

**MÉMOIRE SUR LES DROITS DE GARDE
ET DE VISITE ET LES
PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS**

Juin 2001

**MÉMOIRE DU COMITÉ DU BARREAU
SUR LE DROIT DE LA FAMILLE**

Présenté au Colloque

**Les droits de garde et de visite
et les pensions alimentaires pour enfants**

L'intérêt de l'enfant d'abord

à Québec, le 8 juin 2001

2^{ième} trimestre 2001



LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec a abordé le 21^{ième} siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

Le Barreau du Québec regroupe un peu plus de 19 000 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 42% de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

Le Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille :

M^e Dominique Goubau, président

M^e Françoise Dufour

M^e Jean-Marie Fortin

M^e Roger Garneau

M^e Miriam Grassby

M^e Carole Hallée

M^e Suzanne Pilon

M^e Élisabeth Pinard

M^e Claire Savard

M^e Michel Tétrault, invité

M^e José Turgeon

M^e Pierre Valin

M^e Suzanne Vadboncoeur, secrétaire

Directrice du Service de recherche et de législation

Barreau du Québec

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
I. La réorganisation des rôles parentaux à l'occasion d'une séparation ou d'un divorce	2
1. L'exercice conjoint de l'autorité parentale (ou garde conjointe).....	2
2. La terminologie.....	7
3. L'examen de la législation.....	9
4. La notion d'intérêt de l'enfant	10
5. Le point de vue de l'enfant	12
II. L'exercice et le respect du droit de visite et de sortie.....	15
6. Les mécanisme visant à garantir le respect du droit de visite.....	16
III. La fixation des pensions alimentaires pour enfants	21
7. Les obligations alimentaires issues d'autres unions	21
8. Le coût de la garde partagée	23
9. La pension pour l'enfant majeur.....	25
CONCLUSION.....	26

INTRODUCTION

S'il est un secteur du droit qui a toujours retenu l'attention du Barreau du Québec, c'est bien celui du droit de la famille. Le Barreau est intervenu dans tous les grands débats, tant sociaux que législatifs, et a, à chaque occasion qui lui en a été fournie, présenté sa position aussi bien à la Chambre des communes et au Sénat qu'à l'Assemblée nationale. Il est donc heureux de répondre à l'invitation du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille et plus particulièrement à celle du ministère de la Justice du Québec qui a décidé de procéder à sa consultation par le biais du présent colloque.

Le Comité du Barreau, composé d'experts en droit de la famille provenant de Montréal, de Québec et de province, a donc procédé à l'étude des documents transmis et notamment du *Guide de discussion pour le Québec*. Plusieurs des questions soulevées dans ce Guide avaient toutefois fait l'objet de discussions et de prises de position antérieures de la part du Comité de sorte que le présent document ne répond pas nécessairement toujours aux questions telles que posées – c'est le cas notamment de la partie III sur les règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants – mais se contente plutôt d'énoncer les positions du Comité.

Le Barreau du Québec, par l'intermédiaire de son Comité sur le droit de la famille, aimerait remercier de façon particulière Me Michel Tétrault qui s'est joint au Comité pour l'occasion et qui a préparé pour examen par ses membres un document de grande qualité sur la coparentalité et dont le texte de la Partie I du présent mémoire est tiré en grande partie.

I. La réorganisation des rôles parentaux à l'occasion d'une séparation ou d'un divorce

Il y a un large consensus quant aux législateurs, auteurs et tribunaux relativement à la pierre angulaire des décisions concernant l'enfant : son meilleur intérêt. En dépit de la généralité des termes, les tribunaux et le domaine des sciences de la psychologie ont généralement pu définir ce qu'il en est pour chaque enfant, chaque cas en étant un d'espèce. Le Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille est d'avis que l'on doit laisser au tribunal une large discrétion permettant au concept d'évoluer.

Le droit civil reconnaît l'importance de la coparentalité (la prise des décisions de concert par les parents) auprès des enfants; le *Code civil* la prévoit spécifiquement aux articles 600 et 605. Lorsqu'un tribunal confie le droit de garde d'un enfant, l'autre parent peut généralement obtenir un droit d'accès, ce qui ne signifie pas que le parent non gardien perd son autorité parentale. Au contraire, la législation québécoise part du principe que même après leur divorce ou leur séparation, les parents continuent d'exercer conjointement l'autorité parentale. Par ailleurs, on doit convenir que le parent gardien exerce une autorité plus grande puisque l'enfant est la plupart du temps avec lui.

D'entrée de jeu, il peut paraître utile de nuancer ce que l'on entend par autorité parentale et coparentalité : le premier vise les pouvoirs attribués aux parents pour veiller à l'entretien, la surveillance et l'éducation de l'enfant et le second, la modalité d'exercice de ces pouvoirs, à savoir que chaque parent a le droit de participer aux décisions concernant le bien-être de l'enfant et doit pouvoir bénéficier de l'opportunité réelle et de l'information pour ce faire.

1. L'exercice conjoint de l'autorité parentale (ou garde conjointe)

Lors de la rupture, les parents doivent décider de quelle manière ils assumeront et partageront leurs responsabilités parentales. Qu'il s'agisse du lieu de résidence de l'enfant,

du choix de l'école ou de l'organisation des vacances de l'enfant, les parents font face à une multitude de choix qui auront des conséquences plus ou moins importantes sur lui.

Au Québec, lorsqu'il y a rupture, les parents sont invités à s'entendre et la répartition du temps de l'enfant peut prendre la forme d'une **garde exclusive** pour un parent (entre 60% et 100% du temps) avec droit d'accès pour l'autre ou d'une **garde partagée ou alternée** (entre 40% et 60% du temps). Que ce soit en vertu d'une entente ou d'une décision du tribunal, le choix doit servir le meilleur intérêt de l'enfant.

