

# GARDE PARTAGÉE

## Guide juridique pour la médiation

Ou

## Une demande formelle à la Cour

*Ce guide vous est présenté par Me Louis Sirois, LL.B., avocat et membre du Barreau du Québec depuis 1987. Visitez notre site web au [www.avocat-quebec.com](http://www.avocat-quebec.com)*

### INTRODUCTION

Félicitations ! Avec ce guide, vous aurez tous les éléments requis en mains afin de réussir votre demande garde partagée, lors de votre séance de médiation ou devant la Cour.

De nos jours, la garde partagée des enfants est de plus en plus une réalité. Les tribunaux n'hésitent plus à l'accorder. Souvent même, les Juges vont très sérieusement envisager cette option comme étant la plus valorisante pour les enfants.

Cependant, bien que la garde partagée des enfants soit une solution intéressante, elle n'est malheureusement pas possible dans tous les cas. Au cours des années, les tribunaux ont tracé les lignes directrices visant à guider un Juge, lors de l'examen de cette délicate question.

Ce présent guide a deux objectifs. D'abord vous offrir une **Foire aux Questions (F.A.Q.)** sur les thèmes les plus souvent questionnés et deuxièmement, de vous donner une vision des **lignes directrices que les tribunaux** appliquent en matière de garde partagée. Finalement , des conseils pratiques pour la Cour vous sont donnés à la fin.

### SECTION I

#### La Foire aux Questions (F.A.Q.)

***À partir de quel âge un enfant peut-il aller témoigner devant un Juge à la Cour, en matière de garde partagée ?***

La loi n'indique pas d'âge « légal » pour témoigner à la Cour. La question de savoir si oui ou non un jeune doit témoigner, est généralement décidé par le Juge. Souvent, c'est lui qui décide s'il lui est nécessaire de rencontrer les enfants pour se faire une opinion de la cause. Dans la mesure où le Juge doit appliquer la loi et que le code civil est clair à l'effet que toute décision prise se doit de l'être dans l'intérêts des enfants, il

est très fréquent que les Juges demandent à rencontrer les enfants. À partir de 6 ou 7 ans, certains Juges estiment qu'ils peuvent rencontrer ces derniers, pour connaître leur volonté.

***Si le Juge décide d'entendre mon enfant à la Cour, comment cela va-t-il se passer ?***

Généralement, quand un Juge décide de voir les enfants, il les rencontre hors de la présence des parents et souvent même, hors de la présence des avocats. De cette manière, les enfants sont plus à l'aise et vivent moins de stress. Conséquemment, ils peuvent s'exprimer avec plus de liberté.

***Le juge va-t-il nécessairement faire ou ordonner ce que l'enfant va lui dire ou demander ?***

Non, pas nécessairement. Le Juge a l'obligation de prendre une décision dans l'intérêt de l'enfant (article 33 code civil du Québec), pas nécessairement suivant la volonté, le désir ou le caprice de l'enfant. Bref, il peut arriver que ce que demande l'enfant ne coïncide pas nécessairement avec son véritable intérêt. Il faut savoir cependant que plus un enfant est vieux, plus le Juge aura tendance à chercher à faire coïncider sa volonté et son intérêt. Par exemple, pour un enfant de 8 ans, un Juge va « prendre en note » la volonté de l'enfant, mais pour un jeune de 13 ou 14 ans, le Juge va très certainement accorder beaucoup d'importance à la volonté de l'enfant.

***Peut-t-on envisager une garde partagée si les deux parents n'habitent pas dans le même secteur ?***

La question du territoire est importante en matière de garde partagée. Idéalement, les deux parents devraient habiter le même secteur, afin que les enfants puissent continuer de grandir simultanément dans le même environnement. Il est hors de question que les enfants puissent fréquenter deux écoles, alternativement, une semaine chacune. Néanmoins, sur le plan géographique, les deux parents peuvent habiter deux secteurs différents, en autant que sur le plan fonctionnel, les enfants puissent évoluer sans trop de complications.

***Si le Juge ordonne la garde partagée, est-ce que la pension alimentaire va être moitié-moitié ?***

Non. Cette question est très souvent demandée et il existe une très forte croyance populaire qu'en matière de garde partagée, il n'y a pas de pension alimentaire... puisque c'est 50% - 50% !!! Même avec une garde partagée, il y a une pension alimentaire à être payée pour les enfants. En effet, il faut comprendre qu'au Québec, la fixation d'une pension alimentaire est fonction de plusieurs facteurs, pas uniquement du temps de garde. L'autre facteur important étant les revenus des parents. Ainsi, si un parent gagne 25 000 \$ par an et l'autre 35 000 \$, il est évident que celui qui gagne 35 000 \$ devra payer une pension alimentaire. Cette pension sera néanmoins fixée en prenant en considération le fait que le parent qui gagne 35 000 \$ contribue « en nature » au moins une semaine sur deux. La pension sera donc moindre qu'en contexte de garde exclusive.

