

Commentaires*

LA GARDE DES ENFANTS ET LE DROIT DE SORTIE SUITE À UN JUGEMENT EN SÉPARATION DE CORPS OU DE DIVORCE (quelques réflexions)

par Jean-Louis PÉLOQUIN**

SOMMAIRE

I- NÉCESSITÉ D'UN TRIBUNAL DE LA FAMILLE	278
II- L'INTÉRÊT PRIMORDIAL DES ENFANTS	278
III- LE DROIT DE SORTIE EN FAVEUR D'UN PARENT QUI VIT EN CONCUBINAGE	280

* Les textes suivants représentent les témoignages de juges souvent confrontés avec le problème de la protection de l'enfant. La vision de ceux qui décident est la conclusion que nous devons apporter à ce numéro thématique.

** Juge à la Cour supérieure.

I - NÉCESSITÉ D'UN TRIBUNAL DE LA FAMILLE

Le 18 avril 1978, l'Association canadienne pour la Santé mentale, division du Québec, tenait une consultation sur la question d'un Tribunal de la famille au Québec, consultation qui s'est faite sous la distinguée présidence de feu le juge Robert Cliche de regrettée mémoire.

Parmi les participants, il y avait de nombreuses personnalités appartenant à différents secteurs de la société, et notamment des psychologues, psychiatres et travailleurs sociaux. Il y avait également des représentants des ministères fédéral et provincial de la Justice, et la majorité de ces personnes s'inquiétait de l'absence d'un Tribunal de la famille au Québec pour la solution des problèmes délicats que soulèvent la garde des enfants et le droit de sortie suite à un jugement de séparation de corps ou de divorce.

On craignait qu'un juge de la Cour supérieure, saisi d'un tel problème, en dispose à la hâte, à cause des rôles chargés en chambre de famille, et ne tienne pas compte des intérêts réels des enfants dans sa décision. On souhaitait l'intrusion des sciences humaines dans ces décisions et l'exclusion du rigourisme procédural dans l'audition des requêtes pour garde d'enfants ou pour droit de sortie.

Parlant en mon nom personnel, je n'hésite pas à déclarer qu'il serait souhaitable d'avoir un Tribunal de la famille au Québec, lequel aurait à la fois la compétence nécessaire en matière de mariage, séparation de corps et divorce, et en matière de protection de la jeunesse, délinquance juvénile, etc., de façon à unifier et humaniser davantage l'administration du droit familial.

II - L'INTÉRÊT PRIMORDIAL DES ENFANTS

Il importe de rassurer immédiatement les milieux parajudiciaires ou non judiciaires sur le caractère humain et décontracté des auditions en matière de garde d'enfants et droit de sortie. La plupart de nos collègues assouplissent la procédure et évitent la confrontation entre les enfants et les parents et essaient de faire comprendre aux parties que la décision va être basée sur l'intérêt primordial des enfants et non sur celui, souvent égoïste et revanchard, des parents.

Nous avons de plus en plus recours à la Clinique d'expertise psychosociale afin de déterminer quel est le meilleur intérêt des enfants au sujet de cette garde ou du droit de sortie. Les conclusions auxquelles nous en arrivons tiennent presque toujours compte de l'importance du maintien du lien affectif entre les enfants et leurs parents séparés ou divorcés.

Même si les articles 212 et 213 C.c. ainsi que l'article 11 de la *Loi sur le divorce*¹ donnent une grande discrétion au tribunal sur cette garde des enfants et droit de sortie, notre jurisprudence constante est dans le sens du meilleur intérêt des enfants. Les droits reconnus aux parents par l'article 215 du Code civil quant à la surveillance de leur entretien et de leur éducation viennent généralement en second lieu et je crois sincèrement que les enfants dans ces situations difficiles sont bien protégés par nos collègues de la Cour supérieure et de la Cour d'appel.

Bien sûr, un observateur indépendant verra le rôle extrêmement chargé du Tribunal de la famille et se demandera comment les juges peuvent disposer d'autant de causes en si peu de temps. Il pourra être enclin à se demander si vraiment le juge présidant l'audience prend le temps requis pour décider de ces questions très délicates dans le meilleur intérêt des enfants.

