Madame a deux filles aînées, issues d'une union précédente, auprès desquelles elle a des droits d'accès une fin de semaine sur deux. Suite à quelques séances de médiation les parties instaurent une garde partagée, en alternance d'une semaine chacune. Par la suite, madame signifie à monsieur une requête pour garde d'enfant et pension alimentaire. Monsieur réplique par sa propre requête pour garde, pension alimentaire et ordonnance de sauvegarde.

¹¹¹ EYB 2006-109481 (C.S.). Au même effet : *B. (M.) c. G. (C.)*, B.E. 2007BE-52 (C.S.) ; *Droit de la famille-07307*, C.S. Saint-François, 450-04-008979-063, 14 février 2007, j. Fournier ; *Droit de la famille-06194*, C.S. Arthabaska, 415-04-002075-069, 25 octobre 2006, j. Legris ; *Droit de la famille-07220*, C.S. Mégantic, 480-12-000811-025, 8 février 2007, j. Tôth.

¹¹² EYB 2006-103366 (C.S.) ; *S. (L.) c. SO. (M.)*, EYB 2006-101192, J.E. 2006-1971 (C.S.) ; *R. (R.) c. L. (C.)*, EYB 2006-100709 (C.S.) ; *Droit de la famille-07349*, C.S. Québec, 200-04-015291-063, 22 février 2007, j. Godbout.

¹¹³ *Droit de la famille-07804*, C.S. Québec, 200-04-015260-068, 13 avril 2007, j. Gosselin. *G. (G.) c. G. (J.)*, C.S. Frontenac, 235-12-002177-936, 11 octobre 2006, j. Tessier óCouture, par. 30 ; *T. (S.) c. L. (N.S.)* [2006] QCCS 4105 (IIJCAN) (confirmé en appel, voir B.E. 2006BE-1178 (C.A.)).

¹¹⁴ EYB 2006-110085 (C.A.) ou J.E. 2006-1971.

Les parties signent un consentement intérimaire entériné le jour même comme valant jugement intérimaire jusqu'au fond. Les parties maintiennent ainsi la garde partagée et conviennent de se soumettre à une expertise psychosociale. Ce rapport prévoit notamment ce qui suit :

Étant donné le jeune âge de l'enfant, les liens positifs de l'enfant avec les deux (2) filles aînées de madame L., la stabilité et la sécurité que peut représenter le milieu de vie maternel, nous recommandons que madame L. ait la garde exclusive de sa fillette M. Les deux (2) filles aînées de madame L. sont importantes aux yeux de l'enfant M. Elle a intériorisé ces deux (2) figures. Elle peut nous en parler lors des entrevues et les invoquer au cours de la passation des tests projectifs. Ces deux (2) figures semblent importantes comme figure d'identification. Ces deux (2) figures semblent en terme simple, faire partie de sa propre famille. Par contre, nous avons constaté que le père représente une figure importante pour l'enfant. La relation est bonne entre ces deux (2) derniers, ce que nous avons pu observer lors des interactions père - enfant. Aussi l'enfant, en entrevue, en parle objectivement. Nous avons pu observer aussi ce phénomène par ses réponses aux tests projectifs.

Pour éviter un problème à l'égard des allocations familiales, le juge de première instance précise d'abord qu'il prononce « sur le plan du vocabulaire, une garde exclusive, mais que] dans son esprit et avec les dispositions qu'il prend, il s'agit d'une garde partagée» (par. 27). Dans cette optique, il confie la garde de l'enfant à madame et aménage les droits d'accès de monsieur.

Il ressort de la preuve que monsieur favorise les contacts de l'enfant avec ses demi-sœurs, depuis la cessation de vie commune, il désire que l'enfant voit les deux filles aînées de l'appelante. Or, dans la mesure où, du 1^{er} septembre au 30 juin inclusivement, le jugement de première instance confie à l'appelante la garde de l'enfant durant la semaine seulement, *il prive celle-ci d'à peu près tout contact avec ses demi-sœurs* puisque madame exerce auprès de ces dernières des droits d'accès seulement la fin de semaine et, encore là, une fin de semaine sur deux.

La Cour d'appel rappelait que « même s'il est vrai qu'un juge d'instance n'est pas lié par l'opinion d'un expert et qu'il peut s'en écarter, il ne peut mettre de côté telle recommandation sans exprimer des motifs justifiant son choix »¹¹⁵. En l'espèce, le

¹¹⁵ *Droit de la famille-07625*, C.A. Montréal, 500-09-017139-064, 26 mars 2007, j. Nuss, Thibault et Rochon, REJB 2007-116979, J.E. 2007-681 ; R. (J.M.) c. M. (S.), [2006] R.D.F. 27, par.17 (C.A.).

Tribunal de première instance accorde des droits d'accès qui s'écartent de ceux proposés par l'expert. Selon la Cour, l'aménagement des droits d'accès de monsieur doit permettre à l'enfant d'avoir un contact valable avec ses deux demi-sœurs ainsi qu'avec son père et son fils¹¹⁶. La Cour modifie en conséquence le dispositif de jugement de première instance en ce qui concerne les droits d'accès de monsieur pour qu'ils soient établis en conformité avec les recommandations de l'expert. La définition de la famille élargie prend ici tout son sens. Dans *T. (V.) c. B. (K.)*¹¹⁷, le Tribunal rappelle que les liens avec la fratrie sont un des éléments essentiels à considérer quant à l'attribution de la garde et que la normale des choses fait en sorte que l'on ne doit pas favoriser la séparation de la fratrie¹¹⁸. Le Tribunal souligne à juste titre que les demi-frères et demi-sœurs ne font pas les distinctions relatives à la filiation que les adultes font, ils se considèrent frères et sœurs. De plus, le support que peuvent s'appuyer mutuellement les membres de la « fratrie » peut les aider à passer au travers d'une situation difficile comme la rupture¹¹⁹.

Les tribunaux en viennent parfois à la conclusion qu'une fratrie peut être séparée lorsque l'intérêt de l'enfant est en jeu¹²⁰. Quant au désir de l'enfant en ces circonstances, il s'agit d'un critère important dont il faut tenir compte¹²¹. Le principe veut toutefois que soit

Au même effet, *P. (J.) c. Pe. (M.)*, REJB 2006-11569 (C.A.) où le Tribunal a motivé sa décision de le rejeter.

¹¹⁶ Au même effet : *G. (C.) c. S. (S.)*, EYB 2006-110525, J.E. 2006-2071(C.S.).

¹¹⁷ C.S. Saint-François, n° 450-04-005930-028, 20 janvier 2006, j. Dumas ; *G. (C.) c. S. (S.)*, EYB 2006-110525, J.E. 2006-2071(C.S.) ; *P. (N.) c. F. (D.)*, C.S. Saint-François, n° 450-04-004700-000, 29 août 2005, j. Fournier ; *B. (T.) c. L. (J.)*, C.S. Abitibi, n° 170-04-000011-067, 10 mai 2006, j. St-Julien.

¹¹⁸ Sur l'importance de la fratrie voir, *Droit de la famille-06133*, C.S. Québec, 200-12-074363-061, 8 novembre 2006, j. Corriveau ; *F. (R.) c. M. (S.)*, C.S. Québec, 200-04-014875-064, 3 août 2006, j. Walters ou J.E. 2006-1818. Au même effet : *L. (A.) c. C. (D.)*, C.S. Québec, 200-12-055323-951, 7 octobre 2005, j. Corriveau ; *Droit de la famille 2513*, [1996] R.D.F. 804 (C.S.) ; *Droit de la famille 672*, J.E. 89-1006 (C.A.) ; *Droit de la famille 2535*, [1996] R.D.F. 833 (C.S.).

¹¹⁹ *B. (I.) c. D. (A.)*, C.S. Québec, 200-12-069889-039, 2 septembre 2005, j. Tessier óCouture.

¹²⁰ *Droit de la famille-06102*, C.S. Rimouski, 100-04-003055-050, 28 septembre 2006, j. Lemelin ; *F. (R.) c. M. (S.)*, REJB 2006-108769 (C.S.).

¹²¹ *Droit de la famille-672*, [1989] A.Q. 1025 ; *Droit de la famille ó 2513*, [1996] R.D.F. 804 (C.A.) ; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, par. 49 ; *B. (C.) c. G. (J.)*, C.S. Trois-Rivières, 400-04-004503-029, 19 janvier 2005, j. Godin, par. 23 ; *D. (J.) c. P. (R.)*, C.S. Québec, 200-12-062911-996, 9 août 2002, j. Dutil, para. 15.

maintenue intacte la fratrie¹²². La Cour d'appel dans l'arrêt *B. (A.) c. M. (T.)*¹²³, indique que le choix de l'enfant qui implique un changement de garde doit être une préférence qui est fondée sur des raisons sérieuses et qui n'a pas pour base des influences indues. Évidemment, plus l'enfant avance en âge, plus il est apte à expliquer les raisons de son choix et, par conséquent, les tribunaux seront en général plus enclins à respecter ce choix même s'il faut séparer la fratrie¹²⁴. Le maintien de contacts significatifs est par ailleurs un élément important à considérer si le tribunal choisit de séparer la fratrie¹²⁵.

K. La stabilité de l'environnement et des personnes

La stabilité ne peut à elle seule empêcher un changement de garde, il s'agit d'un des éléments importants¹²⁶ parmi d'autres dont le tribunal doit tenir compte. Par ailleurs, dans l'affaire *D. (A.) c. B. (L.)*¹²⁷, le Tribunal ne peut s'empêcher de constater que madame a déménagé huit fois depuis l'an 2000. Il est difficile pour un parent d'offrir un milieu stable à l'enfant si sa situation personnelle n'est pas stabilisée¹²⁸.