***Est-il possible de penser à une garde partagée s'il existe un manque de communication entre les deux ex-conjoints ?***

Il s'agit là d'une question très délicate et qui a été maintes fois soulevée par les tribunaux. Dans la **SECTION II** de ce guide, de nombreux extraits de décisions des tribunaux traitent de la question. En principe, même s'il existe un manque de communication et de collaboration entre les parents, cela n'est pas fatal à la mise en place d'une garde partagée.

***Une garde partagée doit-elle être nécessairement en proportion de 50% du temps entre chaque parent ?***

Non. On parle de garde partagée même si le partage n'est pas nécessairement 50% - 50% entre les deux parents. Cela peut aller jusqu'à une proportion de 60% du temps avec un parent et 40% avec l'autre. Au delà de ces limites (ex : 65% avec un parent et 35% avec l'autre) on parle davantage de garde exclusive avec droit de sortie prolongée. La différence résulte dans le calcul de la pension alimentaire, qui prévoit des normes sensiblement différentes, entre la garde partagée et les autres gardes.

## **SECTION II**

### **Lignes directrices des tribunaux en matière de garde partagée**

La Cour d'appel, dans l'affaire **Droit de la famille - 3123, J.E. 98-2091 (C.A.)**, a précisé **cinq critères** qui doivent être considérés lors d'une demande de garde partagée, soit :

- **l'intérêt de l'enfant,**
- **la stabilité,**
- **la capacité des parents de communiquer,**
- **la proximité des résidences et**
- **l'absence de conflit.**

Ces critères doivent s'évaluer globalement, dans leur ensemble. Les décisions qui suivent donnent des exemples sur la manière dont les tribunaux ont interprété ces points. Il existe des centaines de décisions rendues par la Cour d'appel et la Cour supérieure du Québec en matière de garde partagée. Nous tentons ici de vous citer les passages des affaires les plus représentatives.

Dans l'affaire **G. (T.P.) c. M. (D.)** du 4 mai 2004, M<sup>me</sup> la juge Rousseau-Houle, de la **Cour d'appel**, écrit, à propos de la garde partagée et du critère des difficultés de communication :

« 23 Il n'existe pas, en vertu de l'article 16(10) de la Loi sur le divorce, une présomption favorable à la garde partagée. Cet arrangement est toutefois de plus en plus favorisé lorsque les facteurs requis pour son succès sont établis. La simple présence de difficultés de communication n'est pas considérée comme un obstacle absolu à une

telle solution lorsqu'il existe une capacité minimale de communication entre les parents

24 Dans une étude publiée récemment, le professeur Dominique Goubau écrit que certains experts estiment qu'il convient de minimiser le critère «difficultés de communication», lorsque par ailleurs tout milite en faveur d'une garde partagée, car selon eux la garde exclusive risque de maintenir les parents dans leur passé problématique alors que la garde partagée obligerait les parents à se distancier de leur conflit. [...]

25 Une enquête menée par la professeure Renée Joyal auprès de juges et de parents, pour qui la formule de garde partagée a trouvé application soit à la suite d'ententes ou de décisions judiciaires imposées, montre que la tendance à la garde partagée se confirme et qu'il est étonnant de constater à quel point cette formule tient à la suite de l'ordonnance initiale. [...].

[...]

28 L'importance d'une bonne communication et l'absence de conflit systématique entre les parents ressortent également des arrêts Droit de la famille – 3123 et Droit de la famille – 3519. Dans l'arrêt F.L. c. L.A.P., le juge Dalphond, écrivant l'opinion de la cour, mentionne que la jurisprudence récente est plus nuancée qu'elle ne l'était antérieurement et que les juges veulent éviter d'accorder au parent qui a la garde un outil puissant, voire un droit de veto sur tout changement subséquent, en adoptant un comportement dicté par le désir de «préserver» sa position et consistant à rendre difficiles ou impossibles des communications normales entre des parents réellement soucieux du meilleur intérêt de leur enfant.

29 S'il est clair que l'intérêt de l'enfant est la pierre angulaire des décisions prises à son sujet, certains facteurs particuliers paraissent faire consensus auprès des juges qui, en général, n'imposent la garde partagée que lorsque les conditions suivantes sont réunies: 1) une capacité parentale adéquate, 2) un degré fonctionnel minimal de communication et de coopération entre les parents et 3) une proximité géographique des deux domiciles des parents. »

Dans l'affaire **T.L. c. L.A.P.** ( 21 octobre 2002, 500-09-010867-018 ) la Cour d'appel, sous la plume de L'Honorable Juge Pierre J. Dalphond, exprime :

En effet, contrairement à ce qu'affirme certains avocats et même quelques juges aux affaires familiales, il n'existe pas en vertu de l'art. 16(10) de la Loi une présomption favorable à la garde partagée, même s'il s'agit d'un arrangement qui n'a désormais rien d'exceptionnel et qui doit être considéré sérieusement lorsque la capacité parentale existe chez les deux parents, de même que les autres facteurs requis pour son succès dont la compatibilité de leur projet de vie pour l'enfant et la présence de bonnes communications entre les parents ou, à tout le moins, une capacité de communication une fois l'arrangement en place.