Les liens entre les législations fédérales et québécoises au sujet des couples qui divorcent ou qui se séparent et qui ont des enfants peuvent porter à confusion. En effet, les couples mariés légalement et qui ont des enfants peuvent être soumis autant à la *Loi sur le divorce* qu'au *Code civil* lorsqu'il s'agit de soins, d'éducation des enfants ou encore, de façon générale, d'exercer leurs responsabilités parentales. Pour tous les autres couples qui mettent fin à leur union, seules les règles du *Code civil* trouvent application.

La jurisprudence québécoise n'est pas fixée sur la question du partage des responsabilités parentales et les modalités de la prise des décisions, d'où la nécessité de préciser qu'il y a exercice conjoint de l'autorité parentale (garde conjointe). On constate que l'exercice conjoint de l'autorité vise la prise de décisions concernant le meilleur intérêt de l'enfant et non pas la répartition du temps que l'enfant passera avec chacun des parents; c'est par l'entremise de la garde partagée ou alternée que seront déterminées ces périodes de temps. On s'entend pour définir une **garde partagée** comme étant une modalité de garde où l'enfant passera à peu près la moitié du temps avec chacun des parents.

Par ailleurs, l'exercice conjoint de l'autorité parentale doit être établi en fonction de la présence de critères minimaux, notamment :

- l'intérêt supérieur de l'enfant;
- cet intérêt reposant sur la stabilité;

-
- la capacité parentale des parents;
 - la capacité d'établir une communication fonctionnelle quant aux questions relatives au bien-être de l'enfant;

La législation (autant québécoise que fédérale) ne délimitant pas le pouvoir de chaque parent de prendre des décisions s'appliquant à l'enfant, l'exercice des responsabilités parentales post-rupture n'est pas interprété de la même façon par les tribunaux particulièrement en matière de divorce. La *Loi sur le divorce* ne prévoit pas l'exercice conjoint de l'autorité parentale contrairement au *Code civil*, ce qui ne laisse qu'un pouvoir bien limité au parent non gardien. Au Québec, la question des pouvoirs du parent non gardien n'est donc pas réglée définitivement : certains y voient la possibilité pour ce dernier de superviser les décisions du parent gardien concernant le meilleur intérêt de l'enfant, d'autres y voient la possibilité pour le parent non gardien d'être pleinement impliqué dans le processus menant aux décisions importantes concernant le meilleur intérêt de l'enfant.

On se doit d'admettre que le concept d'autorité parentale, tel que le reconnaissent la législation québécoise et les tribunaux, permet de maintenir et de respecter le principe de la coparentalité. La rédaction d'une entente (*parenting plan*) prévoyant le processus décisionnel relatif à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, tel que prévu par le *Code civil*, est une façon de maintenir la coparentalité, tout comme la garde partagée ou alternée, mais elle ne peut être appliquée à toutes les situations et on ne saurait l'imposer.

1.1 Les personnes qui se séparent ou qui divorcent sont-elles suffisamment informées des conséquences que cela entraîne sur l'exercice de l'autorité parentale?

Un consensus s'est développé rapidement au sein du Comité. Il est clair que les parties impliquées ne sont pas suffisamment informées des concepts juridiques et de leur signification. La perception de plusieurs parents est à l'effet que l'attribution de la garde fait un « gagnant et un perdant », ce qui peut avoir un effet sur les relations post-rupture des parents et dans certains cas, entraîner un désengagement du parent non gardien, d'où une atteinte au maintien de la coparentalité. On est d'ailleurs à même de constater ce phénomène¹. Les termes peuvent donc avoir une importance certaine sur l'attitude des parties et il y a lieu de les informer de la signification pratique des concepts juridiques utilisés. On ne doit pas sous-estimer l'impact des mots sur les parties.

1.2 Le cas échéant, comment peut-on assurer une meilleure information à ce sujet?

Des outils existent déjà, notamment sous forme de vidéocassettes. Ils sont malheureusement sous-utilisés. Par ailleurs ce matériel date et il y aurait lieu de procéder à une mise à jour. Les associations québécoises d'avocats et d'avocates en droit de la famille devraient exercer des pressions pour qu'on y procède dans les plus brefs délais.

Les intervenants judiciaires, les procureurs des parties, les juges et les intervenants sociaux constituent une autre source d'information pour les parents. Ils doivent leur fournir l'information pertinente : pour les procureurs, lors de la consultation et de la rédaction d'ententes sur le sujet et les juges, à l'occasion du jugement, peuvent en quelques mots informer les parties de leurs droits respectifs et les inciter à suivre un séminaire de

¹ « *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire* » : résultats tirés de l'enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes, CSR-1999-3F, p. 25.

coparentalité ou à visionner un vidéo sur le sujet. Un travail de sensibilisation doit être entrepris à cet effet : on peut penser à l'intégration de clauses types dans les ententes, dont la teneur serait largement diffusée auprès des intervenants concernés, ou encore à l'aménagement de salles de visionnement dans les Palais de justice et les cabinets d'avocats pour permettre aux parents un accès simple et facile à l'information pertinente.

La mise sur pied de cours ou de sessions de formation portant sur les droits des enfants, les conséquences de la rupture sur eux et les façons de les minimiser, devrait également être envisagée. Cette formation viserait tant les couples en instance de divorce ou de séparation de corps que ceux déjà divorcés ou séparés et les conjoints de fait. D'ailleurs, le Comité du Barreau recommande le remplacement de l'actuelle séance d'information obligatoire sur la médiation par une séance ou un séminaire sur la coparentalité.