La fréquentation de la même garderie depuis une période de temps significative et le fait que l'enfant, s'il fréquente l'école proposée par la mère, y retrouvera plusieurs de ses amis de « garderie » milite en faveur du choix de cette école¹²⁹.

L'arrivée d'un nouveau conjoint peut aussi avoir un effet sur la stabilité ou la qualité de la relation parent enfant tout particulièrement s'il y a mésentente entre le nouveau

¹²² *N. (L.) c. D. (P.)*, EYB 2006-101227 (C.S.) ; *F. (C.) c. L. (N.)*, [1985] J.Q. 15491 (C.S.) ; *D. (J.) c. F. (J.-L.)*, [2005] J.Q. 8968 (C.S.) ; *B. (J.) c. C. (C.)*, [2005] J.Q. 15769 (C.S.) ; *B. (J.-P.) c. P. (N.)*, [2006] J.Q. 5023 (C.S.) ; *(D.-P.) A. c. (K.-T.) J.*, [2003] J.Q. 18374 (C.S.) ; *T. (V.) c. B. (K.)*, [2006] J.Q. 353 (C.S.) ; *G. (L.) c. H. (F.)*, [2004] J.Q. 11266 (C.S.) ; *P. (S.) c. B. (N.)*, [2005] J.Q. 21 (C.S.) ; *C. (N.) c. P. (F.)*, [2005] J.Q. 3646 (C.S.) ; *B. (R.) c. B. (S.)*, [2004] J.Q. 9759 (C.S.) ; *L. (M.-N.) c. B. (C.-Y.)*, [2005] J.Q. 8950 (C.S.) ; *L. (M.) c. B. (R.)*, [1996] J.Q. 5274 (C.S.)

¹²³ [1989] A.Q. 1025 (C.A.).

¹²⁴ *F. (R.) c. M. (S.)*, REJB 2006-108769 (C.S.).

¹²⁵ *F. (R.) c. M. (S.)*, REJB 2006-108769 (C.S.).

¹²⁶ *D. (J.) c. M. (R.)*, EYB 2006-109730 (C.A.) ; *Droit de la famille-07324*, C.S. Québec, 200-04-0133389-042, 20 février 2007, j. Gosselin.

¹²⁷ EYB 2006-111032 (C.S.).

¹²⁸ *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, REJB 2006-110468.

¹²⁹ *D. (É.) c. F. (S.)*, C.S. Bedford, 460-12-022401-048, 3 août 2006, j. Bellavance.

conjoint et l'enfant¹³⁰. Il peut donc être approprié de laisser le temps à l'enfant d'apprivoiser cette nouvelle situation.

Dans l'arrêt *Droit de la famille-071*¹³¹, dont nous avons déjà traité, un juge seul la Cour d'appel, saisi d'une demande de suspension de l'exécution des mesures provisoires du jugement d'instance, procède à une révision sommaire des difficultés au plan de la santé qui peuvent affecter un enfant que l'on qualifie de grand prématuré (né à moins de vingt-six semaines de gestation). Nous citons :

[2] X a sept ans. Elle est née le [...] 1999, extrêmement prématurée après 24 semaines de gestation; elle pesait 634 grammes. Les grands prématurés comme X, peut-on lire à la lettre du docteur Georges Caouette du 18 septembre 2001, risquent de développer durant leur cinq premières années de vie des handicaps ou certaines limitations (environ 35% présentent des déficiences telles que paralysie cérébrale, hydrocéphalie, déficit intellectuel sévère, cécité, surdité) et c'est la raison pour laquelle il est essentiel qu'ils soient suivis durant ces cinq premières années.

[3] Dès sa naissance, X a souffert de nombreux problèmes de santé et, en août 2002, on décelait une hypothyroïdie primaire pour laquelle elle doit prendre quotidiennement une médication particulière, le Synthroid. Malgré cela et tous les autres risques, elle s'est bien développée et elle fréquente maintenant l'école de ville A, lieu de résidence de sa mère; elle y bénéficie des services d'ergothérapie et de physiothérapie. Elle se trouve présentement au milieu de sa 2^e année primaire.

Selon la lettre du docteur Caouette, l'enfant, après son hospitalisation de 104 jours, a souffert à sa sortie de l'hôpital de problèmes pulmonaires et intestinaux en plus d'un ralentissement de son développement moteur. Elle souffre aussi d'un retard neurologique et de croissance.

(nos soulignements)

En l'espèce, la Cour n'a pas à intervenir à cette étape car le jugement d'instance a pour effet, de contraindre l'enfant à changer d'école et d'environnement en plein milieu d'une année scolaire on peut en tirer une analogie avec un changement de garderie. En effet, sans se prononcer sur le fond du litige, le juge indique qu'aucune urgence ne motive un

¹³⁰ A. E. (S.) c. B. (I.), C.S. Montréal, 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, par. 30 et s., REJB 2006-110468.

¹³¹ *Droit de la famille-071*, C.A. Québec, 200-09-005810-061, 8 janvier 2007, j. Gendreau, J.E. 2007-184 (jugement d'instance infirmé voir, *Droit de la famille-07774*, C.A. Québec, 200-09-005810-061, 11 avril 2007, j. Rochon, Morissette et Bich).

changement aussi radical à savoir, un changement de garde en faveur du père¹³² même si la mère a pu être insouciante quant à la prise d'un médicament car l'enfant a continué à se développer.

III. La littérature scientifique

Dans l'article *Shared Parental Responsibility : A Harm Reduction-Based Approach to Divorce Law Reform* d'Edward Kruk¹³³, on identifie les quatre éléments suivants comme les plus dommageables pour les enfants :

- A) La rupture de liens d'attachements positifs ou encore l'absence ou l'éloignement d'un ou des parents ;
- B) L'exposition de l'enfant au conflit parental ;
- C) L'instabilité et le manque de continuité dans la vie de l'enfant post-divorce ;
- D) La diminution du niveau de vie de l'enfant.

L'auteur de l'article indique que dans la majorité des états américains, les tribunaux concluent que la garde partagée n'est pas une solution appropriée quand les parents ne peuvent collaborer.

Dans l'article *La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée ?*¹³⁴, Francine Cyr du Département de psychologie de l'université de Montréal s'interroge sur l'intérêt suscité par la garde partagée depuis son apparition au milieu des années soixante-dix. Elle procède à une recension de la littérature scientifique qui selon elle devrait mener à plus de prudence et

¹³² *Droit de la famille-071*, C.A. Québec, 200-09-005810-061, 8 janvier 2007, j. Gendreau, J.E. 2007-184 (jugement d'instance infirmé voir, *Droit de la famille-07774*, C.A. Québec, 200-09-005810-061, 11 avril 2007, j. Rochon, Morissette et Bich).

¹³³ (2005) 43 *Journal of Divorce and Remarriage*, 119. Voir aussi, Amy J.L. BAKER, et Douglas DARNALL, « Behaviours and Strategies Employed in Parental Alienation: A Survey of Parental Experiences », (2006) 45 *Journal of Divorce and Remarriage*, 97.

¹³⁴ Francine CYR, « *La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée* », (2006) 27 *Revue québécoise de psychologie* 79.

d'inquiétude à l'égard de cette modalité de garde. Nous nous proposons de faire ressortir les points saillants de cet article.

- L'hébergement alterné demeure un modèle minoritaire : les juges hésitent à l'imposer et les experts ne s'accordent pas sur la question du bénéfice qu'en tire l'enfant ou si elle favorise mieux l'adaptation de l'enfant à la rupture (p. 80 et 87). La majorité des couples choisissent encore la garde exclusive (p.81) ;
- La question du partage de l'enfant entre les deux résidences fait l'objet d'arguments de la part des protagonistes qui tiennent plus *d'a priori* idéologiques et s'appuie trop rarement sur des connaissances empiriques rigoureuses (p. 80) ;
- À travers le débat qui a cours, on en est à se demander si par moments, on n'a pas perdu de vue le véritable intérêt de l'enfant au profit d'enjeux idéologiques à savoir, le droit des parents à l'enfant (p.80) ;
- Les résultats du chercheur Douglas (2003) sur l'effet des présomptions légales de garde partagée démontrent que la présomption n'engendre pas de différence dans l'implication des pères divorcés, sauf pour le fait qu'ils payent davantage la pension alimentaire pour leurs enfants (p.81)¹³⁵ ;
- Elle procède à une étude de la « règle du temps approximatif ». Cette façon de déterminer les plans parentaux s'appuie sur l'implication quant aux soins et à l'éducation et le temps passé avec l'enfant avant la rupture. Cette méthode de répartition tient en compte la règle du *statu quo* et la nécessaire stabilité pour le mieux être de l'enfant. Un des avantages de cette règle est la prédictibilité de la modalité de garde à retenir. La principale force de cette façon de faire est qu'elle reconnaît l'importance du lien d'attachement et la nécessité de le préserver (p.83). Nous ajoutons que cette règle rejoint celle du parent de référence ;
- Il y a débat entre les experts sur le caractère approprié d'une ordonnance de garde partagée lorsqu'il y a des problèmes de communication entre les parents mais que les autres critères d'établissement sont présents. Pour certains l'intérêt de l'enfant doit primer alors que pour d'autres, dans les situations très conflictuelles, il peut être préférable de

¹³⁵ Au même effet, Susan L. HUTCHISON, Tamara AFIFI et Stephanie KROUSE, « The Family that Plays Together Fares Better : Examining the Contribution of Shared family to Family Resilience Following Divorce », (2007) 46 *Journal of divorce and Remarriage*, 21.

privilégier le lien avec un seul parent. Certains soutiennent même qu'avec le temps la garde partagée amenuiserait les conflits. Nous ajoutons, avec déférence, qu'au-delà de l'expérience clinique, l'expérience pratique ne permet pas d'en arriver à la conclusion qu'une garde partagée puisse améliorer la communication défaillante sans autre support (p.85)¹³⁶;

- Se référant au chercheur et professeur Cloutier, on devrait retenir les éléments suivants pour évaluer la faisabilité de la garde partagée :

- A) Le respect de la relation entre l'autre parent et l'enfant;
- B) La capacité de jeter un regard objectif sur la situation;
- C) L'empathie face au point de vue de l'enfant;
- D) L'empathie face au point de vue de l'autre parent;
- E) La capacité à redéfinir la situation et les rôles avec l'ex-conjoint;
- F) Une bonne estime de soi;
- G) La flexibilité et l'ouverture.