40. Certes l'octroi d'une garde partagée signifie que l'enfant passe un maximum de temps avec chaque parent, mais tel n'est pas le sens de l'art. 16(10) de la Loi qui énonce plutôt une obligation pour le juge,

faute d'entente entre les parents, de mettre en place un arrangement favorisant le plus de contact entre l'enfant et chacun d'eux qui soit compatible avec son propre intérêt. Elle invite ainsi le juge à retenir un arrangement qui compte tenu d'abord et avant tout des besoins de l'enfant y répond tout en lui donnant l'opportunité d'être avec chacun de ses parents aussi souvent que possible et approprié audits besoins<sup>(4)</sup>.

41. Toute décision en matière du partage du temps de vie de l'enfant demeure donc un cas d'espèce et aucune forme d'arrangement n'est privilégiée *a priori*<sup>(5)</sup>. Saisi d'une telle demande, le juge doit rechercher en fonction de l'ensemble des faits mis en preuve le meilleur arrangement pour l'enfant, alors que ses parents sont incapables de le concevoir malgré l'amour qu'ils lui portent.

42. Il n'en va d'ailleurs pas autrement en vertu du *Code civil*<sup>(6)</sup>.

L'Honorable Jean-Pierre Senécal, dans l'affaire **J.S. c. D.D.** Cour Supérieure (27 janvier 2003, 765-04-001440-999), mentionne que :

[38] La jurisprudence, reconnaît toutefois clairement que la garde partagée peut être accordée même si l'un des parents n'y consent pas. Qui plus est, les difficultés de communication entre les parents n'y font pas nécessairement obstacle. Comme le souligne M. le juge Crête dans *Droit de la famille 3170*, [1998] R.D.F. 765 (C.S.), il faut user de discernement et se garder de conclure trop rapidement à un conflit insoluble dès le moment où l'un des parents s'oppose à la garde conjointe. D'autre part, ainsi que l'indiquent les tribunaux, au-delà du conflit entre les parents, dont il faut tenir compte bien sûr, c'est l'intérêt de l'enfant que le Tribunal doit en toutes circonstances rechercher et préserver. Comme toujours lorsqu'il est question d'un enfant, il s'agit de déterminer de quelle façon son intérêt sera le mieux servi. Il peut même arriver que l'intérêt de l'enfant commande une garde partagée même en l'absence de toute communication entre les parents, par exemple dans une situation d'aliénation parentale ou de contrôle excessif par le parent gardien.

[39] Le Tribunal a déjà eu l'occasion de dire à plusieurs reprises qu'en définitive, si les relations entre les parents et leur capacité de coopérer ne peuvent être ignorées, lorsqu'il s'agit de décider d'une garde partagée, les conflits entre les parents ne doivent pas l'emporter sur l'intérêt de l'enfant. Ces conflits ne peuvent seuls déterminer les mesures requises pour l'enfant. Ce qui doit primer dans la décision en la matière, le seul critère comme chaque fois lorsqu'il s'agit d'un enfant, c'est l'intérêt de celui-ci, pas les besoins des parents ni les conditions plantées par ceux-ci dans le décor pour empêcher la garde partagée. Ce qui est déterminant demeure en tout temps l'intérêt de l'enfant. La faisabilité et l'applicabilité de la mesure ne peuvent bien sûr être ignorées. Mais lorsque l'intérêt de l'enfant le demande, il est rare dans les faits que la situation soit telle que la garde partagée ne puisse absolument pas être envisagée en raison de la situation entre les parents.

[40] Si l'imposition de la garde partagée apparaît la mesure nécessaire, on peut y avoir recours même s'il existe des conflits entre

les parents, du moment qu'elle n'apparaît pas totalement impraticable ou infaisable. Pour reprendre les mots de la Cour d'appel dans *Droit de la famille 301*, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.), ce qui importe, c'est qu'elle ait des chances de réussir et qu'il s'agisse d'une mesure appropriée sinon nécessaire dans l'intérêt de l'enfant.

L'Honorable Raynald Fréchette, dans l'affaire **S.C. CA c. N.D.** Cour Supérieure, (7 avril 2004, 450-04-006677-032), mentionne aussi les grandes lignes directrices pour une garde partagée. Il s'exprime ainsi, en ce qui concerne les conditions d'ouverture pour accorder une garde partagée:

[50] I- Quelles sont les conditions qui doivent être présentes pour qu'une ordonnance de garde partagée soit émise?

[51] D'abord, au risque que de faire "cliché" ou de procéder à de la redondance, qu'il suffise de rappeler que toute décision concernant des enfants mineurs ne doit être prise qu'en regard de leur intérêt. Outre cette règle, il peut être utile de rappeler que le titre quatrième du Livre deuxième du Code civil établit très spécifiquement que l'autorité parentale doit être exercée par les père et mère d'enfants mineurs. Il peut évidemment exister des conditions ou circonstances qui apportent des tempéraments à l'exercice de l'autorité parentale, mais la règle fondamentale est la même: elle doit être exercée par les deux parents.

[52] Ces règles juridiques étant retenues il faut maintenant préciser les conditions qui doivent prévaloir pour qu'il y ait garde partagée: c'est évidemment de la jurisprudence et de la doctrine que ces conditions ont été dégagées.