Mais si la décision est rapide, c'est que les parties s'entendent sur cette question de garde des enfants et du droit de sortie. Dans le cas contraire, le juge, le plus souvent, prend la requête en délibéré et s'inspire fortement de la recommandation de la Clinique d'expertise psychosociale pour en arriver à une décision équitable et toujours dans le meilleur intérêt des enfants.

Dans les rares cas où la garde des enfants ne peut pas être assumée par l'un ou l'autre des parents, la Cour supérieure de Sherbrooke rend une ordonnance qui réfère le cas au Tribunal de la jeunesse. Celui-ci peut immédiatement, en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*², confier le cas au directeur de la protection de la jeunesse qui lui verra à placer l'enfant provisoirement dans un foyer nourricier ou dans une institution fiable avant de faire une recommandation à la Cour supérieure sur l'opportunité de confier cette garde, d'une façon plus permanente, à un tiers, toujours dans le meilleur intérêt des enfants.

Même avec un Tribunal de la famille, il sera toujours difficile d'apprécier le critère du "meilleur intérêt des enfants" lorsqu'il s'agit de la garde ou du droit de sortie suite à une séparation de corps ou à un divorce. En effet, combien de fois de jeunes enfants nous disent, dans notre cabinet, en présence du greffier et des avocats des parties, qu'ils aiment autant leur père que leur mère et qu'ils voudraient bien qu'ils reprennent la vie commune, ce qui leur éviterait des déchirements très pénibles.

1. *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D-8.

2. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, c. 20, art. 33.

Malheureusement, dans la plupart des cas, la réconciliation est impossible et il faut bien décider de la garde des enfants et du droit de sortie. Le plus souvent, l'un ou l'autre des parents n'est pas dans une situation idéale pour recevoir la garde de ses enfants et il y a des inconvénients de part et d'autre, mais il faut trancher et cela toujours dans le meilleur intérêt des enfants.

Il a semblé à la plupart de nos collègues qu'il était toujours préférable de confier des enfants à un parent, même fautif, qu'à un étranger ou à une institution, lorsque ce parent a un bon lien affectif avec ses enfants et peut en prendre un soin raisonnable.

Parfois, la décision en faveur d'un parent plutôt que l'autre est une décision de moindre mal, le plus souvent éclairée par le rapport de la Clinique d'expertise psychosociale.

III - LE DROIT DE SORTIE EN FAVEUR D'UN PARENT QUI VIT EN CONCUBINAGE

Il faut avouer que cette situation présente des difficultés sérieuses spécialement lorsqu'il s'agit d'accorder un droit de sortie à un parent dont la conduite a été la principale cause de la séparation de corps ou du divorce et qui, ayant abandonné son conjoint pour un concubin, désire, après la séparation ou le divorce, sortir ses enfants en présence de ce concubin. Que ce soit l'époux ou l'épouse qui ait été ainsi délaissé pour un autre, il sera toujours difficile de lui faire comprendre qu'il est dans l'intérêt de ses enfants que son ex-époux ou son ex-épouse puisse les sortir en présence dudit concubin et au domicile du nouveau couple.

J'ai vu des cas où la mère ou le père s'était efforcé de bien élever ses enfants et leur donner des principes de morale chrétienne, et avait obtenu soit une séparation de corps ou un divorce à cause de l'adultère du conjoint et se voyait obligé d'accepter non seulement la rupture du mariage ou du ménage, mais également la sortie de ses enfants en présence de la personne tenue responsable de l'échec du mariage.

J'avoue avoir rendu plusieurs jugements dans lesquels j'ai accordé le droit de sortie à l'époux fautif à la condition que les enfants ne soient pas mis en présence du concubin ou de la concubine.

Mais la jurisprudence me semble s'orienter maintenant dans un autre sens qui tient compte de la réalité malheureuse de la multiplication des divorces et des séparations de corps et essaie de concilier le bien-être de l'enfant avec le besoin de relations parentales du parent visiteur, et cela indépendamment du fait que ce parent puisse vivre en concubinage avec une autre personne.

Dans une récente livraison de la Revue du Barreau, Me François Hélène soutient ce qui suit:

“La mise en oeuvre de ces principes permet donc d'affirmer que la compagnie du partenaire concubinaire, lors de l'exercice des droits de visite ou de sortie, ne saurait être condamnée dans la mesure où cette compagnie n'a aucune conséquence fâcheuse sur la psychologie ou sur la moralité de l'enfant et il n'appartiendrait pas à l'époux gardien délaissé d'assouvir sa rancœur par personne interposée en interdisant les visites ou sorties en présence du concubin. Ainsi en a-t-il été décidé lorsque le parent visiteur était la mère de l'enfant et qu'elle se faisait accompagner de son conjoint de fait. Ainsi en a-t-il été décidé aussi lorsque le parent visiteur était le père de l'enfant et qu'il l'emmenait à sa résidence où il vivait avec sa concubine.

