

MÉMOIRE PRÉSENTÉ À LA MINISTRE DE LA JUSTICE

Consultation publique sur la réforme du droit de
la famille

Mai 2019

RÉSUMÉ

L'article 611 du Code civil du Québec prévoit que les parents ne peuvent faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents, à moins de prouver des motifs graves. Cela semble louable, mais dans les faits, l'article est utilisé à toutes sortes de fins, alimentant les conflits familiaux et causant du tort aux enfants. Quelques exemples tirés de la jurisprudence permettront d'illustrer aisément cette problématique ci-dessous.

De plus, si on porte attention à une analyse juridique publiée par le Ministère de la Justice du Canada dont plusieurs extraits seront présentés, les conclusions s'imposent de façon manifeste, en faveur d'une modification plus que nécessaire de cet article:

«Comme on l'a signalé, les législatures devraient envisager de modifier leurs lois pertinentes de manière à exiger la tenue d'une audience à deux volets qui permettrait de déterminer dans chaque cas s'il convient d'accorder des droits de visite aux grands-parents. S'il peut être démontré en premier lieu que l'interruption des visites établies pourrait nuire à l'enfant, les tribunaux devraient certainement, dans un deuxième temps, examiner la demande en se fondant sur le critère de l'intérêt supérieur. Si le risque de préjudice ne peut être démontré, on recommande alors de mettre fin à l'enquête. Autrement, l'État s'immisce dans la relation parent-enfant d'une manière qui peut désormais contrevenir à la Charte.»¹

¹ Goldberg, D. L. (2003). *Le droit de visite des grands-parents auprès de leurs petits-enfants : analyse juridique*. Consulté le 03 21, 2019, sur Ministère de la Justice - Gouvernement du Canada: https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2003_15/1.html#som

JURISPRUDENCE

Voici une petite recherche non exhaustive de nombreux jugements qui permettent de constater que l'article 611, tel qu'il est écrit actuellement, donne lieu à de nombreuses situations aberrantes au regard de l'intérêt de l'enfant. En effet, il semble que les motifs soient rarement assez graves pour empêcher les contacts entre les petits-enfants et les grands-parents, mêmes si les enfants en sont affectés négativement.

Jugement # 700-04-020580-103

Un grand-père ne s'est jamais occupé de sa propre fille, l'a même congédiée de son entreprise lorsqu'il a appris qu'elle était enceinte de son premier enfant. Elle a eu deux autres enfants par la suite que le grand-père n'a jamais rencontrés. La mère a fait une fausse couche et le père des crises d'angoisse lorsque les procédures judiciaires ont été entamées par le grand-père. Tout en admettant un motif grave, le tribunal accorde des droits d'accès chaque mois pour les trois enfants âgés de deux ans, 1 an et 1 mois.

Jugement #760-04-011808-145

La grand-mère traite la mère de vache et de salope devant les enfants qui répètent ces propos à leur mère. La grand-mère affirme à l'enfant qu'elle va appeler les policiers pour les envoyer chez lui et envoie effectivement la police à plusieurs reprises en présence des enfants sans aucun motif. Le conjoint de la grand-mère fait des menaces de mort aux parents et leur crache dessus. L'enfant a des crises de colère liées à ce conflit comme en témoigne l'agente du CLSC durant le procès. Le père se met à consulter un psychologue et la mère doit commencer une médication pour l'anxiété. Tout en affirmant qu'il s'agit d'un motif grave, le tribunal accorde un droit d'accès chaque dimanche.

Jugement #760-04-012371-150

La mère retourne vivre quelques mois avec son enfant chez ses parents après sa rupture. Puis, la mère emménage avec son nouveau conjoint et son enfant dans son propre appartement, voulant jouer pleinement son rôle de mère et ayant des capacités parentales irréprochables pour bien assurer les soins et l'éducation de sa progéniture. Malgré que la mère offre déjà aux grands-parents des droits d'accès seuls avec l'enfant un dimanche sur deux, un vendredi par mois, 4 jours pendant les fêtes, une semaine l'été et une fin de semaine pendant la semaine de relâche, les grands-parents, insatisfaits, entament des poursuites envers la mère pour obtenir une fin de semaine complète sur deux, une journée par semaine, cinq jours pendant l'été ainsi que des contacts téléphoniques réguliers. Le tribunal fait un compromis entre les deux.