[53] Dans la deuxième édition de son ouvrage Droit de la Famille, Me Michel Tétrault a longuement traité des règles pertinentes à la garde partagée dégageant ses considérations des principaux arrêts des Cours d'appel: voici ce qu'il écrit quant aux conditions devant prévaloir pour qu'il y ait ordonnance de garde partagée:

*"Il existe un nouveau consensus en jurisprudence et en doctrine quant à l'utilisation des termes garde partagée ou garde alternée (ou temps parental partagé) pour définir la situation où la garde est confiée successivement à l'un ou à l'autre des parents pour que chacun d'eux, tour à tour, ait l'enfant chez lui pour des périodes de temps égales ou à tout le moins comparables. Même si en jurisprudence on constate qu'il y a des répartitions de temps qui ne sont pas toujours comparables, dans la très grande majorité des cas, les périodes de temps respectent le principe de base auquel on fait référence. Pour que la garde partagée soit envisageable, on a identifié plusieurs critères que l'on peut résumer ainsi qu'il suit:*

- *une capacité parentale comparable;*
- *une communication fonctionnelle entre les parties;*
- *une disponibilité équivalente entre les parties;*

- le désir de l'enfant lorsqu'applicable à savoir lorsqu'il est en mesure d'évaluer les conséquences de ses décisions;

- une proximité des domiciles des parties.

La Cour d'appel a eu l'occasion de réitérer l'application de ces critères, que la jurisprudence a repris dans son ensemble: selon la Cour, il faut retrouver les critères suivants:

- l'intérêt de l'enfant;

- la stabilité;

- la proximité des résidences de chaque parent;

- l'absence de conflit entre ces derniers<sup>1</sup>

[54] Voilà donc pour l'essentiel des conditions qui doivent prévaloir pour qu'il y ait garde partagée.

Dans une autre décision de L'Honorable Raynald Fréchette ( affaire **J.L. c. É.B.** Cour supérieure, 12 octobre 2004, 450-04-005308-019), le Juge mentionne à nouveau les grandes lignes directrices applicables en demande garde partagée.

[95] II- À quelles conditions la garde partagée d'enfants mineurs doit-elle être ordonnée?

[96] À cet égard, soulignons d'abord que la loi ne définit pas ce qu'est la garde partagée pas plus qu'elle n'en établit les paramètres. De fait, cette modalité de garde procède essentiellement de la doctrine, de l'application qu'en ont faite les spécialistes en la matière et, bien sûr, de la tendance de plus en plus prononcée des Tribunaux de première instance et d'appel à privilégier ce mode de garde.

[97] Ainsi, par exemple, dans une conférence intitulée "Avantages et limites de la garde partagée" prononcée au Congrès du Barreau du Québec, le 4 juin 2004, le Dr Rodrigue Otis, PH.D., psychologue, [l'expert ayant agi à la demande de l'intimé] a déclaré, entre autres appréciations, à l'égard de la garde partagée:

*"L'avantage principal de la garde partagée réside dans le fait qu'elle permet un accès maximal des deux parents à leurs enfants en évitant qu'un des parents domine dans le processus. Lorsqu'une situation conflictuelle perdure entre les parents, les enfants peuvent devenir confus, désorganisés, déstabilisés. Le bénéfice pour les enfants à maintenir une relation étroite avec leurs deux parents est annulé par les effets négatifs de la situation litigieuse. Alors, la garde exclusive à un des parents peut s'avérer plus appropriée."*

[98] Par ailleurs, au niveau de la jurisprudence, plusieurs critères ont été dégagés pour faire en sorte qu'une garde partagée ait une chance de réussir. Me Michel Tétrault en fait un résumé qui démontre bien l'état de la jurisprudence à cet égard:

*"Pour qu'une garde partagée soit envisageable, on a identifié plusieurs critères que l'on peut résumer comme suit:*

- l'intérêt de l'enfant;*
- la stabilité;*
- la capacité des parents de communiquer;*
- la proximité des résidences de chaque parent;*
- l'absence de conflit entre ces derniers.*

*La Cour d'appel qui s'est même prononcée sur la possibilité de contraindre les parties à une garde partagée conclut que cette solution est envisageable même si un des parents refuse pourvu qu'elle ait des chances de réussir<sup>[2]</sup> et ce, même si une des parties s'y oppose.<sup>[3]</sup> En effet, selon la Cour, on doit éviter de donner à un parent un droit de veto<sup>[4]</sup> sur une possible garde partagée en lui permettant de la rendre impossible notamment en refusant de communiquer avec l'autre partie ou en sabotant volontairement les communications alors que la garde partagée (ou temps parental partagé) irait dans le sens du meilleur intérêt de l'enfant."*

[99] Ainsi donc, au plan des conditions et des principes devant gouverner le tribunal en matière de garde partagée, il faut évidemment s'en remettre aux considérations ci-haut.