L'État ainsi que le Barreau du Québec doivent se sentir interpellés dans la mise sur pied de ces programmes, tant au niveau du financement que de la préparation et de la diffusion du matériel à l'intention des justiciables.

1.3 Les parents, en situation de rupture devraient-ils être incités à prévoir, dans leur entente, les modalités précises de l'exercice de l'autorité parentale, ou même y être obligés?

Les parents devraient être incités à préciser dans leur entente les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et la répartition des responsabilités. Les procureurs peuvent jouer un rôle majeur à cet égard, en sensibilisant leurs clients aux situations potentielles de conflits auxquelles les parties pourraient être confrontées eu égard à l'exercice de l'autorité parentale, et en les invitant à en identifier d'ores et déjà les solutions dans les ententes projetées. Un tel exercice nécessite toutefois un climat favorable entre les parties : on peut en effet facilement imaginer qu'un détail ou une situation oubliés dans la répartition des responsabilités parentales risquerait, au moment où les parents auraient à en décider, de rendre explosive une relation un peu tendue au départ. C'est là un danger de trop

particulariser les ententes. Le Comité estime donc, notamment pour ce motif, qu'on ne saurait obliger les parties à intégrer de tels « plans parentaux » (*parenting plans*) dans leurs règlements hors cour.

1.4 Quels services pourraient être offerts pour favoriser ce type d'ententes entre les parents?

Voir les questions et réponses précédentes.

1.5 Dans les cas où les parents n'arrivent pas à un accord, le tribunal devrait-il prévoir de telles modalités précises dans le jugement ou devrait-il s'en remettre au principe général non détaillé de « l'exercice conjoint de l'autorité parentale », comme c'est le cas actuellement en droit civil québécois?

Le tribunal devrait inciter les parties et leurs procureurs à développer des modes de responsabilité parentale. Si les parties s'entendent, cela ne pose pas de difficultés et on revient à la question 1.3. Par contre, si elles ne s'entendent pas sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale et du partage des responsabilités parentales, seul un énoncé du principe général devrait être intégré au jugement, à moins que les parties ne demandent au tribunal de régler une situation bien précise.

2. La terminologie

La simple mention de l'attribution de la garde à l'un ou l'autre des parents peut leur laisser penser qu'il y a un gagnant et un perdant. Le parent non gardien a souvent l'impression de perdre son autorité, son « pouvoir » sur l'enfant, ce qui occasionne parfois une forme de désengagement de sa part. Une meilleure connaissance par les parties du concept de l'autorité parentale et de l'effet de la rupture sur son exercice pourrait atténuer cet impact négatif.

2.1 D'après vous, l'emploi des termes « garde » et « droit de visite » est-il problématique ou irritant?

Malgré ce qui est mentionné plus haut, il n'y a pas de véritable consensus au sein du Comité quant à l'effet réel des termes sur la perception des parents. Certains voient dans le terme « garde » un irritant alors que pour d'autres, ce terme est régulièrement utilisé, même dans le langage courant (on garde son enfant, on fait appel à une gardienne, etc.). Il nous faut donc approfondir la réflexion sur cet aspect.

Par contre, l'unanimité s'est faite autour de l'utilisation de l'expression « droit d'accès » au lieu de « droit de visite » si la terminologie actuelle devait être conservée. D'ailleurs, la *Loi sur le divorce* utilise les termes « droits d'accès » à son article 16(1).

2.2 Ces termes devraient-ils être conservés ou devrait-on les remplacer?

Vu l'absence de consensus, il est difficile de répondre à cette question sauf pour l'expression « droit de visite » qui nous paraît inexacte dans la grande majorité des cas et qui devrait être remplacée par « droit d'accès ». De plus, la notion de « garde » ne semble pas poser de problèmes dans un contexte de garde partagée.

2.3 Le cas échéant, devrait-on utiliser d'autres expressions, par exemple « partage des responsabilités parentales », « résidence habituelle », « organisation de l'hébergement », etc.?

Bien que le Comité n'ait pas dégagé de consensus à ce sujet, certains membres préférant conserver la notion de « garde », l'idée de « responsabilités parentales » a soulevé un grand intérêt. Ces termes ont une connotation plus positive et descriptive que « autorité parentale », ces derniers ne faisant pas référence à l'aspect « physique » de la garde mais à l'aspect « décisionnel ». L'expression « responsabilités parentales » permet au non-juriste de mieux saisir le concept, tout en incluant la notion d'engagement à l'égard de l'enfant.

3. L'examen de la législation

L'option 3 est celle que le Comité du Barreau favorise, avec certaines variantes toutefois : elle consiste à « préciser le sens de la terminologie actuelle, [c'est-à-dire] donner une définition étroite du terme *droit de garde* et introduire un terme et concept nouveaux, la *responsabilité parentale*. » C'est celle qui se rapproche le plus du droit québécois et il serait approprié de l'intégrer dans la *Loi sur le divorce*.

L'expression « responsabilité parentale » viserait l'ensemble des droits et responsabilités des parents à l'égard de leur enfant, dont :

- la responsabilité de satisfaire les besoins quotidiens des enfants (fournir lieu d'hébergement, nourriture, vêtements, soins physiques et supervision);
- la responsabilité des décisions quotidiennes concernant les enfants en fonction du lieu d'hébergement;
- la responsabilité conjointe de prendre les grandes décisions touchant le bien-être de l'enfant comme la santé, l'éducation et l'instruction religieuse ou morale et les activités parascolaires (sportives ou intellectuelles);
- l'obligation pour les parents de s'aviser mutuellement, trente jours à l'avance, de tout changement de leur lieu de résidence. Cette modalité existe en vertu des dispositions actuelles de la *Loi sur le divorce* [art. 16 (7)].