Jugement #500-04-001642-934

La juge avertit les parents que s'ils ne cessent pas de s'adresser à la grand-mère en l'appelant «la madame», elle recommandera à la grand-mère de demander la garde de l'enfant afin que la garde soit retirée aux parents.

Jugement #410-04-002815-077

Le juge ne considérant pas le conflit comme un motif grave, la grand-mère obtient des droits d'accès seule avec un enfant de quatre ans une fin de semaine complète sur trois, cinq jours l'été et trois jours durant les Fêtes malgré que les parents sont aptes et encore unis.

Jugement #505-04-015531-064

Les grands-parents demandent et obtiennent des accès de trois jours entiers par mois pour un seul de leurs deux petits-enfants, âgé de 7 ans. Ils obtiennent également une semaine durant l'été. Ce sont les grands-parents qui choisissent les dates en donnant un préavis de deux semaines à la mère. Ils ne demandent aucun accès à son cadet de 4 ans, leur petit-enfant également, malgré que la mère affirme que ce dernier vit du rejet.

Jugement #200-04-014509-051

La grand-mère a déjà des accès seule avec son petit-fils une fois par semaine, mais elle poursuit le père, parfaitement apte, pour élargir les accès à une fin de semaine sur deux, une semaine l'été et une semaine durant le temps des Fêtes. Le tribunal lui donne quelques droits d'accès supplémentaires.

Jugement # 500-04-034307-034

Le grand-père frappe l'un des enfants sur le bras malgré la demande de la mère de laisser l'enfant tranquille, la grand-mère dit à un second enfant qu'elle n'est pas belle et qu'elle ne l'aime pas en lui serrant le bras, le grand-père lance un seau d'eau à forte concentration d'eau de javel sur le père, le grand-père se stationne devant la maison pour observer la famille. La mère a été battue durant son enfance par les grands-parents; la sœur de la grand-mère témoigne même de cette violence. Les grands-parents obtiennent une journée complète par mois seuls avec les enfants en plus de quelques journées supplémentaires lors d'occasions spéciales.

Jugement #410-04-004124-155

Les grands-parents entreprennent les procédures parce qu'ils voient leurs petits-enfants, mais ils voudraient les voir hors de la présence des parents. Le conflit entre les grands-parents et les parents est si aigu que le couple des parents est mis en péril. Le père consulte et a des intentions suicidaires, car il n'en peut plus. Le juge constate la fragilité du père. Les grands-parents obtiennent des droits d'accès de 6 heures toutes les 3 semaines, le samedi ou le dimanche selon la décision des grands-parents uniquement qui donneront un préavis de 48 heures aux parents chaque fois, en plus de quelques droits d'accès supplémentaires lors des occasions. Le père devra être présent lors des accès pour les six premiers mois, ensuite il ne pourra plus y être.

Jugement #200-04-015391-061

L'enfant de huit ans est hospitalisé quatre jours à cause d'intentions suicidaires. Le pédopsychiatre évalue que l'enfant vit beaucoup d'insécurité en raison du conflit sévère entre son père et ses grands-parents, ainsi que du niveau de stress familial élevé qui en découle. Une psychologue rencontre aussi l'enfant et constate qu'il est pris dans un important conflit de loyauté. L'enfant souhaite mourir pour que le conflit entre les deux parties cesse. Son comportement et ses notes dégringolent. Il manifeste des troubles d'adaptation, une humeur dépressive, une perturbation des conduites... L'enfant a peur de se retrouver avec ses grands-parents, car il explique que ceux-ci disent des mauvaises choses sur ses parents et qu'il n'aime pas ça. Il précise que ses grands-parents lui recommandent de ne pas écouter ses parents puisque ces derniers sont méchants. Le tribunal reconnaît que les grands-parents agissent de façon intransigeante, nullement préoccupés par l'état de santé de l'enfant. Le tribunal propose une pause de contacts avec les grands-parents de quatre mois, en suggérant toutefois des appels téléphoniques une ou deux fois par mois, pour ensuite évaluer la possibilité de reprendre les contacts. Les deux autres enfants du père sont quant à eux soumis à des droits d'accès une journée complète par mois seuls avec les grands-parents.