Dans l'affaire **M.-J. G c. N.S.** Cour supérieure, (19 septembre 2002, 455-04-000311-991), L'Honorable Pierre Isabelle, soulignait ce qui suit :

135. Le tribunal doit considérer plusieurs critères avant d'octroyer la garde de l'enfant à un parent ou avant d'ordonner la garde conjointe de celui-ci. C'est ainsi que la continuité d'une situation existante revêt une importance tout comme la conduite des parties en autant bien entendu qu'elle soit en relation avec l'intérêt de l'enfant. La capacité de chacun des parents de pourvoir aux besoins de l'enfant doit également être mesurée en rapport avec les besoins physiques, moraux et affectifs de cet enfant.

136. Plus les parents ont des qualités de bons parents et plus ils ont accepté la rupture, plus il est possible d'entrevoir la collaboration étroite qui favorise la garde partagée.

137. Dans une décision de décembre 1998 le juge Dalphond écrivait:

«De l'avis du tribunal, cela signifie que lorsque la capacité parentale de chacun des parents est bien établie et lorsque ceux-ci sont prêts à consacrer le temps et les ressources requis pour le mieux être de leurs enfants et qu'il n'y a pas de contre-indications, tels des motifs psychologiques (développement de l'enfant non encore adéquat), géographiques (nécessité de déplacements prolongés), éducatifs (incompatibilité des projets de développement proposés par chacun

des parents), de santé (nécessité de continuité de certains soins spécialisés), la garde conjointe doit être envisagée très sérieusement. Le fait que l'un des parents n'y consente pas ou qu'il existe certaines difficultés de communications entre les parents, ne fait pas alors obstacle à ce type de garde.»

Dans l'affaire **S.H. c. F.B.**, cour supérieure, (27 juin 2003, 200-12-064741-003)  
L'Honorable Michèle Lacroix s'exprime sur l'importance de l'intérêt de l'enfant :

[146] Toutes les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

[147] Le tribunal doit prendre en considération ses besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques, ainsi que son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

[148] Le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.

[149] L'intérêt de l'enfant est une question de faits qui doit être analysée sur différents plans tels psychologique, spirituel, émotif et matériel.

[150] Le tribunal doit avoir comme objectif de choisir la meilleure solution susceptible de permettre à l'enfant de se développer sainement à tous les niveaux pour atteindre l'autonomie à l'âge adulte

[151] Le parent doit être en mesure de combler tous les besoins de l'enfant à tout moment. Un parent avec des capacités parentales inadéquates risque de ne pas être en mesure de voir aux besoins immédiats de l'enfant et de compromettre son développement qui se doit d'être sain.

[152] La garde partagée constitue une solution plus satisfaisante pour le parent qui désire s'impliquer et maintenir des liens affectifs importants avec son enfant en cas de séparation. Au-delà de la satisfaction du parent, l'intérêt de l'enfant doit y être.

[153] Au fil des ans, les changements dans la société ont apporté différents modes de vie. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine permettent de ressortir une liste de critères à retrouver dans l'attribution d'une garde partagée.

[154] Sans l'ombre d'un doute, le critère le plus important est la capacité parentale des deux parents à répondre à tous les besoins de son enfant qu'ils soient matériels, physiques, psychologiques, éducatifs, immédiats, ponctuels ou quotidiens. Le parent doit être prêt en tout temps.

[155] Le développement d'un enfant et son épanouissement nécessitent une attention constante. Le parent doit être volontaire et

collaborer à tous les instants pour le rendre autonome à l'âge adulte, selon les capacités de cet enfant.

Finalement, dans l'affaire **J.L c. F.S. et F.S. c. J.L.** (Cour supérieure 24 avril 2002, dossiers 150-04-002372-014 et 150-12-012602-015) L'Honorable Jacques Babin fait une revue importante de la jurisprudence en matière de garde partagée. Il a examiné de nombreuses autres décisions déjà rendues par ses collègues juges et s'exprime ainsi :

27. En 1998, la Cour d'appel<sup>(1)</sup> a établi les cinq principaux critères devant être analysés ou considérés lors de l'attribution ou non d'une garde partagée. Ils consistent en:

- L'intérêt de l'enfant
- La stabilité
- La capacité des parents de communiquer
- La proximité des résidences
- L'absence de conflit

28. Il n'y a aucun problème lorsque ces cinq critères trouvent application, mais comme chaque situation en est une d'espèce, il peut arriver qu'ils ne s'y retrouvent pas tous. Le juge doit alors exercer sa discrétion de refuser ou d'accorder tout de même la garde partagée.

29. Auparavant, en 1987, la Cour d'appel du Québec<sup>(2)</sup> avait définitivement établi, dans un jugement important cité régulièrement depuis lors, que la garde partagée demeure une alternative permise, et cela même en présence de sérieuses difficultés d'application.

30. La défenderesse a affirmé au soussigné que les communications entre les parties sont à ce point envenimées qu'une garde partagée est difficilement envisageable.

31. Le problème de la difficulté de communication pouvant exister entre les parties n'a pas empêché à de nombreuses reprises au cours des dernières années les tribunaux d'accorder une garde partagée, ce qu'ils hésitaient à faire auparavant.

32. En 1995, le juge Jacques Philippon<sup>(3)</sup> y faisait droit, dans les termes suivants:

"Au-delà du conflit entre les parties, dont il faut tenir compte bien sûr, c'est l'intérêt de l'enfant que le tribunal doit préserver.