La *garde* serait un élément de la *responsabilité parentale* comme c'est le cas présentement avec l'*autorité parentale* (art. 599 C.c.Q.); elle se traduirait par la responsabilité de décider du lieu de la résidence habituelle de l'enfant, mais non de la façon dont seraient prises les grandes décisions qui le concernent. Chaque parent serait responsable des soins courants et des décisions quotidiennes lorsque l'enfant est avec lui. Dans les ententes, le cas échéant, les parents pourraient préciser les modalités d'exercice des autres responsabilités parentales. Ils seraient ainsi appelés à exercer seuls ou conjointement les différentes

responsabilités parentales, selon ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant en tenant compte des circonstances particulières.

Le Comité du Barreau, à l'instar du « Comité mixte » mis sur pied par le ministre fédéral de la Justice, rejette l'existence d'une présomption légale de garde partagée, décrite dans l'option 5. Non seulement existe-t-il plusieurs façons d'éduquer et de s'occuper des enfants mais il faut tenter de se mettre dans la peau des enfants dont la majorité seraient, du fait d'une telle présomption, ni plus ni moins « forcés » de vivre cette situation : est-ce que beaucoup d'adultes seraient prêts à s'imposer certaines des contraintes inhérentes à la garde partagée, soit de dormir dans des maisons différentes, de vivre avec d'autres personnes d'une semaine à l'autre? Rappelons que les modalités de garde sont souvent motivées par des besoins parentaux sur lesquels les parents ont peu ou pas de contrôle : l'horaire de travail, le changement d'emploi, le déménagement, la situation financière de chacun des parents et le choix, trop fréquent, d'établir une modalité de garde qui vise à minimiser la question de la pension alimentaire et les disputes qui peuvent en résulter. Dans quelle mesure les besoins des enfants (surtout s'ils sont âgés de moins de douze ans) constituent-ils une priorité dans les décisions qui touchent les modalités de garde? Il faut rester centré sur le meilleur intérêt des enfants pour que les modalités de contacts ne soient pas uniquement un projet d'adulte. Le critère doit demeurer l'intérêt supérieur de l'enfant; or, il varie en fonction des circonstances particulières à chaque situation.

4. La notion d'intérêt de l'enfant

Les législations fédérales et provinciales accordent une grande importance au concept du meilleur intérêt de l'enfant, il est maintenant bien établi qu'il s'agit de la pierre angulaire de toutes les décisions le concernant, peu importe de quel décideur il s'agit, des parents aux tribunaux. Ce principe est d'ailleurs consacré par la *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant* de 1989. Par contre, aucun texte législatif n'en donne une définition véritable. La *Loi sur le divorce* [art. 16 (8)] le définit en fonction de ses ressources, de ses

besoins et, d'une façon générale, de sa situation. Pour sa part, l'article 33 du *Code civil du Québec* précise la notion en soulignant qu'il faut prendre en considération « *outré 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* ». Quant à la possibilité de définir le concept du « meilleur intérêt de l'enfant », nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de limiter la portée que lui donnent actuellement les auteurs et les tribunaux. Il faut permettre au concept d'évoluer en fonction des découvertes de la psychologie infantile. Ainsi, qui aurait cru qu'on s'interrogerait de façon très approfondie sur l'importance de la culture et de la race de l'enfant dans l'évaluation du meilleur intérêt de celui-ci? En outre, des critères reconnus tels que le parent de référence (figure parentale principale), la théorie du « parent de même sexe » qui gagne des adeptes, les croyances religieuses, le mode de vie, etc., doivent continuer d'être pris en compte.

Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose que le tribunal étudie toutes les facettes de la vie et de la personnalité de l'enfant qui peuvent influencer son bien-être et le maximiser. Le droit civil ne se distingue-t-il pas de par sa façon de rédiger en énonçant des principes qui peuvent évoluer et s'adapter aux situations nouvelles? Or, le droit de la famille étant intimement lié aux changements sociaux, la législation doit permettre cette évolution au nom du meilleur intérêt de l'enfant.

On peut résumer ainsi les réponses aux questions du chapitre 4.

Il n'a pas lieu de définir dans un texte de loi le concept *d'intérêt de l'enfant*. On doit permettre au concept d'évoluer. La littérature scientifique, la jurisprudence, la doctrine et les changements sociaux permettront une telle évolution.

Par ailleurs, les principes du *maximum de contacts* et du *parent amical* sont importants et doivent demeurer dans la loi. La notion de *parent amical*, accessoire à la maximisation des contacts, constitue un élément propre à diminuer, voire à enrayer le désengagement du

parent non gardien. Ces deux principes ne sont évidemment pas limitatifs ni réducteurs et doivent continuer de représenter des facteurs parmi d'autres à être considérés et évalués par le tribunal dans l'analyse de tous les éléments liés à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans une étude publiée en mars 1998² concernant la violence conjugale, le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada recommandait que soit adopté un texte législatif prévoyant que la garde des enfants ne puisse être attribuée à l'agresseur. Cette recommandation n'a pas trouvé d'écho dans un texte législatif. Le Comité ne croit ni pertinent ni opportun de spécifier dans un texte législatif que cet élément de la conduite d'une partie est un élément déterminant, pour plusieurs motifs. Loin de vouloir banaliser le phénomène de la violence, l'exercice nous amènerait cependant d'abord à devoir définir ce qu'est la violence conjugale ou familiale, puis à aussi traiter d'autres situations ayant des effets dévastateurs sur l'enfant, telles l'aliénation parentale, la consommation de drogues ou d'alcool, la pornographie juvénile, etc.