Jugement #700-04-024690-148

La mère s'oppose aux contacts entre les grands-parents et les petits-enfants, notamment parce qu'elle dit que les grands-parents ont porté atteinte aux biens des petits-enfants en provenance de la succession de leur père décédé. Le tribunal s'interroge donc si, selon la preuve, les grands-parents ont agi contre l'intérêt des deux enfants. Il conclut que, même si c'était le cas, cela ne constituerait pas un motif grave. Les grands-parents gagnent des accès seuls avec les enfants un samedi sur trois avec possibilité de coucher à chaque deux séjours, un appel téléphonique par semaine ainsi que deux journées complètes durant le temps des Fêtes.

Jugement #200-04-022201-139

La grand-mère avoue avoir écrit un courriel à neuf personnes dénigrant sa fille. Elle admet aussi avoir lancé un café à sa fille enceinte au restaurant. La grand-mère a fait un blackout de plusieurs heures à cause de problèmes d'alcool qu'elle a eus. Elle a aussi fait couper les cheveux de sa petite-fille sans autorisation. La mère consulte en psychothérapie à cause du conflit avec la grand-mère. La grand-mère menace la mère de lui faire perdre son emploi, elle dit aussi devant les enfants qu'elle ne sait plus si elle aime encore sa fille. Les enfants sont agitées, chicanières et font des cauchemars suite aux accès. Le juge dit que c'est peut-être parfois lié aux accès, mais que ce n'est pas assez pour y voir un impact majeur nuisible aux enfants. Ce jugement cite l'auteur Tétrault qui souligne l'importance de la présomption édictée à l'article 611 du Code civil du Québec en affirmant que les tribunaux ne peuvent pas, en principe, se concentrer uniquement sur l'intérêt de l'enfant, car cela ferait abstraction de la présomption suivant laquelle les relations grands-parents et enfants sont réputées être dans l'intérêt de ces derniers. Le juge remarque que les parents semblent avoir à cœur le mieux-être de leurs filles. La grand-mère obtient tout de même des droits d'accès une journée entière par mois seule avec les enfants, deux journées avec couchers pendant les Fêtes, trois journées avec couchers durant l'été, un appel téléphonique par semaine ainsi qu'un souper à l'occasion de l'anniversaire des enfants. Une enfant de deux ans est incluse dans ces accès.

Jugement # 200-04-024003-152

Trois jours après le décès de la mère, les grands-parents maternels informent le père du décès de celle-ci en lui signifiant en même temps une requête pour qu'ils obtiennent la garde des deux enfants, âgés de 8 et 12 ans. Les grands-parents font rencontrer une procureure aux enfants à l'insu du père. La thérapeute des enfants témoigne que ces derniers sont stressés par le fait de voir leurs grands-parents qui tiennent des propos méchants envers leur père. Elle témoigne que «Selon elle, le conflit actuel continu qui existe entre les grands-parents et le père a un effet très néfaste sur le bien-être émotionnel des enfants. Le contact avec leurs grands-parents est une cause de stress pour les enfants et il serait préférable pour le moment de respecter leurs désirs et d'éviter tout contact avec leurs grands-parents.» La juge admet que les enfants sont coincés dans un conflit de loyauté. Les grands-parents obtiennent des droits d'accès d'une fin de semaine tous les deux mois en plus de quatre journées consécutives pendant les Fêtes, sept journées consécutives l'été ainsi qu'un contact téléphonique un dimanche sur deux.

