

Recommander la garde légale conjointe

Par Lucia Fernandez De Sierra, Ph.D.
Psychologue en pratique privée



L'émission «Enjeux» de Radio Canada, en décembre dernier, faisait un parcours des avantages et des inconvénients de la garde partagée. En France, ce type de solution est très populaire et fortement utilisé par les tribunaux. Cependant, il est aussi très critiqué et actuellement un mouvement contraire se développe à grands pas. L'émission illustre la complexité de la situation avec le témoignage de plusieurs enfants habitant en résidence alternée, voyageant d'une maison à l'autre, semaine après semaine, toujours dans les valises.

Cet article a pour but de présenter la définition de garde conjointe, de décrire les caractéristiques des parents qui seraient des bons candidats, ainsi que les caractéristiques chez les enfants. L'étude pilote commandée en 2004, par le ministère de la Justice du Canada est décrite, ainsi que les critères utilisés dans la jurisprudence au Québec.

Selon les Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants établies en 1997, le gouvernement fédéral définit la garde partagée comme celle où *un enfant habite dans deux résidences et qu'il passe au moins 40 % de son temps dans la seconde* (ministère de la Justice du Canada, 1997). Souvent utilisés comme synonymes, on confond les termes de garde partagée (résidence alternée) et de garde légale conjointe, selon laquelle les parents partagent la responsabilité des décisions clés qui concernent la vie de leurs enfants, tout en pouvant adopter diverses conditions de résidence. Le terme garde partagée réfère seulement à la résidence alternée de l'enfant. La garde conjointe implique beaucoup plus de responsabilités à concilier. La garde partagée peut être incluse dans la garde conjointe, mais pas nécessairement.

Force est d'admettre que pas tous les parents sont des bons candidats pour la garde conjointe (avec ou sans résidence alternée). Des auteurs comme Schutz et All (1989) ; Folberg (1984) ; Musinger & Karlson (1994) (in Brinklin, 1994) ; Gardner (1989), considèrent que les bons candidats pour la garde conjointe ne doivent avoir aucune difficulté à communiquer entre eux ; ils sont d'accord tous les deux à partager la garde et à assumer chacun sa part de responsabilité ; il n'y a pas de colère, ni de ressentiment, ni de désir de vengeance des parents l'un envers l'autre ; ils sont d'accord pour le milieu d'habitat des enfants ; ils s'entendent sur les mêmes valeurs morales et sociales ; ils sont prêts à négocier (et à céder) dans le cas de divergences.

Zirkel (1999), énumère sa propre liste de critères. Il considère que, avant la séparation, les bons candidats se sont partagés de façon égale, les soins donnés à l'enfant, ce qui permet de maintenir une routine déjà instaurée. Les parents habitent proches l'un de l'autre (à une vingtaine de minutes maximum) ou dans le même quartier scolaire, de sorte que l'enfant a une constante dans ses activités (amis, école). Ils voyagent d'une maison à l'autre sans grande difficulté. Les deux parents partagent un style similaire d'éducation et de valeurs. Ils s'appuient mutuellement comme associés égaux pour élever et éduquer l'enfant. Les deux parents prennent

des mesures pour protéger leur enfant des conflits et des désaccords qui surgissent entre eux. Quant à l'enfant, Zirkel indique que celui-ci devrait faire preuve d'un tempérament flexible et adaptable, de sorte qu'il puisse s'ajuster aux transitions nécessaires entre les deux systèmes de dynamique familiale. Zirkel tient compte de l'âge de l'enfant, par exemple pour un nourrisson de moins d'un an, il propose des contacts fréquents durant la journée, avant de proposer un coucher.

Devant la nécessité d'obtenir plus de détails sur les caractéristiques et les répercussions des différentes ententes de garde, le ministère de la Justice du Canada a commandé, en 2004, un examen critique des études sur les ententes de garde. Il s'agit d'une étude pilote, menée en Alberta, pour examiner la faisabilité de recueillir, à l'échelle nationale, des renseignements sur les ententes parentales. Ce projet visait deux objectifs : d'une part, examiner les ententes de garde partagée auprès d'un petit échantillon de parents et, d'autre part, concevoir la méthodologie d'une étude des ententes de garde partagée qui puisse s'appliquer à d'autres ententes parentales et à des échantillons d'envergure nationale.

Les résultats révèlent que, dans la majorité des cas, les conditions de résidence sont demeurées stables durant la période qui a suivi la séparation et au-delà du divorce. Les parents de l'étude ont déclaré pouvoir collaborer de façon constante avec leur ex-conjoint ; ils procèdent eux-mêmes à un grand nombre d'arrangements particuliers, avec ou sans l'aide des avocats. Ils ont également exprimé leur satisfaction générale à l'égard des conditions de résidence. La plupart des parents ont maintenu un contact fréquent avec l'autre parent et ce, sur une base amicale, discutant au fur et à mesure des problèmes et soutenant l'autre parent dans ses décisions. Dans environ 75 % des cas, l'entente officielle de garde partagée s'est traduite en pratique par un partage des responsabilités au jour le jour. Peu de points de désaccord ont été signalés au sujet des dépenses, les deux parents travaillant à temps plein. Étant donné que les responsabilités parentales, même lorsque réparties également, s'entremêlent beaucoup et changent avec le temps, les ententes trop structurées s'avèrent difficiles à adopter. Selon cette étude, une grande majorité des parents considéraient que les ententes étaient satisfaisantes pour leurs enfants, précisément parce qu'ils étaient capables de travailler ensemble et de collaborer mutuellement.