Les tribunaux tiennent compte de tous les éléments pertinents de la conduite des parties en référence avec le meilleur intérêt de l'enfant. D'ailleurs la *Loi sur le divorce*, à son article 16 (9), prévoit que le tribunal peut tenir compte de la conduite d'un parent lorsque celle-ci est liée à l'aptitude de ce parent à agir à titre de père ou de mère. Par conséquent, les tribunaux peuvent considérer tout élément, relatif à l'intérêt de l'enfant, pertinent dans son environnement, notamment un contexte de violence ou de relations hautement conflictuelles. La loi devrait donc demeurer inchangée.

5. Le point de vue de l'enfant

Les décisions prises par les parents ou les tribunaux à l'occasion d'une rupture affectent directement les enfants. Le point de vue de ceux-ci doit donc être pris en considération.

² Collectif, Internet: <http://www.swc-cfc.gc./publish/research/svcad-f.html>.

Prendre en considération leur opinion ne signifie pas qu'il leur appartient de décider. Mais on doit s'assurer que l'opinion qu'ils émettent soit transmise et prise en considération en fonction des circonstances particulières.

Le *Code civil du Québec* prévoit d'ailleurs que le tribunal doit donner à l'enfant qui le désire l'occasion d'être entendu, si l'âge et la capacité de dernier le permettent (art. 34). Le *Code de procédure civile* prévoit plusieurs modalités permettant à l'enfant de se faire entendre et assister dans cette démarche (art. 394.1 et 394.3 et suivants). L'enfant peut être accompagné d'un parent ou représenté par un procureur. Son point de vue peut aussi s'exprimer dans le cadre d'une expertise.

La présence d'un procureur à l'enfant peut éviter à l'enfant d'avoir à témoigner, en plus de fournir à la Cour un éclairage différent quant au meilleur intérêt de l'enfant. Le fait de témoigner à la cour est anxiogène pour l'adulte, il en va de même pour l'enfant même si certaines études recensées n'ont montré aucune différence significative entre l'état psychologique des enfants qui ont témoigné et celui des enfants qui n'ont pas témoigné³. Ce ne sera pas tant le fait de témoigner que la période précédant le témoignage, une période d'anticipation et d'appréhension, qui a un effet sur l'état psychologique de l'enfant⁴.

Il y a lieu d'accentuer la représentation de l'enfant qui doit s'exprimer dans toutes les instances où son intérêt est en jeu en tenant compte de sa capacité de discernement.

Le tribunal peut décider d'entendre l'enfant en salle d'audience ou dans son bureau, avec ou sans parents. L'interrogatoire de l'enfant en dehors d'une salle d'audience, qu'il soit ou non représenté par procureur, devrait néanmoins toujours être enregistré et se faire devant greffier.

³ Voir « Orientations gouvernementales en matière d'agression sexuelle », 2001, Ministère de la justice, p. 47.

⁴ Idem.

Quant au rôle du procureur à l'enfant, le Barreau du Québec a publié un important mémoire sur la question en 1995⁵. Bien que le ministère de la Justice l'ait déjà, le Barreau le lui présente à nouveau avec le présent mémoire.

⁵ Barreau du Québec, *Mémoire sur la représentation des avocats par avocat*, février 1995, 71 pages.

II. L'exercice et le respect du droit de visite et de sortie

Bien qu'il puisse y avoir des exceptions à ce principe, notamment lorsqu'on est dans un contexte de violence familiale ou en présence d'un syndrome d'aliénation parentale, il est certes du meilleur intérêt de l'enfant d'avoir le maximum de contacts avec chacun de ses parents, ce que prévoit d'ailleurs la *Loi sur le divorce* à son article 16 (10).

Il arrive malheureusement trop souvent que l'un ou l'autre des parents ne respecte pas l'entente intervenue ou l'ordonnance relative aux droits d'accès. Le non-respect peut prendre différentes formes : ou le parent gardien refuse de donner accès à l'autre parent, l'empêchant ainsi d'exercer ses droits de visite et de sortie, ou bien c'est le parent non gardien qui décide de ne pas les exercer ou qui ne se conforme pas aux conditions prévues, notamment quant aux heures. Il en résulte non seulement une perturbation dans l'organisation de l'agenda familial mais aussi et surtout une frustration chez le parent ainsi brimé, ce qui contribue à créer ou, dans bien des cas, à aggraver les tensions et la mésentente entre les parents. Ceci ne peut que se refléter sur l'enfant qui se sent tantôt rejeté par le parent qui n'exerce pas ses droits, tantôt isolé par le parent gardien qui l'empêche de voir son autre parent ou encore pris en otage entre les deux.

Comment assurer, dans le meilleur intérêt de l'enfant, le respect des conditions prescrites dans l'entente ou l'ordonnance? Hormis la bonne volonté des personnes impliquées sur laquelle on ne peut pas toujours compter, comment forcer les gens à être de bons parents? Par des mesures coercitives? punitives? par des programmes d'aide? Encore faut-il que les parents veuillent s'y soumettre. Le même raisonnement s'applique d'ailleurs à la médiation. Il n'est donc pas facile de répondre à cette question et il n'existe probablement pas de solution magique applicable à tous les cas. Force nous est de constater que les mécanismes offerts dans le cadre du système judiciaire, tout comme ceux que l'on retrouve en dehors de celui-ci, n'ont pas apporté de réponses miracles.

6. Les mécanisme visant à garantir le respect du droit de visite

6.1 D'après vous, le système judiciaire en droit de la famille encourage-t-il suffisamment le respect des obligations s'appliquant au droit de visite?