De l'avis de la chercheuse Cyr, seul un nombre infime de parents est en mesure de rencontrer ces conditions (p.87);

- En somme ce qui perturbe le plus les enfants c'est le comportement des parents peu importe la modalité de garde, ce qui est particulièrement vrai dans le cas des nourrissons et des jeunes enfants à l'égard des sentiments d'inquiétude et de colère de leurs parents (p.91);

- La probabilité qu'un père maintienne un lien significatif avec l'enfant est plus grande s'il y a des couchers chez lui (p.94). Nous ajoutons que la jurisprudence à laquelle nous avons fait référence ci-dessus prévoit des contacts progressifs et des couchers débutant alors que l'enfant a entre dix-huit et vingt-quatre mois;

- Il est essentiel de tenir compte de la qualité des contacts et de la qualité de la relation d'attachement plutôt que de s'arrêter uniquement à la durée du contact (p.92). Nous

¹³⁶

Pour un exemple où toutes les modalités de garde avaient été tentées sans que le conflit parental ne s'atténue et où le Tribunal tout en ordonnant l'établissement d'une garde partagée prend acte de l'engagement des parties de se prévaloir du Service de médiation de la Cour supérieure, voir *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, n° 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, REJB 2006-110468.

ajoutons que dans certains cas le principe de la maximisation des contacts est appliqué en fonction de la mathématique au niveau de la répartition du temps, or comme on ne peut maximiser plus de cinquante pour cent à l'égard de chacun des parents

- Conclure que le temps avec le père doit être égal à celui de la mère dès que le nourrisson est sevré nous apparaît être une interprétation incorrecte et opportuniste des connaissances sur l'attachement (p.105);

- Vers l'âge de trois ans l'enfant est en mesure de vivre cette alternance s'il a acquis au préalable sa constance émotionnelle. Quant aux modalités de l'alternance il s'agit toutefois de cas par cas (p.104).

Elle conclut en indiquant que le principal constat qui se dégage de cette recension des connaissances est qu'il est impossible de trancher radicalement la question d'un type de garde le plus propice au développement de l'enfant et à l'établissement d'un attachement sécure (p.103).

Dans l'article *A Critical Assessment of Child Custody Evaluations*¹³⁷, les auteurs procèdent à des énoncés qui recourent les commentaires déjà exprimés ci-dessus, notamment :

-Le premier constat des auteurs à l'effet que les meilleurs indicateurs de l'adaptation de l'enfant à la rupture de ses parents se trouvent dans l'absence de conflit parental et dans le maintien de contacts avec ses deux parents beaucoup plus que dans la modalité de garde choisie est reconnu depuis déjà plusieurs années par l'ensemble de la littérature scientifique tant américaine que canadienne;

- Il est exact que dans environ 15% des ruptures le conflit parental est très élevé avec les conséquences que l'on peut appréhender et sur l'enfant et sur un ou l'autre des parents. En effet, la présence d'un conflit parental important peut avoir un effet sur la

¹³⁷ Robert E. EMERY, Randy K. OTTO et William T.O DONOHUE, « A Critical Assessment of Child Custody Evaluations », *Psychological science in the public interest*, American Psychological Society, Vol.6, 1.

disponibilité, l'efficacité parentale et sur le niveau de collaboration des parents qui y prennent part volontairement ou involontairement¹³⁸.

- Il est aussi exact de soutenir qu'en ce qui a trait à la garde partagée elle est une étape transitoire. En effet, près de 50 % des gardes partagées qui ont fait l'objet d'une entente ou d'un jugement deviennent des « garde exclusive à la mère » dans les cinq ans qui suivent (p.5). Maccoby et Mnookin, dans leur étude qui demeure fréquemment citée et utilisée même si elle date de dix ans¹³⁹, confirment qu'il n'existe pas de consensus sur la meilleure façon de répartir le temps parental avec l'enfant. De plus, ils ont constaté que les enfants qui résidaient à temps plein ou en mode partagé chez leur père finissaient, dans la majorité des cas, par habiter avec leur mère¹⁴⁰.

- En dépit de la position très ferme que prennent les auteurs (p. 20), force est d'admettre que dans plus de 90 % des cas l'opinion de l'expert est déterminante. Le juge qui veut s'éloigner de la position de l'expert doit motiver son choix. Mais est-ce aussi surprenant alors que la formation juridique tant des avocats que des magistrats ne les prépare pas à solutionner ni évaluer de telles questions ? Seules l'expérience et l'intérêt dans la psychologie peut permettre au décideur de pouvoir évaluer objectivement l'opinion qui lui est soumise, sa validité, la qualité de sa méthodologie, etc.

- *The approximation rule* (p.22) : Quelques études ont été faites sur le sujet mais on ne peut conclure qu'elles ont eu un effet transcendant¹⁴¹. Même si certains experts suggèrent que le temps de garde devrait correspondre de façon approximative à la proportion de temps que chacun des parents a consacrée à l'éducation et aux soins des enfants pendant la vie commune (approximation rule) ce qui permettrait pendant une certaine période

¹³⁸ Pour un exemple où le litige entre les parties a affecté sa capacité à prendre des décisions, voir *A. E. (S.) c. B. (I.)*, C.S. Montréal, n° 500-12-269618-033, 13 octobre 2006, j. Roy, par.42 et s., REJB 2006-110468.

¹³⁹ E.E. MACCOBY et R.H. MNOOKIN, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*, Cambridge and Harvard University Press, 1992. Voir , Elizabeth HUGHES, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform : A Critical Analysis », (2003) 21 C.F.L.Q. 1.

¹⁴⁰ E.E. MACCOBY et R.H. MNOOKIN, *Dividing the Child : Social and Legal Dilemmas of Custody*, Cambridge and Harvard University Press, 1992, 56.

¹⁴¹ Shelley A. RIGGS, « Is the Approximation Rule in the Child's Best Interest? A Critique from the Perspective of the Attachment Theory », (2005) 43 *Family Court Review* 481.

temps de maintenir une continuité pour l'enfant et d'offrir une meilleure transition. Cette approche est issue de la théorie de l'attachement telle qu'énoncée par Bowlby. Si elle eut permettre de mieux prévoir ce qui est souhaitable pour l'enfant, on se doit d'admettre qu'elle constitue un portrait de la situation au moment de la rupture mais qu'elle ne permet pas toujours d'évaluer de façon prospective le meilleur intérêt de l'enfant. Cette façon d'évaluer le meilleur intérêt de l'enfant recoupe le concept de parent de référence (primary caregiver). Elle est appliquée par nos tribunaux sous cette dénomination. L'« approximation rule » sert en fait à déterminer qui, avant la rupture, a répondu aux besoins de l'enfant de façon satisfaisante et répétée qui permet de présumer que l'enfant a créé des liens affectifs significatifs avec ce parent¹⁴². Elle a toutefois ses limites tels que le note les auteurs (p.23)

Ce survol permet de constater que l'établissement de la garde partagée n'est pas une mince tâche pour toutes les parties impliquées incluant le juge. La garde partagée constitue-t-elle cet idéal qui permettra de réunir la famille séparée autour de l'enfant ?

On peut souhaiter que le développement de la recherche en la matière et la jurisprudence permettront de mieux déterminer les prérequis nécessaires à l'établissement de la modalité de garde la plus appropriée dans l'intérêt de l'enfant.

IV. L'effet et la nécessité de l'expertise sur la décision du tribunal : un survol

En certaines circonstances, le recours à un expert peut s'avérer utile pour permettre au tribunal de prendre la décision la plus éclairée quant au meilleur intérêt de l'enfant. Notamment dans les circonstances suivantes : demande en changement de garde tout particulièrement lorsque les témoignages des parents sont diamétralement opposés ou qu'il y a beaucoup d'animosité entre les parties, présence d'alcoolisme, de toxicomanie ou autre type de dépendance mettant en cause la capacité parentale, des problèmes d'ordre psychologique tant au niveau de l'enfant que des parents, la présence d'aliénation parentale, la violence, l'abus, l'aliénation parentale, les changements de domicile lorsque la distance est grande ou lorsque le dossier est extrêmement litigieux. L'importance des

¹⁴² Voir, *Droit de la famille-06126*, C.S. Québec, 200-12-073030-059, 7 septembre 2006, j. Guertin.

spécialistes en évaluation de la santé mentale a pris de l'expansion devant les tribunaux en matière familiale, il s'agit de la résultante de l'évaluation des réactions émotionnelles des enfants en cas de rupture et des questions qui touchent leurs besoins.

Le recours à une expertise n'est pas toujours nécessaire et, dans plusieurs dossiers, une preuve factuelle bien administrée permettra de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant surtout si la preuve ne laisse pas voir de problèmes particuliers chez l'enfant. Il ne faut pas oublier que l'utilisation de l'expertise nécessite un certain délai rattaché à sa confection, des frais pour les parties, sans oublier les effets que peut avoir une telle évaluation sur l'enfant, qui constitue une intrusion dans leur vie. Les expertises psycholégales représentent des frais importants pour les parties et les tribunaux sont réticents à en ordonner ou à en recommander la tenue à moins d'être assurés qu'elle amènera une valeur ajoutée au processus d'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant.