[]

Le tribunal retient au contraire de la preuve que le milieu offert par le père serait tout à fait adéquat et procurerait à l'enfant des chances multiples de développement et d'épanouissement. La réalité de ses bénéfices accroîtra avec l'âge, bien sûr, mais déjà la possibilité de contacts plus significatifs de l'enfant avec son père permettra, entre les deux, l'établissement d'un lien plus fort, donc plus adéquat.

Le conflit entre les parties est bien réel et la requérante veut le plus possible éviter les contacts avec l'intimé.

Le tribunal croit donc qu'il faut à la fois assurer à l'enfant les bénéfices de développement le plus complet possible et à la fois éviter des contacts trop fréquents entre les parties. Le milieu du père paraît certes un lieu favorable au développement pour E, qui se verra avec des demi-frères pour qui elle paraît déjà compter et avec un père qui démontre une capacité parentale dont l'enfant pourrait fort bien bénéficier." (p. 415-416)

(Soulignements du tribunal)

33. L'année suivante, le juge André Rochon<sup>(4)</sup> faisait de même, dans les termes suivants:

"Il existe une difficulté certaine de communication entre les époux. La Cour d'appel, dans une affaire de Droit de la famille - 301, a rappelé l'importance d'une bonne entente entre époux dans le cas de l'imposition d'une garde conjointe.

Chaque dossier est un cas d'espèce. Malgré les difficultés ci-haut mentionnées, le tribunal, tenant compte des besoins émotifs, éducatifs, intellectuels et moraux des enfants, conclut qu'il y a lieu de maintenir l'actuelle garde conjointe, et ce pour plusieurs motifs.

□

Plusieurs auteurs et praticiens du droit ont conclu que dans bien des cas, une garde conjointe convenait au meilleur intérêt des enfants. Tous les auteurs concluent que la garde conjointe peut être accordée par le tribunal même si l'un des parents n'y consent pas. Sans cela, disent-ils, ce serait conférer un droit de veto à l'un des parents. C'est d'ailleurs la position de la Cour d'appel du Québec dans Droit de la famille - 301 précité lorsqu'elle affirme que ce type de garde est disponible pour le juge."

(Soulignement du tribunal)

34. Le juge Paul Carrière en 1996<sup>(5)</sup> n'a pas hésité lui non plus à imposer une garde partagée dans le cas de parents "*en mesure de pourvoir aux biens matériels, affectifs, éducatifs et spirituels de l'enfant entouré de gens qu'il aime*", et cela même s'il existait un réel problème de communication dans le couple, le juge Carrière insistant sur le fait que c'est un droit reconnu aux enfants que d'avoir accès le plus souvent possible à leurs deux parents:

"Faute de pouvoir vivre avec ses deux parents en même temps, l'idéal pour F est le droit d'avoir un accès maximum à chacun d'eux afin d'assurer la continuité harmonieuse de son développement à tous égards." (p. 668)

35. Il en fut de même pour le juge Louis Crête, quelque temps après, lui aussi malgré des difficultés de communication entre les parties<sup>(6)</sup>.

36. En 1998, le juge Pierre Dalphond rendait une décision importante à ce sujet<sup>(7)</sup>, écrivant de façon tout à fait pertinente entre autres que:

"De l'avis du Tribunal, cela signifie que lorsque la capacité parentale de chacun des parents est bien établie et lorsque ceux-ci sont prêts à consacrer le temps et les ressources requis pour le mieux-être de leurs enfants et qu'il n'y a pas de contre-indications, tel des motifs psychologiques (développement de l'enfant non encore adéquat), géographiques (nécessité de déplacements prolongés), éducatifs (incompatibilité des projets de développement proposés par chacun des parents), de santé (nécessité de continuité de certains soins spécialisés), la garde conjointe doit être envisagée très sérieusement. Le fait que l'un des parents n'y consente pas ou qu'il existe certaines difficultés de communication entre les parents, ne fait pas alors obstacle à ce type de garde, comme le rappelle régulièrement cette cour "

(Soulignement du tribunal)

37. La même année, la juge Diane Marcelin<sup>(8)</sup> accordait la garde partagée d'un enfant de 12 ans ½ malgré l'opposition de la mère, les problèmes de communication entre les parties, et les occupations professionnelles du père qui l'amenaient souvent à l'extérieur de la ville où il réside habituellement.

38. Il est intéressant de lire les passages suivants du jugement de la juge Marcelin:

"[32] Selon elle (la mère), cet(sic) absence de dialogue et de

confiance entre les parties est un empêchement véritable à la garde partagée.

[]

[36] Tel que mentionné ci-haut, Madame refuse de partager la garde et déclare que si le Tribunal vient à la conclusion qu'il est préférable d'ordonner une garde partagée, elle préfère avoir simplement des droits d'accès.

[37] De l'avis du Tribunal, cette réaction de Madame est émotive et n'a pas été complètement analysée.