On doit répondre non à cette question et constater que le système judiciaire n'offre pas suffisamment d'outils : l'outrage au tribunal ne constitue pas une solution – et ce n'est pas par hasard que les tribunaux n'ont recours aux peines d'emprisonnement que de façon très exceptionnelle.

L'un des parents peut demander une modification de l'ordonnance de garde mais une telle procédure, en plus de représenter des coûts pour celui-ci, a pour effet d'envenimer encore davantage les relations entre les deux parents, relations déjà souvent fort tendues. Ceci sans compter que le tribunal ne modifiera la garde que si des faits nouveaux représentant un changement significatif lui sont présentés. La décision qu'il est appelé à rendre dans un tel cas ne doit pas revêtir un caractère punitif mais être guidée par ce qu'il croit être le meilleur intérêt de l'enfant.

Plusieurs praticiens membres du Comité du Barreau sur le droit de la famille estiment que le non-respect des droits de visite et de sortie n'est pas un phénomène généralisé eu égard au nombre important d'ententes et d'ordonnances prononcées annuellement en cette matière. Toutefois, les situations de non-respect sont souvent très pénibles et engendrent des problèmes complexes et difficiles à résoudre.

Les membres du Comité constatent également que l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce*, qui consacre le principe de la maximisation des contacts entre l'enfant et le parent non gardien, n'est pas suffisamment respecté. Le meilleur intérêt de l'enfant en exigerait une observance plus grande et plus serrée de la part des parents.

6.2 Doit-on stimuler les parents à résoudre leurs différends, au sujet de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite et de sortie, par l'intermédiaire de professionnels impartiaux et expérimentés que sont les médiateurs? Si oui, comment?

Le Comité du Barreau sur le droit de la famille est d'avis qu'il faut en effet stimuler les parents à résoudre leurs différends, notamment en leur faisant prendre conscience des conséquences néfastes que des relations conflictuelles et le non-respect des ententes ou ordonnances peuvent avoir sur les enfants. Un des moyens de les y sensibiliser réside dans le visionnement d'un vidéo sur la coparentalité, qui pourrait se faire dans le cadre d'une médiation volontaire ou ordonnée par le tribunal en vertu de l'article 815.2.1 du *Code de procédure civile*. D'ailleurs, le Comité constate avec regret que cet article est sous-utilisé par les tribunaux. En outre, si le tribunal restait saisi du dossier – comme c'est le cas au Tribunal de la jeunesse – lorsqu'il prononce une ordonnance de garde assortie de droits d'accès, les parties pourraient revenir devant lui dès qu'un avis de défaut serait produit au dossier par suite du non-respect par l'un des parents. C'est d'ailleurs l'une des recommandations inscrites dans le Rapport de la Fondation du Barreau de 1997 intitulé « *Possible et actuelle, une plus grande humanisation du droit de la famille?* »⁶, et que le Comité fait sienne. Elle se lit comme suit :

« 2.0.4 Il est recommandé que, d'office ou à la demande des parties, dans le cas de garde et d'accès où il y a crainte qu'il y ait des difficultés dans l'exécution du jugement, la juge demeure saisie du dossier pour la période qu'elle fixe (pouvant aller jusqu'à trois mois), qu'elle convoque les parties à une date déterminée à la fin de cette période et qu'elle ait avec elles et leurs avocats

⁶ *Possible et actuelle, une plus grande humanisation du droit de la famille?*, Fondation du Barreau du Québec, juillet 1997, recommandation 2.0.4, p. 62.

une entrevue au cours de laquelle on lui fera un compte rendu de la situation et qui lui permettra, s'il y a lieu, d'apporter à la décision rendue les correctifs et aménagements nécessaires. »

6.3 Connaissez-vous l'existence de services hors du système judiciaire favorisant le respect des obligations relatives aux droits de garde et de visite?

Oui, mais malheureusement plusieurs services ou maisons qui servent de lieux d'échanges sont sous-financés et plusieurs ont dû fermer leurs portes.

6.4 Auriez-vous des suggestions sur la meilleure façon d'informer la population sur ces services?

Un meilleur financement assurerait la préparation de dépliants et une plus large diffusion des services offerts au sein de la population. Les CLSC, les bureaux d'aide juridique, les cabinets privés d'avocats et les Palais de justice devraient être pourvus de dépliants et d'autres sources de renseignements susceptibles de bien informer les justiciables.

6.5 Avez-vous des propositions concrètes à faire sur la mise en place de quelques mécanismes visant à garantir l'exercice du droit de visite et de sortie?

Dans le cadre du système judiciaire, le Comité réitère la suggestion faite plus haut à l'effet que le juge reste saisi pendant un certain temps du dossier dans lequel il a rendu une ordonnance de garde et de droit d'accès et entende à nouveau les parties dès qu'il y a défaut. En outre, on peut penser, pour remplacer la requête pour outrage au tribunal qui est inefficace et inutilement lourde, à une autre requête qui enjoindrait à la partie défaillante de venir donner les raisons pour lesquelles elle ne se conforme pas à l'entente ou à

l'ordonnance. Il s'agit là d'une autre recommandation du Rapport de la Fondation du Barreau qui se lit comme suit :

« 2.0.5 Il est recommandé de trouver une formule autre que la requête pour outrage au tribunal, soit par exemple une simple requête invitant la partie prétendument fautive à expliquer sa conduite et proposant des solutions et des aménagements différents concernant la garde ou l'accès aux enfants. »⁷

Il y aurait peut-être lieu également d'élargir les cas d'ouverture à la médiation gratuite pour rendre celle-ci accessible en dehors d'une instance en divorce ou en modification de mesures accessoires, de façon à ce qu'en cas de non-respect du droit d'accès par l'un ou l'autre des parents, ceux-ci puissent avoir recours à ce mode amiable de règlement au même titre que s'ils étaient dans le cadre d'une procédure judiciaire.