Il n'est pas possible de contraindre une des parties à se soumettre à une expertise et ce, en vertu du principe du droit à l'intégrité de la personne ; certaines décisions ont ouvert des brèches quant à cette impossibilité de contraindre une partie à collaborer à une expertise dans le meilleur intérêt de l'enfant. Le fait qu'une des parties ne soit pas évaluée minera la valeur probante à apporter à l'expertise¹⁴³.

Les juges et les avocats ont une relation ambivalente avec les experts en matière de garde et d'accès. D'un côté, la communauté juridique apprécie l'apport au plan social et psychologique de ces derniers. Ils sont d'une grande utilité notamment pour l'analyse et l'interprétation qu'ils font du comportement humain devant les tribunaux tout en articulant les besoins de l'enfant au plan émotif et psychologique.

¹⁴³ *Droit de la famille-07767*, C.S. Montréal, 500-12-266165-020, 11 avril 2007, j. Hurtubise ; *Droit de la famille-07814*, C.S. Rouyn-Noranda, 600-04-001693-067, 12 avril 2007, j. Guertin.

Toutefois, l'expert peut-être vu comme un usurpateur du rôle de la Cour en procédant à des recommandations appuyées sur des faits dont la preuve n'est pas toujours probante. Parfois, l'expertise devient un mode alternatif de résolution des conflits où l'expert tente de concilier les demandes de chaque partie ou encore à se faire les défenseurs d'une tendance. Le tribunal et les avocats souhaitent avoir une vision et une évaluation objective et impartiale quant aux besoins de l'enfant et à son futur

Le témoin expert vient apporter au tribunal une connaissance particulière dans un domaine hors la connaissance de ce dernier pour l'éclairer dans l'examen d'une preuve portant sur des questions scientifiques ou techniques d'une certaine complexité et dépassant la connaissance et l'expérience du juge des faits. S'ajoute à cet éclairage la cueillette d'information quant à la dynamique familiale, les personnes avec lesquelles il entretient des relations significatives notamment la famille élargie, la fratrie, les professeurs, etc. Son témoignage est admissible :

ó s'il est pertinent (lire utile) ;

ó s'il est fondé sur des éléments scientifiquement vérifiables ;

ó s'il est qualifié dans le domaine sur lequel porte son témoignage ;

ó il doit être objectif et impartial, à défaut sa crédibilité pourra en être entachée.

Il appartient au tribunal d'en apprécier la valeur probante. On rencontre deux types d'expertises :

a) Le service d'expertise psychosociale de la Cour supérieure. Le tribunal, suite au consentement des parties et à un commencement de preuve quant à son opportunité (art. 33 du *Règlement de procédure en matière familiale* [ci-après : R.P.M.F.]), pourra ordonner la tenue d'une expertise psychosociale. Cette expertise n'occasionne aucuns frais pour les parties. Elle est préparée par un membre du « Service d'expertise de la Cour supérieure » qui produira un rapport et ses recommandations à la cour.

b) L'expertise privée ou psycholégale. Les parties peuvent convenir d'avoir recours aux services d'un expert qu'elles devront rémunérer ; d'ailleurs un expert choisi conjointement ou du consentement des parties, en plus de réduire les coûts, lui permet d'avoir les coudées plus franches pour mener son expertise et possiblement d'augmenter sa crédibilité s'il a à témoigner. Ce choix ou consentement conjoint sous-tend de la part des parties une véritable volonté de collaborer. Un parent peut mandater seul un expert afin qu'il évalue les parties et l'enfant. Dans ce cas, on se sera assuré de la collaboration de l'autre partie à la préparation de cette expertise. Dans cette éventualité, le rapport ainsi que les notes d'honoraires seront acheminés au parent mandataire ou à son procureur. Pour que le rapport préparé ait une valeur probante, il est essentiel que l'expert ait rencontré les deux parties et les enfants¹⁴⁴.

Rappelons en terminant que le tribunal n'est pas lié par les recommandations de l'expert mais qu'en général une grande importance leur sera accordée. Le juge qui choisit d'écarter une ou des recommandations d'un expert doit motiver sa décision.

L'expertise permet d'apporter un éclairage, de l'information sur la vie de l'enfant, sur son contexte familial et social qu'autrement ils n'auraient pas.

V. Le procureur à l'enfant et son rôle : un succédané à l'expert ?

Dans un article, Me Renée Joyal et Anne Quéniart, sociologue, font état des résultats d'une recherche menée auprès de juges de la Cour supérieure¹⁴⁵. Cette recherche avait pour objectif de mieux connaître les perceptions et les pratiques relatives à l'usage de

¹⁴⁴ Le lecteur pourra consulter les articles suivants : Lucille L. ARÈS, « Le psychologue et la protection de l'enfant », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Les enfants devant la justice (1990), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 107-108 ; Louis GÉLINAS et Bartha Maria KNOPPERS, « Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection », (1993) 55 *Revue du Barreau* 6.

¹⁴⁵ Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur les divers aspects de la question », (2001) 61 *Revue du Barreau* 281.

l'expertise, du témoignage de l'enfant et de la représentation de celui-ci par un avocat en matière de garde contestée qui sont les méthodes utilisées, parfois en conjonction, pour évaluer le meilleur intérêt de l'enfant et permettre à ce dernier de s'exprimer lorsqu'il le peut. L'échantillonnage se compose de quarante-six juges (trente-neuf hommes et sept femmes) ayant répondu à un questionnaire semi-ouvert comportant trente-quatre questions. Puis, des entrevues ont eu lieu avec dix juges du district judiciaire de Montréal, et 300 dossiers relatifs à la garde ont été étudiés.

Il ressort clairement que l'expertise psychologique est le dispositif le plus fréquemment utilisé dans les litiges de garde (87 % des répondants) puis vient le témoignage de l'enfant (77% des répondants) et la nomination du procureur à l'enfant (9 % dans tous les cas et 87 % dans certains cas seulement) .

Le procureur à l'enfant est un représentant, un conciliateur ou un médiateur entre les parties impliquées faisait valoir le meilleur intérêt de l'enfant et témoignait de la situation existante devant le tribunal. Depuis l'arrêt de la Cour d'appel dans *F. (M.) c. J. (L.)*¹⁴⁶ en 2002, la donne a changé quant à la nomination du procureur à l'enfant, à son rôle et à la capacité juridique de l'enfant à définir le mandat de son représentant et de l'obligation de ce dernier de s'y conformer.

La souplesse et la tolérance sont donc de mise si on veut s'assurer que le meilleur intérêt de l'enfant ne soit pas qu'une considération temporaire... le temps d'une procédure. Il faut avoir une vision prospective de *l'effet de la démarche procédurale et de l'audition* sur le meilleur intérêt de l'enfant.

Soulignons que certains avocats ont pu développer des pratiques qui vont plus loin que nous proposons et certains d'entre vous considéreront que nous proposons un mode de représentation qui pose à l'avocat un fardeau peu ordinaire. Des pratiques différentes ont

¹⁴⁶ REJB 2002- 29840, [2002] R.J.Q. 676 (C.A.).

été développées dans certains districts judiciaires. Il est certain que ce texte ne peut tenir compte de toutes les particularités des différentes pratiques.

Il ne faut pas oublier que la situation des enfants, encore plus que celle des adultes, peut être particulière et qu'il n'est pas recommandé de s'en tenir à des normes trop rigides quant à la détermination du mandat et à sa mise en œuvre. La situation de chaque enfant doit être appréciée à son mérite.

Le *Code de procédure civile* prévoit à l'article 394.1 que lorsque, dans une instance, le tribunal constate que l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur qu'il estime inapte est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde que le mineur ou le majeur inapte soit représenté, il peut, même d'office, ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de le représenter. Soulignons immédiatement que ce n'est pas la le mode de nomination qui détermine l'étendue du mandat mais comme on le verra ci-dessous la capacité de mandater du client¹⁴⁷.

Comme on le constate, la représentation du mineur n'est donc pas exorbitante du droit elle y est prévue à de nombreux endroits. Ainsi, d'office ou à la demande de l'une des parties, incluant l'enfant, un avocat peut être nommé pour représenter ce dernier. Cette nomination et l'intervention de l'enfant, dans le litige qui met en cause ses intérêts, sera faite de façon plus ou moins formelle. La nomination pourra être faite à la suite d'une requête présentée au tribunal par l'une des parties, soit l'un des parents ou encore, par une nomination faite directement par le juge lorsque ce dernier considère que l'enfant doit être représenté par un avocat. S'il y a entente entre les parties, la demande peut être verbale.

Le mandat et par le fait même le mode de représentation de l'enfant sera déterminé en fonction du degré de développement de l'enfant. La connaissance du niveau de développement de l'enfant permet de construire des questions dont il comprendra

¹⁴⁷ *M. (F.) c. J. (L.)*, REJB 2002-29840 ((C.A.)).

vraiment le sens, tout en permettant d'évaluer son habileté à communiquer l'information. On peut résumer les principaux stades de développement de l'enfant de la façon suivante :

- De la naissance à dix-huit mois, la pensée de l'enfant porte sur ce qui se passe autour de lui au moment présent;

- Vers la fin de la deuxième année, l'enfant sort peu à peu du présent et anticipe le futur, c'est une intelligence de perception et d'action, l'enfant n'a pas atteint le stade de la pensée. Pendant cette période, l'enfant se rapproche de la représentation mentale, l'enfant s'ouvre à l'extérieur. S'ajoute le monde imaginaire. Les souvenirs passés et le futur s'ajoutent au présent. C'est à cette étape que se développe le langage;

- Entre deux et six ans, l'enfant utilise le jeu imaginaire, il permet parfois de régler des conflits, de jouer des rôles, l'enfant est centré sur son Moi. La réalité de l'enfant est composée de ce qu'il vit mais aussi de cette partie d'imaginaire, il n'est d'ailleurs pas évident de démêler ces deux mondes dans les verbalisations de l'enfant;

- À partir de quatre-cinq ans l'enfant devient en mesure de beaucoup mieux s'exprimer.