Ce ne sont que quelques exemples parmi tant d'autres qui démontrent bien qu'une modification de l'article 611 du Code civil du Québec s'impose absolument...

MINISTRE DE LA JUSTICE DU CANADA

À cet effet, voici des passages extrêmement importants tirés d'une analyse juridique du Ministère de la Justice du Canada² :

«Le seul fait que des grands-parents se tournent vers les tribunaux pour obtenir un droit de visite indique que la notion traditionnelle de la « grande famille unie » doit être examinée d'un œil critique, et que les présomptions sentimentales et nostalgiques devraient être remises en question dans chaque cas. Des recherches empiriques plus poussées s'imposent sur les rôles des grands-parents contemporains en général et sur les situations d'accès très conflictuelles en particulier.»

«Élargir la portée du droit d'accès conféré par la loi aux grands-parents et à d'autres personnes d'une manière semblable à celle que prévoit l'article 611 du *Code civil du Québec*, comme le recommande le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants^[178], est manifestement contraire à la tendance judiciaire tant au Canada qu'aux États-Unis. Cette tendance tient compte des considérations constitutionnelles et de la relation parent-enfant.»

«Le rôle de parent comporte l'énorme responsabilité de prendre les meilleures décisions possibles pour l'enfant. Cela veut dire faire face à la certitude que, parfois, ces décisions auront été mauvaises. Lorsqu'ils entreprennent de jouer cet important rôle, il est capital pour les parents que personne ne se voie attribuer le droit automatique de demander aux tribunaux de remettre leurs décisions en question, pas même un grand-parent. »

«Mais il pourrait être sage de remettre en question la présomption selon laquelle le droit de la famille devrait s'appliquer à protéger toutes les relations importantes qu'un enfant entretient avec des adultes. Vu la complexité des besoins des enfants et du fonctionnement de la famille, le fait que le droit soit un instrument brutal pour assurer le maintien des relations devrait inciter à la prudence lorsqu'on cherche à étendre la protection juridique aux relations avec des personnes sans autorité parentale qui pourraient être importantes pour les enfants. Il ne fait aucun doute que les enfants bénéficient de l'apport de divers adultes à leur développement, mais ces relations sont importantes du fait qu'elles surviennent naturellement, et non du fait qu'elles sont imposées par le système judiciaire. »

² Goldberg, D. L. (2003). *Le droit de visite des grands-parents auprès de leurs petits-enfants : analyse juridique*. Consulté le 03 21, 2019, sur Ministère de la Justice - Gouvernement du Canada: https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/famil/2003_15/1.html#som

«Dans son mémoire, la National Association of Counsel for Children a appuyé la position de la mère. Mais elle a exhorté la Cour à permettre aux personnes qui ont toujours exercé un rôle parental de demander un droit de visite au tribunal. Cette association est un organisme professionnel multidisciplinaire de défenseurs des droits des enfants qui se compose principalement d'avocats. Elle a soutenu devant la Cour que les personnes sans autorité parentale ont le fardeau de montrer qu'elles entretiennent une relation importante avec l'enfant et que, suivant quelque norme fondamentale, il est dans l'intérêt de l'enfant d'accorder le droit de visite, compte tenu de la présomption découlant de la common law et de la Constitution selon laquelle les parents agissent dans l'intérêt supérieur de leur enfant. Selon l'Association, cette approche permettrait de protéger à la fois les droits constitutionnels et l'intérêt supérieur de l'enfant.»

«La Cour suprême des États-Unis a souligné l'importance de cet aspect de l'affaire, car on présume que les parents aptes agissent dans l'intérêt supérieur de leurs enfants. Par-dessus-tout, on reconnaît depuis toujours que les liens naturels d'affection incitent les parents à agir dans l'intérêt supérieur de leurs enfants.»