À l'extérieur du système judiciaire, quelques autres solutions pourraient être envisagées : qu'il suffise de mentionner un financement adéquat par le gouvernement des services d'aide parentale et des maisons d'aide aux familles où seraient favorisés des rencontres et échanges entre parents « délinquants » et enfants, la mise sur pied de séminaires de coparentalité ainsi que la production d'un vidéo sur la coparentalité dont le visionnement pourrait remplacer l'actuelle séance d'information sur la médiation qui, de l'avis général, bat de l'aile.

⁷ Idem, recommandation 2.0.5, p. 63.

**6.6 Croyez-vous que des séminaires sur la parentalité après la rupture sont utiles?
Certains aspects de ces programmes devraient-ils être obligatoires?**

Les séminaires sur la parentalité sont sans doute utiles, même après la rupture, c'est-à-dire après que le jugement de divorce ait été rendu, sauf que dans ce dernier cas, le Comité voit mal comment on pourrait les rendre obligatoires, à moins d'une ordonnance du tribunal prononcée en vertu de l'article 815.2.1 C.p.c. ou encore dans le cadre d'un « suivi judiciaire » tel que suggéré plus haut.

III. La fixation des pensions alimentaires pour enfants

Le Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille adhère entièrement aux principes qui forment la base du modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants. Ce modèle, appuyé du formulaire et de la table, a grandement contribué à diminuer les débats sur ce type de demandes vu leur plus grande prévisibilité, et à diminuer substantiellement les écarts et disparités auxquels les tribunaux nous avaient habitués précédemment. Toutefois, certaines difficultés pratiques demeurent : trois d'entre elles ont été identifiées dans le *Guide de discussion*.

7. Les obligations alimentaires issues d'autres unions

7.1 Le modèle et en particulier le *Formulaire de fixation des pensions alimentaires pour enfants* devrait-il sortir les autres obligations alimentaires du concept des difficultés excessives et en tenir compte d'une manière quelconque, simple et équitable, dans le *Formulaire*?

L'un des objectifs du modèle québécois est de reconnaître et de favoriser le principe de l'égalité de traitement de tous les enfants, même s'ils sont issus d'unions différentes. Il obéit en cela à la règle prescrite par l'article 522 du *Code civil* à l'effet que « *Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance.* ». On peut toutefois se demander si cette notion d'égalité de traitement vise le droit, en toute égalité, de réclamer des aliments ou si elle vise le montant lui-même de la pension alimentaire accordée à l'enfant d'une autre union ou, si l'on préfère, la valeur monétaire de ce droit? Doit-on en outre considérer que le revenu disponible du parent commun aux deux unions est le même?

Le modèle fédéral a choisi le test de comparaison des niveaux de vie comme solution aux obligations alimentaires reliées à différentes unions. Le modèle québécois n'a pas retenu ce

test, par ailleurs d'application fort complexe, et le Comité du Barreau est favorable à cette position.

Le Comité du Barreau est d'avis que cette question des obligations alimentaires issues d'une ou de plusieurs unions antérieures doit continuer d'être reliée au concept de difficultés excessives. Les tribunaux sont maintenant familiers avec ce concept; or, l'application de critères aussi flous que « simple et équitable » entourant la discrétion du tribunal, tel que le suggère le comité de suivi, risque d'entraîner un certain dérapage jurisprudentiel et nous ramener à la case départ de l'incertitude juridique, compte tenu du nombre élevé de parents au Québec liés par des obligations alimentaires issues d'unions différentes. De plus, la règle voulant que le total des pensions alimentaires payables ne doive pas excéder 50% du revenu disponible constitue un rempart contre l'exagération.

Il ne faut certes pas établir une règle qui, par le jeu de la fiscalité ou autrement, équivaldrait dans les faits à favoriser une union plutôt qu'une autre sur le plan des obligations alimentaires. En tout état de cause, les dangers suivants constituent de l'iniquité et à ce titre, sont à éviter :

- Que le débiteur alimentaire puisse, par un certain automatisme amené par le fait de favoriser les unions subséquentes au détriment de la première, faire diminuer la pension alimentaire reliée à la première union alors que son niveau de vie, dans le contexte de la seconde union, est supérieur;
- que le premier enfant à réclamer des aliments soit mieux servi que celui d'une autre union qui en réclamerait postérieurement, que celui-ci le soit également par rapport à un troisième, et ainsi de suite.

7.2 Dans la façon de considérer les autres obligations alimentaires, devrait-on s'arrêter aux obligations de l'union antérieure seulement?

7.3 Devrait-on tenir compte de toutes les autres obligations alimentaires ou seulement des obligations alimentaires envers des enfants?

Toutes les obligations alimentaires antérieures du parent payeur doivent être amenées devant le tribunal comme faisant partie des difficultés excessives que le tribunal doit prendre en considération dans sa décision.

7.4 Doit-on tenir compte du fait que ces obligations antérieures soient fiscalisées ou non?

Il appartient au tribunal d'évaluer cet aspect lorsqu'il prend sa décision de diminuer ou non la pension alimentaire à cause des difficultés excessives soulevées par le débiteur alimentaire.