L'avocat de l'enfant incapable de mandater doit être indépendant vis-à-vis des parents ou autres tiers. L'avocat doit s'assurer que les droits et les garanties procédurales dont jouit l'enfant sont respectés. Il doit faire valoir ce qu'il identifie être l'intérêt de l'enfant eu égard à l'ensemble de la preuve reçue par le tribunal. Il doit s'assurer qu'il dispose des éléments lui permettant d'évaluer tous les aspects de la situation de l'enfant. L'avocat doit donc veiller à la protection des intérêts et des droits de l'enfant. Cela implique que l'avocat doit s'assurer de la connaissance par le tribunal des éléments lui permettant d'évaluer tous les aspects de la situation de l'enfant. L'avocat ne peut retenir des éléments de preuve. Lorsque l'enfant, bien qu'incapable de mandater, peut exprimer un désir, l'avocat doit le mettre en preuve. Enfin, dans les cas où l'enfant ne peut ni exprimer ni motiver ses désirs, l'avocat doit exposer ses conclusions professionnelles sur

l'intérêt et les droits de l'enfant ainsi que les solutions envisagées pouvant le mieux les respecter en tenant compte de la preuve soumise.

Encore ici, l'expression par l'avocat de ce qu'il considère comme étant le meilleur intérêt de l'enfant doit être empreint de compétence et d'objectivité. Sauf pour les cas les plus évidents une expertise, la désignation d'un *amicus curie* (ami de la Cour) ou la nomination d'un tuteur *ad hoc* pourront être considérées.

La Cour suprême dans l'arrêt *Beson*¹⁴⁸, décrivait comme suit le mandat d'un procureur représentant un enfant qui n'est pas en mesure de mandater :

Nous avons aussi eu l'avantage d'entendre les plaidoiries fouillées des avocats des appelants, des intervenants, du directeur et celle de Me Day, l'avocat désigné par la Cour pour représenter Christopher. Après avoir été avisé par le Dr Boddie, le psychiatre pour enfants consulté par ses soins, que Christopher n'était en mesure ni de donner des directives à son procureur ni «d'exprimer son avis quant à ses futurs parents» Me Day a estimé que son rôle consistait à faire valoir auprès de la Cour ce qu'il estimait être l'intérêt fondamental de son client. Pour trouver en quoi consistait l'intérêt de Christopher, Me Day a procédé à une enquête très complète sur les antécédents sociaux, médicaux et juridiques de Christopher et sur sa situation actuelle. [í].

Le mémoire du Barreau intitulé *La représentation des enfants par avocat dix ans plus tard* (en référence au *Mémoire de 1995* sur le même thème) et déposé en mai 2006 précise ce qui suit :

Ainsi, quand l'enfant ne peut exprimer de désirs, l'avocat doit exposer ses conclusions professionnelles sur l'intérêt de l'enfant, la nature des droits de l'enfant et les solutions qui peuvent le mieux les respecter eu égard à la preuve.¹⁴⁹

Nous croyons que pour le procureur à l'enfant qui choisit de définir l'intérêt d'un enfant il s'agit de emprunter une pente glissante dans un domaine où dans la majorité des cas, sa

¹⁴⁸ *Beson c. Director of Child Welfare for the Province of Newfoundland*, [1982] 2 R.C.S. 716, page 726.

¹⁴⁹ Mémoire du Barreau du Québec, *La représentation des enfants par avocat dix ans plus tard*, Mai 2006, p.4.

compétence se fonde sur son vécu et des connaissances qui ne relèvent pas du domaine infantile. Il n'appartient pas au procureur à l'enfant de fournir une ou des opinions au plan psychologique sur une situation donnée impliquant un enfant, dès lors il quitte son champ de compétence¹⁵⁰. La prudence est donc de rigueur.

D'ailleurs dans la Recommandation 8 du *Mémoire du Barreau sur la représentation des enfants par avocats*¹⁵¹, le Comité recommande que dans le cadre de la représentation sans mandat conventionnel, l'avocat fasse valoir les droits et l'intérêt de l'enfant, eu égard à l'ensemble de la preuve reçue par le tribunal. Dans ses commentaires le Comité précise que l'avocat ne doit pas émettre d'opinion personnelle. Ses représentations doivent être basées sur la preuve et les principes des lois applicables. Le procureur qui agit dans un dossier ne le fait pas à titre personnel, il agit au nom de son client, même dans le cas où il représente une personne trop jeune pour être entendue ou pour comprendre.

Le procureur doit exprimer et faire valoir le souhait de son client. *Les obligations du tribunal vont plus loin : en effet, ce ne sont pas les désirs de l'enfant qui priment, mais son intérêt.*

On doit aussi considérer qu'au plan de la déontologie, le fait pour un avocat de témoigner sur des faits qui font l'objet d'une contestation peuvent le rendre inhabile en effet il pourrait se retrouver en train de mettre en jeu sa crédibilité surtout s'il est questionné par la Cour ou les parties sur des faits (art. 3.05.06 *Code déontologie des avocats*¹⁵²).

¹⁵⁰ P. (A.) c. G. (K.), B.E. 2006BE-4 (C.S.), EYB 2005-96616 (appel rejeté, C.A. Québec, 200-09-005394-058, 15 mars 2006, EYB 2006-102600).

¹⁵¹ Mai 2006, p.27

¹⁵² R.R.Q. 1981, c. B-1, R.1.

Mais auparavant on peut affirmer que l'avocat est notamment tenu aux obligations suivantes, tirées du Mémoire portant sur *La représentation des enfants dix ans plus tard* (2006) :

1. L'avocat représentant un enfant est soumis à l'ensemble des dispositions du *Code de déontologie des avocats*;
2. L'enfant a besoin d'une protection accrue vu son état de vulnérabilité et de dépendance;
3. L'avocat pour enfants doit s'acquiescer d'obligations particulières dans son comportement, tant envers son client, l'enfant, qu'envers les parents de celui-ci;
4. L'avocat peut entreprendre la représentation d'un enfant quelle que soit son opinion personnelle sur son intérêt;
5. L'avocat, dans sa représentation, doit se comporter de façon à ne pas nuire à la cellule familiale. Il doit s'assurer, lorsque le contexte s'y prête, que son client comprenne et soit dûment avisé de ses droits et des démarches à entreprendre. Plus que dans n'importe quel autre domaine, l'avocat doit s'assurer que les conseils prodigués à son client sont compris de ce dernier;
6. L'avocat doit créer et entretenir une relation de confiance avec l'enfant et être attentif à l'attitude de l'enfant;
7. L'avocat doit faire preuve d'une grande disponibilité. Il est nécessaire dans la représentation des enfants, de tenir compte de leurs activités et leur disponibilité afin de ne pas perturber inutilement leur quotidien. Dans ce contexte, une grande disponibilité du procureur est nécessaire;
8. L'avocat doit cesser de représenter un enfant lorsqu'il constate avoir perdu sa confiance. L'avocat ne peut se retirer d'un dossier sans motif sérieux;
9. L'avocat doit être attentif aux signes pouvant annoncer un bris de confiance et tenter, sans acharnement, de la rétablir lorsque cela semble possible;

10. L'avocat doit agir avec célérité et s'assurer que les dossiers ne sont pas retardés inutilement;

11. Il doit également tenir compte des effets psychologiques du processus judiciaire sur l'enfant¹⁵³;

[í]

15. L'avocat doit acquérir des notions de base sur les besoins, les stades de développement et les moyens de communication des enfants. L'avocat doit disposer de connaissances particulières relatives aux droits de l'enfant. Ces obligations s'inspirent des dispositions du *Code de déontologie des avocats* relatives à la compétence (art. 3.00.001 et 3.01.01).

Le procureur ne peut être un succédané à l'expert mais peut être un allié utile.

Conclusion

Actuellement, il est difficile de se prononcer de façon claire sur le ou les bénéficiaires que tirent un enfant en bas âge de la garde partagée ou exclusive. Il reste beaucoup à faire, tant au plan de la recherche que du droit que l'enfant reste au centre de nos préoccupations lorsque les parents se séparent. Il est essentiel que la recherche relative aux réactions des nourrissons et des « trottineurs » à la rupture et à la garde partagée doive être engagée dans les meilleurs délais. L'enfant ne saurait se contenter, pour évaluer son meilleur intérêt des préjugés des uns et des présomptions qui n'ont pas de fondement scientifique ou qui ne peuvent être soutenus par de la recherche clinique. De même, il est clair qu'un rapprochement doit s'effectuer entre les principaux intervenants en matière de sociologie et de psychologie infantile et les principaux acteurs judiciaires en matière familiale pour le plus grand intérêt des enfants pour que tous et chacun puissent bénéficier de leur connaissances mutuelles. On ne peut plus se contenter d'évaluer les enfants d'aujourd'hui mais aussi notre génération future au « radar ».

¹⁵³ Mémoire sur la représentation des enfants par avocat, Barreau du Québec, Février 1995, p. 54.

BIBLIOGRAPHIE

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases*, Août 2003.

BOURASSA, S., « La représentation des enfants : commentaires et perceptions et réactions des enfants », *Actes du Congrès du Barreau du Québec*, 2006, Service de la formation continue, 838.