«Comme dans l'arrêt Troxel, la Cour d'appel de l'Ontario a statué **que les parents aptes et compétents sont présumés agir dans l'intérêt supérieur de leurs enfants. En conséquence, ce sont les parents, et non les tribunaux ni les grands-parents, qui devraient décider avec qui leurs enfants noueront des liens.**»

«En fait, peu de recherches empiriques ont été faites au Canada et aux États-Unis sur les litiges portant sur le droit de visite des grands-parents auprès de leurs petits-enfants. Cogswell et Henry le reconnaissent en affirmant que **des recherches faisant une distinction plus précise entre des types particuliers de grands-parents sont nécessaires.**»

«Malgré les recherches limitées en sciences sociales dans ce domaine, les juges canadiens et américains font souvent des remarques révélant qu'ils tiennent principalement pour acquis le «côté positif» décrit par Wilks et Melville.»

«Mais, **lorsqu'un tel conflit survient, il n'est pas certain que le droit de visite ordonné par le tribunal permettra aux enfants de continuer de bénéficier de cette relation. Supposer que les relations avec les grands-parents sont nécessairement bénéfiques aux enfants, en particulier lorsqu'il faut l'intervention des tribunaux pour les maintenir, constitue une mauvaise interprétation de l'hétérogénéité des rôles joués par les grands-parents et des diverses influences qui modifient l'effet de ces relations sur les petits-enfants.**»

«La professeure Bean critique le recours au critère de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les demandes de droit de visite présentées par des personnes sans autorité parentale : [TRADUCTION] **Toute intervention fondée uniquement sur la norme de l'intérêt supérieur de l'enfant, sans que l'existence d'un préjudice ait été établie, constitue une atteinte inconstitutionnelle au droit des parents d'élever leur enfant conformément à leurs propres valeurs.** Mises à part les réserves d'ordre constitutionnel, les préoccupations d'intérêt public devraient l'emporter sur l'examen des demandes de droit de visite présentées par des grands-parents qui sont fondées uniquement sur l'allégation que ces contacts sont dans l'intérêt supérieur de l'enfant.»

«À cet égard, la professeure Joan Bohl déclare s'inquiéter du fait que l'autorité parentale pourrait être ébranlée : accorder aux grands-parents un droit de visite contre les désirs exprès des parents sans démontrer qu'un préjudice serait causé à l'enfant par l'interruption des visites constitue **une atteinte à la vie privée de la famille.** Au Canada, les tribunaux ont également jugé que les parents exercent des droits considérables sur la vie de leurs enfants, exception faite des cas d'abus ou de négligence. En effet, comme on l'a signalé plus haut, dans *Morecraft*, le tribunal a jugé ce qui suit : Il faut accorder beaucoup d'importance aux désirs des parents qui ont la garde de l'enfant et faire attention de ne pas s'opposer indûment au droit inhérent des parents de déterminer la façon d'élever leur enfant.»

«Dans *Salter c. Borden*, le tribunal a commenté les droits des parents d'élever leurs enfants sans intervention externe : [TRADUCTION] Par le passé, ce sont les parents qui permettaient les visites des grands-parents. Il est préférable que les parents prennent ces décisions, car la loi reconnaît clairement que ceux-ci ont le droit de décider de la manière dont ils élèvent leurs enfants. L'État intervient rarement à cet égard, les parents ayant l'obligation morale et juridique de prendre les meilleures décisions possibles concernant l'avenir de leurs enfants.»

«Les tribunaux canadiens ont souvent utilisé, dans le contexte du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, une analyse fondée sur le préjudice possible au moment de déterminer s'il convenait ou non d'accorder un droit de visite aux grands-parents.»