[38] Les problèmes de communication que Madame soulève sont réels en effet mais il faut voir que les parties sont séparées depuis maintenant 1996. Il est grand temps que Madame mette de côté ses querelles avec Monsieur dans l'intérêt de M C"

39. En 1999, le juge Gratien Duchesne<sup>(9)</sup> lui aussi accordait une garde partagée malgré le problème de communication des parties, et indiquait à ce sujet:

"Cependant, des difficultés de communication ne sont pas nécessairement un obstacle à l'octroi de la garde partagée. Au contraire, il arrive fréquemment qu'une ordonnance de garde partagée atténuée, voire même efface ces difficultés. Pourquoi? Parce qu'aucun des parents n'a l'impression d'être une victime. Chacun se sent valorisé dans son rôle de parent. La garde partagée contribue au rééquilibrage des forces entre les parents. Lorsque des parents ne communiquent pas ou mal, les répercussions chez l'enfant ne sont pas nécessairement plus graves en garde partagée qu'en garde exclusive. Le parent de fin de semaine qui revendique la garde exclusive de l'enfant n'a pas davantage tendance à communiquer. Il peut même s'ensuivre un désengagement de ce parent et une perte affective pour l'enfant.

Certes, la garde partagée n'est pas une panacée. Elle a longtemps été mal considérée dans le milieu socio-juridique, au nom de principes tels que le sentiment d'appartenance de l'enfant et l'image parentale significative. Mais le Tribunal constate que, de plus en plus, de parents optent spontanément pour ce modèle de garde, résultat d'une évolution socio-économique certaine. Notamment, de plus en plus de mères travaillent à l'extérieur du foyer."

40. Dans une autre décision plus récente de la juge Suzanne Hardy-Lemieux<sup>(10)</sup> rendue en mai 2000, celle-ci a autorisé une garde partagée de l'enfant des parties, malgré l'objection de la mère et un

problème de communication entre les parties.

41. La juge Hardy-Lemieux s'exprimait alors ainsi:

"[25] Le Tribunal estime que la présence de divergences de vue entre les parents ou de rancœur au sujet d'éléments qui appartiennent à la période de leur vie commune, ne sont pas telles qu'elles rendent, en l'espèce, la garde conjointe non souhaitable.

[]

[27] La jurisprudence rappelle, comme on le sait, qu'il est très important que l'enfant puisse établir des liens significatifs avec ses deux parents. La garde conjointe de l'enfant favorise indéniablement l'atteinte de cet objectif."

42. Enfin, dans une autre décision du printemps 2000<sup>(11)</sup>, la juge Louise Lemelin, dans un dossier qu'elle a qualifié de "*cauchemardesque dans lequel se succèdent les procédures, les affidavits et les nombreux rapports d'expertise; il y a plus de 250 inscriptions au plume*", a quand même accordé la garde partagée de trois enfants âgés respectivement de 6, 9 et 12 ans, après 28 jours d'enquête au cours de laquelle ont été entendus 19 témoins ordinaires et 4 témoins experts.

43. Inutile de préciser que les communications entre les parents étaient inexistantes.

44. Malgré cette saga judiciaire, les enfants des parties avaient conservé de très bons liens avec les deux parents.

45. La juge Lemelin indiquait alors dans son jugement:

"[100]En présence de deux parents ayant une capacité parentale établie et lorsque ceux-ci sont prêts à consacrer le temps et l'énergie requis pour le mieux-être de leurs enfants, la garde partagée doit être considérée sérieusement à moins de contre-indications sérieuses.

[101] Les parents doivent pouvoir collaborer ensemble. La jurisprudence reconnaît que le fait, que l'un des parents s'oppose à la **garde partagée** ou l'existence de problèmes de communication, ne constitue pas un obstacle insurmontable. Ce sont des éléments sérieux qui doivent être analysés dans le contexte global de la situation, conclure autrement donnerait un droit de veto à l'une des

parties. Certains experts concluent qu'en présence d'un divorce très litigieux il faut prêter attention à cet indice avant d'octroyer la **garde partagée**."

(Soulignements du tribunal)

46. N'oublions pas que ce n'est pas l'intérêt des parents en cause qu'il faut rechercher, mais bien celui des enfants, qui est le premier critère que le législateur et les tribunaux nous invitent à considérer depuis longtemps.

47. Le législateur impose une ligne de conduite précise au juge chargé de prendre une décision concernant un enfant. L'article 33 C.c.Q. précise que dans ce cas, l'intérêt et le respect des droits de l'enfant prévaut. Les besoins physiques, affectifs, moraux et intellectuels de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial, et les autres aspects de la situation constituent les critères d'évaluation de son intérêt.

48. Or, quel est l'intérêt primordial d'enfants de 7 ans et de 8 ans, si ce n'est d'être le plus souvent possible avec leurs deux parents.

49. Quand les parents s'entendent bien et ne vivent pas une situation de séparation, il s'agit là de la situation normale et idéale.

50. Mais à partir du moment où des parents ne peuvent plus vivre ensemble et se séparent, encore là la situation idéale serait qu'ils s'entendent concernant les enfants, qu'ils communiquent bien, et qu'ils conviennent à l'amiable d'une garde partagée lorsque cela évidemment est possible, compte tenu des particularités entourant la fréquentation scolaire et la distance entre les endroits où les parents vivent respectivement.