Au Québec, et selon l'étude de la jurisprudence, l'attribution de la garde conjointe (incluant la résidence alternée) se fait selon une liste de critères (Droit de la famille, 1997, 1992, 1988). Le premier critère dépend de la capacité parentale : les deux parents répondent de façon similaire aux besoins physiques, matériels, émotifs et spirituels de l'enfant, en plus des besoins d'apprentissage et sociaux. Le deuxième critère, mais non pas le moins important, c'est la communication fonctionnelle entre les parties, ainsi que leur disponibilité et leur souhait d'établir une garde conjointe avant la séparation.

Un autre facteur considéré est la distance entre le domicile des parents (surtout quand les enfants sont d'âge scolaire). Il existe la solution du « nesting », c'est-à-dire, les enfants restent dans la maison et les parents alternent, ce qui exige un logement (ou une chambre) extérieur pour chaque parent, et beaucoup de coopération de leur part.

Parmi les autres critères, les deux parents ont des valeurs éducatives (ce que certains appellent l'unité de direction et la continuité dans l'éducation) et des modes d'intervention comparables. Ils ont la capacité de maintenir un environnement stable, incluant la famille reconstituée (un beau-père ou une belle-mère peut représenter des loyautés divisées pour les enfants) et des rapports avec la famille étendue (grands-parents, oncles, tantes, cousins, etc.).

Quant à l'enfant, la jurisprudence tient compte du désir de l'enfant, de son âge, de son état de santé, de l'absence du syndrome d'aliénation parentale, ainsi que du confort de l'enfant à interagir avec le parent. Suite à l'éclatement familial, il faut que l'enfant tire le meilleur bénéfice, un rapport proche et constant et des relations saines avec les deux parents. Les deux parents doivent reconnaître l'importance des contacts de l'enfant avec chacun des parents et leur implication dans les décisions qui le concernent.

Dans les litiges, au Tribunal, le système de garde conjointe (avec résidence alternée) offre aux parents l'alternative de « gagner », plutôt qu'un résultat de gagnant/perdant. Nombreux parents, pour éviter de payer une pension alimentaire, préfèrent la garde partagée voire, les dépenses partagées. D'ailleurs, dans leurs expertises psycholégales, beaucoup de psychologues recommandent la garde conjointe et/ou partagée pour éviter des malaises, des déceptions et des sentiments d'injustice chez les parents. Brunet (1999) signale que souvent le Tribunal ne tient compte que des capacités parentales des parties, passant outre le reste des critères. Le Tribunal octroie la garde conjointe (avec résidence alternée) aux parties, pour ne pas priver l'enfant d'un rapport égal avec ses deux parents. Pourtant, dans les cas de conflit sévère (voire d'éléments morbides et pathologiques) comme la violence

conjugale ou l'enlèvement d'enfant, la garde conjointe n'est pas une solution saine, ni viable.

Dans les expertises psycholégales, chaque cas devrait être analysé et étudié en profondeur, avec le plus grand respect, conservant la neutralité et l'objectivité, tenant compte des besoins de l'enfant, de son âge et des liens particuliers qu'il maintient (consistance, cohérence et confort) avec chacun de ses parents. Une expertise de garde d'enfant doit en théorie, viser au bien-être et au meilleur intérêt de celui-ci. Cependant, dans la pratique, combien de fois on observe que la garde conjointe (avec résidence alternée) n'est qu'un conflit partagé, continuation et amplification du conflit parental et que l'enfant est pris entre deux systèmes d'éducation et de valeurs différents, voire contraires et opposés.

Comme psychologues, il nous faut des recherches poussées sur le domaine afin de s'appuyer sur des balises claires et empiriques lorsque nous nous présentons devant les Tribunaux et que nous faisons des recommandations.

Références :

- Ministère de la Justice du Canada (2004) Ententes de garde partagée : entrevues de parents (Étude pilote).
- Brunet, L. (1999) La garde d'enfant et droit d'accès. *L'expertise psycholégale, balises méthodologiques et déontologiques*. UQAM.
- Call, J. A. (1994) In Re Joint v. Sole Custody. *The Custody Newsletter*. PACE, 1997
- Droit de la famille – 2270 J.E. 95-1853 (C.A.)
- Droit de la famille - 2778 (1997) R.D.F. 555 (C.S.) p. 557
- Droit de la famille - 1636 (1992) R.D.F. 600 (C.S.)
- Droit de la famille – 301 (1988), R.J.Q. 17 (C.A.), p. 27
- Fernandez de Sierra, L. (2001) L'encopresie comme résultat d'aliénation parentale : étude de cas. *XXVIth International Congress on Law and Mental Health*. Montréal, Canada, juillet 2001.
- Gardner, R.A. (1989) *Family evaluation in child custody mediation, arbitration and litigation*. Cresskill, NJ : Creative Therapeutics.
- Leonoff, A. & Montague, R. (1996) *Guide to Custody and Access Assessments*. Carswell.
- Weiner Davis, M. *The Divorce Remedy*. Simon & Schuster, 2001
- Zirkel, Kip (1999) *Custody and placement decisions. Guidelines for parents*. The Custody Newsletter, PACE spring 1999.