CARRIÈRE, Y., « Le mode de représentation des enfants par avocat : Le modèle québécois se précise », *Développements récents en droit familial* (2003) - Vol. 194, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 2003, pp. 1-34,

CLAIR, A., « Procureur(e) à l'enfant : se rendre utile et efficace », *Développements récents en droit de la familial* (2002), Service de a formation continue du barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, EYB2002DEV301,

ELROD, L.D., « Raising the Bar for Lawyers Who Represent Children : ABA Standards of Practice for Custody Cases », (2003-2004) 37 *Fam.L.Q.* 105.

EMERY R., OTTO, R., et O'DONOHUE W., « A Critical Assessment of Child Custody Evaluations », *Psychological science in the public interest*, American Psychological Society, Vol.6, 1.

Mémoire du Barreau du Québec, *La représentation des enfants par avocat*, Février 2005.

Mémoire du Barreau du Québec, *La représentation des enfants par avocat dix ans plus tard*, Mai 2006.

RIGGS, S.A., « Is the Approximation Rule in the Child's Best Interest? A Critique from the Perspective of the Attachment Theory », (2005) 43 *Family Court Review* 481.

SCHIRM, S. et VALLANT, P., *La représentation des enfants en matière familiale, leurs droits, leur avenir*, Éditions Yvon Blais, 2004.

TÉTRAULT, M., « Chronique ó Le procureur à l'enfant : une espèce protégée? », *Repères*, Août 2004, Droit civil en ligne, Éditions Yvon Blais, EYB2004REP242

TÉTRAULT, M., « L'enfant mineur : l'autonomie du recours en matière familiale », *Revue du Barreau*, 1995, Éditions Yvon Blais, EYB1995RDB49.

TÉTRAULT, M., *Droit de la famille 3^e édition*, 2005, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

TÉTRAULT, M., *La garde partagée : l'option ou la solution*, 2006, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

ANNEXE 1

EYB 2006-110973 Ë Texte intégral

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
NO : 500-04-039079-059

DATE : 7 mars 2006

EN PRÉSENCE DE :
MARC BEAUDOIN, J.C.S.

H. (M.-J.)
Demanderesse
c.
C. (É.)
Défendeur

Beaudoin J.C.S. :Ë

- 1 Les parties ont fait vie commune de juin 2002 à février 2005.
- 2 De leur relation de couple, est issue une enfant prénommée F. née le [...] 2004.
- 3 Le tribunal est saisi de deux requêtes, l'une présentée par la mère pour garde avec offre de droits d'accès pour le père et l'autre par le père en demande de garde partagée.
- 4 Les parties demandent également au tribunal de fixer la pension alimentaire en conformité avec la table de fixation des pensions alimentaires pour enfants et d'en ordonner l'indexation suivant la loi.
- 5 La prétention du père est qu'il est dans le plus grand intérêt de l'enfant qu'une garde partagée soit immédiatement prononcée.
- 6 La mère, au contraire, est d'avis qu'il serait préjudiciable aux développements physique et psychique de l'enfant, vu son bas âge, que le tribunal se rende au désir du père. La demande du père est prématurée, selon elle.

7 Les procureures des parties ont admis, au début de l'enquête, que les parents avaient tous deux la capacité parentale requise pour s'occuper de l'enfant F.

8 Reste au tribunal de prendre la décision qui est dans le plus grand intérêt de l'enfant, en examinant la preuve soumise.

9 Le tribunal a pris sous réserve une objection de l'avocate du père visant à empêcher la production d'un rapport du Dr. Yvon Gauthier, pédo-psychiatre, invoquant le fait que ce médecin n'avait rencontré ni les parents, ni l'enfant et qu'il ne s'agissait pas vraiment d'une expertise psychologique.

10 Le tribunal reconnaît qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, à proprement dit, d'une expertise et ce n'est d'ailleurs pas, non plus, ce que le Dr. Gauthier prétend puisqu'il intitule son document «*A vis sur la garde partagée d'un enfant en bas âge.*»

11 Au cas où son objection ne serait pas reçue et conditionnellement à son rejet, l'avocate du père a produit un document préparé par le Dr. Hubert Van Gijsegem, psychologue qui a un titre semblable à celui du Dr. Gauthier, soit «*Avis sur la garde résidentielle partagée d'enfants d'âge préscolaire.*»

12 Les deux professionnels ont été entendus.

13 Le tribunal a besoin, spécialement quand il s'agit de l'intérêt d'un enfant surtout en très bas âge, de toute l'aide spécialisée qu'on peut lui offrir et il ne serait pas sage de s'en priver.

14 Le tribunal rejettera, par conséquent, l'objection de l'avocate du père.

15 Les deux parties sont, depuis un certain temps, des compagnons de travail à [la Compagnie A]. Ils ont commencé à se fréquenter pour ensuite vivre ensemble en juin 2002.

16 Le père témoigne, qu'avant de faire vie commune, il avait indiqué à la mère qu'il était de son désir d'avoir un enfant et que la mère était d'accord.

17 Une première grossesse n'est pas menée à terme.

18 Enfin la deuxième réussit et F. naît. La mère prend alors un congé de maternité et allaite l'enfant.

19 Elle ne reprendra le travail qu'au printemps 2005, à raison de 4 jours semaine puis prendra congé pour les vacances d'été au complet. Elle ne retournera au travail à plein temps que 18 mois après la naissance de l'enfant.

20 De son côté, le père prend, après la naissance, un mois de congé et aide la mère autant qu'il le peut à prendre soin de l'enfant en accomplissant certaines tâches.

21 Le tribunal n'entrera pas dans les détails des reproches que les deux parties se font mutuellement.

22 De toute évidence, elles ne sont aucunement en accord avec le genre de garde et/ou d'accès pour le père auprès de F..

23 Comme ce que le tribunal doit rechercher primordialement est l'intérêt de l'enfant, le reste n'étant pas significatif et ne pesant pas lourd dans la décision à être rendue, c'est ce à quoi il faut s'attarder.

24 Bien sûr, un enfant doit être mis idéalement en présence de ses deux parents le plus également possible.

25 Mais il y a des cas où dans l'intérêt de l'enfant, il n'est pas souhaitable de le faire trop rapidement, sans tenir compte des réactions de l'enfant en bas âge et ainsi brûler les étapes en faisant fi des conséquences qui pourront en découler.

26 Le Dr. Van Gijzenhem, psychologue, écrit dans son avis que la recherche empirique sur la question de la garde partagée pour des enfants en bas âge est très limitée.

27 Citant la seule recherche concernant la garde partagée d'enfants d'âge préscolaire, à savoir celle de Mc Kinnon et Wallerstein (1986)¹, il en conclut que même si cette garde partagée est réputée ne pas être une réussite, elle n'est pas non plus un échec.

28 À la page 153 de ce rapport, les auteurs d'écrire :
The findings indicate that where both parents are motivated primarily by interest in the child, where the parenting is sensitive, and where the child is shielded from interparental conflict, young children do well (in joint custody)+(p. 153)

29 Et plus loin, aux pages 165 et 166 :

The conclusions from this report of 26 children under the age of five years in joint physical custody arrangements are sobering (...) At the same time, there is no evidence that these young children would have been better served in single-parent custodial arrangement (...) None of these findings warrants a presumption of joint custody, although they surely point to its potential for young children under the conditions which we have delineated.+(p. 165-166) (soulignement du soussigné)

30 Et ces conditions, selon les auteurs, sont les suivantes :

*where both parents are motivated primarily by interest in the child ;
where the parenting is sensitive ;
where the child is shielded from interparental conflict.* (soulignement du soussigné)

31 Dans le cas présent, la preuve démontre qu'il y a conflit entre les parents, ce qui n'est pas propice à la garde partagée, même si une jurisprudence récente ne la rejette pas du revers de la main.

32 Enfin le Dr. Van Gijseghem d'écrire :
Comme il a été dit plus haut des recherches plus récentes ont négligé de porter leur regard sur des enfants d'âge préscolaire.

Et de conclure :
Ces quelques éléments empiriques, trop limités encore pour adopter une position catégorique, sont néanmoins susceptibles de contredire les opinions préconçues de ceux qui croient que le jeune enfant doit nécessairement être sous la garde maternelle exclusive.» (soulignement du soussigné)

33 Cette assertion n'a pas une grande valeur probante, elle contredit des opinions dites préconçues dans le but de les affaiblir, sans toutefois établir un seul bienfait pour l'enfant en bas âge d'une garde partagée.

34 C'est ainsi dire, essayons une garde partagée, on verra bien, et ce, sans que les conséquences en aient été étudiées, même de façon clinique.

35 Le Dr. Van Gijseghem a témoigné à l'effet que la société avait changé, les mères sont sur le marché du travail, les enfants sont à la garderie.

36 Ceci est vrai, mais les besoins des enfants en bas âge, eux, n'ont pas changé. L'enfant de 0 à 5 ans a encore besoin de la présence de sa mère et de stabilité.

37 Il faut, du mieux que l'on peut, s'adapter à ses besoins prioritaires de l'enfant et non pas lui demander de s'adapter à notre société dite évoluée.

38 Si on ne le fait pas, il pourrait en découler, à court ou à moyen termes, des conséquences désastreuses pour l'enfant et partant pour la société

39 Le Dr. Gauthier témoigne en ce sens.

40 Le tribunal a été fort impressionné par le témoignage de cet éminent spécialiste, qui est d'une grande expérience, tant théorique que clinique, médecin depuis 1955, pédo-psychiatre depuis 1962.

41 Son curriculum vitæ est d'ailleurs très éloquent à ces égards.

42 Il s'occupe présentement, de façon pratique, d'enfants de 0 à 5 ans et est membre du Comité aviseur des Centres de Jeunesse de Montréal sur l'hébergement des enfants de 0 à 5 ans, depuis 1994. ce qui est dans le paramètre de l'enfant intéressée au présent débat.