«Selon la professeure Bean, il ne convient pas non plus que : [TRADUCTION] [...] l'État ait un tel pouvoir, même lorsque les parents ont pris la «mauvaise» décision. Même en supposant que le parent commet une erreur en refusant à l'enfant le droit de voir l'un de ses grands-parents, son droit fondamental de prendre les décisions concernant ses enfants doit comprendre le droit de prendre de mauvaises décisions. Le fait, pour l'État, de déléguer aux parents le pouvoir d'élever leurs enfants comme ils l'entendent, sauf dans les cas où l'État estime qu'un autre choix serait meilleur, revient à ne donner aucun pouvoir aux parents. Ne constitue pas une délégation de pouvoir le fait de dire aux parents qu'ils peuvent faire ce qu'ils veulent dans la mesure où leurs choix correspondent à ceux que ferait l'État. S'il n'y a pas de délégation de pouvoir, il n'existe aucune barrière entre l'État et la façon dont les parents élèvent leurs enfants. En l'absence de barrière, les parents verront l'État diriger le développement de leurs enfants chaque fois que le juge décidera qu'une autre façon de faire pourrait être meilleure.»

«Dans *Bennett c. Jeffreys*, la Cour d'appel de l'État de New York a jugé que les tribunaux n'ont pas le pouvoir constitutionnel de statuer sur les questions de garde des enfants du fait qu'il existe une meilleure solution de rechange. La Cour a déclaré ceci :

[TRADUCTION] **En l'absence de circonstances exceptionnelles bien délimitées**, les tribunaux ou, par délégation du législateur ou d'un tribunal, un organisme social, n'ont pas le pouvoir de prendre des décisions importantes au sujet de la garde d'enfants, simplement parce qu'il s'agirait d'une décision ou d'une solution meilleure. L'État est *parens patriae* et l'a toujours été, mais il n'assume pas les droits et les responsabilités des parents à leur place.»

«L'affaire *Hawk c. Hawk*^[119] a confirmé le principe énoncé dans *Bennett c. Jeffreys*, tout comme l'avait fait la Cour suprême de l'État de Washington dans *Troxel*, lorsque la majorité a déclaré ceci :

[TRADUCTION] **Sauf lorsqu'il s'agit d'empêcher que l'enfant subisse un préjudice, la norme de l'«intérêt supérieur de l'enfant» ne suffit pas à obliger l'État à empiéter sur les droits fondamentaux du parent.** L'intervention de l'État visant à améliorer la qualité de vie de l'enfant grâce aux visites d'un tiers n'est pas justifiée si la situation de l'enfant est par ailleurs satisfaisante. Laisser entendre le contraire équivaudrait logiquement à affirmer que l'État a le pouvoir de désunir des familles stables et de répartir différemment sa population enfantine afin d'assurer la «meilleure famille» à chaque enfant. Il ne relève pas de l'État de prendre des décisions importantes concernant la garde des enfants simplement parce que des décisions pourraient être ``meilleures``.»

«Dans *Daley c. Daley*, le Tribunal de la famille de la Nouvelle-Écosse a refusé d'accorder un droit de visite aux grands-parents même s'il estimait que ces visites pouvaient être bénéfiques à l'enfant. Il a expliqué ainsi sa décision de respecter le droit de la mère gardienne de prendre les décisions concernant son enfant :

[TRADUCTION] À mon avis, à moins de graves circonstances atténuantes, les enfants peuvent profiter de la présence de leur famille étendue, dans la mesure où cette présence n'a pas un caractère destructif ni fractionnel. **Toutefois, je ne suis pas convaincu qu'il soit nécessairement dans l'intérêt supérieur de l'enfant accorde un droit de visite même si les visites sont bénéfiques, à moins qu'il n'existe des circonstances atténuantes. Si tel était le cas, on pourrait arriver à ce que toute la vie d'un enfant soit réglée par une ordonnance du tribunal portant sur les relations jugées appropriées et importantes pour l'enfant.**»

«Dans un litige *entre parents* portant sur la liberté de circulation et d'établissement, la Cour suprême du Canada a jugé, dans *Gordon c. Goertz*, que les deux parties doivent assumer le fardeau de la preuve pour ce qui est d'établir l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour a confirmé le principe énoncé par le juge Morden dans *Carter c. Brooks* lorsque celui-ci a déclaré :

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'il faille appliquer une règle générale portant que l'une des parties échouera à moins qu'elle ne s'acquitte d'un fardeau de preuve particulier.