51. Dans une décision rendue en 1994<sup>(12)</sup>, la juge Johanne Trudel ne pouvait mieux exprimer la pensée du soussigné, en indiquant:

"M. a l'avantage d'avoir deux parents capables de l'aimer et de lui prodiguer tous les soins qu'elle requiert.

Il ne serait pas dans son intérêt de la priver d'accès à l'un ou l'autre de ses parents. L'échec du couple ne doit pas nécessairement entraîner celui de la famille pour M.

Cet enfant a le droit d'avoir un accès maximum à chacun des ses parents, faute de pouvoir vivre avec les deux en même temps."

(Soulignements du tribunal)

52. En l'espèce, sauf le problème de communication qui devrait se régler avec le temps, tout milite en faveur d'une garde partagée.

53. Ce serait trop facile pour une partie de demander la garde exclusive en indiquant qu'il y a absence totale de communication, alors qu'elle pourrait tout faire pour rendre impossible justement cette communication, dans le seul but d'obtenir une telle garde exclusive.

54. Aussi, tout comme le juge Carrière<sup>(13)</sup>, le soussigné est d'avis que:

"Là où le bât blesse, c'est au niveau de la communication entre les parties. Cependant, le tribunal croit que ce problème n'est que temporaire et disparaîtra une fois que les parties auront réglé les problèmes relatifs au partage de leurs biens." (p. 668)

### Conseils pratiques pour la Cour !!!

La question de savoir si la garde partagée est envisageable pour votre enfant est une question de **faits**, à être déterminé cas par cas. Il faut cependant reconnaître que cette option est maintenant devenu très fréquente et souvent envisagé par les tribunaux. Le présent guide ne couvre évidemment pas l'ensemble de tout l'état du droit sur la question. Un tel manuel aurait plusieurs milliers de pages ! Nous avons néanmoins été en mesure de vous donner, jusqu'à présent, les lignes directrices sur lesquelles les Juges appelés à entendre votre cause vont se baser. Les causes de jurisprudence contenues au présent guide sont citées pratiquement tous les jours par les tribunaux, sur la question de la garde partagée. Vous vous devez de bien les maîtriser.

Ainsi, si vous êtes en mesure de démontrer au tribunal que votre cas est identique ou comparable à ce qui est exprimé dans ces causes de jurisprudence, votre demande sera très certainement prise au sérieux par la Cour.

Au cours de votre plaidoirie, vous pouvez reprendre les **5 critères** ( l'intérêt de l'enfant, la stabilité, la capacité des parents de communiquer, la proximité des résidences et l'absence de conflit ) et les passer un par un en revue avec le Juge, afin de lui démontrer que votre cause respecte les lignes directrices de la jurisprudence.

Vous devez également démontrer au Juge que votre démarche est dans le **meilleur intérêt de l'enfant**, et non pour votre propre bénéfice personnel. Le Juge n'a pas réellement à se soucier de vous « faire plaisir ou non ». Son travail consiste à examiner la situation et trouver le type d'entente qui sera la plus favorable à l'enfant.

Le tribunal sera davantage enclin à vous accorder une garde partagée, s'il est confiant que cette garde à des **chances de réussite**. En effet, un Juge ne tentera pas

l'expérience de la garde partagée, s'il estime que celle-ci offre peu de chance de réussite.

Ceci signifie en outre que si les parents sont en mesure de mettre de côté leurs chicanes personnelles et qu'ils sont en mesure d'avoir une **communication fonctionnelle**, la garde partagée sera définitivement très envisageable. Cependant, tel que mentionné au présent guide, l'absence ou la mauvaise communication n'est pas fatale à la mise en place d'une garde partagée. Afin de faciliter cette communication, de nos jours plusieurs parents utilisent un petit agenda qui suit l'enfant d'un foyer à l'autre ou encore l'Internet (courriel). Ces deux façons de procéder évitent des échanges trop animés, comme dans le cas des rencontres face à face. N'oublions jamais que toute querelle en présence des enfants est terriblement dommageable.

Un autre facteur important pour la mise en place d'une garde partagée est la **similitude des valeurs familiales et éducatives**. Ceci est une extension d'un des 5 critères, soit la stabilité de l'enfant. Ainsi, lorsque l'enfant est en mesure de recevoir une éducation similaire dans ses deux foyers, avec des règles de vie identiques ( ex : heure de coucher, discipline des devoirs, valeurs humaines etc.), ceci contribue également à favoriser la mise en place d'une garde partagée.

La question de la **capacité parentale** est également très importante. Cette capacité parentale est la « capacité » d'un parent à voir au bon développement de l'enfant, tant sur le plan moral que physique. Il s'agit par exemple de la « capacité » d'un parent de voir à l'hygiène de l'enfant, à la discipline, aux soins de santé, aux repas, aux devoirs et leçons, aux couchers etc. Normalement, il est présumé par les tribunaux que chaque parent est un bon parent, ayant les capacités de voir aux besoins de l'enfant. Si un des parents veut démontrer le contraire, il en aura le fardeau de preuve. Donc, en matière de garde partagée, lorsque la capacité parentale est admise par la tribunal, la mise en place d'une telle garde est sérieusement envisageable.