Cette logique juridique du droit de visite et sortie n'est malheureusement pas toujours mise en oeuvre par les juges québécois et il est encore des décisions récentes où le prétexte de la moralité sert plus ou moins ouvertement à pénaliser un époux dont le seul tort est d'avoir décidé de refaire sa vie avec une autre femme”³.

L'auteur cite une décision de l'honorable juge Paul Gervais dans la cause de *Favreau v. Éthier*⁴, dans laquelle le droit de sortie des enfants a été accordé durant les fins de semaine au père, et cela même si ce dernier vit maritalement avec une autre femme dans la résidence où sont amenés les enfants.

Notre collègue a plutôt tenu compte de l'affection du père pour ses enfants et des bons soins qu'il leur donne, et probablement aussi de la preuve que le père et sa concubine se conduisent décemment en leur présence.

Je suis d'accord avec cette nouvelle tendance de la jurisprudence et chaque fois qu'il y aura un bon lien affectif entre le parent visiteur et les enfants et que la preuve sera faite que les conditions de moralité et de décence seront respectées en présence des enfants et que rien ne sera dit pour déprécier l'époux gardien, je serai enclin à accorder le droit de sortie, même si les enfants devront être en présence du concubin du parent visiteur.

Bien sûr, j'aurai beaucoup moins d'hésitation lorsqu'il s'agira d'un remariage et que le père ou la mère voudra amener les enfants dans son nouveau foyer légal. C'était le cas dans la cause de *Hébert*

3. François HÉLÈNE, “Les conflits entre mariage et concubinage ou la rencontre du fait et du droit”, (1978) 38 *R. du B.* 679, 684.

4. *Favreau v. Éthier*, (1976) C.S. 48.

v. *Landry* dans laquelle l'honorable juge Mayrand déclarait ce qui suit:

"... L'intimé a-t-il raison de s'occuper à ce que ses enfants rencontrent le deuxième mari de leur mère? On comprend qu'avant le jugement de divorce, la liaison qu'elle entretenait avec son concubin Coulombe était irrégulière et contraire à ses devoirs conjugaux. Le divorce obtenu à la demande du mari et le convol de l'appelante avec son ancien concubin ont cependant fait disparaître au point de vue du droit, le caractère d'illégitimité des relations de l'appelante et de Coulombe. Les enfants savent déjà que leur mère est divorcée d'avec leur père. Ce divorce et le remariage de l'appelante sont le résultat d'un état de choses antérieur regrettable, mais ils constituent aussi deux réalités auxquelles tous les intéressés, y compris les enfants doivent faire face. Les torts que la mère a pu avoir dans le passé ne la rendent pas indigne ni incapable de collaborer à l'éducation de ses enfants. Les droits de visite de l'appelante ne lui sont pas accordés dans le but de la consoler de la privation de la garde de ses enfants; ils sont accordés dans l'intérêt même des enfants qui ont avantage à maintenir des relations normales avec leur mère même si ses fautes conjugales ont fait l'objet d'une sanction judiciaire..."⁵

Évidemment, il s'agit toujours de cas d'espèce et il faut s'assurer que le bien-être des enfants et leur bonne éducation ne seront pas perturbés par cette mise en présence avec le concubin du parent visiteur. Dans certains cas, cette mise en présence pourrait avoir des conséquences fâcheuses sur la psychologie ou la moralité des enfants et il faudra limiter le droit de sortie de façon à ce qu'il s'exerce hors la présence du concubin.

Voilà, données en vrac, les impressions et opinions d'un juge appelé, depuis plus de trois ans, à trancher ces délicats litiges. Ici, le droit strict cède le pas aux intérêts humains d'enfants déchirés par la rupture du mariage de leurs parents. Ce sont des innocents à qui la Cour doit assurer un *modus vivendi* le moins défavorable possible. C'est une tâche difficile et les lumières de la Providence sont toujours bienvenues.

5. *Hébert v. Landry*, (1975) C.A. 110.