Cela donne trop d'importance à la nature contradictoire de la procédure et déprécie la responsabilité de *parens patriae* de la Cour.»

«La professeure Bean s'inquiète du fait que le recours au critère rigide de l'intérêt supérieur de l'enfant, plutôt qu'à une analyse de base fondée sur le préjudice, impose le fardeau au parent plutôt qu'au grand-parent : [TRADUCTION] Sans une exigence de base qui s'éloigne quelque peu de l'«intérêt supérieur de l'enfant» et se rapproche de la démonstration d'un préjudice, l'analyse de l'intérêt supérieur impose, en théorie, le fardeau aux grands-parents, mais, dans la pratique, elle impose aux parents un fardeau réel qui les oblige à prouver l'existence d'une intrusion fondamentalement intolérable dans la vie privée de la famille. Au lieu d'exiger que les grands-parents démontrent pourquoi leur contact est nécessaire au bien-être de l'enfant, les tribunaux se tourneront invariablement vers les parents pour leur demander : «Pourquoi pas? Ces grands-parents ne sont-ils pas bons?» En pareil cas, le parent doit affirmer que les grands-parents ne sont en effet pas bons.»

«Vu les observations faites par Thompson et coll., la menace d'attribution des dépens pourrait contribuer à améliorer le comportement des grands-parents et équilibrer les règles du jeu, sur le plan tant financier qu'émotionnel.

[TRADUCTION] On peut considérer que les lois portant sur le droit de visite des grands-parents confèrent à ceux-ci un pouvoir de négociation « à l'ombre du droit » avec les autres membres de la famille en ce qui concerne le droit de visite auprès des petits-enfants et d'autres questions. En effet, ces lois visent peut-être, entre autres, à donner aux grands-parents plus de moyens dans leurs négociations avec les autres membres de la famille parce que, ayant désormais qualité pour agir, ils risquent de se tourner vers les tribunaux pour obtenir un droit de visite si les litiges familiaux ne peuvent être réglés de manière satisfaisante. Les moyens dont disposent les grands-parents dans ces situations auront vraisemblablement un poids particulier, car les conditions qui leur donnent qualité pour agir devant les tribunaux font souvent que **les parents sont moins en mesure, sur les plans financier et émotionnel, de livrer bataille devant les tribunaux. Dans les causes portant sur le droit de visite des grands-parents, il y a souvent un déséquilibre de forces entre les grands-parents et les parents parce que les parties n'en sont pas aux mêmes étapes dans leur vie.»**

«Dans son opinion dissidente, le juge Anthony Kennedy a dit s'inquiéter du caractère très onéreux de cette forme de litige : [TRADUCTION] **« Pour un parent seul qui se débat pour élever un enfant, les frais d'avocat découlant d'un litige sur le droit de visite demandé par un tiers peuvent à eux seuls détruire tous les espoirs et projets d'avenir du parent pour l'enfant.»**

«Dans *Wylde c. Wylde*, le tribunal a rendu une ordonnance d'attribution des dépens à l'encontre de la grand-mère et déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la grand-mère est plus en mesure de payer les frais du procès que la mère. [...] Le tribunal doit prendre garde de ne pas encourager des grands-parents à la retraite ayant un revenu relativement confortable à utiliser leur temps et leur argent pour poursuivre leurs petits-enfants, sauf dans les cas où les enfants en bénéficieraient.»

«Le juge Esson a exprimé son profond accord avec l'idée que les décisions des parents, en dehors des causes portant sur la protection d'un enfant, ne devraient pas être infirmées par les tribunaux à moins que l'on ait un motif impérieux de le faire.»