8. Le coût de la garde partagée

Il est généralement reconnu que la garde partagée augmente le coût total des dépenses reliées à un enfant et coûte donc plus cher aux deux parents que la garde exclusive. En effet, contrairement à la garde exclusive où généralement seul le parent gardien assume les dépenses reliées à l'enfant (logement, nourriture, habillement, éducation, santé, loisirs, etc.), ce sont les deux parents qui, en garde partagée, doivent rencontrer ces dépenses.

De plus, il arrive fréquemment que d'autres dépenses (dépenses ponctuelles reliées à des soins de santé particuliers, à des vêtements ou à l'inscription à une activité sportive), bien qu'elles soient communes aux deux parents, soit assumées uniquement par le parent qui reçoit la pension alimentaire alors qu'elles devraient plutôt être réparties entre les deux

parents en fonction de leur temps de garde respectif (entre 40% et 60%) et non pas en fonction du revenu de chacun comme plusieurs le croient.

De l'avis du Comité du Barreau, le problème se situe à deux niveaux : d'une part, il concerne l'insuffisance des montants accordés au titre de la pension alimentaire – notamment lorsqu'il y a disparité de revenus entre les deux parents – pour compenser cette réalité qui veut que la garde partagée coûte effectivement plus cher; d'autre part, il vise la répartition des dépenses communes supplémentaires reliées à la garde partagée qui, comme on l'a vu précédemment, ne se fait pas ou se fait davantage en fonction des revenus de chacun plutôt qu'en fonction du temps de garde respectif de chacun. Le Comité ne s'oppose pas à l'idée d'ajouter un montant équivalent à un pourcentage de la contribution parentale de base – qui ne pourrait être inférieur à 25% – comme mesure de compensation mais cette mesure ne doit pas éliminer pour autant l'exercice de la discrétion judiciaire qui demeure essentiel.

Nul ne peut nier que l'enfant doit pouvoir disposer de montants lui permettant de bénéficier d'un niveau de vie similaire dans les deux milieux⁸. Le Comité du Barreau conclut donc à la nécessité de reconnaître que la garde partagée implique des coûts plus élevés et d'ajouter, à titre de compensation monétaire, un pourcentage de la contribution parentale de base qui ne saurait être inférieur à 25%. Une ligne « *Répartition des coûts communs* » pourrait être ajoutée au Formulaire en guise de rappel aux parties de même qu'à leurs procureurs que ces coûts supplémentaires doivent être répartis en fonction du temps de garde de chacun des parents. Dans tous les cas, le Comité croit en l'absolue nécessité de maintenir l'exercice d'une discrétion judiciaire, notamment pour ajuster ce taux à la hausse dans les cas qui le justifient.

⁸ *G.S. c. A.R.*, C.A. Montréal, n° 500-09-001936-962, 28 mai 1996, J. Vallerand, Nuss et Forget ou *Droit de la famille-2430*, J.E. 96-1198, commenté par Dominique GOUBAU dans *Droit de la famille québécois*, Éd. C.C.H., Fascicule juillet 1996, 6; *P.R. c. D.C.*, 2000BE-277 (C.S.).

9. La pension pour l'enfant majeur

La situation décrite au *Guide de discussion* est non seulement exacte mais elle fait ressortir l'inégalité de traitement que subissent les enfants majeurs « à charge » selon qu'ils se situent dans un contexte juridique de droit civil (séparation de corps, conjoints de fait ou nullité de mariage) ou régis par la *Loi sur le divorce*. Cette disparité se doit d'être corrigée. Il paraît en effet incongru qu'un parent, séparé de corps ou ex-conjoint de fait, et ayant à sa charge un enfant mineur et un enfant majeur, puisse représenter le premier dans un recours alimentaire et non le second. Cette situation inéquitable crée l'obligation d'intenter deux recours, ce qui augmente les coûts d'accès à la justice de façon importante. Aussi, le Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille est-il d'avis que le parent qui a la charge d'un enfant majeur devrait pouvoir, à défaut par ce dernier de le faire, intenter un recours alimentaire au nom de cet enfant majeur dans un contexte de droit civil. Comme c'est le cas pour la *Loi sur le divorce*, il serait alors présumé être son mandataire. Il existe toutefois une controverse jurisprudentielle à ce sujet : certains tribunaux prétendent que le second alinéa de l'article 1 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants* est incompatible avec l'article 586 du *Code civil* alors que d'autres sont d'avis contraire. Afin d'éviter de longs et coûteux débats judiciaires aux citoyens aux prises avec cette question, il serait opportun que le législateur prenne l'initiative et amende le *Code civil* de façon à donner au parent ayant la charge d'un enfant majeur la possibilité, dans un contexte de droit civil, d'intenter en son nom un recours alimentaire tout en conservant à ce dernier le droit d'intenter lui-même son recours s'il le désire.

Quant aux règles de fixation, elles s'appliqueraient tel que le prévoit le second alinéa de l'article 1 du *Règlement* sauf que conformément à l'article 2, le tribunal pourrait fixer un montant plus élevé compte tenu de l'âge de l'enfant majeur, de la nature de ses études, de ses besoins en général et des autres circonstances propres à sa situation. Le parent gardien, étant normalement mieux informé que l'enfant non seulement de ses propres revenus mais aussi de ceux de l'autre parent, serait la personne appelée à remplir le Formulaire.

CONCLUSION

Un large débat reste encore à faire en droit de la famille, ne serait-ce que celui qui entoure la création au Québec d'un tribunal unifié de la famille. Le Barreau du Québec compte bien être encore présent. Dans l'intervalle, il remercie les organisateurs du présent colloque de l'avoir invité à y participer de façon active et salue cette nouvelle occasion de contribuer, une fois de plus et dans la mesure de ses capacités, à l'avancement du droit dans le meilleur intérêt de la société québécoise et surtout des enfants qui la composent.