43 Tant dans son avis écrit, que dans un témoignage, il discute de la théorie de l'attachement et des réactions d'un jeune enfant suite à la séparation d'avec sa mère et de ses conséquences.

44 Il y a, témoigne-t-il, trois principaux types d'attachement :

l'attachement secure ;

l'attachement insecure-resistant ;

l'attachement insécure-évitant.

45 L'attachement secure est celui où l'enfant développe un sentiment de confiance dans sa relation avec un parent qui est disponible, constant, et prévisible dans sa réponse aux besoins de l'enfant.

46 L'attachement est dit insecure-resistant quand l'enfant est soumis à un parent ambivalent, inconsistant, souvent imprévisible, l'enfant a besoin de s'accrocher à ce parent pour s'assurer de sa présence n'étant jamais sûr de ses réponses.

47 L'attachement insécure-évitant se développe dans un climat de rejet, d'agressivité parentale, particulièrement dans les moments où l'enfant exprime un besoin particulier d'attention.

48 Selon le Dr. Gauthier, les premiers mois sont significatifs pour la mise en place de l'attachement, mais les suivants jusqu'à 18-24 mois, le sont aussi.

49 Lorsque la mère a allaité l'enfant qu'elle a porté, l'attachement de l'enfant envers elle est prioritaire, c'est à elle que l'enfant ira de façon privilégiée.

50 Et toujours selon le Dr. Gauthier, l'enfant est très sensible à toute séparation d'avec sa figure prioritaire d'attachement. L'enfant apprend, dans le quotidien, à voir sa mère apparaître, disparaître et réapparaître, il se structure ainsi à l'intérieur de son cerveau des représentations intenses d'une mère qui revient toujours et sur qui il peut se fier, à condition que ces absences ne soient pas trop longues.

51 Lors d'une hospitalisation, quand il voit la mère, il a un besoin intense de proximité, être pris dans ses bras, consolé, cajolé. Ce sont là, les observations de la préférence de l'enfant pour sa figure d'attachement prioritaire.

52 Le Dr. Gauthier souligne le fait que la présence paternelle est importante dans le processus de développement de l'enfant, mais il joue rarement le rôle de figure d'attachement prioritaire, c'est plutôt la mère qui, quand elle l'a porté neuf mois et allaité, l'est.

53 C'est exactement le cas en l'espèce, la mère a porté et allaité l'enfant, elle a été présente durant les premiers 18 mois de sa vie, presque sans relâche.

54 La séparation prolongée, de sa figure d'attachement prioritaire peut provoquer chez l'enfant des troubles du sommeil, des réveils nocturnes besoin d'aller rejoindre sa mère au lit, des troubles psychosomatiques, eczéma, crises d'asthme.

55 C'est ce que prétend aussi le psychiatre et psychanalyste, le Dr : Maurice Berger, dans son écrit : «*La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans. Une situation à hauts risques psychiques.*»²

1) Il existe une véritable pathologie psychique due à la résidence alternée, avec l'apparition d'un ou des symptômes suivants :

Un sentiment d'insécurité avec apparition d'angoisses d'abandon qui n'existaient pas auparavant, ces enfants ne supportant plus l'éloignement de leur mère et demandant à être en permanence en contact avec elle,

Un sentiment dépressif avec un regard vide pendant plusieurs heures, Des troubles du sommeil, de l'eczéma,

De l'agressivité, en particulier à l'égard de la mère considérée comme responsable de la séparation ;

Une perte de confiance dans les adultes, en particulier dans le père, dont une vision déclenche une réaction de refus, etc...

On sait que ces troubles peuvent s'installer de manière durable à l'adolescence et se retrouver à l'âge adulte sous la forme d'angoisse et de dépression chroniques. Ces effets peuvent être extrapolés à partir des nombreuses études concernant des enfants qui se sont trouvés séparés de leur mère de manière répétitive dans d'autres contextes. On se trouve donc devant *un véritable problème de santé publique.*

Nous avons par ailleurs observés des comportements de maîtrise exacerbée chez des enfants de 7-8 ans ayant été élevés en résidence alternée bien avant la loi, qui se manifestent par un refus de suivre le rythme proposé par les parents et l'école, comme si ces enfants se révoltaient contre le moindre rythme venant de l'extérieur.

2) Les mêmes symptômes de retrouvent avec des «*équivalents*» de *résidence alternée* qui visent à éviter de longues séparations d'avec la mère, tout en donnant un temps de résidence équivalent au père («sa part d'enfant»). La vie de l'enfant est alors *morcelée*, avec par exemple cinq changements de lieux en sept jours ou sept en dix jours (29,2% des cas) lorsque le droit d'hébergement plus restreint comprend *des grands week-ends*, depuis le vendredi matin (enfant posé chez la nourrice) au lundi soir, et/ou la moitié des vacances scolaires (19,8% des cas)

56 Ce sont là exactement quelques-uns des signes que décrit la mère, lesquels se produisent au retour de l'enfant, des visites chez son père.

57 Enfin, traitant de la garde partagée en cas de divorce ou de séparation, le Dr. Gauthier d'écrire :

Il est sans doute important, dans ce contexte de séparation des parents, que les deux demeurent présents dans la vie de l'enfant. Mais l'un d'eux, celui qui est devenu la figure d'attachement prioritaire - et c'est généralement la mère - doit devenir la figure parentale principale. La solution «garde partagée» où l'enfant doit diviser son temps de façon égale entre les deux parents, ne répond aucunement aux besoins de l'enfant, surtout d'un très jeune enfant, et n'est pas dans son meilleur intérêt. Car elle ne répond pas aux besoins spécifiques du jeune enfant, qui a besoin d'avoir accès très régulièrement à sa principale figure d'attachement, et ceci d'autant plus qu'il vit une situation d'angoisse d'abandon. Les séparations de plusieurs jours qu'impliquent la garde partagée sont nécessairement très difficiles à supporter pour lui, et sont à l'origine de symptômes qui peuvent devenir intenses : angoisse de séparation, accrochage, crises de colère devant la moindre frustration, troubles du sommeil.

58 Le père, dans son témoignage, adopte une ligne qui ne dérive pas de son objectif premier, la garde partagée.

59 Les scénarios proposés par le père de l'exercice de cette garde peuvent différer mais l'ultime but demeure le même. De plus, la plupart de ces scénarios sont très très dérangeants pour l'enfant.

60 Dans son témoignage également, le père dira que quand l'enfant est avec lui, elle est enjouée, rieuse, éveillée.

61 Une enfant en bas âge peut agir ainsi, mais ceci ne veut pas dire pour autant qu'elle est heureuse et se développe bien, selon le Dr. Gauthier.

62 Les vrais signes de son désarroi sont ses problèmes de sommeil, ses crises, ses manifestations psychosomatiques.

63 Si les parents aiment leur enfant, ils doivent agir en fonction de ses besoins et non en fonction des leurs.

64 Un enfant, ce n'est pas une poupée, un jouet, c'est un être unique, qui a des besoins bien précis et qui, s'ils ne sont pas satisfaits à la tendre enfance, auront pour conséquence probable d'engendrer des problèmes de comportement futur sérieux.

65 Cependant, le père, à plusieurs reprises, dira et répétera qu'il est un homme flexible, conciliant et de compromis, sauf quand il s'agit de la garde, toutefois.

66 À une question du tribunal, il admettra enfin qu'il pourrait accepter d'avoir des droits progressivement plus étendus au fur et à mesure que l'enfant vieillira pour aboutir ultimement à la garde partagée de F.

67 Dans sa plaidoirie, la procureure de la mère a tenté de brosser un tableau négatif du père qui frisait la tendance pédophile de celui-ci.

68 Il est vrai que, depuis l'âge de seize ans, le père s'est intéressé grandement aux enfants de tous âges s'offrant de les garder bénévolement.

69 Il a fait partie de l'organisme dit des «Grands Frères» et a participé à un projet d'aide aux devoirs dans une école primaire.

70 Ceci n'en fait pas pour autant un pédophile et la preuve ne supporte aucunement cette insinuation à peine voilée.

71 Cependant, force est d'admettre, qu'il a eu, vis-à-vis sa fille et d'autres enfants, des comportements pour le moins inappropriés tels que : prendre son bain avec eux au lieu de leur donner leur bain.

72 Ainsi, nettoiera-t-il la vulve de F. au moyen d'un «Q-tip» badigeonné d'huile d'amande, opération qui sera inutilement longue et qui, auprès d'une enfant de cet âge, est loin d'être établie nécessaire, et que la mère réproouve.

73 Ces comportements ne sont sûrement pas dans le plus grand intérêt de F. et le père devra cesser de les avoir.

74 Il est, de plus, le seul père qui, lorsqu'il visite l'enfant à la garderie, se couche à côté d'elle à l'heure de la sieste pour l'endormir au risque de déranger les autres enfants.

75 Le père, tout au long de son témoignage, donne l'impression que F. est sa chose et ne se soucie guère de son intérêt à elle et de sa sécurité, ainsi l'emmène-t-il à bicyclette dans la circulation de la ville et en taxi.

76 Il voulait un enfant, il a même songé à en adopter un, dit-il.

77 Il s'est mis en couple dans le but d'avoir un enfant à lui et c'était la condition.

78 Dix mois après la naissance de F., juste au moment où sa mère cesse de l'allaiter, il la quitte et parle aussitôt de garde partagée.

79 Il se fout également de la mère, tout ce qu'il veut c'est la garde partagée et bien qu'il ait admis à la toute fin de son témoignage qu'il accepterait une progression dans les droits d'accès, il spécifie bien que c'est dans le but, à court terme, d'obtenir une garde partagée.