«Le professeur Bala résume les positions constitutionnelles adoptées aux États-Unis et au Canada au sujet du droit de visite des grands-parents et conclut que la *Charte* pourrait fort bien s'appliquer désormais : [TRADUCTION] [...] Toutefois, on peut soutenir avec vigueur qu'une demande d'accès d'un grand-parent est une demande d'intervention de l'État dans les affaires familiales et **qu'il devrait généralement exister une forte présomption selon laquelle le parent, plutôt que le juge, prendre les décisions intéressants les enfants.** À l'exception des cas où un grand-parent a joué un rôle de parent psychologique, il est dans l'intérêt supérieur des parents et des enfants à long terme d'éviter que les juges prennent des décisions au sujet de la mesure dans laquelle les enfants verront leurs grands-parents. L'intervention des tribunaux dans les décisions de ce genre peut être considérée comme une menace de l'État pour le droit constitutionnel à la «sécurité de la personne» des parents et des enfants, menace justifiable seulement s'il peut être démontré qu'elle est dans l'intérêt supérieur des enfants.»

«La professeure Bean a fait les remarques suivantes au sujet de l'application du critère de l'intérêt supérieur aux causes portant sur le droit de visite des grands-parents, application qui est censée être centrée sur l'enfant : [TRADUCTION] **Les tribunaux, encouragés en cela par les autorités législatives, ont déterminé que le fait d'interrompre les contacts avec les grands-parents, ou de les interdire, nuisait aux enfants. Ils ont fait cela en appliquant la norme de l'intérêt supérieur de l'enfant au début et à la fin de l'analyse des droits de visite accordés aux grands-parents par les tribunaux. Or, cette utilisation de la norme de l'intérêt supérieur ne tient aucun compte du fait que l'attribution d'un droit de visite à des tiers constitue un empiètement sur l'autonomie de la famille, qui constitue un droit constitutionnel fondamental. L'imprécision de la norme, alliée à l'absence d'une analyse structurée, incite en outre les tribunaux à se concentrer sur les droits des grands-parents plutôt que ceux des enfants, alors que les besoins des enfants devraient constituer le seul fondement de l'intervention et de l'empiètement.** En raison de l'optique ainsi erronée ainsi adoptée par les tribunaux, les parents sont alors forcés de justifier leur recours à l'autorité parentale. Cette utilisation de la norme de l'intérêt supérieur a des répercussions stratégiques qui vont à l'encontre de notre préférence constitutionnelle pour la non-ingérence gouvernementale dans l'éducation des enfants, tant que ceux-ci ne subissent aucun préjudice.»

«L'approche la plus appropriée est peut-être une audience à deux volets, comportant obligatoirement la preuve initiale que l'interruption des visites du grand-parent causerait à l'enfant un préjudice réel ou possible. Si la preuve établit l'existence d'un tel préjudice, le tribunal devrait alors passer au deuxième volet de l'audience afin de déterminer quel droit de visite, le cas échéant, serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Si le risque de préjudice ne peut être établi à l'étape initiale, le tribunal ne devrait pas empiéter davantage sur le pouvoir décisionnel des parents ni intervenir dans la vie privée de la famille. Cette analyse a été utilisée dans *Hawk c. Hawk* et dans de nombreuses autres causes subséquentes, y compris l'arrêt *Troxel*, rendu par la Cour suprême de l'État de Washington, et les arrêts rendus au Canada dans les affaires *D. W. c. M. P.* et *T. (A.H.) c. P. (E.)*. »

« À cet égard, la professeur Joan Bohl fait les remarques suivantes : [TRADUCTION] Logiquement, les parents aptes ont droit à l'autonomie familiale dans le contexte du droit aux visites des grands-parents, tout comme dans d'autres domaines du droit des relations familiales, qu'ils soient mariés, célibataires, veufs ou divorcés. [...] En modifiant la définition de la famille intacte pour y inclure toute cellule familiale stable ou pour refléter la prise de décisions commune des parents, les tribunaux ont essentiellement réorienté l'enquête vers le risque de préjudice pour l'enfant. **De toute évidence, lorsque les enfants font partie d'une cellule familiale stable, on peut présumer qu'ils sont à l'abri du préjudice qui menace l'enfant dont la garde est en litige.**»

Isabelle Desmarchais, Saint-Jean-sur-Richelieu

Porte-parole et administratrice du Regroupement de parents à la défense des droits parentaux