80 Comme susdit, il y a des conflits entre le père et la mère.

81 Bien sûr, il y a chez la mère de la frustration et de l'amertume, elle se sent comme une mère porteuse.

82 À ce sujet, le Dr. Maurice Berger, dans son étude «*La résidence alternée, une loi pour les adultes ?*

Surtout et c'est le plus intéressant, il y a des pères qui nient qu'il puisse y avoir une différence entre un père et une mère du point de vue de l'enfant, et peut-être même qu'au fond, pour eux, un homme est pareil à une femme. Ces hommes veulent avoir un enfant. un point c'est tout, certains me l'ont dit tel quel, et peu importe que ce soit avec cette femme-là ou avec une autre. Et la femme est utilisée comme une mère porteuse, *mais elle ne le sait pas* ; elle veut un enfant avec cet homme-là et elle ne réalisera à quoi elle a été utilisée qu'au moment de la naissance ou peu après. La bête noire de ces hommes, c'est l'allaitement, parce que là, la différence est irréductible (4). Pour ces hommes, un père peut suffire, ils préféreraient en fait être seuls à élever l'enfant, mais ils savent que cela ne sera pas accepté socialement et judiciairement, alors ils demandent la résidence alternée qui pour eux est un moindre mal. (soulignement du soussigné)

83 Le père a abandonné la mère, alors que tous deux cherchaient une maison à acheter et un chalet à louer pour les vacances d'été, alors qu'il savait déjà qu'il allait partir.

84 Les raisons de son départ sont loin d'être convaincantes et/ou sérieuses, un petit froid avec le beau-père, un autre avec la belle-soeur et ses états d'âme, c'est tout.

85 Est-ce suffisant pour briser le couple ?

86 Heureusement, quand il s'agit de F., la mère coopère.

87 Alors que le père n'avait pas d'endroit où recevoir F., la mère a laissé le père aller la voir chez elle.

88 Chaque fois que l'enfant a des problèmes de santé, elle en informe le père.

89 Lorsque l'enfant, suite à une hospitalisation, était en convalescence, elle a aidé le père aux soins spéciaux à lui apporter. On perçoit qu'elle ne veut nullement empêcher le père de voir l'enfant, mais comme toute mère, elle est attentive à ses besoins et à son bien-être.

90 La preuve démontre que, malgré tout, la mère est prête à accorder au père des droits d'accès progressifs qui aboutiront finalement à une garde partagée, de façon égale entre les deux parents.

91 Elle est consciente que F. a besoin pour son épanouissement d'être mise en présence de ses deux parents.

92 À cet égard, le regretté juge de la Cour supérieure, l'honorable G.B. Maughan, dans l'affaire Droit de la famille 3213^a a rendu un jugement fort étoffé.

93 Les faits, dans cette cause, comportent plusieurs similitudes qui sont les suivantes :

il s'agit d'un enfant encore en plus bas âge que F.;

le père en demande la garde exclusive ou subsidiairement la garde partagée;

immédiatement après la naissance de l'enfant, il demande des droits d'accès;

le père voulait un enfant depuis plusieurs années;

deux expertes ont été entendues, mais comme c'est fréquemment le cas, elles sont en quasi total désaccord, ne s'entendant que sur la capacité parentale des deux parents;

les conflits entre les parents.

94 Après avoir pris connaissance des autorités de doctrine citées par les deux expertes, tels Michael E. Lamb, William N. Bender, William F. Hodges et d'autres, M. le juge Maughan retient ce qui suit :

Le père joue un rôle de première importance dans le développement de son enfant dès la première année, il est important que les liens d'attachement (en anglais le («bonding»)) s'établissent entre le père et l'enfant le plus possible.

L'enfant de bas âge a besoin d'un environnement stable, sécuritaire et régulier. Il est plus vulnérable aux nombreux changements et déplacements dans sa vie quotidienne qu'un enfant plus âgé.

Le parent qui agit comme principal pourvoyeur de l'enfant de bas âge devient rapidement sa figure principale d'attachement. L'autre parent joue aussi un rôle essentiel mais il s'agit plutôt d'un rôle de soutien.

Le détachement d'un enfant de bas âge de son principal pourvoyeur est un processus graduel.

Parce que l'enfant de bas âge ne peut exprimer ce qu'il ressent et ce qu'il veut, son adaptation à l'environnement *doit suivre l'évolution naturelle de son développement et non lui être imposée.*

La garde partagée est souvent la meilleure façon d'établir et de maintenir les liens profonds entre l'enfant et ses deux parents à la suite d'une séparation. *Cependant, pour ce qui est d'un enfant de bas âge, toute formule de garde partagée doit respecter ses besoins particuliers de développement. En l'absence d'une bonne collaboration entre les parents, la garde partagée est contre-indiquée.*

La fréquence des droits d'accès du parent non-gardien sont plus importants pour un enfant de bas âge que la longueur de ces visites. S'il est possible, certaines visites peuvent s'exercer chez le parent gardien, c'est-à-dire dans l'environnement de l'enfant. Avec le temps ces droits d'accès s'exerceront plus souvent, sinon exclusivement, chez le parent non-gardien.

Les nuitées chez le parent non-gardien d'un enfant de bas âge peuvent causer plus d'anxiété que pour un enfant plus âgé. (soulignement du soussigné)

95 Et M. le juge Maughan de conclure à une garde exclusive à la mère, avec droits d'accès au père de façon progressive dans la durée pour atteindre éventuellement la garde partagée;

96 Dans le cas en l'espèce, sur ce qui précède, le tribunal est d'avis que ce «modus operandi» devrait être privilégié et l'appliquera.

97 Quant à la pension alimentaire, comme les deux parents ont un revenu à peu près égal, le montant de la pension à être payé par le parent non gardien (le père), vu que les droits d'accès sont pour le moment limités, sera suivant «*Le formulaire de fixation des pensions alimentaires pour enfants* de 5 913,94 \$ annuellement.

Par ces Motifs, Le Tribunal :

ACCUEILLE la requête de la mère;

CONFIE à la mère la garde de l'enfant F.;

ORDONNE que les droits d'accès du père auprès de F. s'exercent de la façon suivante :

a) de 23 mois à 3 ans

Une fin de semaine sur deux, du samedi 9h00 au dimanche 16h00;

Tous les mercredis, de la sortie de la garderie jusqu'à 20h00;

Durant les vacances estivales, 1er juillet au 31 août. Quatre périodes non-consécutives de trois (3) jours consécutifs;

Chaque partie avisera l'autre de son choix avant le 1er mai;

Le Jour de Noël, de 9h00 à 20h00;

Le jour de la fête des pères, de 9h00 à 20h00;

b) de trois à quatre ans

Une fin de semaine sur deux, du vendredi après la garderie au dimanche 17h00;

Tous les mercredis, de la sortie de la garderie jusqu'à 20h30;

Une semaine à Noël, du 24 décembre 9h00 au 31 17h00 ou au Jour de l'An, du 31 décembre 9h00 au 6 janvier 17h00, alternativement d'année en année. Pour le Jour de l'An 2008, l'enfant sera avec le père;

À Pâques, l'enfant sera avec le père le jour de Pâques ou le lundi saint de 9h00 à 20h30 alternativement d'année en année, Pour Pâques 2007, l'enfant sera avec le père.

À la Fête des pères, de 9h00 à 20h30.

Aux vacances estivales, trois périodes non-consécutives d'une semaine, du samedi 9h00 au vendredi suivant 20h30. Avec le même préavis le ou avant le 1er mai;

c) De 4 à 5 ans

Une fin de semaine sur deux, du vendredi de la sortie à la garderie ou à l'école jusqu'au lundi à la garderie ou à l'école;

Lorsque le vendredi ou le lundi sera un jour férié ou pédagogique, l'enfant sera avec père;

Une semaine à Noël ou au Jour de l'An, comme susdit;

Trois semaines non-consécutives, l'été comme susdit, avec le même préavis, le ou avant le 1er mai;

Dans tous les cas, mis à part les fois où il prendra l'enfant à la garderie, il devra la prendre et la reconduire chez sa mère.

À la fête des mères, l'enfant sera avec elle, même si ce jour tombe durant les droits d'accès du père, sans compensation.

Le père pourra voir l'enfant à la garderie toutes les fois où elle y sera.

ORDONNE à chaque partie de communiquer à l'autre tous renseignements se rapportant à un changement dans l'état de santé de F.;

ORDONNE à la mère de communiquer au père les résultats de toutes les consultations ou les traitements médicaux;

ORDONNE aux deux parents de ne pas commenter, critiquer ou dénigrer de quelque façon que ce soit, en présence de F., les comportements de l'autre parent;

RECOMMANDE aux deux parties de consulter des personnes-ressources afin d'améliorer la communication entre elles, et de leur permettre de mieux desservir les besoins de F.;

ORDONNE au père de payer à la mère, pour l'enfant F., une pension alimentaire annuelle de 5 913,94\$, payable en 24 versements égaux et consécutifs de 246,41 \$ le 1er et le 15 de chaque mois rétroactivement au 13 mai 2005, date de la signification de la requête;

ORDONNE l'indexation de la pension suivant la loi;

ORDONNE l'exécution provisoire nonobstant appel.

Sans frais.

REJETTE la requête du père.

Sans frais.

BEAUDOIN J.C.S.

Me Diane Brais, pour la mère
Me Suzanne H. Pringle, pour le père

[1.](#) Mc Kinnon R. et Wallerstein (1991) Joint custody & shared parenting, New York : Guilford

[2.](#) La revue Devenir (septembre 2004)

[3.](#) Journal des psychologues 2005 (France) 20 février 2005

[4.](#) (1999) R.D.F. 87, (C.S.)

Date de mise à jour : 18 janvier 2007

Date de dépôt : 12 janvier 2007

[Début du texte intégral](#)

Copyright © Les Éditions Yvon Blais Inc. et leurs concédants de licence.
Tous droits réservés